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

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

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

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

Cliquer ici pour accéder aux tarifs et à la licence

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

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

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

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

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

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

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

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

# PRINCIPES

DU

# DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

ET

## applications aux diverses matières du Code civil

## (CODE NAPOLÉON)

PAR


ALBÉRIC ROLIN

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


---

Tome I

PRINCIPES GÉNÉRAUX


PARIS

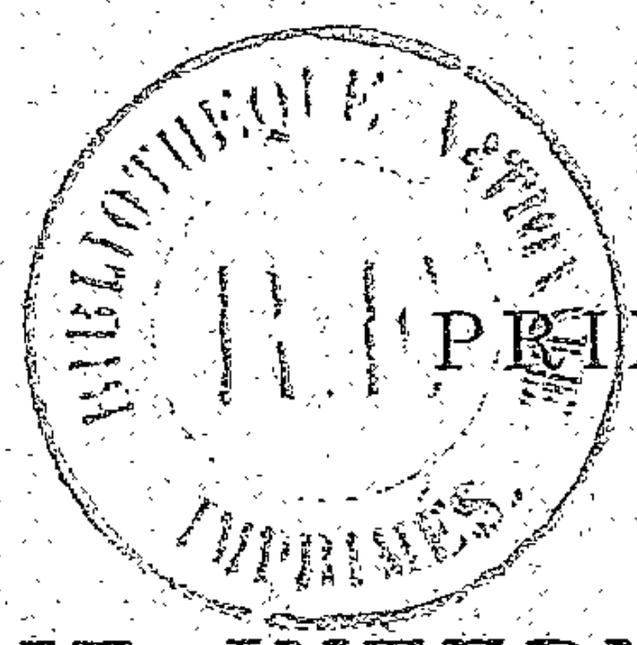
LIBRAIRIE MARESCQ AINÉ

CHEVALIER-MARESCQ ET Cie, ÉDITEURS

RUE SOUFFLOT, 20

Gand, imp. Van Doosselaere

1897



# PRINCIPES

DU

# DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

## et applications aux diverses matières du Code civil

## (CODE NAPOLÉON).

I

912

# PRINCIPES

DU

# DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

ET

## applications aux diverses matières du Code civil

## (CODE NAPOLÉON)

ACQUISITION
Nº 188091

PAR

ALBÉRIC ROLIN

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

---

Tome I

PRINCIPES GÉNÉRAUX

**PARIS**
LIBRAIRIE MARESCQ AINÉ
CHEVALIER-MARESCQ ET Cie, ÉDITEURS
RUE SOUFFLOT, 20

Gand, imp. Van Doosselaere

1897

BIBLIOTHÈQUE LÉON LEVY IMPRIMÉS

*Son Frère*

# Mr ROLIN-JAEQUEMYNS

*Président d'honneur*

*de l'Institut de droit international.*

# PRÉFACE

---

On pourra nous trouver téméraire d'avoir entrepris un traité d'ensemble sur le droit international privé, et spécialement sur le droit civil international, après tous les ouvrages qui se sont si rapidement succédé sur cette partie ardue de la science du droit. Mais, quelque remarquables que soient ces ouvrages, l'accord est loin de s'être établi, même sur les questions de principe. Et que de questions d'application sont restées dans l'ombre! Nous n'avons certes pas la prétention de les avoir toutes résolues d'une manière satisfaisante, ni d'avoir exposé ce que nous considérons comme les vrais principes avec assez de force et de clarté pour convaincre nos adversaires, lorsque tant d'autres ont échoué dans une tentative de ce genre. Nous ajouterons, sans fausse modestie, que nous nous considérons comme faisant partie du grand public scientifique plutôt que des autorités. La perspective de l'insuccès n'a rien qui nous décourage, et nous l'acceptons avec calme. « L'homme doit agir » a dit Joseph de Maistre, « comme s'il pouvait tout, et se résigner comme s'il ne

pouvait rien. » N'a-t-on pas fait observer, du reste, avec beaucoup de raison, que dans la poursuite pénible du progrès scientifique les erreurs mêmes portent leurs fruits? Quoi qu'il en soit, après avoir écouté pendant vingt-cinq ans la voix des maîtres dans les délibérations presque annuelles de l'Institut de droit international, aux travaux duquel nous avons collaboré dès l'origine comme secrétaire adjoint, plus tard comme associé, comme membre effectif, et enfin comme vice-président, après avoir enseigné nous-même le droit international privé pendant une série d'années, nous avons cru, en qualité de membre de ce grand public scientifique, pouvoir lui soumettre le résultat de nos longues réflexions. Notre œuvre, qui est le fruit d'un travail persévérant poursuivi pendant six ans, à travers bien des hésitations, et malgré des heures de découragement en présence de la difficulté des problèmes à résoudre, a-t-elle des mérites sérieux? Nous l'ignorons. Il est évidemment aussi difficile de connaître et de juger son œuvre propre que de se connaître soi-même. Tout ce que l'auteur peut dire avec certitude, c'est qu'elle est une œuvre sincère et mûrement méditée. Quant au plan général de l'ouvrage, il nous a précisément été suggéré par ces discussions de l'Institut, auxquelles nous avons tant de fois assisté, par la méthode qu'il a suivie dans ses travaux, et par les Résolutions auxquelles il s'est arrêté sur plusieurs points importants. Nous y avons constaté une tendance de plus en plus accusée à ne pas se renfermer dans un vague exposé de principes généraux, à se préoccuper des difficultés d'application, à concentrer son attention successivement sur telle ou telle matière particulièrement délicate et importante : le mariage, le divorce, la tutelle des mineurs, la tutelle des interdits, les sociétés, etc... Mettre les principes du droit théorique et ceux du droit coutumier aux prises, non pas occasionnel-

lement et à titre d'exemple, mais d'une manière systématique, avec les difficultés d'application, tel a été notre but. C'est précisément pour cela que, dans la seconde partie de notre ouvrage, nous avons examiné méthodiquement les questions d'applicabilité du droit étranger en Belgique et en France, lorsqu'il peut se trouver en contradiction avec les principes du Code Napoléon et des lois modificatives. Ce Code constitue, en effet, sauf quelques modifications, le fond de la législation civile dans ces deux pays. Les conflits de droit commercial, et de procédure civile n'entrent point dans le plan du présent ouvrage, bien que nous ayons cru devoir traiter de quelques-unes des questions qui se rattachent à ces deux branches du droit, à cause du lien étroit ou de l'analogie qu'elles présentent avec des questions relatives aux rapports juridiques de droit civil. Il en a été ainsi exceptionnellement des sociétés commerciales, des privilèges et hypothèques maritimes, du contrat de transport commercial, de quelques quasi-délits commerciaux, de l'autorité de chose jugée qui s'attache à certains jugements étrangers, etc... Ainsi limitée, la matière nous a paru suffisamment vaste. Nous n'y avons pas compris non plus les questions concernant la propriété littéraire et artistique, et la propriété industrielle, d'abord parce qu'entre beaucoup de pays elles ont été résolues conventionnellement, ensuite parce qu'elles auraient démesurément grossi une œuvre déjà très considérable, et qu'il existe du reste sur ces questions de savantes monographies. On remarquera enfin que nous avons été souvent avare de citations. Le motif en est que, sur des points assez nombreux, les autorités s'équilibrent pour ainsi dire, en second lieu que les autorités citées ne prêtent souvent qu'un appui illusoire et trompeur à l'opinion en faveur de laquelle on les invoque, les auteurs se plaçant fréquemment à des points de vue différents, et la

même expression ayant parfois dans leur terminologie des sens divers. C'est ainsi que les mots : lieu du contrat, lieu de l'exécution, loi qui régit le contrat, ont souvent des sens différents suivant l'auteur qui les emploie. Nous avons relevé dans le cours de notre ouvrage certaines erreurs de citation que l'on rencontre dans Fœlix, et dans des auteurs beaucoup plus consciencieux et plus illustres, Laurent, par exemple. Les relever toutes nous eût obligé à donner de plus vastes proportions à notre ouvrage qui n'y eût probablement pas beaucoup gagné. Nous reconnaissons du reste franchement que certains ouvrages spéciaux et d'un mérite sérieux, publiés dans ces dernières années, n'ont point pu être examinés par nous en temps utile, pour que nous ayons pu en faire mention dans les matières qu'ils concernent, et tenir compte des considérations que l'on y trouve. L'activité scientifique est aujourd'hui si grande dans le domaine du droit international privé, et est si loin de se ralentir que, si nous avions retardé la publication de notre ouvrage, il présenterait vraisemblablement encore des lacunes de ce genre.

# INTRODUCTION.

## CHAPITRE 1er.

### NOTIONS GÉNÉRALES.

BIBLIOTHÈQUE CENTRALE DES IMPÔTS

I. — Malgré l'immense importance que l'étude du droit international privé a prise de nos jours, on peut dire qu'il y a, dans cette partie de la science du droit, bien des régions encore inexplorées. Dans la plupart des ouvrages publiés sur la matière, et il en est des plus remarquables, on se borne à tracer un certain nombre de règles générales, et l'on s'efforce de mettre en lumière quelques-unes des applications qu'elles peuvent recevoir. C'est un travail assurément très utile et très intéressant, mais il ne saurait être complet. Pour apprécier la valeur des principes généraux, il nous paraît absolument nécessaire de parcourir les diverses matières du droit, afin de se rendre compte exactement des obstacles contre lesquels ils peuvent se heurter, des impossibilités contre lesquelles ils se brisent quelquefois. C'est une œuvre qui n'a guères été entreprise systématiquement, en ce qui concerne le droit civil, que par M. Charles Brocher ; et le volumineux ouvrage de Laurent lui-même est fort incomplet à cet égard. De là des lacunes inévitables. Certaines matières, certaines questions ont été fouillées, éclairées avec un soin minutieux ; d'autres sont restées dans l'ombre. Il est

vrai que beaucoup de ces questions ne présentent point un intérêt d'actualité aussi vif, que celles qui sont journellement débattues devant les tribunaux et dans les traités scientifiques. Mais une question morte et endormie aujourd'hui peut devenir la question vivante et palpitante de demain. Les relations entre les divers Etats, entre individus appartenant à des Etats différents se resserrent et se multiplient tous les jours ; et l'on doit s'attendre à ce que, tous les jours aussi, de nouvelles questions de droit international privé viennent à surgir.

II. — La tâche du jurisconsulte n'est pas seulement de parer aux difficultés de l'heure présente : il faut aussi qu'il songe aux difficultés de l'avenir. Prévoir est une obligation rigoureuse, dit-on, pour celui qui prétend gouverner les hommes ; c'est un devoir non moins rigoureux, pour celui qui prétend se rendre maître d'une matière juridique, et tracer des règles destinées à la dominer. Chacune des difficultés que l'imagination juridique, à défaut de la pratique, peut évoquer, est du reste la pierre de touche des principes. On nous objectera sans doute, que les difficultés contre lesquelles notre science se heurte à tout instant, dans la vie réelle des nations, sont déjà assez grandes pour qu'il soit inutile de s'en forger de nouvelles, et qu'avant de s'en occuper, on ferait beaucoup mieux de s'attacher à résoudre les innombrables questions qui se présentent sans cesse devant les tribunaux. On nous opposera que ces questions suscitent déjà tant de controverses, qu'elles sont suffisantes pour absorber toute l'attention des jurisconsultes. Nous avons répondu d'avance à l'objection. Plus un travail sera complet, et plus il permettra d'apprécier à leur véritable valeur les principes qui lui servent de base, plus il sera utile et pratique aussi, au point de vue des difficultés futures. Il est probable, d'ailleurs, que des questions de droit international privé sommeillent déjà, bien souvent, au fond de telle ou telle affaire soumise à l'autorité judiciaire, à l'insu des parties, à l'insu des magistrats. Ceux-ci doivent alors appliquer instinctivement la loi du tribunal, la *lex fori*, parce qu'ils n'en connaissent

pas d'autre, parce qu'on ne leur demande pas d'en appliquer une autre, peut-être parce qu'ils ne se doutent pas des divergences de législation pouvant exister en la matière. Et ils rendent alors des décisions qui ne sauraient être l'expression exacte de la justice.

III. — Aucune branche de la science du droit n'a suscité autant de controverses que le droit international privé. L'accord ne s'est produit jusqu'ici d'une manière presque universelle que sur certains principes ; mais le désaccord surgit dès qu'il s'agit de déterminer leur portée exacte. Il y a plus : les dissentiments se produisent au seuil même de la matière, sur la définition de ce droit, sur la justesse même de cette appellation, sur l'existence d'un droit international privé, sur les disciplines que l'on peut y faire rentrer. Ces diverses questions doivent faire l'objet d'un examen préliminaire. Il semble tout d'abord que la première qui s'impose à notre attention est celle de savoir s'il y a un droit international privé. Mais comme elle se confond avec celle de savoir si l'ensemble de règles, auquel on applique cette dénomination, mérite le nom de droit, il est naturel de définir en premier lieu avec précision ce que l'on entend par le droit international privé. Nous examinerons ensuite, si cette dénomination, généralement acceptée aujourd'hui, se justifie, ou si elle doit être répudiée.

## § 1. — *Objet et définition du droit international privé.*

IV. — Il suffit de parcourir les divers ouvrages de droit international privé pour se rendre compte de son objet. On y traite tout d'abord des droits de l'individu qui se trouve dans la sphère territoriale d'une souveraineté dont il n'est pas le sujet, en d'autres termes des étrangers, puis de la question de savoir par quelle loi ils sont régis en ce qui concerne leur état, leur capacité, leurs droits de famille. On y détermine dans quelle mesure l'application d'une loi étrangère peut être commandée ou exclue, dans un pays déterminé, par des considérations fondées sur la

situation des biens meubles ou immeubles, sur les dispositions de la *lex fori*, sur le lieu du contrat, sur le lieu où il doit recevoir exécution, sur le domicile ou la nationalité du *de cujus*, s'il s'agit d'une succesion, des *parties contractantes*, s'il s'agit d'une convention, sur l'ordre public, sur la volonté même des parties, s'il s'agit de dispositions légales destinées simplement à suppléer aux lacunes que présente l'expression de leur volonté. Tel est en quelques mots le domaine entier du droit international privé.

V. — Lorsque deux personnes Belges toutes deux, et domiciliées l'une et l'autre en Belgique, y font une convention dont l'exécution doit avoir lieu dans notre pays, il n'y a point de place pour une question de droit international privé si l'exécution ou l'annulation de cette convention est poursuivie en Belgique. Il n'y en a pas davantage s'il s'agit de faire nommer un tuteur en Belgique à un mineur de nationalité belge, domicilié dans le même pays, d'y déterminer à quelles conditions l'individu né d'un Belge en Belgique est légitimé. Mais pour peu qu'il s'agisse d'apprécier en Belgique l'effet d'une convention faite même entre Belges en pays étranger, celle d'une convention faite même en Belgique entre un Belge et un étranger ou entre deux étrangers, à plus forte raison si pareille convention est faite en pays étranger, la question de savoir quelle est la loi applicable, la loi belge ou la loi étrangère, peut surgir. Et il est même possible que l'on soit dans la nécessité de choisir entre diverses législations étrangères. Parfois la solution de ces questions sera des plus simples; parfois au contraire elles se présentent hérisées de broussailles presque impénétrables. Le droit international privé implique la recherche de cette solution, et a pour mission de guider le choix du juge entre les lois de diverses nations, en matière de droit privé, lorsqu'un conflit s'élève entre elles, en d'autres termes lorsqu'un doute peut exister sur le point de savoir laquelle est applicable. La solution de cette question sera parfois des plus simples; mais elle sera, dans des cas très nombreux, des plus ardues et des plus délicates.

VI. — Il n'est plus actuellement aucun pays où l'on soutienne que le juge doit toujours, et nécessairement, appliquer la loi du lieu où il exerce son ministère, à tous les rapports de droit soumis à son appréciation. Et l'on admet par des considérations diverses, c'est-à-dire soit en vertu de la *comitas gentium*, soit en vertu des principes qui déterminent la compétence législative des divers Etats, qu'il est parfois obligé de consulter et d'appliquer la loi étrangère. On l'admet quelquefois aussi à raison de la soumission volontaire et tacite des parties, à telle ou telle loi interprétative de leurs conventions et des effets de celle-ci. Il est non moins généralement reconnu que les étrangers ne peuvent pas être considérés comme privés de tout droit, dans le pays auquel ils n'appartiennent pas, et où ils se trouvent, soit d'une manière permanente, soit temporairement et accidentellement. Dans aucun pays civilisé on ne les regarde comme étant hors la loi, et la doctrine est de plus en plus d'accord pour leur reconnaître les mêmes droits civils qu'aux nationaux, sauf d'assez rares exceptions. Dans quelle mesure ces exceptions sont-elles admises ? Dans quelle mesure sont-elles justifiées ? Etant donné que les étrangers jouissent en général des droits civils, quelle est la loi qui règle l'exercice de ces droits, leur capacité, leurs rapports de famille, la transmission de leurs successions *ab intestat*, leur droit de disposition à titre gratuit, soit entre vifs, soit à cause de mort etc...? Tout cela rentre dans le droit international privé. Bien plus, si la détermination des droits de l'individu peut dépendre de sa nationalité, la détermination de la nationalité n'est point étrangère à notre vaste science. Si la question de savoir quelle est la loi applicable aux rapports juridiques subit l'influence, non seulement de la nationalité, mais du domicile des parties intéressées, du lieu du contrat, du lieu de l'exécution, de la situation des biens, toutes ces questions doivent être examinées et résolues par celui qui s'occupe du droit international privé. Il importe toutefois de remarquer qu'elles n'intéressent ce droit que par voie de conséquence, et ne doivent par conséquent pas

être comprises *in terminis* dans une définition du droit international privé. Il suffit que la définition rende compte des objets essentiels de cette science : sinon elle se confondrait avec une véritable énumération. Le reste en découlera, comme nous venons de le dire, par voie de conséquence.

VII. — La difficulté de définir est toujours grande lorsqu'il s'agit d'une science juridique. Prétendre la définir, c'est vouloir déterminer dans une formule assez courte son domaine exact, ses limites, son caractère, tout ce qui la distingue des autres sciences juridiques. Or, à les bien étudier, on s'aperçoit qu'il n'en est pas une qui, par des ramifications étendues, ne touche aux autres, et quelquefois n'empiète sur le domaine normal, ordinaire de celles-ci. Mais cette difficulté est surtout grande en ce qui concerne le droit international privé. Aussi quelques auteurs, Laurent par exemple, s'abstiennent-ils prudemment de toute définition, tandis que d'autres en donnent des définitions extrêmement diverses. Nous en indiquerons quelques-unes, à titre d'exemple. Pour Savigny le droit international privé paraît être l'ensemble des principes qui déterminent « les limites locales de l'empire des règles de droit » (1). — Fœlix le définit : « l'ensemble des règles d'après lesquelles se jugent les conflits entre le droit privé des diverses nations, en d'autres termes l'ensemble des règles relatives à l'application des lois civiles et criminelles d'un Etat, dans le territoire d'un Etat étranger » (2). — Pasquale Fiore dit que c'est « la science qui établit les principes pour résoudre les conflits des législations, et pour règler les rapports réciproques des sujets des Etats divers » (3). D'après MM. Asser et Rivier, c'est « l'ensemble des principes qui déterminent quelle loi est applicable, soit aux relations juridiques entre personnes appartenant à des Etats ou territoires différents, soit aux actes faits en pays étrangers, soit enfin dans tous les cas où il est question d'appli-

(1) T. VIII, p. 9. *Traité de droit romain*. Tradon de M. Ch. Guenoux.
(2) Fœlix. *Droit int. privé*, édit. de 1843, p. 3.
(3) *Droit international privé*. Tradon de M. Pradier Fodéré, p. 3.

quer la loi d'un Etat dans le territoire d'un autre Etat » (1). Pour M. André Weiss (2) c'est « l'ensemble des règles applicables à la solution des conflits qui peuvent surgir entre les souverainetés, à l'occasion de leurs lois respectives ou des intérêts privés de leurs nationaux. » Suivant M. Lainé ce droit détermine « la nationalité des personnes, et règle les rapports des Etats en ce qui concerne la condition juridique de leurs sujets respectifs, l'efficacité des jugements rendus par leurs tribunaux et des actes reçus par leurs officiers, enfin et surtout le conflit de leurs lois » (3). M. Lorimer (4) semble se rallier à la définition de Savigny, et critique assez vivement la définition de M. Westlake dans la 1re édition de son Traité de droit international : « Cette partie de droit privé qui détermine devant les tribunaux de quelle nation un litige doit être porté, et par la loi de quelle nation il doit être décidé. » M. de Bar (5) semble hésiter entre plusieurs définitions. Après avoir indiqué l'objet du droit international, d'une manière trop incomplète à notre avis, il ajoute : « On peut dire aussi que le droit international privé détermine la compétence de la législation de chaque Etat pour les rapports de droit privé, et comme c'est de cette compétence que dépend celle des actes du pouvoir social (tribunaux, fonctionnaires) dominant les rapports de droit privé, on pourrait dire avec plus de précision encore : le droit international privé détermine la compétence de la législation et des organes (tribunaux et fonctionnaires) des divers Etats pour les rapports de droit privé. »

VIII. — Ce rapide exposé de quelques-unes des définitions de la science dont nous nous occupons, suffit pour rendre évidente la difficulté d'en formuler une exacte et

(1) *Eléments du droit international privé et du conflit des lois*, p. 3. Introduction.

(2) *Traité élémentaire de droit international privé*, 2e édition, p. XXXII. Introduction.

(3) *Introduction au Droit int. pr.*, T. I, p. 17.

(4) *Institute of the Law of Nations*, T. I, p. 348 et ss.

(5) *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, p. 1, T. I. 2e édition.

précise. Chaque auteur a la sienne, aucun ne se déclare satisfait de celles de ses devanciers. C'est ce qui nous encourage à les critiquer à notre tour, et à essayer de mettre à profit les observations de tous ces jurisconsultes éminents, pour trouver une formule plus satisfaisante. Si nous avions à choisir, peut-être donnerions-nous la préférence à celle de Savigny, qui, dans sa brièveté, semble embrasser tout le domaine du droit international privé. Mais elle est un peu vague, un peu trop générale peut-être. Il est bien vrai que le droit international privé concerne les limites locales de l'empire des règles de droit, mais seulement quant aux droits privés. Elle est en outre d'apparence assez abstraite, et ne rend pas compte, *primâ facie*, de la raison d'être de cette qualification de droit international privé donnée à la branche du droit qui nous occupe. Cette qualification a cependant été critiquée elle-même, et dans un ouvrage assez original, publié récemment, un jurisconsulte hollandais M. Jitta en conteste vivement la justesse (1). « Ce soi-disant droit international ne règle, dit-il, que des rapports entre particuliers entre personnes privées, nullement des rapports entre nations. Quelle que soit son importance, il ne mérite pas le nom de droit international privé. » Ces expressions impliquent, d'après lui une contradiction entre les adjectifs, qu'il n'est pas facile d'expliquer. Et en effet elles paraissent au premier abord assez bizarrement juxtaposées. Mais nous pensons qu'elles sont néanmoins justes et font entrevoir dès le début la nature un peu hybride de ce droit. Sans doute le droit international privé règle indirectement des rapports entre citoyens, entre personnes privées, et c'est ce que la définition de Savigny ne fait point ressortir. Mais comment les règle-t-il? Est-ce en traçant lui-même un corps de règles destinées à régir ces rapports d'une manière immédiate et directe? En aucune manière. Il ne détermine pas directement l'âge de la majorité, la capacité, et l'état des personnes, les rapports de famille;

(1) *La méthode du droit international privé.*

il n'organise pas directement l'interdiction, la tutelle des majeurs et des mineurs, le régime de la propriété, la succession, les conditions de validité du mariage, du contrat de mariage, des conventions en général, et leurs effets. Mais lorsqu'un doute peut s'élever sur le point de savoir quelle est celle des lois positives, en vigueur dans divers Etats, qui doit être appliquée à tel ou tel rapport juridique, à telle ou telle situation juridique, c'est dans le droit international privé qu'il faut chercher la solution du problême. C'est un règlement de compétence entre diverses législations quant aux droits privés.

IX. — On objecterait en vain qu'il n'en est pas moins vrai que ce droit ne régit point des rapports entre nations. Il les régit au contraire en traçant les limites de leur compétence respective, en ce qui concerne le règlement des droits et des intérêts privés. C'est précisément pour cela qu'ón l'appelle droit international privé, et ainsi se justifie cette qualification. Au surplus, les nations se désintéressent de moins en moins de la situation de leurs ressortissants en pays étranger, même en ce qui concerne leurs droits privés. Et toute une partie du droit international privé, la plus importante sans doute, concerne la situation juridique des étrangers, leurs droits, leur capacité, leurs rapports de famille, la dévolution de leurs successions, l'effet de leurs conventions soit entre eux, soit avec les nationaux. Or, dans l'état actuel de notre civilisation, on ne soutiendra certes pas qu'il soit permis à une nation de traiter les étrangers d'une manière absolument arbitraire. Quelque absolue que soit la souveraineté d'une nation dans les limites de son territoire, quelle que soit son indépendance, elle doit les traiter avec justice. Nul ne méconnait que tel soit son devoir vis-à-vis des autres nations, lorsqu'il s'agit des droits les plus sacrés de la personne humaine, du droit à la liberté, à la vie par exemple, et l'on a fait des guerres sanglantes pour venger et punir la violation de ce devoir. Pourquoi en serait-il autrement, quand il s'agit de droits moins sacrés, moins précieux ? Il n'y a qu'une différence de degrés, différence de degrés suffisante sans doute

pour exclure le recours à l'*ultima ratio regum*, mais qui n'implique aucune différence de nature. Or, pour que les étrangers soient traités avec justice, il faut qu'on leur reconnaisse des droits, et que l'on applique à toutes leurs relations juridiques la loi que la raison et la justice commandent de leur appliquer. Tout conflit actuel entre les législations des diverses nations implique donc un conflit possible ou éventuel entre les nations dont ces législations émanent. Sans doute, il s'en faut de beaucoup que ces conflits apparaissent toujours sous une forme aigue, qu'ils donnent lieu à des réclamations, à des protestations, à des mesures de rétorsion, à la guerre. Mais leur répétition fréquente, et leur solution antijuridique troublent les bonnes relations internationales, engendrent des froissements, et compromettent l'ordre universel. Le droit international privé ne règle donc pas seulement des rapports entre individus, il règle avant tout des rapports entre nations. Il en est ainsi même quand il ne s'agit en aucune manière des droits des étrangers, et de la loi qui les régit, mais seulement d'examiner si la loi étrangère peut s'appliquer à des relations juridiques nées entre nationaux en pays étranger ou devant y produire leurs effets. Notre droit influe sur les droits privés mais n'est point du droit privé, et cette double nature n'est point suffisamment indiquée dans la définition de Savigny.

X. — La définition de Fœlix ne manque certes pas de valeur, mais elle omet de dire que le droit international détermine les droits des étrangers ; c'est un de ses objets les plus importants. Elle semble impliquer en outre que l'application des règles de notre droit présuppose toujours un conflit, ce qui n'est pas exact. La définition de Pasquale Fiore peut être critiquée sous les mêmes rapports. Celle de MM. Asser et Rivier nous paraît plus exacte, mais elle omet de mentionner un objet important du droit international : la détermination des droits des étrangers. Peut-être aussi ne met-elle pas assez en lumière le caractère international du droit international privé. Celle de M. André Weiss la met trop en évidence. Elle semble impliquer que

l'application des règles de notre droit exige toujours un conflit entre des souverainetés. M. Lainé se sépare des autres auteurs, en ce qu'il mentionne, comme un des objets du droit international privé, la détermination de la nationalité des personnes, et M. Weiss critique assez vivement sa définition à cet égard. Et cependant la plupart des traités de droit international privé s'étendent assez longuement sur la détermination de la nationalité. Dans son nouvel ouvrage, dont le premier volume a seul paru jusqu'à présent, M. Weiss étudie cette question avec plus de soin que personne. Elle n'est donc nullement étrangère au droit international privé, la nationalité des personnes exerçant une influence considérable dans des cas nombreux sur la question de savoir quelle loi doit leur être appliquée, mais elle n'en relève que par voie de conséquence. M. Lainé se sert au surplus de termes qui ne sont peut-être pas tout à fait justes, en ajoutant que le droit international privé règle *les rapports des Etats* en ce qui concerne la condition juridique des étrangers, ce qui semble impliquer des rapports réels, effectifs entre eux, en ce qui concerne cette grave question. Il se peut qu'il n'y ait pas de rapports établis entre eux à cet égard. Quant aux définitions multiples de M. de Bar, elles sont un peu obscures tout en exprimant une idée juste ; et cette obscurité naît en partie de l'emploi du mot compétence, pour exprimer l'idée d'un effet extraterritorial des lois relatives aux rapports de droits privés, de leur applicabilité dans le territoire d'une autre souveraineté. Le terme compétence vise plutôt, dans le langage ordinaire du droit français, le pouvoir d'un tribunal à l'effet de connaître d'un différend, que le pouvoir du législateur de déterminer les bases d'après lesquelles il doit être réglé. Et cependant cette extension du mot compétence répond à un besoin de notre science. M. Charles Brocher l'emploie très souvent, et les définitions diverses de M. de Bar font bien ressortir le caractère international du droit international privé. Nous maintiendrons donc cette expression, en ajoutant toutefois à ces définitions un élément qui nous paraît de grande importance.

XI. — Le droit international privé pourrait être défini selon nous : l'ensemble des règles qui définissent les droits des étrangers, et la compétence respective des législations des divers Etats en ce qui concerne les rapports de droit privé. Les observations faites ci-dessus nous dispenseront de justifier cette définition longuement. Nous avons évité les mots *conflits entre souverainetés* parce qu'il s'en faut de beaucoup que les conflits de lois engendrent toujours des conflits internationaux. Nous avons évité même les expressions conflits de lois, parce qu'il se peut que les règles de notre science trouvent application alors qu'il n'y a pas ombre d'un conflit de lois. Il n'y en a point par exemple entre la législation française et la législation hollandaise quant à la majorité : il y a divergence mais non conflit, puisque il est admis que la majorité des Hollandais et celle des Français doivent être appréciées en Hollande et en France d'après leurs lois nationales respectives. Nous disons que le droit international privé définit les droits des étrangers, et nous n'avons pas dit *leur condition juridique*, parce que ces expressions nous semblent un peu trop larges, et de nature à comprendre la capacité à l'effet d'exercer les droits que l'on possède, ce que les Allemands appellent *die Handlungsfähigkeit*. Or, le droit international ne règle pas directement la capacité des étrangers, mais il détermine la loi qui la règle, ce qui est suffisamment indiqué lorsque l'on dit qu'il détermine la compétence respective des législations des divers Etats, en ce qui concerne les rapports des droits privés. Et comme il s'agit en définitive de préciser et mesurer la part d'influence, qui doit être rationnellement reconnue aux diverses législations sur le règlement des rapports de droits privé, d'attribuer à chacune ce qui lui est dû, il s'agit bien d'un droit international qui touche aux intérêts privés.

XII. — On peut cependant critiquer notre définition comme s'appliquant plutôt au droit international privé théorique qu'au droit positif. Mais il suffirait de la modifier légèrement pour qu'elle embrassât l'un et l'autre. On pourrait se borner pour y faire rentrer le droit positif à la faire

suivre des mots : tant d'après la théorie du droit que d'après la pratique plus ou moins générale des nations. Nous examinerons dans le chapitre suivant l'importance respective du droit théorique et du droit positif en cette matière.

### § 2. — *Droit international privé théorique et droit positif. — Droit général et droit spécial.*

XIII. — On peut exposer le droit international privé sous deux aspects ou à deux points de vue. On fait du droit théorique, lorsque l'on se contente de rechercher dans quels cas une loi étrangère devrait être appliquée en théorie à des personnes se trouvant sur le territoire d'une autre souveraineté, et quelle loi étrangère. Mais on peut aussi rechercher quels sont les principes reconnus à cet égard dans la généralité des pays civilisés, s'il existe sur les principes un accord universel, et sur lesquels. En fait il n'existe d'accord semblable entre toutes les nations civilisées que sur un très petit nombre de règles, sur la règle *locus regit actum* par exemple. Et encore cette harmonie n'est-elle pas complète en ce qui concerne la portée de cette maxime, et les applications qu'elle peut recevoir. Sur d'autres questions, notamment sur celle de savoir quelle est la loi qui régit la capacité personnelle des individus, les Etats se divisent en groupes. Il n'y a d'accord universel ou quasi-universel, comme le fait remarquer M. Jitta, que sur une règle négative, celle qu'il ne faut pas s'attacher à la loi du lieu du contrat, ou du lieu de l'exécution, ou de la résidence momentanée des parties pour apprécier leur capacité personnelle. Le champ du droit international privé universel est donc très limité pour autant que l'on se borne à l'étude du droit positif. Ajoutons toutefois que, bien qu'il n'y ait point accord sur les principes, il arrive assez souvent que l'accord se produise sur telle ou telle espèce particulière, par suite de concessions mutuelles, et d'exceptions admises par les défenseurs de principes opposés.

XIV. — On peut aussi se placer, au point de vue d'une nation déterminée, et exposer les principes du droit international privé tels qu'elle les comprend et les accepte, et cette étude présente évidemment une somme considérable d'utilité pratique. M. Jitta baptise ce droit d'un nom assez bizarre, de droit international privé individuel. L'expression est bien mal choisie, et il vaudrait mieux en tout cas lui donner le nom de droit international privé local ou spécial. La vérité est que ce n'est qu'une conception particulière du droit international. Nous ne contestons, pas, qu'au point de vue d'un pays déterminé cette méthode d'exposition du droit international privé ne présente certains avantages. Mais nous croyons qu'un ouvrage sérieux ne peut se borner à une simple constatation matérielle des règles plus ou moins arbitraires, plus ou moins justes admises dans tel Etat. Il est tout d'abord très important de savoir sur quels points il peut y avoir accord entre les divers Etats, et lorsqu'il y a désaccord, quelle est la solution qui se rapproche le plus des exigences de la théorie. Et il peut être indispensable en outre de recourir à la théorie, ou aux usages généralement suivis, lorsqu'il y a des lacunes dans la législation positive d'un pays déterminé, ou lorsque ses dispositions sont vagues et obscures, le juge ne pouvant s'abstenir de juger en matière civile sous prétexte du silence et de l'obscurité de la loi. Les deux études sont en réalité appelées à se prêter un mutuel appui. Ajoutons que les législations ne sont point immuables, et que sous l'influence de la science elles se modifient au contraire sans cesse en ce qui touche la matière dont nous nous occupons.

XV. — Il faut bien reconnaître qu'à l'heure présente, et dans l'état d'imperfection des relations juridiques, chaque Etat a, sur certains questions de droit international privé, ses conceptions particulières, se rapprochant ou s'écartant plus ou moins de celles des autres Etats. Mais cette circonstance ne fait rien perdre de sa valeur au droit international privé théorique qui plane au dessus des législations particulières. Ce n'est pas qu'il ait

l'ambition de former obstacle immédiatement à l'application des lois nationales, même sur le droit international. Le critiquer sous ce rapport serait lui attribuer des visées dont il est parfaitement innocent. L'exposition des principes scientifiques de ce droit, et des règles le plus généralement suivies, n'a pour but que de combler des lacunes, de venir en aide à l'interprête, de servir de fanal aux législateurs, d'influer lentement et progressivement sur la marche générale des idées, et sur le développement graduel du droit international privé dans les différents pays. Sa mission est assez belle et assez grande, ainsi précisée et limitée, pour qu'il conserve une immense importance. Nous verrons plus loin que, sur beaucoup de points, le travail persévérant et opiniâtre des principes théoriques a profondément creusé le granit des législations particulières trop exclusives, trop absolues, et créé de nouveaux courants d'idées auxquels elles ont fini par céder pour le plus grand avantage commun des nations, et de leurs ressortissants. Ce ne sera certes pas l'œuvre d'un jour que de faire règner l'harmonie entre des législations essentiellement diverses, de manière à ce qu'un même procès ne puisse pas être décidé dans des sens tout à fait différents, suivant qu'il est porté devant les tribunaux de telle nation ou de telle autre. Quant à l'unification complète du droit, qui ôterait toute raison d'être au droit international privé, nous sommes de l'avis des auteurs les plus graves. Sauf dans certaines matières spéciales, elle n'est pas réalisable, et elle n'est même pas désirable, les lois civiles de chaque pays étant plus ou moins appropriées au génie de la nation, à ses mœurs, à son climat, à sa situation géographique, au sol, à ses besoins et à ses ressources.

XVI. — Ce que nous venons de dire permet de pressentir le plan que nous avons l'intention de suivre dans notre travail. Nous nous proposons d'exposer les principes du droit international privé admis en Belgique, et les réformes projetées, en nous aidant de la théorie, soit pour l'interprétation des dispositions obscures, soit pour la solution

des questions que notre législation ne résout pas, soit même pour la critique des principes actuellement admis ou en voie de gestation. Mais nous ne croirions pas faire œuvre complète, si nous n'exposions pas les principales divergences qui existent entre notre pays et d'autres pays également civilisés. Nous disons : *les principales divergences*, car il serait impossible de les analyser toutes. Nous ne saurions non plus nous abstenir de signaler les points, sur lesquels les solutions fournies par nos lois positives, ou par notre jurisprudence, seraient en désaccord avec la théorie telle que nous la concevons. Sans doute, la science elle-même est loin d'être fixée sur plusieurs des principes fondamentaux qui servent de base au droit international privé. Nous voulons exposer consciencieusement notre opinion motivée, et indiquer en même temps dans quel sens le courant des idées scientifiques semble entraîner les esprits, principalement dans les pays de race latine. — Il est incontestable, par exemple, qu'il s'est produit, dans la 2e moitié de ce siècle surtout, un mouvement puissant en faveur de la prédominance de l'élément de la nationalité sur celui du domicile, pour l'appréciation de la capacité juridique des individus et même de l'effet de leurs actes. Mais comme ce système n'est pas universellement admis, et comporte lui-même des exceptions, nous ne pourrons passer sous silence ni l'appréciation des questions de domicile, ni celles de la situation des biens, ni celle d'un certain nombre d'autres éléments qui peuvent influer sur la question de savoir quelle est la loi applicable à tel ou tel rapport juridique.

### § 3. — *Du droit international pénal.*

XVII. — Le droit pénal international rentre-t-il dans le droit international privé? D'après la définition de Fœlix il faudrait répondre affirmativement. Cet auteur ne définit-il pas le droit international privé : l'ensemble des règles relatives à l'application des lois civiles *et criminelles* d'un Etat, *dans le territoire d'un Etat étranger...?* Notons

toutefois qu'en ce qui concerne les lois criminelles cette définition manque d'exactitude. On n'agite pas, en droit pénal international, la question de savoir quand les lois criminelles d'un Etat peuvent recevoir à proprement parler application dans le territoire d'un autre, mais bien celle de l'étendue de leur force obligatoire, c'est-à-dire quand elle peuvent être appliquées à raison de faits commis en pays étranger, ou à des étrangers, ce qui est bien différent. Nul ne soutient que les lois criminelles d'un pays puissent être appliquées à proprement parler en pays étranger. Le droit pénal international pourrait être défini plus exactement : l'ensemble des principes qui règlent l'applicabilité des lois pénales des divers pays, et la compétence de leurs tribunaux, relativement aux infractions commises en pays étranger ou par des étrangers, ainsi que leurs obligations d'assistance réciproque pour l'administration de la justice répressive. Ainsi défini, il comprend la matière importante de l'extradition, dont la plupart des auteurs s'occupent à propos du droit pénal international. Mais les ouvrages les plus récents, sur le droit international privé, ne traitent point du droit pénal, ou l'excluent formellement du cadre de cette science. MM. Asser et Rivier pensent que c'est à tort que l'on a compris, dans le droit international privé, le conflit des lois pénales[1]. « Les règles du droit pénal international, fondées sur des principes d'un ordre différent, doivent, dit M. Asser, être exposées à part. » M. de Bar ne traite pas du droit pénal international dans la deuxième édition de son ouvrage [2]. Mais il a soin d'observer que c'est par des considérations purement pratiques. « Je ne puis » dit-il, « partager l'opinion fréquemment soutenue, que le droit international pénal appartienne à un ordre d'idées absolument différent. Et je suis plutôt d'avis, avec l'un des écrivains français les plus récents, Lainé [3], que le droit privé et le droit pénal sont unis ici par cette considéra-

(1) Op. cit., p. 5.
(2) V. la préface, p. IX. Op. cit., édit. de 1889.
(3) Op. cit., T. I, p. 11.

tion, qu'il s'agit de définir la situation juridique de l'individu dans une organisation juridique étrangère, ou, pour préciser davantage, la compétence des juridictions de chaque Etat, relativement aux individus et à leurs droits. Et cela est vrai aussi du droit international pénal, en tant que l'individu doit pouvoir défendre ses droits, tandis que, dans le droit international public ou dans le droit des gens, il s'agit des rapports mutuels des Etats envisagés comme corps. »

XVIII. — Pour ce qui nous concerne, nous estimons que la question est des plus délicates. Il est bien vrai que, lorsqu'on se place au point de vue du droit intérieur d'un pays déterminé, le droit pénal est une branche du droit public, et spécialement du droit public interne, en ce qu'il règle les rapports de l'individu avec la société dont il est membre, à titre permanent ou temporaire. Et, au premier abord, il semble que l'on se mette en contradiction avec ce principe généralement admis, en rangeant le droit pénal international dans le droit international privé. Mais, quand on y réfléchit bien, on est fort tenté de trouver dans les observations de M. de Bar un grand fonds de vérité, bien qu'elles paraissent présentées sous une forme un peu obscure. Les règles que l'on groupe sous le nom de droit pénal international ne constituent pas, à proprement parler, un droit pénal. Elles ne définissent point les délits et les peines; elles disent dans quelle mesure un individu relève de la législation pénale de tel Etat plutôt que de tel autre, quant aux infractions dont il peut se rendre coupable; dans quels cas il peut être traduit devant les tribunaux de tel Etat; quand il peut et doit être extradé. Ce n'est donc pas à proprement parler un droit pénal; ce n'en est, tout au plus, qu'un des éléments: celui qui concerne la force obligatoire extraterritoriale de la loi pénale, et les moyens pratiques de faire respecter les lois répressives de chaque nation, par tous ceux qui se trouvent sur son territoire, ou qui relèvent de ces lois à titre personnel. Ce n'est point la loi pénale elle-même. Dans le droit international pénal, comme dans le droit international privé en

général, il s'agit de déterminer chaque fois que la question peut paraître douteuse, la portée rationnelle, le champ d'action des lois d'un pays, vis-à-vis de l'individu qui n'y est pas soumis à tous les points de vue, d'une façon complète et absolue, qui ne se rattache pas à la fois à ce pays par tous les liens possibles : par la nationalité, le domicile, le lieu de l'acte *(forum delicti vel contractus)*, le lieu de la résidence momentanée au moment où cet acte devrait produire ses effets. C'est *l'individu* qui se trouve en présence d'un Etat, d'une société politique déterminée ; c'est de son intérêt qu'il s'agit. A qui répondra-t-il de ses actes? — La nation dont il a violé les lois, troublé l'ordre public, celle à laquelle il appartient, celle où il a son domicile, ou seulement sa résidence, ne doivent point rester indifférentes à cette question. Et dès lors il s'agit d'une question de droit international. Mais c'est encore une question qui n'engage pas directement les intérêts de la nation elle-même. Elle ne les engage que par voie réflexe, et pour ainsi dire par contre-coup.

XIX. — Il y a cependant une différence notable entre les conflits de droit pénal, et les conflits de droit privé : c'est que, dans les premiers, il s'agit de déterminer l'empire des lois d'un pays relativement à des actes qui troublent son ordre public. L'ordre public apparaît toujours au premier plan. L'intérêt de l'Etat est toujours engagé d'une façon indirecte dans toutes les questions touchant à cette branche du droit ; mais il l'est ici, à un double titre, d'abord parce qu'il est de sa dignité et de son intérêt, que ses lois soient reconnues applicables à tous les rapports juridiques qu'elles doivent régir, que les droits de ses ressortissants soient respectés partout, et partout régis par la loi que la raison et la justice commandent de leur appliquer ; ensuite, mais seulement pour l'un des Etats en cause, pour celui dont l'ordre social a été troublé, parceque toute société politique a un intérêt manifeste à réprimer les attentats dirigés contre cet ordre social, dans la mesure où la justice et la raison le permettent. On s'explique ainsi que les règles de droit pénal

international soient fondées sur des principes différents, comme le fait observer M. Asser. On comprend que, sans considérer le droit pénal international comme une branche du droit des gens public, on puisse l'envisager comme une branche spéciale du droit international et en faire l'objet d'études et de travaux séparés. C'est ce que fait du reste M. de Bar lui-même, dans la dernière édition de son ouvrage. Et, s'il déclare que c'est pour éviter de donner à celui-ci une étendue telle, qu'il serait obligé d'en retarder la publication, il reconnaît en même temps que sur le terrain pratique les deux sciences se séparent le plus souvent.

« La conclusion de ces observations nous paraît être celle-ci. C'est que le droit pénal international n'est certainement pas une branche du droit des gens, ou du droit public international. C'est qu'il n'est pas non plus, à vrai dire, une simple subdivision du droit international privé. La vérité est, et c'est la conclusion à laquelle semblent arriver MM. Asser et Rivier, que c'est une branche spéciale du droit international, une branche spéciale de la science du droit, en tant qu'elle concerne les rapports entre nations, une branche hybride se rattachant à la fois au droit public et au droit privé. Tout au moins faut-il admettre, et M. de Bar le reconnaît lui-même, qu'il y a plutôt avantage à en faire l'objet d'une étude séparée. Et dès lors la question de classification importe assez peu.

# CHAPITRE II.

## APERÇU HISTORIQUE.

---

XX. — Pendant une série de siècles, la science du droit international privé n'a pour ainsi dire pas eu d'histoire. Mais il n'en est pas de même de ce droit lui-même, et il est inévitable que des questions de droit international privé aient dû surgir, aussitôt que des relations pacifiques et régulières se sont établies entre deux ou plusieurs nations. Cet évènement heureux ne s'est malheureusement point produit de bonne heure ; et aussi loin que les traditions historiques nous permettent de remonter, nous voyons les sociétés antiques dominées par un esprit d'exclusivisme absolu. La plupart, du reste, pour ne pas dire toutes, étaient essentiellement théocratiques. Une même religion, les mêmes croyances, les mêmes divinités ou le même Dieu, tel était le ciment des plus vieilles nationalités. L'idée religieuse étant le fondement de la société antique, l'exclusion de l'étranger en était la conséquence. Le culte était la pierre angulaire de l'organisation sociale. L'étranger en était donc exclu comme profane et impur. Nous examinerons rapidement, comment les idées anciennes se sont progressivement et nécessairement modifiées et adoucies à cet égard.

## § I. — *L'antiquité.*

XXI. — Ces idées d'exclusivisme ont dû nécessairement dominer dans cette Inde mystérieuse, pays essentiellement théocratique, où il n'y avait pas même égalité de droit entre les divers membres de l'Etat, où ils étaient divisés en castes que séparaient des barrières infranchissables. Les castes inférieures n'ayant pour ainsi dire aucun droit, que pouvait être l'étranger? Il était considéré comme « impur de mœurs et de langage » (1). Il était donc essentiellement un être privé de tout droit quelconque. La condition des étrangers fut la même en Egypte, aussi longtemps que le régime théocratique put lutter avec succès contre la pénétration lente des éléments extérieurs, qui s'effectua grâce au développement grandissant des relations commerciales. De même aussi en Judée, et il ne pouvait en être autrement dans un pays dont la population se considérait plus ou moins comme le peuple de Dieu, ce qui était du reste le cas pour toutes les nations théocratiques anciennes. Toutes se considéraient plus ou moins comme le peuple de Dieu, comme supérieures aux autres dès lors par une origine divine; et elles en arrivaient par une conséquence immédiate et nécessaire au mépris de l'étranger et à la négation de ses droits.

XXII. — Le commerce, ainsi que nous l'avons dit, et *aussi la guerre*, bien que cela puisse paraître paradoxal à première vue, furent à cet égard les deux agents les plus puissants de la civilisation : le *commerce*, parce qu'il avait pour conséquence nécessaire, et pour condition primordiale, dès qu'il devenait international, la reconnaissance de certains droits aux commerçants étrangers, parce qu'il amenait entre les diverses nations des relations continues, incessantes, de nature à user cette orgueilleuse et naïve idée théocratique de la prédominance absolue d'une race sur une autre; *la guerre*, d'abord parce qu'elle peut être

(1) Fragment du poème de Barathea, cité par Laurent. *Droit civil international*, T. I, p. 114.

entremêlée de succès et de revers et suivie de concessions réciproques consacrées par des traités ; en second lieu parce qu'elle peut avoir pour résultat la conquête et, à la longue, des mélanges de races, enfin parce qu'elle a souvent pour conséquence la colonisation de contrées éloignées, et, par cela même, l'établissement final d'agrégations politiques nouvelles, unies par le lien d'une communauté d'origine, de mœurs et de religion à la nation mère. Quant au commerce, qui unit les nations, suivant l'observation de Montesquieu (1), son action civilisatrice est bien plus immédiate et plus saillante, quoi qu'en pense Laurent (2). Si la guerre unit par la force les vainqueurs et les vaincus, il faut convenir que chez les peuples anciens cette union se manifestait souvent d'une manière assez étrange. Tel n'était certainement pas l'effet des guerres d'extermination. Tel n'était pas non plus le résultat des luttes, au terme desquelles le vainqueur réduisait au rang d'esclaves tous les habitants du pays conquis. Ce n'est qu'à la longue que la guerre, œuvre de force et de violence, peut produire des effets favorables au développement du droit international. Il n'en est pas ainsi du commerce. Si, entre nations commerçantes rivales, il engendre quelquefois la guerre, si l'on a fait la guerre pour imposer des relations commerciales à un peuple qui n'en voulait point (et il ne faut pas remonter jusqu'aux Grecs et aux Phéniciens pour en trouver des exemples), il est certain que le commerce entraîne, par lui-même, la reconnaissance forcée de certains droits aux habitants des pays avec lesquels on le fait, des contacts nécessaires journaliers, des échanges d'idées en même temps que de produits, et par cela même des rapprochements de mœurs, des concessions réciproques, résultat inévitable de la communauté d'intérêts. Les Hébreux et les Egyptiens avaient déjà subi l'influence de ces circonstances, qui devaient nécessairement conduire à une amélioration de la situation des étrangers. Chez les premiers s'était développé progressivement un droit qui, analogue au *jus gentium* des

(1) *Esprit des lois*, XXI-11.
(2) Laurent. Op. cit., T. I, p. 119.

Romains, était considéré, comme *commun* aux descendants de Noé. Chez les seconds, l'admission des étrangers à fonder certains établissements commerciaux en Egypte avait eu pour effet de leur faire reconnaître au moins exceptionnellement certains droits.

## § 2. — *La Grèce et Rome.*

XXIII. — Il devait en être à plus forte raison ainsi, et il en a été ainsi à un bien plus haut degré, dans ceux des Etats de l'ancienne Grèce qui étaient essentiellement commerçants. Composée d'une foule de petits Etats, la Grèce ne connut point l'unité politique. Bien plus, il est certain que ces Etats restèrent pendant longtemps étrangers l'un à l'autre, n'ayant d'autres relations que celles qu'entraînait la guerre ; et, dans chacune des cités Grecques, les citoyens des autres cités Grecques étaient considérés comme étrangers. Pas d'idée d'une patrie commune : la Grèce. Et tous les étrangers, y compris ceux qui se rattachaient à d'autres cités de la Grèce, étaient dans le principe sans droit. Le devoir moral de l'hospitalité avait, il est vrai, tempéré, dès les temps héroïques, l'injuste rigueur de cet esprit d'exclusivisme ; les étrangers et les pauvres étaient, dit Homère, considérés comme protégés par les Dieux. Mais il ne semble pas que l'hospitalité ait conservé plus tard le caractère d'une espèce d'institution sociale. L'état de choses ancien se modifia progressivement, surtout dans les cités qui, touchant à la mer, étaient prédestinées à la vie commerciale. Les alliances, les traités entre Etats, et spécialement les traités d'isopolitie, de simples décrets mêmes conférèrent aux citoyens de certains Etats, principalement aux citoyens des colonies ou d'Etats de la Grèce, quelques droits civils ou tous les droits civils qui appartenaient aux nationaux ; peut-être même quelques droits politiques. De là l'institution des *proxènes* qui avaient pour mission de protéger les étrangers, assez semblable, sous ce rapport à nos consuls, qui se chargeaient même de les représenter devant les tribu-

raux et de les défendre en justice. Les proxènes étaient tantôt des citoyens de l'Etat dont ils étaient les délégués, tantôt des citoyens de l'Etat où ils exerçaient leur mission. Il est sans doute très difficile, ou plutôt impossible, de déterminer les limites exactes dans lesquelles des étrangers appartenant à la race Grecque, étaient admis à la jouissance des droits civils, soit en vertu de traités, parce que très peu de traités nous sont connus, soit en l'absence de traités. Mais le fait est incontestable. Or si l'on a fini, en Grèce, par reconnaître des droits à l'étranger, c'est, ainsi que le constate M. Laurent, à raison des nécessités du commerce. C'est à Athènes surtout, et dans les autres cités commerçantes de la Grèce, que ces droits ont été consacrés (1). Nous avions donc raison d'attribuer à cet agent une influence considérable sur l'établissement des premières bases du droit international privé (2). Ce que nous venons de dire n'est vrai toutefois que des étrangers Grecs. Les autres, qualifiés de barbares, ne semblent pas avoir jamais joui de l'égalité des droits civils, bien qu'il soit impossible d'admettre, que l'on ne reconnût pas certains droits à ceux de ces barbares, avec lesquels les Grecs entretenaient des relations commerciales, aux Macédoniens, par exemple, puisqu'ils venaient plaider à Athènes, comme les Athéniens en Macédoine.

XXIV. — Nous n'avons pas la prétention de soutenir qu'en reconnaissant certains droits à ces barbares, les Grecs aient été inspirés par des principes de justice; moins encore qu'ils aient conçu l'idée nette d'un ensemble de règles, déterminant par quelle loi sont réglés les relations juridiques formées avec ces étrangers. Non ; ils ont obéi à une nécessité sociale, commerciale, en ne persistant pas à les considérer en pratique comme dénués de tout droit, quelle que fût leur opinion en théorie sur leur situation juridique rationnelle. Ils l'ont fait parce qu'ils ne pou-

(1) Laurent. Op. cit., T. I, p. 180

(2) V. à ce sujet *passim*, une intéressante et savante étude de M. Catellani, professeur à l'université de Padoue, sur le *Droit international privé dans la Grèce antique*. — Rome 1892.

vaient pas faire autrement, et il semble même que l'application de la *lex fori* à ces étrangers ait été une règle presque absolue, sauf en ce qui concerne les droits de famille. La haine et le dédain traditionnels de l'étranger proprement dit ont toujours subsisté dans une certaine mesure, adoucis ou temperés seulement par la pratique de l'hospitalité. Ce n'est que chez les plus grands philosophes de la Grèce que l'on aperçoit quelques lueurs du sentiment de la solidarité, qui unit tous les membres de la grande famille humaine, quelque perception des liens de droit qui existent entre tous les hommes, malgré la diversité des nationalités, et entre les nations elles-mêmes. Mais le fait n'en est pas moins à méditer, et d'autant plus remarquable qu'il était nécessaire, et non pas le résultat d'un acte de volonté libre. Bien qu'il soit fort contestable, comme nous l'avons vu, que les questions de droit international privé, jaillissant nécessairement de l'admission des étrangers à certains droits civils, aient été résolues conformément à la justice, ces questions ont dû se présenter souvent. C'était, en tout cas, un grand pas de fait que la reconnaisance des droits civils à l'étranger. A partir de ce moment la première pierre de l'édifice du droit international privé était posée. Mais combien cet édifice tarda à s'élever !

XXV. — Il n'est rien de plus difficile que d'exposer avec concision la condition des étrangers à Rome ; d'abord parce que leur condition s'est modifiée avec l'extension de la puissance romaine, ensuite parce que l'on y distingua, même après la Constitution Antonine, diverses classes d'étrangers. Il est indubitable que, dans les premiers temps, l'étranger y était sans droit. Mais plus cette nation essentiellement conquérante s'agrandit, et plus elle fut naturellement amenée, à conférer aux peuples les plus anciennement soumis certains droits, certains privilèges, dans le but de se les attacher plus fortement, de s'en faire un point d'appui pour porter ses armes plus loin encore ; plus elle sentit aussi la nécessité de contracter des alliances impliquant certaines concessions. C'est ici que l'on voit

apparaître la guerre elle-même comme un agent inconscient et étrange de civilisation, comme un instrument concourant énergiquement au développement du droit. Nous n'avons pas à nous occuper ici des étrangers privilégiés, c'est-à-dire des Latins, et des non Latins auxquels la concession du *jus Latii* avait fait une situation spéciale et plus avantageuse. Nous ne parlerons pas davantage des déditices, des barbares et des personnes ayant perdu *la cité* à titre de peine. La question de savoir quelle était leur situation juridique est sans doute fort intéressante au point de vue historique; mais, précisément parce qu'elle était considérée comme exceptionnelle, nous n'avons pas à nous en occuper ici (1). Entre ces deux catégories de pérégrins se plaçaient les pérégrins ordinaires, les pérégrins proprement dits. C'étaient, d'après M. Weiss (2), les habitants des provinces incorporés à l'empire Romain qui n'avaient pas reçu le *jus Latii*, et telle paraît être également l'opinion d'autres auteurs. M. de Bar ne la partage point. On en vint peu à peu, selon lui, à considérer comme capables de droits, dans certaines limites, les sujets des Etats, avec lesquels on ne vivait plus en état de guerre, avec lesquels on entretenait des relations pacifiques, sans aller toutefois jusqu'à les assimiler aux citoyens Romains (3). Ils ne participaient aux institutions juridiques romaines, que dans la mesure nécessitée par leur résidence sur le territoire romain, et par les rapports commerciaux. Il suffisait sans doute pour être pérégrin dans le sens propre du mot, pour être un pérégrin ordinaire, pour jouir, à ce titre, d'une capacité juridique restreinte, de se trouver en fait sur le sol romain. Tous ces pérégrins jouissaient du *jus gentium*, c'est-à-dire de ces droits qui forment le domaine commun de toutes les nations : « *jus quod apud omnes gentes peræquè custoditur*. » Ils ne

(1) On peut consulter, au sujet de ces pérégrins, et des pérégrins en général, la monographie de M. Van Wetter, professeur à l'Université de Gand, à la fin du premier volume du *Traité de droit civil international* de Laurent.

(2) Op. cit., p. 9.

(3) Op. cit., T. I, p. 18.

jouissaient point du *jus civile*, du droit propre aux citoyens Romains; c'est-à-dire qu'ils étaient exclus non-seulement des droits politiques ou civiques, mais aussi de certains droits privés auxquels la loi civile avait attribué des caractères particuliers, notamment du *jus connubii*, et du *jus commercii* qu'Ulpien définit *emendi vendendique invicem jus*. Mais ces droits privés furent bientôt remplacés, pour eux, par des droits analogues fondés exclusivement sur le *jus gentium*. S'ils ne pouvaient contracter de *justae nuptiae*, ils avaient la faculté de contracter le mariage du droit des gens, mariage parfaitement valable, et entraînant notamment l'obligation de fidélité, bien qu'inférieur aux *justae nuptiae*. S'ils n'avaient pas le domaine quiritaire, ils avaient le domaine *in bonis*. A la vérité ils ne pouvaient succéder à un citoyen Romain, ni par testament, ni *ab intestat*, et cette faculté ne leur fut jamais accordée que par la voie des fideïcommis. Mais leurs propres successions étaient déférées, soit en vertu de leur testament fait d'après la loi de leur pays, soit *ab intestat* conformément à leur loi nationale. Ils ne pouvaient acquérir par les modes d'acquisition qui étaient considérés comme faisant essentiellement partie du droit civil, par exemple, la mancipation, la cession judiciaire, l'usucapion, l'hérédité civile, par l'adjudication dans une des actions *communi dividundo*, *familiae erciscundae*, et *finium regundarum*, ni stipuler dans la forme *Spondesne? Spondeo*, ni contracter une obligation par la voie des *nomina transcriptitia* etc... Mais la plupart des contrats reconnus par le droit-civil leur étaient accessibles, car ils appartiennent aussi au droit des gens: par exemple le louage, la vente, la société, le mandat, le mutuum, le commodat, le dépôt, le gage etc... Nous renvoyons, comme nous l'avons déjà dit, à la monographie de M. Van Wetter, pour l'exposé plus complet des droits qui appartenaient à ces pérégrins ordinaires. Il est cependant un point sur lequel nous devons insister.

XXVI. — Nous avons déjà dit que le pérégrin pouvait tester d'*après la loi de son pays*, en faveur d'un citoyen

Romain (1), et même au profit d'un périgrin (2), tout au moins d'un pérégrin appartenant à la même nationalité. Il pouvait se marier d'après les lois et coutumes de son pays (3). L'adoption se faisait d'après la loi nationale (4). La succession *ab intestat* était déférée conformément à la même loi (5). Il nous paraît évident qu'il devait en être de même de la tutelle, puisqu'on admettait l'extension de cette institution aux pérégrins. Nous sommes donc porté à admettre que Laurent est dans le vrai, en supposant que, lorsque des contestations surgissaient entre pérégrins, elles étaient décidées par les *recuperatores* d'après leur loi nationale, s'ils appartenaient à la même nationalité, et que les préteurs pérégrins des provinces prononçaient également d'après la loi nationale des parties. En était-il autrement quand une contestation entre étrangers était portée devant le préteur pérégrin de Rome, ainsi que l'admet également M. Laurent ? Et est-il vrai que celui-ci décidait uniquement d'après le *jus gentium*, soit entre Romains et étrangers, soit même entre étrangers ? Bien que tout soit incertain en cette matière, il est probable que, lorsqu'il s'agissait de contestations engagées exclusivement entre étrangers, on se conformait à la loi nationale des parties aussi bien à Rome que dans les provinces. Le contraire serait une véritable inconséquence, puisqu'il en résulterait que la même contestation, entre les mêmes personnes, sur le territoire romain, et devant des magistrats reconnus et institués par Rome, aurait dû être décidée d'après des principes différents, suivant qu'elle aurait été engagée à Rome ou en province. C'est bien ainsi que M. Rivier, dans ces excellentes notes sur Asser, interprète les textes bien connus de Gaius et d'Ulpien. « Le droit particulier des divers pays était » dit-il, « appliqué aux pérégrins *certae civitatis cives*, en matière personnelle, familiale et successorale (6). » Mais était-ce seule-

(1) Plinii Epist. X. 69 et 70.
(2) Ciceron. In Verrem actio. II, L. 2. C. 22. § 53.
(3) Gaïus. I, p. 92.
(4) Ciceron. Ad. Famil. XIII. Epist., 19 § 2.
(5) id. p. 675
(6) Rivier sur Asser, p. 7 et la note.

ment en matière personnelle, familiale et successorale ? Telle n'est point l'opinion de M. de Bar [1]. Il est plutôt d'avis qu'il en était ainsi dans la généralité des matières. « Les Romains » dit-il, « laissaient en principe aux nombreuses populations qu'ils soumettaient, leur droit propre et une certaine autonomie ; et, grâce aux étapes multipliées qui conduisaient de la simple alliance à l'incorporation complète, on en arriva naturellement à traiter les étrangers n'appartenant pas à l'empire, d'après les mêmes principes que les étrangers en faisant partie. Ils sont confondus par les jurisconsultes sous le nom de *pérégrins*. Le droit privé matériel fut traité en conséquence, comme Wächter (I, p. 242) l'observe très justement, comme un droit de race ou d'état propre à chacun, qui accompagnait la personne partout. Cet état de choses est particulièrement sensible sous les empereurs, des citoyens Romains vivant, à cette époque, dans toutes les parties de l'empire, et y conservant partout leur droit particulier, sans égard à leur résidence. Le *jus gentium* avait, dans ces circonstances, la valeur d'un droit commun, à l'encontre des droits des diverses cités, et l'Imperium appartenant aux magistrats provinciaux Romains eut en outre pour effet, que certaines institutions juridiques romaines (par exemple le testament privé romain, en tant qu'il s'agit de la forme), devinrent un droit commun absolu. »

XXVII. — Sans doute l'on ne trouve guères, dans la compilation de Justinien, de textes qui résolvent directement des conflits de droit international privé, et les fragments que l'on a parfois cités comme tels n'ont pas la portée qu'on leur a attribuée. La démonstration en a été faite, nous paraît-il, d'une manière complète, et il est inutile d'y revenir. Dans ses notes sur la traduction de l'ouvrage de M. Asser relatif au droit international privé, M. Rivier constate que les passages des écrits des jurisconsultes anciens et classiques, pouvant avoir trait au droit international privé, ont été rejetés du *Corpus juris* par les

(1) Op. cit., p. 20.

compilateurs [1]. Mais il n'en résulte nullement que quelques-uns des principes, sur lesquels ce droit repose, n'aient pas été au moins partiellement reconnus. Ils l'ont été, peut-être par des nécessités politiques, et par intérêt, plutôt que par respect des droits et par la conscience d'obligations internationales. Peu importe ; on n'en a pas moins fini par reconnaître aux étrangers ordinaires certains droits, notamment tous ceux qui dérivaient du *jus gentium*, dans leurs rapports avec le citoyen Romain. On a été plus loin, et, pour ce qui concerne leurs rapports entre eux, on leur a appliqué leur propre droit, le droit de leur race, tout au moins en matière personnelle, familiale et successorale. C'est un point assez généralement reconnu, et quelques auteurs vont plus loin. N'aperçoit-on pas dans tous les cas ici le germe de la théorie de la personnalité du droit ?

XXVIII. — La Constitution Antonine de Caracalla, en proclamant citoyens Romains tous les habitants de l'Empire (211 à 217 de l'ère moderne), modifia radicalement la situation antérieure. Cette réforme, inspirée à l'un des pires empereurs par des vues purement fiscales, n'eut cependant pas pour effet de supprimer définitivement les distinctions ci-dessus. Elle ne s'appliquait qu'aux habitants actuels de l'Empire, *in orbe Romano qui sunt*. Elle ne reçut point application aux nouveaux pérégrins, qui affluèrent bientôt sur le sol de l'Empire Romain. Et lorsque de nouvelles populations barbares, et spécialement Germaniques, s'établirent avec une indépendance toujours croissante sur le territoire romain, pour en arriver à le dominer, il n'y eut rien de plus naturel, comme le fait observer M. de Bar, que d'adopter, en ce qui concerne les rapports juridiques des Romains et des Germains, les règles anciennement observées pour les Romains et les pérégrins. On peut même dire que, si des considérations de simple utilité sociale avaient déterminé Rome, à laisser aux anciennes populations soumises, leur droit et

(1) Asser et Rivier, p. 6.

leurs lois, au moins comme règle des rapports des pérégrins entre eux, des considérations d'intérêt bien plus puissantes, des nécessités politiques, peut-être, lui imposèrent la même manière d'agir vis-à-vis de ces éléments étrangers nouveaux, à mesure que s'accroissait leur puissance, et que s'accentuait sa faiblesse.

## § 3. — *Les Germains.*

XXIX. — Les étrangers ne furent jamais probablement privés de droit d'une manière aussi complète, chez les anciens Germains, qu'ils l'avaient été à Rome dans les premiers siècles. On fait remarquer, il est vrai, sur la foi d'autorités, qui ne nous paraissent pas présenter des garanties de vérité absolue, que l'étranger était chez eux hors la loi, qu'il ne pouvait porter les armes, qu'il n'avait ni droits politiques, ni droits civils. Mais on reconnait en même temps qu'il y avait pour lui un moyen de sortir de cette situation précaire, c'était d'obtenir, à défaut de naturalisation, le patronage d'un homme libre, et que les liens de patronage se contractaient avec une facilité très grande. Il suffisait même que l'étranger eût habité pendant trois nuits sous le toit d'un Germain, pour que celui-ci fût tenu de le prendre sous sa protection. Or l'hospitalité était pratiquée de la manière la plus large chez les Germains, et Tacite nous dit qu'il ne leur était pas permis de refuser abri à un mortel quelconque (1). Ainsi que le fait remarquer M. de Bar, il n'y avait pas chez les Germains, entre les mœurs et le droit, une séparation aussi nettement tranchée qu'à Rome (2) ; et cela seul rend vraisemblable que l'étranger n'y fût point privé de droits d'une façon aussi complète. Leurs habitudes errantes, la facilité avec laquelle on brisait le lien de famille, et même le lien national, pour passer d'une tribu dans une autre, concouraient au même résultat, tout au moins quant aux relations avec des étrangers appartenant à la même race, mais à

(1) Tacite. *De moribus Germanorum*, p. 22.
(2) Op. cit., T. I, p. 25.

une autre peuplade. Quoiqu'il en soit, la question n'a pas une énorme importance. Ce qu'il importe d'examiner, c'est la situation que les Germains firent, à leur tour, aux étrangers, lorsqu'ils eurent assis leur domination sur les ruines de l'Empire romain, c'est le régime de droit sous lequel vécurent les populations qui se confondirent, et se mêlèrent alors, jusqu'à un certain point, dans le même territoire.

XXX. — Ce régime est celui de la personnalité du droit : chacun était régi par la loi de sa race. Il n'en résulte pas, comme on le sait, qu'il y eût égalité de situation juridique entre les Francs et les Gallo-Romains. Nous indiquerons plus loin quels étaient les caractères essentiels de ce régime, quelles en étaient les conséquences en pratique. Mais il est nécessaire de préciser d'abord l'origine que l'on attribue à cette règle de la personnalité du droit.

On est bien loin d'être d'accord sur cette origine, bien que la tendance générale soit de chercher l'explication du système de la personnalité du droit, dans le caractère, dans les qualités particulières de la race germanique. « L'esprit des lois personnelles était » dit Montesquieu « chez les peuples Germains, avant qu'ils sortissent de chez eux ; ils le portèrent dans leurs conquêtes. Tous étaient libres et indépendants ; quand ils furent mêlés, l'indépendance resta encore ; le territoire était le même, les nations étaient diverses ; chaque homme dans les nations mêlées doit être jugé par la coutume de sa propre nation. » Savigny a critiqué cette explication, et en a proposé une autre. Mais celle qu'il fournit est critiquée à son tour par Laurent, qui se rallie, tout en la modifiant dans une certaine mesure, à l'explication proposée par Montesquieu. « On ne comprend pas » dit Savigny, « comment l'amour de l'indépendance et de la liberté ait pu produire le système des lois personnelles. Que le Germain vivant au milieu d'une peuplade étrangère ait désiré d'être jugé d'après le droit de sa race, cela est naturel ; mais on ne conçoit pas que le peuple étranger ait accédé à ce désir. » La critique de Savigny nous paraît

assez justifiée, non seulement quant à la forme, comme le dit Laurent, mais quant au fond. Il est clair que, dans la pensée de Montesquieu, il y a un lien nécessaire entre l'esprit des lois personnelles, et l'esprit de liberté et d'indépendance ; et le premier est considéré comme la conséquence du second. Or c'est ce lien que nous n'apercevons point. Qu'il y ait un rapport plus ou moins proche entre ces deux instincts, c'est possible ; mais ce n'est point un rapport de cause à effet.

XXXI. — Savigny attribue l'origine du droit personnel au choc de la conquête. Lorsque les Germains vainquirent Rome, ils gardèrent leurs coutumes, et laissèrent les Romains (et il faut entendre, par là, même les Gallo-Romains) se régir par les lois romaines. Lorsqu'ils se firent la guerre entre eux, ils furent naturellement entraînés à suivre la même politique à l'égard des vaincus. De là le système de la personnalité du droit. Mais Laurent n'estime point cette explication satisfaisante. Il comprend la diversité du droit, d'après la race, dans les rapports des Germains avec les Romains, parce que les vainqueurs, dit-il, ne pouvaient songer à communiquer leur droit aux vaincus. C'eût été les égaler aux Germains, alors que ceux-ci affectaient pour les Romains le plus souverain mépris. « Mais » ajoute-t-il, « le droit ne séparait pas seulement les barbares et les Romains, il séparait aussi les tribus germaniques. Ici il n'y avait aucun obstacle à l'unité du droit. Les Barbares étaient frères par le sang ; leurs coutumes avaient la même origine, le même caractère ; cependant elles continuèrent à diviser les membres d'une même famille, comme si elles étaient d'origine différente. La conquête, à elle seule, n'explique donc pas la personnalité de droit. »

Et il explique le phénomène, ou plutôt ce qu'il considère comme tel, par l'esprit d'*individualité* qui caractérisait ces Barbares, et qui était, dit-il, la génie de leur race. Il s'étend longuement sur cet esprit d'individualité, auquel il attribue une action providentielle sur le développement du droit, par sa fusion progressive et lente avec l'esprit

d'unité qui caractérisait la race romaine, et qui forme aussi un des traits essentiels du christianisme, sous le joug moral duquel les fiers Sicambres allaient bientôt s'incliner. Il voit dans l'union féconde de ces deux instincts en apparence contraires, l'idéal du régime de droit à établir entre nations, quant aux règles du droit privé, et considère l'unification absolue du droit comme un rêve irréalisable en fait, et peu désirable en théorie.

XXXII. — Pour ce qui nous concerne, nous ne méconnaissons pas que l'unité des règles du droit privé dans le monde soit irréalisable; nous ne contestons pas davantage les inconvénients graves qui seraient inséparables de cette unité complète, en supposant qu'elle pût être atteinte. Nous estimons avec Laurent qu'il ne s'agit pas de viser à l'identité absolue du droit dans tout l'univers, mais à l'harmonie, et que l'idéal soit, pour nous servir de ses expressions, l'harmonie dans la variété. Il ne faut pas qu'il n'y ait qu'une seule législation commune à toutes les races, à tous les peuples, en toutes matières. Il faut éviter que les diverses législations ne se heurtent, et il n'y a qu'un certain nombre de matières, quelques matières commerciales par exemple, dans lesquelles l'unité absolue soit souhaitable. Mais, laissant de côté cette question des désideratas de la science, nous ne pensons pas que cette formé un peu primitive et défectueuse de l'harmonie de législations, que présentent la juxtaposition et la coëxistence de plusieurs législations, applicables suivant la race, dans un même territoire, soit due uniquement à l'esprit d'individualité qui caractérisait la race germanique. L'établissement du régime de la personnalité du droit nous paraît être la conséquence naturelle de certains évènements historiques, nous pourrions presque dire une nécessité historique.

XXXIII. — Lorsqu'une nation en subjugue une autre, il faut bien qu'à moins d'exterminer les habitants du pays conquis, ou d'en faire des esclaves, des ilotes ou des serfs, elle choisisse entre ce dilemme : leur laisser leur propre droit, ou leur imposer le sien. Rome a peut-être com-

mencé par exterminer, ou du moins par réduire en esclavage les habitants du pays conquis. Mais outre que l'extermination ne se conçoit qu'à des époques d'extrême barbarie, elle est impolitique et tend à faire le désert autour de la nation victorieuse. Et, si le procédé qui consiste à réduire tous les ennemis vaincus à la dure condition d'esclaves, d'ilotes ou de serfs, est assez pratique et assez naturel, au début de l'existence d'une nation qui semble ne vivre que pour la conquête, il ne tarde pas à répugner aux sentiments d'humanité et de justice qui se développent avec la puissance et la prospérité de l'Etat. Il peut devenir dangereux, à mesure que s'élargit le champ des contrées soumises, et que le nombre des races vaincues augmente. C'est alors que le dilemme s'impose ; il faut ou bien assigner son droit à la nation vaincue, ou bien lui laisser sa législation propre. Il s'imposa à la République romaine, et plus tard à l'Empire. On en connaît la solution par ce que nous avons dit plus haut. Certains pérégrins obtinrent non pas immédiatement, et par le fait de la conquête, mais soit progressivement, après la conquête, et lorsque une certaine assimilation s'était opérée, soit par des alliances, une situation privilégiée. Ils participèrent dans une forte mesure au *droit civil* des Romains. Quant aux pérégrins ordinaires, privés naturellement de tout droit politique, ils furent, pour leurs relations avec le citoyen Romain, régis par le droit des gens, c'est-à-dire par les règles du droit des gens que reconnaissait le droit romain ; et, quant à leurs relations entre eux, par leur droit national. Ce régime s'établit d'autant plus naturellement, que l'on considérait comme un véritable privilège : le fait de les admettre à la participation des institutions de droit civil propres à la nation victorieuse. Ce ne fut donc pas en vertu d'une concession du vainqueur, qu'ils demeurèrent régis entre eux par leurs propres lois ; ce fut plutôt une conséquence de leur infériorité.

Telle fut la condition des tribus germaniques. Les assauts répétés de ces hordes souvent vaincues, jamais complètement domptées, avaient été suivis d'établissements dans

la Gaule. Elles y trouvèrent le système de la personnalité des lois; elles y vécurent naturellement sous ce régime, tout au moins quant aux relations de leurs membres entre eux. Et lorsqu'après avoir prêté leur concours aux armes romaines, pendant le cours du V^e^ siècle de l'ère chrétienne, pour repousser la terrible invasion des Huns, elles finirent par dominer dans ce pays, où elles s'étaient établies plutôt, dans le principe, en races alliées ou partiellement soumises, il était tout naturel qu'elles maintinssent le même régime. Cela était d'autant plut rationnel, qu'elles ne pouvaient aspirer à imposer leur droit barbare à des populations nombreuses, qui leur étaient bien supérieures en civilisation et en culture intellectuelle, bien qu'elles leur fussent inférieures en énergie et en vaillance, bien qu'elles les traitassent avec un mépris affecté. La situation s'était du reste simplement retournée. Les vaincus de hier étaient devenus les maîtres ; et, comme leurs anciens maîtres, ils considérèrent à leur tour la jouissance de leur droit national comme une espèce de privilège. Ajoutons que, pour imposer son droit à une autre nation à la suite de la victoire, il faut une puissance d'assimilation, et des moyens d'action, que ne possèdent point des races à demi sauvages vis-à-vis des nations civilisées, et dont les nations les plus civilisées ne pourraient elles-mêmes faire usage, sans de graves dangers, vis-à-vis de peuples d'une culture inférieure, mais plus considérables et récemment subjugués.

XXXIV. — L'explication que nous donnons est à peu près celle de M. de Bar. Nous traduisons littéralement : « Il a été dit déjà que les races germaniques, qui s'établirent d'abord comme alliées sur le sol romain, conservèrent leur droit, comme les sujets Romains qui s'y trouvaient. Ces alliés se transformèrent en conquérants ; mais, quelque fiers qu'ils fussent, ils ne pouvaient songer à traiter comme esclaves, ou à considérer comme sans droit, les habitants des provinces romaines, qui leur étaient si supérieurs en civilisation, d'autant plus que les chefs des tribus germaniques avaient volontiers accepté des dignités romaines, et avaient même gravi les marches du trône

comme héritiers des Césars. C'est ainsi que le droit des diverses peuplades ou tribus, réunies sur le même sol, devint pour chaque individu un statut spécial ; et la situation juridique, dans son ensemble, se distingua seulement des relations anciennes entre Romains et pérégrins, en ce que tous les membres des diverses peuplades furent considérés comme capables, en ce qui concerne toutes les relations juridiques, pour autant qu'à raison de circonstances particulières ils ne fussent pas considérés, dans leur propre race, comme esclaves ou partiellement incapables. L'antique et subtile distinction entre le *jus civile* et le *jus gentium* était tombée dans l'oubli, et n'aurait plus répondu aux nécessités pratiques, à raison de la confusion et du mélange des races les plus diverses, dans maintes contrées, lors de la migration des peuples. »

XXXV. — Ce n'était donc pas une nouveauté que le système de la personnalité du droit. Les Germains l'ont trouvé établi en Gaule, en Italie ; ils l'ont maintenu dans leurs rapports avec les peuples vaincus. Lorsqu'entre les diverses races germaniques se sont engagées de nouvelles luttes, il est tout naturel qu'ils l'aient maintenu encore. Il n'y avait plus ici, dit Laurent, les mêmes différences de mœurs, de civilisation, de législation. Qu'importe ? L'impulsion était donnée, le système s'était implanté, et d'ailleurs les inconvénients de la personnalité du droit n'en étaient que moins sensibles. Ces inconvénients se révèlent surtout là, où il y a entre deux législations des différences profondément tranchées, et lorsqu'il s'agit de rapports entre individus régis par des législations absolument diverses. Il nous paraît d'autant moins exact de représenter le système de la personnalité du droit comme une curiosité historique, comme un phénomène dont il faille nécessairement chercher la solution dans le caractère particulier des Germains, qu'on l'a vu s'établir ailleurs même à une époque relativement récente. Il apparaît assez souvent, quand une race conquérante, à raison de l'importance numérique des populations vaincues, à raison de la diversité extrême de mœurs, de civilisation, de langage, ou de

toute autre circonstance, ne peut pas compter assez sur sa force d'absorption et d'assimilation, pour la faire entrer d'un seul effort dans sa vie, dans son existence politique, sociale et juridique. Laurent lui-même (1) fait remarquer : que c'est une erreur de représenter la personnalité du droit, comme n'ayant jamais existé que dans l'empire des Franks, que ce système régit également la Turquie. Les Turcs, les Asiatiques campés en Europe, comme on l'a dit, ont laissé aux Grecs, aux Arméniens, aux Slaves leur droit propre, et une demi autonomie. Il en a été à plus forte raison ainsi des Roumains, des Bulgares, des Serbes, lorsqu'ils faisaient encore partie de l'Empire Ottoman. Les Européens vivent dans les Echelles du Levant d'après leurs propres lois ; et, sauf quelques restrictions, c'est le système des lois personnelles qui a été établi par les Anglais dans l'Inde pour les Anglais et les Hindous, par les Français en Algérie pour les Français, les Mahométans et les Juifs. Les Indiens étaient régis naguère encore par leur propre droit, dans les territoires soumis à la souveraineté des Etats-Unis de l'Amérique du Nord, tout en étant soumis à certaines lois des Etats-Unis, notamment quand ils se rendaient en dehors des territoires réservés.

XXXVI. — Il est évident toutefois que le système de la loi personnelle pouvait soulever des difficultés sérieuses, dès qu'il s'agissait de rapports entre individus de races différentes. Quel droit régissait ces rapports ? Nous n'avons à cet égard que des données vagues et incomplètes. Il semble que le mariage était conclu d'après le droit de mari, et que la femme mariée était soumise au droit de celui-ci. Il en était même ainsi de la veuve, et ce ne fut que par un Capitulaire de Lothaire I, édicté pour l'Italie, que le décès de son mari la fit rentrer dans son droit primitif. Mais comment se règlaient les *autres relations* juridiques entre individus de races différentes ? Il est bien probable que, dans le principe, la situation de la race conquise était privilégiée. Et, alors

(1) Op. cit., T. I, p. 239.

qu'au point du droit pénal, l'existence d'un Romain était taxée à la 1/2 du wergeld qui représentait la vie d'un Frank, nous ne saurions admettre que, dans le conflit des législations de droit privé, il n'y ait eu aucune partialité pour la race conquérante. Mais il paraît en tout cas que cet état de choses ne s'est point maintenu, et a dû se modifier à mesure que se produisait la fusion des races. L'opinion de Savigny est qu'on suivait, en matière civile, le droit du défendeur, bien qu'il l'énonce sous une forme dubitative. On cite en ce sens le procès du roi des Franks contre l'abbaye de Prum en l'an 797 ; mais on cite, il est vrai, en sens contraire un autre procès, celui du monastère de Farfa qui eut lieu environ un siècle plus tard. Seulement ces deux procès ne prouvent pas grand'chose, parce qu'ils se placent, le second surtout, à une époque où le système de la personnalité du droit s'était sans doute déjà effacé devant un système nouveau. En somme, la question de savoir comment se règlaient les conflits est des plus nuageuses. Les auteurs se bornent à des conjectures, appuyées sur des documents qui ne paraîssent pas très concluants. Savigny cite, il est vrai, l'art. 139 de l'Edit de Théodoric, aux termes duquel le tribunal se déterminait d'après la loi du défendeur principal, et non de la caution ; mais ce n'est là qu'une règle de compétence, et encore est-elle spéciale à une des races franques. Quant aux successions testamentaires et *ab intestat* elles étaient dévolues et règlées d'après la loi de défunt.

### § 4. — *Période de transition et période féodale.*

XXXVII. — Le système de la personnalité du droit ne pouvait subsister que temporairement. Il portait en lui-même un germe de mort, et était condamné à disparaître avec les circonstances qui lui avaient donné naissance. Que les diverses races, brutalement juxtaposées dans un même territoire par la conquête, aient commencé par vivre chacune selon sa loi propre, rien de plus naturel, ainsi que nous l'avons vu. Mais il était non moins naturel

que cet état de choses se modifiât, à mesure que s'opérait entre elles une union plus étroite, plus intime. Aussi ce système ne tarda-t-il point à s'effacer, et voici comment M. de Bar résume, dans son excellent traité de droit international privé, les changements qui s'étaient produits vers l'époque de la publication des Codes, c'est-à-dire vers le sixième siècle : « Comme les diverses races ne se trouvèrent plus, après la dissolution de l'empire Franc, en contact, les unes avec les autres, par masses aussi compactes et aussi considérables, il devint impossible d'appliquer, avec pleine connaissance de cause, le droit particulier de l'individu. Et les tribunaux, ignorant le droit personnel des étrangers, furent amenés nécessairement à leur appliquer en règle générale le droit du tribunal. C'est ce qui eut lieu quant au droit des preuves si important au moyen âge. Mais, comme, en règle, on ne pouvait assigner un débiteur qu'au lieu de son domicile, ce fut le droit du domicile du débiteur qui décida en matière d'obligations (on n'eut plus égard à l'origine des parties). — Autre changement important : l'on considéra la loi de la situation comme régissant seule les immeubles, ainsi que les droits réels immobiliers. Mais l'on commença d'autre part, à tenir pour valables en la forme, sauf en ce qui concerne la transmission de droits réels sur des immeubles, les actes juridiques accomplis suivant la forme prescrite par la loi du lieu du contrat ou de l'acte juridique. Quant à la succession en matière mobilière, elle était régie par le droit personnel du *decujus*. » M. de Bar cite, à l'appui de cet exposé du droit de l'époque, de nombreuses autorités que nous croyons inutile de mentionner ici (1).

XXXVIII. — N'aperçoit-on pas dans plusieurs de ces modifications une évolution marquée vers la territoralité du droit. Le *droit du tribunal* en matière de preuves, c'était le droit local appliqué même aux étrangers. Le droit de la situation des immeubles, c'était encore le droit du tribunal, une contestation en matière immobilière ne

(1) Op. cit., p. 31.

pouvant guères être portée efficacement que devant le tribunal de la situation. Le droit de lieu du contrat, c'était encore très probablement, et sans égard à l'origine des parties dans tous les cas, la loi du lieu où le débat s'engageait; car il devait être bien rare, à ces époques de troubles, de déchirements sociaux, que l'exécution du contrat dût être poursuivie dans un autre lieu que celui où la convention s'était formée. Ce n'était certes pas le régime territorial absolu : car lorsque plusieurs lois étaient en vigueur dans un même pays, on pouvait encore appliquer aux plaideurs la loi de leur race ; mais c'était une évolution vers ce régime. La fusion de plus en plus complète des races devait nécessairement faire sombrer le système de la loi personnelle. Ce n'est donc pas uniquement à l'établisement du régime féodal, que l'on doit la substitution de la loi territoriale à la loi personnelle, quoi qu'on l'ait dit et répété sous bien des formes ; et nous ne saurions accepter cette opinion enseignée encore par les auteurs les plus récents, par M. Weiss par exemple. « Ce changement, qui bouleverse tout le système que l'invasion des barbares avait fait prévaloir, s'explique tout naturellement » dit M. André Weiss « par le génie propre à la féodalité. La féodalité repose toute entière sur l'idée de la prédominance de la terre. » Et il cite Michelet : « La terre est tout dans ce système. L'homme y est attaché ; il a pris naissance dans le rocher où s'élève sa tour. Nulle terre sans seigneur, nul seigneur sans terre. Il est classé, qualifié par sa terre. Il la possède, mais il en est possédé. » Et Mignet : « L'homme est en quelque sorte possédé par la terre. » Telle est aussi l'opinion de Laurent, et il y a certes beaucoup de vérité dans ces observations, bien qu'elles soient un peu trop absolues. La féodalité a sans doute singulièrement favorisé la prédominance de la loi territoriale, mais elle n'en est pas la seule cause. Nous avons vu, dès le sixième siècle, se produire un courant marqué vers la souveraineté de cette loi. Les renseignements que nous possédons sur ce qui s'est passé, pendant les trois siècles au moins qui se sont écoulés depuis la pu-

blication des codes barbares, jusqu'à l'épanouissement de la féodalité, sont des plus vagues et des plus incomplets ; mais il nous paraît impossible que cette évolution vers le droit territorial ne se soit point accentuée. La juxtaposition de plusieurs législations civiles différentes dans le même territoire, applicables suivant la race, ne semble pouvoir être qu'un état transitoire, et ne peut guère se perpétuer, que si cette diversité de lois est favorisée par des différences profondes de religion s'opposant à la fusion des races. La loi de la race la plus nombreuse, fût-elle celle des vaincus, si elle l'emporte en même temps au point de vue de la culture intellectuelle, de la civilisation ; la loi de la race conquérante, fût-elle inférieure à l'autre au point de vue du développement intellectuel et social, et pourvu qu'elle ait l'avantage du nombre, est destinée à prédominer. L'identification de législation peut s'opérer simultanément avec le mélange des races. Le respect des droits de l'individu ne pouvait constituer un frein sérieux à cette marche des évènements, pendant cette période sanglante, caractérisée par le mépris le plus absolu du droit, et par l'exaltation de la force brutale, qui s'écoule sous le règne de Clovis, et sous les successeurs moins scrupuleux encore de ce prince. Il n'a pu l'être davantage sous ces Carlovingiens qui, sous le nom de maires des palais, exercèrent après les premiers Mérovingiens, et à côté de princes qui n'étaient princes que de nom, pour les déposséder ensuite de ce fantôme de royauté, un pouvoir tout aussi grand que celui des Mérovingiens eux-mêmes.

XXXIX. — Les procès célèbres, engagés contre des monastères au VIII^e^ et au IX^e^ siècle, ne peuvent pas être cités comme formant un élément de preuve à l'encontre de ces conclusions logiques de la situation existante, et du cours naturel des événements. L'Eglise a en effet conservé son droit propre, conforme au droit romain, beaucoup plus longtemps encore. On ne peut pas en conclure que la personnalité du droit ait subsisté pour les autres classes de la population. Il est bien difficile sans doute de marquer la date exacte à laquelle elle a disparu, et l'on ne saurait

méconnaître que l'établissement du système féodal ait dû hâter cette disparition ; mais il serait complètement erroné, à notre avis, d'envisager la féodalité comme la cause première et unique de ce changement. Laurent lui-même reconnaît (1) qu'il y avait, tout au moins sous les Carlovingiens « des lois générales qui ne tenaient aucun compte de la personnalité des races. » C'était un premier pas fait hors de la personnalité du droit : les capitulaires généraux avaient une autorité territoriale, comme les coutumes du moyen-âge et les lois modernes. Il ajoute, il est vrai : « que cette législation a peu d'importance à raison de la faiblesse du pouvoir central, et qu'il est inutile de discuter l'étendue d'une autorité *qui de fait n'existait point*. » Mais nous nous trouvons encore ici en présence d'une de ces assertions absolues, qui sembleraient devoir être étayées de quelque preuve, et à l'appui desquelles on n'en fournit aucune. Et il semble excessif de dénier toute autorité à des souverains comme Pépin le bref et Charlemagne, ou même comme les premiers Mérovingiens.

XL. — Quoiqu'il en soit, l'établissement de la féodalité dont le début paraît pouvoir être fixé au IX$^{e}$ siècle, à l'époque de la dissolution de l'Empire de Charlemagne, concourut incontestablement au développement du régime de la loi territoriale, surtout en matière de succession immobilière ; et M. Augustin Thierry (2) envisage l'établissement complet de ce régime comme l'époque où finit dans « la Gaule Franke, la distinction des races, où disparaissent entre Barbares et Romains, entre dominateurs et sujets, toutes les conséquences légales de la diversité. » Il n'y voit, il est vrai, qu'une singulière coïncidence ; d'autres y ont vu des phénomènes étroitement liés. La vérité nous paraît être, ainsi que nous l'avons dit, entre les deux thèses. Le fait même, que la classe supérieure des hommes de race germanique était fixée à la campagne, où chaque famille libre et propriétaire vivait sur son domaine, du travail de ses *lites*, ou des anciens colons, tandis que, sauf

(1) Op. cit., T. I, p. 248.
(2) *Essai sur l'histoire du Tiers Etat*, p. 20.

quelques officiers royaux, il n'y avait dans les villes que des classes inférieures de la race conquérante, et les familles nobles, riches et industrieuses de la population gallo-romaine, était essentiellement favorable à la localisation du droit.

XLI. — M. de Bar signale un autre fait qui a dû contribuer, d'après lui, à amener ce résultat. Il avait été très facile dès le principe, grâce à l'esprit d'individualité de la race germanique, de passer d'une peuplade dans une autre, de s'en faire recevoir membre et de participer ainsi à son droit : il est assez naturel, que l'on en soit venu peu à peu, à induire cette espèce d'adoption nationale de l'acquisition du domicile. La conjecture est ingénieuse, mais ce n'est qu'une conjecture, quelque probabilité qu'elle présente. Ce qui est plus certain, c'est que l'établissement et le développement de la féodalité, en substituant le lien artificiel du servage et de la vassalité aux liens naturels nés d'une commune origine, en multipliant les petits Etats, les petites agrégations politiques, dans lesquelles telle ou telle race pouvait n'être plus représentée que dans une proportion insignifiante, devait tendre de plus en plus à l'absorption du droit de race des petites minorités par le droit du plus grand nombre, ou par le droit du plus fort. Il ne s'agissait du reste pas seulement d'une transformation politique, mais d'une transformation sociale. Le régime de la propriété était changé dans son essence ; à l'exploitation de la terre, s'attachaient comme conséquence forcée, certaines obligations vis-à-vis du seigneur, et l'on a pu dire en ce sens, quoique avec une certaine exagération, que, dans ce régime, *la terre est tout*. Il eût été fort surprenant que le pouvoir central, affaibli par des luttes et par des divisions incessantes, eût pu porter obstacle au développement des petites tyrannies locales, que celles-ci eussent respecté le droit national des individus, alors qu'il n'y avait plus de nations. Pourvu que le seigneur ne refusât à son suzerain ni l'hommage, ni les services militaires réclamés par celui-ci, il n'intervenait point dans ses affaires intérieures. Et le seigneur fut d'autant plus

facilement amené à faire application de son droit à tous ceux placés sous sa dépendance, que les différences d'origine s'étaient effacées, que les races s'étaient fusionnées, et qu'il aurait été fort embarrassé pour maintenir la personnalité du droit.

XLII. — M. Laurent, tout en attribuant, dans son ouvrage, une grande importance à l'influence de la féodalité, n'admet pas plus que nous cependant qu'elle ait été la seule cause de l'établissement de la territoralité du droit (1). « Si, de personnel qu'il était, le droit devint territorial, c'est « dit-il, » que le fondement de la personnalité faisait défaut ; le droit était personnel parce que les races étaient distinctes, et à certains égards hostiles ; or, après une coëxistence de cinq siècles, les races s'étaient fondues, les Gallo-Romains étaient devenus barbares, et la distinction entre les races germaniques avait disparu. Dès lors la personnalité du droit n'avait plus de raison d'être. Le droit devint réel *par cela seul qu'il ne pouvait plus être personnel*. La révolution se fit par la force des choses, parce qu'il n'y avait plus de motif pour que le droit variât à raison de la nationalité. » Ce n'est donc pas uniquement à cause de l'établissement de régime féodal que le droit a cessé d'être personnel. Ce que l'on doit considérer comme le produit direct de la féodalité c'est le fractionnement infini de la localisation du droit, cette éclosion d'une foule de droits différents, parce qu'il y avait une multitude d'Etats dans l'Etat. Mais comment se fait-il que dans un même Etat féodal, dans une seule et même Seigneurie, le droit variât d'une ville, d'un village à l'autre ? Il était sans doute naturel, comme nous l'avons dit plus haut, que le Seigneur imposât sa loi à tous ses sujets sans distinction de races, dès que les distinctions de races s'étaient effacées. Mais la diversité du droit a subsisté dans une même seigneurie, sauf qu'il était territorial. Comment ce phénomène s'explique-t-il ? — Laurent l'attribue à l'isolement féodal. « Cet isolement est » dit-il, « un

(1) Op. cit., T. I, p. 268.

des traits caractéristiques de la féodalité. A aucune époque de l'histoire, dit Guizot, on n'en rencontre de pareil. » « La division se subdivise « ajoute Michelet, » le grain de sable aspire à l'atôme. » Et il note, comme une des causes de cet isolement, la difficulté et la rareté extrême des communications, comme une des sources de l'éparpillement du droit la génie essentiellement individuel des Germains, et le fait que le droit privé ne s'est point développé à cette époque sous forme de lois, mais sous la forme de coutumes. Il y a beaucoup de vrai dans ces observations de l'éminent jurisconsulte, mais on peut leur reprocher un manque de précision. La difficulté des communications, entre les divers Etats féodaux, n'explique point la diversité du droit dans un même Etat féodal. La vérité est que les communications étaient plus ou moins rares et difficiles, même entre les villes et les villages d'un même Etat féodal. Elle est surtout que des hostilités éclataient parfois entre eux, ou entre une ville et le seigneur, que celui-ci accordait ou se laissait arracher des privilèges, et qu'il arrivait en outre qu'un Etat féodal s'accrût ou se réduisît par la guerre, par l'hérédité, par les alliances, et vît s'adjoindre ou accroître à un autre Etat, des territoires, des villes, des villages auxquels on laissait leur droit territorial ancien. Et sans tenir compte même des évènements de cette nature, les préoccupations guerrières qui formaient souvent l'élément principal de la vie du souverain féodal, ne pouvaient guères lui laisser le temps de règler le droit privé de tous ceux qui relevaient de lui, et devaient laisser un libre champ au développement des coutumes locales. C'est dans ces causes multiples qu'il faut chercher l'explication de l'extrême diversité de droit, qui caractérise cette époque.

XLIII. — La première question, qui se pose ici, est celle de savoir quelle était sous ce régime la condition de l'étranger. Notons d'abord que l'on considérait, comme étranger, non seulement l'individu étranger au royaume, mais celui qui ne relevait point du seigneur féodal sur le territoire duquel il se trouvait. A l'égard de tous on appliquait en général le droit d'aubaine. Mais il est intéres-

sant de remarquer que les nobles n'étaient pas soumis au droit d'aubaine, et, comme le fait remarquer Laurent (1), l'aristocratie n'était étrangère nulle part. Au moins en était-il ainsi quant au droit de succession. Cet auteur soutient en outre que le droit d'aubaine perdait singulièrement de son importance par suite de sa combinaison avec d'autres principes. Il ne s'appliquait, dans toute sa rigueur, qu'à l'étranger serf. A la vérité il y avait un grand nombre de seigneuries, de baronnies, d'Etats féodaux dans lesquels on appliquait la maxime que l'air rend serf : *die Luft macht eigen*. Mais, là même, les hommes libres ne devenaient pas serfs immédiatement et de plein droit : il ne le devenaient qu'après an et jour, à défaut d'avoir fait aveu de bourgeoisie, c'est-à-dire d'avoir reconnu la suzeraineté du seigneur. Si, en fait, on leur appliquait le droit d'aubaine, c'était plutôt comme serfs que comme étrangers, en vertu d'une présomption légale qu'il dépendait d'eux de détruire. Laurent en conclut qu'en fait il n'y avait pas d'étrangers au moyen âge, mais seulement des différences de classes et que la théorie de l'aubainage était plus juste et plus humaine, à cette époque, que celle du Code civil. — C'est aller, ce nous semble, un peu loin. Il est d'abord assez dur, qu'en vertu de l'ancien adage : *die Luft macht eigen*, l'aubain n'eut d'autre moyen d'échapper au droit d'aubaine et au servage, que de reconnaître la suzeraineté du seigneur, que de faire acte de soumission et de sujétion endéans l'année. Mais qu'était-il dans l'intervalle ? Que devenait sa succession, s'il venait à mourir avant an et jour ? Que devenait la succession des étrangers de passage ? N'était-elle pas attribuée au Seigneur ? Etait-ce alors comme serf, n'était-ce pas plutôt comme étranger qu'il subissait le droit d'aubaine ? Laurent ne dit mot de ces étrangers, les seuls que l'on pût considérer comme vraiment étrangers.

XLIV. — Nous ne contestons pas cependant, que, dans certains Etats, dans certaines villes, la condition de l'au-

(1) Op. cit., T. I, p. 264.

bain ne soit devenue de bonne heure particulièrement favorable. Dès le XIII^e^ siècle, un empereur d'Allemagne, Frédéric II, réagit contre le droit d'aubaine, en établissant la faculté pour l'étranger de disposer de ses biens par testament, et le droit de la famille de recueillir sa succession *ab intestat*. Il est certain, d'autre part, que sous l'impulsion des besoins de la vie commerciale, les républiques italiennes concédaient très facilement le droit de cité à des étrangers. Mais c'est surtout dans les anciennes provinces qui composent actuellement la Belgique, que la condition des étrangers paraît avoir été avantageuse. Une ancienne charte de Gand de 1176 (art. 21) dispose, que les étrangers peuvent ester en justice devant les échevins; et, l'article ne distinguant pas, on doit admettre qu'ils le pouvaient même contre les étrangers. Laurent, qui mentionne cette disposition, aurait pu citer également une charte de Bruges, *la première keure*, de 1190, dont l'art. 19 est conçu en termes à peu près identiques. Or c'était pour les étrangers un véritable privilège; car le tribunal ordinaire, la *vierschaere*, ne siégeait qu'à certaines époques, et ce n'est qu'en 1481 que ce droit fut attribué également aux bourgeois. L'art. 54 de la charte de l'ammanie de Bruxelles de 1292 portait : « Un étranger, qui vient demeurer à Bruxelles, doit jouir de tous les droits dont il jouit dans son pays, comme s'il y fût resté. » Ces dispositions larges et généreuses ne permettent guères de croire que le droit d'aubaine fût reconnu sans contestation dans tout notre pays. L'étendue et la multiplicité des relations commerciales, de la Flandre surtout, avec tous les pays, l'intérêt puissant qu'elle avait à attirer les commerçants étrangers, devaient nécessairement déterminer les Flamands à répudier cette institution aussi injuste qu'impolitique. Mais il faut bien admettre que, jusqu'au XVI^e^ siècle, elle n'avait pas complètement disparu, puisqu'ils crurent devoir faire des stipulations expresses, relativement à son abolition, dans les traités de Madrid (1523) et de Cambray (1564). Depuis cette époque, ainsi que le constate De Ghewiet, « Quand on a voulu agir, pour faire dire que le

droit d'aubaine avait lieu en Flandre, on a été renvoyé, » et il en cite plusieurs exemples. Le fait est assurément remarquable et méritait d'être signalé (1).

XLV. — On signale également, comme caractérisant le système de l'ancien droit, en ce qui concerne les étrangers, le droit de naufrage, et Montesquieu le mentionne à côté du droit d'aubaine. Mais c'est avec pleine raison que Laurent nie l'existence du droit de naufrage en tant que droit régulièrement organisé. Cette barbarie, dit-il, a été un fait plutôt qu'un droit (2). Lorsqu'on a voulu ériger cette violence en droit, la conscience humaine a protesté. Et il fait remarquer que, dès le XI^e^ siècle, une charte abolit ce prétendu droit, que l'Eglise l'a flétri et condamné, que les empereurs ont renouvelé les peines portées par les lois de Rome contre les brigandages des riverains de la mer. Cela est exact. Mais il faut reconnaître que, sous plusieurs autres rapports, la condition des étrangers était inférieure. Ils étaient obligés à des redevances spéciales sous le nom de droit de chevage ou de cavage. Le mariage d'un serf, avec un aubain même libre, entraînait le droit de formariage. Dans beaucoup d'endroits, on leur interdisait d'acquérir des propriétés immobilières, ou des droits réels immobiliers. Dans d'autres, on soumettait à certaines restrictions, à certaines entraves, le droit, qu'on ne pouvait leur refuser complètement, d'exercer le commerce. Parfois on prélevait une partie notable de l'avoir qui devait être transporté hors du territoire, soit par suite de succession, soit par suite d'émigration, en vertu d'un *jus detractus*, ou sous le nom de *gabella emigrationis*. Beaucoup de coutumes ne leur permettaient, en cas de concours de créanciers, de faire valoir leurs créances qu'après les indigènes ; et ils se trouvaient dans une condition plus désavantageuse que ceux-ci, au point de vue de la procédure (arrestation, caution *judicatum solvi*, etc....) (3).

(1) Conclusions de M. Tempels, procureur du roi à Ypres, Belg. judic. T. XX, p. 162.
(2) Op. cit., T. I, p. 262.
(3) De Bar. Op. cit., T. I, p. 34 et les autorités qu'il cite.

XLVI. — Telle était leur situation, et, comme on le voit, il s'en fallait de beaucoup qu'ils fussent sans droits. Les idées avaient considérablement marché sous ce rapport, et si, à l'intérieur, l'esclavage ancien avait été presque complètement remplacé par le servage, sous l'influence simultanée des idées et des mœurs propres à la race germanique, et du christianisme, lequel admettait tout au moins l'égalité native de tous les hommes et la fraternité humaine, à plus forte raison ne pouvait-on envisager de simples étrangers, comme étant privés de tous droits, et pour ainsi dire hors la loi. Il était d'autant plus impossible qu'il en fût ainsi, que la plupart de ces étrangers appartenaient en somme à la même nation, bien que le lien de nationalité se fût considérablement relâché grâce à l'établissement du régime féodal, véritable émiettement de la souveraineté. Aussi les droits des étrangers devaient-ils être considérés comme la règle. Mais s'ils avaient des droits, par quelle loi ces droits étaient-ils régis ? Etaient-ils soumis à la loi du territoire, quant à toutes leurs relations juridiques quelconques ?... M. de Bar ne pense pas, que, même au moyen-âge, la territorialité du droit ait jamais existé avec cette portée absolue. Le droit était devenu territorial d'une manière absolue, en ce qu'on ne distinguait plus d'après la race. Il ne le fut pas, en ce sens que la loi du territoire dût s'appliquer et être étendue, sans aucune restriction, aucune distinction, à tous les étrangers même simplement de passage, même quant à leurs relations juridiques entre eux. « On exagère » observe avec raison M. Rivier, dans ses notes sur Asser [1], « quand on dit que le principe territorial consistait dans l'application de la loi du territoire, *à toutes les personnes et choses qui se trouvaient dans le territoire. Il n'en a jamais été ainsi, même vers la fin du moyen-âge.* » La vérité est tout d'abord, que grâce au principe : *l'air rend serf*, l'étranger résidant ne gardait pas longtemps sa qualité d'étranger. Une résidence permanente en faisait un serf, on lui

(1) Asser et Rivier. Op. cit., p. 8.

conférait, lorsqu'il faisait acte de sujetion, la qualité de vassal, le droit de cité ou de bourgeoisie, grâce à une règle souvent suivie et qui n'était que la contre-partie, la conséquence logique de celle que nous venons de mentionner. Il est bien vrai que la majorité féodale, l'âge auquel celui, qui détenait des fiefs, devait rendre hommage à son suzerain, variait souvent suivant la situation de ceux-ci. Mais c'était là une règle propre au droit féodal, et Bouhier et Froland en décidaient encore ainsi à une époque où tous les auteurs admettaient, et où ils admettaient eux-mêmes, que la majorité d'une personne est en général fixée d'après la loi de lieu de son domicile. La raison en est, suivant Dumoulin, que le fief tient plus au patrimoine qu'à la personne. En résulte-t-il que, même sous le régime féodal, la majorité d'un étranger fût toujours appréciée d'après la loi du lieu où il se trouvait momentanément, ou du territoire dans lequel il avait des droits à faire valoir, des obligations à remplir? Nous ne le croyons pas, et nous n'en trouvons la preuve nulle part. Ce qui est vrai, c'est que, sous ce régime, des obligations et des droits de plus en plus nombreux se rattachèrent à la propriété immobilière, que la terre, suivant l'expression énergique de Burgondus, tirait à elle l'homme, d'autant plus que la fortune mobilière était de peu d'importance, et considérée comme vile. Et comme le domaine territorial du seigneur se confondait avec la souveraineté, il en résultait naturellement qu'il s'agissait de faire rendre à la terre les prestations, les redevances, les charges attachées à sa possession.

XLVII. — Nous n'avons point méconnu la part d'influence qui appartient sous ce rapport au régime féodal sur le développement du système de la territorialité des lois et coutumes; et il est vrai de dire, en ce sens, que beaucoup de coutumes et d'autres règles légales semblaient plutôt faites pour les biens immobiliers que pour les hommes. Mais, quelque importante que fût la propriété territoriale, elle n'était point tout, et en quelque mince considération qu'on tînt la propriété mobilière, elle n'était point

nulle. Il existait entre les individus d'autres relations juridiques que celles qui se formaient à propos des immeubles, par exemple les relations commerciales. Où voit-on qu'elles fussent uniquement régies par la loi du domicile? Où voit-on que la majorité pour le mariage, la capacité pour contracter en matière mobilière fût régie dans un même pays par la loi locale quel que fût le domicile de la partie? Il n'y en a pas l'ombre d'une preuve. Laurent observe, il est vrai, que les premiers statutaires admettaient en principe que *toute coutume est réelle*; mais il n'est nullement démontré qu'ils en aient conclu, que la loi du territoire s'appliquait, avant eux, même à la capacité personnelle des étrangers de passage sur le territoire. Les règles qu'ils ont posées n'ont point été établies par eux, comme modifiant le principe de la réalité des coutumes (ils n'avaient point le pouvoir de les modifier), mais comme interprétation de ce principe, avec les restrictions auxquelles il était naturellement soumis. Ce n'étaient point des législateurs, c'étaient des jurisconsultes. Que quelques-uns se soient laissés guider, dans une mesure plus ou moins grande, par la doctrine des postglossateurs, cela est incontestable. Mais il n'en résulte qu'une chose, c'est que tout était incertain, quant à la portée du principe de la réalité des coutumes. Peut-être cette réalité avait-elle été exagérée de leur temps; et, pour en déterminer l'étendue avec exactitude, ils ont été amenés à faire des emprunts à des travaux étrangers. Mais ceux-là même qui, comme d'Argentré, faisaient assez bon marché de la doctrine italienne, admettaient la personnalité de certaines lois, et leur action extraterritoriale.

XLVIII. — En somme, la situation des étrangers est fort mal définie à cette époque, d'autant plus mal définie que le nombre des étrangers était à vrai dire peu considérable, d'abord à raison de la rareté des relations entre sujets de souverainetés différentes, ou même d'Etats féodaux divers soumis à une même souveraineté, ensuite par l'effet de ces annexions personnelles qui s'effectuaient au bout d'un espace de temps si court. La nécessité de déter-

miner nettement leur situation surgit lorsque les relations commerciales s'étendirent, et c'est pour cela que cette nécessité fut comprise et sentie dans les villes italiennes bien plus tôt qu'ailleurs. Lorsque le développement des relations commerciales et autres la rendit sensible également en France et dans nos anciennes provinces, il fut assez naturel de recourir aux travaux, par lesquels les postglossateurs avaient cherché à résoudre les difficultés que cette question soulevait. Ils se sont trouvés, en effet, aux prises avec les mêmes difficultés, à une époque bien antérieure. Nous aurons donc à dire quelques mots des travaux de ces savants, auxquels on rend généralement un tardif hommage aujourd'hui, après en avoir beaucoup médit pendant des siècles.

### § 5. — *Les Postglossateurs*

XLIX. — La qualification de postglossateurs s'applique, comme on le sait, aux Romanistes du XIV^e^ et du XV^e^ siècle : Balde, Bartole, Salicet, et une foule d'autres jurisconsultes, qui ne se sont pas occupés uniquement, comme les glossateurs à proprement parler, du droit de Justinien, mais des législations ou statuts locaux existant à leur époque, de leurs conflits, de la manière de les résoudre, en recherchant souvent dans le droit Romain la justification de leurs solutions. C'est avec raison que M. Rivier [1] reproche à Laurent d'avoir appliqué à ces savants la qualification de *glossateurs* : mais le savant professeur de l'Université de Bruxelles va un peu trop loin, ce nous semble, en faisant observer que l'éminent jurisconsulte, n'étant pas Romaniste, a cru sur le tard, avoir découvert les grands Romanistes du XIV^e^ et du XV^e^ siècle. La critique est dépourvue de fondement. Non seulement Laurent n'a pas cru les avoir découverts ; mais, dès le début de son étude sur cette fameuse école, il rappelle les attaques dont elle a été l'objet, et constate que Cujas et Savigny l'ont

(1) *Revue de droit international*, 1888, p. 628.

vengée de ces attaques passionnées. Et, en effet, les postglossateurs son loin de mériter le dédain dont ils ont été l'objet de la part de quelques uns de ces jurisconsultes que Laurent qualifie de statutaires. Certes, l'on rencontre chez eux des distinctions bizarres, capricieuses, des applications bien fausses de certains textes du droit romain, des hypothèses d'ailleurs contraires à la réalité élevées à la hauteur de principes incontestables. Mais, à côté de ces défectuosités de leurs travaux, la science moderne, plus impartiale que leurs successeurs immédiats, y relève de précieux mérites au point de vue du développement du droit international privé. C'est dans leurs écrits du reste, que l'on trouve les premiers vestiges de cette théorie des statuts qui a été developpée plus tard avec tant d'éclat, et qui a exercé, sans nul doute, une influence considérable sur les dispositions du Code civil. Mais on se tromperait gravement si l'on se figurait que la célèbre classification de tous les statuts, en réels, personnels et mixtes, fut déjà enseignée par eux, et il y a une différence considérable entre la doctrine des statutaires et celle des postglossateurs à cet égard.

L. — L'école des postglossateurs a pris naissance au XIII$^{e}$ siècle, et elle a eu des représentants dans la science jusqu'au XVI$^{e}$ siècle, bien que le XIV$^{e}$ marque l'époque de son complet épanouissement en Italie. Les premiers jurisconsultes de cette école partaient du principe que le droit romain était la règle, une espèce de droit commun universel, et les lois locales des diverses cités italiennes l'exception. Et comme l'Empire Romain, dont l'Empire d'Allemagne leur apparaissait comme le représentant et le successeur légitime, s'étendait presque au monde entier, d'après une fiction qu'ils admettaient comme une réalité, ils considéraient également beaucoup de lois locales étrangères comme des exceptions au droit romain. Suivant eux toutes les nations chrétiennes, sauf les Grecs, faisaient partie du peuple romain. Les statuts locaux n'étaient considérés que comme des dérogations à ce droit; et de là dérivaient plusieurs conséquences. Dans le cas de

conflit entre les statuts locaux on cherchait à résoudre la difficulté, en recourant à des textes romains bien souvent détournés de leurs portée naturelle, véritable. De plus, les statuts qui s'écartaient des règles romaines étaient interprétés ou appliqués restrictivement, et leur action était limitée au territoire. Ce serait toutefois une étrange erreur, que de voir dans ces seuls principes toute la théorie des statuts, telle qu'elle a été développée dans les écrits de ces savants jurisconsultes. Lorsque un conflit surgissait entre divers statuts locaux, on cherchait sans doute à l'élucider au moyen de textes du droit romain, et c'est même à un texte du Code, notamment à la loi *Cunctos populos* de la première constitution du titre *de Summa Trinitate*, que ces savants rattachaient l'exposé de toute la théorie du conflit des lois, texte qui ne présente, au fond, aucun rapport avec cette question. On s'en est étonné avec raison, et certains auteurs ont trouvé ce fait incompréhensible, bien qu'il ait été expliqué par d'autres d'une manière fort acceptable[1]. Mais il s'en faut que l'on pût toujours trouver, dans le droit romain, la solution, même apparente, de la difficulté, et il est impossible de méconnaître que, soit que les opinions des postglossateurs fussent basées sur des textes inapplicables en réalité à une situation nouvelle, et inconnue dans l'ancien Empire romain, soit qu'elles ne fussent puisées que dans des considérations de justice et d'équité générales, on trouve dans leurs doctrines beaucoup de principes justes, et qui tendent de plus en plus à prévaloir. L'idée fondamentale, dont partaient les glossateurs, était d'une part la prédominance du droit Romain comme droit général n'excluant pas nécessairement l'application des statuts locaux, de l'autre la soumission rationnelle ou tacite de la personne, de la chose, ou du fait juridique à une loi locale qui dérogeait au droit romain. Si la premiere partie de cette thèse était fausse, la seconde était digne de considération. Il est bien certain qu'elle tend en principe à reconnaître une assez grande influence

(1) Lainé. Op. cit., T. I, p. 101 et 11.

à la personnalité et à la liberté humaines. Il était naturel qu'une pareille théorie se développât avec plus d'énergie et plus de précocité en Italie qu'en France et en Allemagne, d'abord parce que, dans le droit romain, la personne n'était pas envisagée d'une manière aussi absolue et aussi exclusive comme le représentant du sol, de la terre, ainsi que le fait remarquer M. de Bar(1), ensuite et peut-être surtout parce que les doctrines des jurisconsultes subissent toujours un peu l'influence des besoins de leur époque et de leur pays, et parce que cette théorie était dans une certaine mesure favorable aux étrangers, avec lesquels les cités italiennes se trouvaient en rapport plus fréquent par suite du rayonnement de leurs relations commerciales. Nous n'irons certes pas jusqu'à dire avec M. de Bar, dans la 1re édition de son excellent ouvrage, et avec Wharton, que tout étranger jouissait des droits civils en Italie(2), bien que l'un et l'autre citent des textes nombreux à l'appui de leur opinion. Mais le principe même de la doctrine des postglossateurs leur était avantageux, et devait conduire à leur reconnaître ces droits dans une large mesure.

LI. — L'exposé de la doctrine des postglossateurs a été fait de main de maître par M. Laîné, dans son Introduction historique au droit international privé. Nous disons *la doctrine*, parce qu'ils procédaient d'après la même méthode, bien qu'ils arrivassent souvent à des conclusions bien différentes. Tous ont pris comme point de départ de leurs dissertations la fameuse loi du Code : *Cunctos populos quos clementiæ nostræ regit imperium*.... et la glose ajoutée par Accurse à la constitution en question, aux termes de laquelle le citoyen de Bologne, assigné à Modène, ne devait pas être jugé suivant le statut de cette dernière ville. C'est assez dire qu'ils n'ont jamais admis en principe la territorialité absolue des statuts. Aucun n'a divisé systématiquement tous les statuts en deux classes : statuts

(1) Op. cit., T. I. p. 36.
(2) de Bar, p. 66 N° 2, 1re édition. — Wharton. *Conflict of Laws*, p. 73, note 1 et Appendice C, p. 680.

personnels et réels, ou en trois : statuts personnels, réels et mixtes, comme d'Argentré. Ils ont cherché quelle est la loi, qui en cas de conflits, doit l'emporter d'après la raison naturelle, en s'appuyant souvent sur des textes du droit romain. Ils ont établi des groupes assez nombreux de dispositions législatives, et comme l'a fait remarquer M. Laîné, la distinction des statuts personnels et des statuts réels n'a été pour eux qu'une subdivision à côté de beaucoup d'autres (1). Ils se sont attachés à déterminer, en passant en revue les divers rapports de droit, ceux qui naissent des contrats, des délits, des quasi-contrats, des quasi-délits, les testaments, les successions, quelle était la loi qui devait rationnellement régir la forme de l'acte, le fond, les preuves, la capacité des parties, l'extinction des obligations, la procédure. Ils l'ont fait souvent avec une rare subtilité, et avec succès ; et, s'ils appuient souvent leurs solutions sur le droit romain, il semble que la raison juridique soit leur véritable motif déterminant, et qu'ils se soient efforcés par un respect traditionnel de ce droit vénérable, de concilier les textes avec la prescription de cette raison juridique.

LII. — La série des postglossateurs est longue (2), mais ils sont loin, pour la plupart, d'avoir élaboré des travaux d'ensemble sur la matière des conflits des lois. Les premiers se sont même bornés à étudier un petit nombre de questions, plusieurs ont simplement recueilli une collection de consultations sur ces matières. Comme la théorie systématique et raisonnée de Bartole a fini, après avoir été combattue sur plusieurs points par son principal disciple, Balde, par être acceptée, au moins en Italie, d'une manière

(1) Op. cit,, TI, p. 113.

(2) Les auteurs citent Dinus et Jacobus de Arena au XIII^e siècle, Oldradus, Jacobus Buttrigarius, Gulielmus de Cuneo (Guillaume de Cugneaux, Johanes Andraea, Guillaume Durant, Jacques de Révigny, Pierre de Belleperche, Cinus, Albéric de Rosate, Jean Fabre, Bartole et Balde au XIV^e siècle. Ils mentionnent en outre un grand nombre de savants qui ont écrit sur le conflit des lois au XV^e et même au XVI^e siècle et dont la doctrine se rattache également à celle des postglossateurs. Les plus remarquables sont en Italie : Salicet, Paul de Castre, Alexendre, dont les *consilia* ont été annotés par Dumoulin, et Rochus Curtius. Mais tous les successeurs de Bartole en Italie avaient fini par s'incliner devant l'auto-

générale, nous en dirons quelques mots. Bartole a divisé sa matière par groupes, et s'est occupé successivement des contrats, des délits, des testaments, des matières qui ne sont ni contrats, ni délits, ni testaments, de l'application aux clercs des statuts faits pour les laïcs, de l'extension extraterritoriale des dispositions prohibitives, de celle des dispositions permissives, de celle des dispositions pénales, de l'application des sentences pénales hors du ressort de la juridiction qui les a rendues. En ce qui concerne les contrats, il suppose qu'un contrat formé à Pérouse, par un étranger, donne lieu à un procès au lieu d'origine de cet étranger, et il enseigne qu'il faut appliquer la loi du lieu où l'acte a été passé quant à la forme *(solemnitas)*, la *lex fori* quant à la procédure (*litis ordinatio*), la loi du lieu du contrat quant aux conséquences naturelles du contrat, à ses conséquences directes, à celles qu'il contenait en germe dès l'origine, et la loi du lieu désigné pour l'exécution quant aux conséquences dérivées après coup du contrat par suite de négligence ou demeure. Et si aucun lieu n'a été désigné pour l'exécution, on doit appliquer, d'après lui, la *lex fori*, parce que c'est au lieu de l'instance que se produit la négligence ou la demeure du débiteur. Il est inutile d'insister sur l'influence énorme que ces distinctions ont exercée, et conservée en partie jusqu'à nos jours, sur les emprunts que divers auteurs relative-

rité du maître, dont les opinions avaient cependant été discutées dans le principe par son principal disciple Balde, au XIV^e^ siècle.

Au surplus la doctrine et la méthode des postglossateurs ne se confinèrent point en Italie : elles franchirent les monts et pénétrèrent en France et dans nos anciennes provinces, où elles comptèrent des partisans importants jusqu'au XVI^e^ siècle. Mais leurs principes y subirent nésessairement des modifications assez importantes, sous l'influence de l'ancienne règle de la territorialité des coutumes, qu'ils ne pouvaient trop heurter de front. C'est à la doctrine italienne que Lainé rattache l'illustre jurisconsulte Dumoulin, mentionné à tort par Laurent comme l'un des fondateurs de la doctrine statutaire française, et Nicolas Everard dans les Pays-Bas aux XV^e^ et XVI^e^ siècles. Malgré toute son érudition, il en est qu'il ne semble pas avoir connus, par exemple Petrus Gilkenius, dont les *Commentaria in præcipuos Universi Codici Titulos* contiennent un exposé de doctrine un peu sec mais très clair sur le conflit des lois et qui s'en occupe comme les postglossateurs à propos du T. I du code. *de Summa Trinitate et fide catholica*. Son ouvrage a été publié en 1606, et est certainement intéressant à consulter. Il est à remarquer du reste que les œuvres de quelques-uns des jurisconsultes que nous venons de citer se sont perdues.

ment récents ont faits à la doctrine de Bartole, sans lui faire toujours l'honneur de le citer. Nous noterons seulement que, d'après cette doctrine, et c'était l'opinion communément reçue, la règle *locus regit actum* s'appliquait non seulement à la forme mais au fond du contrat, à ses effets normaux et directs.

En ce qui touche la répression pénale des délits commis sur le territoire par des étrangers, Bartole établit des distinctions fort équitables, mais nous n'avons pas à nous en occuper ici. — Quant aux testaments, Bartole distingue également les règles qui régissent la forme, celles qui régissent le fond et celles qui déterminent la capacité du testateur. On ne peut pas dire d'une manière absolue qu'il préconise d'une manière générale, quant à la forme, l'application de la règle *locus regit actum*. Il se borne à examiner si le statut de Venise, qui simplifie les formes de testament, peut être considéré comme valable, bien que contraire au droit Romain, en tant que formé avec l'agrément tacite du Prince ; et en second lieu, si ce statut est applicable aux étrangers. Les deux questions sont décidées affirmativement. M. Laîné pense que la solution de la seconde implique réponse affirmative à une troisième question : celle de savoir quel est le statut qui doit l'emporter, celui du lieu où se fait le testament, ou celui du lieu d'origine du testateur. Nous croyons avec lui que cela résulte sinon de cette solution elle-même, au moins des motifs sur lesquels elle repose.

LIII. — Pour ce qui regarde le fond ou les effets des dispositions, Bartole ne s'en occupe qu'en tant qu'ils dépendent de la volonté du testateur, *quæ sunt de voluntaria jurisdictione*, et il applique la loi du lieu où le testament a été fait, comme pour les contrats. Et pour ce qui regarde la capacité du testateur il n'admet que la compétence de la loi du lieu d'origine de celui-ci, c'est-à-dire du lieu de son domicile. « Voilà certes une doctrine remarquable » dit Laîné. « Mais quelle raison en donne Bartole? Aucune qui soit sérieuse. Il s'appuie simplement sur la loi 152 D. *de tutoribus et curatoribus* dont l'objet est tout

autre. » D'où Laîné conclut qu'il a eu le sentiment de l'existence du statut personnel, sans pouvoir en faire la théorie (1). — Mais c'est en ce qui concerne les matières « *quae non sunt contractus, neque delicta neque ultimae voluntatis* » que Bartole indique en termes obscurs les statuts réels. Sa doctrine à cet égard est imparfaite et bien inférieure, comme le remarque Laîné, à celle d'un de ses prédécesseurs, Jean Fabre. On voit que la distinction des statuts en personnels et réels n'occupe dans sa théorie qu'une place assez insignifiante. Sa cinquième étude sur l'application aux clercs des statuts faits pour les laïcs, est sans intérêt pour nous. Mais il en est autrement de la sixième qui traite de l'extension hors du territoire des dispositions prohibitives non pénales... Et ici encore il distingue la forme, le fond et la capacité des personnes. Quant à la forme, le statut prohibitif ne s'étend pas au delà du territoire. Quant au fond, c'est-à-dire aux défenses faites en considération de la chose, *in rem et respectu rei*, le statut s'étend au delà du territoire en ce sens que l'aliénation est nulle en quelque lieu qu'elle s'effectue, si elle est nulle d'après la loi du lieu où la chose est située. Ce n'est pas précisément parce qu'une pareille disposition affecte le fond même de l'acte, comme le dit M. Laîné, mais parce qu'elle affecte l'objet de l'acte, la chose : *quia talis dispositis afficit rem, et impedit dominium transferri*.

LIV. — Quant aux prohibitions *in personam*, Bartole distingue entre celles qui sont favorables, et celles qui sont odieuses, en se plaçant uniquement au point de vue de la personne à laquelle s'adresse la prohibition. La prohibition est elle faite dans leur intérêt, est-ce une disposition protectrice, elle s'étend au delà du territoire ; sinon, non. L'idée peut être juste dans une certaine mesure, mais les applications qu'il en fait sont sujettes à critiques. — Bartole s'occupe ensuite des dispositions permissives ou attributives de facultés, et voit parfaitement les deux côtés de la question. Il se demande si l'acte permis peut être

(1) Laîné, Op. cit., T. I, p. 142.

accompli en dehors du territoire où il est autorisé par la loi, et en second lieu si l'acte régulièrement accompli là où il est autorisé produit ses effets au dehors. Ici surtout apparait la distinction entre la forme et le fond. Il applique à cette occasion, d'une manière plus générale, le maxime *locus regit actum* à la forme des testaments. Mais en ce qui concerne le fond, s'agissant des dispositions permissives, de la faculté d'accomplir tel ou tel acte juridique, il distingue. S'agit-il d'une disposition permissive conforme au droit commun, elle produit ses effets en dehors du territoire, sinon elle n'en produit pas. Il faut bien reconnaître que Bartole s'écarte singulièrement en ce point de la théorie des statuts personnels et réels. C'est à cette occasion qu'il s'occupe de la question de savoir quelle est la loi qui régit la succession des étrangers. Les lois attributives du droit de succéder sont-elles personnelles ou réelles ? Les prédécesseurs de Bartole avaient été divers sur cette question. Pour quelques-uns comme Jacobus de Ravena, et Guilliel-mus de Cuneo elles étaient réelles ; pour d'autres, comme Alberic de Rosate elles étaient personnelles, c'est-à-dire qu'elles étaient régies par la loi du lieu d'origine du défunt ; pour quelques-uns il fallait s'attacher à la loi du lieu du décès. Bartole n'adopte aucune de ces opinions, et c'est ici qu'il propose cette distinction «*purement verbale*» si vivement critiquée par Dumoulin, et que D'Argentée qualifiait de jeu d'enfant. Il faut examiner, d'après lui, les termes de la coutume ou du statut pour déterminer si la disposition a été faite en vue des personnes ou en vue de bien. Si une disposition sur le droit d'aînesse par exemple commence par ces mots : *bona decedentium veniant in primogenitum*, elle est réelle et s'applique à tous les biens situés dans le territoire, quelle que soit l'origine de la personne. Si elle commence au contraire par ces mots : *primogenitus succedat*... elle est personnelle et ne s'étend pas aux étrangers. Il nous paraît inutile d'insister, après tant d'autres, sur ce que la base de la distinction a de bizarre. Ce qu'il importe de remarquer, c'est qu'il y a ici en fait une distinction entre les statuts qui

sont édictés en considération des biens, et ceux qui le sont en considération de la personne. Mais on voit que dans le système de Bartole elle n'occupe qu'une place assez secondaire[1].

LV. — Ce serait sortir du cadre de cette étude que d'exposer en détail les principes exposés par Bartole sur la répression des délits commis en dehors du territoire, et sur l'exécution des sentences pénales en dehors du pays où elles ont été rendues. Ceux qu'il professe sur la première question sont des plus remarquables, et sont presque identiques à ceux qui sont encore le plus généralement admis de nos jours. Quant à la seconde question elle est traitée d'une manière beaucoup plus imparfaite. Mais ce que nous avons dit de sa doctrine, sur les conflits de droit civil à proprement parler, suffit pour que l'on puisse se rendre compte de son immense importance, et nous ne voulons pas empiéter sur le terrain du droit pénal international. Nous y trouvons d'abord le principe de l'application de la loi du lieu de l'acte, en ce qui concerne la forme, de la *lex fori* quant à la procédure, celui de l'application de cette même loi ou de celle du lieu fixé pour l'exécution, suivant qu'il s'agit des effets ou des suites du contrat, celui de la prédominance de la loi du lieu d'origine des parties (et par là il entendait la loi de leur domicile), en ce qui concerne leur capacité générale, de la prédominance de la même loi en ce qui concerne la succession testamentaire et même la succession *ab intestat*, sauf lorsqu'il s'agit de statuts édictés en considération des biens etc... Quelques-unes de ces règles sont encore admises presque universellement aujourd'hui ; d'autres le sont au moins partiellement et dans certains pays. Balde, son principal successeur en Italie, accentue et étend davantage le statut personnel, par exemple, en ce qui concerne la succession *ab intestat*. Il formule en outre des règles fort rationnelles en matière de preuve, et distingue avec raison entre la procédure de la preuve, et la substance de

(1) Nous n'avons fait ici que résumer le savant exposé de M. Laîné dont la vérification nous a démontré la parfaite exactitude.

celle-ci, appliquant la loi du lieu du litige en ce qui touche la première question, celle du lieu du contrat en ce qui touche la seconde. N'est-ce pas ce que l'on admet encore dans une certaine mesure aujourd'hui?

LVI. — Salicet et Paul de Castre ont une tendance évidente à étendre le statut personnel, spécialement en ce qui concerne le droit successoral, comme l'avait fait Balde; mais Alexandre, dont les *consilia* ont été commentés par Dumoulin, et Rochus Curtius ont plutôt une tendance contraire. Toutefois la doctrine de Bartole demeure prédominante en Italie. D'autre part les premiers successeurs de Bartole en France, Masuer et Chasseneuz subissent évidemment l'influence du principe de la territorialité des coutumes; Tiraqueau est plus fidèle à la doctrine du maître. Enfin apparait Dumoulin, que beaucoup d'auteurs ont considéré comme le fondateur de la doctrine française, de la grande distinction des statuts en personnels et réels, tandis que M. Laîné le considère avec pleine raison comme appartenant à l'école italienne. Nous disons que c'est avec pleine raison. Et en effet, tout d'abord Dumoulin procède comme les postglossateurs. C'est au cours du commentaire du titre *de Summâ Trinitate et fide catholica*, qu'il expose l'ensemble de sa doctrine. Ensuite, s'il distingue occasionnellement entre les statuts personnels et les statuts réels, il ne fait nullement de cette distinction la base de son système, et sa classification est autre. Il divise les statuts en statuts qui règlent la forme, et statuts qui règlent le fond du droit. Ces derniers sont ensuite subdivisés en règles dont l'application dépend plus ou moins de la volonté des parties (règles de droit supplétif), et en règles indépendantes de cette volonté, qui l'enchaînent et qui la lient. C'est à propos de cette dernière subdivision qu'il distingue entre les statuts réels et les statuts personnels. Nous nous bornerons à signaler, dans sa doctrine, quelques points particulièrement importants. D'abord il généralise la maxime *locus regit actum*, en ce qui concerne la forme des actes et les formes de procédure. Mais il la restreint considérablement, en ce qui concerne la substance des contrats

et il discute la question longuement : « *aut statutum loquitur de his quae meritum scilicet causae vel decisionem concernunt, et tunc aut in his quae pendent a voluntate partium vel per eas immutari possunt.* » Il distingue donc très nettement et avec beaucoup de raison entre le droit supplétif « *quae pendent a voluntate partium* » et le droit impératif « *quae per eas immutari possunt.* » Ce n'est que quant aux dispositions de droit supplétif, quant à celles auxquelles les parties peuvent déroger, qu'il faut rechercher, d'après les circonstances, à quelle loi les parties ont entendu se soumettre. M. Lainé n'a pas mis ce point suffisamment en lumière, et, à le lire, on croirait que, chaque fois qu'il s'agit de savoir quelle loi régit le contrat, il faut rechercher l'intention vraisemblable des parties (1). Mais il est clair que cette intention ne doit plus être prise en considération, lorsqu'il s'agit de dispositions qui s'imposent à elles, et il est impossible qu'il se soit mépris à cet égard. De pareilles dispositions rentrent dans la catégorie des lois impératives. Quant aux dispositions facultatives, la doctrine de Dumoulin est d'une importance extrême, et il la développe avec abondance. Le lieu du contrat n'est plus la seule circonstance, mais l'une des circonstances à prendre en considération, pour diagnostiquer l'intention des parties ; si ce lieu est fortuit, il est sans influence sur la solution de la question d'intention ; on tiendra plus de compte du domicile des parties ou d'autres circonstances analogues. Par une conséquence nécessaire de cette manière de voir, Dumoulin admet que les coutumes, qui tiennent lieu de conventions en des matières laissées au libre arbitre des particuliers, ne les lient que par leur acceptation tacite, et produisent, dans ce cas, leurs effets comme une convention expresse, même en dehors du territoire. Il applique ce principe à la communauté coutumière, et c'est sur ce point surtout que D'Argentré crut devoir attaquer vigoureusement sa doctrine. D'après ce système, la communauté coutumière, régime matrimonial

(1) Op. cit., T. I, p. 228.

des époux domiciliés à Paris au moment du mariage, et mariés sans contrat, étendait ses effets aux biens des époux situés dans les provinces de droit écrit, où la communauté conjugale était inconnue. L'opinion de Dumoulin a fini par triompher dans la jurisprudence des parlements. Sa dissertation sur les contrats est sans nul doute la partie la plus remarquable de son œuvre, et celle dans laquelle il a le plus innové. Le principe de la réalité des coutumes qu'il accepte ne l'embarrasse point, parce qu'il ne s'agit pas de la force extensive de la coutume, mais de celle d'une convention tacite.

LVII. — Le système de Dumoulin est beaucoup plus confus et plus incertain, en ce qui concerne l'application des lois qui règlent la capacité. Il a subi ici la double influence de la doctrine des postglossateurs, et du principe de la réalités des coutumes. Il admet à la vérité que le statut personnel ne régit pas les étrangers, et repousse, lorsqu'il s'agit de définir ce qui est de statut réel et ce qui est de statut personnel, la distinction *purement verbale* imaginée par Bartole. Le mineur reste mineur en règle, et le majeur reste capable partout où il se trouve, s'il est tel d'après la loi de son domicile. Mais, lorsqu'il s'agit de déterminer les conséquences de cette capacité, ou de cette incapacité, en ce qui touche les immeubles situés en dehors du territoire, le savant jurisconsulte tombe dans les contradictions les plus bizarres. C'est ainsi que, selon lui, l'incapacité d'aliéner du mineur est de statut réel, et sa capacité de tester de statut personnel. A la vérité, il cherche à expliquer ces contradictions, mais M. Laîné, qui a si consciencieusement étudié et analysé sa doctrine, n'hésite pas à dire que l'on rencontre ici « le premier exemple des subtilités incroyables, dépassant de beaucoup celles des légistes italiens, au moyen desquelles les légistes français ou belges tentèrent de concilier la territorialité féodale des coutumes, et le statut personnel [1] ». Il est incontestable cependant que Dumoulin penche pour une extension

(1) Laîné. Op. cit., T. I, p. 243.

des effets du statut personnel, mais il fait à regret des concessions singulières au principe de la territorialité des coutumes, concessions qu'il essaie de justifier par des distinctions entre les statuts favorables et les statuts odieux, entre ceux qui sont conformes au droit général et ceux qui y dérogent. Il subit manifestement l'influence de la maxime de la réalité des coutumes, en ce qui concerne le statut successoral. La succession aux immeubles est, d'après lui, régie par la loi du lieu où ils sont situés, à moins que cette loi locale n'ait disposé en termes exprès, que pour les successions de ceux qui y sont soumis. Quant aux meubles, ils suivent la personne, et sont répartis entre ses héritiers suivant la loi de son dernier domicile.

### § 6. — *La doctrine statutaire.*

LVIII. — La théorie française de la division de tous les statuts en réels, personnels et mixtes est due à D'Argentré (né en 1519, mort en 1590). Ce jurisconsulte rompt très résolument avec la doctrine italienne, et il l'annonce, dès le début de sa dissertation sur les statuts, dans son commentaire de l'art. 218 de la coutume de Bretagne. Nous ne mentionnerons que pour mémoire Guy Coquille, qui dans des écrits épars, ébauche, vers la même époque, un système constituant une espèce de transition entre celui de l'école italienne et celui de l'école française, et qui, malgré des mérites sérieux, manque de vues d'ensemble. La doctrine de D'Argentré brille par sa grande simplicité. La règle c'est la territorialité des coutumes, et il ne se lasse pas de la proclamer : « *Ommis enim potestatis, extra fines attributae aut propriae, privata est persona, et finitae potestatis finita jurisdictio et cognitio; ideo et statuta extra territoria sine usu sunt, cum extra ea nemo terreri possit, quae territorii diffinitio est*[1] ». La conséquence rigoureuse de ce principe serait l'application stricte de la *lex fori* à toute espèce de contestations en

(1) D'Argentré sur l'art, 218, nº 11. Le texte présente des incorrections évidentes, mais la pensée est très claire.

toute espèce de matières, à toute espèce de questions. Et il semblerait logique d'en conclure, comme l'ont fait les successeurs de D'Argentré dans les Pays-Bas, que l'application d'une loi étrangère, même en ce qui concerne la capacité des personnes, ne peut être admise que par des raisons tirées de la *Comitas gentium*. Telle n'est cependant pas sa doctrine, et c'est bien par des raisons de justice qu'il distingue entre le statut personnel et le statut réel. Il reconnaît parfaitement que la compétence du législateur, en ce qui concerne le statut personnel, la capacité de ses ressortissants, s'étend au delà des limites du territoire, et il en indique les motifs rationnels. Mais, dès que des règles de statut personnel, des règles relatives à la capacité, entrent par leur application en contact avec des immeubles, il applique exclusivement la loi du lieu de la situation, parce que les immeubles ne peuvent être régis que par cette loi. Et, lorsqu'une loi touche à la fois à la capacité de la personne et aux biens, il la considère comme un statut mixte, et fait prédominer la loi territoriale par des raisons identiques. Les statuts mixtes sont donc parfaitement assimilés par lui aux statuts réels, quant à leurs effets. Non content de restreindre ainsi dans un mesure considérable le champ du statut personnel, il le resserre encore, en ne considérant comme s'y rattachant que les règles relatives à la capacité ou aux incapacités générales, et non celles relatives aux incapacités particulières. Celles-ci sont absolument de droit réel, et ne produisent aucun effet en dehors du territoire. Notons cependant que D'Argentré considère également comme personnel, le statut qui concerne les meubles, et il donne ainsi à la règle *mobilia sequuntur personam* une étendue qu'elle n'avait guère dans la doctrine italienne que quant à la capacité de disposer et au droit de succession. Il considère les meubles comme n'ayant pas de situation : *propter habilitatem motionis et translationis.*

LIX. — D'Argentré a du reste puissamment contribué à égarer l'opinion de ses successeurs, sur la véritable portée du système des postglossateurs. On croirait à l'en-

tendre que ce système se résumait simplement, comme le sien, en une classification de toutes les lois en statuts personnels et réels, et qu'ils ne les distinguaient que d'après le singulier criterium adopté par Bartole, à propos d'une question particulière, la question du droit d'ainesse. Il raille cruellement l'école italienne à cet égard, et elle est demeurée pendant des siècles sous le coup de la condamnation qu'il avait prononcée contre elle. Il admet cependant l'effet extraterritorial des conventions, même celui des conventions matrimoniales relativement aux immeubles situés ailleurs : *sed ita demum si statuta locorum ubi siti erunt, non repugnabunt dispositione prohibitiva aut annulativa*. Mais, contrairement à l'opinion de Dumoulin, il dénie toute force extraterritoriale à la communauté conjugale coutumière, relativement aux immeubles situés en dehors des régions soumises à la coutume qui l'établit. Cette grande controverse est trop connue pour qu'il soit nécessaire d'insister longuement. Pour Dumoulin, la communauté conjugale, établie par la coutume en l'absence de conventions expresses contraires, devait être considérée comme résultant de l'accord des parties, et cette convention tacite devait étendre ses effets aux immeubles situés dans le ressort d'une autre coutume, comme une convention expresse. D'Argentré, tout en traitant Dumoulin avec infiniment plus d'égards que les postglossateurs, combat son opinion avec ardeur, et bien que le système de ce dernier ait fini par triompher devant le Parlement de Paris, il invoque à l'appui du sien des arguments des plus sérieux. Au premier abord, il semble des plus rationnels d'admettre que, lorsque la loi n'impose pas la communauté aux époux, lorsqu'elle leur permet de stipuler un autre régime, elle se borne à présumer leur volonté, et que l'adoption de ce régime résulte dès lors de leur convention tacite. Mais cette présomption même, lorsqu'il ne s'agit pas de définir les effets d'une convention, mais de supposer une convention sur les biens, là où il n'y en a aucune, est, comme le dit D'Argentré, un acte de législation. Et il ajoute avec raison, ce nous semble, que

lorsque les parties se sont simplement référées tacitement ou même expressément à la loi, elles l'ont admise comme règle, dans la mesure de la force et de l'autorité qui appartiennent à celle-ci, et ne peuvent être présumées l'avoir étendue au-delà. La question est encore vivante aujourd'hui, ainsi que nous le verrons dans le cours de cet ouvrage, et c'est pourquoi nous croyons devoir la signaler.

LX. — La doctrine de D'Argentré n'eut, pendant une période fort longue, qu'un médiocre succès en France, et il semble qu'elle ait dû pérégriner dans les Pays-Bas, avant d'acquérir une autorité réelle dans le pays dont elle était originaire. C'est quatre vingts ans après, que, pour la première fois en France, un auteur français prend pour base d'une étude sur le conflit des statuts, la classification de ceux-ci en réels, personnels et mixtes établie par D'Argentré. Cet auteur est Paul Challine, et encore s'écarte-t-il considérablement de la doctrine de ce dernier, en certains points importants, pour se rapprocher de celle de Dumoulin ; par exemple, en ce qui concerne la communauté coutumière. D'autre part, un auteur considérable, très estimé encore aujourd'hui, Jean-Marie Ricard (1622-1678), qui n'a pas écrit, il est vrai, de traité d'ensemble sur le conflit des lois, mais s'est occupé fréquemment de ces questions dans ses traités sur les donations entre vifs et testamentaires, et sur le don manuel, se rapproche beaucoup plus de l'école italienne que du système de D'Argentré. Il en faut dire autant de Basnage (1615 à 1695), bien qu'il admette le principe de la territorialité des coutumes, et surtout de Philippe de Renusson (1632 à 1699), qui ne se borne pas à passer sous silence la classification de tous les statuts en personnels et réels, mais qui la rappelle et la combat. Il admet, à la vérité, que les coutumes sont réelles, mais il en conclut simplement que la mesure dans laquelle il est permis de disposer des immeubles, et la succession aux biens, c'est-à-dire aux immeubles, sont régies exclusivement par la loi du lieu de leur situation. Et, quoique la théorie des statuts personnels et réels eût pour elle, à cette époque, l'autorité de certains grands jurisconsultes des Pays-Bas,

il va jusqu'à méconnaître qu'il y ait des statuts exclusivement personnels ou absolument réels. Tous les statuts sont mixtes, tous concernent, d'après lui, les biens relativement aux personnes, ou les personnes relativement aux biens. M. Laîné a parfaitement raison de faire remarquer que cette critique n'est pas décisive (1). Elle est en effet évidemment erronée. Il y a des statuts, coutumes ou lois qui n'affectent que les biens, abstraction faite de la personne; il y en a qui ne concernent que les personnes, et n'intéressent en rien le régime des biens. Il serait trop long d'analyser la théorie que de Renusson substitue à celle de D'Argentré, et qui ne brille du reste pas par la clarté. Mais à ce moment l'influence de la doctrine des jurisconsultes hollandais et belges commence à se faire plus vivement sentir en France, et semble faire une nouvelle jeunesse à la théorie de D'Argentré. Nous devons donc dire un mot de ces jurisconsultes.

LXI. — Pourquoi les théories italiennes n'eurent-elles dans les Pays-Bas qu'un succès beaucoup plus éphémère qu'en France? Pourquoi, après avoir été professées par Gilkenus, Everard, Peckius et d'autres, succombèrent-elles si rapidement et si complètement devant le système de D'Argentré? Il n'est pas facile d'en donner une explication nette et précise. M. Laîné dit que la doctrine de ce dernier rencontra dans les Pays-Bas le terrain propice qui lui manquait en France; mais par quelle raison ce terrain lui était-il plus favorable? Il ne l'indique que bien vaguement: « Cette théorie acquit même au contact de sentiments tout féodaux » dit-il, « un caractère plus nettement territorial. » Les idées féodales, qui règnaient dans ce pays, constitueraient donc l'explication du phénomène. Il est possible, en effet, que les idées féodales eussent jeté des racines plus profondes dans notre pays, où les grands vassaux ont joui plus longtemps d'une quasi indépendance vis-à-vis de leur suzerain. Mais cette explication ne nous satisfait pas complètement. Peut-être cela provient-il

(1) Op. cit., p. 375.

tout simplement de ce que nos provinces étaient plus éloignées des cités italiennes, de ce qu'elles avaient subi moins directement l'influence du droit Romain, et même de cette circonstance toute fortuite, qu'elles n'ont pas eu au XVI^e^ siècle un Dumoulin pour y exposer, en l'éclairant par son génie et en l'améliorant sur beaucoup de points, la doctrine italienne. Quoi qu'il en soit, il est incontestable que nos grands jurisconsultes firent à la doctrine de D'Argentré le meilleur accueil, qu'elle grandit et se fortifia dans les Pays-Bas, malgré des dissentiments inévitables sur certains points, et qu'elle leur doit une grande partie de son succès un peu tardif dans le pays où elle avait pris naissance. Au surplus, cette doctrine ne faisait que systématiser des idées assez généralement reçues dans notre pays, où nos villes commerçantes étaient assez jalouses d'une autonomie péniblement conquise, pour repousser l'application de tout droit étranger, bien qu'elles fussent assez favorables aux étrangers. Et ces idées avaient trouvé une expression législative très absolue dans l'Edit perpétuel du 12 Juillet 1611 (rappelé par M. Laîné et par Laurent), dont l'art. 13 portait: « Si ès lieux de résidence des Testateurs et de la situation de leurs biens, y a diversité des coutumes pour le regard de ces dispositions de dernière volonté; Nous ordonnons qu'en tant que touche *la qualité des dits Biens, si on en peut disposer, en quel âge et avec quelle forme et solennité*, on suivra les coutumes et les usances *de la dite situation*. » Laurent dit que c'est de la réalisation à outrance, et cela est vrai, au moins en ce qui concerne la matière des testaments. Cet édit exerça, sans doute, une certaine influence sur le bon accueil fait au système de D'Argentré par nos anciens jurisconsultes, le système de celui-ci impliquant non seulement la division de tous les statuts en personnels, réels et mixtes, mais une extension aussi grande que possible du cadre des statuts réels, et l'assimilation des statuts mixtes aux statuts réels quant à leurs effets.

LXII. — Nicolas Burgundus[1], le premier de nos

(1) 1536 à 1689, d'abord avocat à Gand, puis professeur à Ingolstadt.

jurisconsultes qui se soit rallié à cette doctrine, publia en 1621, sur ce sujet, un ouvrage intitulé d'après l'édition de 1674 que nous avons sous les yeux : *Controversiae ad consuetudines Flandriae*. Cet ouvrage se compose de quinze traités ou dissertations, dont sept, les sept premières, concernent, à proprement parler, les conflits de lois ou coutumes, et une (la quinzième) les biens des étrangers. Burgundus, dont le petit ouvrage vaut mieux, d'après M. Laurent, que les énormes travaux de Froland et Boullenois au XVIII^e^ siècle, élargit peut-être plus encore que D'Argentré le champ du statut réel. Il commence par admettre la classification de tous les statuts en réels, personnels et mixtes. Mais les statuts mixtes ne sont pas, d'après lui, ceux que D'Argentré appelle de ce nom, et il ne qualifie ainsi que les statuts qui concernent à la fois les meubles et les immeubles, ou la personne et les immeubles. Dès qu'un statut touche aux immeubles, il devient réel quant à ce genre de biens. La personne est, d'après lui, l'accessoire des biens qui lui appartiennent : « *quia bona homini sanguis et anima sunt, quae si non habet, tanquam mortuus inter vivos ambulat* ». Pour être parfaitement conséquent avec cette idée aussi fausse que matérialiste, Burgundus aurait dû nier tout statut personnel. Mais il ne va pas jusque là. Il reconnaît en principe la personnalité des lois qui concernent l'état et la capacité. L'individu porte en tous lieux sa capacité ou son incapacité, telle qu'elle est déterminée par la loi de son domicile. Il compare même, dans un style imagé, son incapacité à une plaie dont sa personne physique serait atteinte. Mais, dès qu'il s'agit d'appliquer les conséquences de cette capacité ou de cette incapacité aux transmissions d'immeubles, il s'y dérobe en vertu du principe que les immeubles sont régis par la loi de leur situation. Il se tire d'affaire par une distinction subtile et bizarre entre la validité du lien obligatoire, et celle de la tradition immobilière ou mancipation qui n'en est que la conséquence. Chaque fois qu'il s'agit du droit de disposer des immeubles, et de la mesure dans laquelle on en peut

disposer, il applique exclusivement la *lex situs*. Il le fait quelquefois avec une répugnance visible et avouée, mais il est esclave du principe de la territorialité des lois, et va jusqu'à professer que le *lex situs* régit seule *la forme* des testaments, contrairement à la maxime ancienne *locus regit actum*. Notons cependant qu'en ce qui concerne les contrats, sa doctrine est un peu moins absolue. Il admet l'application de la *lex loci*, en ce qui concerne les formes extrinsèques, fussent-elles solennelles. Il semble même l'admettre un moment en ce qui concerne la substance du lien obligatoire, la mesure et la nature de l'obligation, les clauses qui doivent être suppléées dans les contrats. « *Lex enim communis est praeceptrix civitatis, cujus vocem cuncti exaudiunt; et ideo qui pasciscitur in aliena provintia, non credendus est esse consuetudinis ignarus : sed id quod palam verbis non exprimit, ad interpretationem legum se referre, atque idem velle, et intendere quod lex ipsa velit* (1)». Mais il se reprend immédiatement, par une contradiction assez singulière, et affirme qu'il n'a parlé que des solennités. Et, dans toutes les questions d'application qu'il examine ensuite, il n'applique plus, en ce qui concerne les effets même directs et immédiats de l'obligation relative à des immeubles, que la loi du lieu de leur situation, et s'étonne même qu'il ait pu venir à l'esprit des écrivains d'interpréter en général les obligations d'après la loi du lieu où elles sont contractées : « *Quare satis mirari non possum, quid scriptoribus in mentem venerit, omnem rerum cogitationem a contractibus excludere, et generaliter obligationes interpretari secundum consuetudines loci ubi sunt celebratae.* » La réflexion est juste, mais l'auteur ne s'aperçoit point qu'il tombe dans l'excès contraire, en attribuant une importance trop absolue à la *lex situs*. Notons cependant que, quant à la validité de l'obligation, l'auteur s'en rapporte à la loi du lieu du contrat, et que quant aux effets éloignés ou indirects de celle-ci, aux effets de la demeure,

(1) Tractalus IV., N° 9.

par ex., il faut, d'après lui, appliquer la loi du lieu où elle doit être exécutée. C'est un peu la distinction entre les effets et les suites, déjà enseignée par plusieurs postglossateurs, et spécialement par Bartole.

LXIII. — Jusques là les jurisconsultes de notre pays, tout en resserrant singulièrement le champ du statut personnel, n'avaient, pas plus que D'Argentré, songé à soutenir que, dans la rigueur du droit, le statut personnel lui-même ne pouvait produire aucun effet en dehors du territoire, si ce n'est en vertu de concessions absolument libres faites à raison de la *Comitas gentium*. Ni Christyn, ni Joannes a Sande qui, du reste, ne se sont occupés qu'accidentellement de conflits des lois et n'ont pas écrit de traités d'ensemble sur la matière, n'ont proclamé ce principe. C'est Rodenburg qui, dans son traité de *jure conjugum*, et spécialement dans la dissertation importante que précède ce traité, sur les conflits des lois et coutumes, ébaucha le premier la théorie de la *Comitas gentium*. Cette dissertation publiée en 1643 fut plus tard traduite et commentée en France par Boullenois. Rodenburg admet cependant la distinction des statuts en réels, personnels et mixtes, et l'extension extraterritoriale des statuts personnels. Il reconnaît de plus que la personne, capable d'aliéner ses meubles et ses immeubles, d'après le statut de son domicile, jouit de cette capacité même dans des pays soumis à d'autres coutumes et quant aux immeubles qui y sont situés, et il démontre très bien l'incohérence des distinctions faites à cet égard par Burgundus entre la validité du contrat, et la validité de la transmission de propriété. Sur divers autres points il se rapproche de la doctrine italienne. Mais il s'en écarte absolument, en ce qu'il n'admet en principe l'extraterritorialité d'une coutume que sur la base de la *Comitas gentium*. Il y a même certains points sur lesquels il s'en éloigne encore plus que d'Argentré, notamment en ce qui concerne la communauté de biens entre époux. Il n'admet pas, qu'elle s'étende aux immeubles situés dans des pays soumis à une coutume différente, lors-même que la com-

munauté serait stipulée en termes exprès, *en tant qu'elle implique une transmission de propriété immobilière*, la translation de propriété immobilière étant exclusivement régie par la *lex situs*. Il fait, d'autre part, des observations qui ne manquent pas de justesse en ce qui concerne les meubles, et critique la doctrine de D'Argentré, en ce qu'il considère comme des statuts personnels les statuts relatifs aux meubles. La vérité est, dit-il, qu'on applique, dans ce cas, la loi de la situation feinte ou supposée au domicile du propriétaire, plutôt que celle de la situation réelle. En somme cet ouvrage contient plusieurs vues ingénieuses et originales, mais il mérite surtout d'être signalé parce qu'il est le premier, dans lequel on trouve l'expression de cette idée, que c'est uniquement par des motifs d'utilité et de convenance que des lois étrangères peuvent recevoir application dans un pays. Et nous voyons ensuite cette idée reparaître dans les ouvrages de ses successeurs, pour être enfin professée avec éclat, et avec plus de développement, par Jean Voet, le plus remarquable de cette pléiade de jurisconsultes.

LXIV. — Déjà Paul Voet (1619-1677) le père de ce dernier, avait affirmé le principe, mais sans se préoccuper de le justifier. Cet auteur s'est occupé du conflit des statuts dans deux ouvrages : celui intitulé *De statutis* et celui intitulé *De mobilium et immobilium natura* ; mais c'est surtout dans le premier qu'on trouve l'ensemble de sa doctrine, non seulement en la section IV, ch. II, comme le dit M. Laîné, mais dans le chapitre III de la même section, et dans les sections IX et X, où il tente des applications très importantes de sa doctrine, en ce qui concerne la succession légale, la succession testamentaire, la forme des testaments, le contrat de mariage, les effets et la forme des contrats, la lettre de change, la procédure et les preuves. Il enseigne notamment, dans la sect. IV., ch. 2, en termes absolus, qu'aucun statut, soit réel soit personnel, ne s'étend d'après les règles du droit civil au delà du territoire. « *Nullum statutum sive in rem, sive in personam sese extendit ultra statuentis territorum.* » Paul Voet

accepte du reste la classification des statuts en personnels, réels et mixtes ; bien qu'il les définisse autrement que ses devanciers, et d'après leurs effets plutôt que d'après leur objet ; et il semble ne mentionner que pour mémoire la division des statuts d'après leur objet, sans l'approuver. Les statuts personnels sont ceux qui s'étendent hors du territoire, les statuts réels sont ceux qui n'ont pas d'effet extraterritorial, les statuts mixtes sont ceux dont l'action est extraterritoriale à certains égards, sans l'être sous tous les rapports. Il range notamment dans ces derniers les statuts qui, tout en concernant la chose ou la personne, sont aussi relatifs à la forme ou aux solennités (1). Mais, s'il paraît ainsi admettre que les statuts personnels produisent leurs effets en dehors du territoire, ce n'est pas comme nous l'avons vu, d'après la rigueur du droit, mais en vertu d'une concession grâcieuse, par une espèce de faveur. Encore restreint-il considérablement les effets du statut personnel, malgré cette réserve, et c'est ainsi qu'il ne considère pas commepersonnels les statuts de majorité, en tant qu'il s'agit de l'aliénation d'immeubles situés en pays étranger. Il range parmi les statuts réels, en tant qu'ils concernent des immeubles, la communauté légale, la succession *ab intestat*, la succession testamentaire, la légitimation, etc. La distinction entre les meubles et les immeubles est fondamentale dans sa doctrine, mais il ne la justifie pas suffisamment. Ce n'est qu'en ce qui concerne les contrats que Paul Voet se rallie à peu près à la doctrine de Bartole. Mais la preuve lui paraît régie non seulement quant à la forme, mais quant à son admissibilité, par la *lex fori*.

LXV. — Jean Voet (1647 à 1714), que Laurent compare à Pothier, au point de vue de l'esprit pratique, du bon sens et de la science, mais qui lui est supérieur, dit-il, par la beauté de la forme (2), s'occupe de la théorie des statuts dans la 2e partie du titre VI, livre I, de son Com-

(1) La maxime *locus regit actum* semble bien n'être à ses yeux, en ce qui concerne la forme, qu'une règle impérative et non facultative.

(2) Laurent. Op. cit., T. I, p. 457.

mentaire sur les Pandectes. Il divise, comme D'Argentré, tous les statuts en personnels, réels et mixtes. Le statut est personnel quand il règle l'état universel de la personne, lors même qu'il y serait question des biens, pourvu que le but principal du législateur ait été de règler l'état, la capacité. Il est réel dans le cas contraire. Quant aux statuts mixtes, il considère comme tels ceux qui sont relatifs aux formes. Mais, dans l'application, Voet ne se contente pas de classer parmi les statuts réels tous ceux sur lesquels il pouvait y avoir controverse, les statuts de succession, par exemple. Il va plus loin et déclare qu'en droit strict aucun statut ne peut avoir effet en dehors du territoire, si ce n'est par une concession grâcieuse du souverain, et en vertu de la *Comitas gentium*. Il part donc du principe de la souveraineté territoriale absolue, contre laquelle aucune règle de droit ne saurait prévaloir. Voet repousse la maxime *locus regit actum*, au moins quand il s'agit des actes solennels. Il faut décider des *formes* d'après la loi du lieu *de la situation* des biens. S'il admet la personnalité du statut relatif aux meubles, il en donne pour raison, tantôt qu'il est impossible de leur appliquer la loi de la situation, tantôt parce que, servant à la personne, ils sont considérés par une fiction juridique comme se trouvant là où la personne est domiciliée, tantôt par des raisons de courtoisie internationale ; et ceci est le dernier mot de son système. Sauf cette restriction, sauf l'admission du pouvoir absolu de la souveraineté territoriale, Jean Voet, il faut le reconnaître, a raisonné beaucoup plus juste que ses devanciers, relativement à l'effet des conventions. Les parties peuvent déroger aux lois qui ne sont pas d'ordre public, et ces dérogations seront respectées, là où l'ordre public ne s'y oppose point. Il en est ainsi notamment en matière de régime matrimonial. Il va plus loin, et à propos d'un procès important, dans lequel un magistrat de la Cour de Brabant siégeant à La Haye, Van der Meulen, avait combattu l'opinion de Dumoulin sur l'extraterritorialité de la communauté, légale, en tant que convention tacite de communauté, il écrit une admirable dissertation

dans le sens de la personnalité. En ce qui concerne les formes des actes, Jean Voet applique la *lex loci actus*, mais seulement en vertu de la *Comitas gentium* et des usages. Le *summum jus*, la saine raison même exigeraient, d'après lui, que, pour produire effet dans un pays, l'acte, le testament, par exemple, fût fait dans les formes requises par la loi de ce pays. Jean Voet n'accorde pas au surplus une place importante à la classification des statuts en réels, personnels et mixtes dans son système, et il n'a pas été vraisemblablement sans s'apercevoir de ce qu'il y avait d'artificiel dans cette classification.

LXVI. — Ulric Huber ou Huberus (1636 à 1694), a écrit dans son introduction au droit civil (*Praelectiones juris civilis*) un exposé très bref, très clair et très sec des principales règles appliquées aux conflits des lois. Son système se rapproche beaucoup de celui de Jean Voet, mais il donne encore plus au statut réel. Tous les rapports de droit qui concernent des immeubles sont régis, d'après lui, par la *lex rei sitae*, notamment en ce qui concerne la succession testamentaire ou légale à des immeubles, et même les contrats y relatifs. Il accentue encore davantage la doctrine de la courtoisie internationale opposée au *summum jus*. Le souverain territorial n'est *jamais obligé* de permettre l'application des lois étrangères, même quant à l'état et à la capacité. S'il le fait, ce n'est que par courtoisie et par intérêt. Ainsi précisée, cette doctrine devait être accueillie avec sympathie par les peuples les plus utilitaires du monde, ceux de race Anglo-Saxonne, et elle le fut. Il y a peu de jurîsconsultes de cette époque qui soient aussi souvent cités dans les ouvrages publiés en Angleterre et aux Etats-Unis. Sa doctrine est cependant peu raisonnée, peu scientifique : elle se résume en quelques axiômes assez arbitrairement posés, et dont l'auteur déduit ensuite les conséquences ; et nous mettons incomparablement au-dessus de lui le jurisconsulte dont nous venons de parler, Jean Voet, dont l'influence nous semble avoir été plus considérable du reste sur la jurisprudence de son pays. Nous croirions, d'autre part, dépas-

ser le cadre modeste d'une introduction historique au droit international privé, en parlant des opinions émises accidentellement sur le conflit des lois par d'autres jurisconsultes belges et hollandais, qui n'ont pas fait de cette branche du droit l'objet de travaux spéciaux, entre autres par Stockmans, Abraham a Wesel, etc.

LXVII. — Mais nous estimons indispensable de dire quelques mots de la jurisprudence qui se forma dans notre pays sous l'influence de ces doctrines. Nous indiquerons pour en donner une idée, quelques décisions empruntées au « Recueil des arrêts notables rendus au Grand Conseil de Malines », publié par Du Laury. Plusieurs arrêts successifs ont décidé que « Bourgeois de la ville de Gand conjoints par mariage, se peuvent avantager réciproquement pendant leur dit mariage par testament des Biens situés en Brabant », faisant application de la *lex réi situs* qui permettait ces dispositions entre époux, tandis qu'elles étaient interdites par la loi de leur domicile. Et l'on a cité à cette occasion Burgundus, Rodenburg, Jean Voet, etc. Mais une décision contraire a été rendue par la même juridiction, en ce qui concerne la question de savoir si les art. 26 et 27 de l'Edit perpétuel du 12 juillet 1611, touchant « les excès de douaires en cas d'enfants », devaient recevoir application même en ce qui concerne les biens situés dans une autre souveraineté; et c'est en vain que l'on essaya de soutenir, en se fondant sur l'autorité de D'Argentré, qu'il s'agissait d'un statut mixte, et que ces statuts doivent être assimilés aux statuts réels. Quant au droit de succéder à des immeubles, il était incontestablement régi par la *lex situs*. Mais quelle coutume devait-on suivre d'après la jurisprudence quant aux dettes? Il a été décidé, à plusieurs reprises, relativement à cette question si délicate, que : « en fait de dettes et obligations personnelles, si les héritiers sont tenus, et pour quelle part et partie, il convient de suivre les lois et coutumes de *la Maison mortuaire* ». La Maison mortuaire, c'était évidemment le lieu d'ouverture de la succession, et nous pensons que l'on considérait comme tel le lieu du dernier

domicile du défunt. Car il fut décidé par d'autres arrêts, que les maisons mortuaires des conseillers et supôts du Grand Conseil de Malines lui-même, doivent être réglées, non selon les Coutumes de Malines, mais selon celles du lieu de leur domicile. Il semble également résulter d'une résolution du Grand Conseil de Malines, en date du 10 mars 1648, que le gouvernement espagnol avait fait revivre le droit d'aubaine tombé en désuétude dans notre pays. On remarque, en effet, que le fisc avait même prétendu exercer ce droit sur les biens délaissés par un officier de troupes auxiliaires, mort dans notre pays au service du roi d'Espagne. Et si le Grand Conseil a émis une opinion contraire, ce n'est nullement parce que le droit d'aubaine n'existait plus, c'est uniquement parce qu'il était de l'intérêt de Sa Majesté de ne pas détourner ces troupes auxiliaires de son service, de ne pas ralentir leur zèle. Nous croyons toutefois que cette prétention, bien qu'implicitement admise par le Grand Conseil, était contraire à nos usages. Et nous en trouvons la preuve dans une observation de Groenewegen, observation d'autant plus remarquable, qu'elle figure dans un traité publié pour la première fois après la résolution dont nous venons de parler. Groenewegen rappelle qu'autrefois les biens des étrangers étaient attribués au fisc en Hollande, et que telle est encore la règle suivie en France. Et il ajoute : « *Sed cum deinde hae regiones exterorum presertim adventu, et peregrinorum commerciis, florere compertum esset, hic rigor in Belgio paulatim in desuetudinem abiit, ita ut hodie cives et peregrini eodem successionum jure utantur* ». Il ajoute que les Belges jouissent du même droit en France[1]. Nous avons vu qu'à une époque ultérieure, nos ancêtres firent consacrer dans des traités l'abolition du droit d'aubaine. Les décisions que nous venons de citer sont à peu près les seules de tout ce recueil, qui intéressent le droit international privé. On en trouve un petit nombre,

(1) *De legibus abrogatis*, *Codicis* Lib. VI, T. LIX.

en outre, dans le recueil des décisions du Conseil de Brabant, publié en 1670, par Pierre Stockmans, sous le titre de *Decisiones curiae Brabantiae*. La plupart sont favorables à la doctrine de Burgundus et de D'Argentré. C'est ainsi qu'un arrêt de 1643, vivement critiqué par Stockmans, assujettit des biens situés en Brabant à la communauté, quoique les époux fussent soumis, d'après la loi de leur domicile, à un régime matrimonial différent, et que, d'après un arrêt de 1654, la majorité requise pour aliéner des immeubles doit être appréciée d'après la *lex situs*. Par contre, un arrêt de 1645, interprétant d'une manière assez libre l'Edit perpétuel de 1610, reconnut la validité, en la forme, d'un testament fait suivant les formes locales, quel que fut le lieu de la situation des biens.

LXVIII. — Il est certains points qui se dégagent de cet exposé historique. La doctrine de D'Argentré comportait principalement la classification de tous les statuts en réels, personnels et mixtes, et en second lieu la prédominance du statut réel, les personnes étant considérées comme l'accessoire des choses. On adopta en général sa classification ; mais plusieurs auteurs attribuèrent un autre sens aux statuts mixtes, et l'on semble avoir fini par considérer comme tels les statuts régissant les formes des contrats et même des actes de dernière volonté. D'autre part, on critiqua de bonne heure la doctrine de D'Argentré en ce qu'elle assimilait aux statuts personnels les statuts concernant les meubles, et l'on fit observer que les meubles comme les immeubles sont régis par la loi de leur situation, en ajoutant simplement que, les meubles n'ayant pas de situation fixe, il fallait s'attacher à leur situation fictive au domicile du propriétaire. Le résultat était le même, aussi longtemps que la loi personnelle était la loi du domicile ; et il en était ainsi dans l'ancien droit. Au surplus, la classification des statuts n'empêche pas nos auteurs d'admettre que les contrats puissent avoir un effet extraterritorial. Jean Voet est celui qui a le plus nettement exposé les principes en cette matière. On y voit apparaître clairement les statuts d'utilité publique, parmi

lesquels il range ceux qui concernent les bonnes mœurs auxquels les parties ne peuvent déroger, et ceux d'intérêt privé lesquels admettent des conventions contraires qui peuvent être expresses ou tacites. La volonté humaine, en ces matières, ne connaît point de limites locales. Quant à la prédominance du statut réel, s'agissant de la capacité à l'effet d'aliéner des immeubles, les jurisconsultes de notre pays l'ont généralement admise, dans le dernier état de la doctrine, bien que quelques-uns, Rodenburg, par exemple, s'en soient écartés à plusieurs reprises. Il en a été de même en ce qui concerne le statut des successions.

LXIX.—Nous ne dirons qu'un mot de la doctrine allemande. André Gaill et Mynsinger, le premier dans ses observations, publiées en 1574, et le second dans ses *Centuriæ*, publiées en 1584, ont touché quelques points du conflit des lois. Mais il se rattachent l'un et l'autre à la théorie des postglossateurs, et n'ont élaboré aucun travail d'ensemble. Il n'en est pas de même de Maevius, de Lauterbach et de Hertius qui, au XVII^e^ siècle, se sont occupés d'une manière spéciale de cette partie de la science du droit. Le premier examine une série de questions relatives à la matière, dans ses *Commentarii in jus lubecense*. Il appartient à l'école italienne. Le second et le troisième se sont au contraire ralliés au système de D'Argentré et de Burgundus. Toutefois, en ce qui concerne la communauté coutumière, Lauterbach adopte l'opinion commune, et ces auteurs n'admettent ni l'un ni l'autre, comme Paul Voet, Rodenburg, Jean Voet et Huberus, qu'en droit strict aucun statut, pas même le statut personnel pur, n'étend ses effets au-delà du territoire. Observons encore, qu'en ce qui concerne la capacité de la personne, Hertius admet l'autorité de la loi territoriale à l'exclusion de la loi du domicile, s'il s'agit d'actes accomplis ou d'immeubles situés dans le territoire. M. de Bar fait observer avec raison que, si l'étranger est soumis, quant à tous ses actes, à la loi du lieu où il se trouve, on ne voit pas pourquoi il n'y serait pas soumis quant à sa personne [1].

(1) Op. cit., T. I, p. 54.

LXX. — Trois jurisconsultes français, Froland, Boullenois et Bouhier, ont consacré des travaux importants à l'étude du conflit des lois dans le cours du XVIII^e^ siècle. Leur point de départ commun est évidemment le système de D'Argentré, système qui avait été accueilli avec faveur par d'éminents jurisconsultes d'un pays voisin. Mais il ne faut pas oublier que, sur beaucoup de points, ce système avait été battu en brèche pendant plusieurs siècles, dans le pays où il avait pris naissance, par de nombreux juristes et par la jurisprudence des parlements. Froland, Boullenois et Bouhier ont donc subi, à des degrés divers, l'empire de deux influences contradictoires. Il semble qu'ils aient essayé d'infuser, pour ainsi dire, un sang nouveau, une vie nouvelle à la théorie des statuts, en la débarrassant de tout ce qui, en elle, heurtait de front les mœurs juridiques du jour, les idées nouvelles, la jurisprudence établie des parlements, de tout ce qui rappelait d'une manière trop saillante l'ancienne organisation sociale, dans laquelle elle plongeait ses racines. Ils n'ont pas eu la force nécessaire, pour secouer complètement le joug de ce principe absolu de la territorialité des lois, auquel D'Argentré lui-même avait cependant fait des infidélités, et auquel ils ont été amenés par la puissance des choses à en faire de plus grandes encore. Dédaigneux des doctrines des jurisconsultes italiens, des postglossateurs qui, d'après Bouhier n'avaient fait que bégayer sur le conflit des lois, ils semblent ne les connaître guère que par les railleries de D'Argentré, lequel s'était borné à y relever certaines distinctions verbales ; ils ont voulu maintenir sa doctrine et la concilier avec les idées admises en France sous l'influence de Dumoulin, et, par cet effort, ils ont contribué à mettre à nu les vices de ce système.

LXXI. — De ces trois auteurs, Boullenois, qui a traduit l'ouvrage de Rodenburg, un disciple souvent indocile de Burgundus et de D'Argentré, est le plus réaliste[1]. Il n'admet la force extraterritoriale de la cou-

(1) Boullenois (1680-1762) a écrit entre autres ouvrages : un recueil de dissertations sur des questions qui naissent de la contrariété des lois et coutumes,

tume que par des raisons de convenance. Le statut personnel est l'exception, le statut réel la règle. Il faut en outre que le statut règle l'état universel d'une personne pour qu'il soit vraiment personnel, et reçoive une extension extra-territoriale. Mais Boullenois s'écarte sensiblement de la doctrine de D'Argentré, en niant que la loi ou la coutume du domicile ne doive régler la capacité en pays étranger qu'abstraction faite des immeubles, et considère, par exemple, comme personnel, le statut qui permet de tester, s'agissant même de biens situés en dehors du territoire.

Froland, avocat au Parlement de Paris, comme Boullenois du reste, suit la jurisprudence de ce grand corps, quoique partisan en principe de la territorialité des statuts[1]. Il s'écarte donc, en plusieurs points des plus importants, de la doctrine de D'Argentré et de Burgundus. Le statut qui dispose de l'état de la personne est personnel, et sa qualité ne saurait changer sous prétexte qu'il rend capable ou incapable de disposer des biens. La situation des biens n'a aucune influence sur la capacité ou l'incapacité de la personne. Il considère même, comme personnels, plusieurs statuts qui ne concernent point l'état universel de la personne. En ce qui touche les formes, Froland ne s'écarte pas moins de la théorie de D'Argentré. Il applique la *lex loci actus*, et déclare nettement que toutes les lois, qui concernent les formes, sont étrangères à la division des statuts. Il en revenait ainsi inconsciemment à la doctrine des postglossateurs, qui faisaient du statut des formes un statut spécial.

LXXII. — Le président Bouhier fut un des jurisconsultes les plus marquants du XVIII[e] siècle. C'est aussi celui qui, parmi les trois auteurs dont nous nous occupons, a le plus de tendance à s'éloigner de la doctrine de

et un commentaire du traité de Rodenburg, avec traduction de celui-ci, intitulé : Traité de la personnalité et de la réalité des lois, coutumes ou statuts, par forme d'observations. Ce traité n'a été publié qu'après sa mort, en 1766.

(1) Son principal ouvrage publié en 1729 est d'une étendue considérable et intitulé : Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts, diverses questions mixtes de droit et de coutume, et la plupart des arrêts qui les ont décidées.

D'Argentré. Il part, il est vrai, comme les précédents, du principe de la territorialité des coutumes, mais il en donne une raison assez singulière. Il ne se borne pas à dire que le pouvoir d'une loi se mesure au pouvoir du législateur, qui ne dépasse pas les limites du territoire ; il ajoute que cela est « d'autant plus certain pour nos coutumes, qu'on sait qu'elles sont fondées, pour la plupart, sur des conventions passées par les trois états des provinces ». M. Laurent croit qu'il s'est laissé égarer par la théorie du *Contrat social*, à laquelle Rousseau avait donné une grande popularité. Cela n'est pas probable, Bouhier étant mort en 1746, et le *Contrat social* n'ayant été publié qu'en 1757. Quoi qu'il en soit, si l'on fait abstraction de sa théorie de la souveraineté territoriale, qui lui fait donner comme fondement à la théorie des statuts la bienveillance réciproque des Etats et leur intérêt commun, Bouhier est plus favorable que les autres auteurs au statut personnel. Il admet, par exemple, contrairement à l'opinion de Jean Voet, qu'il est de l'essence du statut personnel d'avoir effet sur les biens situés hors du territoire. Il pose en règle, que tout statut fondé sur une convention tacite est personnel ; et la souveraineté territoriale ne lui parait pas engagée dans le débat, dès qu'il ne s'agit que d'intérêts privés, et non de statuts, qui concernent l'existence et la conservation des sociétés. Il est à peine nécessaire de noter que Bouhier admet le maxime *locus regit actum*, en ce qui concerne les formes ; mais, chose étrange, il range le statut des formes dans les statuts personnels, oubliant que l'essence même du statut personnel est d'être attaché à la personne. Il ne parvient à se tirer d'affaire, et à faire rentrer ce statut dans la classification générale des statuts, qu'au moyen d'un véritable sophisme. C'est au statut personnel du fonctionnaire, de l'officier public qui dresse l'acte, qu'il rattache la forme de celui-ci, comme si la maxime *locus regit actum* ne s'appliquait pas également aux actes sous seing privé, et comme si le statut personnel extraterritorial avait jamais compris les pouvoirs résultant d'une délégation publique émanée d'un Etat

déterminé. Bouhier range également dans les statuts personnels, ceux qui supposent une convention tacite entre les parties, qui suppléent aux lacunes de leurs conventions expresses, parce qu'une convention tacite doit avoir la même force qu'une convention expresse : « *quia taciti et expressi eadem vis* ». Il est bien vrai que de pareilles règles *peuvent* avoir un effet extraterritorial, mais elles peuvent aussi *n'en pas avoir*, suivant les cas. Tout dépendra de la volonté des parties, et c'est dans cette volonté que de pareils statuts puiseront, le cas échéant, un effet extraterritorial, qu'ils ne produisent pas nécessairement par leur nature même, comme les statuts en matière d'état et de capacité. Le même auteur range dans les statuts réels, non seulement ceux qui « règlent la nature et la qualité des immeubles, et les droits qui les concernent », mais ceux qui prescrivent certaines formes dans l'intérêt des tiers, ceux qui regardent la police, les instances judiciaires, l'exécution des contrats, les lois pénales, les lois dérogeant au droit commun et manifestement injustes. Il n'est pas difficile, pour peu qu'on y réfléchisse, de voir tout ce qu'il y a d'arbitraire dans cette classification. Qu'y a-t-il de réel dans des lois d'ordre public, dans des lois pénales ? Sans doute elles obligent tous ceux qui se trouvent sur le territoire ; mais outre qu'elles obligent même dans une certaine mesure les sujets en pays étrangers, en quoi ont-elles rapport aux choses plutôt qu'aux personnes ? La vérité est qu'elles ne sont ni réelles, ni personnelles, elles sont lois d'ordre public. Elles échappent, quelque effort que l'on fasse, à la classification des statuts imaginés par D'Argentré. Et les efforts de Bouhier, pour les y faire rentrer, n'ont abouti qu'à répandre une lumière plus vive sur l'insuffisance de cette classification.

LXXIII. — Nous voici arrivés à la veille du XIX^e^ siècle, c'est-à-dire d'une véritable période de développement de la science du droit international. La théorie des statuts, faiblement défendue en France, attaquée en Allemagne par divers auteurs, entre autres Alef et Hofacker, dont

M. de Bar résume très brièvement le système, ne semble avoir été accueillie par Pothier et Merlin que dans quelques-unes de ses applications, et non comme système général propre à résoudre tous les conflits de lois. En fait, cette théorie était tombée, dit M. de Bar, dans un état de décomposition complète. Il en trouve la preuve, d'une part, dans la définition vacillante des statuts : d'après leur effet territorial ou extraterritorial, d'après leur objet réel, d'après l'intention du législateur ; d'autre part, dans le fait que les décisions des auteurs, dans telle ou telle espèce particulière, étaient devenues de plus en plus indépendantes de la classification établie par cette théorie. — Le fait est certain et porte témoignage contre ce système. Mais quel est son vice radical ? Et pourquoi cette théorie est-elle aujourd'hui généralement abandonnée ? Certains auteurs ont pensé qu'il n'y a pas de loi personnelle qui ne réagisse sur les choses, pas de loi réelle qui n'influe sur le droit des personnes. Laurent, qui use et abuse cependant de ces expressions : *statut personnel* et *statut réel*, déclare qu'il n'y a pas de limites certaines entre l'un et l'autre (1), et il fait observer assez spirituellement que les statutaires ont fait la critique des statuts, ce qui est vrai pour autant qu'il s'agisse de la division de *tous les statuts en réels, personnels et mixtes*. Froland se désespérait, et allait jusqu'à invoquer les muses. Et cependant c'est aller trop loin que d'affirmer qu'il n'y a pas de statuts vraiment personnels, pas de statuts vraiment réels, pas de limites précises entre les uns et les autres. Il y a bien évidemment des lois qui concernent uniquement les choses, abstraction faite de la personnalité du propriétaire, qui les régissent dans tel pays, quelque soit le propriétaire. Il y en a qui ne concernent que les personnes, qui n'ont trait qu'à des rapports purement personnels. L'erreur des statutaires consistait plutôt à vouloir faire rentrer toutes les lois dans cette classification, et de s'être donné des peines infinies pour accom-

(1) Op. cit., T. I, p. 523.

plir cette œuvre impossible. Mais c'est une erreur de forme plutôt que de fond, et M. de Savigny reconnaît lui-même que certaines des solutions données par les statutaires, dans le dernier état de leur doctrine, aux questions de droit international privé, sont parfaitement justes. Ils ont forgé, façonné et modelé la classification des statuts, suivant les nécessités de leurs convictions juridiques. Toutefois, le principe de la territorialité des coutumes, qu'ils ont également emprunté à D'Argentré, et que les jurisconsultes belges et hollandais ont affirmé d'une manière plus énergique et plus absolue, a conservé toute son autorité en certaines matières, notamment en matière successorale. Cette doctrine a visiblement et nécessairement exercé son influence sur les auteurs du code civil, encore pénétrés de la distinction ancienne, bien que le code civil ne l'ait point consacrée en termes exprès. Elle a été développée et maintenue, en France, par la plupart des jurisconsultes qui se sont occupés incidemment du conflit des lois, à propos du droit civil : Aubry et Rau, Massé, Demolombe, etc... Et c'est en Allemagne qu'elle a rencontré pour la première fois de redoutables adversaires.

### § 7. — *Les doctrines modernes.*

LXXIV.— Un changement profond s'était produit dans les idées, en ce qui concerne la détermination de la loi appelée à régir l'individu quant à sa capacité, à son état, à ses relations de famille, sources de son état ; et ce changement avait une double cause. Dans la France ancienne, régie par une foule de coutumes et de législations civiles diverses, le principe de la nationalité eût été absolument insuffisant, pour résoudre la plupart des questions qui pouvaient surgir, quant à la détermination de l'état et de la capacité des individus, se trouvant dans une province soumise à une coutume différente de celle du lieu de leur domicile. La plupart des conflits de lois surgissaient entre des lois d'un même pays, d'une même nation. L'unifi-

cation de la législation tarissait absolument cette source de conflits. Les conflits ne pouvaient plus se produire qu'entre la législation française, et celle d'une autre nation. Il est bien vrai que, ce conflit une fois résolu, et dans le cas où il l'était en faveur de la législation étrangère, un nouveau conflit pouvait se produire entre les lois diverses d'une même nation étrangère. Mais ce conflit n'avait plus pour le législateur français qu'un intérêt secondaire, et l'on pouvait, quant à sa solution, s'en rapporter aux règles suivies par cette nation étrangère. Il ne s'agissait plus d'une vraie question de droit international. Or, dès que la diversité des législations avait fait place à l'unité dans tout le territoire français, il n'y avait plus de raison pour s'en rapporter à la loi du domicile plutôt qu'à celle de la nationalité, quant à la détermination du statut personnel. Ce changement a eu une autre cause, une cause plus sociale, plus politique. La Révolution française, l'idée de la souveraineté de la nation, les guerres soutenues pour faire triompher cette idée, avaient eu pour conséquence de développer, d'affirmer, de consolider le principe de la nationalité. Le sentiment intime du lien qui relie tous les membres d'une même nation, de leurs devoirs et de leurs droits vis-à-vis du corps dont ils font partie, s'était gravé dans les âmes. Il était tout naturel, dans ces conditions, de considérer la loi nationale comme suivant le citoyen en pays étranger, comme continuant à y régir la personne malgré le changement de domicile, de ne pas envisager la sujétion personnelle à la loi nationale comme brisée par une expatriation temporaire. La question présentait un intérêt particulier pour la nation française, dont des membres nombreux, émigrés en pays étrangers pendant la tourmente révolutionnaire, avaient conservé des attaches en France, et devaient, suivant toute apparence, y revenir de plus en plus. Mais, par une conséquence logique et équitable, on devait considérer également les étrangers comme régis en France par leur loi nationale, quant à leur état et leur capacité; et cette règle y fut désormais admise par la doctrine et par la jurisprudence, comme elle le fut en Belgique, presque sans contradiction.

LXXV. — Pour le surplus, la doctrine des statuts, avec les modifications qu'y avaient introduites les auteurs et la jurisprudence des parlements, y a longtemps conservé toute son influence, non-seulement en pratique, mais en théorie. On doit ranger, avec quelques réserves, parmi les partisans de cette doctrine, Fœlix, avocat allemand établi à Paris, lequel fit paraître, à partir de 1840, dans une revue française intitulée : *Revue étrangère et française de législation et d'économie politique*, une série d'articles sur les conflits des lois des différentes nations, publiés par lui en volume en 1843. Le traité de Fœlix a été réédité depuis, avec de savants et remarquables commentaires de Demangeat qui ont notablement ajouté à sa valeur, bien que cet auteur critique fort souvent ses opinions. Il n'y faut chercher ni un exposé dogmatique, ni une justification de la doctrine des statuts. Les statuts personnels et réels n'y sont définis que par leurs effets ; les premiers sont ceux qui suivent la personne partout, les seconds ceux qui ne produisent leurs effets que dans le territoire, définition purement formelle, ainsi que le remarque M. de Bar [1]. Mais il admet aussi des statuts mixtes, et range parmi ces derniers ceux qui concernent les actes juridiques, la procédure et le droit pénal. En somme, cet ouvrage, qui a joui d'une grande autorité, est fort riche, eu égard surtout à l'époque à laquelle il a été écrit, en constatations de faits relativement à l'état de la jurisprudence et de la doctrine, sur diverses questions pouvant donner matière à des conflits, et même sur les législations étrangères. Il a rendu, sous ce rapport, de grands services à la science. Mais on y relève une remarquable indigence de vues d'ensemble, d'opinions personnelles, de travail critique, de discussions théoriques sérieuses ; et bien souvent les auteurs, qu'il évoque en foule à l'appui de telle ou telle solution, ne lui prêtent qu'un appui apparent et font des distinctions qui lui échappent. Nous estimons beaucoup plus un savant ouvrage publié par Rocco en 1837, en

(1) T. I, p. 60.

Italie, sous ce titre: *Dell uso ed autorita delle legge del regno delle due Sicilie, nelle relazioni con le persone et col territorio degli stranieri*. Mais ce livre, qui a été réédité et complété plus tard sous le titre de *Trattato del diritto civile internazionale*, ne fournit pas un exposé de principes nouveau et suffisant, bien que plusieurs questions y soient traitées de main de maître.

LXXVI. — Le premier écrivain qui ait attaqué de front la doctrine des statuts, et qui l'ait soumise à une critique incisive, est Wächter (C. G.) dans la revue allemande intitulée: *Archiv für die civilistische Praxis*, en 1841. Il y démontre que la classification de tous les statuts en personnels et réels, même en y ajoutant les statuts mixtes, est insoutenable, essaie de formuler un corps de principes du droit international privé, et pose les deux règles suivantes: 1° Le juge est lié d'une manière absolue par la loi de son pays; 2° Il faut examiner, si, dans une certaine mesure, ces lois, d'après leur esprit et leur portée réelle, n'excluent point leur propre application, et n'impliquent pas l'application de la loi étrangère à des rapports juridiques concernant des étrangers, ou nés en pays étrangers. — M. de Bar [1] considère ces règles comme incontestables, et déclare qu'il serait difficile, de trouver une décision sérieusement motivée, sur une question de droit international privé, qui ne les invoque dans l'un ou l'autre sens. Mais il reconnaît que l'appréciation de l'esprit et de la tendance du droit national laisse prise à de grandes diversités d'appréciation, et ouvre la porte à des opinions arbitraires, si l'on ne recourt pas à d'autres règles directrices, que l'on peut trouver dans la pratique et le consentement général des Etats. Il considère surtout comme sujet à critique le principe que, dans le doute, le juge doit toujours s'en tenir à la loi nationale. Nous ajouterons, pour notre part, que si la théorie de Wächter pouvait être considérée comme suffisante au point de vue du droit international privé positif, admis dans un pays déterminé, elle

(1) Op. cit., T. I, p. 73.

ne le serait jamais pour déterminer, au point de vue des principes, les règles qui *devraient être admises*, qui s'imposent aux nations. M. Weiss (1), dans sa critique des théories allemandes, semble croire que le système de Wächter repose sur l'idée d'une communauté de droit existant entre les Etats. C'est une erreur, selon nous. Il s'en tient uniquement à ce que la puissance territoriale *a voulu*, qu'elle ait manifesté sa volonté expressément ou implicitement.

LXXVII. Presque en même temps que paraissaient les articles de Wächter, en 1841, M. Schaeffner, avocat à Francfort-sur-Mein, publia un ouvrage remarquable par sa concision, et cependant plein de faits, intitulé : *Entwickelung des internationalen Privatrechts* (Développement du droit international privé). Voici en quelque mots son système. Le juge doit d'abord examiner si la loi ou les coutumes de sa nation résolvent le conflit, sur lequel il est amené à se prononcer. Dans le cas contraire, il applique la loi du domicile de l'individu en ce qui concerne l'état et la capacité, la loi du domicile du défunt en ce qui concerne la succession légale, la loi du lieu de la situation en matière de rapports juridiques ayant pour objet des meubles ou des immeubles considérés *ut singuli*. Il fonde ce système sur le principe assez discutable, et assez capricieusement appliqué par lui, qu'il faut toujours apprécier une relation juridique d'après la loi du lieu où elle a pris naissance.

LXXVIII. — Ni Wächter, ni Schaeffner n'ont fait à proprement parler école. Mais il en est autrement de l'illustre Savigny, qui a consacré le huitième volume de son système du droit romain actuel (*System des heutigen rœmischen Rechts*) à l'exposé des limites des règles de droit sur les rapports juridiques, dans le temps et dans l'espace (die raümlichen und zeitlichen Grenzen). Le système de Savigny, en ce qui concerne le champ d'action de la loi dans l'espace, c'est-à-dire eu égard au territoire, a pour base la *communauté juridique* qui existe aujourd'hui

(1) Op. cit., 2e édition, p. 239.

entre les nations. Il reconnaît en somme, qu'en vertu du droit rigoureux de souveraineté, on pourrait enjoindre aux juges d'appliquer exclusivement leur droit national ; mais il ajoute que l'activité et le nombre croissant des relations entre les différents peuples ont rendu ce principe d'exclusion *impraticable*, et qu'une semblable prescription ne se trouve dans aucune législation connue. Il adopte, pour résoudre les difficultés que soulève la collision des lois d'Etats indépendants, le même principe que pour la collision des lois diverses en vigueur dans un même Etat : « il faut déterminer, pour chaque rapport de droit, le domaine du droit le plus conforme à la nature propre et essentielle de ce rapport. » Et, s'il admet que cette assimilation peut être regardée comme l'effet d'un accord amiable entre les Etats indépendants, qui consentent à ce que des lois originairement étrangères figurent parmi les sources « où leurs tribunaux devront puiser le jugement de nombreux rapports de droit », il a bien soin de faire remarquer que : « il ne faut pas voir dans cet accord l'effet d'une pure bienveillance, l'acte révocable d'une volonté arbitraire, mais bien plutôt *un développement propre du droit, suivant, dans son cours, la même marche que les règles sur la collision entre les droits privés d'un même Etat.* » Il y a toutefois cette différence, comme il le reconnaît, entre la force extraterritoriale des diverses législations en vigueur dans un même Etat, et la force extraterritoriale respective des lois de divers Etats indépendants, que la première peut être règlée d'une manière uniforme par une loi générale, tandis que la seconde ne peut l'être que par des traités ou par des usages internationaux.

LXXIX. — A la règle que chaque rapport de droit doit être régi par le droit auquel il est soumis d'après sa nature propre, sans distinguer si le juge est conduit à appliquer ainsi la loi de son pays ou une loi étrangère, il fait exception dans le cas où le juge se trouve en présence : *A)* de lois d'une nature positive strictement obligatoire... *B)* d'institutions d'un Etat étranger dont l'existence n'est pas reconnue dans le pays du juge. On peut critiquer les ter-

mes de cette formule, mais les applications qu'en fait l'auteur paraissent en général fort justes. Un très grand nombre des solutions, auxquelles il est conduit, ne seraient pas désavouées même par les partisans de l'école italienne. Mais il y a quelques différences essentielles, et le principe qui leur sert de base est tout autre. Nous examinerons très rapidement les traits principaux de sa doctrine. En ce qui concerne l'état, la capacité et les rapports de famille, Savigny n'admet pas plus que l'école italienne, pas plus que le code civil ou l'école française, l'application de la *lex loci contractus*, ou de la *lex fori*, ou de la *lex rei sitae*. C'est la loi personnelle qui doit prévaloir; mais cette loi personnelle, c'est, d'après lui, la loi du domicile, comme pour les statutaires, et non la loi nationale. En fait, il arrive souvent, en pratique, que le domicile et la nationalité se confondent. Ce qu'il importe de remarquer, c'est qu'il ne distingue pas entre les incapacités particulières et l'incapacité générale, entre l'état lui-même et les effets qu'il produit, même relativement aux immeubles situés dans un autre pays; et bien qu'il cite D'Argentré, sans mentionner une seule fois Dumoulin, il se rapproche beaucoup plus du système de ce dernier. Les lois qui ont directement et principalement pour objet les choses régissent, d'après le système de Savigny, toutes les choses situées dans le pays où elles sont en vigueur. Il ne distingue pas entre les meubles et les immeubles. Cette distinction a pris naissance, dit-il, dans le domaine du droit successoral, où l'on en a fait une application très fausse, en attribuant les immeubles d'après la *lex situs*, et les meubles d'après la loi du dernier domicile du défunt, tandis que cette dernière loi doit régir toute la succession, tant immobilière que mobilière. Pour le surplus, il estime que les meubles ont souvent une situation, et même une situation permanente, mais il reconnaît qu'il n'en est pas ainsi de tous les meubles, par exemple, du bagage apporté avec lui par un voyageur, ou des marchandises expédiées en pays étranger. Dans ce dernier cas, il faut chercher par la pensée un lieu où la chose

soit destinée à séjourner pendant un temps plus ou moins long ou même indéterminé, pour lui assigner une situation. Ce lieu peut être le domicile du propriétaire ; mais si, dans ce cas, la loi du domicile régit la chose, ce n'est pas comme telle, c'est comme *lex rei situs*. Nous avons déjà rencontré cette observation fort juste dans les écrits des jurisconsultes hollandais. Ce qui caractérise ici le système de Savigny, c'est qu'il n'applique la loi de la situation des biens que lorsqu'elle règle immédiatement ceux-ci, indépendamment de la personne du propriétaire, par exemple, lorsqu'elle les met hors du commerce, définit les choses sans maître, détermine les formes de transmission de la propriété, les faits juridiques par lesquels elle peut s'opérer, règle les servitudes, le droit de location là où il constitue un droit réel, etc. ; c'est qu'il ne l'applique pas du tout quant au droit de succession aux immeubles, ni quant à la capacité personnelle de les aliéner.

LXXX. — Savigny a innové également en ce qui concerne la détermination de la loi applicable aux effets du contrat. Il faut appliquer, d'après lui, la loi du siège de l'obligation, c'est-à-dire celle du lieu où elle doit être exécutée, et il se donne beaucoup de mal pour démontrer qu'il y a toujours, dans les conventions, un lieu expressément ou tacitement convenu pour l'exécution de l'obligation. Les parties doivent être censées se soumettre volontairement à cette loi. Son système se rapproche de celui de Dumoulin, lequel avait du reste été accepté d'une manière plus ou moins complète même par les statutaires, en ce qu'il rend hommage à la liberté humaine, s'agissant des conventions, puisqu'il parle de soumission volontaire ; mais il adopte une base d'appréciation trop générale et trop absolue quant à la détermination de cette volonté, en considérant les parties comme se soumettant toujours à la loi du lieu de l'exécution. Il applique la même règle en ce qui concerne les quasi-contrats, et la règle de la soumission forcée à la *lex loci actus* s'agissant de délits ou de quasi-délits. Quant aux formes des contrats, elles sont régies par la loi du lieu de l'acte, et il applique le

même principe en ce qui concerne les formes des testaments. La forme du contrat ne s'identifie donc pas, d'après lui, avec la forme de la transmission de propriété à laquelle le contrat peut viser éventuellement. Mais la maxime *locus regit actum*, même ainsi restreinte, ne lui paraît, pas plus qu'à Jean Voet, conforme à la rigueur des principes. Elle ne repose que sur des usages généraux, uniquement dictés par des considérations d'utilité et de nécessité pratiques. Notons enfin que Savigny attribue en général prédominance à la loi du domicile s'agissant des rapports de famille, celle du domicile du mari au moment du mariage, lorsqu'il s'agit des effets de celui-ci, ou même de sa validité intrinsèque, celle du domicile du père lors de la naissance de l'enfant, s'agissant de la puissance paternelle, etc... Mais il fait observer que des considérations morales et religieuses peuvent ici exercer une grande influence, et s'opposer à l'application de la loi personnelle, c'est-à-dire de la loi du domicile.

LXXXI. — Telle est sa doctrine que nous avons cru devoir esquisser avec quelque détail, parce que Savigny a fait école, parce que son traité reste un des plus remarquables qui aient été écrits sur le droit international privé. M. de Bar considère sa doctrine comme encore prédominante : et les romanistes et civilistes les plus illustres de ce pays s'y sont ralliés[1]. Il cite entre autres : Walter (*Deutsches Privatrecht*), Gerber (*Deutsches Privatrecht*), Windscheid (*Pandekten*), Mommsen *Archiv für die civilistiche Praxis*). Charles Brocher, le savant jurisconsulte de Genève, ne fait autre chose, dit M. de Bar, que préconiser la théorie de Savigny, lorsqu'il représente le droit international privé comme ayant pour objet de déterminer la compétence respective des Etats, en matière de législation, et lorsqu'il indique, comme bases de cette compétence, la nature de la chose, les intérêts qui constituent le fondement du droit, et la

(1) De Bar, p. 82.

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE IMPRIMÉS R.F.

nature de la souveraineté envisagée comme établissant à la fois un lien personnel et un lien territorial. Il est bien vrai que Brocher s'écarte en des points extrêmement importants de la doctrine de son maître, mais il en est généralement imprégné. Les ouvrages de Vesque von Puttlingen, en Autriche, du jurisconsulte hollandais, Asser, et de son traducteur et commentateur, M. Rivier, du Russe, M. de Martens, reposent en fait sur la doctrine de Savigny, sauf certaines restrictions, entre autres, la substitution de la loi nationale à celle du domicile s'agissant de l'état et de la capacité. C'est aussi à la doctrine de Savigny que se rattache le jurisconsulte espagnol Torres Campos, beaucoup plus qu'à la doctrine italienne, dans ses *Principes du droit international privé*. Et les travaux publiés en Angleterre et en Amérique après Savigny, ceux de Phillimore, Beach Lawrence, Wharton, Westlake, Lorimer, Dicey, par exemple, portent visiblement la trace de son influence, bien que leurs conclusions diffèrent beaucoup de celles de l'éminent jurisconsulte allemand, sur des points d'une haute importance, et spécialement en ce qui concerne le droit de succession immobilière, et l'appréciation de la capacité relativement aux immeubles. Nous indiquerons brièvement plus loin les tendances de la doctrine anglo-américaine.

LXXXII. L'idée d'une espèce de communauté juridique existant entre les nations, tout au moins entre les nations civilisées, n'était pas absolument neuve. On peut même dire qu'elle avait été affirmée, bien avant Savigny, avec plus de netteté et d'une manière beaucoup plus absolue. L'Espagnol Francisco Suarez (1548 à 1617), théologien et jurisconsulte en même temps, l'avait proclamée en termes élevés dans son remarquable ouvrage : *De legibus ac Deo legislatore*[1]. « Bien que le genre humain soit divisé en peuples et royaumes, il conserve toujours une certaine unité, non-seulement spécifique, mais en quelque sorte politique et morale, comme l'indique le précepte de

(1) Livre II, chap. XIX.

charité et d'amour mutuels, qui s'étend à tous les êtres humains, même aux étrangers, à quelques nations qu'ils appartiennent. Et si chaque Etat possédant un gouvernement propre, qu'il soit république ou royaume, constitue en soi une communauté parfaite, ayant ses membres à elle, il n'en est pas moins lui-même, dans une certaine mesure et au regard du genre humain, membre de l'univers. Pas une de ces sociétés ne se suffit à elle-même; elles ont besoin toutes de se prêter une assistance mutuelle, d'entretenir un commerce et des relations l'une avec l'autre, non seulement pour leur bien-être et leur plus grand avantage, mais parce que cela leur est moralement nécessaire. Il faut donc qu'un certain droit les régisse et s'impose à elles, dans cette espèce de communication et de société ». L'idée de la communauté juridique entre nations apparaît ici sous une forme plus noble peut-être que dans Savigny. Elle n'est point présentée comme un résultat *naturel* du développement du droit, mais comme une conséquence *nécessaire* du lien qui existe entre tous les membres de la grande famille humaine. On rencontre la même idée, sous une forme plus ou moins nette, dans Alberico Gentili, dans Grotius, dans Wolff, dans Kant. Les postglossateurs n'en avaient guères eu besoin, parce qu'ils s'occupaient surtout des conflits surgissant entre des statuts locaux, qui s'étaient développés sous l'empire d'une même loi générale, du droit Romain, qu'ils considéraient comme applicable à la plupart des nations. Les statutaires belges et hollandais avaient inventé la doctrine de la courtoisie internationale, de la *Comitas gentium*, pour expliquer les *concessions* que les divers Etats se faisaient réciproquement, en ce qui concerne l'application extraterritoriale de certaines lois, tout en reconnaissant que ces concessions étaient une conséquence nécessaire, une condition indispensable des rapports internationaux, comme si cette nécessité n'était pas le fondement d'un droit. Savigny a eu le mérite de transporter dans le domaine du droit international privé cette théorie de la communauté juridique entre nations, qui avait surtout

été professée jusque là au point de vue du droit des gens ou du droit international public.

LXXXIII. — Mais la doctrine de la *Comitas gentium* opposée au *summum jus*, doctrine essentiellement utilitaire, devait être accueillie avec faveur par la race la plus utilitaire du monde, par la race anglo-saxonne, et elle le fut. Au surplus, la féodalité avait plongé en Angleterre des racines plus profondes et plus persistantes que dans les pays du continent. Les jurisconsultes anglais et ceux de l'Amérique du Nord partent en général du principe de la souveraineté territoriale, surtout ceux qui ont écrit avant Savigny, et ils vont plus loin dans cette voie que les jurisconsultes du continent les plus partisans de la territorialité des lois. Nous signalerons entre autres : Burge (1), Kent (2), Story (3) et Wheaton (4). Story (5e édition, publiée en 1857, § 18, p. 19) enseigne que les lois de chaque Etat affectent et lient directement toute espèce de propriété qui se trouve dans les limites de son territoire, et toutes les personnes qui y résident, indigènes ou étrangères, et, comme conséquence de ce principe, qu'aucun Etat ne peut, par ses lois, affecter ou lier les biens situés hors de son territoire, ni obliger les personnes qui n'y résident point, pas plus ses sujets naturels que les étrangers ; d'où il suit que, comme dans le système de Jean Voet, le souverain de chaque pays peut écarter absolument tout statut étranger, si tel est son bon plaisir. Ce n'est que par des raisons de courtoisie, disons mieux, d'utilité ou d'intérêt, que l'on admet des exceptions à ce principe. Les lois étrangères ne recevront donc d'application que quand le législateur le veut, et il ne devra le vouloir que quand cela lui plaira. Dans le silence de la loi territoriale le juge peut présumer parfois que telle est la volonté du législateur, mais à certaines conditions, notamment que cette application ne soit en opposition ni avec l'intérêt

(1) *Commentaries on colonial and foreign laws generally, and in their conflict with each other and with the law of England.* London, 1838, 4 vol.
(2) *Commentaries of American Law.* 4 vol.
(3) *Commentaries on the conflict of laws, etc.* Boston, 1841.
(4) *Elements of international law.*

de l'Etat, ni avec le droit public, ni avec l'intérêt des nationaux. Et des cours américaines ont entendu par l'intérêt des nationaux, non leur intérêt en général, mais l'intérêt du plaideur dans telle ou telle espèce particulière.

LXXXIV. — Les jurisconsultes américains semblent du reste être allés plus loin encore dans cette voie que les jurisconsultes anglais. Le statut personnel n'a, d'après leur doctrine, qu'une assez minime efficacité extraterritoriale. Dudley Field, dans son projet de code international, soutient que, d'après la doctrine américaine, la capacité personnelle des parties contractantes doit être appréciée d'après la loi du lieu de la convention, et il se fonde sur l'intérêt du commerce. En matière immobilière, elle est régie, selon lui, par la loi du lieu de la situation. Les mêmes considérations d'intérêt le portent à admettre que le contrat est également valable, si les parties sont capables d'après la loi de leur domicile. La loi du lieu du contrat doit être consultée encore, s'agissant d'apprécier la validité du mariage, non-seulement en la forme, mais en sa substance, ainsi que les droits maritaux, les droits de famille, et la puissance paternelle. Il cite en ce sens Story et Kent. Il applique en matière de succession mobilière la loi du dernier domicile, en matière de succession immobilière la *lex situs*. Le testament est valable en la forme en tant qu'il a pour objet des valeurs mobilières, s'il est conforme à la *lex loci actus* ou à la *lex domicilii*; mais s'il s'agit d'immeubles, il faut qu'il soit conforme à la loi de la situation; et l'on devrait appliquer la même loi en ce qui concerne la capacité de disposer des immeubles par testament, tandis que la capacité de disposer des valeurs mobilières est régie par la loi du domicile. S'agissant des contrats, il faut observer, quant aux conditions de forme et de validité intrinsèque, la loi du lieu du contrat, en vertu de la volonté présumée des parties; et quant aux effets, ou pour nous servir de son expression, quant à l'interprétation, on s'en réfère à la loi expressément convenue par les parties, et, dans le silence de celles-ci, à la

loi du lieu où l'exécution doit se faire ; à défaut de stipulation à cet égard, à la loi du lieu du contrat. Chose étrange, on ne voit guère apparaître la loi nationale qu'en ce qui concerne les transmissions des navires ; mais c'est la loi nationale des *navires*, qui régit ces transmissions. Enfin, quant au droit matériel des preuves, aussi bien que quant à la forme, on doit observer la *lex fori*. Bien que plusieurs de ces solutions soient, d'après Dudley Field, acceptées par presque tous les auteurs, il ne cite guère en leur faveur que des autorités américaines, principalement Kent, Story et Bishop (*on marriage*). Il est à noter que Dudley Field ne se préoccupe pas beaucoup de la division des statuts en personnels et réels. Ce qu'il a emprunté aux statutaires belges et hollandais surtout, comme les auteurs américains qu'il cite, c'est le système de la territorialité absolue des lois, tempéré seulement par la théorie de la courtoisie internationale qui dégénère souvent dans son système en théorie de l'intérêt, et spécialement de l'intérêt commercial. Il invoque, au surplus, de nombreuses décisions judiciaires américaines, à l'appui des solutions qu'il préconise [1].

LXXXV. — Mais il nous semble que cet ouvrage, fort remarquable en ce qui concerne le droit international public et le droit de la guerre en particulier, retarde en ce qui concerne le droit international privé. Les auteurs anglo-américains postérieurs à Savigny et la jurisprudence anglaise même ont subi l'influence de sa doctrine. Ils étaient tout préparés à la subir par le développement des idées juridiques. Dès avant Savigny, Burge, après avoir affirmé que la justice internationale est une obligation imparfaite, exclue par le principe de l'indépendance des nations, et ne pouvant figurer parmi leurs droits et devoirs, reconnaissait que « dans beaucoup de cas l'application d'une loi étrangère ne pourrait être refusée sans une flagrante injustice ». Mais cette influence s'accuse beaucoup plus dans les écrits de Wharton, de

(1) Dudley Field. *Projet d'un code international*. Trad. de M. Albéric Rolin, *passim*.

Phillimore, de Beach Lawrence, de Dicey, etc... Il s'est produit, dans les derniers temps surtout, un courant contraire à la doctrine de la courtoisie internationale, favorable à l'extension de l'effet extraterritorial du statut personnel. L'excellent jurisconsulte anglais, M. Westlake écrivait encore en 1858 (1) : « qu'on doit écarter toute loi étrangère, non-seulement en ce qui concerne l'âge et la majorité, mais généralement pour la détermination de l'état ou de la capacité faite par une loi ou par un jugement. Ainsi le prodigue ne sera pas privé de l'exercice des droits civils en Angleterre, en vertu du jugement étranger qui aurait prononcé son interdiction. De même, l'étranger ne sera pas majeur ou mineur, capable ou incapable, d'après son statut personnel », mais en 1880, dans un nouveau traité de droit international, « being in lieu of a second edition of the work published in 1858 », c'est-à-dire destiné à tenir lieu d'une seconde édition de l'ouvrage publié en 1858, il exprimait une opinion différente, et dans un article de la *Revue de droit international* (2) il observait : « qu'il n'y a pas de jurisprudence constante à l'égard de la capacité, en tant qu'elle dépend de l'âge, de la majorité, ou, pour ce qui concerne la femme, du mariage. Les arrêts anciens adoptent la *lex loci actus aut contractus* ; mais récemment des juges d'une très grande autorité se sont prononcés pour le statut personnel ». Et, dès 1873, manifestant ses préférences pour le statut du domicile, en ce qui concerne les lois relatives à l'état des personnes, il écrivait à M. Beach Lawrence (3) : « On peut nommer cela de la *Comitas*, mais je suis d'accord avec vous pour répudier cette expression, et je préfère le mot de *justice* ». Telle était, du reste, l'opinion du jurisconsulte américain, auquel il s'adressait. Telle est celle de Lord Brougham. Et ceux là mêmes, qui, parmi les jurisconsultes anglais, professent

(1) *A treatise on private international law, or the conflict of laws*, § 402, p. 384.
(2) T. XIII, 1881, p. 285 à 306.
(3) Laurent. Op. cit., T. I, p. 589.

le plus énergiquement la théorie de la courtoisie, ont souvent sur les lèvres le mot de justice, dès qu'il s'agit pour eux de motiver l'application des lois étrangères. Dans un traité récent et des plus remarquables[1], M. Lorimer, le savant professeur de l'Université d'Edimbourg, traite de *fable de vieille femme* l'ancienne théorie de la *Comitas gentium*. Il démontre que le droit international privé a son fondement juridique dans la reconnaissance d'un Etat par un autre, ce qui entraine, pour ce dernier, l'obligation de respecter la sphère rationnelle d'action de la législation du premier, en ce qui concerne les droits privés. Et il note comme *une amusante contradiction* les écarts de logique des jurisconsultes qui affirment la doctrine de la *Comitas gentium*, et s'y dérobent ensuite dans l'application, pour proclamer des règles souvent exactes.

LXXXVI. — Toutefois, la doctrine et la jurisprudence anglo-américaines sont encore bien loin des principes qui tendent à prédominer de plus en plus dans l'Europe continentale. Notons d'abord que, chaque fois qu'il y est question de la loi personnelle, ils entendent par là la loi du domicile. N'était-ce pas l'opinion de Savigny, et n'en était-il pas ainsi autrefois d'après tous les auteurs? Au surplus, la loi du domicile se confond souvent avec la loi de la nationalité ; et bien que, de nos jours, les établissements en pays étranger, sans perte de la nationalité primitive, ni acquisition d'une nationalité nouvelle, soient devenus plus fréquents qu'autrefois, la plupart des hommes sont encore domiciliés dans le pays dont ils ressortissent comme sujets, et le contraire est une exception. Ce qui importe, c'est de déterminer l'effet extraterritorial de la loi du domicile dans la jurisprudence et la doctrine anglaises actuelles, et de mettre en lumière le revirement qui s'est produit à cet égard dans les idées. Nous ne pouvons mieux faire que de puiser nos renseignements dans l'excellent ouvrage de M. Dicey, sur le statut per-

(1) *The institutes of the laws of nations*, 1885.

sonnel anglais et la loi du domicile, traduit en français et savamment commenté par M. Emile Stocquart. M. Dicey pose en principe (art. 21) que la loi du domicile régit les droits relatifs : 1° à l'état ou à la capacité des personnes, 2° au mariage, 3° au divorce, 4° aux meubles. Elle régit même (art. 22) les droits de la couronne, relatifs à l'impôt dû, en matière de legs ou de succession, sur les meubles d'une personne décédée. Tel est le principe, mais il est vrai de dire qu'en certains points ce principe est sujet à d'importantes limitations. C'est ainsi, qu'en ce qui concerne la capacité et l'état, il ne s'applique dans sa plénitude, que quand il s'agit d'actes accomplis dans le lieu du domicile. Lorsqu'il s'agit d'un acte juridique accompli en Angleterre par une personne domiciliée ailleurs, on y fait une première exception, si la loi est d'une espèce inconnue en droit anglais ou si elle est pénale, et cette exception est rationnelle. Mais il constate ensuite qu'en dehors de ces cas, les tribunaux anglais, tout en reconnaissant l'existence de l'état créé en vertu de la loi du domicile, n'admettent pas nécessairement les effets juridiques qui découlent de semblable état (art. 25). C'est la vieille distinction entre l'état et les effets de l'état, absolument repoussée par de nombreux auteurs, entre autres par Savigny, à l'opinion duquel l'auteur est évidemment favorable. Il constate, du reste, dans la jurisprudence anglaise la plus récente, une tendance marquée à adopter ce système. Abordant ensuite l'examen des diverses espèces d'états, Dicey déclare que l'autorité paternelle n'est pas régie par le statut étranger ; que l'applicabilité de la loi du domicile étranger est douteuse, en ce qui concerne les droits des père et mère sur les meubles de leurs enfants mineurs sis en Angleterre ; que les droits du tuteur étranger sur la personne de son pupille, momentanément en Angleterre, y sont laissés à la discrétion des tribunaux, et qu'il n'a aucun pouvoir sur ses biens meubles sis en ce pays ; que la question de savoir quelle loi régit la capacité de mineur étranger à l'effet de s'obliger, est douteuse, et que sa capacité

d'aliéner ses biens meubles et d'en disposer par testament dépend de la loi de son domicile. La légitimation par mariage subséquent dépend de la loi de domicile du père au moment de la naissance de l'enfant, mais ne produit pas d'effet relativement aux immeubles anglais. La puissance maritale n'est pas régie par la loi du domicile des époux, pas plus que la capacité de contracter de la femme, bien que, sur ce dernier point, la jurisprudence soit incertaine, et l'on applique la loi du domicile quant à sa cápacité d'aliéner des meubles, ainsi que quant à sa capacité testamentaire. Les pouvoirs du tuteur étranger d'un interdit sont abandonnés à la discrétion des tribunaux anglais. En ce qui concerne le mariage, la capacité des parties est régie par la loi de leur domicile, mais la nécessité de certains consentements est considérée comme faisant partie de la forme, et dépend de la loi du lieu de célébration. La jurisprudence anglaise considère, comme compétents pour prononcer le divorce, les tribunaux du pays où les époux sont domiciliés au moment de l'action, et elle envisage en général comme ayant force en Angleterre, les jugements prononcés dans ces conditions par des tribunaux étrangers, à moins que la procédure n'ait violé les principes naturels de justice, ou que, s'agissant d'un mariage anglais, le divorce n'ait été prononcé pour une cause non admise en Angleterre.

LXXXVII. — Quant aux meubles, s'ils sont régis en principe par la loi du domicile du propriétaire, ce principe est soumis à plusieurs limitations. C'est tout d'abord la loi de la situation qui déterminera si une chose est mobilière ou immobilière. Ensuite les droits sur les meubles considérés individuellement sont déterminés par la loi du pays de la situation, au moment où a lieu l'acte qui est l'origine du droit, et ne se perdent pas par leur déplacement. On tient pour valable toute transmission de meubles faite conformément à la loi du domicile du propriétaire, à moins que la loi de la situation ne prescrive une forme spéciale de transmission, mais on tient pour également valable toute transmission de meubles valablement faite d'après

la loi de la situation. En cas de conflit entre les deux lois cette dernière est préférée. En somme, la loi du domicile ne régit d'une façon complète les transmissions de meubles que quand il s'agit d'universalités mobilières. La règle s'applique en ce qui concerne le régime des biens mobiliers des époux, en vertu du mariage ou des conventions matrimoniales, et il n'y a d'incertitude que sur le point de savoir s'il faut s'attacher au domicile matrimonial réel lors du mariage, ou au domicile matrimonial projeté... Elle s'applique aux droits de l'époux survivant sur la succession mobilière du défunt, mais on suit la loi de domicile au moment du décès. Elle s'applique en matière de faillite, et la faillite prononcée en pays étranger dessaisit le failli au profit du syndic de tous les meubles et de toutes créances qu'il possède en Angleterre, si le falli est domicilié au lieu d'ouverture de la faillite. Mais le droit anglais, très large en cette matière, admet, que la faillite peut être ouverte ailleurs qu'au domicile. Si elle est prononcée dans ces conditions dans une partie quelconque de l'Empire-Britannique, elle produit dessaisissement dans toute l'étendue de cet Empire ; si elle est prononcée en pays étranger, par exemple là où le failli exerce un commerce sans y avoir fixé son domicile, elle produit dessaisissement en Angleterre ; mais sur ce dernier point la jurisprudence est incertaine. Elle s'applique en matière de succession *ab intestat* ou testamentaire, et la loi du dernier domicile du défunt est seule prise en considération, même en ce qui concerne la capacité du testateur, même en ce qui concerne la forme du testament fait par un étranger en pays étranger ou en Angleterre. Si la loi du domicile s'en réfère à la *lex loci actus*, cette dernière loi sera évidemment observée. Quant au testament d'un Anglais, il est valable en la forme, soit qu'il satisfasse à la loi de son dernier domicile, ou à la loi de son domicile au moment de l'acte, ou à la loi du pays où le testament est fait.

LXXXVIII. — Telle est, dans ses grandes lignes, la doctrine anglaise, et ce bref exposé suffit pour faire voir

que, si elle est profondément imprégnée de vues utilitaires, elle n'est pas aussi réaliste que la représente Laurent. Ses défectuosités nous semblent s'accuser surtout en ce qui concerne la capacité et les droits de famille, bien qu'elle ait subi, même sous ce rapport, des modifications profondes. On trouve ici spécialement, dans la jurisprudence, les contradictions les plus étranges et souvent de grandes incertitudes. Il semble qu'elle soit à cet égard dans une période de transition, et que la théorie d'après laquelle la loi personnelle, en matière de capacité et de rapports de famille, étend ses effets au-delà du pays d'origine de la personne, gagne du terrain peu à peu et tende à se faire admettre successivement dans certaines de ses applications, sans parvenir à se faire reconnaître tout entière et d'une manière générale et absolue, bien que le terrain lui soit disputé pied à pied. Il est vrai de dire, en outre, que la loi personnelle, d'après la jurisprudence et la doctrine anglaises, est encore actuellement la loi du domicile. Mais n'est-ce pas le système de Savigny ? N'est-ce pas sans quelque hésitation que des écrivains récents se sont prononcés pour la loi nationale, même dans l'Europe continentale : Asser, Rivier, de Bar, par exemple? Il est incontestable d'autre part qu'en des matières importantes, en ce qui touche les effets des contrats, même en ce qui concerne leur forme, en ce qui touche la forme des testaments, la succession légale mobilière, la doctrine anglaise exprime des principes souvent très exacts, qu'en matière de faillite elle paraît fort saine et fort large en général. Il n'y a donc pas un aussi profond abîme, que semble le croire Laurent, entre les idées anglaises et celles du continent européen, et il ne faut nullement désespérer de le voir comblé dans un avenir assez proche. Nous avons d'autant plus de motifs de l'espérer, que des savants éminents y paraissent disposés à abandonner l'ancienne doctrine de la *Comitas gentium*, qui forme selon nous l'obstacle le plus sérieux à une conception large de l'applicabilité des lois d'un pays, dans le territoire d'un autre, aux rapports juridiques qu'elles doivent régir d'après la nature des choses.

LXXXIX. — C'est contre cette école et aussi contre l'école de Savigny qu'a surgi, il y a une trentaine d'années, la nouvelle école italienne, dont le fondateur, l'initiateur, fut Mancini, et l'un des plus éloquents apôtres, notre vénéré collègue Laurent. Cette école nouvelle a été assez vivement critiquée en quelques-unes de ses tendances, dans le pays même qui a été son berceau, par Fusinato, qui en signale les défectuosités, tout en en approuvant le principe, en Suisse par M. Charles Brocher, en Autriche par M. Strisower, en Allemagne par M. de Bar (1). Mais elle n'en a pas moins recueilli des adhésions excessivement nombreuses, non-seulement en Italie, mais en France, et l'on pourrait presque la qualifier d'école franco-italienne. M. de Bar est peut-être l'auteur qui a déployé le plus de sagacité pénétrante dans l'analyse critique de cette théorie, celui qui a relevé avec la plus impitoyable logique les imperfections qu'elle présente, et son impuissance à résoudre d'une manière à la fois raisonnable et conforme à son principe, tous les problèmes du droit international (2). Il y a cependant quelques-unes de ses critiques, auxquelles nous ne saurions nous associer entièrement, et d'autre part, quelques conclusions erronées à notre avis, et qu'il ne signale point.

XC. — La doctrine de l'école italienne est substantiellement différente de celle de Savigny, en ce qu'elle accentue davantage le principe, que l'application de la loi étrangère n'est pas un acte de courtoisie ou de bon vouloir de la part d'un Etat, mais l'exécution d'une obligation internationale. Le principe apparaît sans doute chez le grand jurisconsulte allemand, mais sous une forme plus ou moins incertaine et hésitante. La doctrine italienne constate que les nations, pas plus que les individus, ne vivent isolées, et ne sauraient vivre isolées: elles ne sont point séparées par un mur de la Chine, dit

(1) Fusinato. *Il principio della scuola italiana nel diritto privato internazionale.* Brocher. — Op. cit. — Strisower. *Die italienische Schule des internationalen Privatrechts.* — de Bar. Op. cit.

(2) Op. cit., T. I, pp. 85 et ss.

Laurent, qui répète cette image à profusion; il existe entre elles, comme entre les individus, des rapports nécessaires qui sont la condition de leur développement. Chacune d'elles est libre et indépendante ; mais cette liberté et cette indépendance ont pour limites nécessaires la liberté, l'indépendance des autres. « Les droits de chaque nation, comme pouvoir souverain » dit Pasquale Fiore », ne peuvent être limités que dans le cas où ils offensent les droits des autres souverainetés. Pour nous, la situation de l'individu, dans la société, est identique à celle des nations dans l'humanité[1] ». C'est évidemment trop dire : elle n'est pas identique, mais analogue. Il n'y a pas entre les nations une société organisée, mais, comme le dit ailleurs le même auteur, une coexistence harmonique, ou pour nous servir des expressions de Savigny, une *communauté juridique*. Seulement, s'il y a une communauté juridique, si cette communauté juridique est une nécessité, elle doit avoir ses lois, et il s'agit seulement de rechercher celles-ci. Elle doit engendrer des droits et des obligations véritables. Cela est exact, et la doctrine italienne a eu le mérite de l'affirmer avec plus d'énergie, et sans tomber dans les contradictions apparentes, qui obscurcissent un peu le système de Savigny. Cette vérité est aujourd'hui généralement acceptée. De Bar fait observer[2] que, si l'on veut rendre possibles des relations régulières et paisibles entre personnes dépendant d'Etats divers, il faut renoncer à appliquer toujours, et d'une manière absolue, à l'étranger qui se trouve de passage sur le territoire, la loi territoriale ; qu'elle conduirait, dans certains cas, à la négation pure et simple des droits des étrangers, en d'autres termes, au régime de l'arbitraire *(der Rechtlosigkeit)* dans les relations internationales. Et il en donne des exemples convainquants. Ce serait méconnaître les effets juridiques *(die rechtliche Wirksamkeit)* de la communauté juridique étrangère, dont relèvent certaines personnes ou certains rapports, en

(1) *Droit international privé*. Trad. de Pradier Fodéré, p. 51.
(2) Op. cit., p. 4.

d'autres termes, nier qu'elle soit véritablement une communauté juridique, un Etat. N'est-ce pas à peu près la théorie de l'Ecossais Lorimer? Jusqu'ici la théorie italienne n'est pas entièrement neuve. Elle a pour elle l'assentiment au moins implicite de Savigny et de ses disciples, celui de certains jurisconsultes anglais, les aveux involontaires échappés à d'autres.

XCI. — Mais elle s'est efforcée de poser un principe général pour résoudre les questions de droit international privé. Partant de l'observation parfaitement juste, et déjà faite par certains postglossateurs, ainsi que par des jurisconsultes français de l'école de Dumoulin, que les lois sont faites pour les personnes et non pour les choses, elle en déduit cette conséquence, qu'en règle elles suivent la personne; et, comme le lien qui rattache une personne à sa nation est plus solide, plus stable que celui qui la rattache au lieu de son domicile, c'est la loi de la nation qui, en principe, s'attache à lui et le suit partout. Esperson[1] est peut-être celui des auteurs italiens qui en a donné la formule la plus absolue : « Chacun peut invoquer partout la loi de sa nation, pourvu qu'elle ne porte pas atteinte au droit public de l'Etat, devant lequel il en demande l'application. » Et M. de Bar remarque que cette école divise toute la législation en deux parties : « l'une est l'expression de la personnalité, ou, puisque la personnalité est déterminée par la nationalité, *l'expression de la nationalité*; l'autre répond à l'ordre public, à la prise en considération nécessaire de l'intérêt général et de l'ordre public[2] ». Cela n'est pas absolument vrai cependant, non-seulement pour Pasquale Fiore, mais même pour les défenseurs les plus récents de ce système. En réalité, l'école italienne, à sa suite l'école française la plus récente[3], admettent trois restrictions à l'empire *exclusif* de la loi personnelle : 1° lorsqu'elles se trouvent en opposition avec des lois d'intérêt social, ou de droit

(1) *Il principio di nazionalita*, p. 31-33.
(2) Op. cit., T. 1, p. 88.
(3) V. Laurent, Durand, Weiss, *passim*.

public établies dans ce pays, suivant la formule adoptée par Laurent, ou avec l'ordre public international, suivant la formule de Brocher, adoptée par Weiss, 2° en vertu de la maxime *locus regit actum*, 3° en matière de contrats quand elle serait en opposition avec la volonté des parties, qui est souveraine (c'est ce qu'on appelle l'autonomie de la volonté), et qui peut entraîner l'application d'une autre loi, si elles l'ont acceptée expressément ou tacitement. Ces exceptions sont à vrai dire si importantes, qu'elles enlèvent beaucoup de sa force à la règle. Mais il n'en est pas moins vrai que la distinction de toutes les lois, sauf celles qui concernent l'effet des contrats, en tant qu'elles se bornent à suppléer à la volonté des parties et les formes, en deux grandes classes, celles qui concernent le droit public, ou les droits de la société, ou l'ordre public, et celles qui sont étrangères à ces considérations, prête à de sérieux inconvénients. La notion de l'ordre public prend dans ce système une extraordinaire importance. Or cet ordre public est très difficile à définir avec précision, et plus on attribue un rôle considérable à cette notion dans la doctrine italienne, plus cette difficulté est fâcheuse. On tend généralement à y faire rentrer, non-seulement les lois fondées sur des considérations de morale absolue, sur le droit politique, sur le droit public, les lois de police et de sûreté, les lois pénales, mais aussi les règles qui reposent sur l'intérêt économique de la nation. M. de Bar déclare qu'en allant au fond des choses, on trouverait des considérations d'ordre économique, moral, ou politique, au fond de beaucoup de lois, qui ne sont pas considérées généralement comme d'ordre public, dans les lois qui concernent la succession *ab intestat*, par exemple, dans celles qui établissent le partage égal des successions ou le droit d'ainesse, la réserve, l'exclusion totale ou partielle des enfants naturels, etc... Rien de plus délicat que la définition des lois d'ordre public, auxquelles la doctrine italienne attribue ce rôle énorme. Nous devons reconnaître, il est vrai, qu'il n'est guères plus aisé de définir nettement les lois prohibitives, dont il est question dans

le système de Savigny, et l'expression ne vaut pas mieux comme l'a démontré Laurent. Mais le mal n'est pas aussi grand, le système de Savigny ne consistant pas dans l'application générale de la loi personnelle en l'absence d'une loi prohibitive, mais dans l'application à chaque rapport de droit de la loi qui doit le régir d'après la nature des choses.

XCI. — On a essayé de remédier aux défectuosités de l'école italienne en modifiant sa terminologie. Les uns ont substitué aux mots *ordre public* ceux de *droit public* : l'expression ne vaut certainement pas mieux, car il est des lois d'ordre public qui s'opposent à l'application d'une loi étrangère, sans rentrer dans le droit public. Laurent, après bien des hésitations, propose l'expression : *droits de la société*. Mais jusqu'où s'étendent les droits de la société? Quel est le domaine de sa souveraineté? L'embarras de l'auteur est manifeste[1]. Il est conduit à dire que « l'Etat a pour mission de gérer les intérêts sociaux, que les lois qui règlent ces intérêts donnent un droit à l'Etat, et ce droit l'emporte sur celui des individus ». C'est bien vague, et il s'en suivrait que les droits de la société, ce sont les droits qu'elle puise dans ses propres lois, règlant des intérêts sociaux. Nous voici donc tout doucement ramenés à la doctrine de l'intérêt social. C'est dire que l'application des lois étrangères dépendra, en somme, de l'appréciation toujours arbitraire d'une question d'intérêt. N'en revenons-nous pas à la doctrine de Jean Voet, si véhémentement attaquée par Laurent, à celle de l'école anglo-américaine?

Nous l'avons dit : des considérations d'intérêt social se trouvent au fond de la plupart des lois. Celles-ci doivent toujours viser, comme le fait remarquer de Bar, au bien des individus, c'est-à-dire du plus grand nombre, de la communauté toute entière. L'intérêt du commerce n'est peut-être pas étranger, dans une certaine mesure, à la détermination de l'âge auquel commence la capacité de

(1) Op. cit., T. II, p. 348.

contracter. Certes c'est ici une considération, en tout cas, bien secondaire, mais il n'en est pas moins vrai que les mots *droits de la société* ne donnent pas plus de satisfaction à l'esprit dans le système de l'école italienne, que les autres expressions *ordre public*, *droit public*, par lesquelles ont s'est efforcé de marquer les cas, où l'application de la *lex fori* ou de la loi territoriale s'impose. Au surplus, les lois qui concernent le mariage, les droits de famille, la capacité, ne sont-elles pas des lois d'ordre public en ce sens que l'on n'y peut pas déroger par des conventions particulières? Ne touchent-elles pas au droit de la société? Evidemment. Aussi, un auteur, qui est loin du reste d'accepter entièrement la doctrine italienne, et qui se rapproche plutôt de Savigny, a-t-il proposé les termes d'*ordre public international*, expression admise depuis par plusieurs des partisans de cette doctrine[1], pour bien distinguer les règles d'ordre public, qui s'appliquent même aux étrangers, de celles qui ne concernent que les nationaux. L'expression vaut mieux, mais elle n'est pas irréprochable, comme nous aurons l'occasion de le démontrer. D'autres, comme M. Laîné, proposent les expressions *ordre public absolu*. — Mais les défectuosités du système de l'école italienne ne consistent pas seulement dans une imperfection de terminologie; le vice est plus profond.

XCII. — La classification des lois en lois faites pour les personnes et lois d'ordre public est essentiellement et nécessairement incomplète. Il y a des lois qui s'attachent à la personne et la suivent partout; ce sont celles relatives à l'état, à la capacité, aux droits de famille. Il y en a qui osent aux étrangers et aux nationaux dans l'étendue du territoire, et qui s'imposent aux nationaux même en pays étranger; ce sont les lois fondées sur la morale absolue, et il y faut ranger au premier chef les lois pénales. Leur application est à la fois territoriale d'une manière absolue, extraterritoriale dans une mesure

(1) Brocher. Op. cit.

extrêmement restreinte, et en ce sens seulement que l'Etat d'origine ne considère point ses ressortissants comme dégagés de l'obligation de respecter ces lois par le seul fait qu'ils se trouvent en pays étranger. Mais cette force extra-territoriale extrêmement limitée n'est point toujours reconnue internationalement ; et voilà bien cependant des lois qui sont rangées par Brocher parmi les lois d'ordre public international. D'autres lois classifient les biens en meubles et immeubles, déterminent limitativement la nature des droits que l'on peut acquérir sur un immeuble, sur un meuble, la manière dont la propriété s'en transmet, soit entre parties, soit à l'égard des tiers, règlent la prescription acquisitive ou extinctive des droits réels. Voilà certainement encore des lois d'ordre public, d'après la doctrine italienne, sauf peut-être celles qui règlent la manière dont la propriété se transmet entre parties ; ce sont des lois qui, dans le système de Laurent, touchent aux droits de la société, à ses intérêts économiques. Leur effet ne ressemble en rien à celui des lois dont nous venons de parler. Tout dépendra de la situation des biens. L'Etat dans le territoire duquel les biens sont situés a seul droit et intérêt à légiférer en pareille matière ; mais ses lois peuvent prétendre à une reconnaissance internationale, et, en ce qui concerne les immeubles par nature, il est pratiquement impossible de la lui refuser. Il y a même des lois d'ordre public moral qui dépendent de la situation économique d'un pays, et qui ne peuvent s'appliquer rationnellement à des faits juridiques consommés dans un autre pays se trouvant dans des conditions économiques différentes, par exemple, celles qui limitent le taux de l'intérêt. Toutes ces notions diverses sont confondues dans le principe de l'école italienne, bien qu'elle soit amenée par la force des choses à faire des distinctions, que son principe semble écarter.

XCIII. — L'un des principes de cette école semble cependant avoir des chances d'être tôt ou tard universellement adopté ; celui d'après lequel la loi personnelle de l'individu régissant son état, sa capacité, ses droits de

famille ne doit pas être la loi de son domicile, mais bien *sa loi nationale*. Cela n'est pas, il est vrai, une innovation, puisque la règle est écrite, en termes un peu nuageux, dans le code civil; mais la doctrine italienne a eu le mérite de l'affirmer avec plus de netteté, et de s'attacher à en démontrer le fondement. Les critiques dont cette démonstration, ou cet essai de démonstration, a été l'objet de la part de M. de Bar ne sont pas toujours fondées, bien qu'elles renferment une part de vérité. Il raisonne comme si l'application de la loi nationale, en ce qui concerne l'âge de la majorité, par exemple, était fondée uniquement sur ce que les lois, qui fixent la majorité, dépendent, dans chaque pays, du climat plus ou moins favorable au développement intellectuel rapide de la personne humaine. Bien d'autres considérations peuvent être invoquées, et sont invoquées en fait, pour justifier l'application de la loi nationale en pareille matière. Et, à ce point de vue même, la substitution de la loi nationale à la loi du domicile serait recommandable. Mais il est incontestable, à notre avis, que les auteurs italiens et beaucoup de savants français, à leur suite, étendent trop loin l'application de la loi nationale, lorsqu'ils supposent que les parties contractantes appartenant à une même nationalité se soumettent nécessairement à leur loi nationale commune, plutôt qu'à la loi de leur domicile, quant aux effets du contrat qui dépendent de leur autonomie. Rien n'est moins certain, et il peut arriver suivant la nature du contrat, indépendamment de toute autre circonstance, ou suivant la longue durée de l'établissement des parties ou de l'établissement de l'une d'elles en pays étranger, qu'elles entendent plutôt se soumettre à la loi du lieu du contrat, ou à celle du lieu fixé pour l'exécution, ou à celle de la situation. Rien de plus commode qu'un principe général et absolu, mais rien de plus faux dans beaucoup de cas, s'agissant d'une présomption d'intention dans des matières excessivement diverses.

XCIV. — Pour le surplus, la tendance générale qui existe aujourd'hui à substituer la loi nationale à la loi du

domicile, en tant que loi personnelle des individus, s'est accusée par des faits nombreux. Dès aujourd'hui c'est la règle générale en France, en Belgique, dans les Pays-Bas, en Autriche, en Italie, en Espagne, en Portugal, en Grèce et dans quelques cantons Suisses. En Allemagne la théorie franco-italienne gagne, sous ce rapport, très visiblement du terrain. L'opposition absolue que l'on faisait à l'application de la loi nationale s'affaiblit de jour en jour. Non pas que l'on soit d'accord pour appliquer la loi nationale aux étrangers en toutes matières ; mais en matière d'état et de capacité, par exemple, en matière de droits de famille, et même en matière de successions à l'universalité d'un patrimoine, on tend à préférer la loi de la nationalité à la loi du domicile. Cela ressort, entre autres, des discussions et résolutions de l'Institut de droit international, société permanente de jurisconsultes de toutes les nations, spécialement voués à l'étude du droit international, et nous croyons devoir nous y arrêter un moment. Cet institut, fondé à Gand, en 1873, a tenu depuis vingt ans presque chaque année une session dans l'une ou l'autre des grandes villes, ou des villes scientifiques de l'Europe. Ces migrations ont eu peut-être l'avantage de lui permettre de tâter, pour ainsi dire, le pouls des opinions scientifiques en faveur dans les divers pays, de s'assurer de leur puissance, de leur développement ou de leur déclin (1). Quoi qu'il en soit, l'un des premiers objets, dont cette assemblée scientifique se soit occupée, est la question des conflits de droit civil. Dès 1874, M. Mancini avait proposé à l'Institut, siégeant à Genève, une résolution ainsi conçue : « L'état et la capacité de la personne, les rapports de famille et les droits et obligations qui en découlent, doivent être jugés en appliquant les lois de sa patrie, c'est-à-dire de la nation dont elle fait partie. Ils sont régis subsidiairement par les lois de son domicile, lorsque différentes légis-

(1) L'histoire et les travaux de l'Institut ont été excellemment exposés par M. Lehr, secrétaire général actuel de cette compagnie, dans un ouvrage intitulé : *Tableau général de l'Institut de droit international* publié en 1893.

lations coëxistent dans un même Etat, ou s'il s'agit de personnes sans nationalité ou qui ont une double nationalité[1] ». Aucune résolution ne fut votée à cet égard dans cette session. Mais en 1878, M. Westlake, le savant auteur du traité de droit international privé, que nous avons mentionné plus haut, et membre de l'Institut, présenta un mémoire sur la question, dans lequel nous relevons cette déclaration importante : « Pour ma part, je n'ai pas abandonné l'opinion que j'ai exprimée, lors de la réunion de l'Institut à Genève, en faveur de la nationalité, comme base préférable à celle du domicile pour les droits dont il s'agit, et je ne vois pas pourquoi, dans les successions à titre universel, on distinguerait entre les biens meubles ou immeubles, là où il est possible de les confondre, condition sur laquelle je reviendrai par la suite ». Ajoutons qu'il faisait cependant des réserves importantes sur la difficulté de faire adopter ce principe, par des traités et sur des points de détail. Mais en 1879, M. Arntz, professeur à l'Université de Bruxelles, et lui, rapporteurs de la Commission, présentaient de commun accord un projet, dans lequel le principe était expressément consacré, en ce qui concerne l'état et la capacité, ainsi que les successions à l'universalité d'un patrimoine, avec cette restriction toutefois, « qu'en aucun cas les lois d'un Etat ne pourront obtenir reconnaissance et effet dans le territoire d'un autre Etat, si elles y sont en opposition avec le droit public ou avec l'ordre public ». (Art. 8 des propositions.) Dans sa session d'Oxford, en 1880, l'Institut vota huit résolutions relatives aux conflits de droit civil. La première établit en règle, et sauf exceptions formelles, l'assimilation de l'étranger au règnicole. Les résolutions 2 à 5 inclusivement concernent la détermination de la nationalité. Les trois dernières sont ainsi conçues :

« Art. VI. — L'état et la capacité d'une personne sont régis par les lois de l'Etat auquel elle appartient par sa nationalité.

(1) *Revue de droit international*, T. VII, p. 363.

« Lorsqu'une personne n'a pas de nationalité connue, son état et sa capacité sont régis par la loi de son domicile. Dans le cas où différentes lois civiles coëxistent dans un même Etat, les questions relatives à l'état et à la capacité de l'étranger seront décidées selon le droit intérieur de l'Etat auquel il appartient.

« Art. VII. — Les successions à l'universalité d'un patrimoine sont, quant à la détermination des personnes successibles, à l'étendue de leurs droits, à la mesure ou à la quotité 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, dans les cas prévus ci-dessus à l'art. VI, par les lois de son domicile, quels que soient la nature des biens et le lieu de leur situation.

« Art. VIII. — En aucun cas les lois d'un Etat ne pourront obtenir reconnaissance et effet dans le territoire d'un autre Etat, si elles y sont en opposition avec le droit public ou avec l'ordre public. »

XCV. — Le hasard a voulu que ces résolutions si favorables à la loi nationale fussent votées précisément dans le pays où elle est le moins en faveur, et où l'effet extra-territorial des lois personnelles est resserré dans les plus étroites limites. Quelques membres anglais : Sir Travers Twiss et MM. Hall, Holland et Lorimer firent des réserves formelles en ce qui concerne la succession aux immeubles et en outre sur la trop grande généralité des résolutions, comme tendant à « appliquer une uniformité d'idées dans la procédure à des faits qui, par leur nature, sont essentiellement divers. » D'autres jurisconsultes anglais n'en firent aucune, et il ne semble pas que ces réserves visent l'adoption du principe même de la nationalité, auquel adhéraient absolument l'éminent savant Allemand Bluntschli et les autres jurisconsultes : Allemands, Anglais, Autrichiens, Français, Italiens, Russes, Espagnols, Belges, Suisses et Grecs qui assistaient à la session. L'Institut a, du reste, étendu, par des résolutions ultérieures, le principe de la nationalité à la capacité de contracter des

obligations commerciales, et spécialement de s'obliger par lettre de change, mais sous certaines modifications. C'est ainsi qu'aux termes de l'art. 2 des résolutions votées à Lausanne : « en matière commerciale, la demande en nullité fondée sur l'incapacité de l'une des parties (d'après sa loi nationale) peut être repoussée et l'acte reconnu valable, par application de la loi du lieu où il a été passé, si l'autre partie établit qu'elle a été induite en erreur par le fait de l'incapable ou par un concours de circonstances graves abandonnées à l'appréciation des magistrats. » De même aux termes des résolutions votées à Bruxelles, en 1885, il suffit en matière de lettres de change que la capacité existe, soit d'après la loi nationale, soit d'après la loi du lieu de l'engagement, pour que l'acte ne puisse être attaqué à ce point de vue (1). La faveur du commerce a été la raison déterminante de ces exceptions au principe qui n'en subsiste pas moins.

XCVI. — On remarquera qu'il n'est pas question explicitement, dans ces résolutions, des droits et rapports de famille, que l'on confond quelquefois avec l'état des personnes, et qui sont la source de l'état. Il ne semble pas que l'Institut ait voulu trancher à Oxford la question de savoir quelle est la loi qui les règle. Et, bien que la loi nationale soit appelée en général à prédominer en cette matière, elle se heurte plus fréquemment contre des dispositions d'ordre public absolu, ou contre des règles de forme. Mais dès 1883, et lors de la session de Munich, on a délibéré sur des conclusions proposées par MM. Arntz et Westlake relativement au mariage et au divorce. La discussion n'a pas abouti. Lors de la session de Bruxelles, en 1885, l'Institut mit en délibération un contre projet formulé par MM. de Bar et Brusa et un troisième-projet rédigé par M. Kœnig. La discussion n'aboutit encore à aucun résultat définitif, et fut reprise à Heidelberg en 1887. Cette fois, sans vouloir voter d'emblée un règlement proprement dit sur le conflit des lois en cette matière, l'as-

(1) V. *Tableau général de l'Institut de droit international*, pp. 52 et ss.

semblée adopta certaines règles de principe, et le règlement définitif ne fut voté que lors de la session de Lausanne en 1888. L'esprit général de ce règlement est de reconnaître la prédominance de la loi nationale, quant à la capacité, quant aux conditions de fond, et quant aux effets personnels ; celle de la loi du lieu de la célébration, quant à la forme du mariage ; celle de la loi nationale, quant à l'admissibilité du divorce en principe, mais, chose assez étrange, celle de la *lex fori*, quant aux causes du divorce [1].

Il est remarquable qu'à cette occasion, et dans le cours de la discussion, M. de Bar émettait l'opinion que l'application de la loi nationale finira par être généralement admise, au moins en matière d'état et de capacité. « Un mouvement se fait dans ce sens » ajoutait-il, « et récemment le *Juristentag* allemand s'est prononcé en faveur de l'application de la loi nationale, pour le statut personnel, dans le nouveau code. » C'est dans le même sens qu'il se prononce dans la 2e édition de son traité de droit international privé, et il mentionne, comme s'étant ralliés entre autres, à ce principe, le jurisconsulte anglais Dicey, nombre de jurisconsultes allemands, le jurisconsulte russe Martens, et le jurisconsulte suisse Brocher. Un courant puissant se produit également en Suisse, vers la substitution du principe de la nationalité à celui du domicile encore admis dans la plupart des cantons. La doctrine anglo-américaine résiste cependant en général ; mais comme nous l'avons vu, on constate dans ce camp quelques défections importantes, et nous ne serions guère surpris que les prévisions de M. de Bar se réalisassent à brève échéance.

XCVII. — Il s'est produit, du reste, en 1893 un fait des plus importants, et que nous ne pouvons nous abstenir de rappeler. Déjà en 1874, peu de temps après la fondation de l'Institut de droit international, le gouvernement des Pays-Bas avait proposé aux autres Etats de s'entendre sur des règles communes, concernant la com-

(1) V. *Tableau général de l'Institut de droit international*, pp. 52 et ss.

pétence des tribunaux en matière civile et commerciale, afin de pouvoir fonder sur cette base la reconnaissance internationale des jugements. Et, dans le mémoire adressé aux puissances, on avait fait observer qu'il serait très utile de s'entendre également sur la solution des conflits de droit matériel. Mais cette initiative n'aboutit pas plus que l'invitation émanée plus tard du gouvernement italien, sous l'inspiration de l'illustre Mancini, dans le but de réunir à Rome une conférence, chargée de préparer les conventions internationales « qui devraient embrasser un règlement général et systématique des rapports juridiques » (1881 à 1884). Une nouvelle démarche du gouvernement des Pays-Bas, en 1892, eut pour résultat la conférence de La Haye, dans laquelle se firent représenter l'Allemagne, l'Autriche-Hongrie, la Belgique, le Danemark, l'Espagne, la France, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Portugal, la Roumanie, la Russie et la Suisse, c'est-à-dire presque tous les Etats de l'Europe. La Grande-Bretagne s'est abstenue à raison de la nature spéciale du droit anglais. La Suisse et la Norwège avaient accepté l'invitation, mais n'avaient pas encore nommé de délégué. La conférence ne s'est occupée que d'un nombre assez restreint de questions, mais les projets de convention, qu'elle a formulés en ce qui les concerne, répondent parfaitement à la tendance générale que nous avons signalée plus haut, et sont en harmonie dans leurs grandes lignes avec les résolutions délibérées par l'Institut de droit international. Ces projets comprennent quatre ordres de règles : I. Des dispositions concernant le mariage; II. Des dispositions concernant la communication d'actes judiciaires ou extra judiciaires; III. Des dispositions concernant les commissions rogatoires; IV. Des dispositions concernant les successions. Les règles comprises sous les numéros I et IV se rapportent donc seules au droit matériel; les autres ont trait à la procédure, et nous ne nous en occupons pas spécialement. Mais les premières présentent une importance considérable. En ce qui touche le mariage, ces règles ne prévoient

certes pas toutes les difficultés qui peuvent s'élever, mais elles résolvent avec netteté celles qu'elles prévoient, et fournissent des indications générales pour la solution des autres. La loi nationale obtient à peu près tout ce qu'elle peut raisonnablement obtenir(1). C'est ainsi que la capacité de contracter mariage, ou comme s'expriment les règles de La Haye, le *droit de contracter mariage*, expression peut-être préférable parce qu'elle est plus générale, est réglé par la loi nationale, d'où il suit, qu'il faut suivre la loi du domicile, ou celle du lieu de la célébration, si la loi nationale s'y réfère. Les règles de La Haye le disent expressément, et cela n'était pas inutile, la question étant controversée. En réservant l'autorité des lois du lieu de la célébration, en ce qui concerne les prohibitions *absolues* de mariage à raison de la parenté, de l'alliance, ou d'un mariage antérieur non dissous, ces règles se conforment à une doctrine assez généralement admise. Quant à la

(1) Article 1er. — Le *droit de contracter mariage* est réglé par la *loi nationale* de chacun des futurs époux, à moins que cette loi ne s'en rapporte, soit à la loi du domicile, soit à la loi du lieu de la célébration. En conséquence, et sauf cette réserve, pour qu'un mariage puisse être célébré dans un pays, autre que celui des deux époux ou de l'un d'eux, il faut que les futurs époux se trouvent dans les conditions prévues par leur loi nationale respective.

Article 2. — La loi du lieu de la célébration peut interdire le mariage des étrangers, qui serait contraire à ses dispositions concernant les degrés de parenté ou d'alliance, pour lesquels il y a une prohibition absolue, et la nécessité de la dissolution d'un mariage antérieur.

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

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

Article 4. — Sera reconnu partout comme valable, *quant à la forme*, le mariage célébré suivant la forme du pays où il a eu lieu.

Il est toutefois entendu, que les pays dont la législation exige une célébration religieuse, pourront ne pas reconnaître comme valables, les mariages contractés par leurs nationaux à l'étranger, sans observer cette prescription.

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

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

Article 5. — Sera également reconnu partout, comme valable quant à la forme, le mariage célébré devant un agent diplomatique ou consulaire, conformément à sa législation, si les deux parties contractantes appartiennent à l'Etat, dont relève la légation ou le consulat, et si la législation du pays où le mariage a été célébré ne s'y oppose pas. V. *R. d. dr., int.*, Livr. 6, 1893.

forme de mariage, elles admettent en principe la maxime *locus regit actum* sous certaines restrictions, ainsi que la validité des mariages diplomatiques et consulaires, ce si la législation du pays où le mariage a été célébré ne s'y oppose pas, mais elles sont, à cet égard, assez vagues et assez incomplètes, et prêtent le flanc à de sérieuses critiques. S'agissant de proposer des règles, il ne faut pas admettre d'avance trop facilement la faculté, le droit *même* de ne pas les reconnaître pour ceux, auxquels elles s'adressent.

XCVIII. — Les décisions de la Conférence en ce qui concerne le droit successoral, ne sont pas moins intéressantes, et, ici encore, la prédominance de la loi nationale a été parfaitement reconnue en principe et dans une très large mesure[1]; chose d'autant plus remarquable, que le président et rapporteur de la commission était un jurisconsulte allemand, le baron de Seckendorff, conseiller intime au *Reichsjustizrath*, à Berlin. On sait, en effet, que la loi du domicile est encore observée en cette matière en Allemagne. L'art. 1[er] du projet soumet les successions à la loi nationale du défunt, sans aucune distinction entre les meubles et immeubles. L'art. 2 fait régir par la même loi la *capacité* de disposer par testament ou par donation, ainsi que la substance et les effets des testaments et des donations. L'art. 3 applique en principe, en

(1) Article 1. — Les successions sont soumises à la loi nationale du défunt.

Article 2. — La capacité de disposer par testament ou par donation, ainsi que la substance et les effets des testaments et des donations, sont régis par la loi nationale du disposant.

Article 3. — La forme des testaments et des donations est réglée par la loi du lieu où ils sont faits.

Néanmoins, lorsque la loi nationale du disposant exige, comme condition substantielle, que l'acte ait ou la forme authentique, ou la forme olographe, ou telle autre forme déterminée par cette loi, le testament ou la donation ne pourra être fait sous une autre forme.

Sont valables en la forme, les testaments des étrangers, s'ils ont été reçus conformément à la loi nationale du testateur, par les agents diplomatiques ou consulaires de sa nation.

Article 4. — Les traités règlent la manière dont les autorités de l'Etat, sur le territoire duquel la succession s'est ouverte, et les agents diplomatiques ou consulaires de la nation, à laquelle appartenait le défunt, concourent à assurer la conservation des biens héréditaires et les droits des héritiers, ainsi que la liquidation de la succession.

ce qui concerne la forme, la loi du lieu de l'acte. Mais l'alinéa 2 de cet article admet une exception plus importante à ce principe, et l'exception est toute en faveur de la loi nationale. Lorsque la loi nationale du disposant exige comme condition substantielle que l'acte ait, ou la forme authentique, ou la forme olographe, ou telle autre forme déterminée par cette loi, le testament ou la donation ne pourra être fait dans une autre forme. L'exception est conçue en termes bien vagues et bien généraux, et elle aurait pour effet de réduire la règle à peu de chose, en ce qui concerne les donations et les testaments. L'alinéa 3 consacre la validité des testaments des étrangers, reçus par les agents diplomatiques ou consulaires de leur nation, conformément à leur loi nationale. L'art. 4 est d'ordre pratique. Il est vrai que la Conférence ne consacre ces diverses règles que « sous la réserve expresse des dérogations, que chaque Etat pourra juger nécessaires, au point de vue du droit public ou de l'intérêt social ». Ici encore nous nous trouvons en présence de principes, qui nous paraissent en général recommandables, mais dont la portée est singulièrement affaiblie par des réserves trop vagues, trop générales. Dans une communication faite à la *Revue de droit international*, M. Asser a cherché à préciser la portée de celles-ci; mais il a soin d'ajouter qu'il n'exprime que ses idées personnelles, et non celles de la Conférence « laquelle n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur ces détails ». (1)

XCIX. — Sur la proposition de la deuxième Commission, la Conférence s'est expliquée sur le principe *locus regit actum*, et a adopté, sans l'insérer au protocole final à raison de son caractère général et abstrait, la règle suivante dont l'importance est considérable :

« La forme des actes est régie par la loi du lieu où ils sont faits ou passés. Néanmoins les actes sous seing privé

(1) Dans sa 2e session en 1894 la Conférence de La Haye a adopté d'intéressantes résolutions relativement aux effets du mariage sur l'état de la femme et des enfants, sur le divorce et la séparation de corps, sur la tutelle, sur diverses matières de procédure civile et sur la faillite.

peuvent être faits dans les formes admises par les lois nationales identiques de toutes les parties.

« Lorsque la loi qui régit une disposition exige, comme condition substantielle, que l'acte ait une forme solennelle, les parties ne peuvent se servir d'une autre forme. »

Cette règle résoudrait un certain nombre de controverses. Autre est la question de savoir si elle les résoudrait d'une façon irréprochable, et ce n'est pas le lieu de l'examiner. Ce qu'il importe de remarquer, c'est la tendance qui se manifeste encore ici à favoriser la force expansive de la loi nationale. Elle s'est manfestée du reste dans des travaux législatifs récents, dans le code italien, nécessairement, dans le code espagnol, et dans le projet belge de révision du code civil français qui nous régit encore. Les principes admis par la Conférence de La Haye présentent, du reste, une grande ressemblance avec ceux qui ont été adoptés par notre Commission de révision, et aussi avec ceux qui figurent dans l'avant-projet de Laurent. Les travaux de notre Commission portent visiblement la profonde empreinte des idées de ce savant jurisconsulte, en ce qui concerne le droit international privé, et ils en sont pénétrés, bien qu'elle ait su se préserver de certaines exagérations et donner parfois une forme plus correcte à des principes d'ailleurs exacts, mais imparfaitement formulés. Toutes ces œuvres nous paraissent accuser un progrès considérable dans la conception des droits et des devoirs des nations en ce qui concerne l'application des lois étrangères. Le principe de l'indépendance absolue et illimitée des nations fait place, tous les jours davantage, à la notion plus saine de leur interdépendance, en ce qui concerne la réalisation de la justice internationale. L'idée d'une souveraineté jalouse et exclusive s'efface devant le sentiment grandissant des devoirs de toutes les nations vis-à-vis de leurs sœurs, devoirs dont la négation entraînerait des rapports déplorables entre elles, ou conduirait à l'anéantissement de la souveraineté des nations faibles. La plupart des ouvrages les plus récents sont éclairés par cette lumière nouvelle, et à aucune époque on n'en a publié

d'aussi nombreux relativement au droit international privé. Ouvrages généraux, manuels, dictionnaires, projets de codes, traités spéciaux se succèdent avec une merveilleuse abondance. Et cela se conçoit en présence du développement immense des relations internationales véritablement centuplées par la facilité des communications actuelles, des moyens de transport, des moyens de correspondance. Le droit international privé n'a été pendant des siècles qu'une science plus ou moins languissante, il est devenu aujourd'hui une science vivante, une science nécessaire. Elle est loin sans doute d'être arrivée à son complet épanouissement, elle est encore en voie de croissance, mais on peut espérer que l'édifice sera bientôt aussi complet que peut l'être une œuvre humaine. Et si l'accord s'établit entre les jurisconsultes sur les principes, la puissance des choses forcera les législateurs à emboiter le pas et à marcher dans la voie qu'ils leur auront tracée.

C. — Il ne nous reste, pour terminer complètement cette introduction historique, qu'à dire un mot de certaines associations, qui se sont fondées récemment dans divers pays, et qui ont pour objet direct ou indirect de leur activité, le développement du droit international. Elles attestent l'importance que l'on attache aujourd'hui à cette branche de la science du droit. Nous avons déjà nommé l'Institut de droit international, qui, fondé à Gand en 1873, est mentionné au premier rang par M. Weiss. C'est une association exclusivement scientifique, composée d'un nombre limité de membres et d'associés, et élisant elle-même les uns et les autres parmi les jurisconsultes de tous les pays, spécialement voués à ce genre d'études. Elle a pour but de favoriser le progrès du droit international : 1° En travaillant à formuler les principes généraux de la science, de manière à répondre à la conscience juridique du monde civilisé; 2° En donnant son concours à toute tentative sérieuse de codification graduelle et progressive du droit international; 3° En poursuivant la considération officielle des principes, qui auront été reconnus comme étant en harmonie avec les besoins

des sociétés modernes; 4° En contribuant dans les limites de sa compétence, soit au maintien de la paix, soit à l'observation des lois de la guerre; 5° En examinant les difficultés qui viendraient à se produire dans l'interprétation ou l'application du droit, et en émettant, au besoin, des avis juridiques motivés dans les cas douteux et controversés; 6° En concourant par des publications, par l'enseignement public et par tous autres moyens, au triomphe des principes de justice et d'humanité, qui doivent régler les relations des peuples entre eux. Tel est le texte de l'art. 1er de ses statuts (1). L'Institut a pour organe la *Revue de droit international et de législation comparée* bien connue (2). A côté de l'Institut nous mentionnerons l'Association pour la réforme et la codification du droit des gens, fondée en Angleterre : son organe est le *Report of the annual conference*, qui est publié à Londres.

CI. — Mais le droit international privé ne peut se développer scientifiquement et rationnellement, que par l'étude de la législation comparée : c'est une science sœur. La Société de législation comparée, fondée à Paris en 1869, a pris ces études pour objet spécial de son activité constante et infatigable. Son *Bulletin mensuel*, et ses deux *Annuaires*, l'un de législation étrangère, l'autre de législation française, constituent une mine précieuse de renseignements des plus utiles à tous ceux qui s'occupent de droit international privé. S'occuper de cette dernière science, sans avoir des notions au moins générales des différences qui existent entre les lois des divers pays, c'est s'agiter dans le vide, c'est se condamner à rester dans l'ignorance des véritables difficultés, que la science du droit international doit s'appliquer à résoudre, et contre lesquelles les principes qu'elle préconise peuvent venir se heurter. Signalons, à côté de cette association

(1) V. *Tableau*, etc., p. 9.

(2) Parmi les fondateurs de l'Institut et de la *Revue* figure principalement M. Rolin-Jaequemyns, actuellement président d'honneur de l'Institut, qui, avec feu M. Lieber de New York et M. Moynier, président le la Croix rouge, en conçut l'idée première.

privée, une institution officielle, le Comité de législation étrangère, institué au ministère de la Justice par M. Dufaure, en 1876. Ce Comité, placé sous la direction d'un jurisconsulte distingué, M. Léon Aucoc, est parvenu à réaliser une œuvre vraiment unique, et que toutes les nations peuvent envier à la France, une collection considérable de documents législatifs étrangers, très souvent traduits par ses soins, et d'ouvrages de doctrine et de jurisprudence relatifs au droit étranger et au droit international. Enfin, comme le rappelle M. Weiss, « un reconnaissant hommage est dû à M. Edouard Clunet, le sympathique directeur du *Journal de droit international privé*, qui, depuis 1874, a su grouper, dans son recueil, avec une élite de rédacteurs de nationalités diverses, tous les faits, toutes les décisions judiciaires, toutes les solutions doctrinales qui peuvent intéresser le public international[1] ».

CII. — Cette activité ne paraît nullement en voie de se ralentir et s'est étendue à d'autres pays. Un décret royal du 12 février 1884 a institué, en Espagne, au ministère de la Justice et de Grâce, une bibliothèque spéciale de codes, textes légaux et jurisprudence des pays étrangers et d'Espagne. Une revue de droit international et de législation et de jurisprudence comparées, y a été fondée en 1884, sous la direction de Don Alejo Garcia Moreno[2]. Une brochure de M. Iwanowsky, professeur de droit international à l'Université impériale de la Nouvelle Russie, nous rappelle que, le 31 mai 1880, on a inauguré à St-Pétersbourg une Société de droit international, et nous apprend qu'à la fin de 1893, une Section de droit international et administratif s'est formée dans la Société juridique d'Odessa. C'est ainsi que dans presque tous les pays civilisés se manifeste, nous ne dirons pas la renaissance de la science du droit international, car elle est restée pendant des siècles dans l'enfance, mais

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

(2) *Revista de derecho internacional, legislacion y jurisprudencia comparadas.*

sa maturité commençante; et il en est surtout ainsi du droit international privé, que l'on avait rabaissé au rang d'un ensemble de règles de pure convenance, de pure utilité. C'est que cette science répond aujourd'hui à de véritables nécessités sociales, qui ne font que grandir et devenir de plus en plus pressantes. On a essayé, avec succès, d'aller plus loin encore dans certaines matières spéciales, et de réaliser l'unification du droit. Mais nous sommes de ceux qui pensent que cette unification n'est ni possible, ni souhaitable dans toutes les matières juridiques, que le génie propre à chaque nation, les différences de mœurs, de religion, de civilisation, de climat, des conditions géologiques, économiques, etc., commanderont toujours une certaine diversité de législations, et qu'il faut poursuivre plus encore leur développement et leur application harmonique, que leur identification absolue. L'harmonie dans la diversité, tel est le véritable problème, ainsi que l'a fort bien fait remarquer Laurent; et cette harmonie n'est réalisable que si l'on s'efforce de déterminer le champ d'action de chaque législation, non d'après la base trompeuse et incertaine de l'intérêt, mais sur le fondement plus solide et plus immuable du droit.

# PREMIÈRE PARTIE.

## Principes généraux du droit international privé.

### TITRE Ier.

### FONDEMENT DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.

1. — Le droit international privé est fondé sur la justice et sur la raison. Il ne repose pas uniquement sur cette *Comitas gentium*, cette courtoisie internationale, qui, d'après nos anciens jurisconsultes, dont la doctrine a été reprise et adoptée par l'école anglo-américaine, constituerait sa seule base. Les jurisconsultes de l'école italienne n'ont été ni les seuls, ni les premiers à répudier cette théorie utilitaire, qui encore enseignée en France par Fœlix, en 1841, est aujourd'hui presque unanimement condamnée en France, en Allemagne, en Belgique, en Espagne, en Autriche, etc... aussi bien qu'en Italie. On peut dire qu'elle ne trouve plus guère d'appui aujourd'hui que parmi les jurisconsultes anglais et américains. Encore faut-il reconnaître que les plus récents se séparent à cet égard de leurs compatriotes. Nous avons cité entre autres, dans notre introduction, M. Westlake, qui répudie l'ancien principe, et M. Lorimer, qui va jusqu'à traiter la doctrine de courtoisie de fable de vieille femme. Et dans ceux mêmes qui considèrent le droit international comme fondé sur ce qu'ils appellent la *comity*, on trouve par une étrange contradiction, de temps à autre, l'affirmation éner-

gique que l'Etat ne saurait sans injustice, ou « sans une *flagrante* injustice » refuser d'appliquer, dans tel ou tel cas, une autre loi que sa loi propre.

2. — Et cependant, quand on recherche dans la plupart des auteurs les bases de ce droit, on rencontre souvent des propositions assez vagues. Savigny nous dit que ce droit repose sur la *communauté juridique* entre les nations, et plus loin, ainsi que nous l'avons vu ci-dessus, que cette communauté est le résultat d'un accord entre les nations. Est-ce autre chose que de faire reposer le droit international privé sur des concessions réciproques, et n'est-ce pas se rapprocher du système de la courtoisie? Il ajoute, il est vrai, que cet accord *n'est pas l'effet d'une pure bienveillance*, l'acte révocable d'une volonté arbitraire, mais plutôt un développement propre du droit... Et c'en est assez pour qu'il puisse être considéré comme repoussant la doctrine de la courtoisie. Mais il faut convenir que cela est assez vague. Laurent critique vivement Savigny, auquel il reproche à cet égard des contradictions. L'explication de ces contradictions, au moins apparentes, nous paraît être dans la distinction qu'il faut faire, et que Savigny n'a pas assez nettement tracée entre le droit international privé positif, et le droit international privé naturel. Le droit positif, en cette matière, résulte des traités, des coutumes internationales, et même des lois qui, en quelques pays, sans même qu'il existe une réciprocité consacrée par des traités et des coutumes, établissent certaines règles de droit international privé. Mais ces règles elles-mêmes ont leur source plus haut, dans des principes généraux auxquels les nations ont plus ou moins complètement rendu hommage. Non-seulement les nations ne vivent plus isolées, comme le fait justement remarquer Laurent, mais l'isolement n'est pas plus pour les nations que pour les individus une condition normale une condition possible d'existence. Pour les nations, comme pour les individus, les rapports constants, réguliers. sont une condition de développement, d'épanouissement intellectuel et matériel. Elles ne peuvent vivre juxtaposées et entretenir des rela-

tions pacifiques sans se reconnaître réciproquement. Et la reconnaissance d'un Etat emporte le devoir de respecter la sphère d'action de cet Etat, dans le domaine législatif, comme dans les autres domaines. Si le droit international privé n'est que l'ensemble des règles qui délimitent le champ respectif d'action des législations des divers Etats, en matière de droits privés, et en somme il n'est pas autre chose, il a sa source dans le fait de la reconnaissance d'un Etat par un autre. Telle est notamment l'opinion de M. Lorimer, et elle nous paraît fort rationnelle,

3.—A un autre point de vue, les règles du droit international privé reposent également sur les principes généraux de droit que la raison nous enseigne. M. Laurent démontre longuement que les droits civils, dans leur ensemble, sont des facultés nécessaires à l'homme pour son existence physique, intellectuelle et morale, que l'homme n'est pas attaché au sol où il est né. Il fait remarquer que, sans même quitter sa patrie, il peut entrer en relations avec le monde entier, que les droits de l'homme sont donc indépendants de la diversité des Etats, qu'ils lui appartiennent en sa qualité d'homme, c'est-à-dire partout; et il conclut à l'égalité de l'étranger et du citoyen au point de vue des droits civils. Cette égalité, dit M. de Bar, est aujourd'hui *un axiôme*. Tout cela est exact. Cela est d'évidence quand il s'agit des droits primordiaux de la personne humaine. Il n'est personne qui ne reconnaisse qu'un Etat viole la justice quand il porte atteinte à la vie, à la liberté d'un étranger. Et l'on a fait des guerres sanglantes pour venger de semblables injures, de semblables lésions des devoirs internationaux. Pourquoi en serait-il autrement, en principe, quand il s'agit de droits moins importants? Ce n'est qu'une question de degrés.

Mais la reconnaissance des droits de l'étranger ne serait point complète, si on ne les laissait point soumis à l'empire des lois qui doivent les régir rationnellement et logiquement, sauf le droit pour chaque Etat de protéger sa sécurité, son ordre public, son organisation morale contre le trouble qui résulterait de l'application de certaines lois

étrangères. Quelle est la loi qui doit prévaloir dans le cas de contrariété entre les lois nationales des parties ou de la partie, la loi du domicile, la loi du lieu du contrat, la loi du lieu où l'exécution est poursuivie, en ce qui concerne leur capacité, leur état, leurs droits de famille, les formes extrinsèques, les conditions de validité, les effets d'un contrat ou d'un acte juridique quelconque? Voilà tout le problème du droit international.

4. — Sans définir nettement le fondement du droit international privé, M. Weiss répond parfaitement aux arguments que l'on a fait valoir pour démontrer que le droit international, en général, ne constitue pas un droit proprement dit. Au surplus, les objections qu'il combat s'adressent plutôt au droit des gens à proprement parler, au droit qui régit les rapports entre nations dans des matières d'intérêt national et de droit public, qu'au droit international privé. La première se résume dans l'observation que l'histoire des nations, en particulier celle de ce siècle, nous fait assister partout au triomphe de la force, que la violence et le recours aux armes décident du sort des empires. Nul n'y a répondu plus éloquemment que Bluntschli dans son traité du droit des gens moderne (*Das moderne Völkerrecht*). Il n'est pas vrai que *les violations même répétées* du droit soient destructives du droit. Il n'est pas vrai que l'histoire, spécialement celle de notre époque, *nous fasse assister toujours* au triomphe de la force brutale seule, à l'exclusion du droit. Mais l'objection n'a aucune valeur au point de vue du *droit international privé*. L'histoire nous fait assister au développement de plus en plus progressif de cette idée: que l'étranger n'est pas l'ennemi, qu'il n'est pas sans droits, que ses droits doivent être respectés partout où il se trouve, et régis par la loi qui en règle l'exercice d'après la raison. Il y a certes beaucoup de divergences sur la question de savoir quelle est cette loi, entre l'école anglo-américaine surtout, et les autres doctrines. Mais dans la première même, bien qu'elle repose en principe sur la doctrine de la courtoisie, on rend hommage aux considérations de justice.

5. — On a fait observer en outre qu'il n'y a pas de droit en dehors d'*une règle promulguée* et *d'une sanction légale*. « Cette thèse » dit Weiss, (1) « soutenue avec éclat par deux savants jurisconsultes allemands, M. Puchta et M. de Ihering, a été reprise dans notre pays par un publiciste qui a résumé d'une manière habile et incisive les arguments qui lui paraissent faire obstacle à la conception d'un véritable droit international: « *le droit international* » écrit M. Accollas, « *est une morale internationale et non pas un droit* ; le signe propre et caractéristique du droit, la sanction de l'action lui fait défaut. Entre nations, lorsque l'une viole le droit de l'autre, comme il n'existe pas de pacte qui lie le genre humain, et qui en mette la force collective à la disposition de la nation dont le droit est violé, cette nation ne peut recourir qu'à sa propre force... Entre particuliers, c'est un principe fondamental, qu'on ne se fait pas justice à soi-même ; entre nations le principe est renversé, etc... » »

Et M. Weiss résume de la manière suivante ce genre de raisons alléguées à l'encontre du droit international : « d'une part l'absence d'un pouvoir législatif supérieur aux différents Etats ; de l'autre l'absence d'une sanction efficace aux règles de conduite internationale. »

La réponse est connue. Elle a été faite par bien des auteurs. Elle a été reproduite par tous ceux qui, dans les temps récents, se sont occupés de ces questions, M. Weiss et M. Martens entre autres. La première de ces objections repose sur une confusion entre le *Droit*, principe antérieur à toute société, à toute législation humaine, et la *Loi*, expression visible et matérielle de la protection dont les hommes ont cru devoir l'entourer. « Pas de droit » disent-ils, « en l'absence d'une règle officiellement promulguée. » Le droit à la vie, le droit à la propriété, tout cela serait dès lors subordonné à l'existence d'une loi humaine et contingente.

6. — Cette réponse n'est cependant pas complète. Ce

(1) Op. cit., 2e édition, p. V.

que l'on objecte c'est l'*absence d'un législateur* et non pas seulement d'une loi, c'est l'impossibilité même de trouver un législateur. Mais en admettant que, dans l'état imparfait de la société humaine, divisée en nombre d'agrégations politiques, entre lesquelles il n'existe pas un lien suffisamment étroit, il soit impossible de trouver ce législateur, en supposant que cet état de choses ne puisse point se modifier dans un avenir plus ou moins lointain, il n'en résulterait pas encore que les divers Etats n'aient pas des droits et des obligations vis-à-vis l'un de l'autre. Il n'en résulterait pas, si nous nous plaçons, par exemple, au point de vue du droit international privé, et pour supposer un cas extrême, que l'Etat qui décréterait législativement l'extermination des étrangers, violerait simplement une obligation morale et non pas un droit. On nous permettra de citer ici une excellente page de M. Weiss, qui confirme, sous une autre forme, ce que nous avons dit plus haut sur le fondement du droit international. « Partout où deux êtres, également libres et autonomes, vivent l'un à côté de l'autre, soit d'une existence individuelle et physique comme deux hommes, soit d'une existence collective et morale comme deux peuples, nous voyons apparaître l'idée du droit. Chacun de ces êtres peut et doit user librement des facultés égales qui appartiennent à son semblable. Dans toute société, qu'elle se compose d'hommes, ou qu'elle se compose de nations, la liberté de chacun est limitée par celle d'autrui. De là naissance d'un rapport nécessaire et réciproque de droit et d'obligation : droit, pour tout être, de se conserver et d'exercer librement son activité, en un mot, droit de faire tout ce qui ne compromet en rien la liberté d'autrui ; obligation pour tout être de respecter le droit de son semblable, de s'arrêter là où l'exercice de ses propres facultés cesserait d'être inoffensif. Et ce rapport se conçoit à merveille, même en l'absence de législateurs et de magistrats. » M. Weiss termine, en citant ces paroles prononcées à Turin, le 22 Janvier 1851, par feu M. Mancini, notre illustre collègue dans l'Institut de droit international, l'un des hommes qui ont le plus contribué aux progrès du droit international :

« Le droit ne peut jamais être un produit de la pure volonté humaine, il est toujours une nécessité de la nature morale; il dérive comme conséquence pratique d'un principe de l'ordre moral, qui tire son origine d'une région supérieure à celle où les hommes vivent et veulent (1). »

7. — L'objection tirée du défaut de sanction n'a pas plus de valeur. Si le droit précède la loi, il est antérieur à toute sanction, indépendant de la sanction *à fortiori*. Au surplus, il n'est pas exact que le droit des gens proprement dit soit dénué de toute sanction, beaucoup moins exact encore qu'il en soit ainsi du droit international privé. L'accord qui s'est produit, ainsi que le constatait déjà Savigny, sur la solution de certaines questions relatives à cette branche du droit, la communauté juridique qui en résulte, les traités exprès, les usages uniformes constituant, pour ainsi dire, des conventions tacites, les lois même et les arrêts établissant, parfois même sans réciprocité, les vrais principes en cette matière, tout cela constitue en somme un ensemble de sanctions.

Toutes les objections que l'on a faites ne résistent pas à l'examen ; et il reste vrai de dire que le droit international privé est un droit véritable, ayant son fondement dans les principes éternels de la justice et de la raison.

8. — Quelles sont maintenant les bases ou les sources du droit international privé positif?

Nous mentionnerons en 1^er^ lieu les traités, bien qu'ils soient rares; 2° les usages internationaux, lors même qu'ils ne seraient pas consacrés par des traités exprès; 3° la doctrine des auteurs, pour nous servir des termes de M. Weiss, ou, en d'autres termes, le droit international privé théorique, tel qu'ils l'enseignent ; et 4° pour ce qui concerne le droit international privé d'un pays déterminé, la législation et la jurisprudence intérieures.

C'est au moyen de ces diverses sources qu'il faut essayer de résoudre les multiples problèmes du droit international

(1) Weiss. Op. cit., p. 7 et la note.

privé. Nous nous attacherons surtout à exposer les règles de droit international admises ou applicables dans notre pays, en signalant sommairement, le cas échéant, les divergences qui existent entre notre pratique et celle des autres nations, les points sur lesquels nos règles s'écartent des enseignements de la théorie, et les modifications ou développements que notre nouveau projet du Code civil apporte à cette partie de notre droit.

Mais nous commencerons par exposer les règles générales du droit international, sans entrer dans les détails si ce n'est à titre d'exemple. Ce sera l'objet de la première partie du présent ouvrage. Une première question se pose: c'est celle de la détermination des droits de l'individu dans le ressort d'une autre souveraineté. Avant d'examiner quelle est la loi qui régit ses droits, et les rapports de droit qui se forment entre étrangers, ou entre des étrangers et des régnicoles, il faut savoir quels sont les droits qui lui sont reconnus, quels sont ceux qui lui sont refusés, ou qui peuvent rationnellement lui être refusés. Nous examinerons ensuite quelle est la loi qui régit l'état, la capacité, les rapports de famille de l'étranger, quelle est celle qui régit les biens considérés en eux-mêmes et individuellement, l'influence des lois appelées d'ordre public, ou d'ordre public international, quelle loi régit la forme, quelle est celle qui régit les contrats dans leur substance etc. Nous réserverons pour la seconde partie de notre ouvrage l'application des principes généraux aux diverses matières du Code civil. Quant au droit commercial international, nous ne nous en occuperons que dans la mesure où les questions de droit international privé, qui s'y rattachent, présentent un lien étroit avec certaines questions de droit civil international. Tel est, par exemple, le cas pour les sociétés commerciales.

# TITRE II.

## DE LA CONDITION DES ÉTRANGERS.

—

### *Section* I. — *En théorie.*

9. — Les étrangers doivent jouir en principe des droits civils. Cette règle est aujourd'hui généralement reconnue[1]. Mais il est évident d'un autre côté qu'ils ne doivent pas jouir des droits civiques ni des droits politiques. On confond souvent dans le langage ordinaire ces deux dernières espèces de droits. Il nous paraît que c'est une erreur, et que les mots droits civiques ont une portée plus large. La politique, c'est la direction générale des affaires du pays ; les pouvoirs politiques sont les pouvoirs du gouvernement. On ne saurait considérer, à notre avis, comme des droits politiques, le droit de contribuer par voie d'élection à la formation d'un tribunal de commerce, celui d'être juré, d'être nommé à certaines fonctions qui n'ont rien de politique, par exemple à des fonctions de l'ordre administratif et judiciaire, d'être témoin dans les actes, ni même le droit de vote dans les élections provinciales et communales. Il a été décidé en Belgique *qu'un conseil communal n'est point un pouvoir politique* [2].

M. Asser dit que les droits civiques « qui se résument dans le droit de participer *au gouvernement et à la légis-*

(1) Elle est consacrée en termes exprès dans le projet de la Commission belge, L. I, T. I, art. II.

(2) Arrêt de Gand, 10 août 1869. — Cassation Belgique, 2 nov. 1869.

*lation*, ne doivent être reconnus qu'aux régnicoles[1] ». Et son savant commentateur, M. Rivier, ajoute en note : « Je traduis par droits civiques, (on pourrait dire aussi politiques), les mots hollandais *Staatkundige regten*, que M. Cohn a traduits en allemand par *Staatsbürgerliche Rechten* ». Il y a ici, nous paraît-il, un peu de confusion, et la définition que donne M. Asser des droits civiques est trop restreinte. On pourraît la compléter en disant que les droits civiques se résument dans le droit de participer au gouvernement, à la législation, *à la juridiction, à l'administration du pays*.

10. — Mais en dehors des droits civils et des droits civiques, il est certains droits que l'on reconnaît dans les pays civilisés à tout être humain, non pas à raison de sa qualité de citoyen, mais comme membre de l'humanité, si bien qu'on les a appelés *les droits de l'homme*. C'est ce que M. Weiss appelle les droits publics proprement dits. Il s'en faut cependant que, dans tous les pays. ces droits soient reconnus, même au citoyen, dans leur intégrité. Là où ils le sont, il est juste que les étrangers en jouissent également puisqu'ils sont fondés sur la nature humaine. Toutefois si, pour les citoyens mêmes, ils peuvent être soumis à certaines restrictions par des considérations d'utilité sociale, il est juste qu'ils puissent être soumis à des restrictions plus grandes encore en ce qui concerne les étrangers, en tant que la sécurité de l'Etat peut l'exiger, et ce à raison même de leur qualité d'étrangers. De là, notamment en ce qui concerne le droit sacré entre tous de la liberté individuelle, certaines dérogations au principe qui la garantit, plus étendues lorsqu'il s'agit d'un étranger que lorsqu'il s'agit d'un citoyen.

(1) Asser. *Elements du droit international privé et du conflit des lois.* Edition traduite et commentée par M. Rivier, p. 38.

## *Section* II. — *De la condition des étrangers, en droit positif, et spécialement en droit positif belge.*

### § I. — Droits civiques et politiques.

11. — En ce qui concerne les droits politiques, il n'y a pas de difficulté, et il en est de même en ce qui concerne les droits civiques en général. Aucune nation ne reconnaît ces droits aux étrangers. Pour ce qui regarde la Belgique spécialement, ce principe résulte déjà de l'art. 26 de la Constitution, mais il est consacré en outre par une foule de textes. Nous nous abstiendrons de les citer pour éviter des longueurs, et parce que la règle est admise sans contradiction. Nous nous bornerons à en citer les applications principales.

1° L'étranger n'est ni électeur ni éligible soit aux Chambres législatives, soit aux conseils provinciaux ou communaux, soit au tribunal de commerce ou au conseil des prud'hommes. Il a cependant été jugé (1) : qu'un jugement du tribunal de commerce n'est pas nul lorsque parmi les juges figurait un étranger que l'on considérait généralement comme Belge. Mais c'est en vertu du principe : *error communis facit jus*, et cela n'ébranle en rien le principe, bien qu'il n'y ait pas de texte spécial relativement aux tribunaux de commerce (2). Il y en a un d'ailleurs pour les conseils de prud'hommes (3).

2° L'étranger ne peut remplir aucune fonction impliquant une délégation de la puissance publique. Il ne peut siéger dans une cour ou dans un tribunal, être juré (4), exercer les fonctions de notaire, de greffier, d'huissier. L'étranger est cependant soumis au service de la garde civique. Il nous paraît évident que les étrangers, en présence de l'art. 16 de la Constitution, peuvent remplir les

(1) Arrêt de Gand, 25 avril 1851.
(2) V. toutefois art. 95, loi du 30 juillet 1881.
(3) Art. 6 et 8, loi du 7 févr. 1859.
(4) La Cour de Cass. a même jugé qu'il y avait nullité si l'un des jurés est étranger, et que le vice n'est pas couvert par l'erreur commune. Cass. 2 août 1886.

fonctions de ministres des cultes, l'Etat n'ayant pas le droit d'intervenir dans leur nomination.

3° L'étranger ne peut figurer comme témoin dans un acte notarié. La loi du 25 ventose an XI est générale. Il ne peut non plus être témoin dans une procédure de saisie (art. 585 C. proc. in). Peut-il être témoin dans un acte de l'état civil? La question a été résolue affirmativement par une circulaire ministérielle du 23 avril 1849, et il semble que telle doive être la solution en présence du silence de l'art. 37 du Code civil, bien que ce soit là, dans une certaine mesure un *munus publicum*. De même aucune disposition ne s'oppose à ce qu'il soit entendu comme témoin en justice, et il faut reconnaître qu'il s'agit ici d'une obligation plutôt que d'un droit, puisque, même en matière civile, le refus de déposer entraîne une amende. Or, les lois de police et de sûreté sont applicables à tous ceux qui se trouvent sur le territoire.

4° Aux termes de la loi du 10 avril 1890, les avocats étrangers peuvent être admis à exercer leur profession en Belgique avec l'autorisation du gouvernement; mais ils ne pourraient être assumés comme juges, la loi de 1869 l'interdisant en termes exprès.

5° Aucune raison plausible ne s'oppose, d'après nous, à ce qu'un étranger soit choisi comme arbitre (l'arbitrage forcé ayant été supprimé), ou désigné comme expert. L'arbitre tient ses pouvoirs des parties dont la volonté doit être libre; il n'est pas investi d'une délégation de l'autorité judiciaire, et sa sentence n'a aucune force exécutoire par elle-même, ainsi que le fait remarquer M. Weiss [1]. Quant à l'expert, il se borne à formuler un avis qui ne lie pas le juge, et sa mission est analogue à celle des témoins. La jurisprudence française est en ce sens.

6° Mais un étranger peut-il être nommé curateur d'une faillite ouverte en Belgique? En France, sous l'empire d'une législation analogue à la nôtre, on s'est prononcé pour l'affirmative [2], et telle est aussi l'opinion de M. Weiss.

(1) P. 41.
(2) Cassat. 1 janvier 1862 (*Gazette des Tribunaux*, 8 janvier).

La jurisprudence et la doctrince belge sont muettes. Nous pensons que la négative est préférable. Les fonctions de curateur emportent des droits importants sur les biens, et même vis-à-vis de la personne du failli. C'est une véritable fonction publique, bien qu'elle soit temporaire. Elle résulte d'une délégation judiciaire. Nous pensons qu'elle rentre dans la classe des emplois et fonctions dont l'exercice est interdit aux étrangers, sauf les exceptions établies par la loi.

7° Par contre, nous pensons qu'un étranger peut être en Belgique membre d'un conseil de famille, et la jurisprudence est en ce sens (1).

8° Pour ce qui concerne les fonctions de tuteur, de subrogé-tuteur, de conseil judiciaire, la question est plus douteuse. Un jugement du tribunal civil de première instance de Bruxelles décide la question affirmativement (2). Mais il s'agissait d'une espèce dans laquelle le tuteur étranger avait été désigné par le testament du père. La question n'a pas été résolue par la Cour d'appel de Bruxelles devant laquelle le litige avait été porté, un arrangement étant intervenu entre parties à la suite de conclusions de M. l'avocat général Van Schoor. Il est à remarquer toutefois que cet éminent magistrat l'avait résolue en termes généraux et absolus. « Inutile de démontrer » disait-il « qu'un étranger peut être tuteur testamentaire, comme il peut être tuteur légitime et même datif, comme il peut faire partie d'un conseil de famille. La loi spécifie avec soin les causes d'exclusion. L'extranéïté ne s'y rencontre pas ». Voilà un de ces arguments *a contrario* qui sont fort dangereux, quand ils mènent à des conséquences contraires aux principes. La Constitution exclut en règle les étrangers des emplois civils et militaires. Toute la question est de savoir si la tutelle et la subrogée-tutelle, les fonctions de conseil judiciaire rentrent dans ces emplois civils dont il est question dans

(1) Nombreuses décisions en Belgique.

(2) Jugement de Bruxelles, 7 août 1885. *B. j.* 1887, p. 129. Mais v. dans le même sens Arrêts Liège, 5 avril 1838 et 22 juin 1842.

l'art. 6 de notre pacte fondamental qui déclare les Belges seuls admissibles aux emplois civils et militaires. Si oui, il importe peu que le Code ne mentionne pas la qualité d'étranger comme une cause d'exclusion de la tutelle. Mais nous partageons l'opinion de M. Laurent (1) à cet égard. La tutelle n'est pas un emploi civil dans le sens que le Congrès a évidemment attaché à ce mot en y accollant les mots *ou militaire*. Ce n'est pas une fonction publique conférant une partie de la puissance publique. C'est une charge, un devoir de protection plutôt qu'une fonction. C'est aussi un droit, si l'on veut, mais un droit purement personnel. M. Weiss distingue (2) entre le cas où le tuteur est parent de l'incapable, et celui où il ne l'est pas. Mais les textes qu'il invoque à l'appui de cette distinction ne nous paraissent pas concluants, surtout dans son système qui consiste à soutenir que l'étranger jouit en général de tous les droits civils en France. La jurisprudence française est cependant contraire à notre opinion, mais la doctrine est partagée.

Ce que nous disons du tuteur s'applique à plus forte raison au subrogé-tuteur et au conseil judiciaire, leur mission étant plus accessoire et se résumant en une surveillance et un contrôle.

### § II. — Droits publics.

12. — Sous la rubrique *des Belges et de leurs droits*, la Constitution de la Belgique règle tout un ensemble de matières dont quelques-unes n'ont rien de commun avec *les droits* des Belges (Titre II, art. 4 à 24). Il y est question cependant d'un certain nombre de droits qui, dans nos temps modernes, sont considérés comme des droits de l'homme, et non pas seulement comme des droits du citoyen : par exemple, la liberté individuelle (art. 7), la liberté de conscience et de religion (art. 14 et 15), la liberté d'enseignement (art. 37), la liberté de la presse (art. 18), la liberté de réunion (art. 19), la liberté d'association (art. 20).

(1) *Principes du droit civil*, T. I, p. 756.
(2) Op. cit., p. 42.

Sans doute, en ce qui concerne la liberté de réunion, et celle d'association, les art. 19 et 20 parlent explicitement des Belges, tandis que les autres articles précités sont conçus en termes généraux. Mais, aux termes de l'art. 128 de la Constitution : « Tout étranger qui se trouve sur le territoire de la Belgique jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens, sauf les exceptions établies par la loi ». Et il est généralement admis qu'en conséquence de cet article, l'étranger, tout au moins celui qui se trouve sur le sol de la Belgique, jouit de la liberté individuelle, de la liberté de conscience et de religion et des autres libertés inscrites dans notre pacte fondamental. Telle est la règle. L'art. 128 admet toutefois qu'il y soit fait exception par la loi. Et là est la différence profonde qui sépare les étrangers des Belges au point de vue de l'exercice de ces droits. Pour les Belges, ce sont des droits absolus auxquels il ne peut être fait aucune exception légale, des droits inscrits dans notre pacte fondamental et placés au-dessus des atteintes du législateur, tandis qu'il n'en est pas ainsi pour les étrangers. Mais les étrangers, qui *ne se trouvent pas sur le sol de la Belgique*, ont-ils les mêmes droits? En ce qui concerne certaines de ces libertés : notamment la liberté individuelle, la liberté de conscience et la liberté des cultes, la liberté d'enseignement, et la liberté de réunion, la question n'a pas de sens, puisqu'elles ne peuvent être exercées et entravées efficacement que vis-à-vis des étrangers qui se trouvent sur le sol national. Il en est peut-être autrement en ce qui concerne la liberté de la presse, et la liberté d'association, dont les étrangers pourraient jouir matériellement sans mettre le pied sur notre territoire. En jouissent-ils? En vertu de notre Constitution, non! Mais elle ne leur interdit pas non plus l'exercice de ces droits ni la loi non plus. Or, en principe, ce qui n'est pas défendu est permis. Au surplus, l'argument *a contrario* conduirait ici à des conséquences contraires aux principes.

13. — Il n'est pas douteux évidemment que *la loi* puisse restreindre ces droits et ces libertés, en tant qu'il s'agit

d'étrangers. Mais pourraient-elles être restreintes par un arrêté royal ou par un simple arrêté ministériel? Nous ne le croyons pas, à moins que ce pouvoir n'ait été délégué au gouvernement par le pouvoir législatif. Pour ce qui concerne la liberté d'association, la question n'a pas grande importance. Il est superflu d'en indiquer la raison. Si les associations ont un objet illicite, elles ne s'organisent pas au grand jour : le pouvoir social n'a guère l'occasion de prévenir, il ne peut que réprimer. Mais il en est autrement de la liberté de la presse. Le gouvernement peut-il soumettre à une espèce de censure les publications importées d'un pays étranger en Belgique, sans qu'une loi lui donne ce pouvoir? La question a été soulevée récemment en Belgique, à propos d'une mesure du ministre des Chemins de fer, Postes et Télégraphes, interdisant le transport en Belgique, par le chemin de fer de l'Etat, de certains journaux pornographiques français. Et cette mesure a été assez vivement critiquée de certains côtés, bien qu'on fût unanime à se montrer peu sympathique à cet usage de la liberté de la presse. L'auteur d'une dissertation anonyme, insérée dans la *Belgique judiciaire* (1), est d'avis qu'il n'y a là qu'une question de compétence. Le ministre de la Justice, ou le ministre de l'Intérieur pourrait, d'après lui, prendre des mesures préventives pour empêcher la circulation de certains journaux étrangers. Selon nous, la question est fort délicate au point de vue des principes. Que le ministre de la Justice puisse, par ses agents, faire saisir les publications qui portent atteinte à la morale, et empêcher ainsi leur circulation, cela n'est pas douteux, sous la réserve de l'appréciation ultérieure des tribunaux. Mais il ne s'agit plus alors de mesures préventives, il s'agit d'une mesure d'instruction. Que le ministre de l'Intérieur ait le même droit, la question est déjà plus douteuse. Quant au ministre des Chemins de fer, Postes et Télégraphes, elle se complique. Il s'agit en effet de savoir si le gouvernement qui exploite les chemins de fer de l'Etat devrait prêter la main à la

(1) 1891, p. 1169 et ss.

circulation de publications pornographiques et immorales. Nous penchons fort vers la négative, tout en reconnaissant d'autre part que le gouvernement assume ainsi une mission fort difficile, que cela peut prêter à des abus, et qu'il s'expose même à des procès en responsabilité.

14. — Il résulte de ce que nous venons de dire qu'en fait les droits publics, en tant que l'on désigne sous ce nom les libertés personnelles, les droits de l'homme, sont reconnus aux étrangers en Belgique de la manière la plus large. Il n'y a guère de restriction qu'en ce qui concerne la liberté individuelle. Les étrangers peuvent être extradés, lorsqu'ils sont poursuivis en pays étranger à raison d'un crime ou délit prévu par la loi d'extradition, ou lorsqu'ils ont été condamnés de ce chef : l'extradition d'un Belge est interdite, sinon par la Constitution, comme on l'a soutenu, au moins par la loi. Mais le Belge, on le sait, peut être poursuivi en Belgique à raison de faits de ce genre. Il est superflu de justifier l'extradition des étrangers.

L'étranger peut aussi être *expulsé* lorsque, par sa conduite, il compromet la tranquillité publique, ou lorsqu'il est poursuivi ou a été condamné à l'étranger pour des crimes ou délits qui donnent lieu à l'extradition. Mais si l'expulsion n'est fondée que sur les premiers motifs, elle ne peut avoir lieu qu'en vertu d'un arrêté royal délibéré en conseil des ministres. Et certains étrangers, par exemple l'étranger autorisé à établir son domicile dans le royaume, l'étranger marié avec une femme belge dont il a un ou plusieurs enfants nés pendant sa résidence dans le pays, l'étranger décoré de la Croix de fer etc..., ne peuvent être l'objet d'une mesure de ce genre, pourvu que leur nation soit en paix avec la Belgique. Il semble toutefois que ce ne soit qu'à regret que la législature ait attribué au gouvernement ce droit d'expulsion. Elle ne l'a jamais fait depuis 1835 que par des lois provisoires, toujours renouvelées, il est vrai, soit avant l'expiration du délai pour lequel elles avaient force et vigueur, soit quelques jours après. Pour ce qui nous concerne, nous estimons qu'il n'est nullement extraordinaire, ni injuste en soi, que

l'étranger puisse être expulsé, lorsqu'il compromet la tranquillité publique du pays où il reçoit l'hospitalité. Mais on peut discuter s'il est opportun de laisser au gouvernement, au pouvoir exécutif, le soin d'apprécier ce point de fait, s'il ne serait pas utile d'exiger l'intervention des tribunaux, un débat public, comme en matière d'extradition, fût-ce au moyen d'une procédure excessivement rapide. La justice de nos procédés vis-à-vis des étrangers ne doit pas même être soupçonnée.

En fait il ne semble pas que l'on ait abusé en Belgique de la loi sur les expulsions, bien qu'on ait été obligé d'y avoir recours vis-à-vis de certaines personnalités illustres ou simplement tapageuses. On a reproché seulement au gouvernement de l'avoir fait servir, à son insu, à des extraditions déguisées et non opérées avec les formalités exigées par la loi d'extradition. Mais il est difficile de concevoir comment cela peut se produire, sans que l'étranger en soit plus ou moins responsable lui-même, en présence de la disposition qui permet à l'étranger de désigner la frontière par laquelle il sortira.

La loi concernant les étrangers a été prorogée la dernière fois jusqu'au *15 février 1897*, par *la loi du 5 février 1894*.

Il est superflu de faire observer que l'étranger est tenu par contre de se soumettre *aux servitudes d'intérêt public, à l'impôt personnel et foncier, à la patente, à l'expropriation pour cause d'utilité publique*. C'est stricte justice, qu'il ne jouisse pas d'un véritable privilège à cet égard. Il est plus singulier que, d'après notre loi organique sur la garde civique (1), l'étranger soit assujetti à ce service, dès qu'il est autorisé à établir son domicile en Belgique.

15. — Telle est, en quelques mots, la situation dans laquelle se trouve l'étranger en Belgique au point de vue de l'exercice des droits publics. C'est, à très peu de chose près, la situation dans laquelle il se trouve également en France, et il en est de même dans la plupart des pays quant à cette catégorie de droits. Il est donc assimilé au

(1) 12 juin 1848, art 8.

régnicole à quelques exceptions près. Une quantité considérable de traités conclus entre les divers Etats tendent à lui assurer cette situation, et notamment ce que nous appellerons la liberté de profession, sans soumettre l'étranger de ce chef à des impôts particuliers. Dans les derniers temps toutefois, et sous l'influence sans doute des besoins économiques, de la lutte pour la vie, on a vu se produire une certaine réaction contre cette tendance. *Un acte du Congrès des Etats-Unis du 19 fév. 1862*, qui nous paraît inspiré plutôt par la crainte de la concurrence faite par les ouvriers chinois aux ouvriers américains, que par des idées de justice, prohibe les entreprises commerciales ayant pour objet l'importation des *coolies*, ouvriers chinois, engagés pour un service d'une durée déterminée ou indéterminée. La *loi fédérale suisse, art. 1^er^*, soumet au paiement d'une taxe, destinée à faire compensation avec la charge du service militaire, à laquelle ils ne sont point astreints, les étrangers habitant le territoire, à moins qu'ils n'en soient exemptés en vertu de traités internationaux, ou qu'ils appartiennent à un Etat dans lequel les Suisses ne sont astreints ni au service militaire, ni au paiement d'une taxe équivalente. De même, en France, M. Pieyre a déposé le 8 mai 1883, sur le bureau de la Chambre des députés, une proposition ayant pour objet de frapper les étrangers résidant en France d'une taxe, dont le produit devrait être affecté à une destination spéciale, et la Commission de la Chambre des députés a décidé en 1887 de soumettre au vote de la Chambre un article aux termes duquel « tout étranger résidant en France sera astreint à toute taxe pouvant frapper les Français dispensés du service militaire ». Enfin le *Messager du Gouvernement russe* a publié dans son numéro du 9-21 avril 1883 une proposition de loi frappant d'un droit mensuel de 11 roubles (soit environ 44 fr. par mois ou 528 fr. par an !) tout étranger résidant en Russie, et tout sujet russe résidant à l'étranger [1].

(1) Ces renseignements sont puisés dans l'ouvrage de M. Weiss, p. 38, n° 1 et 2. Il est à remarquer qu'un décret du 2 octobre 1888 soumet maintenant les étrangers en France à certaines conditions de séjour.

## *Section* III. — *Des droits privés ou droits civils.*

16. — En ce qui concerne les droits privés de l'étranger en Belgique, la question se pose exactement comme pour la détermination des droits de l'étranger en France, et doit être résolue d'après les mêmes textes, les dispositions du Code Napoléon à cet égard n'ayant subi en général aucune modification dans notre pays. Or, l'art. 11 du Code civil dispose en principe que : « L'Etranger 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 » et l'art. 13: que « l'étranger, qui aura été admis par l'autorisation de l'empereur à établir son domicile en France, y jouira de tous les droits civils, tant qu'il continuera d'y résider ». De la comparaison de ces deux textes, qui jusqu'à ce jour nous régissent encore en Belgique, il résulte à l'évidence, nous paraît-il, quelques efforts de dialectique que l'on ait faits pour mettre le système du Code civil mieux en rapport avec les enseignements de la science, qu'en principe, et sauf exception implicite ou formelle, *l'étranger ne jouit pas en Belgique des droits civils, à moins qu'il ne soit autorisé à y établir son domicile*. Les travaux préparatoires confirment pleinement cette conclusion, ainsi que M. Laurent nous paraît l'avoir clairement démontré d'abord dans son grand ouvrage sur le droit civil (1) ensuite dans son traité de droit civil international (2). Mais quels sont les droits civils dont il est question dans l'art. 11 ? Ce sont les droits civils dans le sens restreint du mot, ceux qui, d'après une doctrine traditionnelle, n'auraient leur base que dans la législation civile, par opposition aux droits naturels. Le plus important de ces droits était sans doute le droit de transmettre et d'acquérir des biens par succession à cause de mort. Or, sous l'ancien droit, les successions des étrangers étaient en général dévolues à l'Etat, soit en totalité en vertu

(1) Laurent. *Droit civil*, T. I, nº 405 et ss.
(2) Laurent. T. II, nº 4 et ss.

du droit d'aubaine, soit en partie seulement dans certains pays, en vertu du droit de détraction. Tantôt ce droit s'exerçait au profit du seigneur haut justicier, tanntôt au profit de la couronne. Les étrangers étaient en outre incapables de succéder en France même à leur parent français, bien que la succession de ce dernier ne fût point en principe frappée du droit d'aubaine. Le droit d'aubaine et de détraction fut aboli en France par la loi des 16-24 août 1790, laquelle n'a jamais été rapportée, bien que l'on se soit souvent imaginé le contraire. Mais cette abolition ne conférait pas aux étrangers le droit de succéder aux biens de leurs parents, soit français soit étrangers, situés en France, et ce droit ne leur fut accordé que par la loi des 8-15 avril 1791, laquelle a été virtuellement abrogée par l'art. 726 du Code civil, subordonnant ce droit à une réciprocité constatée par traités.

17. — En supposant que le droit d'aubaine eût jamais été rétabli, on pourrait soutenir que son abolition résulte, pour la Belgique, de l'art. 28 du traité de paix du 30 mai 1814, ou plutôt de l'ensemble des traités conclus le dit jour entre la France et l'Autriche, la France et la Russie, etc... Cet article était ainsi conçu : « L'abolition des droits d'aubaine, de détraction et autres de même nature, dans les pays qui l'ont réciproquement stipulée avec la France *ou qui lui avaient été précédemment réunis*, est expressément maintenue. » Mais en fait, comme l'étranger était incapable de succéder. et qu'un défunt étranger n'avait souvent que des parents étrangers, l'Etat recueillait fréquemment, à défaut de parents successibles, la succession sur laquelle il ne pouvait faire main-mise en vertu du droit d'aubaine. La loi belge de 1837 apporta une amélioration à cet état de choses, en subordonnant seulement le droit de succéder de l'étranger à une réciprocité de fait, et non à une réciprocité constatée par traités. Un grand nombre de traités conclus par la Belgique, sous l'empire de cette loi, démontrent à l'évidence que le législateur belge s'imaginait, comme le législateur français, que le droit d'aubaine proprement dit avait été rétabli

par le Code civil. Ce ne fut toutefois que le 27 avril 1865 que le législateur belge, suivant l'exemple du législateur français, abolit complètement l'incapacité de succéder de l'étranger, sans stipuler aucune condition de réciprocité (loi française du 14 juillet 1819). Et la règle nouvelle n'est tempérée que par l'établissement d'un droit de prélèvement, au profit des cohéritiers belges, dont il sera parlé ultérieurement.

18. — Depuis cette époque le principe en apparence si absolu et si exclusif de l'article 11 ne présente plus que peu d'importance. Les auteurs les moins favorables aux étrangers reconnaissent qu'ils peuvent se *marier*, et exercer tous les droits de famille, notamment la puissance paternelle (1). Il y a controverse en ce qui concerne la tutelle, ainsi que nons l'avons vu ; mais la jurisprudence belge a résolu la question, d'accord du reste avec Laurent, en faveur de l'étranger. L'étranger peut être propriétaire, c'est un droit naturel ; il peut donc également jouir des droits qui ne sont que des démembrements de la propriété ; il peut stipuler au profit de son fonds situé en Belgique une servitude réelle, ou l'en grever. En principe il peut plaider. Il peut stipuler une hypothèque pour sûreté d'une créance sur les biens de son débiteur situés en Belgique, ou grever ses propres biens situés dans ce pays. A la vérité, le droit d'hypothèque est une création du droit civil, mais c'est aussi l'accessoire d'une créance ; or l'étranger peut contracter devenir créancier ou débiteur. Et d'ailleurs l'hypothèque est un démembrement du droit de propriété. Si l'étranger peut être propriétaire, même de biens immobiliers, ainsi qu'il résulte non-seulement du droit naturel, mais implicitement de l'art. 3 du Code civil, il peut évidemment acquérir la propriété par tous les moyens qui sont de droit naturel. Il le peut aujourd'hui même par succession, donation ou testament. Le peut-il aussi par usucapion ou prescription ? La question paraît bien douteuse en principe. M. Laurent la décide

(1) Laurent. *Droit civil*, T. I, nº 245.

en faveur de l'étranger, par ce motif que la prescription acquisitive a été établie pour empêcher que le domaine des choses ne fût incertain, c'est-à-dire par des motifs d'utilité publique. Le but de la loi ne serait pas atteint si les étrangers ne pouvaient s'en prévaloir, aussi bien que les citoyens. Nous ne poursuivons pas l'énumération des droits qu'ils possèdent. Elle serait trop longue. Quels sont donc ceux qu'ils ne possèdent pas, ou que l'on peut leur contester?

M. Weiss (1) cite, en ce qui concerne la France, les droits suivants :

1° Le droit pour le défendeur d'invoquer à son profit la règle *actor sequitur forum rei*. Il fait allusion à la disposition exceptionnelle de l'art. 14 du Code civil. Cet article est abrogé en Belgique par la loi du 28 mars 1876, qui subordonne la compétence des tribunaux civils belges vis-à-vis des étrangers à des conditions rationnelles et équitables (52, loi 28 mars 1876);

2° Le droit pour le demandeur d'assigner devant le tribunal de son propre domicile le défendeur étranger. Même observation;

3° Le droit de plaider comme demandeur, sans être soumis à l'obligation de fournir la caution *judicatum solvi* (art. 16 Code civil et 166 ss. Code procédure civile);

4° Le droit pour le défendeur d'exiger du demandeur étranger la même caution (art. 16 Code civil).

Nous avons, en ce qui concerne ces deux derniers cas, des réserves à faire. Le demandeur étranger domicilié en Belgique *avec autorisation du gouvernement*, n'est pas tenu de fournir la caution *judicatum solvi*, art. 13 du Code civil. Quant à la question de savoir si le défendeur étranger peut requérir la caution du demandeur étranger, elle est des plus controversées. Un grand nombre d'arrêts et jugements lui reconnaissent ce droit en termes très généraux (2). D'autres, plus récents, le lui refusent. Quelques-uns le lui accordent lorsqu'il a été autorisé à établir

(1) Op. cit., p. 52.
(2) Arrêt de Bruxelles, 1r juillet 1826. Pas. 1826, 219.

son domicile en Belgique. Le premier système nous paraît insoutenable. Le droit de réclamer la caution *judicatum solvi* est un droit civil dans le sens restreint du mot, une pure création du droit civil. Il enchaîne la liberté du plaideur. L'étranger en principe ne saurait en jouir : aucun texte ne le lui accorde en termes exprès. Mais il nous paraît exorbitant en présence des termes de l'art. 13 de le lui refuser, lorsqu'il a été autorisé à établir son domicile en Belgique : car dans ce cas il est assimilé au Belge quant à l'exercice des droits civils;

5° Le droit pour l'héritier français, appelé concurremment avec un ou plusieurs cohéritiers étrangers au partage d'une succession qui comprend des biens situés en France, et des biens situés à l'étranger, de prélever sur les uns une portion égale à la valeur des autres dont il serait exclu par la loi étrangère (loi du 14 juillet 1819). On a vu que notre loi du 27 avril 1865 accorde un droit semblable;

6° Le droit pour le débiteur de se soustraire à la contrainte par corps en opérant la cession de biens (Code civil, art. 1268). Mais ce droit n'a plus d'importance en Belgique, le débiteur malheureux et de bonne foi n'étant pas soumis à la contrainte par corps. Or il n'y a que le débiteur malheureux et de bonne foi qui soit soumis à la cession de biens;

7° Le droit de participer aux affouages.

Il y avait sur ce point, en France, une très vive controverse jusqu'à la loi du 23 juin 1874, qui réserve aux seuls étrangers, domiciliés en France en vertu d'autorisation, le droit d'y participer. L'art. 69 de notre Code forestier qui accorde ce droit aux chefs de famille tenant ménage à part, et domiciliés depuis un an au moins dans la commune ou section de commune propriétaire, ne résout point la question en termes exprès. Mais, il s'agit, d'après nous, d'un droit civil dans le sens strict du mot, et auquel les étrangers ne peuvent participer que s'ils sont domiciliés en Belgique, en vertu d'une autorisation du gouvernement.

18. — Quels sont les autres droits qui n'appartiennent pas aux étrangers sur notre territoire, à moins qu'ils

n'aient obtenu l'autorisation d'y établir leur domicile? — « Le droit d'adopter et d'être adopté » dit Laurent. Nous partageons son opinion, parce qu'il s'agit d'une création du droit civil, et nous y ajouterons, par les mêmes motifs, « la tutelle officieuse ». Mais, à part cela, il n'est pas un droit consacré par le Code civil ou par les lois particulières, qui ne puisse aujourd'hui être exercé sur notre territoire même par des étrangers non domiciliés,

Avant notre loi hypothécaire la question pouvait s'élever pour le droit d'hypothèque légale. Elle est résolue en faveur des étrangers par l'art. 2 additionnel de la dite loi.

On pouvait la discuter aussi relativement au droit d'auteur, c'est-à-dire au droit de propriété littéraire ou artistique. Et nous ne considérerions nullement comme décisive l'observation de M. Laurent, qu'il s'agit ici en somme d'une forme du droit de propriété, parce qu'il ne s'agit pas d'un droit de propriété véritable, d'après nous, mais d'un privilège, reposant d'ailleurs sur de fort bonnes raisons. Mais l'art. 38 de la loi du 22 mars 1886 accorde ce droit aux étrangers.

Elle est fort discutable en ce qui concerne la propriété industrielle. Mais en vertu d'une convention générale, conclue à Paris le 20 mars 1883, entre un grand nombre d'Etats : la Belgique, le Brésil, l'Espagne, la France, la Guatémala, l'Italie, les Pays-Bas, le Portugal, le Salvador, la Serbie et la Suisse, convention à laquelle ont accédé depuis : la Grande-Bretagne, la Tunisie, l'Equateur, la Suéde et la Norwège, et les Etats-Unis, les sujets ou citoyens de chacun des Etats contractants jouissent, dans tous les autres Etats de l'Union, de la protection de ce genre de propriété, et l'on y a assimilé les sujets ou citoyens des Etats ne faisant pas partie de l'Union qui sont domiciliés, ou qui ont des établissements industriels ou commerciaux sur le territoire de l'un des Etats de l'Union. La question a donc perdu beaucoup de son intérêt pratique. Ajoutons qu'il existe en outre, entre la Belgique et d'autres Etats, des conventions au sujet des modèles,

dessins de fabrique, marques de fabrique, ayant également pour effet de garantir dans une mesure plus ou moins grande aux étrangers la jouissance du droit que l'on a appelé la propriété industrielle.

Un détail pour terminer. Il nous semble que dans les cas fort rares où la contrainte par corps est encore maintenue par notre législation actuelle, l'étranger ne peut point l'exercer. Il s'agit en effet d'une pure création du droit civil, d'un de ces droits civils dans le sens restreint du mot qui n'ont nullement leur fondement dans le droit naturel. C'est le cas d'appliquer l'art. 11 du Code civil. Il en serait autrement de l'étranger autorisé à établir son domicile en Belgique, l'étranger étant, en cas pareil, assimilé au régnicole, quant à l'exercice des droits civils. Enfin l'étranger n'est admis au bénéfice de la procédure gratuite que sous condition de réciprocité.

De tout ce que nous venons de dire il résulte qu'à peu d'exceptions près, l'étranger est assimilé au Belge quant à la jouissance et à l'exercice des droits civils, malgré le texte si exclusif en apparence de l'art. 11 du Code civil. Il l'est, par l'effet des lois ou conventions internationales, dans toutes les matières importantes où il ne l'était point d'après les termes du Code civil. Cela nous permet de présager avec certitude l'adoption par la Belgique, lorsqu'elle procédera définitivement à la révision du Code civil, d'un principe aussi large, aussi généreux que celui inscrit dans le Code civil italien, ou tout au moins que la règle posée dans l'art. 9 du Code hollandais (Dispositions générales [1]).

## *Section* IV. — *Droits des étrangers dans quelques autres pays.*

20. — Malgré certaines résistances fondées sur d'anciennes traditions, la doctrine de l'assimilation des étran-

(1) La Commission belge de révision du Code civil propose la règle suivante : « Les étrangers jouissent des mêmes droits civils que les Belges, sauf les exceptions établies par la loi. »

gers aux citoyens, au point de vue de la jouissance des droits privés, s'étend de plus en plus, et finira probablement par être admise par les nations les plus rebelles à ce généreux principe. Un coup d'œil rapide jeté sur les législations étrangères en fournira la preuve. En Grande-Bretagne l'étranger jouit aujourd'hui de la plupart des droits de famille et des droits patrimoniaux, que la loi reconnaît aux citoyens. M. Weiss (1) nous dit, il est vrai, qu'il ne peut être tuteur, si ce n'est de ses enfants, et à certaines conditions notamment qu'ils soient nés de son mariage avec une femme anglaise. Mais rien ne nous paraît moins certain, et il semble plutôt que les magistrats anglais jouissent d'une espèce de pouvoir discrétionnaire pour reconnaître ou méconnaître la tutelle étrangère (2).

L'étranger n'y jouissait naguère encore des droits patrimoniaux réels que dans une mesure très restreinte. Une loi de Victoria (1844, 7 et 8 ch. 66) avait déjà notablement augmenté sa capacité. Il pouvait notamment, en vertu de cette loi, acquérir des immeubles, mais seulement pour un terme de 21 ans. Aujourd'hui, d'après le statut de Victoria de 1870, « il 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 ou mobilière ». Toutefois, même aujourd'hui, il ne peut être propriétaire d'un navire reconnu de nationalité britannique.

Ajoutons que le statut de 1870 est subordonné à une condition. Il faut qu'il s'agisse d'un étranger *ami*. Si donc une guerre vient à éclater entre sa nation et la Grande-Bretagne, il cesse d'être ami, et ses biens peuvent être confisqués. Mais M. Weiss (3) fait remarquer que cette règle n'est appliquée en fait qu'aux biens apportés par l'étranger en Angleterre, après la déclaration de guerre, et sans l'autorisation du gouvernement. Et il est rationnel de penser que, s'il s'agissait d'acquisition d'im-

(1) Weiss. Op. cit., p. 179.
(2) Dicey. Traduction Stocquart. *Le statut personnel anglais*, T. I, p. 173.
(3) Op. cit., p. 180.

meubles faites par lui à titre onéreux en Angleterre dans ces conditions, la seule conséquence de cette restriction serait que le contrat devrait être considéré comme nul. Enfin le statut de 1870 n'est pas applicable aux colonies.

Pour le surplus, les étrangers jouissent des droits civils en Angleterre. Et, comme cet Etat a accédé à la convention pour la protection de la propriété industrielle, et à la convention pour la protection de la propriété artistique et littéraire, on doit en inférer que les étrangers jouissent même de ces droits de propriété d'une nature exceptionnelle dans ce pays.

21. — Aux Etats-Unis un grand nombre d'Etats ont aboli les incapacités résultant pour les étrangers du *common law*; dans les autres on leur a reconnu le droit d'acquérir ou de transmettre des biens immobiliers sous la simple condition de résidence, ou sous la condition d'une naturalisation qui s'accorde très facilement dans ce pays. En ce qui concerne spécialement le droit d'aubaine, il a été aboli purement et simplement dans un grand nombre d'Etats. Dans d'autres, on laisse à l'étranger un délai de trois ans pour disposer des biens qui lui adviendraient par succession ou testament. Dans d'autres encore on subordonne son droit de recueillir par succession à la résidence, mais en lui accordant parfois un certain délai pour acquérir une résidence, ou bien, ainsi qu'il a été dit plus haut, sinon à la naturalisation, du moins à une demande de naturalisation régulièrement formulée.

Il résulte toutefois de cette diversité extrême de législations, que la tendance dans ce pays est vers l'assimilation des étrangers aux régnicoles.

Les Etats-Unis ont adhéré à la convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle, de sorte que la propriété industrielle étrangère peut être considérée comme protégée en général dans ce pays à l'égal de la propriété nationale. Mais ils n'ont jamais adhéré à la convention de Berne (1886) pour la protection de la propriété artistique et littéraire. Le gouvernement américain a toutefois déclaré que « empêché par la Constitution

américaine d'accéder officiellement à la convention de Berne de 1886, il ne s'en associait pas moins volontiers aux principes dont elle marque le triomphe » (1).

22. — Nous avons déjà parlé de la France. La condition des étrangers en France, au point de vue des droits privés, est à peu près la même qu'en Belgique. Il y a toutefois quelques différences. C'est ainsi qu'aux termes formels de notre loi hypothécaire, le mineur étranger et la femme mariée étrangère ont l'hypothèque légale. Ainsi encore l'art. 14, établissant une compétence exceptionnelle et anormale au profit du national contre l'étranger, est abrogé en Belgique. Enfin il n'existe dans ce pays aucune disposition qui, comme la loi belge du 25 mars 1876, art. 52, établisse législativement la compétence des tribunaux belges au regard des plaideurs étrangers. Il en résulte que cette compétence donne lieu à des controverses interminables et à des questions dont la solution est fort difficile.

23. — En Allemagne le droit commun romain, et les législations particulières sont basées, selon de Bar (2), sur le principe de l'assimilation des étrangers aux régnicoles au point de vue des droits privés, sauf les exceptions. Et ces exceptions peu nombreuses comportent des restrictions du droit d'acquérir des propriétés immobilières qui existaient jusqu'à une époque très récente, ainsi que l'assujettissement à la contrainte par corps, et l'obligation de fournir la caution *judicatum solvi*.

Weiss affirme que cette assimilation trouve une limite dans le droit de rétorsion, qui permet au juge d'en refuser le bénéfice à l'étranger dont la loi ne traite pas les sujets allemands d'une manière aussi favorable que les nationaux, et il invoque l'autorité de Mittermaier, Stobbe et Putter (3). Il en conclut que, si les étrangers ont les mêmes droits que les nationaux dans ce pays, c'est sous la condition d'une réciprocité de fait. La conclusion est trop absolue. Il y a une différence entre subordonner la capacité juridique des

(1) Weiss. P. 186.
(2) 2e édition, p. 282.
(3) Weiss. P. 189.

étrangers à la réciprocité, et *permettre* aux juges, à défaut de réciprocité, de refuser le bénéfice de ce principe aux étrangers. Dans le premier cas la preuve de la réciprocité incombe aux étrangers, et à défaut par eux de subministrer cette preuve qui peut être difficile, le bénéfice de l'assimilation aux régnicoles leur est *nécessairement* refusé. Le second principe aboutit à cette conséquence que la preuve de l'absence de réciprocité doit être faite contre l'étranger; et, si elle est faite, il est permis au juge de lui refuser le bénéfice de cette assimilation. Ce qui était le principe, dans le premier système, devient l'exception d'après le second.

Il reste néanmoins vrai de dire qu'en Allemagne l'assimilation des étrangers aux nationaux, au point de vue de la jouissance de droits civils, n'est pas complète. Laurent (1) en donne des exemples bien remarquables. Le droit d'aubaine règne encore dans deux villes libres, Lubeck et Hambourg, sauf, dit le statut, disposition contraire dans les traités que ferait la Confédération germanique. Mais il est évident, pour nous, bien que le savant jurisconsulte semble croire le contraire, que la restriction pourrait résulter des traités conclus par l'Empire allemand. En Prusse, ajoute M. Laurent, les étrangers jouissent des droits privés, mais sous réserve du droit de détraction en l'absence de réciprocité. Enfin le principe des représailles est aussi consacré par la législation de la Bavière, pour tous les droits dont un Bavarois serait exclu en pays étranger.

Si, en règle, les auteurs et artistes étrangers ne sont protégés, en Allemagne, qu'à la condition d'avoir publié leurs œuvres chez un éditeur ayant un établissement commercial dans ce pays, l'Allemagne a été une des premières à adhérer à la Convention de Berne, et avait conclue, dès avant cette époque, nombre de traités assurant aux étrangers de certaines nations la garantie de la propriété artistique et littéraire. La loi de l'empire du 25 mai 1877 protège la propriété industrielle, en permettant à l'étranger

(1) T. II, nº 20, p. 36.

de fairebreveter en Allemagne toute découverte nouvelle; et la loi du 31 mars 1876 protège les marques de fabrique et de commerce, et même le nom commercial de l'étranger, sous des conditions qui n'ont rien de vexatoire ni d'anormal.

24. — En Autriche le § 33 du Code civil établit, en principe, l'égalité des étrangers et des nationaux dans tout le territoire où il est en vigueur, et par conséquent en Autriche, dans les *Siebenburgen*, en Croatie et en Slavonie; et M. Jettel déclare que cette assimilation est indubitablement admise dans tous les autres pays relevant de la couronne hongroise (1). Mais cette règle n'est pas absolue et, dans certaines matières, par exemple en matière de succession, d'exécution de jugements étrangers, et de poursuites sur les biens d'un débiteur étranger, situés en Autriche, au profit d'une faillite déclarée en pays étranger, de force probante des livres de commerce etc..., l'application du principe est subordonnée à la condition d'une réciprocité de fait. L'*onus probationis* retombe, il est vrai, sur celui qui conteste les droits de l'étranger. Il en est de même en ce qui concerne les droits d'auteur et la propriété industrielle. La législation contient en outre des mesures spéciales d'exclusion vis-à-vis de certains étrangers. C'est ainsi que les Monténégrins et les sujets du Texas ne peuvent acquérir des biens immeubles en Autriche, parce que les étrangers n'en peuvent acquérir dans ces pays.

Le Code serbe exige également une réciprocité de fait. Mais, en ce qui concerne les successions, il prescrit une réciprocité constatée par traités. Sont exclues de la faculté d'acquérir des immeubles en Serbie les personnes morales étrangères, sauf les sociétés commerciales et d'assurances, ce qui se conçoit. Mais le décret du 2 août 1852 interdit même cette faculté aux étrangers en général, à moins de réciprocité constatée par traités. Ajoutons que la Serbie a conclu un certain nombre de traités en ce sens.

En Suède, où les étrangers ont été longtemps traités

(1) Jettel. *Handbuch des internationalen Privat- und Strafrechts*, pp. 18 et ss.

avec une défaveur extrême, la règle de la réciprocité de fait paraît dominer aujourd'hui.

25. — Les pays qui établissent dans les termes les plus absolus l'égalité entre les étrangers et les nationaux sont l'Italie, les Pays-Bas, l'Espagne, le Portugal, la Roumanie et la Russie. Mais il ne faut pas se faire illusion. Pour quelques-uns de ces pays, l'exception est aussi importante, sinon plus importante, que la règle de l'assimilation dans d'autres pays.

Même en Italie cette assimilation n'est point absolue. C'est ainsi que l'auteur étranger n'a droit à la garantie de la propriété artistique et littéraire que sous la condition de réciprocité, à moins que l'œuvre n'ait paru en Italie, et que l'étranger ne peut être propriétaire d'un navire nationalisé italien, si ce n'est à concurrence du 1/3 de sa valeur.

En Espagne, le droit de propriété artistique et littéraire de l'étranger est soumis aux mêmes conditions qu'en Italie, et l'étranger, non établi en Espagne, n'a également droit à la protection de ses marques de fabrique que sous la condition de réciprocité.

Dans les Pays-Bas le droit de succéder n'a été accordé aux étrangers que par la loi du 7 avril 1869, dès lors plus récemment encore qu'en Belgique, et sous des conditions analogues. La propriété des œuvres artistiques et littéraires ne leur est que très incomplètement garantie; et la propriété industrielle, en l'absence d'une loi sur les brevets d'invention, ne leur est assurée que dans les limites de la protection des marques de fabrique, par la loi du 25 mai 1880.

Il n'y a guères d'exception en Portugal à la règle de l'égalité entre étrangers et nationaux, au point de vue de l'exercice des droits civils, que pour la protection des œuvres artistiques et littéraires n'ayant point été publiées pour la première fois dans le Portugal. Elles ne sont protégées que sous la condition de réciprocité.

En Roumanie, la loi du 13 octobre 1879 ne permet qu'aux seuls Roumains de naissance ou naturalisés

d'acquérir des immeubles *ruraux*; mais elle réserve les droits acquis, et les conventions internationales existantes jusqu'à leur expiration. C'est une question très controversée que celle de savoir si les étrangers peuvent hériter, par succession *ab intestat* ou par testament, de biens ruraux situés en Roumanie[1].

26. — En Russie, la loi du 15 mars 1887 refuse aux étrangers le droit de rechercher des gisements miniers, si ce n'est sur les terrains dont ils sont propriétaires, mais en réservant les droits d'exploitation acquis antérieurement par des sociétés privées étrangères. Cette loi a été étendue à la Pologne russe en 1889. Un ukase de 1887 interdit aux étrangers d'acquérir ou de posséder des immeubles, en dehors des ports et des villes, dans les dix gouvernements de la Pologne russe, toujours en respectant les droits acquis. De plus cette loi réserve le droit de succession légale, en ligne directe et entre époux, à des immeubles de cette catégorie appartenant à des étrangers, si l'héritier s'est établi en Russie avant sa promulgation, et même dans tous les cas, sous la seule condition de réalisation dans les trois ans, soit par l'héritier, soit par autorisation de justice, le produit de la vente devant en ce cas être remis à l'héritier. La protection de la propriété littéraire et artistique n'est point organisée en Russie. De

(1) Une affaire des plus intéressantes, celle de la succession Zappa, a récemment appelé l'attention des jurisconsultes sur la législation roumaine en ce qui concerne cette question. Le Sr Evanghelio Zappa, Grec de nationalité. mais établi depuis de longues années en Roumanie, où il avait acquis des biens immobiliers considérables, y était décédé peu de temps avant la mise en vigueur du Code civil de 1865, après avoir fait un legs important au Gouvernement grec, sous réserve d'usufruit au profit d'un de ses parents. Le Code Caragea de 1817, en vigueur dans la Valachie où se trouvaient les biens héréditaires, ne limitait en aucune façon le droit des étrangers d'acquérir des immeubles dans ce pays. Le Code civil roumain, postérieur au surplus à l'ouverture de la succession, ne contenait lui-même qu'une disposition générale semblable à celle de l'art. 910 de notre Code civil, subordonnant à l'autorisation royale l'acceptation des donations et legs par les hospices, les communes et les établissements d'utilité publique. Mais la loi du 13 octobre 1879 dispose que « les Roumains *peuvent seuls acquérir* des immeubles ruraux en Roumanie. C'est cette disposition que le gouvernement roumain a voulu appliquer rétroactivement, après le décès de l'usufruitier Constantin Zappa, à la succession d'Evanghelio Zappa, bien qu'elle ajoute : « Les droits acquis jusqu'à présent sont respectés. » Cette prétention a été condamnée par la plupart des jurisconsultes qui ont été consultés sur la question, entre autres : Pasquale Fiore, Renault, Weiss, Woeste etc...

même que la Russie a dénoncé le traité qu'elle avait conclu avec la France en 1861, elle a dénoncé en 1885 le traité conclu avec la Belgique, aux mêmes fins ; et, si ce traité a été prorogé en 1886 jusqu'au 14 janvier 1887, il n'a pas été renouvelé depuis. Quant aux marques de fabrique et de commerce, les Belges en Russie jouissent de la même protection que les nationaux, en vertu du traité du 29 janvier 1881. Mais il ne paraît pas que celles des nationaux mêmes soient efficacement protégées.

## *Section V. — Des personnes morales ou juridiques étrangères.*

### § I. — En théorie.

27. — Laurent (T. IV, n° 119) pose le principe, que les personnes appelées *civiles*, *morales* ou *juridiques* (1), n'étant que des créations de la loi, des êtres fictifs, n'ont point d'existence en pays étranger. Le législateur ne peut, lors même qu'il le voudrait leur donner une existence universelle. Ce principe nous paraît d'une incontestable vérité au point de vue de la rigueur du droit (2). Tel est certainement le point de vue qui prévaut encore, sauf certaines distinctions, dans la jurisprudence et la législation belges, comme dans la jurisprudence et la législation françaises. Il s'en faut cependant de beaucoup que ces principes soient universellement admis, et la plupart des auteurs sont d'une opinion différente. M. De Bar, un des auteurs les plus récents qui aient écrit sur la question, accuse Laurent d'avoir cédé en cette matière à un sentiment d'hostilité contre les corporations religieuses. Il montre les personnes civiles se formant et se multipliant avec le développement croissant de la civilisation. Ces formes de la vie juridique

(1) C'est Savigny qui a mis en honneur cette dernière expression. Il estimait l'expression *personne morale* inexacte et ambigue.

(2) V. en ce sens Laurent, op. cit., T. IV, n°° 72 et ss. — Wharton, *A treatise on the conflict of laws*, § 105. — Dudley Field. *Code*, art. 545. — Weiss, Op. cit., 2e édit., p. 145. — Moreau, dans le *J. de dr. int. pr.*, 1892, p. 344.

ne sont pas, selon lui, quelque chose d'artificiel, mais bien plutôt les produits naturels d'une existence juridique et morale progressive. Et lorsque les Etats entrent en relations régulières les uns avec les autres, ils sont aussi contraints *de facto* à reconnaître les personnes juridiques étrangères qui se forment et se développent dans des Etats étrangers, comme des sujets possibles du droit *(als mögliche Rechtssubjekte)*. Mais il reconnaît que leur capacité juridique peut être bien plus restreinte que celle des personnes physiques, qu'elles peuvent être privées, par exemple, du droit de recevoir à titre de succession ou donation [1]. — N'est-ce pas reconnaître que leur capacité (et leur capacité, c'est leur être même) est purement factice et artificielle? En supposant que les personnes juridiques se multiplient à mesure que la civilisation progresse, ce qui n'est absolument vrai peut-être que pour les sociétés commerciales et industrielles, et les sociétés coopératives, qu'est-ce que cela prouve? Nous ne sommes nullement convaincu par cette observation : que les personnes civiles seraient le produit naturel d'une vie juridique et morale progressive. Il n'en faut pas moins, pour qu'elles existent, la reconnaissance expresse ou tacite de l'Etat. Elles n'ont pas, en elles-mêmes, d'existence propre, véritable, réelle.

M. Laîné a dépensé des trésors de dialectique et de subtilité, pour démontrer qu'il n'y aurait pas de différences *essentielles* entre les personnes physiques et les personnes morales. « Il n'est pas vrai » dit-il, « que les personnes physiques ne tiennent leur droit que de la nature... et il n'est pas plus vrai que les personnes morales ou civiles sont de pures *fictions*. » De l'existence ancienne du servage, de l'esclavage, et de la mort civile, il conclut même que si les individus « sont de par la nature des êtres réels, c'est la loi qui les érige en personnes, ou du moins qui fait d'eux telles ou telles personnes. » Nous avouons que nous

(1) De Bar. Op. cit., T. I, pp. 301 et ss. — V. dans le même sens Merlin. *Rép. V° mainmorte*, § VII, n° 2. — Brocher. *Cours de droit int. privé*, T. I, pp. 385 et ss. — Pierantoni. *Rassegna di diritto comerciale* (juillet 1884). — Bard. *Précis de droit int.*, p. 197. — Lomonaco, dans *Il Filangieri*, 1885, p. 379. — Laîné, dans le *Journal de droit int. pr.*, 1893, p. 273.

ne comprenons pas, comment l'inexistence d'un droit en tant que droit naturel résulterait de ce qu'il a été violé, quand même cette violation serait le fait du législateur. La vérité est que les institutions odieuses, auxquelles il fait allusion, sont universellement considérées aujourd'hui comme des outrages au droit naturel, tandis que M. Laîné admet parfaitement que l'Etat peut refuser en termes généraux aux personnes morales étrangères la jouissance des droits civils. Le pourrait-il également en ce qui concerne les personnes physiques? Il en a certes la puissance matérielle, il n'en a pas le droit. Il est parfaitement vrai qu'une personne morale n'est pas une pure fiction, en ce sens qu'elle n'est point faite de rien, et que sous le vêtement légal, il y a des personnes physiques, qu'elle est le produit de la volonté commune de ces personnes. Mais ce qu'il y a d'artificiel dans une personne morale n'en est pas moins des plus sensibles. Ne voit-on pas que les personnalités individuelles s'effacent, qu'elles font place à une personnalité commune que la mort même d'un ou de plusieurs membres de cette agrégation laisse subsister? C'est cette création d'un être collectif nouveau, dans lequel viennent se fondre et s'absorber dans une certaine mesure les droits et les responsabilités individuels, c'est là ce qui constitue l'élément artificiel de la personne morale, et pour que cet être nouveau absorbe les droits et les responsabilités individuels même vis-à-vis des tiers, pour que les membres qui en font partie intégrante puissent s'effacer, pour que l'être collectif ait une vie propre, la convention des parties ne suffit pas: il y faut la sanction du législateur.

28. — Mais il n'en est pas moins vrai qu'il y a certaines personnes juridiques qui, par la force des choses, doivent pouvoir exercer des droits, doivent nécessairement être reconnues comme telles en pays étranger. Il en est ainsi de l'Etat, non-seulement parce que c'est une personne *nécessaire*, ainsi que le fait très justement remarquer Savigny, mais parce que le fait même de la reconnaissance d'un Etat étranger emporte la reconnaissance de sa capacité comme être juridique. Et, s'il en est ainsi

de l'Etat, il en est de même par identité de raison des *provinces*, des *communes* qui ne sont que des subdivisions de l'Etat. Il en est encore ainsi à notre avis des établissements d'utilité publique, qui sont placés sous l'action directe de l'Etat, ou de ses subdivisions : *banques nationales*, *hospices*, *bureaux de bienfaisance*, et même *les fabriques d'église*, lorsque dans le pays où elles sont établies elles jouissent de la personnification civile.

Il ne résulte pas toutefois de là qu'une nation soit obligée de reconnaître une capacité indéfinie à ces personnes civiles, ou plutôt à ces personnes publiques étrangères, notamment en ce qui concerne la faculté d'acquérir des propriétés immobilières dans le pays. Son intérêt économique, un intérêt de sécurité nationale même, peut la mettre dans la nécessité de restreindre cette capacité. Mais elle ne peut méconnaître leur existence, ni leur refuser, par exemple, le droit d'ester en justice. Il y a donc, selon nous, une distinction à faire entre les personnes civiles étrangères et les personnes publiques étrangères.

En ce qui concerne les premières, il n'y a pas d'obligation absolue pour une nation de les reconnaître. Mais son intérêt bien entendu, l'intérêt commun des Etats, l'intérêt de leurs relations commerciales peut le lui imposer, quand il s'agit de certaines sociétés. Il en est ainsi notamment des sociétés commerciales et industrielles. Si la personnification civile n'est pas de l'essence d'une société commerciale, si elle ne peut lui être acquise par la seule volonté de ses membres, elle est un puissant moyen de développement, et elle ne produit toute son action que lorsqu'elle est reconnue en pays étranger. De là la tendance, aujourd'hui très générale, à reconnaître la personnalité civile aux sociétés commerciales et industrielles étrangères, qui possèdent ce privilège d'après la loi du pays où elles sont constituées.

### § II. — Situation des personnes juridiques étrangères en Belgique.

29. — Un Etat étranger est-il reconnu comme une personne juridique en Belgique ? Laurent (T. IV, n° 133)

constate qu'il y a des personnes juridiques qui sont reconnues partout: ce sont l'Etat et ses dépendances nécessaires. Il n'en conclut pas qu'ils doivent jouir des mêmes droits, dans les pays étrangers, que dans le pays même où ils sont établis, mais seulement des droits qui sont reconnus aux corporations analogues dans le pays où ils agissent. Toutefois ses observations à cet égard sont assez confuses. Pour ce qui nous concerne, nous estimons que la reconnaissance d'un Etat étranger implique aussi nécessairement la reconnaissance de sa capacité juridique, et surtout de sa capacité aux fins d'ester en justice. Mais il est incontestable à notre avis que sa capacité de contracter, et notamment celle d'acquérir des immeubles, peut être limitée par des considérations d'intérêt public et social. Ce qu'on ne peut lui méconnaître, c'est le droit de poursuivre devant les tribunaux belges, pour autant que ceux-ci soient compétents d'après les principes généraux, l'exécution des obligations légalement contractées vis-à-vis de lui, de faire valoir les droits qu'il aurait légalement acquis.

Sans résoudre directement cette question, la Cour de cassation de Belgique [1] a explicitement rendu hommage à ces principes dans une espèce où elle pouvait paraître un peu douteuse. Le gouvernement français, agissant comme exerçant le monopole de la fabrication des tabacs, poursuivait devant les tribunaux belges des contrefacteurs de la marque de la régie française portant *contributions indirectes*. On aurait pu objecter que la mission de l'Etat n'est pas d'être industriel et commerçant, que l'Etat français ne peut avoir en Belgique que les droits que l'Etat belge y exerce, qu'il ne peut donc y être reconnu comme fabricant de tabacs. Cette objection à laquelle on aurait pu répondre du reste, en observant que l'Etat belge exerce d'autres industries, notamment celle de voiturier, celle de fabricant de fusils, ne fut point faite. On se borna à soutenir que la régie des tabacs appartient à l'Etat français à

(1) Rejet, 26 déc. 1876. Pas. 1877, I, § 4.

titre d'autorité, et qu'un Etat étranger n'a aucune autorité en Belgique. Le pourvoi fut rejeté, et la décision de la Cour de cassation implique bien, comme le constate Laurent (1), bien qu'il exprime un doute, que l'Etat étranger peut agir en Belgique d'après la loi étrangère.

30. — Si l'on a repoussé, dans la presque universalité des cas, les actions dirigées d'autre part *contre* des Etats étrangers, et cela en France aussi bien qu'en Belgique, ce n'est jamais par le motif que ces Etats n'auraient pas été des personnes juridiques incapables de stipuler et de s'obliger. C'est en se fondant sur des usages internationaux dictés par des considérations d'utilité réciproque et de nécessité pratique. C'est notamment parce qu'il y aurait souvent difficulté, sinon impossibilité, d'exécuter les condamnations qui interviendraient, que cette exécution, lorsqu'elle est possible, pourrait engendrer des complications internationales, et aussi parce que, comme le fait observer Dalloy (2), il y aurait les plus grands dangers à soumettre à de simples juges les questions politiques que ne pourraient manquer de faire naître des débats de cette nature. Nous donnons ces motifs pour ce qu'ils valent, sans les approuver complètement. Mais ce qui est certain, c'est que jamais on n'a soutenu, dans des contestations de ce genre, qu'un Etat étranger n'était pas une personnalité juridique reconnue dans notre pays, ne pouvait point par suite ester en justice.

Ce que nous disons des Etats étrangers est vrai aussi de leurs subdivisions. Et la Cour d'appel de Bruxelles a décidé en ce sens (3) que les comitats de Hongrie représentent une subdivision territoriale de ce pays, et peuvent comme tels, ester en justice en Belgique. S'il en est ainsi des comitats, provinces ou départements hongrois, il doit en être de même des communes étrangères, lorsqu'elles ont la personnification civile dans les pays dont elles dépendent (4).

(1) T. IV, n 280.
(2) *Droits civils*, n 295. Gr. Rép.
(3) 23 janvier 1882. Pas. 1881. II. 16.
(4) Un jugement du tribunal d'Ypres a décidé qu'une commune française peut

Cette doctrine est incontestablement celle de la Cour de cassation de Belgique. Dans un premier arrêt en date du 23 juillet 1847, rendu contrairement aux conclusions de M. Leclercq, procureur général, elle affirme que : « Il n'a jamais été contesté que les communes, hospices, établissements de bienfaisance, fabriques d'église etc..., conservent dans leurs rapports avec les pays voisins la qualité de personnes juridiques. » Elle étend ce principe aux autres institutions « plus accidentelles, créées dans un intérêt public plus éloigné » c'est-à-dire en somme aux sociétés commerciales. Mais, dans un arrêt du 8 févr. 1849 (1), se ralliant à l'opinion de M. Leclercq, elle établit une distinction. Elle reconnaît que les communes des Etats étrangers, et les établissements publics qui en dépendent, tels que les fabriques d'église, les hospices, les bureaux de bienfaisance sont capables de posséder, et d'exercer des droits en Belgique, par application du droit des gens international, parce que les communes sont des unités constitutives des Etats, reconnues en Belgique par cela seul que les Etats étrangers y sont eux-mêmes reconnus. Mais il n'en est pas de même des établissements privés, tels que les sociétés anonymes.

31. — Tout en combattant cette opinion au point de vue, comme il le dit lui-même, de la subtilité du droit, Laurent finit par s'y rallier (2), et on doit la considérer comme désormais établie dans notre pays.

Il en résulte que les personnes *civiles* étrangères, dans le sens restreint du mot, ne peuvent avoir de capacité juridique dans notre pays, et n'y sont reconnues que par une concession du législateur, L'intérêt du commerce et de l'industrie a dicté au législateur belge une concession de ce genre, en ce qui concerne les sociétés anonymes et les

être instituée légataire de biens immeubles situés en Belgique, mais à la condition d'être autorisée par *le gouvernement belge* à accepter ce legs. *B. j.*, 7 avril 1865. La décision est singulière. Il serait naturel d'exiger aussi l'autorisation du gouvernement français. Dans le même sens : Ypres, 9 août 1861, *B. jud.*, 1862, p. 161; Cour d'appel de Douai, 4 févr. 1852, legs aux hospices de Neuve-Eglise : le tout sous l'empire de la loi du 20 mai 1837.

(1) Pas. 1849, I. 240.

(2) Laurent. T. IV, nº 158.

autres associations commerciales. La loi de 1873, 18 mai, dispose en son art. 128 : « Les sociétés anonymes et les autres associations commerciales, industrielles ou financières constituées et ayant leur siège en pays étranger pourront faire leurs opérations et ester en justice en Belgique. »

Il est bien évident, nous paraît-il, que les sociétés étrangères n'ont cependant ce droit en Belgique, que si elles en sont investies dans le pays où elles sont constituées, où elles ont leur siège. Le législateur belge n'a pas entendu leur conférer une capacité nouvelle, mais leur maintenir en Belgique celle qu'elles ont d'après la loi du lieu de leur création. Mais faut-il aller plus loin ? Faut-il admettre, avec Laurent, que lorsqu'elles sont constituées sous une forme qui n'impliquerait pas la personnification civile si elles étaient créées en Belgique, elles n'en jouiront point dans ce dernier pays, bien qu'elles la possèdent d'après la loi de leur lieu d'origine ? [1] Faut-il admettre qu'elles ne l'ont qu'à la condition de se conformer aux lois belges ? Nous ne pouvons en aucune manière nous rallier à cette opinion. Laurent reconnaît lui-même qu'elle ne trouve pas appui dans le texte. « La loi de 1873 ne le dit point ; le législateur aurait bien fait de le dire, car la loi ne saurait être trop explicite dans une matière où tout est controversé. Mais, de ce que la loi belge ne dit point une chose qui est évidente, on ne peut pas conclure qu'elle déroge à des principes évidents. » Il y a dans ce raisonnement un vice évident aussi. La loi belge reconnaît la personnalité juridique à certaines sociétés étrangères, elle n'y met pas de conditions. De quel droit l'interprète se substitue-t-il au législateur, en soumettant cette attribution de capacité à une condition ? Laurent a trop souvent critiqué lui-même ces abus d'interprétation pour que nous insistions. Au surplus, les inconvénients qu'il redoute, comme devant être la conséquence du système du législateur belge, sont considérablement atténués par l'art. 129 de la loi, aux termes

(1) Laurent. T. IV, nº 158.

duquel toute société, *dont le principal établissement est en Belgique*, est soumise à la loi belge, bien que l'acte constitutif ait été passé en pays étranger, et par l'art. 130, suivant lequel les articles relatifs à la publication des actes et des bilans, et l'art. 66, sont applicables aux sociétés étrangères qui fonderont en Belgique *une succursale ou un siège quelconque d'opérations*. Et ces articles confirment même, par argument *a contrario*, notre interprétation de l'art. 128. Il en résulte d'une part à l'évidence, que ces sociétés mêmes ne sont pas soumises à la loi belge quant aux conditions de leur constitution, d'autre part, que les sociétés constituées en pays étranger, et n'ayant en Belgique ni leur principal établissement, ni succursale, ni siège d'opération, échappent à la loi belge. Telle est l'interprétation admise par la jurisprudence belge, et M. Laurent invoque en vain la jurisprudence française basée sur une législation différente.

32. — Mais le bénéfice de l'art. 128 pourrait-il être étendu aux sociétés étrangères formées pour l'exploitation des mines, ayant emprunté la forme de l'anonymat? Nous croyons devoir répondre négativement. A la vérité, l'article 128 parle des sociétés anonymes en général, et la loi belge, art. 136, admet que les sociétés formées pour l'exploitation des mines soient constituées sous la forme de l'anonymat. Mais l'art. 128 ajoute : « et autres sociétés commerciales, industrielles ou financières ». Il entend donc reconnaître la capacité aux fins de faire leurs opérations en Belgique, et d'ester en justice, aux sociétés anonymes commerciales. Cette observation est confirmée par le fait qu'il n'est question que plus loin, dans la loi des sociétés anonymes non commerciales, des sociétés formées pour l'exploitation des mines sous la forme anonyme. M. Guillery [1] est d'avis cependant que : « L'art. 128 ne limite pas les droits qu'il concède aux sociétés anonymes, ni même aux sociétés commerciales proprement dites, « et les autres associations commerciales, industrielles ou

(1) *Des sociétés commerciales en Belgique*, T. III, n° 283.

financières. » Ces expressions sont claires » dit-il. « Ainsi les sociétés de mines, les sociétés ayant pour objet l'achat et la revente d'immeubles auront le droit d'ester en justice, pourvu que le même droit leur soit reconnu dans le pays où elles sont établies. » Nous estimons qu'il attribue un sens trop large, trop étendu aux mots *industrielles ou financières*. Si le législateur a ajouté ces expressions aux mots *sociétés commerciales*, c'est qu'il a voulu clairement faire entendre que l'article s'appliquait, non pas seulement aux sociétés qui ont pour objet le commerce proprement dit, le négoce, l'achat et la revente de marchandises sans appropriation et transformation préalables, mais à celles qui ont pour objet l'industrie, laquelle est aussi un commerce dans le sens étendu du mot, et la banque qui n'est pas moins un commerce. Mais rien ne nous autorise à penser qu'il ait voulu étendre le privilège de la capacité juridique, de la personnalité civile en Belgique, aux sociétés minières étrangères, aux sociétés étrangères constituées pour l'achat et la revente d'immeubles, c'est-à-dire à des sociétés civiles, pour peu qu'elles aient emprunté la forme de l'anonymat. Ce serait, pour ce qui concerne spécialement les sociétés formées dans le but d'acheter et de revendre des immeubles, les traiter plus favorablement que les sociétés belges. La loi de 1873 est une loi relative aux sociétés commerciales; et de toutes les dispositions qui précèdent l'art. 128, il n'y en a pas une seule, nous le répétons, qui concerne les sociétés civiles.

33. — Il est du reste vident que, pour qu'une société étrangère puisse faire ses opérations comme telle en Belgique, il faut que les dispositions substantielles, exigées par la loi du lieu où elles ont été créées, aient été observées [1]. L'observation en a été faite par M. Lelièvre, à la Chambre des Représentants, et approuvée par M. le Ministre de la Justice, sans qu'il se soit élevé une protestation. La première condition requise pour qu'une société étrangère étende son action comme telle en Bel-

(1) Trib. de com. de Bruxelles, 15 Mars 1879. Pas. 1879, III, 202.

gique, c'est qu'elle existe valablement, légalement, là où elle a été créée.

Il suit de l'ensemble de nos observations, que l'on ne reconnaît en principe aucune personnalité civile en Belgique, ni aux sociétés civiles, ni aux sociétés de pur agrément, ni aux congrégations religieuses constituées en pays étranger, lors même qu'elles constitueraient dans ce pays des personnes civiles ou juridiques. Mais il serait peut-être rationnel, et conforme à l'intérêt des bonnes relations internationales de leur reconnaître au moins le droit de poursuivre, devant les tribunaux belges, l'exécution des obligations régulièrement contractées vis-à-vis d'elles dans leurs pays d'origine, lorsqu'elles sont forcées de porter leurs réclamations devant nos tribunaux. On ne pourrait guères leur refuser ce droit, à moins de méconnaître les effets produits en pays étranger par leur existence juridique dans ce pays [1].

### § III. — Situation des personnes juridiques étrangères dans divers pays.

34. — Il semble qu'en Angleterre, les personnes juridiques étrangères aient depuis longtemps déjà le droit d'ester en justice, pour autant qu'elles possèdent ce droit d'après la loi de leur nation, du pays où elles se sont formées. Alderson Foote [2] affirme qu'elles avaient ce droit dès le XVIII^e^ siècle. On les reconnaît donc comme personnes juridiques. Mais si elles peuvent faire valoir, comme telles, les droits qu'elles ont acquis par des opérations faites dans le pays d'où elles sont originaires, elles ne peuvent faire des opérations comme personnes juridiques en Angleterre. Elles ne peuvent, par exemple, y faire protéger leurs marques de fabrique, et l'on a émis des doutes sur le point de savoir si elles peuvent demander l'exécution des contrats faits par leurs succursales en

(1) Le tribunal de commerce de Bruxelles a même été plus loin : Jugement du 28 avril 1881 relatif à la protection des marques de fabrique de la Grande Chartreuse de Grenoble, commenté par M. Braun dans le *Journ. de dr. int. pr.*, 9, p. 391.

(2) *J. de dr. int. pr.*, 9, pp. 469 et ss.

Angleterre. Leur situation paraît être analogue dans les Etats-Unis de l'Amérique du Nord. M. Westlake constate que les sociétés étrangères peuvent y ester en justice dans la mesure indiquée, et ce point est hors de doute. Mais M. de Bar (1) nous paraît aller trop loin, lorsqu'il affirme, en invoquant l'autorité de Wharton (§§ 105 et ss.), que, d'après la pratique Nordo-Américaine, les corporations étrangères peuvent, dans les Etats de la Confédération, accomplir leurs opérations commerciales par personnes interposées, et même acquérir des immeubles dans les mêmes conditions que les corporations locales. Qu'en fait cela se passe au moyen de l'interposition des personnes, comme cela se produit quelquefois en Belgique et en France, c'est fort possible. Mais le principe affirmé par Dudley Field est que : « Les corporations, et autres personnes morales, n'ont point d'existence au-delà de la juridiction du pouvoir par le fait duquel elles existent. Elles n'ont aucune autre capacité que celle qui leur est conférée par ce pouvoir » (2). Il déclare, du reste, en note, que tel est le principe admis par la législation américaine sur les corporations, et cite en ce sens de nombreuses décisions. Wharton lui-même exprime la même opinion, et il va jusqu'à appliquer ce principe aux relations des divers Etats de l'Union américaine entre eux. Une corporation créée dans un Etat ne peut pas faire un contrat valable dans un autre Etat, sans l'autorisation expresse ou tacite de celui-ci. Toutefois ceci paraît trop absolu. Kent dit qu'*entre les divers Etats de l'Union américaine*, on admet les corporations non-seulement à ester en jugement, mais même à contracter. Leur capacité est limitée cependant, non-seulement par la loi qui leur a donné l'existence, mais aussi par la loi positive de l'Etat où elles veulent faire un contrat, si elle établit une prohibition à cet égard. Les Etats de l'Union ne sont pas tous également favorables à toute espèce de corporations ; il y en a qui ne permettent

(1) Op. cit., T. I, p. 304.
(2) *Projet d'un code international*. Traduction de M. Albéric Rolin.

pas aux banques étrangères d'étendre leurs opérations sur le territoire.

35. — Tout cela paraît, au premier abord, un peu contradictoire. Il nous paraît en résulter qu'il y a une distinction à faire, malgré le principe général affirmé par Field. Entre les Etats de l'Union américaine, les corporations établies dans un Etat sont reconnues dans les autres, en vertu d'une autorisation implicite, et sauf prohibition. Mais les corporations étrangères à l'Union américaine n'y sont pas reconnues, si ce n'est aux fins d'ester en justice pour faire reconnaître les droits qu'elles auraient valablement acquis ailleurs. Cette distinction paraît à M. Laurent illogique et irrationnelle (1). Au point de vue de la théorie, il a peut-être raison. Au point de vue de la pratique, il en est autrement. Priver les corporations légalement établies en pays étranger du droit d'ester en justice, même pour poursuivre l'exécution des obligations légalement contractées vis-à-vis d'elles en pays étranger, c'est en définitive priver les citoyens eux-mêmes dont ces corporations se composent de droits légalement acquis. Il y a loin de là à leur interdire de faire des contrats, des acquisitions mobilières ou immobilières en pays étranger. Dans le premier cas, on méconnait l'existence d'une personne juridique dans le pays même où elle est légalement constituée, avec les effets qu'elle y a produits, et qu'il ne s'agit plus que de reconnaître et de sanctionner. Dans le second, on se borne à lui dénier la capacité de produire des effets nouveaux dans un pays étranger. La théorie anglo-américaine ainsi comprise n'est donc pas aussi absurde que le prétend Laurent. Mais il n'en est pas moins vrai, qu'elle n'est pas conforme au droit rigoureux. En effet, pour qu'une corporation puisse simplement faire sanctionner en pays étranger des droits acquis, même ailleurs, il faut toujours qu'elle y soit reconnue comme personne juridique, aussi bien que s'il s'agit d'y conclure des contrats et d'y acquérir de droits nouveaux.

(1) T. IV, p. 242.

36. — En France, M. Weiss[1] exprime l'opinion qu'une personne morale, régulièrement établie en pays étranger, ne sera réputée exister, sur le sol français, qu'en vertu d'une reconnaissance de l'Etat français résultant soit d'un accord diplomatique, soit d'un acte exprès ou tacite de la puissance législative. Par exemple, dit-il, la reconnaissance officielle d'un Etat étranger par la France suffira à lui assurer sur notre territoire la personnalité juridique. Ce qu'il dit des Etats étrangers nous paraît devoir être étendu aux personnes publiques étrangères, c'est-à-dire aux subdivisions territoriales d'un Etat étranger qui possèdent, dans le pays où elles sont établies, la personnalité juridique, et à ces corps publics qui remplissent de véritables services publics, sous le contrôle direct de l'Etat. Toutefois, nous n'avons trouvé d'autre décision judiciaire, à cet égard, que celle de la Cour de Douai mentionnée plus haut. Quant aux sociétés étrangères, il faut distinguer entre les sociétés par intérêts et les sociétés par actions. La reconnaissance des premières (sociétés en nom collectif et commandites simples), résulte, de l'aveu de tous, dit M. Weiss[2], de la coutume attestée par la pratique administrative, et confirmée par la loi du 30 mai 1857. Les sociétés anonymes étrangères (et l'on considère comme étrangères celles qui ont en pays étranger leur principal établissement, le centre effectif de leur exploitation et de leurs affaires, quel que soit le lieu où se trouve leur siège administratif, quelle que soit la nationalité des associés), ne sont pas en France dans une situation aussi favorable qu'en Belgique. Une loi du 30 mai 1857 concédait aux sociétés anonymes et autres associations commerciales, industrielles et financières, « *qui sont soumises à l'autorisation du gouvernement belge et qui l'ont obtenue* », l'autorisation d'exercer tous leurs droits, et d'ester en justice en France, en se conformant aux lois de l'Empire, et l'art. 2 de cette loi disposait qu'un décret impérial, rendu en Conseil d'Etat, pouvait appliquer à tous les autres pays le

(1) P. 144.
(2) Op. cit., p. 151.

bénéfice de l'article 1er. De 1859 à 1882, le gouvernement français a concédé ce bénéfice à une foule de pays. Mais, depuis cette époque, il s'est fait dans plusieurs pays un mouvement tendant à affranchir les sociétés anonymes de la nécessité de se munir de l'autorisation gouvernementale. En France, depuis la loi du 24 juillet 1867, il n'y a plus que les sociétés anonymes participant de la nature des tontines, ou des sociétés d'assurances sur la vie, qui y soient soumises. En Espagne, leurs statuts sont seulement soumis à l'examen préalable de l'autorité judiciaire (loi du 29 octobre 1869). Il en est de même en Italie depuis le nouveau codede commerce du 1er janvier 1883. En Belgique, la loi du 18 mai 1873 supprime la nécessité de l'autorisation gouvernementale, et soumet seulement leur constitution à un ensemble de conditions destinées à sauvegarder l'intérêt public. En Allemagne, en Hongrie et au Brésil aucune autorisation n'est requise. Et il y a des projets de loi dans le même sens en Suisse. Est-ce que ces sociétés étrangères constituées sous un régime de liberté, jouissent en France sans décret du gouvernement, sans traité nouveau, de la même faveur que les sociétés anciennes constituées avec autorisation du gouvernement? Peuvent-elles y poursuivre leurs opérations, ester en justice? La question est des plus délicates et très controversée. Elle est résolue cependant dans un sens affirmatif par la plupart des auteurs et des arrêts, et avec raison, pensons-nous. Quant aux sociétés en commandites par actions, nous croyons qu'il faut leur appliquer la même règle, et il semble que telle soit l'opinion commune en France. Mais il faut, bien entendu, que les unes et les autres soient, par suite de la loi de 1857 elle-même, d'un traité, ou d'un décret, dans les conditions voulues pour bénéficier de la loi de 1857, bien qu'affranchies de la nécessité de l'autorisation dans le pays où elles sont constituées.

37. — Dans l'Empire allemand, la situation des sociétés étrangères est très diverse suivant les Etats, notamment en ce qui concerne la faculté d'y exercer leur industrie ou leur commerce, et surtout celle d'acquérir des immeubles.

Mais on leur reconnaît le droit d'ester en justice, aux fins de poursuivre l'exécution de contrats valablement formés en pays étranger, ou même en Allemagne dans les limites où la loi leur permet de contracter, d'y faire leurs opérations. C'est ce qui semble résulter d'un arrêt du Tribunal de l'Empire (*Reichsgericht*) de Leipzig, en date du 11 avril 1882, en cause de la compagnie le Phénix, lequel a décidé en même temps que l'interdiction des sociétés françaises, en Alsace-Lorraine, par l'arrêté de 1881 n'a point effet rétroactif relativement aux contrats faits par ces sociétés avant l'arrêté d'interdiction (1).

(1) M. de Bar affirme même, qu'il faut reconnaître aux sociétés étrangères le droit de conclure des affaires avec les régnicoles allemands par lettres, télégrammes ou intermédiaires. Il ajoute que la pratique est absolument conforme à cette thèse. Il fait remarquer que l'on voit tous les jours des gouvernements conclure des affaires financières avec des sociétés étrangères, et demande comment cela serait conciliable avec la négation de leur personnalité. V. op. cit. p. 309. T. 1. De Bar va plus loin et demande pourquoi un couvent étranger ne pourrait introduire, devant les tribunaux allemands, une réclamation en payement de fermages relatifs à un bien situé en pays étranger, pourquoi une communauté religieuse, qui vend en même temps des liqueurs, ne pourrait vendre des produits de ce genre en Allemagne, et poursuivre ses droits devant les tribunaux allemands. Ces tribunaux ne pourraient prendre en considération le but général de l'institution, dès que cette opération considérée isolément n'a point un but prohibé. Le système contraire ne tend à rien moins qu'à s'ériger en juge de l'ordre public intérieur étranger, qui peut trouver fort bien ce que nous trouvons mauvais. On pourrait avec autant de raison prendre en considération, lorsqu'il s'agit d'une réclamation de créance, la question de savoir si le créancier fera un usage moral de la somme réclamée. Faire ici, au point de vue du droit international privé, des distinctions, et vouloir traiter notamment des associations religieuses ou de bienfaisance autrement que des sociétés commerciales, des communes ou des Etats étrangers, c'est pur caprice. Et cela est en outre peu pratique, car il se peut que des Etats entiers se laissent asservir à une domination et à une exploitation cléricales ; du reste, les corporations étrangères peuvent toujours atteindre leur but par des personnes interposées auxquelles elles cèdent leurs droits. De Bar cite en ce sens un jugement du tribunal de commerce de Bruxelles du 28 avril 1881, rapporté ci-dessus. — Ces observations sont sans doute fort subtiles ; elles sont même spécieuses en tant qu'il s'agirait de discuter *de lege ferenda*. Mais, à ce point de vue même, elles laissent prise à la critique. Ce n'est pas entreprendre sur le droit de libre appréciation d'un Etat étranger, quant aux exigences de son ordre public intérieur, que de ne pas prêter un concours bienveillant et nullement obligatoire à des institutions étrangères, qui peuvent sans doute se développer librement en pays étranger, sans que nous ayons rien à y voir, mais dont l'action, l'extension et le développement peuvent cependant, en présence du resserrement constant des relations internationales, ne pas être sans inconvénient pour notre pays. Si quelque nation étrangère se laissait dominer et exploiter par le clergé, pour nous servir des expressions de l'auteur, ce serait sans doute un malheur pour elle, qui nous toucherait peut-être dans une certaine mesure. Mais à cela point de remède, s'il s'agit d'un Etat que nous ayons reconnu. On ne peut méconnaître son existence, sa personnalité.

En Autriche, suivant M. Weiss, aucune société étrangère ne peut faire d'opérations sans autorisation spéciale du gouvernement. Mais il nous paraît probable qu'une société étrangère non autorisée n'en aurait pas moins le droit d'ester en justice.

En Espagne, le code de commerce de 1886 reconnaît aux sociétés étrangères le droit de contracter. Le projet du nouveau code portugais le leur reconnaît également. Au Canada, d'après une décision du Conseil privé du 29 juillet 1873, les sociétés commerciales étrangères jouissent des mêmes droits que les sociétés nationales. En Danemark (abstraction faite de l'Islande), les sociétés étrangères ont la faculté d'ester en justice comme demanderesses (on présume leur légalité, leur conformité avec la loi du lieu de leur création) et de faire des affaires par l'intermédiaire d'agents, sans avoir besoin de patente. Elles ne peuvent y faire des affaires directement et sans intermédiaires.

En Italie, les personnes morales régulièrement existantes en pays étranger sont admises à invoquer, d'après ce que dit M. Weiss, le bénéfice de l'art. 3 du code civil et de l'égalité qu'il proclame [1]. Toutes les personnes morales?!.. Weiss cite plusieurs autorités. Il ajoute que le code de commerce permet à toute société de commerce, légalement constituée au dehors, d'établir en Italie des sièges et succursales pour y exercer son industrie, à la condition de satisfaire à certaines formalités exigées par la loi (C. com. art. 230 à 232). Il ne mentionne pas que, parmi ces formalités, figurent celles de publicité, et que si elles sont omises, la conséquence en est la responsabilité personnelle des administrateurs et agents de la société qui ont fait des affaires en Italie. C'est là une disposition qui, en principe, mérite d'être approuvée.

Dans les Pays-Bas, on admet depuis longtemps la capacité des sociétés en nom collectif et en commandite étrangères aux fins de contracter et d'ester en justice. Et, après beaucoup de jugements en sens divers (Asser, p. 200), un

(1) P. 197.

arrêt de la Haute Cour, du 22 mars 1866, a reconnu la même capacité aux sociétés anonymes étrangères. M. Asser est favorable à la distinction qui consiste à reconnaître partout à une société anonyme étrangère son caractère de société anonyme, et son droit d'ester en justice, tout en soumettant à des conditions particulières les sociétés étrangères qui exercent leur industrie, dans le territoire, au moyen d'agences permanentes *ou autrement*. La loi belge de 1873, qu'il approuve en principe, va plus loin. Elle ne soumet à certaines conditions particulières que les sociétés étrangères fondant en Belgique une succursale, ou un siège quelconque d'opérations.

38. — En Roumanie les droits des sociétés commerciales, spécialement des sociétés anonymes étrangères, sont en principe fort limités. Mais, en fait, nous voyons fréquemment des sociétés anonymes belges, françaises, anglaises et allemandes, entreprendre des opérations, des travaux importants, et acceptées même comme adjudicataires de travaux entrepris par le gouvernement. Le nouveau projet de code de commerce de 1887 ne semble pas destiné à améliorer, au point de vue du droit strict, la situation des sociétés étrangères.

Enfin, en Russie, un arrêt de la Cour de cassation de l'Empire (n° 44 de l'année 1883) a décidé, que le droit de fonctionner et d'ester en justice, n'appartient qu'aux sociétés étrangères auxquelles il a été reconnu par traité, ou bien à celles autorisées par décret spécial. Mais M. Barkowsky, avocat de l'ambassade russe à Paris, mentionne, dans le *J. de dr. i. pr.* (1887, p. 171), un ukase de septembre 1888, qui affranchit de cette condition les sociétés étrangères par actions, qui ne vendent en Russie que des produits étrangers, et les compagnies étrangères qui ont des relations avec la Russie. Les termes *sociétés par actions* sont généraux et nous paraissent comprendre évidemment les commandites par actions. D'autre part, les sociétés en nom collectif et en commandite simple nous paraissent avoir à fortiori capacité en Russie. Mais les sociétés étrangères, qui ne vendent

aucun produit en Russie, peuvent-elles ester en justice dans ce pays? Nous pensons que la question serait résolue affirmativement. L'ukase ne semble vouloir exclure que les sociétés qui vendent en Russie des produits russes, et cela dans une idée de protection pour le commerce russe; et l'on ne voit vraiment aucune raison pourquoi l'on refuserait aux sociétés anonymes étrangères qui ne se trouvent point dans ce cas, aux banques étrangères, par exemple, avec lesquelles le gouvernement russe a souvent fait des contrats, reconnaissant par ce fait leur existence, le droit d'ester en justice aux fins de poursuivre l'exécution d'engagements légalement contractés vis-à-vis d'elles en pays étranger, par des personnes qui se seraient ensuite établies en Russie.

## *Section* VI. — *Des étrangers privilégiés.*

### § I. — Observations générales.

39. — Certains étrangers peuvent puiser le droit d'être traités d'une manière plus favorable que d'autres, soit dans des traités conclus entre la nation à laquelle ils appartiennent et celle sur le territoire de laquelle ils se trouvent, ou dans la législation intérieure de cette dernière, lorsqu'elle subordonne certaines faveurs à l'existence de la réciprocité, et que cette réciprocité existe, soit dans leur qualité spéciale en vertu d'usages internationaux consacrés oui ou non par des traités, soit dans la circonstance qu'ils ont été autorisés à établir leur domicile dans le pays où ils se trouvent.

Un jurisconsulte de mérite, Proudhon, a soutenu que l'étranger domicilié de fait en France à perpétuelle demeure, sans autorisation, se trouve dans une situation spéciale. Il ne l'assimile, sans doute, ni au Français, ni à l'étranger autorisé. Mais, se fondant sur ce que cet étranger devrait être considéré par le législateur français comme ayant perdu sa nationalité d'origine, puisqu'il considère comme perdant la nationalité française le Français qui s'établit en pays étranger sans esprit de retour,

il en conclut que cet étranger doit jouir en France de tous les droits civils qui ne sont pas expressément refusés à tout étranger, sinon on serait conduit à le frapper pour ainsi dire de *mort civile*. Et, par une conséquence naturelle, de ce que cet étranger doit être considéré comme ayant perdu sa nationalité primitive par le législateur français, c'est aussi d'après la loi française que ses droits seront réglés. Il sera majeur en France, d'après la loi française; ses rapports de famille seront régis d'après la loi française. Proudhon va plus loin et admet que l'enfant né de cet étranger sera Français, pourvu qu'il soit né en France. Mais cette théorie, connue sous le nom de l'incolat, n'a trouvé aucune faveur, parce qu'elle ne trouve aucun appui dans le texte de la loi; et elle est aujourd'hui universellement abandonnée. Il est seulement vrai de dire que si, en fait, un étranger a perdu sa nationalité primitive, par un établissement fait en France sans esprit de retour, (et il faut consulter la loi de sa nationalité, pour résoudre cette question), il se trouvera sans nationalité. Il sera donc impossible de lui appliquer sa loi nationale, notamment quant à sa capacité. Et il faudra bien, ainsi que nous le verrons plus loin, lui appliquer la loi de son domicile. Il appartient, dans ce cas, à la catégorie des individus sans nationalité, et l'on considère comme régissant la capacité de ceux-ci la loi de leur domicile.

### § II. — Des étrangers autorisés à établir leur domicile en Belgique.

40. — L'étranger autorisé à établir son domicile en Belgique y jouit de tous les droits civils, *tant qu'il continuera d'y résider* (art. 13, C. civ.). Ces derniers mots impliquent que, pour obtenir cette autorisation, l'étranger doit être *établi de fait* en Belgique, et le texte de l'art. 13 semble, au premier abord, impliquer une autorisation expresse émanée du chef de l'Etat. Il est unanimement admis que cette autorisation peut être retirée; et une circulaire ministérielle du 13 février 1850 détermine les points sur lesquels les parquets donnent leurs avis pour l'obtention et le retrait des autorisations.

Mais l'étranger ne peut-il acquérir une domicile en Belgique sans autorisation? Il le peut sans nul doute, à notre avis. Seulement il n'acquiert pas ainsi les privilèges accordés à l'étranger autorisé. — La jurisprudence français est cependant contraire. Les arguments sur lesquels elle se fonde ne nous paraissent pas résister à la critique que Laurent en a faite (T. III, n° 264). L'art. 15 du Code civil, que l'on invoque, ne concerne nullement la question de savoir si l'étranger a besoin d'une autorisation ou non pour établir son domicile en France. D'autre part, qu'est-ce que le domicile? C'est certainement le lieu du principal établissement. — Personne ne songe à contester à l'étranger le droit de se fixer en France ou en Belgique, d'y avoir son principal établissement, sauf les mesures d'expulsion dont il peut être l'objet dans certains cas. On objecte l'art. 102 du Code civil, aux termes duquel le domicile de *tout Français, quant à l'exercice de ses droits civils*, est au lieu où il a son principal établissement. Mais il est évident que cet article n'a point pour objet de décider si l'étranger peut avoir ou non un domicile. Son seul objet est de fixer le *domicile civil*, par opposition au *domicile politique*, et c'est pour cela qu'il ne parle que du domicile du *Français*, puisqu'il ne peut être question d'un domicile politique pour les étrangers. On objecte aussi vainement un avis du Conseil d'Etat du 18 Prairial, an XI, qui, d'ailleurs, dit Laurent, n'a jamais éte publié légalement et n'a dès lors pas force de loi (1). Le Conseil d'Etat, consulté sur la question de savoir si l'étranger, qui veut devenir Français, conformément à la Constitution de l'an VIII, doit s'établir en France avec l'autorisation du gouvernement, répond que, dans tous les cas où un étranger veut s'établir en France, il est tenu d'obtenir l'autorisation du gouvernement. « Cela, veut-il dire » se demande Laurent, « que l'étranger ne peut avoir de domicile en France que s'il s'y établit avec autorisation? C'est faire dire au Conseil d'Etat ce qu'il ne pouvait avoir l'intention de dire, car il

(1) T. III, n° 264.

n'était pas consulté sur la question ; il n'a donc pas pu la décider. ». Avouons que cette réponse n'est pas satisfaisante. Bien que non consulté sur la question, le Conseil d'Etat eût pu la décider incidemment. Mais il nous semble que l'objection déduite de cet avis prouverait trop. Prise à la lettre, elle conduirait à cette conclusion que l'étranger ne pourrait pas même *se fixer* en France sans autorisation. L'observation du Conseil d'Etat doit être interprétée *pro subjecta materia*, et il a sans doute voulu dire que l'étranger ne pouvait pas s'établir valablement en France, au point de vue de l'acquisition de la nationalité française, sans autorisation du gouvernement. Au surplus, cet avis n'ayant point été publié, n'a que la valeur d'une opinion doctrinale. Il est à remarquer que la jurisprudence belge s'est prononcée dans ce sens (1).

41. — L'autorisation, dont il s'agit dans l'art. 13, doit-elle être expresse? M. Weiss (2) enseigne l'affirmative, et soutient que, si la jurisprudence semble admettre qu'elle peut n'être que tacite, c'est en dépit des termes formels de l'art. 13. Mais nous ne voyons pas que cet article exige une autorisation expresse, et nous approuvons complètement la jurisprudence qui la fait résulter, par exemple, de la nomination de l'étranger par le roi à certaines fonctions ou à certains offices. Il y a non-seulement en France, mais en Belgique, plusieurs décisions en ce sens ; et cette jurisprudence ne s'est pas démentie dans notre pays.

42. — L'étranger établi en Belgique avec autorisation y jouit de tous les droits civils. Cela ne peut s'entendre cependant que des droits civils qui ne lui sont pas refusés par une disposition formelle. Il est évident que l'étranger admis à domicile pourra ester en justice, sans être tenu de donner caution, qu'il pourra la réclamer de l'étranger non autorisé, qu'il a le droit d'adopter et d'être adopté, le droit d'usufruit légal sur les biens de ses enfants, quand

(1) V. entre autres décisions : arr. Cass. Belgique du 3 août 1848, B. J., 1849, p. 145.
(2) P. 129.

même ce droit pourrait être refusé aux étrangers ordinaires, ou plutôt qu'il ne sera pas incapable d'exercer ce droit sur les biens de ses enfants situés en France, si le droit d'usufruit légal lui est reconnu par sa législation nationale. Autre est en effet la question de savoir par quelle loi les droits de l'étranger seront régis.

43. — Mais ici surgit une question fort délicate, sur laquelle on ne trouve aucune décision judiciaire dans notre pays, au moins à notre connaissance. Sous l'empire du Code civil (art. 726), un étranger n'était admis à succéder aux biens de son parent belge ou étranger, situés en Belgique, que dans les cas et de la manière dont un Belge succède à son parent possédant des biens dans le pays de cet étranger, conformément aux dispositions de l'art. 11 au titre de la jouissance et de la privation des droits civils. Cette disposition n'était donc qu'une application de l'art. 11, et le législateur prenait soin de le constater. Il en résulte évidemment qu'elle n'était pas applicable à l'étranger admis à domicile suivant les termes de l'art. 13. L'étranger de cette dernière catégorie succédait donc aux biens, situés en France, de son parent belge ou étranger. Nous n'avons pas à examiner, pour le moment, d'après quelle loi ses droits étaient réglés. Mais quelle est devenue la situation de l'étranger autorisé à établir son domicile en Belgique, sous l'empire de la loi du 27 avril 1865, qui abroge l'art. 726 et l'art. 912 du Code civil, et les remplace par une disposition autorisant les étrangers à succéder, à disposer et à recevoir, de la même manière que les Belges, dans toute l'étendue du royaume, sous la restriction que, en cas de partage d'une même succession entre des cohéritiers étrangers et belges, *ceux-ci prélèvent, sur les biens situés en Belgique*, une portion égale à la valeur des biens situés en pays étranger, dont ils seraient exclus, à quelque titre que ce soit, en vertu des lois et coutumes locales ? Les étrangers prévilégiés, dont il s'agit ici, verront-ils leurs droits restreints en Belgique par ce prélèvement, quand ils sont en concours avec des héritiers belges? Pourront-

ils l'exiger quand ils seront en concours avec des héritiers étrangers non autorisés à établir leur domicile en Belgique ?

Nous croyons devoir répondre négativement à l'une et à l'autre de ces questions. La loi de 1865 *ne concerne pas* les étrangers admis à domicile. Elle n'a eu pour but que d'étendre les droits des étrangers ordinaires ou plutôt de leur accorder, sans condition de réciprocité, sans exiger même une réciprocité de fait, le droit de disposer, de recevoir et de succéder *de la même manière que les Belges* dans toute l'étendue du royaume. Elle n'a abrogé que les articles 726 et 908. Or, nous venons de voir que ces articles concernent seulement les étrangers non admis à domicile. Les droits des étrangers admis à domicile sont restés intacts, et la loi de 1865 n'a porté aucune atteinte à la situation qui leur était faite par l'art. 13 du Code civil. Ils succéderont donc, même aux biens situés en Belgique de leurs parents belges ou étrangers, sans que les héritiers belges, qui se trouveraient en concours avec eux, puissent exercer le prélèvement dont il est question dans la loi de 1868.

44. — Mais ne pourront-ils pas se fonder sur ce même art. 13, pour exercer eux-mêmes un droit de prélèvement analogue, quand ils se trouveront en concours avec des étrangers ordinaires? Certes, il sera rare qu'ils aient l'occasion de l'exercer; mais il n'est pas impossible que cette hypothèse se réalise, puisqu'il se peut parfaitement, qu'en vertu de la législation même de leur pays d'origine, ils aient perdu leur nationalité, par un établissement en Belgique sans esprit de retour. Et l'on pourrait être tenté de répondre affirmativement à la question ci-dessus, si cette hypothèse se réalisait. Nous pensons toutefois que la solution négative est préférable. L'art. 13 du Code civil n'a pas eu en vue l'espèce de privilège accordé aux héritiers belges par la loi de 1865, quand ils sont en concours avec des héritiers étrangers, et que les biens sont dispersés en Belgique et en pays étranger. Le législateur ne pouvait alors songer à cette espèce de privilège.

De plus, s'il est vrai, comme cela résulte du texte même de la loi du 27 avril 1865, qu'elle n'a eu pour but de modifier, en aucune manière, la situation de cette catégorie d'étrangers, l'effet de cette loi n'a pas pu être d'augmenter leurs droits plus que de les restreindre. Lorsque nous lisons les discussions, nous n'y trouvons pas la moindre allusion aux étrangers admis à domicile ; et il nous paraît évident que l'on n'a même pas songé à eux. Ceux qui pourront exercer ce droit de prélèvement, ce sont les Belges par opposition aux étrangers, et ces étrangers ce sont les étrangers ordinaires et non pas les étrangers admis à domicile aux droits desquels on n'a pas touché, soit pour les étendre, soit pour les restreindre.

### § III. — Des étrangers privilégiés en vertu de traités.

45. — Aux termes de l'art. 11 du Code civil, *l'étranger jouit en Belgique des mêmes droits civils qui sont accordés aux Belges par les traités de la nation à laquelle il appartient*. Il se peut donc que la capacité de l'étranger, même celle de l'étranger *ordinaire*, soit étendue par des traités. La plupart des traités conclus par la Belgique n'ajoutent pas beaucoup aux droits des étrangers dans notre pays, leur assimilation aux Belges, au point de vue de la jouissance des droits civils et même des droits publics, étant aujourd'hui presque complète.

Mais il ne faudrait pas aller jusqu'à dire que la situation des étrangers n'en est aucunement modifiée en Belgique. Il y a en effet certains droits dont ils sont privés, certaines obligations qui leur sont imposées, lorqu'ils n'ont pas obtenu l'autorisation d'établir leur domicile en Belgique, et il se peut qu'ils acquièrent les premiers, qu'ils soient soustraits aux secondes, par suite de traités ou de conventions internationales.

46. — On a essayé d'établir une distinction entre les traités, les conventions internationales, et les déclarations internationales. Il n'y en a aucune, à notre avis, au point de vue de leur force obligatoire. Nous voyons tous les jours de simples conventions internationales soumises à l'appro-

bation du pouvoir législatif. Notre Constitution n'établit pas de distinction. Elle proclame seulement le principe (art. 68 Constitution) que les traités de commerce, et ceux qui pourraient grever l'Etat, ou lier individuellement les Belges, n'ont d'effet qu'après avoir reçu l'assentiment des Chambres. On réserve, il est vrai, généralement la qualification de conventions internationales à des engagements moins importants ou sur des matières plus restreintes (1). Mais Dalloz ajoute (2) que, dans la pratique, on emploie indifféremment le mot de traité ou celui de convention. La durée de la force obligatoire des conventions et des traités dépend évidemment de l'intention des parties contractantes, telle qu'elle résulte, soit des termes exprès de la convention, soit de son objet même, qui peut être plus ou moins durable.

47. — Parmi les traités qui ont modifié et étendu les droits des étrangers de certaines nations en Belgique, il faut citer en premier lieu *les traités d'amitié, de commerce et de navigation*, et les *traités d'établissement* (3). La plupart de ces traités stipulent *l'assimilation* des étrangers aux nationaux, le droit *d'ester en justice* comme les nationaux (ce qui implique, à notre avis, la dispense de la caution *judicatum solvi*), *l'exemption de toutes charges extraordinaires, l'exemption du service, non-seulement dans l'armée, mais même dans la garde civique*, tandis que les étrangers sont soumis en général à ce dernier service, *le droit de disposer et de recevoir à titre gratuit et le droit de succéder ab intestat*, comme les nationaux *et conformément aux lois du pays, sans être assujettis comme étrangers à aucun prélèvement ou aucune détraction*. Ici surgit la question de savoir si ces étrangers sont assujettis quand ils ont pour cohéritiers des Belges dans une succession ouverte en Belgique, au prélèvement établi par la loi du 27 avril 1865.

(1) Massé et Vergé, § 58

(2) V. *Traité international*, nº 79.

(3) Costa Rica, 21 août 1858; Chili, 31 août 1858; Chine, 2 nov. 1865; Guatémala, 10 nov. 1858; Iles Hawaii, 27 mars 1858; Honduras, 4 oct. 1862; Maroc, 4 janvier 1862; Nicaragua, 8 mai 1858; Orange, 26 sept. 1874; Siam, 29 août 1868; Suisse, (traité d'établissement) 4 juin 1887; Transvaal, 31 août 1876; Zanzibar, 30 mai 1885; Venezuéla, 1er mars 1884; Mexique, 21 juillet 1861; Equateur, 5 mars 1887.

Nous répondons négativement sans la moindre hésitation. Cette loi n'a eu en vue que les étrangers ordinaires, et non la catégorie d'étrangers privilégiés, dont il est ici question. Ni au point de vue du texte, ni au point de vue de l'esprit de cette loi, combinés avec les traités dont il s'agit, on ne peut l'appliquer à ces étrangers.

48. — Viennent ensuite les conventions consulaires (1). Quelques-unes, malgré cette dénomination restrictive, ne se bornent pas à définir les immunités et attributions des consuls. Plusieurs touchent, en les définissant, aux droits des étrangers, en leur assurant la protection de ces représentants de leur pays, la faculté de faire recevoir certains actes par eux, notamment les conventions concernant des biens situés ou des affaires à traiter dans leur pays d'origine, la sécurité de leur avoir, lorsque par hasard ils viennent à décéder en Belgique.

Nous mentionnerons en troisième lieu les *traités de commerce et de navigation* (2). Ils sont loin d'être aussi étendus, en général, que les *traités d'établissement*, ou les *traités d'amitié, de commerce et de navigation*. Quelques-uns cependant font exception à la règle, par exemple, ceux avec le Japon et la Porte Ottomane. Ceux-ci, comme du reste le traité d'amitié, de commerce et de navigation avec la Chine, font aux Belges qui se trouvent dans ces pays, ainsi qu'aux Français, aux Anglais, etc., une situation de faveur spécialement au point de vue de la juridiction. Mais en général ces traités établissent l'assimilation des étrangers aux nationaux, au point de vue de l'exercice du commerce, du droit d'ester en justice et des droits civils.

49. — Les traités de commerce, et les traités de navi-

(1) Espagne, 19 mars 1870; Etats-Unis, 9 mars 1880; Italie, 12 déc. 1870; Pérou, 14 août 1874; Portugal, 10 nov. 1880 (approuvée le 21 mars 1882); Serbie, 5/17 janvier 1885; Roumanie, 30 déc. 1880/12 janvier 1881.

(2) Traités avec Lubeck, 11 mai 1863; Brême, 18 mai 1863; Hambourg, 24 juin 1863, Grande-Bretagne, 23 juillet 1862; Grèce, 13 et 25 septembre 1840 et 24 mars 1841; Etats-Unis, 8 mars 1875; Espagne, 12 février 1870; Italie, 30 décembre 1882; Japon, 1er août 1866; Liberia, 1er mai 1883; Porte Ottomane, 3 août 1838 et 10 octobre 1861; Portugal, 23 février 1873; Pays-Bas, 12 mai 1863; Danemarck, Russie, Suède et Norwège, etc.

gation ont naturellement moins d'importance encore que les traités de commerce *et* de navigation. Quelques traités de commerce ne concernent même que les droits de douane et les primes d'exportation. On trouve néanmoins dans plusieurs de ces traités, et spécialement dans les conventions de navigation, des dispositions importantes, établissant l'égalité en principe entre les navires étrangers et les navires nationaux, les conditions auxquelles la nationalité des navires sera reconnue, la compétence spéciale des consuls pour connaître des contestations entre le capitaine et les équipages, l'obligation de livrer les marins déserteurs, les mesures à prendre pour sauvegarder l'avoir mobilier des marins d'une nation, qui décèdent dans un port étranger [1].

50. — En dehors de ces conventions générales, il existe des conventions d'une nature plus particulière. Nous citerons parmi celles-ci : la convention de Berne, du 9 septembre 1886, ayant pour objet la protection des œuvres artistiques et littéraires, conclue entre la Belgique, l'Allemagne, l'Espagne, la France, la Grande-Bretagne, Haïti, l'Italie, la République de Libéria, la Suisse et la Tunisie. Nous avons déjà cité la convention de Paris, de 1883, pour la protection de la propriété industrielle, et nous mentionnerons seulement pour mémoire certaines conventions conclues par la Belgique isolément avec certaines nations n'ayant point accédé à cette convention générale, avec l'Autriche, en 1880 (marques de fabrique), avec le Danemark, en 1871 (idem), avec la Russie, en 1862 (propriété artistique et littéraire) et en 1881 (marques de fabrique), avec le Grand-Duché de Luxembourg, en 1883 (marques de fabrique).

La Belgique a également conclu des traités avec certains pays aux fins d'assistance judiciaire des plaideurs

(1) Prusse, traité de navigation, 28 mars 1863 ; Allemagne, traité de commerce du 6 décembre 1891 ; Espagne, traité de navigation, 17 août 1863 ; France, traité de commerce du 27 février 1854, prorogé à diverses reprises, convention de navigation du 31 octobre 1881 ; Hanovre, traité de navigation du 8 juin 1863 ; Serbie, traité de commerce du 5/17 janvier 1885 ; Suisse, traité de commerec du 3 juillet 1889.

indigents, assistance à laquelle les étrangers n'ont droit en Belgique que sous condition de réciprocité (1).

51. — Mais il importe surtout de dire ici quelques mots des conventions extrêmement nombreuses que la Belgique a conclues sur le droit de succéder, et sur le droit de disposer et de recevoir à titre gratuit, sous le régime de la loi de 1837, subordonnant cette faculté pour les étrangers à la simple réciprocité de fait. Il est à observer que, tout en stipulant cette condition, la loi en question ne contenait aucune clause relativement à un droit de prélèvement en faveur des nationaux en concours avec des héritiers étrangers. De 1838 à 1860, la Belgique a conclu trente-deux traités de ce genre avec les divers Etats de la Confédération germanique, formant aujourd'hui l'empire d'Allemagne, cinq avec des Etats formant actuellement le royaume d'Italie, et en outre des traités avec l'Autriche (9 juillet 1839) comprenant à cette époque la Lombardie et la Vénétie, et en outre avec le Danemark (26 janvier et 21 mars 1834), avec l'Espagne (1er mars 1839, les Etats-Unis (25 août 1852), le Guatémala (13 juillet 1843), le Portugal (30 mars 1864), la Russie (14 février et 13 mars 1846), la Suède et la Norwège (21 juillet et 2 août 1838), et la Suisse (15 décembre 1838). Les plus anciennes de ces conventions, celles avec la Suède et la Norwège, par exemple, se bornent à stipuler la suppression des droits d'aubaine et de détraction *gabella successionis*, *gabella hereditaria*, *jus detractus*, quelquefois aussi celle de l'impôt d'émigration. Presque toutes ajoutent que l'étranger succédera *de la même manière que les nationaux*, ou *comme les nationaux*, ou *à l'égal des sujets* « sans être assujettis, *à raison de leur qualité d'étrangers à aucun prélèvement ou impôt qui ne serait pas dû par les indigènes* ». Le traité avec l'Autriche, tout en faisant une exception pour la Hongrie-Transylvanie, est plus précis. Il dispose que les Autrichiens succèdent

(1) France, 22 mars 1870; Italie, 31 juillet 1870; Luxembourg, 5 août 1870; Espagne, 31 mai 1872; Allemagne, 18 octobre 1878; Autriche-Hongrie, 10 février 1881; Roumanie, 15 août 1881; Serbie, 17 janvier 1885; Suisse, 9 septembre 1886.

en Belgique, *conformément aux lois en vigueur dans ce royaume, et à l'égal des sujets belges ; et réciproquement.*

La convention de 1846 avec la Russie, tout en consacrant la faculté de succéder pour les étrangers, ne porte pas *à l'égal des nationaux*, et ajoute : que l'on devra néanmoins respecter les conditions sous lesquelles il est permis aux étrangers, en général, de recevoir en héritage des biens-fonds ou immeubles quelconques. Les conventions et traités postérieurs avec le Pérou (25 février 1860), avec le Mexique (21 juillet 1861), avec les Iles Hawaïennes (4 octobre 1862), avec Costa Rica (31 août 1858), avec le Chili (même date), le Honduras (4 octobre 1862), le Nicaragua (8 mai 1858) etc..., et qui, tout en étant intitulés traités d'amitié, de commerce et de navigation, contiennent des clauses relatives au droit de recevoir *ab intestat* etc... disposent tous : que l'étranger succédera en Belgique *à l'égal des sujets belges*, selon les lois du pays et réciproquement, sans être assujetti, à raison de sa qualité d'étranger, à aucun prélèvement ou impôt qui ne serait pas dû par les nationaux. Nous dirons plus loin qu'il en résulte que la succession doit leur être dévolue suivant la loi du pays où les biens sont situés, conformément à la règle encore admise, selon nous, par la loi de 1865. Mais telle n'est pas la question qu'il s'agit de résoudre ici : la question de savoir suivant quelle loi les biens, situés en Belgique, sont dévolus à des étrangers à titre successoral sera examinée plus loin. Tous les étrangers peuvent aujourd'hui succéder, sans être exclus en leur qualité d'étrangers, et ce en vertu de la loi de 1865.

52. — Mais les étrangers appartenant à ces Etats qui ont conclu avec la Belgique des traités, aux termes desquels ils ne sont assujettis, à raison de leur qualité d'étrangers, *à aucun prélèvement*, sont-ils assujettis du moins au prélèvement établi par la loi du 27 avril 1865, au profit de leurs cohéritiers belges? C'est un point extrêmement délicat. Tout d'abord les traités en question sont-ils encore obligatoires? Evidemment, à notre avis, aussi longtemps qu'ils n'ont pas été dénoncés, et ils ne l'ont pas été. Il

peut y avoir quelque doute pour les Etats qui faisaient partie de l'ancienne Confédération germanique, et qui ont été, ou annexés à la Prusse, ou fondus dans le grand Empire allemand, tout en conservant leur autonomie dans une certaine mesure, ainsi que pour les Etats italiens qui forment aujourd'hui le royaume d'Italie. Mais Bluntschli[1] fait observer, avec raison, que l'anéantissement d'un Etat, par son annexion à un autre, n'entraîne pas nécessairement l'extinction de ses droits et de ses obligations vis-à-vis des Etats tiers, qu'ils passeront même à l'Etat par lequel il aura été absorbé, toutes les fois que leur maintien sera possible, et pourra être concilié avec le nouvel ordre de choses. Or, il en est ainsi, nous paraît-il, des droits et des obligations d'un Etat relativement à la reconnaissance des droits privés des étrangers. N'avons-nous pas vu nos tribunaux déclarer encore obligatoires, et en vigueur dans notre pays, les clauses du traité de Munster, conclu en 1648, et du traité d'Utrecht, conclu en 1764, relatives au droit des Espagnols de succéder aux biens de leurs parents indigènes dans les Pays-Bas?

53. — Mais, étant admis que tous ces traités sont encore en vigueur, faut-il en conclure que le droit de prélèvement, dont il est question dans la loi de 1865, ne pourrait être exercé vis-à-vis des étrangers appartenant à ces pays? Quelque généraux que soient les termes de ces traités, il semble bien que les parties contractantes n'aient eu en vue que d'exclure toute application de l'ancien droit d'aubaine ou de détraction, des prélèvements qui s'exerçaient au profit de l'Etat, de certaines communes, provinces ou d'établissements relevant de l'Etat. Ce sont bien là les prélèvements auxquels il est fait allusion, d'après nous, dans ces conventions internationales, et la clause spéciale qui exclut tout prélèvement ne nous paraît pas applicable au prélèvement dont il s'agit dans notre loi. Mais reste le principe général, et ce principe est que les étrangers appartenant à ces nations favorisées *succèdent dans notre pays comme les nationaux*. D'où il résulte que, comme étran-

(1) *Droit international codifié*. Trad. de Lardy, p. 75.

gers, ils ne seront assujettis à aucune condition plus défavorable que les nationaux. Il s'en suit que, si leurs cohéritiers belges avaient été traités dans le pays dont ces étrangers relèvent, d'une manière plus défavorable, non pas à raison de leur qualité de Belges, mais à raison des lois générales en vigueur dans ce pays sur la dévolution des successions *ab intestat*, cela ne suffirait pas pour justifier à leur égard l'exercice du droit de prélèvement établi par notre loi. Or, il n'est pas possible que les Belges y soient traités moins favorablement que les indigènes à raison de leur nationalité, puisque tous ces traités sont conclus sous la condition et avec engagement de réciprocité. Notre conclusion est que la loi de 1865 ne s'applique pas aux étrangers originaires de ces pays.

### § IV. — De certains étrangers privilégiés à raison de leur qualité.

54. — Les étrangers privilégiés à raison de leur qualité sont les souverains étrangers, les agents diplomatiques, et, dans une certaine mesure, les consuls.

On résume assez souvent les immunités, qui sont reconnues aux souverains étrangers et aux agents diplomatiques, en disant qu'ils jouissent de *l'inviolabilité* et de *l'exterritorialité*(1). Nous indiquerons rapidement le caractère et les effets de cette inviolabilité en ce qui touche le droit international privé. On déduit, d'autre part, de leur exterritorialité certains privilèges qui ont leur source réelle dans des usages internationaux, fondés eux-mêmes sur des considérations d'utilité commune. A vrai dire, l'exterritorialité n'est qu'une fiction, introduite dans le but d'exprimer dans une formule brève un ensemble d'immunités dont ces étrangers jouissent pour leurs personnes et pour leurs biens. Elle n'en est pas le fondement, et nous croyons qu'on ferait mieux de l'abandonner, parce qu'elle conduirait à des conséquences outrées et inexactes. « Le mot exterritorialité » dit Weiss,

(1) Pasquale Fiore. Trad. de M. Pradier Fodéré, T. II, p. 563.

« n'a pour nous que la valeur d'une métaphore. » Mais il ajoute qu'il l'emploiera cependant « pour désigner l'ensemble des prérogatives et franchises que l'ambassadeur et le souverain doivent, en pays étranger, au caractère international dont ils sont revêtus ». Et il fait rentrer, en effet, dans l'exterritorialité : 1° L'inviolabilité des souverains, des agents diplomatiques et des personnes qui composent leur suite[1] ; 2° l'inviolabilité de leurs demeures ; 3° l'exemption de certains impôts ; 4° l'immunité de juridiction[2].

55. — Nous pensons que M. Weiss aurait bien fait d'écarter plus complètement cette « métaphore », cette fiction de l'exterritorialité dont il donne d'ailleurs une définition un peu inexacte : « Le souverain, l'ambassadeur sont réputés n'avoir pas quitté le sol de leur patrie ; dès lors les lois et les magistrats de cette dernière ont seuls autorité sur eux. » Il serait plus juste de dire : « Le souverain, les ambassadeurs d'une nation, qui se trouvent sur le territoire étranger, sont réputés ne pas s'y trouver (exterritorialité), et dès lors ne sont pas soumis aux lois de ce pays. » La fiction ne conduit pas nécessairement à cette conséquence qu'ils sont par contre soumis à la loi de leur propre patrie, et cela ne serait pas absolument exact, en ce qui concerne notamment les souverains, dont la personne est généralement tenue pour inviolable dans leur pays même, et qui ne sont pas soumis, par exemple, à ses lois pénales. Remarquons, au surplus, que les souverains et agents diplomatiques étrangers jouissent de certaines immunités, qui ne leur appartiendraient pas lors même qu'ils seraient réellement en dehors du territoire, qu'ils n'empruntent qu'à leur qualité seule, et qui, dès lors, ne peuvent être considérées comme leur étant attribuées à raison de la fiction de l'exterritorialité. D'autre part, il est certaines obligations dont ils seraient certainement affranchis, s'ils étaient en dehors du terri-

(1) Pour d'autres auteurs, l'inviolabilité et l'exterritorialité semblent être deux choses distinctes. Ils traitent séparément de l'une et de l'autre.

(2) Weiss; Op. cit., p. 135.

toire, et qui leur incombent malgré leur prétendue exterritorialité, ainsi que nous le verrons plus loin.

56. — Nous avons dit que les immunités dont il s'agit reposent sur des usages, lesquels ont eux-mêmes pour fondement l'utilité commune des nations. C'est l'opinion assez générale. Lorimer (1) applique cependant, ici encore, sa théorie sur les obligations réciproques naissant de la reconnaissance des nations. Il se demande, si l'inviolabilité des agents diplomatiques est un privilège que l'Etat recevant de pareils agents aurait le droit de révoquer. Et sa réponse est: que, si l'admission de ce privilège constitue une nécessité internationale, elle est impliquée par le droit de reconnaissance; et cette nécessité est un fait qui doit être apprécié d'après le droit international positif, en vigueur à une époque donnée. « En retirant ou en révoquant les droits de légation ainsi définis, l'Etat renoncerait indubitablement à être reconnu par la nation qui les revendique, et même par la famille entière des nations. L'Etat immédiatement offensé rappellerait ses agents, ou considérerait comme un *casus belli* le fait de les retenir par la force. La guerre abyssinienne de 1867 à 1868 aurait été également justifiable, si l'Abyssinie avait été un Etat européen reconnu. L'impuissance même d'un Etat à protéger des agents diplomatiques produirait pareils effets. Il n'est pas douteux que le meurtre des personnes attachées aux ambassades à Athènes, en 1870, priva la Grèce temporairement de son titre international à la qualité d'Etat, et cela dans la supposition même que les brigands eussent été protégés, et instigués, par les autorités turques en Albanie. Mais comme la reconnaissance de la Grèce était plutôt nominale que réelle, comme sa véritable situation était celle d'un Etat protégé sous la tutelle des grandes puissances, tout ce qu'elles crurent devoir faire fut d'accroître leur vigilance, en envoyant quelques navires de plus dans les eaux grecques. »

57. — Quoi qu'il en soit, la fausse notion de l'exterritorialité a fréquemment engendré des abus. On en a conclu

(1) Op. cit., T. I, p. 249.

à une singulière extension du droit d'asile, au grand préjudice des relations internationales que les immunités, dont il s'agit, ont pour objet de sauvegarder, et non de compromettre. L'intérêt du maintien des bonnes relations, entre les divers pays, exige seulement que l'on respecte l'indépendance des souverains étrangers, et en général des personnes qui représentent une nation en pays étranger. Il en résulte pour eux un droit négatif, comme le fait remarquer avec raison Bluntschli [1], le droit d'exiger qu'aucune mesure ne soit prise de nature à altérer cette indépendance, plutôt qu'un droit positif, celui d'accomplir des actes qui mettraient en péril l'Etat auprès duquel ils sont accrédités, ou la sécurité des personnes et des biens. L'Etat qui les reçoit a le droit de résister à de semblables entreprises, et il est arrivé à plusieurs reprises et en toute justice, dit Bluntschli, que des envoyés diplomatiques ont été arrêtés pour avoir pris part à une conjuration contre le gouvernement du pays où ils résidaient. Ce n'est que l'exercice du droit de défense. Mais que devient dans ce cas la fiction de l'exterritorialité?

58. — Nous parlerons séparément d'abord des souverains étrangers, puis des agents diplomatiques et enfin des consuls. Mais nous ne les envisagerons qu'au point de vue du droit international privé. Nous croyons inutile d'examiner ici quelles sont les différentes catégories d'agents diplomatiques, comment leur mission commence, quand elle prend fin. Ce sont toutes questions qui se rattachent plutôt au droit international proprement dit, qu'à notre science, et nous nous bornons à renvoyer le lecteur aux nombreux ouvrages qui traitent de ces questions [2].

### N° 1. — Des souverains étrangers.

#### A. — *Inviolabilité.*

59. — Le principe qu'un souverain se trouvant en pays étranger est inviolable, est depuis longtemps admis. Il

(1) Bluntschli, pp. 113, et ss.
(2) V. entre autres Bluntschli, pp. 126 et ss.

n'est cependant consacré dans notre pays par aucun texte de loi. L'arrêté de l'Assemblée constituante du 11 décembre 1789, et le décret de la convention nationale du 13 ventose an II ne concernent que les ambassadeurs et agents diplomatiques. Mais, dans notre pays, comme dans les autres, cette règle repose sur des usages internationaux dictés eux-mêmes par la nécessité d'entretenir les bonnes relations internationales. Il ne se concevrait guère que, sans courir risque de troubler profondément ces relations, de froisser une puissance amie, de jeter la perturbation dans sa situation politique intérieure, on pût porter atteinte à la personne, à la liberté, à l'intégrité, à l'honneur, à la vie de celui qui constitue la plus haute incarnation de cette puissance. Il ne faut pas toutefois forcer les exigences de cette inviolabilité, puisqu'elle aboutit toujours à de véritables exceptions au droit commun, et il y a lieu d'examiner tout d'abord à qui le privilège appartient, ensuite ce qu'il comporte et ce qu'il implique. Il faut écarter le cas où un souverain se trouve en pays étranger, ce qui ne peut guère constituer qu'un cas exceptionnel aujourd'hui, *pour traiter des intérêts politiques de l'État* dont il est le chef, ou *comme envoyé de cet État*. Il jouit alors de tous les privilèges de l'agent diplomatique; les qualités de souverain et d'agent diplomatique se confondent en sa personne, et nous nous en référons à ce que nous dirons des agents diplomatiques. Écartons également le cas où il s'agit d'un souverain détrôné, d'un ex-souverain. Il faut que la qualité du souverain soit reconnue, pour qu'il puisse revendiquer des privilèges en pays étranger [1]. L'ex-reine Christine de Suède, qui fit assassiner en 1657 son grand écuyer Monaldeschi à Fontainebleau, n'aurait pu se prévaloir de son inviolabilité, ni invoquer l'immunité de juridiction en matière pénale ou civile [1]. Les auteurs sont assez partagés sur le point de savoir si l'inviolabilité peut être invoquée

(1) Marie Stuart ne pouvait pas davantage l'invoquer lorsqu'on lui fit son procès en Angleterre, pas plus que Napoléon Ier n'aurait pu le faire après sa chute, ou Napoléon III même après le rétablissement de la paix. Bluntschli. Op. cit., p. 109.

par le souverain qui voyage *incognito* (1). Nous penchons pour l'affirmative, mais la question ne nous paraît pas très importante, l'incognito disparaissant dès que le souverain invoque son inviolabilité. Plus grave est la question de savoir si elle peut être revendiquée par un président de république. Les opinions sont assez partagées. Mais l'affirmative semble prédominer, et a certainement été admise par l'Institut de droit international, dans la session de Hambourg, en 1891. L'inviolabilité du souverain, qui se trouve en territoire étranger, ne repose ni sur son inviolabilité dans ses propres Etats, ni sur la maxime dont on a tant abusé, *pari in parem non est jurisdictio*, mais sur l'intérét des bonnes relations internationales.

60. — Il ne faut pas confondre cependant les nécessités politiques d'où elle résulte, avec celles qui ont fait admettre l'inviolabilité des envoyés ou agents diplomatiques. Celle-ci a été reconnue bien antérieurement, et repose sur des nécessités beaucoup plus pressantes. Elle est indispensable au maintien des relations diplomatiques entre les Etats. Aussi la maxime *sancti habentur legati* est-elle excessivement ancienne, tandis qu'il n'est pas question dans l'antiquité de l'inviolabilité du souverain étranger, si ce n'est lorsqu'il est reçu comme envoyé de l'Etat étranger, ou ce qui revient à peu près au même, sur une invitation formelle (2). M. de Bar fait remarquer, qu'au XVII$^{e}$ siècle, lorsque le privilège des envoyés était depuis longtemps reconnu, l'on ne considérait nullement comme illicite de mettre en arrestation un souverain étranger. Et Pufendorf tout en reconnaissant le privilège même aux souverains, ajoute qu'il ne conseillerait à aucun prince de mettre le pied sans autorisation sur le sol étranger. Quoi qu'il en soit, il est certain qu'aujourd'hui on considère en général les souverains, et même les chefs d'Etat étrangers, comme jouissant de l'inviolabilité en dehors de leur territoire.

61. — Et maintenant que comporte cette inviolabilité? Ce serait évidemment énoncer un principe trop absolu que

(1) Weiss. Op. cit., p. 135.
(2) de Bar. Op. cit., T. II, p. 623.

de dire avec Bluntschli [1] que les souverains sont, dans la règle, au dessus des lois de l'Etat, même s'ils se trouvent en territoire étranger. Tous les auteurs reconnaissent, par exemple, que le droit de légitime défense des particuliers subsiste vis-à-vis d'eux, quand ils sont l'objet d'une agression injuste ; et l'on reconnaît de même que l'Etat où ils se trouvent peut se défendre, et prendre toutes les mesures de sûreté qu'il jugera nécessaires, si un souverain étranger portait atteinte à son indépendance, à sa sûreté, à son honneur, que la police peut même prendre des mesures pour empêcher les actes contraires aux lois, à la sûreté et à l'ordre public qui viendraient à être commis par cette personne. « Si la personne exterritoriale » dit Bluntschli [2], « voulait, par exemple, faire dans son jardin des essais de « tir préjudiciables aux voisins, ou allumer des feux dan- « gereux pour les maisons du quartier, la police aurait le « droit d'empêcher ces actes. » Il est vrai qu'il a commencé par dire que cette personne n'est pas soumise aux lois de police de l'Etat où elle réside. Mais on voit bien que cela est trop absolu. Elle y est soumise puisqu'on peut l'empêcher de les violer. Il semble en définitive que ce qui est interdit : c'est toute mesure répressive à raison de la violation de ces lois, et même toute poursuite fondée sur cette violation. Ce qui n'est pas interdit, ce sont les mesures de préservation commandées par une nécessité immédiate, qui ne constituent de la part des particuliers, comme de la part des pouvoirs politiques, que des actes de défense contre un acte injuste en soi, et qui ne perd pas son caractère injuste parce qu'il émaned'un souverain étranger, tellement il est peu vrai de dire que ce souverain soit réellement au dessus des lois.

L'inviolabilité du souverain étranger interdit évidemment toute atteinte à sa personne, à sa liberté personnelle, par exemple, en dehors de ces cas de nécessité absolue. Ni l'extradition, ni l'expulsion ne seraient autorisées vis-à-vis de lui. Et son inviolabilité s'étend, de l'avis de presque

(1) P. 113, nº 137. V. la note.
(2) P. 133, nº 137. V. la note.

tous les auteurs, à sa femme, à ses enfants, à toutes les personnes faisant partie de sa suite officielle. Mais elle ne couvre pas les autres membres de sa famille, et, bien que la question soit controversée, elle ne nous paraît pas pouvoir être revendiquée pour ses serviteurs, fussent-ils de la même nationalité que lui. Elle a pour conséquence l'inviolabilité de son hôtel, de ses meubles, de ses équipages. On admet qu'il est défendu, en thèse générale, aux autorités de l'Etat, de pénétrer dans la demeure d'un souverain étranger, sans son consentement, pour y faire des perquisitions, pour y apposer les scellés, pour y délivrer une citation, même pendant le jour. Mais il ne s'en suit pas que ce souverain puisse donner asile à des malfaiteurs, surtout à des malfaiteurs qui n'appartiennent pas à sa maison, à sa suite officielle ou personnelle. Faustin Hélie se borne à déduire du principe de l'inviolabilité, en ce qui concerne les ambassadeurs, ces simples conséquences (1) : « que l'hôtel est sous la protection des autorités locales, qui doivent le mettre à l'abri de toute insulte ; que ces autorités ne peuvent, même dans les cas prévus par les lois, y pénétrer ou y envoyer leurs agents ; qu'elles doivent en référer au chef de l'ambassade pour obtenir son agrément, ou au ministre des affaires étrangères pour obtenir son autorisation, et que, sauf les cas de nécessité pressante, où le bien public serait en danger et ne permettrait point de délai, elles doivent attendre pour agir l'autorisation du gouvernement. » Il semble bien résulter de là que, pour cet excellent criminaliste, l'inviolabilité de la demeure est loin d'être absolue.

62. — Telle semble être, au surplus, l'opinion qui tend à prédominer. Bluntschli dit fort nettement que l'habitation de la personne, qui jouit l'exterritorialité, ne doit pas servir d'asile à ceux que la justice poursuit. « Cette personne est tenue » dit-il, « d'interdire l'entrée de sa demeure aux fugitifs de toute espèce, et s'ils ont pénétré chez lui, de les livrer aux autorités compétentes » (2). Des auteurs anciens, comme Bynkershoek, condamnaient déjà le prétendu droit

(1) I. cr., T. II, p. 538.
(2) P. 120, nº 151.

d'asile. Grotius lui-même déclare que le droit d'asile n'a pas de fondement sérieux en droit international. Les souverains étrangers ont rarement eu l'occasion de s'en prévaloir, leur séjour sur un autre territoire n'étant jamais que temporaire, mais ce droit a été fréquemment revendiqué par les agents diplomatiques. Il en a même été fait parfois un scandaleux abus. On est d'accord aujourd'hui pour le repousser.

Mais, si l'accord existe sur ce point, il n'en est pas absolument de même, quant au moyen de concilier l'exclusion de ce droit avec l'inviolabilité de la demeure du souverain étranger. Certains auteurs (Bluntschli, par ex.), sont muets sur la question. Faustin Hélie, ainsi que l'on a vu, indique un moyen un peu radical, bien qu'il semble conforme au droit rigoureux. Si le représentant d'une puissance étrangère abuse de l'inviolabilité de sa demeure, pour en faire, contrairement au droit, un lieu d'asile pour les malfaiteurs, il paraît assez naturel que cet abus ne soit pas toléré, que l'inviolabilité de sa demeure soit considérée comme inexistante à ce point de vue, et qu'après en avoir référé à leur gouvernement par des raisons d'opportunité, les autorités puissent y pénétrer pour s'emparer de la personne du malfaiteur, pourvu qu'il n'appartienne pas à la suite du souverain. Mais nous estimons qu'il vaudrait mieux, comme Pasquale Fiore [1] conseille à peu près de le faire, en ce qui concerne les agents diplomatiques, inviter le souverain étranger à quitter le pays où il reçoit une hospitalité dont il abuse, et ne pénétrer dans sa demeure que s'il refuse de le faire, ou après qu'il l'a fait, et a ainsi affranchi sa demeure du privilège de l'inviolabilité. On ne peut en effet admettre que le souverain étranger jouisse du privilège de l'inviolabilité, dans un pays dont l'entrée lui a été interdite ou qu'on l'a engagé à quitter [2]. Sans doute, pareille mesure est, en général, un manque de courtoisie. Mais elle n'est pas contraire au droit rigoureux d'une nation, et elle pourrait être légitimée par des cir-

(1) *Droit international*. Trad. de Pradier Fodéré, T. 2, p. 571.
(2) Bluntschli. Op. cit., p. 110.

constances de la nature de celles que nous venons d'indiquer (1).

63. — L'inviolabilité de la demeure du souverain ne s'étend pas aux immeubles qu'il achète en pays étranger, et qu'il exploite sans les habiter. Elle n'est admise en effet que pour sauvegarder plus complètement l'inviolabilité de sa personne, et, par une conséquence naturelle, ne peut être revendiquée que pour les immeubles qui lui servent d'habitation réelle, effective, et cela aussi longtemps qu'il en est ainsi. Mais elle s'étend aux maisons où il s'arrête en voyage, bien qu'il n'en soit pas propriétaire, ni locataire, même momentané; car son inviolabilité personnelle y est intéressée. Elle s'étend, comme nous l'avons dit, à son mobilier, à ses bagages, caisses, à ses voitures et à ses chevaux, en ce sens qu'ils sont insaisissables. Cette extension est destinée à sauvegarder en outre les correspondances, à empêcher qu'il y soit mis aucune entrave quelconque, à protéger leurs papiers contre toute indiscrétion. Il s'en suit que ces divers objets ne peuvent être saisis, même aux fins d'une instruction en matière répressive, qu'on ne peut faire dans le mobilier, les équipages, les voitures du souverain étranger aucune perquisition. La tendance actuelle est cependant vers une restriction de ces privilèges, et elle se manifeste surtout chez les criminalistes.

L'un des effets les plus importants de l'inviolabilité personnelle du souverain étranger est en effet qu'il est affranchi de toute poursuite répressive. L'immunité de juridiction à cet égard n'est qu'une conséquence de l'inviolabilité personnelle, et une de ses conséquences les plus importantes. Nous verrons plus loin ce qu'il faut penser de son immunité de juridiction en matière civile. Quant à l'immunité de juridiction en matière répressive, la question de savoir quelle est son étendue, et notamment si elle peut être revendiquée au profit des simples domestiques, ce que nous ne pouvons, du reste, admettre en aucune manière, est du domaine du droit pénal international. La discussion de cette question nous entraînerait trop loin.

(1) Bluntschli. Op. cit., p. 110.

## B. — *Immunités de juridiction.*

64. — La question de savoir quelles sont les immunités de juridiction dont jouit un souverain ou chef d'État, qui se trouve en territoire étranger, ne doit point être confondue avec celle de savoir quelles sont les immunités de juridiction dont il jouit toujours en pays étranger, n'y eût-il jamais mis le pied. Ces dernières n'ont rien de commun avec la question de savoir quelles sont les conséquences de sa prétendue exterritorialité, quelles sont les obligations qui lui incomberaient comme se trouvant sur le territoire d'un Etat déterminé, s'il était le premier venu, et dont il est affranchi en sa qualité de souverain. Ces deux questions sont souvent traitées d'une manière assez confuse par les meilleurs auteurs et par les arrêts (1). Si les tribunaux sont incompétents vis-à-vis d'un souverain étranger, à raison de sa qualité de souverain seule, peu importe qu'il se trouve sur notre territoire. La règle *par in parem non habet jurisdictionem* conserve toute sa force. Il faut donc examiner, tout d'abord, jusqu'à quel point les tribunaux d'un pays déterminé sont incompétents, en matière civile, vis-à-vis d'un souverain étranger en général, ce qui nous amène à parler de leur compétence vis-à-vis des Etats étrangers. Nous ne parlerons pas, comme nous l'avons déjà annoncé, de la juridiction en matière répressive.

On a soutenu, en se fondant sur l'autorité de Bynkershoek, Martens (F. G.), Heffter et plusieurs autres autorités anciennes, que les tribunaux étaient radicalement incompétents vis-à-vis des Etats et des souverains étrangers. M. de Bar a si clairement démontré ce qu'il y avait d'inexact et d'incomplet dans les citations que l'on avait faites à cet égard, qu'il est vraiment inutile d'y revenir (2). C'est précisément le contraire qui est enseigné par

(1) Une confusion de ce genre se rencontre dans un jugement de Bruxelles de 1870. *B. j.* 1870, p. 1574.

(2) de Bar. Op. cit., T. 2, p. 667.—V. en ce sens Laurent. *Droit civil international*, T.III. — De Paepe. *Compétence civile à l'égard des Etats étrangers* etc. passim.

les autorités anciennes, mais considérables, que nous venons de nommer; et Bynkershoek prouve, en outre, par de nombreux exemples, que cela n'est nullement conforme à la pratique suivie de son temps. L'Etat peut être envisagé sous deux aspects bien distincts. Il est puissance publique, et quant aux actes qu'il accomplit comme puissance publique, il ne nous paraît pas pouvoir relever des tribunaux étrangers, pas plus qu'il ne relève en principe de ses propres tribunaux. Mais l'Etat a, en outre, un patrimoine comme les simples particuliers, comme les personnes privées, indépendemment de son domaine public, qu'il ne possède que comme puissance publique, et qui peut être ni aliéné ni grevé au profit d'une personne privée aussi longtemps qu'il conserve sa destination publique. Si l'Etat contracte des engagements ou encourt des responsabilités relativement à son domaine privé, nous ne voyons aucun motif pour lequel il ne pourrait être actionné devant les tribunaux étrangers compétents d'après les règles ordinaires, aussi bien que devant ses propres tribunaux. La maxime *par in parem non habet jurisdictionem* n'est pas exacte, et Bynkershoek enseigne, au contraire, comme le fait remarquer M. de Bar (1) qu'un inférieur peut parfaitement avoir juridiction vis-à-vis de son supérieur, *en ce qui concerne les biens*. Cette maxime est plutôt relative à la juridiction répressive. Et d'ailleurs, elle prouverait trop. Car presque tous les auteurs, sinon tous, admettent qu'il y a des cas où les tribunaux peuvent recevoir des actions dirigées contre des Etats étrangers. Il faut donc chercher un autre motif. On allègue l'impossibilité de faire exécuter les décisions rendues. Mais d'abord cette impossibilité n'existe pas toujours; ensuite, comme le fait observer M. de Bar, c'est quelque chose, dans un temps où la puissance de l'opinion publique est devenue aussi considérable que l'effet moral s'attachant au jugement rendu ; il est possible que cela suffise pour déterminer la nation condamnée à s'exécuter. Nous ajouterons que, si la sentence n'est point susceptible d'exécution forcée

(1) Op. cit., p. 661.

immédiatement, elle peut le devenir plus tard, et qu'une partie peut avoir intérêt à se procurer un titre en vue de cette éventualité même lointaine. Il faut aussi remarquer que la décision rendue pourrait former le fondement solide de réclamations diplomatiques ultérieures.

M. Westlake [1], dans une note adressée à l'Institut de droit international, au sujet du rapport de M. de Bar, semble fort sceptique, relativement à l'effet d'une décision de ce genre. Il fait observer que la force morale d'un jugement bien motivé « dépend de ce que les points de fait et de droit ont été, *des deux côtés*, pleinement élucidés devant le tribunal, ou, si l'une des deux parties s'est abstenue de prendre part à la discussion, de la présomption que la partie défaillante avait des motifs si puissants pour comparaître, qu'elle n'y aurait pas manqué, si elle s'était crue en mesure de faire valoir devant le tribunal des arguments réellement utiles ». Or, si la situation matérielle de l'une des parties n'est pas empirée par son absence, on ne peut pas, suivant cet auteur, considérer cette absence comme un aveu du bien fondé des prétentions de l'autre, et combler ainsi la lacune résultant de ce qu'il n'y a pas eu de débat contradictoire.— Il y a une part de vérité dans ce raisonnement, mais il ne faut point l'exagérer. Il est certain que l'autorité morale d'un jugement résulte, *en grande partie*, de ce qu'il a été précédé d'un débat contradictoire, ou de ce que l'une des parties, en ne comparaissant pas (*tandis qu'elle avait un intérêt puissant à comparaître*), a reconnu implicitement qu'elle avait tort. Mais, tout d'abord, cette autorité repose encore sur d'autres éléments, la demande devant toujours être vérifiée pour pouvoir être admise, même dans le cas d'une procédure par défaut. Ensuite, il y a des cas où une exécution forcée est possible et, si elle ne l'est pas immédiatement, elle pourrait le devenir plus tard. Enfin, si l'on reconnaît que le tribunal est compétent d'après les vrais principes, ce n'est point parce que le défendeur a le pouvoir matériel de se soustraire à l'exécution de la sentence

(1) *Annuaire de l'Institut etc., 1889 à 1992*, p. 425.

qu'il ruinera la présomption défavorable résultant contre lui de ce qu'il ne s'est pas défendu en fait.

65. — La jurisprudence incline cependant, dans la plupart des pays, sauf certaines exceptions qui, à elles seules, suffiraient pour ruiner la maxime *par in parem...*, à considérer les tribunaux comme incompétents pour statuer sur les actions dirigées contre des Etats étrangers, ou contre des souverains étrangers assignés comme représentants de ces Etats. Il en a été ainsi décidé à plusieurs reprises en Belgique, notamment par la Cour d'appel de Bruxelles(1); un jugement du tribunal d'Anvers a pareillement déclaré nulle une saisie, pratiquée à la requête de la Société de Selessin, sur des canons appartenant au gouvernement ottoman, et se trouvant dans le port d'Anvers. Ce jugement n'est pas fondé sur l'exterritorialité qui n'avait rien à voir dans le débat, mais sur l'indépendance et la souveraineté respective des Etats. C'est l'argument dominant (2). Ajoutons toutefois que ces décisions n'ont pas été sans rencontrer une vive contradiction. Dans la cause terminée par l'arrêt de 1840, le tribunal de Bruxelles avait jugé autrement que la Cour, et l'arrêt de celle-ci a été rendu contrairement à l'avis de M. le procureur général de Fernelmont. De même, un jurisconsulte de haute valeur, M. Spée, ancien greffier du tribunal de commerce d'Anvers, a publié dans la *Belgique judiciaire* une remarquable dissertation, dans laquelle il s'est efforcé d'établir la compétence des tribunaux belges à l'égard des souverains et des gouvernements étrangers (3). Toutefois la thèse contraire a été maintenue par la jurisprudence belge dans des affaires assez retentissantes, et semble prédominer dans la science et dans la pratique de la plupart des pays, bien qu'au point de vue du droit strict, elle puisse être sérieusement contestée. On admet seulement qu'un Etat étranger peut être assigné, en matière immobilière, devant les tribunaux du lieu de la situation

(1) Arrêt Bruxelles, 30 déc. 1840, Pas. 1841. II., 33.
(2) *B. j.*, 1876, p. 1467.
(3) 1876, p. 1441.

des immeubles. Et certains auteurs admettent la compétence des tribunaux pour connaître des actions dirigées contre un souverain ou un Etat étranger, *lorsque ce souverain ou ce gouvernement a agi comme personne privée.* Il y a dans ce sens plusieurs arrêts de la Haute Cour d'amirauté d'Angleterre (1). Et, dans le dernier de ces arrêts, Sir Robert Phillimore s'est exprimé de la manière suivante : « Je ne connais aucun principe de droit international, aucune décision judiciaire, ou parole de jurisconsulte qui autorise un souverain à prendre le caractère de commerçant quand il y trouve profit, et à s'en dépouiller quand il a encouru une responsabilité vis-à-vis d'un particulier. » Cette distinction qui paraît, en somme, assez rationnelle, a été admise récemment par le tribunal civil de Bruxelles. Ce tribunal a décidé le 29 décembre 1888 (2) « qu'un Etat étranger, en contractant avec une société belge un marché de cartouches, agit comme personne privée, se soumettant volontairement, sauf stipulation contraire, à toutes les conséquences civiles de son contrat, partant aux règles de compétence, de forme et de fond qui régissent l'action en justice née de ce contrat ». Remarquons qu'il ne s'agissait pas même d'une hypothèse, où l'Etat étranger se serait posé en commerçant, comme le suppose Phillimore. Il s'agit seulement d'un cas dans lequel il n'avait pas fait acte de souveraineté, mais conclu un contrat civil, comme l'aurait fait le premier venu. Il n'achetait pas pour revendre, il achetait pour user et jouir ; il n'y avait dans le fait posé par lui rien de commercial. La note insérée sous le jugement dans la *Belgique judiciaire* cite comme conformes les derniers arrêts des cours de France.

66. — Bluntschli ne semble pas très loin d'admettre cette distinction, même pour les souverains qui se trouvent en territoire étranger (3). Mais il ne lui attribue pas une

(1) *J. d. D. i. p.*, 1874, p. 36 et 1878, p. 25.

(2) *B. j.*, 1889, p. 383. — Cass. France, 21 nov. 1860 (Sirey, 1861, I, 331). — Paris, 11 janv. 1868 (Sirey, 1868. II, 147). — Chambéry, 1er déc. 1866 (Sirey, 1867, II, 182).

(3) Il ne s'explique pas au sujet des souverains qui se trouvent effectivement hors du territoire.

portée aussi large, et paraît se rallier plutôt à l'appréciation de Phillimore. Il admet que les tribunaux civils sont exceptionnellement compétents « lorsque la personne, jouissant de l'exterritorialité, occupe dans le pays une position spéciale, en qualité de simple particulier (négociant par exemple), ou a été nommée à un emploi dans le pays et, en ces qualités, relève des tribunaux du pays où il réside »(1). Il ne l'admet point, dès lors, dans tous les cas où cette personne agit comme personne privée. Nous estimons qu'il est plus logique, plus rationnel, dès que l'on fait une exception à la règle de l'immunité, lorsque le souverain exerce un commerce dans le pays, d'en décider de même dans tous les cas où le souverain étranger agit comme personne privée, Dès que l'on reconnaît que l'égalité entre les divers Etats, leur indépendance respective, l'intérêt majeur du maintien des bonnes relations internationales ne s'opposent pas, d'une façon absolue, à ce qu'un souverain soit traduit devant les tribunaux d'un pays étranger, en exécution de ses engagements commerciaux, il n'y a pas de motif pour en décider autrement, quant aux engagements civils qu'il prend comme personne privée. Ces derniers sont aussi sacrés que les autres; et la dignité du souverain n'est pas plus exposée dans une procédure civile, que dans une procédure commerciale. En vain soutiendrait-on, avec Bluntschli, que le souverain renonce aux prérogatives de sa dignité en faisant le commerce. Il n'y renonce pas plus qu'en contractant des dettes civiles, au paiement desquelles il se dérobe. C'est là un argument de sentiment, qui porte encore la trace de vieux préjugés, et qui d'ailleurs ne pourrait prévaloir contre des considérations puisées dans l'intérêt universel de la bonne entente internationale, et contre le principe de l'indépendance respective et de la souveraineté des Etats, s'il était vrai que ces principes s'opposent à ce que les tribunaux civils se reconnaissent compétents, vis-à-vis de souverains étrangers ayant agi comme personnes privées.

(1) Bluntschli. P. 115, n° 140.

67. — Mais se peut-il concevoir qu'un souverain agisse comme personne privée, lorsqu'il agit au nom de l'Etat dont il est chef? Pourquoi pas? Un Etat peut faire des opérations commerciales, un Etat possède en règle un domaine privé, un domaine patrimonial, indépendemment de son domaine éminent. Dès qu'il stipule ou s'oblige pour son commerce ou pour son domaine patrimonial, n'agit-il pas comme personne privée? Et en est-il autrement du souverain, qui le représenterait à l'occasion de ses rapports de droit privé? Nous ne le pensons pas. Qu'un Etat étranger ait pris des engagements vis-à-vis d'un Belge, pour l'exploitation de certains biens qui lui appartiendraient en Belgique, qu'il les ait pris par l'intermédiaire de son souverain, nous ne verrions pas plus d'inconvénient à ce que nos tribunaux accueillent l'action personnelle dirigée contre cet Etat, ou ce souverain étranger, qu'à les voir accueillir, comme on l'admet généralement, une action réelle, au sujet de ces mêmes biens, contre cet Etat ou ce souverain.

Et, si l'exterritorialité réelle ne peut avoir pour effet de soustraire un souverain étranger d'une façon absolue à la juridiction de nos tribunaux, comment la fiction de l'exterritorialité produirait-elle ce résultat? Tout ce que le maintien des bonnes relations internationales exige, c'est que l'on évite toutes les mesures d'exécution qui pourraient porter atteinte aux bonnes relations internationales, la contrainte par corps, par exemple, là, et dans tous les cas, où elle est encore admise. Par la même raison, et parce qu'elle pourrait porter atteinte indirectement à l'indépendance, à la liberté de locomotion et de séjour du souverain étranger, à son inviolabilité personnelle, on devra éviter toute mesure d'exécution sur ceux de ses biens qui sont couverts par le privilège de l'inviolabilité, ou de ce que l'on appelle inexactement l'exterritorialité. Mais nous ne saurions concevoir qu'il en fût de même pour la saisie-arrêt, que Bluntschli nous paraît confondre avec la saisie-exécution. En somme, la fiction de l'exterritorialité elle-même, en ce qui concerne le souve-

rain étranger produirait seulement cette conséquence, que les tribunaux civils n'auraient vis-à-vis de lui ni plus ni moins de compétence que s'il n'était pas sur notre sol.

68. — L'Institut de droit international s'est occupé des immunités des souverains et Etats étrangers, en matière de juridiction civile et commerciale, d'une manière très générale. Sur le rapport de M. de Bar, il a voté dans ses sessions de Hambourg, en 1891, les résolutions suivantes que nous croyons devoir reproduire textuellement ici à cause de leur importance :

ART. 1er. Sont insaisissables : les meubles, y compris les chevaux, voitures, wagons et navires, appartenant à un souverain ou chef d'Etat étranger et affectés directement ou indirectement à l'usage actuel de ce souverain ou chef d'Etat, ou des personnes qui l'accompagnent pour son service.

ART. 2. Sont de même exempts de toute saisie : les meubles et immeubles appartenant à un Etat étranger, et affectés avec l'approbation expresse ou tacite de l'Etat sur le territoire duquel ils se trouvent, au service de l'Etat étranger.

ART. 3. Néanmoins, le créancier au profit duquel une chose appartenant à un Etat, à un souverain ou à un chef d'Etat étranger, est *expressément* mise en gage, ou donnée en hypothèque par cet Etat, ce souverain ou chef d'Etat, peut, le cas échéant, la retenir ou la faire saisir.

ART. 4. Les seules actions recevables contre un Etat étranger sont :

1° Les actions réelles, y compris les actions possessoires se rapportant à une chose immeuble ou meuble, qui se trouve sur le territoire ;

2° Les actions fondées sur la qualité de l'Etat étranger, comme héritier ou légataire d'un ressortissant du territoire, ou comme ayant droit à une succession ouverte sur le territoire ;

3° Les actions qui se rapportent à un établissement commercial ou industriel ou à un chemin de fer, exploités pour l'Etat étranger sur le territoire ;

4° Les actions pour lesquelles l'Etat étranger a expressément reconnu la compétence du tribunal. — L'Etat étranger qui, lui-même, forme une demande devant le tribunal, est réputé avoir reconnu la compétence de ce tribunal, quant à la condamnation aux frais du procès et quant à une demande reconventionnelle résultant de la même affaire; de même l'Etat étranger qui, en répondant à une action portée contre lui, n'excipe pas de l'incompétence du tribunal, est réputé l'avoir reconnu comme compétent;

5° Les actions découlant de contrats conclus par l'Etat étranger sur le territoire, si l'exécution complète, sur ce même territoire, en peut être demandée d'après une clause expresse ou d'après la nature même de l'action;

6° Les actions en dommages-intérêts, nées d'un délit ou quasi-délit, commis sur le territoire.

ART. 5. — Ne sont point recevables : les actions intentées pour des actes de souveraineté, ou découlant d'un contrat du demandeur comme fonctionnaire de l'Etat, ni les actions concernant les dettes de l'Etat étranger, contractées par souscription publique.

ART. 6. — Les actions intentées contre des souverains ou chefs d'Etat étranger sont soumises aux règles posées aux articles 4 et 5.

ART. 7. — Toutefois, les actions qui résultent d'obligations, contractées avant l'avènement du souverain ou la nomination du chef d'Etat, sont régies par les règles ordinaires de compétence.

ART. 8. — Les ajournements, tant pour les souverains ou chefs d'Etat que pour les Etats eux-mêmes, se font par la voie diplomatique.

ART. 9. — Il est désirable que, dans chaque Etat, les lois de procédure accordent des délais suffisants pour que, dans le cas d'action portée ou de saisie demandée ou pratiquée contre un souverain ou chef d'Etat ou contre un Etat étranger, il puisse en être fait rapport au gouvernement du pays dans lequel l'action a été portée, ou la saisie demandée ou pratiquée.

Ces résolutions nous paraissent, dans leur ensemble, dignes d'être approuvées. Remarquons que l'Institut ne s'est pas proposé de résumer les règles généralement suivies en fait, mais plutôt celles qui devraient être suivies, qui lui semblent mériter d'être conventionnellement adoptées entre nations. Il élargit singulièrement le champ des exceptions à la règle de l'incompétence des tribunaux, pour statuer sur les actions dirigées contre des Etats ou des souverains étrangers. Nous sommes loin de lui en faire un grief. Au surplus, ces résolutions, prises sur le rapport et les conclusions de M. de Bar, n'ont fait que consacrer le projet de celui-ci, lequel avait été soumis au préalable à l'examen d'une commission composée d'un grand nombre de sommités de la science du droit international (1). Cette extension de compétence n'a rencontré d'opposants formels au sein de la commission, qu'en la personne de MM. Gabba et Westlake. M. de Bar a parfaitement résumé les objections de ceux qui nient en, principe, la compétence des tribunaux envers les Etats et souverains étrangers. Elles se fondent : 1° sur une jurisprudence traditionnelle ; 2° sur le vieil adage *par in parem non habet jurisdictionem*, adage conforme au principe de la souveraineté et de l'indépendance des Etats ; 3° sur l'impossibilité d'exécution en règle ; 4° sur la crainte de troubler les bonnes relations internationales. Il répond, nous paraît-il, d'une façon complète à ces diverses objections (2). Il y avait répondu, du reste, d'avance dans son ouvrage, où il se livre à une dissertation des plus savantes sur la question. Il nie l'existence de la jurisprudence traditionnelle que l'on invoque, et prouve que la jurisprudence ancienne est plutôt défavorable à l'immunité dont il s'agit, par l'autorité non suspecte de Bynkershoek et d'autres jurisconsultes. Quant à la doctrine moderne, elle est partagée ;

(1) La commission, chargé d'étudier cette question, comprenait, outre les deux rapporteurs, MM. de Bar et Westlake : MM. Aschehough, Brusa, Demangeat, Esperson, Féraud Giraud, Fusinato, Gabba, Glasson, Hartmann, Kalendero, Lehr, de Montluc, Pradier-Fodéré, Renault, Rolin-Jaequemyns, Rydin et Weiss.

(2) *Annuaire de l'Institut*, T. XI, pp. 414 et ss.; T. II, pp 660 et ss.

mais nous devons reconnaître que la jurisprudence la plus récente tend plutôt à considérer l'immunité de juridiction comme absolue, ou peu s'en faut. En ce qui touche le vieil adage *par in parem non habet jurisdictionem*, il n'appartient d'après lui, qu'au droit interne (surtout à celui du Saint Empire, au temps féodal), et ne s'appliquait qu'à la juridiction pénale. Quant à l'impossibilité d'exécution, elle n'existe pas toujours, et, lorsqu'elle existe, un jugement bien motivé d'un tribunal indépendant n'est-il pas une grande force morale? Enfin la crainte de troubler les bonnes relations internationales ne semblait guère émouvoir Bynkershoek, en un temps où l'on était beaucoup plus disposé à faire la guerre qu'aujourd'hui. « Au temps des arbitrages internationaux, cette crainte est-elle bien fondée? »

69. — L'objection, la grande objection toute moderne tirée de la souveraineté des Etats, de leur indépendance, de leur égalité, devrait s'opposer, si elle était fondée, à ce que les tribunaux d'un Etat soient jamais compétents pour prononcer sur une action dirigée contre un Etat ou un souverain étranger. Or, les partisans les plus intransigeants de cette théorie admettent que, dans certains cas, ces tribunaux sont compétents, par exemple en matière d'actions réelles, et surtout d'actions réelles immobilières. Au surplus la souveraineté et l'indépendance des Etats ne sont plus absolues de nos jours. La souveraineté a ses limites : ne dit-on pas qu'elle expire à la frontière? L'indépendance fait souvent place, par la force irrésistible des choses, à une espèce d'*inter-dépendance*. Comme le fait très bien observer M. de Bar, dans un langage élevé « la souveraineté absolue ne répond qu'à un isolement absolu de l'Etat ». Et il cite, dans le même sens, M. Hartmann. « Si l'Etat veut avoir du commerce avec les autres Etats, s'il entre dans la société des autres Etats civilisés, des restrictions de la souveraineté s'imposent, dictées par la nature des choses, ou les conséquences de la bonne foi que déjà les Romains regardaient comme fondement du commerce et des relations internationales. Donc, quand la bonne foi

exige qu'un Etat reconnaisse la compétence d'un tribunal étranger, il n'y a pas lieu d'accuser le jugement comme empiétant sur la souveraineté étrangère. Et si vraiment la souveraineté n'était jamais soumise, dans quelques relations, à une autre souveraineté, la renonciation à cette qualité essentielle serait-elle valable? Il faut répondre négativement... » Ces considérations ont convaincu l'Institut, et d'éminentes autorités en droit international partagent aujourd'hui l'opinion dont ses résolutions sont, dans leur ensemble, l'expression assez exacte[1]. Mais peut-être l'Institut eût-il pu distinguer plus nettement les actions intentées contre l'Etat étranger, ou le souverain étranger, à raison d'actes de souveraineté, de celles qui sont dirigées contre eux à raison des obligations qui leur incombent comme personnes privées, de celles qui ne concernent ni les droits de la souveraineté, ni le domaine public éminent. Quant aux premières, nous sommes parfaitement disposé à admettre l'incompétence absolue des tribunaux étrangers, et on soutient qu'il en est ainsi notamment des obligations naissant d'emprunts contractés par l'Etat étranger, ou des agissements de celui-ci vis-à-vis d'un de ses fonctionnaires. Mais quant aux obligations de la deuxième catégorie, l'insaisissabilité des objets mobiliers mentionnés dans l'art. 1 des résolutions, et des immeubles servant à l'habitation effective d'un souverain, qui se trouve en territoire étranger, suffit, en thèse générale, pour éviter les complications internationales, sans qu'il faille y ajouter l'immunité de juridiction. L'idée qu'un souverain puisse avoir à répondre devant nos tribunaux de ses obligations contractuelles, ou quasi-contractuelles, dès que ceux-ci sont compétents, d'après les règles ordinaires, ne blesse pas plus le principe de l'indépendance et de la souveraineté respectives des Etats, que la compétence de nos tribunaux, pour statuer sur des actions en dommages-intérêts dirigées

(1) V. dans ce sens : Bynkershoek. *De foro legatorum*. ch. XXIII, souvent cité par erreur à l'appui de l'opion contraire. — G. F. v. Martens. *Précis du droit des gens*, I, § 147. — Klüber. *Völkerrecht*, § 50. — Heffter. Id., § 53. — Demangeat sur Fœlix, I, n. 15 ; et beaucoup d'autres, cités par M. de Bar, T. II, p 670, entre autres Laurent, Spée, Fr. v. Martens, Fiore, Weiss, Macri, Gianzana, etc...

contre eux du chef de délits ou quasi-délits commis sur notre territoire. Nous pensons même que l'action civile contre le souverain étranger, du chef d'un délit commis sur le territoire, présente plus d'inconvénients et de dangers que l'action, résultant d'une simple obligation contractuelle, ayant sa source dans une convention formée sur le territoire. Les résolutions de l'Institut admettent, avec raison, selon nous, la compétence des tribunaux du territoire, quant aux actions formées contre les Etats étrangers, ou contre des souverains étrangers, en leur qualité d'héritiers ou légataires d'un ressortissant du pays où la succession s'est ouverte. Mais ne voit-on pas que cela conduit à permettre de les actionner devant des tribunaux étrangers, du chef d'obligations contractées par leur auteur? Pourquoi dès lors ne pourraient-ils être attraits devant ces tribunaux, aux fins d'exécution de leurs propres obligations contractées par eux comme personnes privées? Nous n'en voyons pas la raison.

La question la plus palpitante peut-être, qui puisse surgir ici, est celle de savoir, si un Etat étranger, ou le souverain qui la représente, peut être actionné devant un tribunal étranger, à raison d'emprunts contractés par émission d'obligations au porteur. Il semble bien qu'il s'agisse ici d'engagements nés d'un contrat ordinaire. Ecartons d'abord le cas, où les tribunaux étrangers seraient incompétents *ratione loci*, ce qui peut fort bien arriver, et supposons qu'il ne le soit pas. Seraient-ils incompétents *ratione materiae?* Chaque fois que la question s'est présentée devant les tribunaux, non-seulement en France, mais en Allemagne, ils se sont déclarés incompétents. M. de Bar n'approuve pas les motifs sur lesquels reposent ces décisions, mais il en admet la justesse dans le cas où il s'agit d'emprunts contractés, comme le sont les emprunts d'Etats de nos jours, en vertu d'une loi financière spéciale(1). Il observe que, dans ce cas, la

(1) De Bar. Op. cit., pp. 680 et 673. — En sens contraire: De Paepe. *Competence civile vis-à-vis des Etats étrangers*, n° 25. — Demangeat, dans son rapport à la Chambre des requêtes pour l'arrêt de cassation de 1875.

puissance publique se réserve expressément ou tacitement de modifier le contrat par une loi spéciale, dans le cas où elle ne serait pas en état de l'exécuter. Et il induit cette réserve tacite du fait même que le contrat a été placé sous le régime d'une loi spéciale, probablement parce qu'une loi peut toujours être modifiée par une loi subséquente. « A la vérité, aussi longtemps qu'une loi nouvelle, décrétant en somme la banqueroute, n'est pas venue modifier le contrat, une action peut-être introduite devant les tribunaux du pays. Mais une action devant les tribunaux étrangers serait toujours exclue, parce que l'Etat en recourant à la forme solennelle de la loi ou d'un décret pour établir les conditions du contrat, a imprimé aux obligations qui en résultent un caractère différent de celui des obligations privées ordinaires ». Tout ce raisonnement est des plus subtils et des plus ingénieux, mais il ne nous paraît pas irréfutable. Lorsque l'emprunt d'Etat est contracté en vertu d'une loi spéciale, c'est parce que la constitution intérieure de l'Etat l'exige pour que le gouvernement puisse engager l'Etat, mais il ne nous paraît pas que les obligations de celui-ci en soient diminuées, surtout vis-à-vis des obligataires étrangers, et nous ne voyons pas comment il en résulterait une réserve tacite du droit de modifier le contrat par une loi postérieure. Tout ce que l'on peut dire, c'est qu'après tout un Etat ne peut pas plus qu'un particulier être tenu d'exécuter ses engagements, lorsque cela lui est impossible, et qu'il est conforme au principe de l'indépendance et de la souveraineté des Etats que lui seul apprécie cette impossibilité. D'où nous concluons que, sans nul doute, lorsqu'un Etat réduit arbitrairement sa dette par une loi spéciale, ou réduit les intérêts de celle-ci, une action tendant au paiement intégral de ces intérêts, ou du capital échu ne serait recevable devant aucun tribunal; mais que lorsqu'une loi pareille, véritable loi de banqueroute, n'a pas été édictée, l'action est parfaitement recevable, même devant les tribunaux étrangers, pourvu qu'ils soient compétents *ratione loci*. Et les mêmes principes

nous paraissent applicables aux emprunts provinciaux ou communaux étrangers, lorsque le taux de l'intérêt ou le chiffre du capital est réduit par des délibérations légalement prises.

70. — Mais lorsque l'Etat est assigné à raison d'actes accomplis par lui, non comme puissance publique, mais comme personne civile, d'actes qui constituent, par exemple, la gestion de son patrimoine, ou de contrats ordinaires, semblables à ceux que pourrait accomplir un simple particulier, et qu'il a posés non *jure imperii*, mais *jure gestionis*, suivant les expressions assez heureuses de M. Gianzana[1], il n'y a aucune raison pour que les tribunaux étrangers déclinent leur compétence, si d'ailleurs ils sont compétents *ratione loci*. Il en est de même des souverains étrangers, fussent-ils en dehors du territoire, et il en est à plus forte raison ainsi, lorsqu'il s'agit d'engagements qu'ils ont pris, non comme représentants de l'Etat mais pour leur compte personnel. Supposons maintenant qu'ils se trouvent sur le territoire de l'Etat, dont les tribunaux ont été saisis, la fiction de l'exterritorialité peut-elle produire plus d'effet que l'exterritorialité effective? Evidemment non. Ils ne peuvent donc avoir plus de privilèges que le souverain se trouvant véritablemet hors du territoire, que dans la mesure où leur inviolabilité l'exigerait impérieusement. Exige-t-elle qu'ils soient à l'abri de toutes poursuites judiciaires du chef des engagements privés qu'ils auraient pris? Nous ne l'admettons en aucune manière. Tout ce qu'elle peut exiger à cet égard, c'est qu'ils soient à l'abri de mesures d'exécution sur leurs personnes, et sur tout ce qui sert à leur usage personnel : habitation, mobilier de celle-ci, voitures, équipages, chevaux, etc... En leur garantissant cette immunité, on fait, et peut-être au delà, tout ce que commande le maintien des bonnes relations internationales.

(1) Gianzana. *Lo straniero nel diritto civile italiano*, II, nº 103.

C. — *Exemptions d'impôts.*

71. — M. Weiss enseigne que les souverains et ambassadeurs étrangers sont, en principe, affranchis des impôts personnels directs, auxquels leurs nationaux sont assujettis sur le territoire français ainsi que les Français eux-mêmes, que la contribution personnelle et mobilière ne leur incombe point, et que, quant à celle des portes et fenêtres et à l'impôt foncier, ils ne grèvent que les immeubles non affectés à leur demeure ou à celle des personnes de leur suite. Cela est, selon nous, trop absolu. Les immeubles qu'*ils habitent* ne sont évidemment déchargés de la contribution foncière, que si la charge en devait retomber sur eux, sinon, il n'y a pas d'ombre de motif pour que ces immeubles en soient dégrevés. Quant à la contribution des portes et fenêtres, nous la considérons comme une contribution personnelle. L'on admet généralement qu'ils sont affranchis des droits de douane et d'octroi, mais qu'il n'en est pas de même quant aux droits de péage institués, pour subvenir aux frais de construction des routes et ponts, quant aux droits de timbre, d'enregistrement et de mutation. Où donc est le motif de la distinction? Nous l'avons vainement cherché dans les auteurs. Il nous paraît que le souverain étranger doit être affranchi des droits, auxquels il serait assujetti à raison du fait seul de son entrée ou de son séjour dans un autre pays, ou dans une ville de ce pays. Mais il n'y a aucune raison pour l'exempter des droits dont la perception ne se fait pas directement à sa charge, ni de ceux, qui, basés uniquement sur la propriété immobilière, grèvent celle-ci en quelque lieu que soit le propriétaire. M. Weiss [1] indique comme non compris, en France, dans l'exemption : l'impôt frappant les objets de consommation achetés en France, le droit de timbre exigé pour les quittances et décharges, les droits d'octroi, d'enregistrement et de mutation relatifs aux contrats qu'ils passent ou aux successions qu'ils recueillent en France. Nous pensons que la question serait décidée

(1) Op. cit., p. 187.

et est décidée pratiquement en Belgique dans le même sens bien qu'elle n'ait été décidée ni par une loi, ni par un arrêté royal. En France on va jusqu'à admettre que les prestations et réquisitions militaires sont imposées aux agents diplomatiques accrédités dans ce pays, lorsqu'elles sont dues par les biens fonds qu'ils possèderaient ou afferme-raient à titre personnel.

### N° 2. — Des agents diplomatiques.

72. — Les agents diplomatiques que l'on appelle aussi ministres publics, ambassadeurs, ministres plénipoten-tiaires etc... sont les personnes qui ont reçu d'un gouvernement les pouvoirs nécessaires, pour le représenter auprès d'un autre Etat, et sont accrédités par lui à ce titre. On distingue généralement plusieurs classes d'agents diplomatiques. Mais cette distinction sort du cadre de notre travail, et n'a aucune importance au point de vue des privilèges et immunités qui leur sont généralement reconnus, Ces privilèges appartiennent même aux simples chargés d'affaires, qui ne sont accrédités qu'auprès du ministre des affaires étrangères et non du souverain. Nous allons les examiner rapidement.

#### A. — *Inviolabilité.*

73. — L'inviolabilité de l'agent diplomatique a été beaucoup plus anciennement admise, comme nous l'avons vu, et est commandée par des nécessités plus pressantes encore que celle du souverain étranger. Il en est de même en ce qui concerne l'inviolabilité de sa demeure, inviolabilité qui s'étend à son mobilier, à ses équipages etc... On ne peut ni les saisir, ni y faire aucune perquisition. Il semble toutefois que Bluntschli leur refuse, en termes plus catégoriques encore qu'aux souverains étrangers, le droit d'asile[1]. Il cite divers exemples historiques de cas, dans lesquels ce droit d'asile a été nettement méconnu. Il est vrai que ces exemples sont anciens ; mais n'est-ce point parce que les

(1) Bluntschli. Op. cit., p. 135 et la note.

abus sont devenus plus rares? Nous pensons qu'il faut suivre en général, en ce qui les concerne, les mêmes principes que quant aux souverains étrangers de passage ou de résidence en notre territoire. On n'a fait, en somme, qu'étendre aux souverains des règles depuis longtemps admises quant aux agents diplomatiques. C'est de cette inviolabilité, et d'elle seule, que nous déduisons les immunités de juridiction qu'ils peuvent invoquer. Il est bon de remarquer toutefois qu'il existe, à cet égard, une différence entre l'agent diplomatique et le souverain étranger. L'immunité de juridiction peut résulter pour le souverain, quelque soit le lieu où il se trouve, de sa qualité de souverain, en tant qu'il est assigné comme représentant l'Etat dont il est le chef. Elle n'appartient jamais à l'agent diplomatique, si tant est qu'elle doive rationnellement lui être reconnue, que dans le pays où il est accrédité et non dans le pays où il est simplement de passage [1]. Il n'y a aucun motif rationnel pour la lui reconnaître ailleurs.

B. — *Immunités de juridiction.*

74. — Nous avons déjà vu que, dans beaucoup de pays, la jurisprudence tend à exagérer les immunités de juridiction qui doivent être reconnues aux agents diplomatiques, comme aux souverains étrangers. Que l'immunité de juridiction, *en matière répressive*, doive leur être attribuée, cela ne peut, à notre avis, faire l'objet d'un doute, et sous ce rapport, l'on est à peu près unanime, sauf les restrictions indiquées plus haut à propos des souverains étrangers. Mais il s'en faut de beaucoup qu'il en soit de même en ce qui concerne *la juridiction civile*. Les auteurs sont, à cet égard, très partagés. Observons, au point de vue du droit positif, que, dans le projet du Code civil, on lisait à la suite de l'art. 3, un article ainsi conçu : « Les étrangers, revêtus d'un caractère représentatif de leur nation en qualité d'ambassadeurs, de ministres, d'envoyés, ou sous quelque

(1) La question est controversée. Nous avons admis l'opinion implicitement adoptée par l'Institut de droit international dans sa session de Cambridge en 1895. (*Annuaire* de 1895.)

autre dénomination, ne seront point traduits, ni en matière civile, ni en matière criminelle devant les tribunaux de France. Il en sera de même des étrangers qui composent leur famille et qui sont de leur suite. » Cet article a été supprimé par le motif que « la matière appartenait au droit des gens ». A notre avis, on ne peut conclure de cette suppression ainsi motivée qu'une chose : c'est que la question a été réservée. Il existait cependant un décret de la Convention nationale du 13 ventose an II, qui semble consacrer l'immunité de juridiction des agents diplomatiques par la généralité de ses termes et que l'on considère comme tel. Ce décret, publié en Belgique, porte expressément : « La Convention nationale interdit à toute autorité constituée d'attenter en aucune manière, à la personne des envoyés des gouvernements étrangers ; *les réclamations qui pourraient s'élever contre eux seront portées au Comité de salut public, qui seul est compétent pour y faire droit* ». M. De Paepe, dans son ouvrage sur la compétence des tribunaux vis-à-vis des souverains étrangers, des agents diplomatiques etc. [1], conteste cependant avec énergie, malgré la jurisprudence, qu'il puisse recevoir application en matière civile, et il se fonde principalement sur les circonstances et les motifs qui l'ont inspiré, et sur le fait même qu'il n'a pas été fait la moindre allusion à ce décret lors de la suppression de l'article du projet de Code civil dont nous avons fait mention plus haut. Ces arguments nous paraissent très sérieux. On ne conçoit pas, du reste, que le Comité de salut public fût érigé en juge d'une contestation civile ; et, dans tous les cas, on ne conçoit pas que le décret de la Convention pût être considéré comme encore en vigueur, lorsqu'il n'existait plus de Comité de salut public. Divers arrêts ont admis cependant qu'en vertu de

(1) Un des plus savants magistrats de notre Cour supréme, M. De Paepe, s'est prononcé formellement contre le système généralement admis par la jurisprudence moderne. (*B. j.*, 1894 et Traité de la compétence civile à l'égard des Etats étrangers.) Nous croyons que la pratique des tribunaux finira par se conformer à ces tendances actuelles de la doctrine, et réagira contre une conception exagérée du principe de la souveraineté des nations, et des exigences des relations internationales.

ce décret, les tribunaux français ne pouvaient recevoir aucune action dirigée contre des agents diplomatiques étrangers [1]. Mais cette conséquence a paru tellement outrée à la doctrine, qu'elle a cherché à concilier avec les termes du décret certaines distinctions assez difficilement compatibles avec ceux-ci. C'est ainsi qu'on a prétendu distinguer entre les actions personnelles et mobilières d'une part, et les réelles ou mixtes de l'autre. Ces dernières ne seraient point, à proprement parler, dirigées contre les agents diplomatiques, et les termes du décret ne s'appliquent pas aux revendications et actions ou saisies immobilières [2]. La distinction nous semble bien subtile. Dire qu'une action immobilière n'est point dirigée contre l'agent diplomatique parce qu'elle vise un immeuble, c'est confondre l'objet de la demande et la personne à laquelle elle s'adresse. On ne peut sérieusement échapper à l'application du décret que, si l'on admet avec M. De Paepe, qu'il n'établit pas d'immunité de juridiction en matière civile, et n'a en vue que les réclamations politiques et les poursuites en matière répressive, ou bien que, par la force des choses, il n'est plus susceptible d'application aujourd'hui.

75. — Telle est effectivement notre opinion, et nous estimons que la matière n'est règlée par aucun texte, qu'en conséquence il faut se placer exclusivement sur le terrain de la théorie, au moins dans notre pays, tout en tenant compte des usages internationaux pour peu que ceux-ci soient constants. M. Pasquale Fiore, qui considère le décret de la Convention comme affranchissant en principe l'agent diplomatique de la juridiction civile, déclare que le même principe est admis par la législation italienne, et par celles de la Russie, de l'Autriche, de l'Espagne, de l'Angleterre, de la Turquie, et d'autres nations. Mais il ne cite aucun texte, et n'en accepte pas moins comme très raisonnable la distinction préconisée par Dal-

(1) Il est remarquable cependant que le décret de la Convention n'a été invoqué pour la première fois que dans les arrêts de Paris du 12 juillet 1867. Dalloz, 1868. II, 201. — Dans le même sens : Cass. Fr., 19 janvier 1891. Dalloz, 1891, I, 297.

(1) Dalloz. Rép. V. agents diplomatiques, n° 119.

loz dans les termes suivants : « Si la citation a pour objet un acte dont les conséquences puissent porter atteinte à la liberté de l'ambassadeur, et par conséquent à son inviolabilité, ainsi qu'au paisible exercice de ses fonctions, cette citation serait nulle, et pourrait même donner lieu à de justes réclamations. Mais, si la citation a pour objet d'obliger l'ambassadeur à reconnaître, à exécuter un engagement purement civil et non susceptible de contrainte par corps, comme il n'en peut résulter aucune voie de fait sur sa personne, aucun empêchement à l'accomplissement de sa mission, la citation est alors valable, et elle peut recevoir effet sur les biens de l'ambassadeur sous les distinctions que nous allons établir. » Ces distinctions se résument : en ce que l'on ne peut saisir les effets à l'usage du ministre, ni même ses deniers, puisqu'ils peuvent lui être indispensables pour son entretien, pour soutenir l'éclat de sa maison, ni l'immeuble qui lui sert d'habitation. La plupart des auteurs admettent des exceptions plus ou moins nombreuses à l'immunité de juridiction des agents diplomatiques en matière civile, et cette immunité a trouvé en outre des adversaires énergiques dans Laurent, et dans M. De Paepe.

76. — L'opinion extrême, d'après laquelle on ne devrait leur reconnaître aucune immunité de juridiction en matière civile, a cependant encore peu de partisans. Les résolutions de l'Institut de droit international, dans sa session de Cambridge en 1895, nous paraissent rendre compte assez fidèlement des idées actuellement prédominantes sur cette question délicate. Nous croyons devoir les reproduire ici.

« ART. 12. — Le ministre public à l'étranger, les fonctionnaires officiellement attachés à sa mission, et les membres de leur famille, *demeurant* avec eux, sont exempts de toute juridiction civile ou criminelle de l'Etat auprès duquel ils sont accrédités ; en principe, ils ne sont justiciables, soit au civil, soit au criminel, que des tribunaux de leur propre pays. Le demandeur pourra s'adresser au tribunal de la capitale du ministre, sauf le droit du ministre de faire la preuve qu'il a un autre domicile dans son pays.

» ART. 13.—(Concerne les crimes.)

» ART. 14.—L'immunité survit aux fonctions quant aux actions se rattachant à l'exercice des dites fonctions. En ce qui concerne les actions ne s'y rattachant pas, l'immunité ne peut être invoquée que pendant la durée même des fonctions.

» ART. 15. — Ne peuvent se prévaloir du bénéfice de l'immunité, les personnes appartenant par leur nationalité au pays auprès du gouvernement duquel elles sont accréditées.

» ART. 16. — L'immunité de juridiction ne peut être invoquée :

» 1° En cas de poursuites exercées à raison d'engagements contractés par la personne exempte, non en sa qualité officielle ou privée, mais dans l'exercice d'une profession exercée par elle dans un pays, concurremment avec ses fonctions diplomatiques;

» 2° En matière d'actions réelles, y compris les actions possessoires, se rapportant à une chose *meuble* ou *immeuble* qui se trouve sur le territoire.

» Elle subsiste, même en cas de contravention dangereuse pour l'ordre ou la sécurité publique ou de crime attentatoire à la sûreté de l'Etat; sans préjudice du droit pour le gouvernement territorial de prendre telles mesures conservatoires qu'il appartiendra.

» ART. 17.—Les personnes jouissant de l'immunité de juridiction peuvent refuser de comparaître, comme témoins, devant une juridiction territoriale, à condition, si elles en sont requises par voie diplomatique, de donner leur témoignage même, dans l'hôtel de la mission, à un magistrat du pays délégué auprès d'elles à cet effet. »

77. — Ces résolutions nous paraissent dans leur ensemble dignes d'approbation, et leur adoption par les Etats constituerait un progrès notable. Au point de vue de la théorie pure, nous serions cependant partisan d'une distinction nette et précise entre le droit d'action, et les mesures d'exécution. Ce qui peut porter atteinte à l'indépendance de l'agent diplomatique, ce qui peut compro-

mettre son inviolabilité personnelle, ce n'est pas la réclamation judiciaire formée contre lui dans le pays où il exerce ses fonctions, c'est le recours à certaines voies d'exécution, à la contrainte par corps, à la saisie de tout ce qui est à son usage personnel, de son hôtel, de ses meubles, de ses équipages etc... Dès que l'on admet que l'agent diplomatique est assujetti à la juridiction des tribunaux du pays, où il exerce ses fonctions, en matière réelle, mobilière ou immobilière, ainsi que pour tous les engagements contractés par lui dans l'exercice d'une profession, exercée par lui concurremment avec ses fonctions diplomatiques, la brêche est ouverte ; et par cette brêche on peut faire pénétrer dans la forteresse, où se retranche le privilège de l'agent diplomatique, le droit de l'assigner devant les tribunaux locaux en bien d'autres matières. Aussi Bluntschli, parlant des souverains étrangers, admet-il la compétence des tribunaux des pays où ils se trouvent, dès que c'est devant eux que la demande devrait être formée dans le cas où il demeurerait réellement à l'étranger, et que le jugement peut être exécuté sans porter atteinte à la dignité et à l'indépendance de l'étranger ; et il ne cite les actions réelles qu'à titre d'exemple. Il est vrai que Bluntschli subordonne la compétence des tribunaux locaux, non-seulement à la condition qu'ils fussent également compétents, au cas où le souverain demeurerait réellement en pays étranger, mais à celle que le jugement puisse être exécuté sans porter atteinte à l'indépendance et à la dignité de l'Etat étranger. Cette dernière condition ne semble toutefois pas de nature à pouvoir limiter la juridiction, mais les modes d'exécution. L'impossibilité éventuelle de l'exécution n'est pas en général limitative du droit d'action, dans les relations juridiques ordinaires. Pourquoi le serait-elle s'agissant de l'agent diplomatique?

78. — Si l'exécution n'est pas possible immédiatement, elle peut le devenir ultérieurement. Aussi ne pouvons-nous pas comprendre la distinction que l'on établit entre les dettes commerciales et les dettes civiles. Ces dernières sont aussi sacrées que les autres, et les conséquences d'une

condamnation ne sont pas plus graves. Il nous est impossible de comprendre ce que les bonnes relations internationales peuvent gagner, à ce que les agents diplomatiques des puissances étrangères et leurs femmes, comme cela s'est vu, puissent s'installer somptueusement, faire des dépenses considérables, accumuler les engagements, et opposer ensuite une exception d'incompétence à leurs malheureux créanciers qui les assignent devant les tribunaux *loci contractus*, en les invitant à s'adresser aux tribunaux de leur pays d'origine, où ces créanciers n'ont aucune relation, et où la justice est peut-être imparfaitement organisée, incertaine et coûteuse. Dans certaines affaires surtout, où des enquêtes, des expertises et visites de lieux sont nécessaires, cela équivaudrait presque à un déni de justice. Et le seul résultat de ce système serait non d'assurer, mais de compromettre le crédit et partant la dignité du ministre d'une puissance étrangère [1].

79. C'est en Angleterre, semble-t-il, que l'on a reconnu l'immunité de juridiction de l'agent diplomatique, en matière

(1) De nombreuses décisions judiciaires ont admis en France l'incompétence absolue des tribunaux français, à l'égard des agents diplomatiques d'une puissance étrangère. Mais ce n'est qu'en 1867 que l'on s'est appuyé, pour la première fois, sur le décret de la Convention cité plus haut (Cour de Paris, 12 juillet 1867). La Cour de cassation de France fonde également sa décision sur ce décret, dans son arrêt du 21 août 1891 (D., 1891, 2, 592). Quelques arrêts font exception pour les engagements commerciaux de l'agent. L'incompétence a été admise également, en principe, par deux arrêts de la Cour de Bruxelles des 30 déc. 1840 et 4 fév 1893, sinon dans le dispositif, au moins dans les considérants. L'Institut de droit international semble avoir maintenu la fiction de l'exterritorialité à quelques autres points de vue. C'est en vertu de l'exterritorialité qu'il conserve au ministre public à l'étranger son domicile d'origine, notamment pour ce qui concerne la détermination du lieu d'ouverture de sa succession. Mais la fiction de l'exterritorialité n'est nullement nécessaire pour cela, pas plus que pour déclarer valables en la forme les actes faits par le ministre public ou son représentant personnellement, en sa qualité officielle, et conformément à sa loi nationale, relativement à ses nationaux, pas plus que pour déclarer son hôtel exempt du logement militaire et des taxes qui le remplacent, ou pour lui permettre d'avoir dans son hôtel une chapelle de son culte. Elle est, d'autre part, en contradiction formelle avec la règle qui lui prescrit d'observer la *lex loci*, quant à tous les actes qui intéressent une personne n'appartenant pas au pays qu'il représente etc..., qui assujettit à cette loi les actes conclus dans l'hôtel de la mission, et auxquels le ministre ou ses agents n'avaient pas qualité pour intervenir à titre officiel, avec celle qui lui prescrit de s'abstenir de toute manifestation extérieure de son culte dans les pays où l'exercice de ce culte n'est pas autorisé (art. 7 à 10 des résolutions de l'Institut). Nous partageons donc l'opinion des auteurs de plus en plus nombreux, qui repoussent et condamnent d'une manière absolue cette fiction.

civile, dans la mesure la plus large, et elle a été consacrée par le statut 7, chap. 12, de la reine Anne. L'ambassadeur de Russie avait été arrêté dans les rues de Londres pour une dette de peu d'importance. A la suite des réclamations du Czar, il fut décrété qu'à l'avenir toutes actions ou procédures contre un ambassadeur ou un ministre public d'un Etat étranger, ou contre une personne quelconque attachée à son service, et celles ayant pour objet la saisie de ses biens meubles ou immeubles, seraient nulles et de nul effet. A la différence du souverain étranger, l'ambassadeur ne peut pas renoncer à cette immunité. Cette règle a toujours été suivie depuis en Angleterre. Mais, comme nous l'avons dit, elle ne nous paraît pas commandée par les exigences des relations internationales. L'arrestation d'un ambassadeur était évidemment un abus; mais on a été trop loin en réagissant contre cet abus. C'était les voies d'exécution que l'on devait limiter, plutôt que la juridiction.

### C. — *Exemptions des impositions.*

80. — Au témoignage de Pasquale Fiore, l'on trouve établi dans les dispositions des lois intérieures de plusieurs Etats de l'Europe, en faveur du ministre public, le privilège de l'exemption du paiement des impositions tant directes qu'indirectes (1). Nous ne connaissons aucune loi d'où résulterait pour eux en Belgique un privilège aussi étendu. La loi du 3 octobre 1815, art. 55, accorde seulement aux ambassadeurs étrangers l'exemption du droit de douane pour leurs effets. Par analogie, et conformément à la pratique générale des Etats, on accorde, en Belgique, aux agents diplomatiques étrangers, l'exemption des impositions personnelles, comme du reste aux souverains étrangers. Cette exemption est rationnelle, dit M. Fiore, parce que *sa qualité d'étranger* empêche qu'il ne soit assimilé aux nationaux. L'insuffisance de ce motif saute aux yeux, puisque les étrangers peuvent être assujettis aux *impositions personnelles*. Mais il semble qu'il attribue à

(1) *Droit international*, T. II, p. 589.

ces mots un sens très restreint, car il termine en disant : « Remarquons que le ministre ne peut pas prétendre d'être dispensé de payer toutes les impositions communales, comme celles des portes et fenêtres, de consommation etc. Il peut exiger seulement d'être dispensé de loger de la troupe dans sa maison, et cela par le principe de l'inviolabilité, et par le respect que l'on doit à la personne de l'ambassadeur (1). » Bluntschli dit que l'envoyé doit être exempté du paiement de tout impôt, mais il ne s'explique pas clairement sur ce qu'il entend par l'*impôt*, qu'il oppose *aux autres contributions* (2). Weiss l'assimile complètement à cet égard aux souverains étrangers et nous pensons que cette assimilation est rationnelle. Pour les uns et les autres, mais pour les envoyés diplomatiques surtout (et c'est pour eux qu'elle présente de l'importance, les souverains séjournant rarement d'une façon prolongée en pays étranger), l'exemption ne repose en général que sur des usages. Weiss ne cite à l'appui de la pratique suivie en France, que des circulaires et instructions ministérielles. D'après les usages français, l'envoyé diplomatique étranger n'est soumis ni à la contribution personnelle et mobilière, ni à celle des portes et fenêtres, ou même à l'impôt foncier, quand ils grèvent des immeubles affectés à leur demeure ou à celle des personnes de leur suite. Mais l'impôt foncier, qui grève les immeubles qui ne leur servent pas de demeure, pourrait être exigé de l'agent diplomatique, et leur exemption ne s'étend pas aux contributions indirectes, telles que l'impôt de consommation frappant les objets de consommation achetés en France (droits de régie sur les vins), le droit de timbre exigé pour les quittances et décharges, les droits d'enregistrement et de mutation relatifs aux contrats passés ou aux successions recueillies en France. Telle est à peu de chose près la pratique suivie en Belgique (4).

(1) Fiore. *Droit international*, T. II, p. 592.
(2) P. 142
(3) P. 137.
(4) Conformément à des circulaires successives des 15 juin 1855, 22 fév. 1871, et 23 mai 1877, il est admis en Belgique que « les receveurs doivent s'abstenir de remettre des formules de déclarations aux agents diplomatiques et consulaires, aux conseillers, aux secrétaires et aux attachés de légation, ou d'ambassade » (*Répertoire admin.*, 565, § 86 et R. 539 et 540).

81. — Dans ces limites l'usage est rationnel. Il importe, dans le but d'éviter de mettre des entraves quelconques à l'envoi de l'agent diplomatique dans notre pays par une puissance étrangère (et le maintien des relations diplomatiques entre nations est de leur intérêt commun), de ne pas soumettre l'envoyé à des prestations quelconques, à raison du seul fait de son entrée ou de sa résidence dans notre pays. Et cela est surtout important, lorsque, comme dans le cas des impositions personnelles et mobilières, et même de l'impôt foncier, en tant qu'il grève l'hôtel de l'envoyé, la fixation et la perception de l'impôt pourraient donner lieu à des mesures vexatoires, à des saisies mobilières, à des perquisitions difficilement conciliables avec le principe de l'inviolabilité de la demeure et des effets à l'usage de l'agent diplomatique. Nous admettons donc l'exemption de l'impôt, mais dans une mesure moins étendue que Bluntschli, un peu plus large toutefois que ne semble l'admettre M. Pasquale Fiore. C'est une espèce de système transactionnel d'autant plus plausible en pareille matière, que, quand il s'agit de définir avec précision l'exemption d'impôts dont jouissent les ministres diplomatiques, les auteurs sont très vagues et très incertains [1].

### N° 3. — Des Consuls.

82. — Les consuls ne sont point accrédités auprès de l'Etat ou du souverain. Ils n'ont pas de lettres de créance, mais sont munis d'une commission ou de lettres de provision, et doivent recevoir de l'Etat, sur le territoire duquel ils exercent leurs fonctions, une autorisation ou un exequatur.

Les immunités des consuls sont nécessairement beaucoup moins étendues que celles des agents diplomatiques. La fiction de l'exterritorialité ne s'étend pas à eux. Il

(1) L'Institut propose de déclarer les ministres publics à l'étranger exempts : 1° des impôts personnels directs et des taxes somptuaires ; 2° des impôts généraux, soit sur la fortune, soit sur le capital, soit sur le revenu ; 3° des décimes de guerre ; 4° des droits de douane quant aux objets à leur usage personnel. Nous croyons que cela est rationnel et conforme aux usages les plus généralement reçus.

n'est qu'une immunité qu'on leur reconnaisse d'une manière pour ainsi dire universelle : c'est l'inviolabilité de leurs bureaux ou chancelleries; mais la plupart des traités leur imposent l'obligation de tenir les papiers ou registres relatifs à la chancellerie, séparés de leurs autres papiers. Pour le surplus, les règles suivies, en ce qui les concerne, sont très diverses. En Belgique, un arrêté royal du 30 novembre 1830 les exempte des logements militaires. La loi du 1er janvier 1856, régularisant la situation des consuls étrangers, telle qu'elle était définie par l'arrêté royal du 5 juin 1822, dont la force légale était contestée, les divise en trois catégories. Ceux de nationalité belge n'ont droit à aucune exemption d'impôts, mais ils sont exempts, d'après cette loi, du service de la garde civique et de tout autre service personnel local, pourvu qu'ils fournissent la preuve que les Etats dont ils tiennent leur commission, accordent de semblables immunités aux consuls de Belgique de la même catégorie (art. 1 et 2). Et il en est de même des consuls de nationalité étrangère, ayant établi leur domicile en Belgique avec autorisation du gouvernement. La 2e catégorie comprend les consuls de nationalité étrangère, qui ne sont point établis en Belgique avec autorisation du gouvernement, mais qui exercent un commerce ou une profession quelconque. Ils jouissent exactement des mêmes exemptions que les premiers, mais sans devoir justifier de la réciprocité. Enfin les consuls de nationalité étrangère, et qui, outre leurs fonctions consulaires, n'exercent aucun commerce ni industrie quelconque, sont exempts :

1° De la contribution personnelle au profit de l'Etat, des provinces ou des communes;

2° Du service de la garde civique, et de tous autres services personnels locaux;

3° Des logements militaires.

Ainsi cette loi n'affranchit plus des logements militaires que les consuls de la 3e catégorie. Et elle exige de plus, pour qu'ils jouissent de cette immunité, comme de celle mentionnée sous le n° 1, qu'ils justifient que les mêmes

immunités sont accordées par les gouvernements, dont ils sont les mandataires, aux consuls belges de la même catégorie (art. 5).

Toutefois la loi du 16 juin 1884 a abrogé les dispositions de la loi du 1er janvier 1856, en ce qui concerne l'exemption de la garde civique, ainsi que l'art. 22 de la loi du 8 mai 1848 qui consacrait déjà le même principe.

83. — Mais la Belgique a conclu, avec nombre de pays étrangers, des traités ou conventions consulaires, ou de commerce et de navigation, d'où résulte une singulière extension des privilèges et immunités des consuls étrangers dans notre pays. L'une des plus étendues et des plus explicites de ces conventions est la convention consulaire du 10 novembre1880 avec le Portugal. Mais plusieurs autres pays en peuvent réclamer le bénéfice, parce qu'ils ont stipulé le traitement de la nation la plus favorisée. La convention avec le Portugal stipule entre autres droits et immunités : 1° l'exemption de tout service dans l'armée ou dans la garde civique; 2° celle des contributions directes, sauf le cas où le consul exerce une profession, une industrie ou un commerce; 3° l'interdiction de toute arrestation préventive du consul, si ce n'est pour crimes; 4° l'obligation pour les autorités judiciaires de les faire interroger par écrits, comme témoins, ou de recevoir leurs dépositions à domicile, le tout à la condition que le consul soit citoyen de l'Etat de qui il tient ses fonctions. Cette convention confère en outre au consul le droit de recevoir des conventions, entre citoyens de sa nation et ceux du territoire, et même tous actes relatifs à des affaires à traiter, ou à des biens situés sur le territoire de la nation du consul; et ces actes feront foi en justice devant les tribunaux des deux nations. Elle lui attribue la connaissance exclusive de tous différends surgis en mer, ou dans les ports, entre capitaine, officiers ou hommes d'équipages, particulièrement en ce qui concerne les salaires et leurs engagements réciproques, et des pouvoirs spéciaux pour requérir la livraison des marins déserteurs; en matière d'avaries, de nau-

frages ; et pour les mesures conservatoires à prendre dans le cas de décès d'un Portugais en Belgique ou d'un Belge en Portugal. Inutile de dire que ce traité consacre également l'inviolabilité des bureaux et des chancelleries consulaires. Nous croyons superflu de nous étendre davantage sur ces matières spéciales, dans un traité qui embrasse l'ensemble du droit international privé, et nous nous bornons à renvoyer aux traités[1]. La loi du 31 décembre 1851 règle, dans leur ensemble, les attributions des consuls belges, en pays étranger, et en particulier dans les pays hors chrétienté. Cette loi a été légèrement modifiée par celle du 25 juin 1883.

M. Engelhardt, ministre plénipotentiaire de France à Gênes, membre de l'Institut de droit international, a présenté à cette société un projet de résolutions, tendant à faire bénéficier les consuls de carrière des immunités de juridiction généralement reconnues aux agents diplomatiques. Ce serait à notre avis étendre, sans nécessité, une exception au droit commun que nous trouvons déjà regrettable pour ces derniers. Les situations ne sont pas les mêmes[2].

(1) V. entre autres les conventions et traités avec l'Italie, le 22 juillet 1878 ; les Etats-Unis, 9 mars 1880 ; la Serbie, 5/17 janvier 1885 ; le Venezuela, 1er mars 1884 ; la Prusse, 28 mars 1863, etc. Quelques traités stipulent l'inviolabilité des habitations consulaires.

(2) *Annuaire de* 1891.

# TITRE III.

## DE LA LOI QUI RÉGIT L'ÉTAT, LA CAPACITÉ ET LES RAPPORTS DE FAMILLE.

84. — Nous nous proposons surtout d'indiquer ici les principes généraux du droit international privé, tels qu'ils sont reconnus ou devraient être reconnus actuellement en Belgique, sous l'empire de la législation existante. Mais nous ferons une part à la critique et à la comparaison des principes admis chez nous, avec ceux appliqués en pays étranger. Nous croyons même ne pouvoir nous abstenir de mentionner les changements que le nouveau projet de Code civil belge apporte à notre système actuel, et qui seront probablement sanctionnnés par le législateur. Ces changements nous paraissent, en effet, conformes dans leur ensemble au développement actuel du droit international privé.

85. — *La capacité, l'état, et comme conséquence de l'état, les rapports de famille de l'étranger, quel que soit le lieu où il se trouve, sont régis par la loi de sa nationalité.* — Cette règle ne résulte pas d'une disposition expresse du Code civil, mais on l'induit par analogie de l'art 3, aliéna 3 : « Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger. » Ce qui fortifie cette induction, c'est le texte des aliénas 1 et 2 du même article qui ne soumettent d'une manière absolue à la loi française que les immeubles, et qui n'assujettissent *tous ceux qui* habitent le territoire qu'aux lois de police et de sûreté. D'où l'on peut conclure, d'une part

que les lois françaises ne *régissent pas nécessairement tous les meubles* qui se trouvent sur le territoire, d'autre part, que les lois autres que celles de police et de sûreté n'obligent pas nécessairement la personne des étrangers.

86. — Mais les travaux préparatoires démontrent de plus, que l'intention des auteurs du Code a été de consacrer la distinction traditionnelle des statuts réels et des statuts personnels, bien que le terme *statut* ne figure pas dans le Code. Les paroles de Portalis, dans l'exposé des motifs du titre préliminaire, de Faure, l'orateur du tribunat, de Tronchet surtout, le président de la commission, ne laissent à cet égard pas l'ombre d'un doute. Aussi Merlin était-il arrivé déjà, sans la moindre hésitation, à cette conclusion; et il enseigne que l'on doit admettre, pour l'étranger, le même principe que pour le Français, *à titre de réciprocité* (1). L'expression à titre de réciprocité a cependant évidemment trompé sa pensée. Il a voulu dire que ce principe devait être admis par une conséquence nécessaire de l'autre, et si nous pouvons nous exprimer ainsi, *par un juste retour*. Il n'y a pas seulement raison d'analogie, comme l'observe Laurent avec raison (2) : il y a identité dans les situations.

S'il est vrai, au surplus, que les auteurs du Code ont *entendu consacrer l'ancienne théorie des statuts*, et l'on en trouve la preuve dans les deux autres dispositions de l'art. 3 et dans les travaux préliminaires, ils ont par cela même admis la règle que *l'état et la capacité constituent un statut personnel*. L'innovation consiste en ce que le statut personnel dérivera désormais non plus *du domicile*, mais *de la nationalité*, en ce qu'il ne sera plus régi par la loi du domicile, mais par la loi de la nation à laquelle un individu appartient.

87. — Mais l'art. 3 ne parle pas explicitement des *rapports de famille et des droits* qui en dérivent; et M. Laurent approuve, en principe, la distinction que les légistes allemands et italiens établissent entre les droits

(1) V. Loi, § VI, nº 6. Répertoire.
(2) T. 2, p. 79.

d'état et les droits de famille. « On ne peut pas dire que le mariage, la puissance paternelle, l'adoption, la tutelle soient un état ». Mais ils sont la source de l'état, ainsi qu'il le reconnaît lui-même, et par cela même que l'on dit que l'état d'un étranger est régi par la loi de sa nationalité, on admet nécessairement que les actes qui en ont été la source, et les effets qui en dérivent, doivent être appréciés d'après les mêmes lois. Rien ne servirait de dire que l'état d'un étranger, c'est-à-dire l'ensemble de ses qualités personnelles, c'est-à-dire sa qualité de père, d'époux, de fils légitime sont régis par la loi de sa nation, et ce principe serait stérile, si l'on n'admettait la même règle en ce qui concerne les actes qui en constituent le fondement, les conséquences qui en découlent. L'état d'une personne, c'est en résumé la personne elle-même avec ses droits et ses obligations vis-à-vis de ses semblables, avec sa capacité et ses incapacités. « En droit français » dit Laurent, « cette doctrine est certaine; on ne distingue pas entre la famille et l'état ». Je me borne à citer le témoignage de Pothier : « On appelle *statuts personnels* les dispositions coutumières qui ont pour objet principal de régler l'état des personnes. Telles sont celles qui concernent *la puissance paternelle, la tutelle des mineurs et leur émancipation, l'âge requis pour tester, la puissance maritale* ».

88. — M. Asser constate que l'on comprend dans les lois sur l'état et la capacité « celles qui concernent la qualité d'enfant légitime ou illégitime, la majorité et la minorité, l'état de mariage ou de célibat, le divorce, la filiation, la puissance paternelle, l'adoption, l'émancipation, la tutelle, l'autorité maritale, et les droits de la femme mariée, en un mot toutes les lois qui déterminent les rapports juridiques d'une personne avec sa famille, ainsi que celles qui déterminent si elle est capable et dans quelle mesure elle est capable de faire des actes juridiques. » Nous partageons absolument cette opinion qui, en fait, est aussi celle de M. Laurent, bien qu'il fonde son interprétation des mots *état et capacité* plutôt sur la tradition que sur la théorie rigoureuse.

89. — Tel est certainement le système qui domine actuellement dans la jurisprudence et dans la doctrine françaises et belges. Mais il s'en faut cependant qu'elle soit admise sans contradiction, au moins en ce qui concerne les effets du principe. Nous ne parlerons que pour mémoire du système de M. Mailher de Chassat, suivant lequel l'étranger ne peut jamais se prévaloir en France, dans ses rapports avec un Français, de la loi étrangère qui régit son état et sa capacité : il n'a pas trouvé de faveur. Mais d'autres auteurs établissent des distinctions. Ils n'admettent pas que l'étranger, en France, soit régi d'une manière absolue, en ce qui concerne notamment sa capacité, par la loi de sa nationalité. Suivant M. Valette [1], la loi nationale de l'étranger ne saurait recevoir application au préjudice d'un Français. D'où la conséquence, qu'il ne pourra se prévaloir de sa minorité aux termes de la loi étrangère, s'il est majeur d'après la loi française, pour demander l'annulation d'un contrat qu'il aurait fait avec un Français. La raison qu'il invoque à l'appui de cette distinction est purement utilitaire : c'est la difficulté qu'il y a pour le Français à connaître la loi personnelle de l'étranger. M. Demolombe admet le même principe en le subordonnant à la condition que le Français n'ait commis aucune imprudence, aucune légèreté. Il y a des arrêts en ce sens.

Notons tout d'abord que la distinction restreinte dans ces limites est des plus délicates. Quand pourra-t-on reprocher au Français une imprudence ou une légèreté? M. Demolombe croit que c'est quand il s'agira d'opérations importantes, comme d'une vente d'immeubles, ou d'un prêt d'argent. Dans ce cas il faudra rechercher : « si l'étranger était depuis longtemps ou récemment arrivé en France, s'il y avait ou non sa résidence habituelle, si les conditions de la vente, de l'emprunt ne sont pas telles qu'elles accusent la bonne foi du Français; si enfin il résulte des faits qu'il s'est informé, comme il le devait beaucoup plus sérieusement pour des actes de cette

(1) Valette sur Proudhon, T. I.

importance, de l'état et de la capacité de l'étranger, et que celui-ci lui a fourni des renseignements trompeurs ». Et il ajoute que, suivant toutes ces circonstances il maintiendrait ou annulerait l'obligation (1).

Les doctrines d'équité ont toujours un côté particulièrement séduisant aux yeux des tribunaux, qui se laissent parfois trop facilement entraîner à dépasser la portée de leur mission légale. Aussi ne faut-il pas s'étonner que ce système ait trouvé faveur dans la jurisprudence. L'éminent jurisconsulte aurait pu ajouter à l'appui de la thèse : que pour certaines opérations, par exemple, les ventes d'immeubles, on a le loisir de prendre des informations, précisément parce que ce ne sont pas des opérations journalières, comme les fournitures d'aliments, de marchandises à l'usage des personnes. La question est déjà plus délicate pour les loyers des maisons. Il eût pu faire observer que la résiliation d'une vente d'immeubles ne portera pas, en général, un préjudice aussi grand au Français ayant traité avec un étranger incapable, d'après sa loi nationale, que la résiliation d'une vente mobilière, puisqu'il rentrera en possession de l'immeuble vendu. Mais toutes ces considérations d'équité, d'utilité et d'opportunité, excellentes à consulter pour le législateur, sont sans valeur pour l'interprête, et ne nous paraissent pas justifier une distinction dont il est impossible de trouver le moindre germe dans la loi.

90. — On peut soutenir, avec M. Mailher de Chassat, que, la loi française ne contenant aucune disposition expresse relativement à l'application de la loi étrangère sur le sol français, cette loi étrangère ne peut embrasser que les rapports juridiques nés sur le sol étranger, et ne régira jamais ceux qui se forment sur le sol français. Cela est faux selon nous, mais c'est une thèse incontestablement logique, bien qu'elle soit presque universellement repoussée. Ce qui n'est plus logique, ce qui est de la fantaisie pure, de l'opportunisme en matière d'interpréta-

(1) Demolombe. Edit. belge, T. I, p. 40.

tion, c'est d'accepter que l'étranger doit être en principe, régi par sa loi nationale quant à sa capacité, que cette règle découle de l'article 3 du Code civil, et de faire une distinction, une exception à cette règle, pour le cas où l'intérêt d'une personne privée française pourrait en souffrir. Il y a une exception à cette règle, exception qui la confirme, qui trahit et révèle une seconde fois son existence, et confirme l'argument tiré de l'art. 3, al. 1, c'est celle qui résulte de l'alinéa 3 du même article « les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire ». Mais ici il s'agit d'un intérêt public au premier chef, d'un intérêt d'ordre moral et social, non d'un intérêt privé. Il n'y en a aucune au profit de l'intérêt privé du Français.

91. — Nous disions que le système de Demolombe avait cependant trouvé faveur dans la jurisprudence française. Il en a été ainsi notamment dans une espèce souvent citée. « Lizardi, sujet mexicain, mineur d'après la loi mexicaine, qui fixe à vingt cinq ans l'âge de la majorité, avait d'un côté souscrit en France des lettres de change pour une somme de 60,000 francs, de l'autre, acheté d'un joaillier français des bijoux dont la facture s'élevait à 95,000 francs. Son tuteur fit prononcer la nullité des lettres de change qu'il avait souscrites, comme l'ayant été par un incapable (Paris, 20 février 1858); mais la Cour de Paris, par un autre arrêt, du 18 juillet 1859, et après elle la Cour de cassation, le 16 janvier 1861, n'en déclarèrent pas moins pleinement valables les ventes de bijoux faites à Lizardi, reconnaissant ainsi que ce dernier devait en acquitter le prix. » M. Laurent a fait une critique incisive et parfaitement juste, à notre avis, de cette jurisprudence capricieuse, et nous croyons ne pouvoir mieux faire que de la rapporter ici textuellement. « La Cour commence par dire que le statut personnel de l'étranger peut être admis *par réciprocité*, c'est l'expression de Merlin; il faudrait dire par analogie ou par identité de motifs; or, là où l'on applique un texte par analogie, il y a un texte: ce texte n'oblige-t-il pas le juge,

surtout quand il résulte de la tradition et des travaux préparatoires, que la volonté formelle des auteurs du Code a été d'admettre le statut personnel de l'étranger? La Cour ne dit rien, ni de la tradition, ni de la discussion du Conseil d'Etat, ni des discours des orateurs, ni des changements apportés au texte. Elle se borne à déclarer qu'il *convient* d'apporter à l'application du statut étranger des *restrictions* et des *tempéraments*, sans lesquels il y aurait danger incessant d'erreur et de méprise au préjudice des Français. Rien de mieux si les tribunaux avaient pour mission de faire la loi, ou d'y déroger par des considérations d'équité; mais la Cour de cassation a bien des fois décidé le contraire. La Cour répond ensuite à l'objection que faisait le pourvoi: que chacun doit connaître la capacité de celui avec qui il contracte. Cette règle, dit-elle, ne saurait être aussi strictement et aussi rigoureusement appliquée à l'égard des étrangers contractant en France. Je reviendrai sur ce point. Il suffit alors, poursuit la Cour, que le Français ait traité sans légèreté, sans imprudence, et avec bonne foi. — *Il suffit!* Ou est-il dit que cela suffit? Dans la tradition? Non. Dans la discussion du Conseil d'Etat? Non. Dans les discours des orateurs du gouvernement et du tribunat? Non. Ce sont les interprètes, magistrats et auteurs qui ont inventé ce *tempérament*, lequel est, en réalité, une dérogation à la loi. N'est-ce pas donner à la jurisprudence et à la doctrine le droit de faire la loi, d'admettre ou de rejeter le statut personnel, alors que la volonté bien certaine du législateur a été de le consacrer sans restriction aucune, tel qu'il a toujours été admis? Je n'entre pas dans le détail des faits: toutefois, il me semble que la vente d'un collier de 25,000 francs, et des fournitures de bijoux pour 38,495 francs, valaient la peine de s'enquérir de la capacité de celui qui fait de pareils achats, d'autant plus que son nom même indiquait une origine étrangère. Quoi qu'il en soit, ces difficultés de fait n'ont rien de commun avec la question de droit, tant que le législateur n'a pas permis au juge d'en tenir compte... [1] »

(1) Laurent. T. II, pp. 86 et ss.

C'est évidemment à la loi et aux traités à remédier à ces inconvénients d'un principe trop absolu; il n'appartient pas aux juges de corriger et d'améliorer l'œuvre du législateur.

92. — Cette doctrine paraît cependant, suivant une note insérée dans le Recueil de jurisprudence de Dalloz, sous un arrêt de la Cour de Paris du 8 février 1883 (1), prévaloir dans la jurisprudence actuelle. Cet arrêt a décidé, contrairement du reste à un jugement du tribunal de commerce de la Seine que : « les règles du statut personnel, en ce qui concerne notamment la majorité d'un étranger souscripteur d'effets de commerce créés en France, ne sont point absolues, et qu'il peut y être dérogé à raison de circonstances particulières, telles que le cas de fraude ». Ainsi des traites souscrites au profit de négociants français par un étranger, mineur d'après les lois de son pays, pour marchandises qui lui ont été fournies, peuvent être validées, s'il est établi que cet étranger *a induit en erreur* les bénéficiaires de ces traites, avec lesquels il était en relations continuelles d'affaires, en leur dissimulant son extranéïté, *et que ceux-ci* n'ont point commis de faute et d'imprudence qui leur soit imputable... Et que, de plus, cet étranger quoique mineur était autorisé par sa mère, veuve, à faire le commerce. Le seul argument de droit que nous trouvions dans cet arrêt, si c'en est un, est celui-ci : « que la règle de statut personnel ne saurait *sans péril* être appliquée *sans tempérament* au regard des étrangers résidant passagèrement en France, et y contractant avec des commerçants français. » Et c'est tout!

En somme, l'on ne sait pas au juste quelle est la portée de l'arrêt. Mais nous croyons que l'arrêtiste s'exprime d'une façon trop générale, trop absolue en y voyant une confirmation de la doctrine exposée dans l'arrêt de 1861. La décision dont il s'agit ici est une décision d'espèce. La Cour ne relève pas seulement l'absence d'imprudence et de légèreté dans le chef des commerçants français.

(1) Dalloz. 1884. II, p. 24.

Elle constate que le sieur Hartogs, mineur d'après la loi hollandaise, qui fixe l'âge de la majorité à 23 ans, avait tout le premier induit les demandeurs en erreur, en leur dissimulant son extranéïté, alors qu'il était en relations continuelles d'affaires avec eux, que, de plus, il était autorisé par sa mère à faire le commerce, qu'enfin il a tiré profit des ventes qui lui avaient été faites et dont les traites représentaient le prix. Il y a là une tendance manifeste à exiger la fraude, pour que le statut personnel de l'étranger cesse d'être applicable. Cette tendance s'est accusée beaucoup plus nettement dans un jugement du tribunal civil de la Seine du 8 juin 1886, confirmé par la Cour d'appel de Paris le 14 novembre 1887(1). Il s'agissait d'une femme mariée d'origine portugaise. Le tribunal applique la loi portugaise en ce qui concerne son incapacité de s'obliger. Il est vrai que la loi française dispose dans le même sens. Mais au point de vue du droit, la question est indifférente. Ce qui est important, c'est que la Cour décide que : « le seul fait, par une femme mariée, de dissimuler son état ne suffit pas pour soustraire les tiers aux conséquences du défaut d'autorisation maritale, pas plus qu'une déclaration de majorité n'aurait pour résultat, ainsi que le porte l'article 1307 C. civ. de relever le mineur de son incapacité; qu'il est donc indifférent que la dame Négrao ait souscrit les billets ou reconnaissances dont il s'agit au procès, sous ses noms de fille Bischoff de Mérianne, noms que, séparée de fait de son mari, elle portait ordinairement dans l'existence libre qu'elle s'était créée; qu'il est de principe qu'on doit s'assurer de l'état de ceux avec qui l'on contracte; que ce principe ne saurait fléchir qu'en présence de manœuvres employées pour dissimuler cet état etc. » Et il résulte du développement de ces idées, que ces manœuvres doivent avoir le caractère de manœuvres frauduleuses, cas auquel l'incapable répond de son délit ou de son quasi-délit.

(1) Dalloz. *Recueil*, 1888, — 2, p. 226.

Si telle est la portée actuelle de la jurisprudence, nous n'y avons guères d'objection. Le mineur, en âge de discernement, la femme mariée répondent toujours de leur délit, et même de leur quasi-délit. Mais il n'en résulte pas nécessairement que les engagements souscrits par eux soient valables. Il en résultera simplement que, s'ils ont induit en erreur au sujet de leur capacité, et ce au moyen de manœuvres frauduleuses, celui avec lequel ils ont contracté, ils sont obligés de réparer le dommage que ce dernier subit par suite de cette erreur. Et ce dommage, notons-le, ne se confond pas nécessairement avec celui qui résulterait de l'annulation éventuelle de l'engagement.

93. — L'art. 1307 du C. civ. dispose que la simple déclaration de majorité ne fait point obstacle à la restitution du mineur. A plus forte raison ne peut-elle faire obstacle à l'intentement de l'action en nullité. On connait le motif de cette disposition. La déclaration de majorité était un moyen trop souvent opposé par un créancier à l'action en restitution, de son débiteur, et il avait soin d'exiger une déclaration de ce genre. Au surplus, comme le faisait remarquer l'orateur du gouvernement, la fausseté d'une pareille déclaration peut facilement être vérifiée par le créancier sur les registres de l'état civil. Il n'en est pas tout à fait de même de la déclaration faite par un étranger, soit quant à sa nationalité, soit quant à son âge, à son état de famille. La vérification peut être difficile. Nous ne croyons pas cependant qu'une fausse déclaration suffise, en elle-même, pour priver le mineur du bénéfice de l'action en restitution ou en nullité. En thèse générale, elle n'est faite que si elle est demandée; et si elle est demandée, il en résulte que celui qui traite avec le mineur a une arrière-pensée, certaines craintes. Il est tenu alors d'en vérifier le fondement.

Il ressort de l'examen auquel nous nous sommes livré, que la jurisprudence française tend à se dégager de la distinction fantaisiste, imaginée par Valette et Demolombe, acceptée par Demangeat, le commentateur de

Fœlix, contrairement à l'opinion de ce dernier. L'absence de légèreté et d'imprudence de la part de celui qui a contracté avec l'étranger ne parait plus suffire, d'après les derniers arrêts, pour priver celui-ci du bénéfice de son incapacité aux termes de sa loi nationale. Il faut davantage. Il faut le dol, les manœuvres frauduleuses. On se rapproche ainsi de la doctrine plus rigoureuse, plus respectueuse des lois existantes, enseignée par Merlin, Duranton, Fœlix, Weiss, Laurent, etc. Nous plaçant au point de vue du droit positif, nous nous bornons à citer les autorités belges ou françaises.

94. — Nous reconnaissons que ce système, dans sa forme absolue, n'est pas sans inconvénients; et M. Laurent lui-même, dans son avant-projet de révision du Code civil belge, proposait une disposition ainsi conçue : « L'étranger qui contracte en Belgique doit déclarer son statut personnel; s'il ne le fait pas, les tiers qui contractent avec lui de bonne foi pourront demander l'application du statut belge. » Mais une disposition de ce genre n'est pas sans présenter de graves inconvénients et des dangers palpables. Aussi la commission de révision du Code civil belge n'a-t-elle pas cru devoir se l'approprier. Elle pose en principe que l'état et la capacité des personnes, ainsi que les rapports de famille, sont régis par les lois de la nation à laquelle les personnes appartiennent (art. 4). Elle a rejeté la restriction proposée par Laurent « parce que les lois, qui établissent des incapacités personnelles, ont pour but de protéger ceux qui en sont l'objet contre leurs propres écarts, et cette protection ne peut s'arrêter aux frontières du pays auquel l'incapable appartient ». Il est évident que la disposition de Laurent tendrait à rendre cette protection illusoire. L'art. VI des résolutions délibérées par l'Institut, à Oxford, établit en son alinéa 1$^{er}$ : que l'état et la capacité d'une personne sont régis par les lois de l'Etat auquel elle appartient par sa nationalité. Les alinéas 2 et 3 se bornent à stipuler l'application de la loi du domicile à celui qui n'a pas de nationalité connue, et à disposer que, dans le cas où

plusieurs lois civiles différentes coexistent dans le même Etat, les questions relatives à l'état et à la capacité de l'étranger seront décidées suivant le droit intérienr de l'Etat auquel l'étranger appartient. C'est encore, dans ce dernier cas, l'application de la loi nationale.

95. — En Belgique la jurisprudence est de plus en plus favorable à l'application de la loi étrangère, en ce qui concerne le statut personnel de l'étranger. Il est vrai que, par un arrêt du 25 février 1831, la Cour de Bruxelles a décidé que la femme mariée étrangère, qui a contracté dans les Pays-Bas des engagements envers des régnicoles, sans autorisation de mari ni de justice, ne peut se prévaloir de la loi de son pays pour en demander la nullité. Mais il est à remarquer que cette décision a été rendue sous l'empire des idées étroites, qui étaient alors en faveur, quant à la situation de l'étranger. Le même arrêt décide qu'elle ne peut invoquer davantage, à cet effet, les lois du pays où elle a contracté, « l'étranger ne jouissant des droits civils en ce royaume que dans les cas prévus par les articles 11 et 13 du Code civil ». Personne aujourd'hui n'irait jusques là. Dès le 25 avril 1849, la même Cour réagissait et décidait que : « l'étranger mineur de moins de vingt-cinq ans, d'après les lois de son pays, mais ayant atteint l'âge de la majorité voulu par les lois belges, est incapable de contracter en Belgique. » Le tribunal d'Anvers jugea dans le même sens le 31 juillet 1863. Il est vrai que, par arrêt du 14 août 1869, la Cour de Liége en revient, dans une certaine mesure, à la théorie ancienne, à la distinction établie par Demolombe. Mais il est manifeste, à notre avis, que la Cour de Liége a subi à cette époque l'influence de certaines doctrines admises dans les considérants d'un arrêt de la Cour de cassation du 8 février 1849. Cette Cour avait décidé, le 22 juillet 1845, contrairement aux conclusions de M. le procureur général Leclercq, que les sociétés anonymes étrangères avaient qualité pour ester en justice en Belgique en se fondant sur ce que l'art. 3, C. civ. « s'étend nécessairement et par réciprocité aux étrangers qui se trouvent en Belgique », et

sur ce que les sociétés anonymes étrangères, comme personnes morales, tombaient sous l'application de cet article. Dans son arrêt du 8 février 1849, elle était revenue sur cette jurisprudence, et se rangeant cette fois de l'avis de M. Leclercq, elle les avait déclarées inhabiles à ester en justice en notre pays. Seulement, renchérissant sur les conclusions du procureur général, elle ne s'était pas bornée, dans les considérants de l'arrêt, à condamner l'assimilation d'une personne morale étrangère à une personne physique au point de vue de l'art. 3. Elle ajoutait: « que cet article *ne prescrit pas aux tribunaux de déterminer l'état et la capacité des étrangers d'après les lois de leur pays*, et que, si l'on admet en Belgique et ailleurs, que l'état et la capacité des étrangers sont régis par les lois de leur pays, ce n'est que par application du droit des gens, fondé sur l'usage universel des peuples, et seulement avec les restrictions que ce droit y comporte, que cette application n'est pas admise toutes les fois que l'application de la loi étrangère dans un pays serait de nature à y compromettre la tranquillité intérieure, l'ordre public, ou les intérêtis nationaux publics *ou privés* ». Il n'est donc plus queston de l'art. 3, et la Cour admettait que l'application de la loi étrangère, dictée seulement par le droit des gens, pouvait être exclue, même lorsqu'elle était seulement en contradiction avec des intérêts privés. Sans doute, elle ne s'est prononcée sur ce point que d'une manière incidente, mais on conçoit l'influence de cet arrêt sur la doctrine de la Cour de Liége. Et néanmoins cette Cour elle-même est revenue sur sa jurisprudence. Conformément aux conclusions de M. l'avocat général Faider, elle a décidé le 31 décembre 1879 que : « le principe édicté par l'art. 3, § 3, du Code civil est absolu et doit recevoir son application, sauf le cas où le statut personnel de l'étranger blesserait une loi d'ordre public en Belgique, qu'il est certain que le législateur a voulu que l'étranger en Belgique soit, quant à son statut personnel, dans la même position que le Belge résidant à l'étranger, et que, dès lors, l'étranger est régi d'une façon absolue par sa loi

personnelle, peu importe qu'il ait un domicile en Belgique, qu'il n'y ait pas de réciprocité dans son pays, que l'intérêt d'un Belge puisse être lésé, et que le Belge, avec lequel il a contracté, n'ait commis aucune imprudence ».

96. — Notons que, depuis cette époque, la Cour suprême et les Cours d'appel belges ont maintes fois jugé, notamment à l'occasion du divorce, que si l'étranger est régi en Belgique par sa loi nationale quant à son statut personnel, ce n'est point par application des principes un peu vagues, un peu incertains du droit des gens, mais par application *inverse*, vice-versâ, si nous pouvons nous exprimer ainsi de l'art. 3 du C. civ. C'est ainsi que la Cour de cassation, en rejetant, le 9 mars 1882, un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles qui s'était prononcée en ce sens, a décidé « que l'arrêt attaqué, loin de contrevenir à l'art. 3 du Code civil, en a fait l'application, en tenant compte, dans l'affaire, des lois anglaises régissant le statut personnel [1] ». C'est bien dire que, si la Cour d'appel n'avait pas fait application de cet article, elle l'eût violé; en d'autres termes : que l'art. 3 prescrit implicitement l'application à l'étranger de sa loi nationale en ce qui concerne son statut personnel, notamment son état et sa capacité.

97. — Nous avons dit que cela comprenait les rapports de famille. Bien qu'il n'en soit pas question en termes exprès dans l'art. 3, ce point n'a pas fait, en principe, l'objet de contestations aussi sérieuses que la capacité à l'effet de contracter. Nous n'entrons pas pour le moment dans le détail. L'on reconnaît d'une manière très générale que l'étranger, qui met le pied sur notre territoire, conserve son état de famille, tel qu'il est établi par la loi étrangère. Bien plus, il peut exercer les droits, il est assujetti aux obligations qui en découlent, sous la seule réserve du respect des lois d'ordre public absolu en vigueur sur le territoire. Mais c'est une très grave et très difficile question, que celle de savoir ce qu'il faut entendre

(1) *B. j.*, 1882, p. 468.

ici par lois d'ordre public; elle sera examinée plus loin. Non-seulement ces règles sont généralement admises en France et en Belgique, mais il en est ainsi dans les autres pays où l'on admet que le statut d'état et de capacité est un statut personnel. Il en est ainsi en Allemagne, en Italie, par exemple, où l'on distingue cependant le statut d'état du statut de famille. Waechter admet même la personnalité du statut de famille, tout en restreignant le statut d'état dans les limites les plus étroites. Mais M. de Bar admet, en principe, la personnalité de l'un et de l'autre. Le code italien, art. 6, dispose d'abord : que l'étranger est régi en Italie par la loi étrangère, quant à son état et à sa capacité, et il établit ensuite la même règle, quant à ses droits de famille. Nous avons déjà fait observer, dans le cours de notre introduction historique, que jusqu'ici la science et la jurisprudence anglo-américaine répugnaient à l'application des conséquences de ce principe, par des raisons purement utilitaires, et uniquement déduites de l'intérêt des nationaux, mais que la théorie du statut personnel semblait en voie d'opérer un travail de pénétration lente dans l'esprit des savants, appartenant à cette école. Nous n'avons pas à y revenir, et nous ne croyons pas avoir à combattre le système, d'après lequel la capacité d'un individu devrait être appréciée uniquement, d'après la loi du lieu où il se trouve au moment où il accomplit un acte juridique, ou d'après la loi de la situation de l'immeuble sur lequel son activité juridique s'exerce. Il est trop irrationnel d'admettre qu'en règle un individu, majeur et capable d'après sa loi nationale, ou d'après la loi de son domicile, puisse retomber en état de minorité, parce qu'il se trouvera momentanément dans un autre pays, pour redevenir capable dès qu'il l'aura quitté et réciproquement. En thèse générale, les règles relatives à la capacité et à l'incapacité ne sont pas des règles capricieuses et arbitraires. Elles sont basées sur la capacité ou l'incapacité réelle, appropriées dans chaque pays, avec une exactitude plus ou moins grande, mais avec plus de chances d'exactitude pour la nation à laquelle l'individu appartient,

au développement intellectuel et physique plus ou moins précoce de l'être humain, aux conditions sociales dans lesquelles il naît, croît, se forme et s'agite, aux institutions politiques de chaque Etat, à ses mœurs, à sa civilisation, à la densité de la population, à mille et une circonstances que l'Etat étranger est incompétent pour juger. Il ne faut donc pas s'étonner que la loi nationale tende de plus en plus à prendre la place de la loi du domicile, comme loi personnelle de l'individu. Néanmoins, certains auteurs semblent encore donner la préférence à la loi du domicile, et en pratique il est hors de doute qu'elle prédomine encore dans quelques Etats. C'est le résultat d'une tradition juridique ancienne qui a eu sa raison d'être, qui n'en a plus de nos jours, ainsi que nous allons essayer de le démontrer.

98. — Il est incontestable que l'ancienne théorie des statuts s'attachait à la loi du domicile. Et cela se conçoit aisément. Les conflits de lois en matière de droit privé surgissaient beaucoup plus souvent entre sujets d'un même Etat, à raison de la diversité extrême des législations ou des coutumes, dans un même pays, qu'entre personnes appartenant à des Etats différents. Il en a été ainsi en Italie où cette doctrine a pris naissance; il en a été de même en France, spécialement dans la France coutumière, où cette importation italienne a été introduite et développée par les éminents jurisconsultes du XVI$^{e}$ siècle, et le mot même de statuts était employé en Italie pour désigner les législations locales, par opposition au droit romain que l'on considérait comme loi générale. Dans cet état de choses il était tout naturel que l'on considérât comme la loi personnelle d'un individu, la loi de son domicile. La loi de la nationalité, lorsqu'il existait dans une même nation une diversité infinie de lois, n'aurait pas fourni le moyen de résoudre les conflits. Il est tout naturel que, pour les cas relativement rares où le conflit se produisait entre législations d'Etats différents, on ait admis la même base pour la solution de ces difficultés. Peut-être pourrait-on expliquer de la même manière que les auteurs allemands,

Savigny entre autres, se soient prononcés en faveur de la loi du domicile, bien que telles ne soient pas les raisons invoquées par eux à l'appui de leur opinion. Les auteurs anglo-américains enseignent aussi que le statut personnel est régi par la loi du domicile, tout en faisant en pratique très bon marché de ce principe, en ce qui concerne la majorité et la minorité, notamment lorsqu'il s'agit de contrats conclus par des étrangers en Angleterre ou dans les Etats-Unis. C'est ainsi que Dudley Field (1) pose en principe que : la capacité ou l'incapacité civile d'un individu par rapport à une convention à passer avec des personnes physiques, sauf pour ce qui concerne la propriété immobilière, et sauf aussi l'application des dispositions des articles 572 et 573, lorsqu'il s'agit de fonds publics, de biens de corporations, ou de navires, est régie par la loi du lieu où la convention est faite, quels que soient la nationalité, le domicile ou le lieu de naissance d'une personne. Et il déclare que telle est la doctrine américaine. Quant à la capacité, en ce qui concerne les propriétés immobilières, elle est régie, suivant lui, par la loi du lieu où les immeubles sont situés, et c'est d'après lui la règle établie en Angleterre et en Amérique.

99. — Asser résume ainsi les arguments que l'on peut faire valoir en faveur de la nationalité :

« *a)* La notion du domicile manque de précision. Il est souvent difficile de déterminer où est le domicile d'une personne, c'est-à-dire sa résidence principale, le centre de ses affaires ; on se demande si une même personne ne peut pas avoir deux ou plusieurs domiciles.

» A quoi l'on peut répondre que la notion de la nationalité n'est guère plus précise ; que la divergence des législations en cette matière donne lieu à des conflits parfois insolubles ; qu'enfin — nous l'avons déjà constaté — une seule et même personne peut avoir plusieurs patries ou n'en avoir point.

» *b)* En fait, la règle habituelle et générale est que

(1) Traduction Albéric Rolin, p. 422.

toute personne est citoyenne du pays où elle est née. La plupart des lois, concernant l'état et la capacité, sont en rapport intime avec le climat, le sol, les particularités du pays et de la race. Il est désirable, en conséquence, que les personnes, nées dans le pays, soient soumises à ces lois d'une manière permanente.

» A quoi les partisans du domicile répondent que toutes les lois, concernant l'état personnel, n'ont pas ce même caractère ; que d'ailleurs on change de nationalité, entre autres par naturalisation à l'étranger, et qu'ainsi, même en admettant le principe de la nationalité, une personne devra bien souvent se soumettre à d'autres lois qu'à celles du pays où elle a vu le jour. »

Après avoir ainsi résumé les arguments pour et contre, M. Asser déclare que le choix n'est pas facile, et ce n'est qu'avec hésitation qu'il se prononce en faveur de la nationalité, en exprimant l'opinion que les objections produites contre l'application de la loi de la nationalité n'ont pas autant de poids. C'est précisément pour cette raison que nous avons emprunté à cet auteur l'exposé des deux systèmes.

100. — Pour ce qui nous concerne, nous donnons la préférence, sans nulle hésitation, à la loi de la nationalité. Nous ne nous attacherons pas à cet argument, auquel M. Laurent semble attribuer une très grande valeur : *que les nations sont de Dieu*, d'où il conclut qu'elles tiennent de Dieu leur individualité et leur mission, et semble conclure que, par une espèce de délégation divine, chaque Etat règle souverainement tout ce qui concerne la personne, la capacité, l'état de ses membres même en pays étranger. En supposant que la volonté divine ait fixé les limites territoriales, la composition, la substance des nations, et que l'univers doive tendre à se rapprocher de cet idéal, il ne serait pas sérieux de soutenir que les nations, telles qu'elles sont constituées actuellement, répondent à cet idéal divin. Il faut laisser de côté cette phraséologie trop vague, et il y a quelque danger au point de vue du respect même dû à la Divinité et à la liberté humaine, ainsi que

l'a fait remarquer M. Brocher, à la faire intervenir en toute occasion dans les évènements humains, comme les ayant directement voulus, et irrévocablement arrêtés. Le manque de précision du domicile ne nous semble pas non plus un argument d'une bien grande puissance. Les raisons qui nous portent à donnner la préférene à la loi de la nationalité, se rattachent plutôt au second argument exposé, mais incomplètement exposé par M. Asser. Le fait qu'une personne a établi son domicile en Belgique, si elle n'est pas de nationalité belge, n'exerce, en lui-même, aucune influence sur sa nature physique ou morale, sur le développement plus ou moins précoce, plus ou moins tardif de ses facultés intellectuelles et physiques.

Il n'y a aucun rapport de cause à effet entre ces deux ordres d'idées. Il en serait autrement si le domicile impliquait un établissement prolongé pendant un certain temps, surtout s'il impliquait un établissement ayant son point de départ dans la période d'enfance ou d'adolescence de l'individu, à l'époque où le caractère et l'intelligence sont en voie de formation. On pourrait alors admettre que le milieu dans lequel l'individu est transporté, l'atmosphère politique et sociale ambiante, si nous pouvons nous exprimer ainsi, la contagion des mœurs plus ou moins épurées, des idées plus ou moins affinées, une organisation plus parfaite ou plus primitive de l'enseignement modifient les effets de ses dispositions natives originaires. La vérité est que le domicile n'implique rien de pareil. C'est tout simplement le lieu du principal établissement, lors même que cet établissement serait fort récent. Mais, s'il n'y a aucun lien logique entre l'idée que l'on peut se faire du développement intellectuel et moral d'un individu et son domicile, il en est tout autrement de la nationalité. La plupart des nations sont composées, sinon exclusivement au moins en grande partie, d'individus appartenant à la même race, et cet élément exerce sans contredit son action sur le caractère, l'intelligence, les mœurs. Le développement est plus ou moins hâtif, suivant la race. De plus, là même où l'on rencontre des races différentes, il y a pres-

que toujours une race qui prédomine ; et ou bien il se produit une fusion progressive des races, une assimilation croissante de la race inférieure à la race supérieure, ou bien l'on se trouve en présence d'une situation anormale, exceptionnelle, et souvent temporaire. De notre temps surtout le développement de l'esprit de nationalité comprimé, pendant une série de siècles, par la force, a conduit à un groupement plus exact des nations sur la base de la race. Dans tous les cas, le fait d'appartenir à la même nation implique en général une vie commune, sous les mêmes lois, sous le même climat, sur le même sol, des mœurs uniformes, des habitudes uniformes, la même organisation sociale et politique, et presque toujours la formation de l'intelligence et du corps, pendant la première période de la vie, sous l'action concurrente de tous ces éléments. On objecte que l'individu peut perdre sa nationalité primitive, acquérir une nationalité nouvelle. Sans nul doute, mais la nationalité a cependant quelque chose de bien plus stable que le domicile, et l'on n'a pas eu assez égard à cette considération. L'individu capable, maître de ses droits, transporte son domicile où il veut ; il n'acquiert pas à son gré une nationalité nouvelle. Il n'abdique pas, même à son gré, sa nationalité. Il est vrai que le Français, le Belge perd sa nationalité par l'établissement en pays étranger sans esprit de retour ; mais le simple déplacement du domicile ne suffit point, et il n'acquiert pas nécessairement par cela même une nationalité autre. Il y a donc, sans nul doute, quelque chose de beaucoup moins mobile, de plus stable dans la nationalité que dans le domicile. Voilà les considérations qui plaident véritablement en faveur de l'application de la loi nationale, plutôt que de la loi du domicile au statut personnel de l'étranger.

101. — Il est bien vrai cependant que la nationalité d'un étranger peut être inconnue. On en peut dire autant du domicile. Mais il importe néanmoins de déterminer par quelle loi son statut personnel sera régi en cas pareil. Il est souvent impossible, par exemple, de fixer la natio-

nalité d'individus appartenant à ces familles errantes de Gypsies, qui parcourent l'Europe, et sont parfois expulsées des pays dans lesquels elles s'introduisent. Et, si la loi belge du 15 août 1881 attribue la qualité de Belge aux enfants nés en Belgique de parents légalement inconnus, on se demande comment il sera possible de déterminer la nationalité d'enfants *trouvés* en Belgique sans que l'on sache s'ils y sont *nés*. A la vérité, il a été dit par M. Bara, alors ministre de la Justice, lors de la discussion de cette loi, que l'enfant trouvé en Belgique sera présumé né en Belgique jusqu'à preuve contraire. Mais il est douteux qu'une présomption légale puisse trouver une base suffisante dans de simples paroles prononcées à l'occasion d'une discussion parlementaire. Et d'ailleurs le doute pourra toujours subsister, s'il est constaté que l'enfant est né en pays étranger. On peut imaginer bien d'autres cas où la nationalité d'une personne sera inconnue.

102. — Il est impossible d'appliquer en ce cas la loi de la nationalité. Il n'y a évidemment pas d'autre parti à prendre que d'appliquer la loi du domicile, s'il s'agit d'apprécier *ex post-facto* la validité des actes accomplis par un individu qui se trouve dans cette situation, comme lorsqu'il s'agit d'apprécier, si les autorités doivent lui prêter leur intervention, aux fins d'accomplir les actes qu'implique celle-ci, et pour lesquels il doit avoir un certain âge, une certaine capacité, comme aussi lorsque surgit la question de savoir s'il doit être pourvu d'un tuteur. Il y aurait lieu peut-étre d'établir une distinction entre ce cas, et celui où un individu dissimulerait sa nationalité. Pourrait-il opposer la nullité d'un emprunt qu'il aurait fait, en se prévalant de ce qu'il serait mineur, d'après la loi en vigueur en Belgique où on le suppose domicilié? Nous ne le pensons pas. Du reste, la question ne présente qu'un médiocre intérêt pratique; car pour établir sa minorité, même au regard de la loi belge, il devra toujours produire en règle son acte de naissance, ce qui permettra de vérifier sa nationalité [1].

(1. Le projet de la Commission belge, art. 12, porte en son alinéa I : « Celui

103. — Que dire si un individu a deux ou plusieurs nationalités, ou s'il n'en a aucune? Le Belge qui s'établit en France, sans esprit de retour, perd sa qualité de Belge au regard de notre législation ; il n'acquiert cependant pas la qualité de Français par le fait même. Le Russe qui obtient la naturalisation en France devient Français au regard de la législation française; il ne cesse pas d'être Russe d'après la législation russe. M. Weiss exprime l'opinion [1] que, si l'étranger n'a pas de nationalité connue, ou relève à la fois de deux nationalités différentes, c'est à la loi de son domicile qu'il appartiendra de déterminer son état et sa capacité. Il y a lieu, nous paraît-il, de distinguer. En fait, l'absence de nationalité, ou l'existence d'une double nationalité est un phénomène juridique, que l'imperfection du régime international actuel peut seule expliquer. Au point de vue de la raison, tout individu doit avoir une nationalité : personne surtout ne peut relever de deux nationalités différentes, car ce double lien peut impliquer éventuellement des obligations contradictoires. Mais le phénomène n'en existe pas moins, et il importe de résoudre les questions qu'il soulève.

Lorsqu'un individu ne relève d'aucune nation, il serait assez rationnel de lui appliquer, en matière de statut personnel, la loi de la nation à laquelle appartenait son père, ou celle de l'Etat sur le territoire duquel il est né. Mais, au point de vue de notre législation, au point de vue du droit positif belge, comme du droit français, pareille solution nous paraît inadmissible. Il faut bien reconnaître que le Code civil se borne à proclamer implicitement le principe général, que l'état et la capacité d'un individu sont régis par la loi de sa nationalité. Rien n'est innové quant aux personnes qui n'ont pas de nationalité. Or, nous l'avons vu, l'esprit du Code civil en cette matière, est de s'approprier l'ancienne théorie des statuts. qui ne justifie d'aucune nationalité déterminée, a pour statut personnel la loi belge. » C'est très simple et très clair ; mais cela n'est pas juste, et cela conduit, en outre, si cette règle est universellement admise, à des décisions contradictoires. Aucun auteur, à notre connaissance, ne préconise cette solution.

(1) Op. cit., p. 282.

Il est donc rationnel, il est conforme à l'intention du législateur d'appliquer la loi du domicile à ces personnes, auxquelles l'art. 3 ne saurait recevoir d'application ni directe ni inverse. Telle est, du reste, la solution enseignée par les principaux auteurs qui ont écrit sur la matière.

104. — Mais lorsqu'un individu a deux patries, la solution n'est pas nécessairement la même; et, quoi qu'en dise M. Weiss, il reconnaît lui-même, au moins implicitement, plus loin, que la question doit être résolue d'après d'autres règles. La double nationalité, au point de vue du droit, est un non-sens. Supposons que la question surgisse devant les tribunaux belges, et que l'individu, dont le statut personnel doit être déterminé, soit Belge d'après la loi belge, Allemand ou Russe, d'après la loi allemande ou la loi russe, nos tribunaux n'auront et ne devront avoir égard qu'à la loi belge. Il sera donc considéré par eux comme Belge (1). Mais la difficulté est plus grande, lorsqu'un individu n'est certainement pas Belge d'après notre législation, lorsqu'il est, par exemple, Russe, d'après les lois en vigueur en Russie, Français d'après la loi française, Tel est le cas où il s'agirait d'un sujet russe, ayant obtenu la naturalisation en France. M. Weiss enseigne lui-même, et à bon droit, que l'on appréciera sa nationalité et, en conséquence, son statut personnel, d'après la législation qui se rapproche le plus de celle du pays où le débat s'engage. Il est vrai qu'il n'enseigne ce principe que pour le cas où l'individu, dont la nationalité est en question, n'est *domicilié* sur le territoire d'aucun des Etats, dont il relève comme *sujet*, d'après leurs lois nationales respectives (2). Mais nous ne voyons aucun motif de ne pas étendre cette solution à tous les cas. Dire que si l'individu, dont la nationalité est douteuse, a établi son domicile sur le territoire de l'un de ces Etats, il a

(1) Voir en ce sens art. 16, al. 2, projet de la Commission belge.

(2) Op. cit., p. 331. — Le projet de la Commission belge porte : « Celui qui appartient à deux nationalités étrangères, a pour statut personnel celle des deux lois étrangères dont les dispositions, applicables à la contestation, s'éloignent le moins des dispositions de la loi belge ». Cela est absolument arbitraire, et en contradiction avec le principe de l'application de la loi nationale.

confirmé par son choix volontaire l'une des deux nationalités auxquelles l'avait appelé sa naissance, c'est admettre une présomption absolument arbitraire, c'est établir entre l'idée de nationalité et celle de domicile un lien qui n'existe pas. M. Weiss dit donc à tort que la présomption de volonté, sur laquelle repose l'attribution de la nationalité, ne résiste pas à une manifestation aussi formelle. Mais l'attribution de la nationalité est loin de reposer toujours sur une présomption de volonté; elle ne dépend pas exclusivement du libre choix de l'individu; et, dans tous les cas, il est téméraire d'affirmer que, si l'individu relève de deux nations comme sujet, il entend faire un choix entre ces deux nationalités en établissant son domicile sur le territoire de l'une d'elles.

105. — Il y a cependant encore un cas où il faut incontestablement, d'après nous, appliquer la loi du domicile à la détermination de l'état et de la capacité de l'étranger. C'est celui où la loi nationale le prescrit. Et, remarquons-le, ce n'est pas là une exception aux principes que nous venons de développer, c'en est au contraire l'application. La loi du domicile est dans ce cas, d'après la législation nationale de l'étranger, celle qui sert de base à l'appréciation de son état, de sa capacité; et, en lui en faisant application, on lui applique en réalité la loi de sa nation. C'est par application de cette règle que le tribunal de Bruxelles a décidé le 2 mars 1887[1] que : « l'enfant naturel né en Belgique, légitimé par le mariage subséquent de son père anglais et de sa mère belge, est reconnu enfant légitime par la loi anglaise, celle-ci admettant que c'est d'après le domicile, et non d'après la loi nationale que doit se déterminer le statut personnel». La cour d'appel de Bruxelles a, du reste, décidé le 14 mai 1881 (*B. j.*, 1881, p. 758), que, lorsqu'un époux anglais intente une action en divorce contre son conjoint devant les tribunaux belges, les causes de divorce doivent être appréciées d'après la loi belge, si les époux sont domici-

(1) *B. j.*, 1887, p. 676. Pas. 1887, III, 87.

liés en Belgique, parce que, d'après la loi et la jurisprudence, elles se déterminent d'après la loi du domicile (1).

Mais en dehors de ces cas, qui ne constituent pas des exceptions à la règle, et auxquels elle ne saurait recevoir application, ou reçoit une application indirecte, c'est d'après la loi nationale qu'il faut apprécier l'état, la capacité, les rapports et les droits de famille de l'étranger. Il n'en est pas ainsi, comme nous l'avons vu, d'après le droit allemand actuel, ni d'après le droit autrichien, ni d'après le droit en vigueur dans les Etats anglais ou anglo-américains. Là, c'est la loi du domicile qui l'emporte, ou même parfois, dans la jurisprudence anglo-américaine, la loi du lieu du contrat ou la loi de la situation des immeubles. Il en est ainsi, au contraire, en Russie, d'après une enquête à laquelle a procédé l'Institut de droit international (2). Et en Italie, comme en Espagne et en Portugal, ainsi que dans les Pays-Bas et en Roumanie, on donne la préférence à la loi de la nationalité (3). Nous n'avons pas besoin de dire que tel était le principe consacré par M. Laurent, d'une façon beaucoup plus large, dans son avant-projet de code civil. La mission qui lui avait été confiée par le ministère libéral, lui a été retirée par le ministère catholique. Mais l'avant-projet rédigé par la commission que ce ministère nouveau a instituée, consacre également dans l'art. 4 du titre préliminaire le principe que : « L'état et la capacité des personnes, *ainsi que les rapports de famille* sont régis par les lois de la nation à laquelle les personnes appartiennent. »

106. — Il est toutefois une question qui se présente, aussi bien dans le système de l'application de la loi du domicile, que dans celui de l'application de la loi nationale. Certains jurisconsultes ont soutenu que les im-

(1) Quelques auteurs poussent le respect de la loi nationale jusqu'à exiger, même dans ce cas, l'application de la loi anglaise, en tant qu'elle règle immédiatement et directement le statut personnel, et non en tant qu'elle prescrit l'observation de la loi du domicile. Cela nous paraît excessif, et peut constituer une nouvelle source de conflits et de décisions contradictoires. N'est-ce pas se montrer plus catholique que le Pape?

(2) *Revue de d. i.*, T. VII, pp. 401 et ss.

(3) Weiss, pp. 303 et ss.

meubles étant régis par la *lex situs*, il en résultait que si l'individu capable d'après sa loi nationale doit être réputé capable même en pays étranger, cette capacité ne pouvait produire aucun effet en pays étranger, en ce qui concerne l'aliénation des immeubles, ou la transmission de droits réels immobiliers. Tel était le système des deux Voet, de Bourgoigne (Burgundus), de Peckius, et de Stockmans. Burgundus admet aussi inversement que, si un individu est mineur d'après sa loi nationale, il reste à la vérité mineur même dans un territoire étranger où il serait majeur d'après la loi locale; mais, dès qu'il s'agit d'apprécier la validité de ses aliénations immobilières, il applique la loi de la situation. C'est ici qu'il fait la curieuse distinction déjà rapportée plus haut[1]. Il suppose qu'un habitant de Gand, mineur d'après la coutume de Gand, comme n'ayant pas atteint l'âge de 25 ans, mais majeur, si l'on consulte les chartes générales du Hainaut qui fixent la majorité à 21 ans, aliène un immeuble situé dans le Hainaut. Le contrat de vente serait nul, dit-il, parce que le vendeur est incapable de de contracter d'après la loi de son domicile; mais la déshéritance ou tradition que ferait le vendeur entre les mains du juge de la situation serait valable, parce que l'édit perpétuel de 1611, art. 13, dispose que le statut qui règle la faculté de disposer à cause de mort, est réel, ce qu'on peut sans contredit étendre aux actes de dispositions entre vifs.

Ce singulier système, très vivement combattu même par des jurisconsultes de l'école hollandaise, par Rodenburg et Abraham de Wesel, par exemple, n'a jamais trouvé faveur en France. Nous n'irons certes pas jusqu'à dire, avec Laurent, que les auteurs du Code civil ne le connaissaient pas. Mais il est certain que ni Dumoulin, ni surtout les jurisconsultes qui représentent le dernier état de la doctrine des statuts en France, Bouhier et Froland notamment, n'admettent cette distinction impossible entre la

(1) *Ad consuetudines Flandriae*, tract. 1, nº 5.

capacité d'une part, les effets et les conséquences de la capacité de l'autre. Dans ces circonstances, peut-on mettre sérieusement en doute la question de savoir ce qu'ont voulu les auteurs du Code, quand ils ont affirmé dans l'art. 3 C. civ., d'une manière plus ou moins complète, mais suffisamment claire, *que l'état et la capacité de l'individu sont régis par sa loi nationale?* Ils ont parlé de la capacité d'une manière générale, il n'est pas possible qu'ils aient entendu distinguer entre la capacité et ses effets : la capacité isolée de ses effets, de ses conséquences est une capacité morte, illusoire. En fût-il autrement, il est évident qu'ils ont voulu adopter cette règle de l'ancien droit avec l'étendue qu'on lui donnait en France, et non avec les restrictions auxquelles elle était subordonnée, dans l'opinion de certains jurisconsultes, en Belgique et en Hollande. Ce point doit être considéré comme admis en France aussi bien qu'en Belgique.

107.— De Bar établit cependant, et avec pleine raison, une distinction que la plupart des auteurs n'ont pas aperçue ou ne signalent pas, entre ce qu'il appelle la capacité de droit *die Rechtsfähigkeit*, et la capacité d'agir, *die Handlungsfähigkeit*. On peut posséder certains droits, sans être capable de les exercer soi-même, sans pouvoir les exercer autrement que par l'intermédiaire d'autrui, de représentants légaux, ou avec l'assistance de certaines personnes et moyennant l'accomplissement de telles ou telles formalités légales. Mais il se peut aussi que l'on soit absolument incapable de certains droits, qu'on n'en ait pas même la possession et la jouissance. C'est ainsi que les étrangers ont été longtemps privés de la faculté d'acquérir des propriétés immobilières en Angleterre, que les Juifs ne peuvent acquérir des biens immobiliers en Roumanie. Les incapacités de ce genre suivent-elles la personne en pays étranger ? Nous nous occuperons de cette question plus loin; nous dirons seulement ici qu'en thèse générale, elles n'auront pas d'effet sur le territoire d'un autre Etat, et se heurteront contre des considérations d'ordre public [1].

(1) V. de Bar, T. I. p. 391.

108. — Les dispositions qui n'établissent pas une incapacité générale, mais des incapacités particulières, s'attachent-elles également à la personne étrangère, alors même qu'elle se trouve sur notre territoire? De Bar en donne comme exemple l'incapacité de s'obliger par contrat de change, l'incapacité qui résulte du senatus-consulte velleïen (incapacité de la femme de s'obliger comme caution), et celle qu'édicte le senatus-consulte macédonien (incapacité de la personne placée sous puissance paternelle, à l'effet d'emprunter de l'argent)(1). M. De Savigny s'était déjà occupé de ces questions, et déclare que selon les vrais principes, le droit du domicile, c'est-à-dire le droit qui régit la *personne* d'après son système, est seul décisit, aussi bien quant aux incapacités spéciales que quant aux incapacités générales. Il reconnaît cependant la difficulté et l'importance de la question, notamment en ce qui concerne l'incapacité de s'obliger par lettre de change.

M. de Bar insiste davantage sur les inconvénients pratiques qu'il y aurait à reconnaître ces sortes d'incapacités, en dehors du territoire de la nation qui les établit. Il est beaucoup plus difficile à ceux qui traitent avec un étranger d'être informés de ces incapacités spéciales, parce qu'elles reposent moins sur la raison et sur la nature des choses, davantage sur le caprice du législateur, et en outre parce que la personne, qui n'est frappée que d'une incapacité spéciale, apparaît à celui avec lequel elle contracte en pays étranger avec tous les dehors d'une personne parfaitement capable. Ce dernier peut ne pas même s'être douté, qu'elle fût frappée par la loi étrangère d'une incapacité aussi particulière que celle de s'obliger comme caution, par exemple, ou de souscrire une lettre de change, alors qu'elle dispose ostensiblement, publiquement de ses immeubles. Il y a là une apparence générale de nature à produire l'illusion, à induire en erreur. M. de Bar pense qu'en cette matière il n'existe pas d'usage international général, prescrivant l'application de la loi

(1) T. VIII, p. 146. Édition Guenoux.

nationale ou de la loi du domicile, même dans les pays où cette loi prévaut comme règle de la capacité, et qu'il en résulterait des inconvénients sérieux.

Nous avouons que ces objections sont graves, en ce qui concerne les incapacités spéciales qu'il prend comme exemples. Mais elles reposent moins, nous semble-t-il, sur la spécialité de ces incapacités, que sur la nature du motif qui les a dictées, qui leur sert de fondement. A vrai dire, l'incapacité de la femme mariée elle-même, celle du mineur émancipé, celle de l'individu placé sous conseil judiciaire, ne sont pas des incapacités générales s'appliquant à tous les actes juridiques, mais plutôt des incapacités particulières. A plus forte raison en est-il ainsi de l'incapacité du majeur (art. 148 C. civ.), à l'effet de contracter mariage sans le consentement de ses parents. Et cependant on ne propose pas de faire pour elles une exception à la règle de l'applicabilité de la loi d'origine. La raison en est que des incapacités de ce genre se rencontrent dans la plupart des législations. Elles ne constituent pas un phénomène local, propre à la législation de tel pays, inconnu dans les autres. Elles reposent ou bien sur ce que l'individu qui en est frappé n'a pas effectivement une capacité aussi certaine, aussi incontestable que la généralité des citoyens majeurs, ou bien (tel nous paraît être le cas pour l'incapacité de la femme mariée, et pour celle spécialement relative au mariage) sur le respect que dans tous les pays civilisés la femme doit à l'autorité maritale, le fils à la puissance paternelle; probablement même en ce qui concerne spécialement la capacité de se marier, sur ce qu'il faut pour accomplir un acte aussi important, une capacité plus pleine que celle requise aux fins de pouvoir accomplir les autres actes juridiques.

109. — Quoi qu'il en soit, il est bien certain que les traditions de la théorie statutaire dans son dernier développement en France, théorie dont les auteurs du Code civil n'ont pas entendu s'écarter en règle, sauf la substitution du principe de la nationalité à celui du domicile, ne

comportent point cette distinction entre les incapacités spéciales et les incapacités générales. Elle ne se concilie pas davantage avec la règle que l'étranger est régi en France par la loi de sa nation quant à son état et à sa capacité, règle virtuellement écrite dans l'art. 3, al. 3, du Code civil, règle qui nous régit encore jusqu'ici en Belgique. Toutefois plusieurs législations étrangères, notamment le Code général prussien, le Code autrichien, la loi allemande sur les lettres de change, et le Code suisse des obligations, donnent, en matière de lettres de change, ou même d'une manière générale, la préférence à la loi la plus favorable à la validité de l'acte[1]. Nous ne serions pas éloigné d'admettre cette dérogation à la règle, lorsqu'il s'agit de certaines incapacités spéciales, notamment de celle de s'obliger par lettre de change, mais nous répugnons à son admission pour toutes les incapacités spéciales. En ce qui concerne la lettre de change, l'Institut de droit international a approuvé l'exception, lors de la session tenue à Bruxelles en 1886, par l'art. 2, titre I, de son projet d'une loi uniforme sur les lettres de change et les billets à ordre, et ce dans les termes suivants : « L'étranger incapable de s'obliger par lettre de change ou par billet à ordre, en vertu de la loi de son pays, mais capable d'après la loi du lieu où il appose sa signature sur la lettre de change ou sur le billet à ordre, ne peut pas invoquer son incapacité pour se soustraire à ses obligations. » Nous approuvons parfaitement cette disposition, à la condition, bien entendu, qu'il s'agisse

(1) V. Asser, trad. Rivier, p. 58. Il cite notamment les dispositions suivantes :

*Code prussien.* Introduction, § 35 : Un étranger qui contracte dans ces Etats sur des objets qui s'y trouvent, doit être jugé relativement à sa capacité de contracter, suivant les lois qui favorisent le plus la validité de la convention.

*Code autrichien*, § 35 : Un engagement pris dans cet Etat par un étranger, et en vertu duquel il confère des droits à des tiers, sans les obliger réciproquement envers lui, sera jugé, soit d'après le présent Code, soit d'après la loi à laquelle l'étranger est soumis en sa qualité de sujet, suivant que l'une ou l'autre législation favorise le plus la validité de cet engagement.

*Loi allemande sur les lettres de change*, § 84.

*Code suisse*, 822 : Toutefois, l'étranger qui, d'après le droit suisse, serait capable de s'obliger par lettre de change, s'oblige valablement en Suisse, alors qu'il en serait incapable d'après la loi de son pays. — Fœlix, I, 32.

d'une incapacité spéciale à l'obligation par lettre de change, et non d'une incapacité qui ne serait que la conséquence et le corollaire de l'incapacité générale de cet étranger. Tel nous paraît être l'esprit de cet article, d'après l'exposé de motifs ou rapport présenté par M. Norsa, lors de la session de Munich, et d'après les discussions. Mais, nous le répétons, ni en Belgique, ni en France, la distinction ne serait admissible en présence de la législation actuelle.

110. — Nous avons dit qu'en principe la capacité était régie par la loi personnelle (c'est-à-dire par la loi nationale suivant l'opinion qui tend à prévaloir aujourd'hui), aussi bien en matière immobilière qu'en matière mobilière. L'art. 3, al. 2, du C. civ., aux termes duquel « les immeubles même ceux possédés par les étrangers sont régis par la loi française » n'y saurait faire obstacle, en présence d'une tradition juridique constante, qui a toujours repoussé en France la distinction établie par les jurisconsultes statutaires des Pays-Bas entre la capacité d'aliéner des meubles et celle d'aliéner des immeubles, tradition à laquelle rien n'indique que l'on ait voulu déroger. Mais on peut se demander s'il en est de même de la capacité à l'effet d'*acquérir* et de posséder des immeubles. Cette capacité peut être envisagée à deux points de vue, sous deux aspects bien différents. Il se peut qu'un individu soit simplement déclaré incapable par sa loi personnelle d'acquérir *par lui-même*, sans l'intervention d'un représentant légal, des meubles ou des immeubles; que, d'après cette loi, il ait besoin, pour ce faire, de l'autorisation ou de l'assistance d'une autre personne. Il n'est pas douteux qu'on ne doive appliquer la loi nationale, pour résoudre la question de sa capacité à ce point de vue. Mais il peut arriver que la loi enlève à des personnes d'une race ou d'une caste déterminée la capacité d'acquérir des biens immobiliers, ou même mobiliers, parce qu'elle leur refuse le droit d'être propriétaires, de posséder des biens mobiliers ou immobliers. Ce n'est pas seulement l'exercice personnel du droit qui leur est interdit, c'est le droit

lui-même qui leur est enlevé. Appliquera-t-on la loi nationale?

111. — C'est ici qu'il convient d'examiner de plus près la distinction fondamentale établie par M. de Bar, entre la capacité de droit et la capacité d'agir, en droit international privé; et nous devons reconnaître qu'au point de vue de la théorie, son argumentation est difficilement réfutable. La question de savoir si un individu a la capacité de droit, soit d'une manière générale, soit relativement à tel droit en particulier, se confond avec celle de savoir s'il peut posséder le droit lui-même, s'il doit être considéré comme *Rechtssubject*. Dire que cette question doit être appréciée, en ce qui touche l'étranger, d'après son droit national, c'est heurter éventuellement de front le principe de l'assimilation des étrangers aux nationaux quant à la jouissance des droits civils. En outre les principes, dont dépend la capacité de droit des individus, reposent substantiellement sur les conceptions morales et politiques de la nation. Et, si la loi personnelle de l'étranger était décisive, les circonstances de fait qui engendrent dans notre pays un privilège, deviendraient assez souvent une cause d'infériorité, s'agissant d'un étranger. Il se pourrait, par exemple, que dans tel pays le droit de propriété ne fût reconnu qu'aux catholiques, dans d'autres aux protestants. Enfin, certains principes, concernant la capacité de droit, ne sont réalisables dans un pays que, parce qu'il y existe des institutions qui ne se rencontrent pas là où la personne réside, ou n'y sont pas appliquées dans les même cas. Comment est-il possible, par exemple, de considérer comme mort, civilement chez nous, celui qui est tenu pour tel dans son pays, à raison d'une condamnation criminelle ou de la loi? C'est sur le fondement de ces considerations que M. de Bar applique, en ce qui concerne la capacité de droit, la loi qui régit rationnellement le rapport juridique dont il peut être question. S'agissant notamment de l'acquisition d'une propriété immobilière, il applique à l'étranger la *lex rei sitae*. « Les principes qui concer-

nent la capacité d'agir reposent sur des considérations d'un ordre tout différent. Il n'est pas question d'enlever à ceux, qui sont capables d'agir, la faculté d'exercer leurs droits, la possession et la jouissance de certains droits, mais d'empêcher qu'une personne ne se cause du dommage à elle-même par l'exercice de son droit ». Cette protection de la personne doit, pour être efficace, s'étendre au dehors. La distinction établie par l'éminent jurisconsulte, et déjà enseignée par lui dans la première édition de son ouvrage, a obtenu des adhésions fort importantes, en Allemagne surtout (1). Brocher fait une distinction analogue entre les incapacités naturelles et les incapacités sociales, et il range, parmi les premières, certaines incapacités d'agir, parmi les secondes, de véritables incapacités de droit. Mais l'expression n'est pas heureuse, et l'incapacité de la femme mariée, par exemple, est une véritable incapacité d'agir, bien que ce ne soit qu'une incapacité sociale. Quant au droit coutumier international, il ne distingue pas, en principe, entre les incapacités de droit et les incapacités d'agir, et M. De Bar semble le reconnaître lui-même. Mais, dans l'application des principes généraux, il est souvent conduit à écarter d'une manière absolue la loi nationale du prétendant droit, lorsqu'il s'agit d'une incapacité de droit. Les protagonistes les plus fervents de l'application de la loi nationale s'agissant de questions de capacité, reculent eux-mêmes parfois devant cette application, lorsqu'il est question de la *Rechtsfahigkeit*. Il n'est rien de plus compréhensible, puisqu'en allant au fond des choses, on constate que les incapacités de droit reposent presque toujours sur des considérations politiques, économiques ou religieuses, qui, tout en ayant un caractère fort absolu dans tel pays, agissent dans un sens diamétralement opposé dans tel autre.

(1) Nous les indiquerons d'après M. de Bar lui-même : Stobbe. *Drutsches Privatrecht*. I, § 30. — R. Schmid. *Die Herrschaft der Gezetzen*, etc., p. 30. — Rossel. *Manuel de droit civil de la Suisse romande*, p. 10. — v. Martens G. F. *Précis du droit des gens de l'Europe*, § 70. — W. Dolk. *Internationaal Privaatrecht*, I. — Roth. *Das Privatrecht*, pp. 283 et ss.

112. — Si à cet égard les conséquences du système de M. de Bar ne s'écartent point de celles des principes généralement admis, c'est donc parce que l'on fait généralement exception à l'application de la loi nationale en ce qui concerne la capacité, lorsqu'elle se heurterait contre l'ordre public, et d'autre part parce que la plupart des incapacités de droit, toutes peut-être, sont fondées sur l'ordre public. M. de Bar objecte que les règles relatives à la majorité sont elles-mêmes d'ordre public, et que cependant elles ont un effet extra territorial. Mais il ne s'agit pas de cet ordre public fondé sur l'intérêt même des personnes incapables, ou sur celui de la famille nationale. Il s'agit de l'ordre public que l'on a appelé international ou absolu, qui ne repose ni sur l'intérêt des incapables, ni sur celui de la famille, qui est établi dans l'intérêt immédiat et direct de l'Etat, qui fait bon marché de l'intérêt de l'individu, et dont l'application est au contraire revendiquée parfois à son préjudice, tandis que l'ordre public personnel ou familial ne se préoccupe de la personne que si elle est membre de la nation, de la famille, que s'il s'agit d'une famille nationale, dans laquelle la nation se retrempe et se renouvelle.

113. — Savigny qui se rend compte parfaitement de la différence qu'il y a entre la capacité de droit et la capacité d'agir, applique, en principe, la loi personnelle en ce qui concerne la première, comme en ce qui touche la seconde; il n'en excepte que les cas où l'ordre public s'y oppose. La plupart des auteurs ne font pas mention de la distinction entre les deux genres d'incapacité. Weiss établit une autre classification. Il distingue les incapacités qui résultent de l'âge, celles qui sont la conséquence d'une infériorité intellectuelle [1], et celles qui résultent de condamnations pénales ou de déchéances politiques ou religieuses. Mais il applique toujours la loi nationale et même les jugements nationaux, à moins que l'ordre public international ne s'y oppose. C'est-à-dire qu'il con-

(1) Cela n'est pas complet et ne comprend pas l'incapacité de la femme mariée.

sidère la capacité de la personne comme déterminée même en pays étranger par la loi de sa nation, et par les décisions judiciaires qui l'ont fixée dans son pays conformément à la législation de celui-ci, le tout à la condition que l'ordre public le permette. Nous examinerons plus loin, en traitant de l'ordre public, dans quels cas et dans quelle mesure celui-ci peut faire obstacle à l'application de la loi nationale en ce qui touche la capacité. Mais il est un point dont nous devons nous occuper en ce moment, c'est l'effet extraterritorial des jugements étrangers en ce qui concerne la capacité, lorsqu'une incapacité ne résulte pas directement de la loi, et doit être constatée par un jugement rendu conformément à la loi.

114. — En ce qui concerne les jugements rendus par les tribunaux civils, par application de la loi civile et sur des questions d'état, on admet assez généralement aujourd'hui leur effet extra territorial. La question pourrait cependant être discutée, au point de vue du droit positif français comme au point de vue du droit belge; car il n'y a pas de texte qui consacre ce principe. L'art. 3, al. 3, du Code civil ne parle que des *lois* qui concernent l'état et la capacité des personnes. Il ne suffit pas, pour justifier cette théorie, de dire avec MM. Vincent et Penaud (1) qui résument l'opinion générale : « En effet, aux termes de l'art. 3 du C. civ., *le statut personnel* suit l'individu en tout pays; or le statut personnel ne résulte pas seulement des lois, mais aussi des jugements qui règlent l'état et la capacité des personnes conformément à ces lois. » Il y a dans ce raisonnement une inexactitude et une équivoque. L'art. 3 ne dit pas que le *statut personnel* suit l'individu en tous pays, mais que *les lois* concernant l'état et la capacité le suivent en pays étranger. Si l'on entend par le statut personnel, les lois qui règlent l'état et la capacité, c'est fort bien. Mais dans la seconde partie de leur raisonnement ces auteurs emploient les mots *statut personnel* dans un autre sens. Lorsqu'ils disent que

(1) Op. cit., v^r^ jugement n° 66.

le *statut personnel* ne résulte pas seulement des lois, mais des jugements, ils entendent par ces mots, non plus les lois qui règlent l'état, mais l'état lui-même. Le raisonnement est donc vicieux, et la question n'est pas aussi simple. Aussi a-t-elle été pendant longtemps extrêmement controversée. Le meilleur commentateur du Code de proc. civ. français (Chauveau sur Carré. Quest. 1899, 2° sur l'art. 546 Pr. civ.) enseigne que les décisions des tribunaux étrangers en matière de statut personnel sont soumises, comme les autres, à la formalité de l'exequatur : « Quant aux jugements règlant l'état et la capacité des personnes, la règle que nous avons admis sur la précédente question doit ici produire ses effets : l'art. 121 de l'ordonnance de 1669 ne distingue pas entre les diverses espèces de décisions émanées des juridictions étrangères : il semble même que la nécessité de la révision soit d'autant plus rigoureuse dans ce cas, que les questions sont plus graves, et l'application des lois qui les régissent plus délicate. » Demolombe, tout en assimilant les jugements aux lois, en matière de statut personnel, s'exprime d'une manière assez dubitative : « *il me paraît...* » Laurent est plus net, mais il place son opinion sous le patronage de Merlin qui dit précisément tout le contraire (1). Mailher de Chassat (2) et Fœlix (3) partagent manifestement l'opinion de Merlin. L'opinion de Laurent l'a cependant emporté dans la doctrine et la jurisprudence les plus récentes. Au point de vue du droit international privé théorique, ce système nous paraît rationnel. Au point de vue du droit positif, on ne peut guères se fonder, pour attribuer aux *jugements* l'effet extraterritorial des *lois* en matière d'état et de capacité, que sur cette considération : que la reconnaissance de la prédominance de la loi nationale, en ce qui concerne l'état et la capacité, lorsqu'elle les règle immédiatement, conduit logiquement à reconnaître également l'effet extraterritorial des jugements sta-

(1) Rep. v° Faillite, sec. II, § 2, art. 10.
(2) *Traité des statuts*. Edit. de 1845, n° 169, p. 226.
(3) Op, cit., 4e édit., n° 365.

tuant conformément à cette loi, et institués pour en faire l'application, parce que l'on ne fait ainsi que rendre hommage à cette loi elle-même qui les règle alors indirectement. L'état et la capacité de l'étranger sont alors déterminés sinon par la loi nationale, au moins en vertu de celle-ci. Et comme le législateur national ne peut guères être censé donner mandat à des tribunaux étrangers aux fins de constater l'état et la capacité des nationaux, ou de les modifier, cette autorité extraterritoriale ne s'attachera en principe qu'aux décisions rendues dans le pays auquel l'étranger appartient par sa nationalité. Tel nous paraît être le motif qui légitime la reconnaissance de l'état personnel des étrangers, tel qu'il est déterminé non-seulement par leur loi nationale, mais par les jugements rendus dans leur pays [1].

115. — En ce qui concerne les capacités résultant de la loi pénale et de jugements rendus *en matière répressive*, il y a beaucoup plus de doute. Ecartons tout d'abord le cas où il s'agirait d'incapacités de droit qui se heurteraient sur notre sol contre l'ordre public international, de la *mort civile*, par exemple. Ces incapacités ne seraient évidemment pas reconnues dans notre pays. Mais supposons qu'il s'agisse d'incapacités semblables à celles qui pourraient résulter en Belgique d'une condamnation criminelle ou correctionnelle, par exemple, de l'interdiction de certains droits politiques et civils, et de l'interdiction légale. La première est une *Rechtsunfähigkeit*, la seconde une *Handlungsunfähigkeit*. La première doit être prononcée par les juges, et résulte par conséquent directement du jugement, indirectement de la loi. La seconde est attachée de plein droit par la loi à certaines condamnations et résulte indirectement de celle-ci, et directement de la loi. Il y a un point sur lequel on est généralement d'accord, c'est que les incapacités de ce genre, ne s'atta-

(1) V. parmi les auteurs : Laurent. *Dr. civ. int.* T. VI, p. 164. — Brocher. Op. cit., T. III, pp. 160 et ss. — Aubry et Rau. T. I, p. 96 et T. VIII, p. 418. — Weiss. 1re édit., p. 960. — Despagnet. N° 244. — Parmi les arrêts : Cass. Fr., 15 juillet 1878, s. 78. I, 320 et Cass. B., 19 janvier 1882. Pas. 1882, I, 36.

chent pas à la personne du condamné, ne le suivent pas en pays étranger, si elles n'émanent pas d'un tribunal de sa nation. Quelques auteurs seulement enseignent d'une façon générale, et sans distinguer suivant qu'il s'agirait d'un national ou d'un étranger, que les jugements rendus en matière criminelle, ayant pour résultat de modifier l'état ou la capacité du condamné, ont un effet extraterritorial. Ils n'en exceptent que le cas où il s'agirait d'une déchéance ou d'une incapacité inconnue dans le pays où se transporte le condamné, par exemple de la mort civile (1). Mais cette opinion n'a pas trouvé de faveur, et ne nous paraît pas fondée. Les principes généraux sur l'application de la loi nationale, en matière de statut personnel, ne conduisent nullement à reconnaître force et effet, en pays étranger, au jugement affectant l'état et la capacité d'un étranger, lorsqu'il est rendu ailleurs que dans le pays dont il relève; et en principe les jugements rendus en matière criminelle n'ont aucune force extraterritoriale. Mais la décision du Sénat russe, rapportée par M. Calvo, et par laquelle ce corps a déclaré en 1868, qu'un lieutenant russe, condamné par la Cour d'assises de la Seine, aux travaux forcés à perpétuité, perd la jouissance des droits civils par application des art. 25 et 28 du Code pénal de l'Empire, pourrait-elle au moins être approuvée? (2) La question est différente. Il n'a pas été fait application de la loi étrangère, mais de la loi russe, et la législation nationale peut parfaitement attacher la privation de certains droits à une condamnation prononcée contre un de ses ressortissants en pays étranger. Il y aurait peut-être utilité à ce qu'elle le fît, lorsqu'il s'agit de condamnations graves, pour éviter de devoir considérer comme en pleine jouissance de ses droits civils et politiques, un individu bien et dûment flétri aux yeux de l'opinion publique, par une condamnation de ce genre prononcée en pays étranger. Le principe énoncé plus

(1) Despagnet. *Précis de dr. int. privé*, p. 253. — Demangeat. *Hist. de la condit. des étrangers*, p. 375 et 376. — Bertrand. *Quest. prat.*, T. I, p. 129.
(2) Calvo. Op. cit., T. II, p. 322.

haut n'est aucunement atteint par une disposition de ce genre (1).

116. — Certains auteurs sont d'avis que l'individu traîne avec lui, partout où il se transporte, le poids des incapacités résultant des condamnations répressives prononcées contre lui *dans son pays d'origine*. Ils font donc une distinction. Les incapacités résultant des condamnations subies par une personne dans son pays, la suivent partout : celles résultant des condamnations subies par elle dans d'autres pays ne la suivent pas. D'autres auteurs repoussent toute distinction, et refusent aux condamnations en matière répressive tout effet extraterritorial, même en ce qui concerne les incapacités qui en sont la conséquence. Quant à la jurisprudence, nous ne connaissons pas de décision qui ait tranché la question d'une manière nette. Mais les motifs sur lesquels elle s'est fondée pour refuser tout effet, en France, aux incapacités résultant des condamnations prononcées en pays étranger contre un Français, sont d'une nature trop générale, trop absolue, pour ne pas entraîner une décision semblable s'agissant d'étrangers (2). La question est très délicate. M. de Bar fait observer que reconnaître effet à ces incapacités, c'est donner une exécution partielle à la sentence étrangère, tandis qu'un mal, infligé à titre de peine, ne peut être réalisé dans la sphère de notre organisation juridique, que lorsque notre organisation juridique s'est convaicue que ce mal est infligé avec justice, d'après ses bases propres d'appréciation. Ce motif est fort sérieux, mais il

(1) Voir entre autres Cass. France, 14 avril 1868. S. 68, I, 183 et Cass. Belgique, 10 sept. 1869. Pas. 1869, I, 180.

(2) Trib. de la Seine, 23 janvier 1835, S. 36, 2, 70. — Cass., 16 févr. 1842, S. 42, 1, 474. — Id., 14 avr. 1868, S. 68, 1, 183. — Cass. Belgique, 10 sept. 1869. Pas. 1869, 1, 480. — 26 déc. 1876, Pas. 1877, 1, 60. — Gênes, 19 déc. 1877. — Turin, 13 déc. 1878. — *J. d. dr. int. pr.*, 1881, p. 140. — Mais voir dans le sens de la distinction : Déloume, p. 224 (cité par Vincent et Penaud) ; Weiss, op. cit., 2e édit., p. 432 ; Brocher, *Revue de dr. int.*, 1871, p. 439 ; Dupin, *Concl.*, S. 60. 1, 210 ; Peiron (cité par Vincent et Penaud), p. 87 et 93 ; Moreau, *Eff. int. des jugements*, p. 52. — En sens contraire : Toullier, T. 4, p. 102 ; Valette sur Proudhon, T. I, p. 136 ; Aubry et Rau, T. I, p. 98, note 40 ; Demolombe, T. I, nº 148 ; De Bar, op. cit., T. I, pp. 409 et ss ; Fiore, op. cit., p. 50 ; Bard, op. cit., pp. 153 et ss. ; Foelix, Wharton, etc.

ne nous paraît pas suffire, s'agissant d'un étranger, frappé par la justice de son pays d'une incapacité à laquelle notre ordre public ne répugne pas en principe. Il ne s'agit pas de donner une exécution nouvelle à une sentence répressive étrangère, pas plus qu'on ne donne exécution à un jugement en matière d'état, en reconnaissant son effet dans les autres pays. Il s'agit de reconnaître l'effet que ce jugement a déjà produit dans le pays d'où la personne est originaire, de la recevoir avec l'espèce de *capitis deminutio* qu'elle a subie. Cela est évidemment conforme aux traditions de l'ancien droit. Il est certain que les principaux des post-glossateurs, Bartole et Balde, par exemple, enseignaient que les incapacités pénales suivent la personne : *ipsam personam sequuntur, sicut lepra leprosum* (1). Telle paraît même avoir été l'opinion de Burgundus : « *Sententia infamiae quoties personae irrogatur, turpitudinis maculam statui ejus imprimit* » (2), bien qu'il fasse ici sa réserve habituelle, en ce qui concerne le pouvoir d'aliéner des immeubles. Et, dans le dernier état de la doctrine statutaire, telle paraît avoir été l'opinion de Boullenois et de Bouhier, comme elle était celle de d'Argentré. Il semble bien que, dans ces conditions, les auteurs du Code, s'étant bornés à substituer la loi de la nationalité à la loi du domicile, comme régissant l'état et la capacité, aient entendu attribuer à cette loi la même action extraterritoriale que celle attribuée jusqu'alors à la loi du domicile. Et nous en concluons que l'opinion de M. de Bar, moins conforme à la théorie du droit international privé, l'est moins aussi à la conception de ce droit, telle qu'elle a été entendue par la tradition juridique en Belgique et en France. Il est bien vrai que dans la doctrine ancienne des Pays-Bas, il y a eu des dissentiments importants, par exemple, celui de Paul Voet et de son fils Jean Voet. Mais leur opinion ne peut guères être invoquée, s'agissant de déterminer l'esprit des disposi-

(1) Lainé. Op. cit., T. I. p. 163.
(2) Burgundus. Tr. 3, nº 13.

tions du Code civil français, qui nous régit encore en Belgique [1].

117. — L'application de la loi nationale, en ce qui concerne les rapports de famille, les droits et obligations qui en dérivent, peut présenter d'assez sérieuses difficultés, lorsque la famille n'est pas homogène, lorsque tous ses membres n'appartiennent pas à la même nationalité. Est-ce la loi nationale de l'un, ou celle de l'autre qui doit prévaloir? Il est impossible de résoudre la question d'une manière tout à fait générale. Il faudra examiner de quel droit, de quelle obligation il s'agit, quel est celui des membres de la famille dont la situation paraît prépondérante. Que l'on songe aux rapports entre époux, entre parents et enfants, entre frères et sœurs. Dans ce dernier cas, il y a évidemment égalité de situations, et cela peut engendrer des questions extrêmement délicates, s'agissant notamment des obligations alimentaires reconnues même entre frères par certaines législations. Nous estimons qu'il est préférable de les examiner au fur et à mesure que nous les rencontrerons dans la partie spéciale de notre traité. Des considérations d'ordres divers peuvent influer sur leur solution.

(1) d'Argentré. *Ad consuetudines Britanniae.* — Boullenois. *Traité de la personnalité des lois, coutumes et statuts*, II, p. 19. — Bouhier. *Les coutumes du Duché de Bourgogne*, chap. 24, nos 134 à 138. — Paul Voet, *de statutis*, IV, 3, nos 18 et 19. — J. Voet. *Comm. ad Pandectus*, Lib. 1, T. 4, p. 2, § 7 *de statutis.*

# TITRE IV.

## DE L'ORDRE PUBLIC.

—

118. — Si l'on pouvait trouver une formule absolument satisfaisante pour exprimer exactement les principes appelés à prévaloir en cette matière, nous serions tenté de proposer la suivante : *Les lois pénales, les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui se trouvent sur le territoire* (art. 3, projet commission belge). — *Les lois étrangères ne peuvent être appliquées, lorsque cette application porterait atteinte aux lois du territoire qui consacrent ou garantissent un droit ou un intérêt social.*

La 2e proposition reproduit, sauf une légère différence de rédaction, l'art. 14 du projet de la Commission belge de révision du Code civil, ainsi conçu : « Nonobstant les articles qui précèdent, il ne peut être pris égard aux lois étrangères, dans le cas où leur application aurait pour résultat de porter atteinte aux lois du royaume qui consacrent ou garantissent un droit ou un intérêt social. » Cette formule a été en partie approuvée par M. de Bar (1), qui la préfère à celle de l'avant-projet de M. Laurent, et elle nous paraît en effet, non-seulement plus simple, mais plus exacte. La formule proposée par M. Laurent avait une portée excessive. Elle était ainsi conçue : « Malgré les dispositions des articles précédents, les lois, les actes, les jugements passés en pays étranger, pas plus que les dispositions et les conventions particulières ne peuvent,

(1) Op. cit., T. I, p. 131, note 8.

en aucun cas, déroger aux lois prohibitives du royaume concernant les personnes, les biens ou les contrats, ni aux lois qui intéressent en quelque manière l'ordre public ou les bonnes mœurs. » Il est à peine nécessaire de faire ressortir les vices de cette rédaction. Le législateur belge est impuissant à frapper d'une prohibition les actes accomplis en pays étranger, spécialement entre étrangers : il n'en a pas le droit. Il est plus étrange encore de dire que les lois étrangères ne peuvent déroger aux lois prohibitives belges. Tout ce que nous pouvons faire matériellement, c'est de refuser de les appliquer. Les défectuosités de cette disposition apparaîtront clairement par le observations que nous ferons plus loin. La résolution arrêtée par l'Institut de droit international dans sa section d'Oxford est de beaucoup préférable. Elle porte que : « En aucun cas, les lois d'un Etat ne pourront obtenir reconnaissance et effet dans le territoire d'un autre Etat, si elles y sont en opposition avec le droit public ou avec l'ordre public de ce même territoire. » M. de Bar estime cependant qu'elle laisse plus à désirer que la formule belge au point de vue du droit international. Elle abandonne, dit-il, à l'appréciation du juge la décision des cas particuliers qu'il est impossible d'énumérer à priori.

119. — Nous ne saisissons pas très bien la critique, mais cette rédaction nous paraît défectueuse sous d'autres rapports. N'est-ce pas aller trop loin que de déclarer, que les lois d'un Etat ne pourront, dans le cas prévu, obtenir *reconnaissance* dans le territoire d'un autre Etat? On est bien obligé de les reconnaître parfois, comme un fait. D'autre part les expressions *droit ou intérêt social* sont plus précises que le terme *ordre public*, et sous ce rapport préférables. Nous partageons donc absolument l'opinion de M. de Bar. La règle proposée par la commission belge nous a paru cependant présenter une certaine imperfection de rédaction. Sans se piquer d'être puriste, on peut douter que la locution : il ne sera *pas pris égard* à la loi étrangère, soit bien française ; mais c'est là un détail. Ce qui nous paraît plus grave, c'est que cette proposition est

trop générale. Parce qu'une loi étrangère ne saurait recevoir application chez nous, ce n'est pas toujours un motif pour ne pas y avoir égard. Nous pouvons être dans la nécessité de prendre acte des effets qu'elle a produits en pays étranger. Et au lieu de dire : lorsque cette application aurait pour résultat de porter atteinte, etc..., il paraît beaucoup plus simple et plus net de dire : lorsque cette application porterait atteinte à un droit ou à un intérêt social etc...

120. — Les lois, qui consacrent un droit ou un intérêt public, sont précisément ces lois que l'on qualifie généralement de lois d'ordre public. Il est de principe, pour ainsi dire universellement admis, que l'application extraterritoriale des lois, concernant l'état et la capacité des personnes étrangères, et par conséquent aussi de celles qui concernent les rapports et les droits de famille, *peut* trouver obstacle dans les lois d'ordre public du pays où elles se trouvent. Sur ce point il ne saurait y avoir de doute. Mais la détermination des cas, dans lesquels il en est effectivement ainsi, présente d'extraordinaires difficultés. Il y a certaines lois d'ordre public qui ne sont telles, et ne présentent ce caractère que pour les nationaux. En ce qui concerne les étrangers, non-seulement elles ne sont pas des lois d'ordre public, mais elles ne les touchent même point. Il faut évidemment considérer comme des lois d'ordre public pour les nationaux celles qui déterminent l'âge auquel on peut se marier, la capacité en général, spécialement la majorité, les rapports de famille. Prétendre appliquer ces règles d'une manière absolue aux étrangers, ce serait précisément renverser d'une main ce que l'on a édifié de l'autre, ce serait ruiner la règle suivant laquelle l'état et la capacité de l'étranger sont régis par sa loi nationale. Ces lois ne concernent pas l'état de l'étranger, la capacité de l'étranger, ses rapports de famille. La loi du territoire est indifférente en général à l'organisation de la famille étrangère, à moins qu'il ne s'agisse d'empêcher sur le territoire la perpétration de véritables délits, d'actes contraires à la loi pénale.

121. — Ce sont ces considérations et la réflexion notamment qu'il y a un ordre public pour les nationaux, concernant exclusivement ceux-ci, qui ont déterminé certains auteurs à désigner sous le nom de lois d'*ordre public international* celles dont l'observation est obligatoire pour l'étranger aussi bien que pour le national (1). Mais l'expression est bizarre, et semble ne pouvoir s'appliquer à première vue qu'aux rapports d'ordre public entre nations. D'autres auteurs, comme M. Olivi (2), manifestent une préférence pour les termes *ordre public universel*. Ces termes ne sont pas moins imparfaits, pas moins équivoques. L'ordre public universel, dans le sens propre et naturel de ces mots, c'est l'ensemble des lois d'ordre public qui sont reconnues par toutes les nations, au moins par toutes les nations civilisées. Ce n'est certes pas là ce que l'on entend ici par ordre public universel. M. Laîné propose les expressions, *ordre public absolu*, qu'il oppose à l'*ordre public relatif*; c'est-à-dire à cet ordre public qui ne lie que les nationaux. Nous préférons ces expressions, mais elles nous semblent encore imparfaites, parce que, en somme, toutes les lois d'ordre public ont un caractère absolu par leur essence même, en ce qu'il n'est pas permis d'y déroger par des conventions particulières. Aussi proposerions-nous de substituer à ces diverses dénominations celles *d'ordre public général* et *d'ordre public spécial*, s'il était indispensable de recourir à ces termes assez vagues d'*ordre public*, pour déterminer les cas où l'application de la loi étrangère, en ce qui concerne l'état et la capacité, vient se heurter et se briser contre la loi intérieure, la loi du territoire. Mais nous n'attachons pas beaucoup d'importance à cette question de terminologie, et il nous arrivera souvent d'employer les expressions d'ordre public absolu, *brevitatis causa*.

122. — Laurent propose une formule différente. Les lois étrangères dont l'application est exclue sur notre territoire, seront celles contraires aux lois qui concernent

(1) Brocher. *Cours de droit i. p.*, T. I, pp. 106 et ss. — Weiss. P. 246.
(2) *R. d. d. i.*, 1885, p. 57.

les droits de la société. Et il considère comme lois relatives aux droits de la société : 1° les lois qui dépendent du droit public, et du droit pénal ; 2° les lois qui concernent les bonnes mœurs ; 3° les lois qui abolissent les privilèges politiques en matière de succession ; 4° les lois relatives à la prescription. Il repousse formellement les termes *ordre public*, précisément parce qu'on y comprend les lois relatives à l'état et à la capacité, et les remplace par les expressions d'*ordre social* qui constituent l'intitulé de la section IV de son avant-projet de Code civil. Il oppose les droits de la société aux droits des individus (1). Nous ne voyons pas un très grand avantage à remplacer les mots *ordre public* par les mots *ordre social*. Ces expressions sont à peu près équivalentes. Il est vrai que M. Laurent énumère les lois qu'il considère comme d'ordre social ; mais nous doutons que cette énumération soit de nature à mettre fin à toutes les controverses, et il est presque aussi dangereux d'énumérer que de définir, à moins qu'il ne s'agisse d'une énumération purement énonciative ou exemplaire, servant d'explication ou de commentaire à une définition. Peut-être est-ce une énumération purement exemplaire que M. Laurent a entendu faire ; mais alors il faudrait une définition. Il faudrait dire jusqu'où vont les droits de la société, en ce qui concerne l'exclusion de l'application des lois étrangères. Dans le développement de sa pensée, M. Laurent semble bien près d'admettre qu'il y a un droit de la société, dès qu'il y a un intérêt social en cause.

123. — M. de Bar critique la formule de M. Laurent, et ne la trouve pas meilleure que les autres ; mais la formule qu'il propose ne nous paraît pas non plus complètement satisfaisante. Il répudie la loi étrangère lorsque son application serait en contradiction avec des principes juridiques strictement impératifs de notre organisation juridique, ou avec des règles de morale en vigueur dans notre territoire. L'adoption de ce criterium : *règles strictement*

(1) Laurent. T. VIII, nº 98.

*ou absolument impératives*, peut donner lieu en apparence aux mêmes observations que la formule de Savigny : *règles* ou lois strictement prohibitives. Des lois peuvent être strictement, absolument impératives, et ne concerner cependant que les nationaux, et cela malgré la généralité apparente du texte. Mais la réponse est que, dans ce cas, l'on ne peut pas dire que l'application de la loi étrangère, à des *étrangers*, soit en contradiction avec ces règles.

124. — Et c'est précisément ici que se trouve le nœud d'une distinction fort rationnelle établie par M. de Bar. Il ne suffit pas qu'une loi étrangère relative à l'état, à la capacité aux droits de famille soit en contradiction avec nos lois, pour qu'elle ne puisse être appliquée sur notre territoire, il faut que *l'application même* de cette loi étrangère sur notre sol soit en contradiction avec nos lois d'ordre public. Or elle ne l'est plus, s'il s'agit de lois d'ordre public qui ne concernent que les nationaux.

« L'efficacité d'une règle de droit étrangère, ou d'un rapport juridique étranger, ne sera pas nécessairement anéantie par le seul fait que nos lois ou notre doctrine juridique rejettent cette loi, ou ce rapport de droit. Il faudra toujours examiner, si l'*action effective* du principe ou du rapport de droit en question, en tant que cette action doit se produire dans le ressort de notre organisation juridique, est en contradiction avec notre ordre social, ou avec les principes de morale admis chez nous. Il importe de rappeler ici qu'un rapport juridique n'a pas exclusivement effet dans un seul territoire, mais peut se ramifier et étendre ses effets dans des territoires juridiques divers. Le seul droit que nous puissions jamais avoir, c'est de considérer comme inexistants, de trancher et de supprimer ces rameaux et ces rejetons qui se produisent sur notre territoire ; le tronc qui se trouve dans le ressort d'une autre souveraineté échappe à notre action, et si le rameau ou le rejeton qui surgit sur notre sol n'est pas de nature à produire des effets nuisibles, ce serait une erreur et une injustice que de le trancher, sous prétexte que le

tronc ne serait pas toléré dans notre pays » [1]. L'observation est d'une incontestable justesse, et l'auteur l'éclaire par des exemples. « La polygamie ne saurait être tolérée chez nous ; mais peut-on refuser au fils d'un Mahométan, qui a vécu, d'après les lois de son pays d'origine, en état de polygamie, la propriété d'un objet qui se trouve sur notre territoire et qui dépend de la succession de son père? Certainement non. La polygamie n'est dans ce cas que la base éloignée d'une réclamation qui en elle-même n'a rien de contraire à notre ordre juridique; c'est un point de fait préjudiciel dans le procès qui surgit à l'occasion de cet objet. La polygamie existe et existait dans le pays de cet étranger : les décisions de nos juges ne pourraient rien y changer. Si notre organisation sociale se refusait à reconnaître des rapports juridiques de ce genre, comme simples faits, comme points préjudiciels à l'occasions d'autres réclamations judiciaires, cela conduirait à une subversion absolue des relations avec ce pays, à la suppression même de toutes relations régulières [2]. »

125. — A cette occasion M. de Bar cite une espèce rapportée par Story (§ 96ª) et relative à l'esclavage : « Dans une espèce importante, on a admis qu'un motif d'incapacité absolue, (notamment l'incapacité de droit naissant de l'esclavage), pouvait être reconnu même dans d'autres Etats, pour autant qu'il s'agisse d'actes accomplis dans le pays du domicile de la personne (où ce motif d'incapacité est reconnu); mais il n'en serait pas de même s'il s'agissait d'actes accomplis ou de droits acquis dans d'autres pays. » Rien de plus juste et de plus rationnel que cette distinction : On ne peut exiger évidemment de la puissance publique, dans tel ou tel pays, qu'elle sanctionne directement, immédiatement, des obligations immorales d'après la loi du territoire, qu'elle consacre ou autorise, dans le territoire même, un état de choses ou des relations juridiques empreintes d'immoralité, ou formellement interdites d'après la législation locale. Mais il peut arri-

(1) De Bar. Op. cit., T. I, p. 129.
(2) Op. cit. T I, p. 129

ver, comme dans l'exemple cité plus haut, qu'un état de choses légalement admis en pays étranger produise certaines conséquences dans notre pays, qui n'ont rien en elles-mêmes de contraire à nos institutions, à nos lois, en présupposant la légalité de leur source, légalité qui échappe à l'appréciation et à la critique de notre législateur, parce que la source a jailli en dehors de son terrain d'action, de son empire. Dans ce cas, nous ne pouvons que nous rallier sans réserves à la théorie de M. de Bar.

126. — Il y a des cas où la distinction est très facile. Ainsi, tandis qu'il semble impossible de dénier le droit des enfants, issus d'un mariage polygamique célébré en pays étranger, aux biens de leur père, même dans notre pays, nos tribunaux ne pourraient forcer une femme engagée dans une union de ce genre, à rejoindre son mari, à reprendre une pareille existence conjugale. Un esclave ne pourrait être revendiqué dans notre pays par son maître. Pareille revendication se heurterait non-seulement contre nos mœurs, mais contre des articles formels de notre Constitution, assurant en principe aux étrangers comme aux Belges la liberté individuelle. En ce qui concerne la femme engagée dans une union polygamique, on a fait en Italie une application assez étendue de ces principes. Une des femmes du harem du khédive Ismaïl Pacha s'était éprise d'un Napolitain, et réfugiée dans une petite localité de la province de Naples. Après en avoir référé au ministère Italien, l'officier de l'état-civil procéda à son mariage avec ce Napolitain. M. de Bar approuve complètement cette manière d'agir. Refuser le mariage, dans ce cas, n'aurait pas été autre chose qu'une réalisation en Italie des effets de la polygamie, dans laquelle la fugitive avait vécu jusque là.

De même, il nous paraît incontestable que, dans un Etat où le divorce n'est pas admis, l'officier de l'état-civil ne pourrait se refuser à procéder au mariage d'une étrangère ou d'un étranger valablement divorcé en pays étranger, pas plus qu'il ne pourrait s'y refuser dans un pays où le divorce est admis, par le motif qu'il aurait été pro-

noncé, en pays étranger, pour des raisons que la loi du territoire n'admet pas comme bases suffisantes du divorce. Mais un étranger domicilié dans un pays où le divorce ne serait pas admis, pourrait-il y demander le divorce en se fondant sur les dispositions de sa loi nationale? La question est des plus délicates, et nous y reviendrons plus loin.

127. — Parmi les questions les plus difficiles et les plus controversées figure celle de savoir quelle est la portée, de la loi qui établit l'exception de jeu, en droit international privé. L'exception de jeu pourrait-elle être opposée, par exemple, là où elle existe, à une action fondée sur une opération de jeu effectuée dans un pays où elle est parfaitement licite, et engendre une action en justice? La doctrine de Laurent est, en cette matière, passablement confuse. Il commence par dire que l'art. 1965, qui refuse toute action pour dette de jeu, est un *statut réel*. Le terme est évidemment inexact, le statut réel étant celui qui concerne les biens. Mais cette inexactitude est le résultat de la terminologie erronée que cet auteur a adoptée en général, et qui lui est propre : il étend en effet la qualification de statut réel à toutes les règles locales qui enchaînent d'une manière absolue le juge du for, et par conséquent aux statuts d'ordre public. Il enseigne que nos tribunaux ne peuvent jamais accueillir une action fondée sur une opération de jeu, sans distinguer si les joueurs sont des étrangers ou des nationaux, si l'opération a eu lieu dans notre pays ou en pays étranger. Mais il va plus loin, et il suppose que l'action soit portée devant les tribunaux d'un pays, où le jeu n'est point considéré comme immoral, où il donne naissance à une action en justice. Et il décide que le juge devra encore admettre l'exception de jeu, si elle est établie par la loi nationale commune des parties, ou par la loi du pays où elles ont joué, lorsqu'elles sont de nationalités différentes. Il en résulte que, d'après le système de Laurent, l'exception de jeu devra être admise soit lorsqu'elle est établie par la *lex fori*, soit en vertu de leur loi nationale commune, soit à raison du lieu de l'opération, quand les parties ne sont pas de même nationalité,

parce qu'en ce cas il faut, dit-il, appliquer la loi du lieu où le contrat s'est passé. Il ne repousse guères l'exception de jeu que quand la loi du for ne l'admet pas, et à la condition, en outre, qu'elle soit exclue, soit par la loi nationale commune, soit par la *lex loci actus* (1). C'est une doctrine fort rigoureuse.

128. — Suivant Savigny (2), la loi du for, celle du lieu où le débat s'engage, doit seule être prise en considération. Selon lui, le juge ne peut pas admettre la nullité de la convention, et par conséquent l'exception de jeu, sur le seul fondement de la loi en vigueur dans le pays dont la loi régit l'obligation, si le même principe n'est pas admis dans le pays où l'action est intentée. Or, la loi qui régit l'obligation est, d'après son système, celle du pays où elle doit être exécutée, c'est-à-dire celle du siège de l'obligation. « L'application d'un droit local déterminé à une obligation repose » dit-il, « d'une manière générale, sur une présomption de soumission volontaire ; or, il est impossible d'admettre une telle soumission, lorsqu'elle conduirait à une loi qui annulerait précisément l'obligation dont il s'agit. » Cette théorie le conduit nécessairement à exclure à plus forte raison l'application de la *lex loci actus*, et celle de la loi nationale des parties, loi à laquelle les parties ne sont pas présumées se soumettre d'après le système de Savigny. Mais nous ne pouvons nous empêcher d'observer immédiatement que, lorsqu'il s'agit de dispositions d'ordre public, la présomption de soumission volontaire doit être absolument écartée. Il ne s'agit pas de savoir à quelle loi les parties *se sont soumises*, mais à quelle loi elles sont soumises, qu'elles le veuillent ou non.

129. — De Bar enseigne d'une manière générale que, lorsque l'obligation est prohibée par la loi, sous l'empire de laquelle elle a été contractée, elle est nulle partout ; il en donne ce motif assez singulier, et vivement critiqué par Asser et Rivier, que là où l'acte est prohibé, il n'existe pas de forme, et qu'il est par conséquent impos-

(1) Laurent. T. VIII, p. 171.
(2) Op. cit., § 374.

sible de contracter l'obligation dans la forme prescrite par la *lex loci actus*. Dans la seconde édition de son ouvrage, publiée en 1889 (1), il s'est efforcé de répondre aux critiques dirigées par M. Asser contre sa doctrine, mais la réponse nous paraît peu satisfaisante. Il distingue entre le droit civil et le droit criminel. Au point de vue du droit criminel, il y a un acte, dit-il, mais un acte défendu. Au point de vue du droit civil, un acte juridique nul ne peut avoir de forme dans le sens de la loi, pas même une forme dénuée de formes, *eine formlose Form*. C'est là, nous semble-t-il, une véritable subtilité. En supposant que tout acte nul doive être considéré comme inexistant, or, l'inexistence n'est qu'une fiction, il faudra toujours examiner logiquement s'il y a un acte juridique, valable au fond, avant de s'occuper de sa régularité en la forme. Si cette question est décidée négativement, ce n'est pas à raison de l'inobservation de la forme que l'acte sera considéré comme nul; si elle est résolue affirmativement, comment pourra-t-on l'annuler pour inobservation des formes, alors que la loi n'en prescrit aucune? Mais il est à remarquer que M. de Bar ne semble pas avoir spécialement en vue, lorsqu'il s'exprime ainsi, le cas où la convention n'est pas à proprement parler prohibée, celui où la loi se borne à refuser action à celui qui veut s'en prévaloir. C'est à la page 38 qu'il s'occupe de cette question, et il exprime l'opinion qu'elle appartient sans nul doute au droit matériel, qu'elle doit être appréciée d'après la loi à laquelle l'obligation est soumise, et est indépendante de la loi du for. Ce n'est que lorsque la réclamation, née de l'acte juridique, est tenue pour immorale en elle-même, ou pour malséante, par la loi du for, qu'elle doit être repoussée, d'après lui, sans égard au lieu du contrat, de l'exécution ou du domicile des parties; et il semble bien admettre qu'il en est ainsi dans le cas où la loi du for refuse toute action du chef de jeu, puisqu'il dit en note en citant Savigny : « Par exemple, les actions en paie-

(1) T. II, p. 36, note 2.

ment de dettes de jeu ne sont pas admises dans le pays où l'action est intentée, » bien que ses sympathies paraissent acquises, d'après les observations qui suivent, à la doctrine anglo-américaine, laquelle se prononce, en général, en sens contraire et pour l'application de la loi du lieu du contrat.

130.— Asser et Rivier enseignent d'abord [1] que, dans un pays où le législateur n'accorde pas d'action pour les dettes de jeu, cette action ne devra jamais être admise, et constatent que telle est l'opinion générale. C'est, en effet, la doctrine reçue en Belgique et en France, bien qu'il y ait eu quelques décisions en sens contraire. La question nous paraît fort délicate au point de vue de la théorie surtout. La jurisprudence et la doctrine anglo-américaines appliquent, en cette matière, la *lex loci contractus* et non la *lex fori* [2]. De Bar observe avec raison que la jurisprudence du continent européen incline davantage à faire prévaloir les tendances morales de la loi du tribunal sur la bonne foi du droit conventionnel international, d'après laquelle la *lex loci contractus* devrait l'emporter. C'est ce qui nous faisait dire plus haut que cet auteur, qui attache d'ordinaire une énorme importance à cet élément, à la bonne foi, dans les relations de la vie juridique, semble sympathique à la doctrine anglaise. Il est certain que l'application absolue de la *lex fori* conduit parfois à de criants abus. Deux étrangers jouent dans leur pays, où le jeu donne naissance à une action en justice. Le perdant, qui n'y possède aucun bien saisissable, aurait certainement contraint l'autre partie à payer, s'il avait gagné. Il se transporte dans un pays où l'on admet l'exception du jeu. Et l'on trouvera très moral qu'il puisse l'opposer, alors que l'opération était parfaitement licite, d'après la loi du lieu du contrat, et d'après la loi nationale des parties! Nous estimons que cela est plutôt scandaleux. La

(1) Op. cit., p. 77.

(2) Voir, en ce qui concerne spécialement les dettes de jeu, Wharton, p. 492, Foote, *Private intern. jurisprudence*, p. 292, ainsi que les autorités citées par ce dernier.

doctrine généralement admise serait cependant incontestable, s'il était vrai que l'action du jeu fût exclue dans notre pays comme immorale, ou comme peu conforme à la décence, *nicht anständig*, ainsi que semble l'admettre de Bar. Mais nous doutons qu'il en soit ainsi. Envisagée en elle-même, l'obligation de payer une dette de jeu ne présente rien d'immoral; ce qui est immoral, c'est de ne pas la payer, et dès lors, comment l'action, tendant à l'exécution de cette obligation, serait-elle immorale? Et si cette action en elle-même n'est pas immorale, comment pourrait-on soutenir qu'elle n'est pas *anständig*? La source originaire de l'obligation peut être impure à nos yeux, mais avons-nous compétence pour critiquer un acte légalement accompli entre étrangers en pays étranger? M. de Bar a démontré excellemment le contraire. Au fond, le refus d'action du chef de jeu n'a pas d'autre but que de décourager ceux qui seraient tentés de s'y livrer; mais nous n'avons ni compétence, ni la puissance matérielle nécessaire pour en détourner les étrangers qui seraient tentés de s'y livrer en pays étranger. Le seul argument que l'on puisse invoquer, et il n'a de portée qu'au point de vue de notre droit positif, c'est la généralité du texte de l'art. 1965; mais les dispositions qui annulent les contrats dans certains cas, sont également conçues en termes très généraux, et elles impliquent nécessairement un refus d'action au moins aussi absolu. Et cependant on ne les applique pas indistinctement à toutes les relations contractuelles, formées entre étrangers en pays étranger surtout. On distingue d'après les motifs sur lesquels elles sont fondées [1].

131. — Il y a beaucoup plus de divergences d'opinions, comme nous l'avons vu plus haut, sur le point de savoir, s'il suffit que l'exception de jeu soit établie par la loi qui régit le contrat, pour qu'elle doive être admise même dans les pays où elle est inconnue. Savigny se prononce nettement pour la négative. Laurent enseigne l'opinion con-

(1) On peut citer en notre sens, outre la jurisprudence anglaise, une décision du Reichsgericht, 10 mai 1884. *J. de dr. int. privé*, 1886, p. 669.

traire, et il suffit même, d'après lui, pour que l'action de jeu doive être repoussée partout, qu'elle le soit par la loi nationale des parties ou par la loi du lieu du contrat. Suivant Asser, l'obligation contractée dans le territoire d'un pays contrairement aux lois doit être tenue pour nulle, et la circonstance fortuite qu'une contestation s'est élevée subséquemment, devant le juge d'un pays qui a des lois différentes, ne saurait lui conférer la force juridique qui dès le principe lui a fait défaut. Bien qu'Asser ne le dise pas en termes exprès, il est évident qu'il entend appliquer ce principe aux dettes de jeu. De Bar estime que le système d'Asser est trop absolu, parce qu'il présuppose la force extraterritoriale de la nullité édictée par la loi du lieu du contrat, et il fait remarquer que ce n'est pas toujours par hasard que la contestation est portée devant un autre tribunal que celui du lieu du contrat. Il en donne l'exemple suivant : « Deux sujets du pays A font un rapide voyage dans le pays B, et y font un contrat complètement valable d'après les lois du pays A où il doit être exécuté, nul d'après les lois du pays B ; par exemple, X vend à Y un billet de la loterie d'Etat du pays A ; la validité de ce contrat dans le pays A tout au moins ne pourra guère être contestée [1]. » L'observation est juste, mais il nous paraît en résulter simplement que, dans ce cas, la loi qui régit le contrat au point de vue de sa validité est la loi du lieu de l'exécution. Lorsqu'il s'agit de l'exception de jeu, il faut tenir compte de certaines considérations auxquelles on n'a pas généralement égard. L'obligation n'est pas nulle en ce cas ; elle l'est si peu qu'elle s'oppose à la répétition de ce qui a été payé. La loi se borne à refuser toute action au créancier. On ne peut pas dire, à plus forte raison, que l'opération de jeu soit interdite. Si le débiteur se transporte dans un pays où l'action est admise, il nous paraît assez rationnel que cette action soit accordée au créancier, sans qu'il en résulte la moindre atteinte à la compétence légitime de la légis-

(1) M. de Bar dit : dans le pays B. C'est, croyons-nous, une faute d'impression.

lation étrangère. Tout au moins nous paraît-il évident que cette action ne pourrait pas être rejetée, si l'opération avait été faite entre deux personnes auxquelles elle est parfaitement permise par leur loi nationale, et devait être exécutée dans un pays où elle est absolument légitime et régulière. Et l'on pourrait, dans ce cas, faire observer à M. Asser que la circonstance fortuite que l'opération a été conclue dans tel pays, ne peut porter atteinte par elle seule à sa légitimité dans le pays où elle doit être exécutée. Nous ne connaissons pas d'arrêt qui se soit prononcé en termes exprès sur cette question délicate

132. — S'il faut considérer comme une règle généralement admise, comme une espèce d'axiôme en droit international privé, qu'une loi étrangère ne peut jamais être appliquée dans un pays au mépris de ses lois d'ordre public absolu, ou, pour nous servir des expressions de Brocher, de ses lois d'ordre public international, il est intéressant de voir dans quelle mesure ce principe est consacré par notre législation actuelle. Sans doute, le silence même du législateur à cet égard ne suffirait point pour méconnaître le principe, qui découle de la nature même des dispositions de ce genre. Mais lorque le principe est expressément consacré par la loi positive, il importe d'examiner s'il n'a pas reçu une extension, qui dépasse sa portée rationnelle. Rappelons seulement qu'il ne suffit pas qu'il y ait divergence entre une loi étrangère et une loi d'ordre public intérieur, pour que l'application de la première soit absolument exclue : il faut en outre que *son application* soit contraire à l'ordre public intérieur, que l'effet qu'on veut lui faire produire soit implicitement ou expressément repoussé. C'est ainsi que l'application de la loi nationale de l'étranger, en ce qui concerne l'âge requis pour pouvoir aliéner des meubles ou des immeubles, n'a rien de contraire à nos lois, bien que ces lois soient d'ordre public. Elle est, au contraire, commandée par un texte, qui peut lui-même être considéré comme se rattachant à l'ordre public. — Examinons maintenant les articles du Code civil relatifs à cette matière.

133. — Il y a certaines lois contre lesquelles la loi étrangère ne peut jamais prévaloir, fût-elle relative à l'état et à la capacité de l'étranger. Quelles sont ces lois? L'art. 3 du C. civ. nous paraît répondre à la question. « Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire. » Une jurisprudence et une doctrine, fondées sur la raison et sur les travaux préparatoires, enseignent du reste que l'habitation temporaire, momentanée, est comprise dans l'habitation dont il est question dans cet article. Mais que faut-il entendre par lois de police et de sûreté? Il y a un point sur lequel tout le monde est d'accord. On y comprend au premier chef les lois pénales. Au surplus, l'art. 3 du C. pén. porte en termes exprès : « L'infraction commise sur le territoire du royaume par les Belges *ou par des étrangers* est punie conformément aux dispositions des lois belges. » Et il est à noter que cet article ne distingue nullement entre les étrangers de passage et les étrangers résidants, ce qui confirme l'observation faite plus haut. Mais l'art. 3 du C. civ. entend-il parler d'autres lois que les lois pénales? A en juger par l'exposé des motifs de Portalis, on serait tenté de croire que non. Toutefois, comme le fait observer avec raison Laurent[1], « si le législateur n'avait eu en vue que les lois pénales, il eût été plus simple de le dire, au lieu de se servir de l'expression assez vague de *lois de police et de sûreté* ». Il en conclut que la disposition doit s'entendre de toutes les lois qui ont pour objet la conservation de la société, laquelle en implique aussi, dit-il, le développement et le perfectionnement. Cela est bien vague et bien élastique. Au tome II du même ouvrage, il serre de plus près la question d'interprétation de l'art. 3, al. 1. Par les lois de sûreté il faut entendre les lois pénales. Dans les lois de police il faut comprendre toutes les lois qui dépendent du droit public, notamment le droit constitutionnel et le droit administratif. Enfin, M. Laurent ajoute que l'art. 3 « *mentionne encore les lois concernant*

(1) Op. cit., t. I, n° 102.

*les bonnes mœurs* » (?), et il examine les conséquences qui en dérivent.

134. — Remarquons d'abord que l'art. 3 ne dit pas un mot des lois qui concernent les bonnes mœurs. Le savant jurisconsulte a commis ici une étrange inadvertance. L'art. 3, al. 1, porte simplement : « Les lois *de police et de sûreté* obligent tous ceux qui habitent le territoire ». C'est *l'article 6* qui parle des lois qui intéressent les bonnes mœurs; et il dispose qu'on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public *et les bonnes mœurs*. Il est absolument étranger, en lui-même, à la question de savoir si elles obligent les étrangers. Quant aux lois de police, on peut et on doit, sans nul doute, les considérer comme comprenant non-seulement les lois pénales, mais les lois de police administrative et judiciaire. Il paraît difficile, en se plaçant au point de vue du sens de ces mots à l'époque de la promulgation du Code civil, d'y comprendre le droit constitutionnel, et le droit administratif en général. Le Code de brumaire, an IV, définissait l'objet de la police, comme consistant *dans le maintien de l'ordre public, de la liberté, de la prospérité et de la sûreté individuelles*, et la divisait en police administrative et police judiciaire. D'après l'art. 19 du dit Code « la police administrative spécialement a pour objet le maintien habituel de l'ordre public dans chaque lieu et dans chaque partie de l'administration générale : elle tend principalement à prévenir les délits ». S'il en est ainsi, on peut admettre qu'un assez bon nombre de dispositions administratives rentrent dans la police administrative, mais il est impossible de les y faire rentrer toutes, et surtout d'y faire rentrer le droit constitutionnel. Au surplus, quel est l'objet de l'art. 3, al. 1, du Code civil? — D'étendre aux étrangers des obligations personnelles de faire ou de ne pas faire, des obligations d'action ou d'abstention : rien de plus, rien de moins. Et il les étend aux étrangers, en tant qu'elles résultent des lois de police et de sûreté. Les seules lois, dont il soit en conséquence question dans l'art. 3, sont

celles qui, dans un intérêt de police ou de sûreté, édictent certaines prescriptions ou certaines défenses, qu'elles soient sanctionnées ou non par des peines proprement dites. Quant au droit constitutionnel, ou bien il se trouve par le fait au-dessus des atteintes de l'étranger, parce qu'il ne le concerne pas; ou bien ses dispositions sont protégées contre les attentats des étrangers aussi bien que des nationaux par des peines. Mais, parmi les lois de police et de sûreté figure, nous paraît-il, l'art. 6 qui défend de déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. On peut faire rentrer cet article dans les lois de police, au sens étendu de ces termes, la police ayant évidemment pour objet de sauvegarder l'ordre public et les bonnes mœurs. Il ne sera donc pas permis, même aux étrangers qui se trouvent sur notre sol, d'y déroger par des conventions particulières. Ici se présentent toutefois plusieurs questions des plus délicates, et que nous allons examiner successivement.

135. — Et d'abord les étrangers, qui se trouvent en pays étranger, peuvent-ils y faire des conventions contraires aux lois belges qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs? Pourquoi pas, si ces conventions ne sont point en contradiction avec les lois d'ordre public du pays où ils se trouvent? De quel droit le législateur belge prétendrait-il faire respecter son ordre public local, ses lois locales relatives aux bonnes mœurs, par un étranger qui se trouve en pays étranger? Ce serait là une extension extra-territoriale de la souveraineté, qui ne se concilierait en aucune façon avec le principe de l'indépendance respective des nations. L'Etat n'a aucune action, aucun droit, aucun empire sur l'étranger qui se trouve en pays étranger. Ses lois particulières d'ordre public ne le lient pas : à aucun titre il n'est soumis à sa puissance. Il en est ainsi lors même qu'il s'agirait de ces lois d'ordre public au premier chef et par excellence, que l'on appelle lois de police et de sûreté, ou lois pénales. Même dans le système de la juridiction cosmopolite, on ne va pas jusqu'à revendiquer

pour l'Etat le droit de juridiction et de répression, vis-à-vis des étrangers, relativement à des infractions commises sur le sol étranger, si elles ne sont en même temps réprimées par la loi du territoire où elles sont commises. Au surplus, l'art. 3, al. 1, conduit à cette conclusion, par un argument *a contrario* d'une valeur incontestable (puisqu'il ramène aux principes généraux) : que l'étranger *se trouvant sur le sol étranger* n'est pas soumis aux lois belges de police et de sûreté. On admet quelques exceptions peu justifiées, selon nous, à ce principe, lorsqu'il s'agit pour l'Etat de défendre sa sécurité, et son crédit national, contre des infractions commises par des étrangers en pays étranger. Mais, dans ces cas exceptionnels, comme M. Thonissen l'a reconnu dans le Parlement Belge, l'Etat exerce un droit de défense plutôt qu'un véritable droit de punir. C'est le cas où jamais de dire que l'exception confirme la règle. Il faut donc tenir pour certain, à plus forte raison, que les étrangers peuvent faire en pays étranger des conventions contraires à nos lois d'ordre public, et à celles qui concernent les bonnes mœurs.

136. — Quel sera l'effet de ces conventions dans notre pays? Tout d'abord nous croyons qu'il est impossible que nos tribunaux soient dans l'obligation de les sanctionner directement, que l'autorité puisse prêter la main à leur exécution sur notre propre sol, fussent-elles conclues en pays étranger et entre étrangers, si cette exécution même est en opposition avec notre ordre public. Ils sont liés, au moins autant que les simples particuliers, par nos lois d'ordre public, par celles qui concernent les bonnes mœurs. Ils ne pourront, par exemple, contraindre la femme engagée dans les liens d'un mariage polygamique à reprendre la vie commune avec son mari, lorsqu'elle a déserté le domicile ou plutôt le harem conjugal. Ils ne pourront prêter la main à l'exécution forcée d'une convention étrangère, par laquelle une personne s'assujettissant à une espèce de servage contraire à nos lois et à nos mœurs, aurait engagé à vie et en pays étranger, ses services, au profit d'une autre personne étrangère également;

sanctionner une convention passée entre étrangers en pays étranger, et dont le but et l'effet seraient de consacrer la prééminence d'un fonds sur un autre dans notre pays. Mais, lorsqu'à la faveur, et pour ainsi dire à l'ombre de l'ordre public étranger, se seront formés en dehors du territoire entre personnes étrangères, non pas immédiatement, mais par dérivation pour ainsi dire, des rapports de droit qui n'ont rien d'illicite en eux-mêmes, lorsque de certaines relations juridiques contraires à notre droit public auront jailli d'autres relations juridiques qu'il ne répudie point, rien n'autoriserait les tribunaux à les repousser, sous prétexte que la source primitive en est impure. Certes on ne peut demander à nos tribunaux de sanctionner les obligations nécessairement illicites, constituant l'exécution même de ce contrat contraire à notre ordre public ; mais on ne peut pas non plus leur demander de les méconnaître comme fait, de refuser toute force aux obligations licites qui sont résultées d'un état de choses irrégulier, conséquence immédiate du contrat. On peut dire au surplus que tout procès implique une espèce de contrat, ce que l'on appelle le contrat judiciaire, et que ce contrat pas plus que les autres, s'il est conclu dans notre pays même entre étrangers, ne peut déroger aux lois d'ordre public, ni à celles qui concernent les bonnes mœurs.

On le voit, nous déduisons des textes sainement interprêtés une distinction à peu près semblable à celle qu'admet M. de Bar. On ne peut pas méconnaître, comme fait, les lois d'ordre public étrangères contraires à notre propre ordre public, ni même les conventions faites en pays étranger et entre étrangers conformément à cet ordre public contraire au nôtre, ni la situation juridique qui en résulte immédiatement. Mais les tribunaux ni les autorités de notre pays ne sont obligés d'appliquer ces lois, de sanctionner directement ces conventions, et les obligations qui en dérivent, si tant est que ces obligations soient en elles-mêmes contraires à notre ordre public. Par contre, lorsque de cette situation anti-juridique suivant nos lois, mais que nous n'avons pas à apprécier en elle-même, que

nous avons seulement le droit de ne pas consacrer directement, naissent des obligations qui n'ont rien de contraire à nos lois d'ordre public, nous n'avons pas le droit de les méconnaître. Elles sont la conséquence légale d'un état de choses illégal à nos yeux dans son origine, mais dont nous n'avons pas à apprécier l'illégalité, parce qu'il s'agit d'actes accomplis dans le domaine d'une souveraineté étrangère, aussi longtemps que l'on ne prétend pas faire revivre cette situation illégale dans notre pays, en demandant à nos tribunaux de sanctionner les conséquences qui en dérivent immédiatement, qui en constituent la consécration directe.

137. — Nous aurons à appliquer fréquemment ces principes relatifs aux conventions dans la partie spéciale de notre ouvrage et nous nous bornerons ici à quelques exemples. Examinons les effets de la distinction, que nous avons adoptée d'après M. de Bar, en ce qui concerne spécialement la capacité de droit. Nous avons déjà dit un mot de l'esclavage. C'est une institution inconnue chez nous, condamnée par nos mœurs, condamnée en outre par des textes formels de notre Constitution qui proclament la liberté individuelle, et étendent aux étrangers la protection assurée aux Belges. L'esclave étranger qui foule le sol d'une nation, où l'esclavage n'existe point, devient libre, et capable de droits. Nous irions même plus loin, et nous pensons que si des droits venaient à s'ouvrir, dans notre pays, en faveur d'une personne vivant comme esclave en pays étranger, sa condition ne ferait pas obstacle à ce que ses droits lui fussent reconnus. La question présente peu d'intérêt pratique pour les esclaves, mais elle en peut présenter pour l'individu frappé de mort civile, ou pour le moine étranger considéré comme incapable dans son pays. La loi nationale des parties ou de l'une d'elles ne pourrait faire obstacle au mariage dans notre pays entre personnes de religion différente [1] ou bien entre blancs et femmes de couleur [2], au mariage d'un individu engagé

(1) Sir. 1886, 4, I. Arrêt de Turin et note de M. Chavegrin.
(2) Tr. Pontoise, 6 août 1884. *J. de dr. int. privé*, 1885, p. 296. — Fiore. *J. de dr. int. pr.*, 1887, p. 54. — Weiss. Op. cit., p. 450.

dans les ordres religieux, ou frappé de mort civile, d'un esclave, et même *d'une esclave* échappée à un harem (1). La question est fort discutée en France, en ce qui concerne les moines étrangers qui, d'après leur loi nationale, ne peuvent se marier, et M. de Bar se prononce dans son ouvrage en faveur de la jurisprudence française qui admet l'extension extraterritoriale de cette incapacité. Cette opinion paraît singulière de la part d'un auteur qui déclare sans hésiter, que les limitations de la capacité de droit basées sur des motifs confessionnels n'ont pas d'effet extra-territorial : « *Dass Beschränkungen der Rechtsfähigkeit aus confessionnellen Gründen keine extra-territoriale Wirksamkeit haben, ist ohne weitern klar.* » Mais il considère apparemment l'incapacité de se marier comme une incapacité d'agir. On peut répondre qu'elle implique en même temps une incapacité de droit; elle entraîne la privation effective du droit ; et elle se rapproche beaucoup plus de l'incapacité de droit par les motifs qui l'ont dictée, et qui ne sont nullement l'intérêt de l'incapable, mais un intérêt social ou moral. L'incapacité d'agir n'est dans ce cas que la conséquence de l'incapacité de droit. M. de Bar se borne à invoquer le statut personnel du mari. Mais n'admet-on pas que le statut personnel peut céder devant des considérations d'ordre pnblic général, que son application ne peut se faire, lorsqu'elle porterait atteinte aux lois qui garantissent un droit ou un intérêt social? Or, dans les pays de liberté religieuse, cette liberté est un principe d'ordre public et elle peut être considérée comme un intérêt social. Elle existe sur notre sol pour les étrangers comme pour les nationaux. M. de Bar ne reconnaît-il pas lui-même que les étrangers doivent être assimilés aux nationaux quant à la jouissance des droits, et l'exercice des droits ne se confond-il pas dans l'espèce avec la jouissance? Il résulte de ces observations que la distinction entre la capacité de droit, et la capacité d'agir, très

(1) Laurent. Op. cit., T. IV, p 595. — Weiss. Op. cit., p. 451.—V. toutefois, en ce qui concerne les moines, un arrêt de la Cour de Paris du 13 juin 1874. — Sir. 15, 2; 67; Aubry et Rau. T. I, p. 92. — De Bar. T. I, p. 413.

exacte quand il s'agit des droits patrimoniaux, ne se conçoit qu'avec certaines restrictions quand il s'agit des droits attachés à la personne.

Nous ne nous dissimulons pas que notre système peut conduire à certaines conséquences fâcheuses, puisque ces mariages ne seront certainement pas reconnus comme valables dans le pays d'origine de l'étranger ; mais nous croyons que leur validité doit être reconnue dans tous les pays où ne prédominent pas les mêmes idées exclusives. Au surplus, si la possibilité d'appréciations diverses en cette matière constitue un mal, elle est la conséquence nécessaire de la diversité des législations en matière d'ordre public. Elle est un mal inévitable, et cela ne suffit pas pour que le droit de l'étranger soit méconnu au mépris des principes de notre organisation sociale, ce qui serait un mal plus grand.

138. — Il semble que l'accord soit plus facile à réaliser, lorsqu'il s'agit de décider si l'étranger capable d'après sa loi nationale, doit être tenu pour incapable chez nous, lorsque sa capacité se heurte contre des prohibitions d'ordre public absolu, fondées sur les bonnes mœurs qui constituent un intérêt social. Il en est ainsi spécialement en ce qui concerne le mariage. D'une part, la reconnaissance de l'incapacité édictée par la loi du lieu où il prétend contracter mariage, n'a point cet effet fâcheux de permettre des unions qui seront considérées comme nulles dans tel pays, comme valables dans tel autre. D'autre part, cette reconnaissance a précisément pour effet leur assimilation aux nationaux au point de vue des droits civils. Mais il est certain que cela constitue une dérogation nouvelle à la règle que les lois relatives à l'état et à la capacité suivent le citoyen en pays étranger, règle à laquelle aucune législation particulière n'a pu du reste attacher une force internationale, et qui trouve toujours sa limitation dans les lois de police et de sûreté locales, avec le sens étendu que la doctrine attribue à ces mots : *lois de police*. Qu'un Turc ne puisse contracter valablement dans notre pays un mariage polygamique, qu'un

étranger quelconque n'y puisse contracter un second mariage avant la dissolution du premier, qu'un frère n'y puisse épouser sa sœur, tout cela est parfaitement certain, et les auteurs sont d'accord à ce sujet. Des actes de ce genre peuvent, du reste, constituer des crimes ou des délits, et les lois pénales sont au premier chef des lois de police et de sûreté. Ils constituent, dans tous les cas, et dans tous les pays civilisés, des délits moraux, dont le pouvoir social ne doit certes pas tolérer la consommation sur son territoire. La règle que l'état et la capacité de l'individu sont régis par sa loi nationale n'est donc pas absolue. Son état est régi par sa loi nationale, c'est incontestable, mais il n'en résulte pas qu'il puisse, en vertu de sa loi nationale, se constituer sur notre sol même, un état contraire à nos lois de police, par un acte que nous considérons comme une infraction, ou comme un outrage à la morale. Sa capacité est régie par sa loi nationale, mais il n'en résulte pas qu'il puisse, à la faveur de celle-ci, revendiquer sur notre territoire la capacité de commettre un crime ou un délit. Chaque fois qu'il s'agira uniquement d'apprécier si un étranger est capable d'agir par lui-même, sans l'assistance d'autrui, ou s'il doit être représenté par un tuteur, autorisé ou assisté par quelque autre personne, on appliquera sans contredit sa loi nationale. La légalité de l'acte n'est pas en cause. Mais lorsqu'il s'agira d'une incapacité d'agir absolue, et qui n'est que la conséquence d'une incapacité de droit, il n'en sera très souvent pas ainsi, parce que l'incapacité de droit a fréquemment sa raison d'être, non dans les qualités personnelles de l'individu, mais dans le caractère illicite de l'acte en lui-même. Il en résulte, comme nous l'avons déjà fait remarquer plus haut, qu'il y a dans la distinction établie par M. de Bar entre la capacité de droit et la capacité d'agir, un grand fond de vérité, bien que la seconde puisse être la source de la première quand il s'agit de droits personnels.

139. — Mais que faut-il penser *des actes* accomplis *en pays étranger* sous le couvert de la loi étrangère, et

contraires à nos lois d'ordre public. S'ils ne sont pas interdits par la loi nationale des parties, les considérerons-nous comme nuls? Pourront-ils produire des effets quelconques dans notre pays? La question n'est pas nettement décidée par nos lois, et il faut recourir aux principes du droit international privé. C'est ici, nous paraît-il, qu'il y a lieu d'appliquer la distinction très ingénieuse et parfaitement juste, établie par M. de Bar entre l'acte même et ses conséquences, entre la souche et les rejetons qui en ont jailli. L'acte considéré en lui-même échappe à notre contrôle, tant à raison du lieu où il est passé qu'à raison de la nationalité des parties. Mais, si l'on prétend lui faire produire des effets dans notre pays, nous avons incontestablement le droit et le devoir d'examiner si ces effets, envisagés en eux-mêmes, sont contraires à notre ordre public, à notre ordre social, aux lois qui garantissent un droit ou un intérêt social. La distinction est cependant très délicate, et nous regrettons que M. de Bar, qui la préconise avec raison, selon nous, n'en ait pas fait des applications plus fréquentes. Sa sagacité nous aurait aidé à résoudre les problèmes qui peuvent se présenter. Nous n'irons pas jusqu'à dire que les juges doivent fermer les yeux sur les vices de l'acte, dont on leur demande de sanctionner les effets. Car, pour apprécier l'immoralité des effets, il faut souvent envisager l'acte en lui-même. Un mariage polygamique, par exemple, est à nos yeux dénué de toute validité. Si un Oriental venait résider chez nous avec son harem, pourrait-il forcer une de ses femmes à réintégrer le harem conjugal, l'y séquestrer, etc.? Non, sans doute, parce que cela tendrait tout simplement à maintenir entre lui et elle des relations que nous considérons comme illicites. Nous n'irons pas jusqu'à dire que ces relations sont criminelles, car ce qui est criminel, c'est le fait de contracter mariage, lorsque l'on est engagé dans les liens d'un mariage précédent. Or, ce fait accompli en pays étranger entre étrangers, échappe à nos lois. Mais pour apprécier l'illiceité de ses relations, il faut bien, cependant, envisager le mariage étranger. Il en

serait de même s'il s'agissait d'apprécier les effets d'un mariage entre parents au degré prohibé suivant nos lois, mais légal d'après la loi nationale des parties et d'après la loi du lieu de la célébration. D'autre part, lorsqu'il ne s'agit plus d'apprécier les effets directs d'un acte de ce genre entre parties, lorsqu'il s'agit d'apprécier ses conséquences éloignées, notamment *les conséquences des effets légaux* qu'un pareil mariage a produits dans le pays même où il est autorisé, en ce qui touche d'autres personnes que les parties elles-mêmes, il n'en est plus ainsi. Aussi est-ce avec raison que les auteurs sont d'avis de reconnaître aux enfants nés de relations légalement entretenues entre ces époux étrangers, dans leur propre pays, la qualité d'enfants légitimes, et le droit de succéder comme tels à leurs parents.

140. — La situation peut se retourner. Un catholique a épousé une protestante dans *son pays d'origine*, où de pareils mariages sont tenus pour nuls. Ce mariage sera-t-il considéré comme nul ou comme valable dans notre pays? Il nous paraît qu'à tous égards la question échappe à notre contrôle. L'acte s'est accompli en pays étranger, et entre étrangers. C'est d'après la loi de ce pays que la validité du mariage doit être appréciée chez nous, si la question était soulevée devant nos tribunaux, et s'ils étaient compétents pour la juger, ce qui pourrait arriver au cas où les époux auraient établi leur domicile en Belgique, ou si la question était soulevée devant eux d'une manière incidente. Notre ordre public peut bien exiger que nous maintenions, chez nous, la liberté de conscience et la liberté de religion pour nos nationaux, et pour les étrangers mêmes qui s'y trouvent et prétendent y exercer leurs droits sous l'égide de ce principe constitutionnel. Il peut bien exiger que nous ne tolérions pas chez nous, ou que nous ne considérions pas comme légitimes, des relations illicites d'après nos lois. Il ne saurait exiger que nous considérions comme licites et légitimes des relations, qui sont la conséquence d'un acte accompli en pays étranger, et qui, d'après la loi de ce pays, comme d'après celle

de la nationalité des parties, sont essentiellement illicites. Pourrait-on considérer comme valable en Belgique le mariage d'un étranger frappé de mort civile dans son pays, alors qu'il se serait accompli dans un pays où la mort civile est admise? Nous ne le pensons pas. Ce serait consacrer un véritable empiètement sur le domaine juridique des souverainetés étrangères. Nous pouvons bien garantir aux étrangers mêmes la jouissance de leur liberté religieuse chez nous ; nous ne pouvons pas empêcher qu'ils n'en jouissent pas en pays étranger, lorsque leur loi nationale ne les protège point, et que l'acte qu'ils y ont accompli n'a pas pu y être accompli régulièrement. Les enfants issus d'une pareille union seraient-ils considérés comme illégitimes chez nous? Ils le seraient sans nul doute à notre avis, s'ils l'étaient d'après leur loi nationale. Mais nous devons revenir spécialement sur la question en traitant du mariage, et nous verrons que les dispositions de leur loi nationale, à cet égard, doivent dépendre en fait et en droit de la loi nationale des époux.

141. — En ce qui concerne les droits patrimoniaux, les mêmes questions se représentent avec leur double aspect. Mais ici leur solution est peut-être plus facile, parce qu'il est plus aisé d'établir une distinction nette entre la capacité de droit, et la capacité d'agir. L'une n'entraine pas nécessairement l'autre, comme il arrive souvent, quand il s'agit des droits personnels. L'incapacité absolue d'agir, d'exercer soi-même un droit patrimonial, n'implique pas la privation de ce droit. Que l'étranger, mort civilement dans son pays, puisse contracter valablement dans notre pays, cela ne paraît pas douteux ; qu'il puisse y acquérir des propriétés, cela ne saurait être contesté, à notre avis, s'il s'y trouve. *Cette lèpre*, pour nous servir de l'énergique expression de Bartole, ne le suit pas en Belgique, parce qu'elle est contraire à notre ordre public. Mais nous irons plus loin, et nous ajouterons que, fût-il resté dans son pays, cette incapacité qui pèse sur lui ne s'opposera pas à ce qu'on lui reconnaisse les droits qui s'ouvrent sur notre territoire en sa faveur, et dont

l'attribution dépend de nos lois. Non-seulement ce serait heurter nos lois d'ordre public que de les dépouiller de ces droits sur le fondement d'une institution étrangère que notre législation ignore ou condamne ; mais l'attribution d'un droit patrimonial dépend rationnellement de la législation du pays qui en dispose matériellement, qui du moins est appelé à le garantir et à l'organiser.

142. — Supposons la situation inverse. Un Belge peut-il encourir la mort civile par suite d'une condamnation pénale, ou être tenu pour incapable d'acquérir une propriété immobilière à raison de sa race, ou de sa religion, dans un pays où ces incapacités existent ? Il faut répondre affirmativement, et en fait on n'a nul égard à la nationalité s'agissant d'incapacités de ce genre. Elles sont en elles-mêmes contraires à la justice, et irrationnelles, mais leur extension à des étrangers ne blesse pas, en elle-même, le droit international, dès qu'ils sont assimilés à cet égard aux nationaux. Les législations qui contiennent ces prescriptions n'ont certainement pas la prétention d'interdire même à leurs nationaux, se trouvant dans des conditions semblables, d'acquérir des biens immobiliers en pays étranger, et cette prétention serait vaine. Il ne seront pas même considérés dans leur propre pays comme incapables d'acquérir des biens en pays étranger. Il faut bien reconnaître cependant que ce n'est pas précisément à raison d'un intérêt social, qu'on ne les considérera pas en pays étranger comme incapables à cet égard. C'est parce que cet Etat a seul compétence pour priver l'étranger du droit d'acquérir des immeubles sur son sol. La Cour de cassation de France a décidé elle-même, que les déchéances ayant un caractère politique, notamment celles des émigrés n'atteindraient pas les Français dans l'exercice de leurs droits en pays étranger [1]. Mais n'en est-il ainsi que des déchéances ayant un caractère politique ? Nous ne le pensons pas. Nous estimons que le véritable motif pour lequel ces déchéances ne s'étendent point extraterri-

(1) Cass. req., 26 janvier 1807, s. 7, I, 123. — Despagnet. Op. cit., nº 297.

torialement, c'est qu'il s'agit d'une incapacité de droit, de la privation effective d'un droit. Quel est l'Etat qui peut me priver d'un droit, sinon celui qui a compétence pour me l'accorder?

143. — Nous ne dirons qu'un mot des conventions relatives aux droits patrimoniaux qui seraient faites en pays étranger envisagées quant à leur substance, parce que nous aurons à y revenir plus tard. Que faut-il penser de leurs effets dans notre pays, quand elles sont contraires à nos lois de police ou de sûreté, à ces lois qui dans l'opinion générale comprennent ce qui intéresse les bonnes mœurs, l'ordre public et la conservation sociale? A notre avis, lors même qu'il s'agirait de conventions faites *entre étrangers* en pays étranger, et licites d'après la loi de ce pays et d'après leur loi nationale, nos tribunaux ne pourraient se prêter à en sanctionner les effets immédiats et directs sur notre sol. Supposons qu'un contrat d'association ou de louage de services ayant pour objet la contrebande, soit conclu en pays étranger et entre étrangers. Nos tribunaux ne pourront, selon nous, sanctionner les obligations qui en dérivent directement et immédiatement, même dans l'hypothèse la plus favorable, celle où il s'agirait de faire la contrebande au préjudice d'un pays étranger. Ils ne pourront condamner celui qui s'est engagé à faire la contrebande à des dommages-intérêts, s'il s'y refuse; ceci nous paraît manifeste. Ils ne pourront, même si la contrebande a été pratiquée, accueillir l'action tendant au payement du salaire stipulé pour ces services immoraux. Comment pourraient-ils être tenus d'apporter l'appui de l'autorité dont ils disposent à l'exécution d'une convention immorale? En vain objecterait-on que l'acte ayant été passé en pays étranger et entre étrangers échappe à leur contrôle. Il n'en est pas moins impossible qu'ils consacrent les conséquences immorales de cet acte, lorsqu'il s'agit de ses conséquences directes, immédiates. Ce serait favoriser la contrebande, sinon dans le présent, au moins pour l'avenir, c'est-à-dire des actes immoraux en eux-mêmes et préjudiciables à d'autres Etats. Mais nos tribu-

naux ne pourraient certainement pas méconnaître ni anéantir les effets légaux que cet acte aurait déjà produits en pays étranger, qui se seraient réalisés dans ce pays. Ils ne pourraient accueillir une demande tendant directement à l'annulation d'un acte de ce genre. Ils se contenteraient sans doute de se refuser à en sanctionner judiciairement les effets. Supposons toutefois qu'un prêt ait été fait pour cet objet, qu'une mise de fonds, un apport en société ait été opéré dans ce but, le montant des sommes avancées ne pourra-t-il pas du moins être réclamé? Nous croyons devoir répondre affirmativement. L'action en restitution se justifierait comme action de *in rem verso*, à la différence de l'action en paiement de salaires. C'est bien à ce point de vue que se place Huberus, si favorable cependant en principe à l'application de la loi du for, lorsqu'il dit: « *Si clam fuerunt venditae merces in loco ubi prohibitae sunt, emptio-venditio non valebit ab initio, nec parit actionem quocumque loco instituatur, utique ad traditionem agendum; sed si, traditione facta, pretium solvere nollet emptor, non tam contractu quam re obligaretur, quatenus cum alterius damno locupletior fieri vellet.* » Fiore, qui rapporte ce passage, ajoute: « La même chose doit être dite si la marchandise a été achetée dans un lieu où il n'existait aucune prohibition, et si l'action pour le paiement du prix a été exercée dans un lieu où la marchandise a été transportée nonobstant la prohibition. En pareil cas, encore, le paiement sera un effet immédiat du contrat d'achat et de vente devenu parfait, consommé et originairement valable. »

Nous admettons la solution, mais non le motif qui diffère de celui de Huberus. Le paiement ne peut être réclamé qu'en vertu de l'action *de in rem verso*. On admet généralement en France une doctrine plus rigoureuse, notamment en ce qui concerne l'action tendant au paiement de billets d'une loterie étrangère, alors même que la vente serait licite d'après la loi qui régit le contrat [1]. Fiore repousse ce système, qui est contraire à

(1) Paris, 25 juin 1895, S. 1892, 2, 341. — Douai, 6 août 1883. *Journal de*

la jurisprudence et à la doctrine américaines (1). C'est ainsi que le tribunal de New-York a admis une action en paiement de billets de loterie achetés dans le Kentucky, où la vente en est permise, bien qu'elle soit interdite à New-York. Ne serait-il pas plus rationnel d'appliquer la règle posée par Huberus? Cela n'empêcherait pas de déclarer irrecevable l'action tendant à la tradition du billet de loterie. Nous estimons que c'est la vraie solution. La solution française heurte de front la morale, qu'elle prétend sauvegarder.

144. — La question de la contrebande a donné lieu à de graves controverses. Des auteurs fort estimés, par exemple Valin, Emerigon, Zachariae et Pardessus ont soutenu qu'une convention, ayant pour objet l'exercice de la contrebande au détriment d'un pays étranger, ne peut être considérée comme nulle dans notre pays. Un Etat, disent-ils, n'est pas obligé de faire respecter les lois fiscales d'un autre Etat. Et ils ajoutent qu'au point de vue des intérêts économiques, les Etats vivent dans une situation d'hostilité permanente, que la contrebande est un vice commun à toutes les nations, ou plutôt une espèce d'expédient commercial qui est permis aux uns parce que les autres se le permettent. Nous ne pouvons nous rallier à cette opinion. Il est bien vrai que les lois de douane impliquent un état de lutte, et cela est vrai de notre temps surtout où de grandes nations se laissent entraîner sur la pente d'un protectionnisme excessif, et où il n'est question dans beaucoup de pays que de guerres de tarifs. Il est vrai aussi, jusqu'à un certain point, que les lois qui punissent la contrebande ne sont pas la consécration de règles de morale absolue planant au-dessus des législations positives, mais la contrebande présente au moins un caractère d'immoralité relative. Lorsqu'un pays soumet à des droits plus ou moins élevés l'importation des marchandises étrangères, il fait usage de sa souveraineté d'une manière

*dr. int. pr.*, 1884, p. 190. — Laurent. T. 8, p. 172. — Fœlix, nº 99. — Massé, nº 570. etc.

(1) V. entre autres Story. *Conft. of laws*, § 251, 252 et Wharton, pp. 387 et 389, citant une décision du tribunal de New-York.

peut-être inconsidérée, mais il n'excède point les limites de celle-ci. L'individu qui, dans ces conditions, se livre à la contrebande, lèse par conséquent ses droits et ses intérêts financiers. Et, remarquons-le, il ne lèse pas seulement les droits de l'*Etat* étranger, il porte préjudice *au commerce honnête et régulier*. A ce titre encore la contrebande est immorale. Au surplus elle entretient chez les habitants des frontières des habitudes de violence, des mœurs irrégulières et désordonnées; elle est souvent la cause génératrice d'autres délits. Aussi nous rallions-nous sans hésiter à l'opinion de Pothier, Pfeiffer, Delangle, Pasquale Fiore, Pradier Fodéré, Kent, Chitty, etc..., qui sont d'avis que des conventions de ce genre sont nulles partout, et cette opinion a été également adoptée par Laurent. La jurisprudence a cependant refusé longtemps de reconnaître cette nullité, en Belgique aussi bien qu'en France, en Angleterre et dans les Etats-Unis. Mais elle est entrée récemment dans une autre voie, en Belgique spécialement [1].

145. — Nous n'avons certes pas la prétention d'analyser ici toutes les prohibitions d'ordre public que l'on rencontre dans notre législation; mais il nous paraît indispensable d'indiquer encore quelques cas où elles apparaissent. Ces exemples feront ressortir, croyons-nous, l'équité et l'opportunité de notre distinction. — Tout pacte sur succession future est interdit en Belgique. La loi prohibe également tout louage, par lequel une personne engage ses services à vie. L'une et l'autre de ces prohibitions sont fondées sur des motifs de morale absolue. S'agissant même d'une succession régie par la loi étrangère, et d'un pacte conclu entre étrangers et en pays étranger, nos tribunaux n'accueilleront pas sans doute une action tendant directement à l'exécution de cette convention, c'est-à-dire à la remise d'objets dépendant de cette succession entre les mains du cessionnaire anticipé, lorsque la succession vient à s'ouvrir [2]. Ne serait-ce pas, en effet,

(1) Bruxelles, 17 Frévrier 1886. Pas. 1886, II. 173.

(2) Aubry et Rau. T. I, p. 106. — Bertauld. Op. cit., T. 1, p. 37. — Weiss. Op. cit., p. 637. — Roussel. *Thèse*, p. 116. — Fiore. Op. cit., p. 449. — En sens contraire : Brocher. Op. cit., T. 2, p. 77.

appliquer une loi étrangère, lorsque cette application est contraire à une loi belge consacrant un intérêt social d'ordre moral? C'est dans cet intérêt, semble-t-il, et non dans celui des parties que la loi prohibe ces sortes de pactes. Mais supposons que l'action soit dirigée par celui qui a vendu une succession future contre celui qui l'a acquise, et tende au paiement du prix. Dans ce cas, de deux choses l'une; s'agissant même d'une succession régie par la loi étrangère, si la demande est formée avant que la succession ne se soit ouverte, que l'acquéreur n'en soit entré en possession, elle devra être rejetée d'après nous; elle ne tiendrait qu'à l'exécution de ce contrat immoral d'après nos lois; mais, si elle est formée après, si elle tend au paiement du prix, rien ne s'oppose, selon nous, à ce qu'elle soit accueillie dans la mesure de l'enrichissement de l'acheteur, non point comme action *ex contractu*, mais comme action *de in rem verso*. — Les mêmes principes semblent devoir s'appliquer en ce qui concerne le louage de services à vie.

146. — Nous ne voulons pas terminer cette étude générale sur l'orde public, sans mentionner la formule à laquelle s'arrête M. de Bar, après avoir exprimé ses préférences pour celle du projet belge, comparée aux autres. Peut-être pourrait-on dire : « L'application des lois étrangères est exclue, dans la mesure où elle aurait pour effet de réaliser dans le territoire de l'Etat des rapports juridiques, ou d'y obliger à des actes ou à des prestations qui, d'après la législation de l'Etat, ne pourraient y être tolérés, ou y être obligatoirement imposés. » Cette formule, que le savant jurisconsulte ne propose qu'avec une certaine hésitation, présente certainement l'avantage d'éviter ces expressions un peu vagues : *droit ou intérêt social*, qui, tout en valant mieux que les termes *ordre public*, n'évoquent cependant pas dans l'esprit une idée nette et très précise. Mais elle nous paraît encore imparfaite, en ce qu'il est bien difficile d'y comprendre tous les cas où l'application du statut personnel étranger doit céder, semble-t-il, devant la loi locale. La recon-

naissance, dans notre pays, de l'incapacité d'un étranger, en tant qu'elle résulte de ce qu'il est frappé de mort civile dans son pays, n'aurait pas nécessairement les conséquences indiquées par M. de Bar, comme devant faire proscrire l'application de la loi étrangère ; et cependant, on ne l'applique pas en général. Enfin, si cette formule ne reproduit pas les expressions vagues, *un droit ou un intérêt social*, elle ne les remplace pas. Dans quel cas, et par quels motifs, certains rapports juridiques ne peuvent-ils pas être tolérés dans notre pays ? Par quelles raisons n'y saurait-on admettre que certains actes, certaines prestations y soient imposés par la contrainte ? Quand on va au fond des choses, l'on constate que c'est toujours l'intérêt général de la société, son intérêt moral ou matériel, qui est à la base de ces prohibitions. Tout ce que l'on pourrait reprendre dans la formule belge, et aussi dans celle que nous avons proposée en tête de cette section, c'est l'emploi peut-être inutile du mot droit. Là où *l'intérêt social* n'existe pas, la société n'a pas *le droit* d'exclure d'une manière absolue l'application d'une loi étrangère, à des rapports juridiques qui se sont formés sous l'empire de celle-ci. Et d'autre part, c'est l'intérêt social qui est le fondement et la mesure de ce droit exceptionnel de la société. On pourrait donc, peut-être, simplifier encore la règle que nous avons proposée, en disant tout simplement que l'application des lois étrangères ne se fera pas, lorsque cette application serait contraire aux lois du royaume qui consacrent ou garantissent un intérêt social moral ou matériel. Dire un droit *ou* un intérêt social, c'est opposer l'idée de droit à celle d'intérêt, tandis qu'il n'y a pas ici de droit pour la société sans un intérêt social.

On reprochera peut-être à cette formule d'être un peu utilitaire. Elle semble placer l'intérêt au-dessus de tout, au-dessus du droit. Mais elle nous paraît correspondre le mieux aux nécessités pratiques du droit international. On ne peut refuser, du reste, à un Etat le droit de garantir son intérêt social contre les atteintes qu'il pourrait subir

par suite de l'application d'une loi étrangère sur son territoire. Et cette formule n'implique pas nécessairement le droit, pour un pays, de classer arbitrairement parmi les lois qui garantissent un intérêt social, celles qui y sont étrangères. Elle exige qu'il s'agisse d'une loi garantissant véritablement un intérêt social, que cet intérêt soit d'une nature morale ou matérielle. Il peut y avoir, et il y aura sans doute toujours, des divergences de vues sur les exigences de l'ordre moral surtout, bien que ces divergences tendent à diminuer. A cela pas de remède, sinon dans le développement progressif d'une morale universelle. Aucun pays ne peut prétendre au monopole de la morale à l'encontre des autres pays civilisés, quoiqu'il y ait certains principes qui forment leur domaine commun. Il en résulte cette conséquence ; qu'aucun ne peut refuser aux autres le droit de faire prévaloir et de sauvegarder sur leurs territoires respectifs, ce qu'ils considèrent comme les vrais principes en cette matière. Et si nous creusons plus profondément les conséquences de cette théorie, nous en arrivons à conclure que chaque Etat doit respecter à cet égard la sphère d'action légitime des autres, et que, si un acte juridique est absolument interdit au nom de la morale en pays étranger, et frappé comme tel de nullité, nous ne pourrons pas en général le considérer comme valable, lorsque l'exécution en sera réclamée chez nous. Il en serait autrement, si l'acte, dans l'intention des parties, devait recevoir exécution chez nous, et s'il ne leur était point interdit par leur loi nationale. Il en serait autrement encore dans les cas, sans doute assez rares, où l'acte passé dans un pays où il est interdit et devant y recevoir exécution, serait considéré non-seulement comme licite, mais comme constituant l'accomplissement d'un devoir moral dans le pays auquel les parties se rattachent par leur nationalité, et où son exécution est réclamée.

147. — Les lois qui garantissent un droit ou un intérêt social d'ordre moral, dans un pays, devront donc être respectées en règle, même dans les pays étrangers, s'agis-

sant d'actes passés dans le territoire de ce pays et qui sont condamnés par les dites lois. Mais la question a une autre face. Ces lois, lorsqu'elles garantissent un intérêt social d'ordre moral, ont-elles une force expansive, et lient-elles les nationaux en pays étranger? Qu'elles puissent les lier dans leur propre pays, cela est indubitable. Mais en sera-t-il ainsi même au point de vue des Etats étrangers? La question n'est vraiment pas susceptible d'une solution absolue et uniforme. Faisons abstraction d'abord des lois qui concernent le statut personnel : elles garantissent en général un intérêt social *national*, et suivent le citoyen en pays étranger. Mais que faut-il penser des autres? Certes, un Etat ne sera jamais tenu d'appliquer des peines à l'étranger qui aura accompli, sur son sol, un acte interdit par sa loi nationale, licite d'après la *lex loci actus*. Et il en sera à plus forte raison de même si, d'après la loi nationale elle-même, la criminalité de l'acte est relative et dépend de règlements locaux. Mais l'acte innocenté par la loi du territoire au point de vue de la responsabilité pénale, y produirait-il ses effets civils comme s'il était licite? Incontestablement dans le second cas, et nous croyons qu'il en est de même dans le premier, bien qu'il puisse demeurer nul aux yeux de l'Etat auquel appartiennent les deux parties, bien qu'il puisse demeurer nul aux yeux mêmes de l'Etat, dont une seule des parties dépend comme sujet, et quoiqu'en aucun cas il ne puisse produire dans un autre Etat quelconque des effets qui y seraient en contradiction avec ses lois d'intérêt social.

148. — Quant aux lois d'intérêt social matériel ou économique, leur sphère d'influence ne dépend, en principe, ni du *lieu du contrat*, ni de la *nationalité des parties*. Il ne faut pas s'en préoccuper, parce que le caractère illicite de l'acte ne dépend en aucune manière de son immoralité absolue, ou même relative. La seule question, qu'il faille examiner, est celle de savoir, si l'intérêt social matériel ou économique qu'il s'agit de sauvegarder, rentre dans la compétence législative de telle ou telle nation, en d'autres termes, si c'est l'intérêt économique belge ou l'intérêt

économique étranger. Chaque Etat a le droit de sauvegarder ses intérêts matériels et économiques, mais il ne nous paraît pouvoir le faire que dans la mesure où son action s'exerce sur des biens, ou sur des droits, dont l'attribution dépend rationnellement de sa compétence, et est placée sous son contrôle naturel, soit à raison de leur situation lorsqu'il s'agit, par exemple, de biens considérés individuellement *et in specie*, soit à raison de la source dans laquelle les droits sont puisés, par exemple, quand il s'agit du droit de succession qui, d'après les principes tendant à prévaloir actuellement, est un droit de famille et devrait dépendre dès lors de la loi qui régit la famille, c'est-à-dire de la loi nationale. Ce n'est qu'à cette condition que l'application dela loi, qui protège les intérêts économiques d'une nation, a droit à une reconnaissance internationale, à cette condition qu'elle doit être respectée dans les autres pays. Sans doute, il se peut qu'en fait un Etat aille beaucoup plus loin dans la voie de la protection de ses intérêts économiques, qu'il se laisse entraîner à prohiber des actes dont les effets rentrent rationnellement dans la compétence législative d'un autre Etat, ou à en restreindre les effets. Ce n'est là qu'un empiètement, et bien que ces dispositions législatives doivent nécessairement être respectées là où elles sont en vigueur, elles tendent à augmenter le nombre des décisions contradictoires, des vrais conflits de lois, qu'il n'est impossible d'éviter absolument, nous paraît-il, que lorsqu'il s'agit d'intérêts sociaux d'ordre moral.

149. — Il faut bien reconnaître que le projet de Code civil belge est muet sur la force extensive des lois étrangères d'ordre public ou d'intérêt social dans notre pays, sauf en ce qui concerne le statut personnel, les rapports de famille qui en font partie, et le droit de succession que l'on tend de plus en plus à considérer comme un droit de famille. Et il en est de même de toutes les législations, croyons-nous. Presque toutes proclament cependant le principe que les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui se trouvent sur le territoire, et que l'on ne peut

déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. Or, cette dernière disposition elle-même nous paraît se rattacher à l'ordre public, ainsi que nous l'avons dit, et obliger ceux qui se trouvent dans le territoire. Mais il serait évidemment illogique, et injuste, que chaque Etat s'attribuât ainsi le droit de régler exclusivement la légalité des conventions intervenues sur son territoire, et refusât aux Etats étrangers le droit de contrôler également ce qui se passe sur leur sol, dans la mesure où leur intérêt social l'exige. Il serait contraire aux bons rapports internationaux que nos autorités et nos tribunaux prêtassent appui à la violation des lois étrangères, sur le territoire où elles exercent leur empire, en sanctionnant les conventions qui y ont été conclues, et qui en constituent la violation. Il en est de même quant aux rapports juridiques qui n'ont pas leur source dans une convention, pour autant qu'ils rentrent dans sa sphère juridique d'action, et que l'application des lois étrangères ne se heurte pas dans notre pays contre nos propres lois d'ordre public ou d'intérêt social. Si le Code Napoléon ne dit pas que les lois de police et de sûreté étrangères obligent ceux qui se trouvent en pays étranger, il ne dit pas davantage que les étrangers qui se trouvent sur notre territoire sont régis par la loi étrangère quant à leur état et à leur capacité. Et cependant l'on admet unanimement que, ce Code reconnaissant la force expansive des lois françaises en ce qui concerne les Français même en pays étranger, il en faut conclure par un juste retour, qu'il reconnait la force expansive des lois étrangères quant à la capacité et à l'état de l'étranger même dans notre pays.

150. — Nous croyons pouvoir nous contenter ici de ces observations générales, sauf à examiner les difficultés auxquelles elles peuvent donner lieu au fur et à mesure qu'elles se présenteront dans la partie spéciale de notre ouvrage. Nous ne connaissons qu'une seule monographie étendue sur l'ordre public, c'est celle du Dr Antonio S. De Bustamente Y Sirven, professeur de droit international

public et privé en la Faculté de droit de La Havane. Cet ouvrage, publié à La Havane en 1893, est remarquable. L'auteur attribue à la notion de l'ordre public une portée un peu différente de celle qu'on lui reconnaît généralement. Les lois d'ordre public ne sont pas exceptionnelles, d'après lui[1]. « Le droit de l'Etat et le droit des individus, nationaux ou étrangers, présentent un caractère égal, dans leurs sphères respectives. La nature des relations juridiques exige et permet, suivant les cas, que l'on applique le droit national, comme elle exige ou permet dans d'autres circonstances, l'application de la loi étrangère. Et l'on ne doit point concevoir les lois d'ordre public international comme étant en contradiction avec la nature des rapports de la vie juridique. » Il prouve, en effet, par quelques exemples que l'application de ces lois ne présente très souvent rien d'exceptionnel. Mais il ajoute que ce qui a induit en erreur sous ce rapport, c'est le fait indubitable qu'il y a des relations juridiques qui sont soumises à certaines règles dans un pays, à des règles différentes dans un autre. Or, c'est précisément dans le cas où ces règles sont différentes, et appartiennent à l'ordre public, que s'affirme le caractère exceptionnel de ces lois. Chacune de ces nations fera prévaloir son droit dans la mesure où les relations juridiques qu'elles règlent, et qui sont ou non contraires à son ordre public *international* (nous nous servons de la terminologie de Brocher, approuvée par le savant professeur), seront appelées à se réaliser sur son territoire, que ce soit par l'effet de la convention ou par le hasard des circonstances.

M. Bustamente soutient que la nature de ces rapports juridiques exige qu'elles se règlent par le droit du pays où l'on veut leur faire produire effet. Mais cela n'est pas exact, même en ce qui concerne les conventions. Dans le système de Savigny, qui fait la plus large part à la loi du lieu de l'exécution, c'est la loi du pays où l'exécution doit se faire, et non pas celle du pays où le demandeur est

(1) Antonio De Bustamente y Sirven. *Estudio de Derecho internacional privado*, p. 104.

forcé de la réclamer, lorsque le débiteur y a, par exemple, transféré son domicile et ses biens, et où l'action est intentée, qui doit être appliquée. La plupart des auteurs appliquent la loi du lieu du contrat, ou celle de la nationalité commune des parties, ou l'une et l'autre simultanément, s'agissant de savoir quelle est la loi qui régit la convention et ses effets. Quant aux rapports juridiques naissant de l'organisation de la famille, ils sont régis en général par la loi nationale des parties. Si elle proclame l'indissolubilité du mariage, elles n'auront pas le droit de demander le divorce dans un pays où le divorce est admis. Si elle admet le divorce, elles devraient logiquement pouvoir le demander dans tout pays dont les tribunaux seraient compétents à raison du domicile des époux. Elles ne le pourront pas cependant, là où le divorce est considéré comme une institution immorale et pernicieuse, nonobstant leur loi nationale commune qui règle, en principe, leurs rapports de famille. Peut-on dire que la nature du rapport juridique en question dépende rationnellement de la *lex fori?* Non, certainement; du moins n'en est-il pas ainsi d'une manière générale; et s'il en est ainsi s'agissant spécialement de la faculté de divorcer, dans un pays où le divorce n'est pas admis, c'est précisément parce qu'à raison d'un intérêt social d'ordre moral, l'appréciation de cette question est soustraite à la compétence exclusive de la loi qui règle normalement les rapports de famille, et entraînée dans l'orbite d'influence de la *lex fori*.

151. — Le même auteur a entrepris, dans son excellent ouvrage, une classification minutieuse des lois d'ordre public international, et il entend par là, il est à peine nécessaire de le dire, ces lois d'ordre public qui, en cas d'opposition avec une loi étrangère, sont appelées à prévaloir contre celle-ci dans le pays où elles sont en vigueur. Il y comprend notamment les règles du droit international privé, telles qu'elles sont établies par la loi nationale, le droit politique et administratif, le droit pénal, le droit de procédure, les lois civiles et commerciales d'un caractère

essentiellement moral, les lois civiles et commerciales d'un caractère essentiellement économique, politique ou juridique. Son étude est extrêmement intéressante, mais il nous est impossible de l'y suivre dans un traité général, et nous nous bornerons à parler de quelques points qui peuvent donner lieu à discussion. Il est incontestable, d'après nous, que les juges ne peuvent se dispenser d'observer les règles du droit international privé, telles qu'elles sont écrites dans la loi qu'ils ont pour mission d'appliquer, et elles forment partie, sous ce rapport, des lois d'ordre public. Mais le respect de ces principes conduit, à notre avis, M. De Bustamente, comme il a entraîné d'autres savants jurisconsultes, à des exagérations, nous dirions presque à une espèce de fétichisme, que la jurisprudence a repoussé avec raison, en France aussi bien qu'en Belgique. La question à résoudre est celle-ci : Lorsque la loi du for prescrit l'application de la loi nationale, et lorsque celle-ci se réfère à une autre loi, à celle du domicile, par exemple, faut-il appliquer la loi nationale ou la loi du domicile? M. De Bustamente croit, avec M. Laurent et avec M. Labbé, qu'il faut appliquer la loi nationale. La question est sans doute très délicate, surtout lorsqu'il s'agit de la capacité. Et il semble que l'on ne puisse, sans se mettre en contradiction avec la *lex fori*, appliquer la loi du domicile, même quand la loi nationale l'ordonne. « Qu'importe » dit Laurent, « ce que prescrit celle-ci ? Les juges anglais décideraient que la loi du domicile régit le divorcé. Est-ce que cela oblige les tribunaux français à dire que le statut personnel dépend du domicile, quand le Code civil affirme qu'il dépend de la nationalité?(1) » Et Labbé fait observer de son côté qu'aucune nation ne fait appel au législateur étranger pour la diriger et lui donner des instructions, et ne s'incline devant lui pour recevoir une théorie de droit international privé. Notre législation n'admet point que le même principe soit appliqué inexorablement à tous les plaideurs, elle établit des différences entre eux, déclarant impérative-

(1) *Journal du Palais*, 1881. Note des pp. 71 et 72.

ment la loi applicable à chaque espèce de questions. M. De Bustamente ajoute à ces observations d'autres considérations analogues. Mais toutes les raisons invoquées nous paraissent se résumer en ce qu'il est impossible d'admettre, sans se mettre en contradiction avec nos lois, que la loi nationale qui régit en général la capacité, l'état, les rapports de famille de l'étranger, cesse de les régir par le fait qu'il transporte son domicile dans notre pays.

Cela peut être exact en théorie. Mais que peut-on conclure, en droit positif français et belge, de l'art. 3, § 3, du Code civil? Tout simplement que pour déterminer l'état et la capacité de l'étranger, il faut s'en référer à sa loi nationale. Rien de plus. Ne faudrait-il plus s'y référer, s'il plaisait au législateur étranger de dire en termes exprès que ceux de ses ressortissants qui finiront leur domicile en Belgique y seront majeurs à 21 ans, tandis qu'ils ne le seraient qu'à 22 ans s'ils conservaient leur domicile dans leur pays; ou qu'ils pourront invoquer en Belgique toutes les causes de divorce admises par nos lois, et aucune autre? Il est bien certain que cela ne résulte ni explicitement, ni implicitement du texte prémentionné. Or, le législateur étranger ne peut-il pas faire indirectement ce qu'il peut faire directement? La vérité est que, dans le système contre lequel nous argumentons, on pousse le respect de la loi nationale jusqu'à faire très bon marché de ses dispositions. C'est un respect un peu dérisoire. Il nous paraît plus conforme aux exigences des bons rapports internationaux, et à la délimitation équitable de la compétence législative des Etats, de s'en remettre ici au législateur étranger. « Qu'importe ce que prescrit la loi étrangère? » dit Laurent. Mais cela importe, au contraire, au plus haut degré, puisqu'il faut s'en référer à cette loi. On nous objectera peut-être qu'il y a ici une confusion, que nos principes de droit international privé nous renvoient en cette matière au *droit interne* étranger, et non pas au *droit international privé* étranger; et qu'il n'appartient pas au droit international privé étranger d'exclure l'application de la loi nationale étrangère sur notre sol, lorsqu'elle est

commandée par nos lois. Cette argumentation ne nous convainct pas. Il nous est impossible de concevoir que *notre* intérêt social soit engagé à ce que nos tribunaux n'appliquent pas nos propres lois, en ce qui concerne l'état, la capacité, les rapports de famille de l'étranger domicilié chez nous. Pourquoi dès lors exclure cette application lorsqu'elle est commandée par la loi étrangère? Que cette loi touche au droit interne seulement, ou qu'elle touche également aux règles du droit international privé, ce n'en sera pas moins à nos yeux, aux yeux de tout autre Etat, la loi nationale étrangère ayant compétence pour déterminer l'état, la capacité et les rapports de famille de ses ressortissants en tout pays. Si elle les détermine d'une façon peu rationnelle, qu'est-ce que cela nous fait? En admettant que nos principes de droit international privé soient d'ordre public chez nous, est-ce qu'ils ne nous prescrivent pas l'application de la loi nationale étrangère, et ne sommes-nous pas désintéressés dans la question de savoir si elle règle rationnellement ou non l'état, la capacité et les rapports de famille de ceux qui dépendent d'elle? Il y aurait bien d'autres observations à faire en ce sens, mais nous nous bornerons à constater que, de l'aveu même des partisans de la doctrine opposée à la nôtre, leur solution peut donner naissance à des décisions absolument contradictoires dans les différents pays. Ces contradictions ne peuvent certainement pas toujours être évitées en droit international privé, mais quand elles peuvent l'être à la seule condition de ne pas vouloir être plus catholique que le pape, et de ne pas reconnaître à la loi étrangère une force expansive plus grande que celle qu'elle revendique elle-même, pourquoi prétendre la lui attribuer contrairement à ses dispositions, à notre intérêt et à l'intérêt général?

152. — M. De Bustamente cite encore, comme nous l'avons vu, parmi les lois qui se rattachent à l'ordre international, celles qui sont d'un caractère essentiellement politique ou juridique. Il range entre autres, dans les premières, les lois qui concernent l'acquisition ou la

perte de la nationalité, mais il reconnaît avec raison qu'il n'en est ainsi que lorsqu'il s'agit de savoir si une personne est étrangère ou sujette de l'Etat où le débat s'engage. Nous n'avons rien à y objecter. Quant aux lois d'un caractère essentiellement juridique, M. De Bustamente en énumère un grand nombre, et particulièrement celles relatives à la promulgation et à la publication des lois, aux effets de l'*ignorantia juris*, à la rétroactivité des lois, à leur abrogation expresse ou tacite, à l'obligation pour le juge de juger même en l'absence d'un texte, au sens des mots année, jour et nuit, dans les dispositions législatives, aux présomptions légales, etc. Ce sont des dispositions qui se rattachent, sans doute, dans un certain sens, à l'ordre public ; mais la mesure dans laquelle elles excluent l'application de la loi étrangère est excessivement variable. Il faut, pour se prononcer à cet égard, fixer exactement la portée de chacune d'elles. C'est ainsi que, s'agissant d'une loi étrangère, appelée à régir tel ou tel rapport juridique d'après la nature de ce rapport, il faudra consulter celle-ci pour déterminer à quelle époque elle devient obligatoire, si elle a ou non effet rétroactif, et quel est le sens des termes que l'on y rencontre. Le devoir imposé au juge de juger même en cas de silence ou d'obscurité de la loi est, au contraire, indépendant de la question de savoir quelle est la loi qui régit le rapport juridique. Mais l'admissibilité d'une présomption légale et sa force dépendent très souvent de la question de savoir, quelle est la législation qui gouverne la substance de tel ou tel rapport de droit. L'application du principe, d'après lequel personne ne peut être privé de sa propriété que moyennant une juste et préalable indemnité, nous paraît essentiellement dépendre de la loi de la situation. En résumé, il n'est pas possible de poser des règles générales en pareille matière. Il faut mesurer avec soin la portée rationnelle des principes de ce genre. Une disposition en apparence absolue peut n'avoir qu'une force relative, et dépendra de la loi qui régit logiquement l'acte juridique. Ce travail assez délicat d'analyse trou-

vera sa place naturelle dans la partie spéciale de notre ouvrage, au fur et à mesure que nous rencontrerons des lois de ce genre. Nous terminerons donc ici l'exposé des principes généraux, en ce qui concerne les lois se rattachant à l'ordre public, ou pour parler plus exactement à l'intérêt de la société.

# TITRE V.

## DE LA LOI QUI RÉGIT LES BIENS.

153. — *Les biens, meubles et immeubles, sont soumis à la loi du lieu de leur situation, en ce qui concerne les droits réels dont ils peuvent être l'objet, et la détermination des conditions d'acquisition ou d'extinction de ces droits.*

*D'après les principes admis encore dans certains pays, en France et en Belgique, par exemple, les immeubles y sont même soumis en ce qui concerne la succession.*

*D'après la règle qui tend à prédominer dans l'Europe continentale, la succession immobilière, aussi bien que la succession mobilière, est régie par la loi nationale du défunt.*

Notre première proposition reproduit, en la complétant légèrement, l'alinéa 1 de l'art. 5 du projet belge. La deuxième est conforme à l'opinion du savant rapporteur de la Commission belge sur l'état actuel de la législation et de la jurisprudence belges et françaises, relativement à cette question. La troisième est en harmonie avec l'art. 6 du projet précité, ainsi qu'avec les résolutions de l'Institut de droit international [1] et le projet formulé par la Conférence de La Haye.

154. — « L'article 3 du Code Napoléon porte » dit Laurent, « que les étrangers, résidant ou non en France, sont régis par la loi française, en ce qui concerne les

(1) Session d'Oxford.

immeubles qu'ils y possèdent. » Cela n'est pas tout à fait exact. L'art. 3, al. 2, établit que : « *les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française.* » Il n'y a nulle identité entre les formules. Si le Code civil déclarait en termes absolus que les étrangers sont régis par la loi française, quant aux immeubles qu'ils possèdent en France, on pourrait en conclure que la capacité de l'étranger, en ce qui concerne les actes de disposition d'un immeuble, est régie par la loi du territoire. Or c'est ce que nul n'admet aujourd'hui. Le principe consacré par l'art. 3, al. 2, du Code civil ne nous paraît point avoir cette portée. En proclamant la règle que *les immeubles*, même ceux possédés par des étrangers (en France, bien entendu, quoique l'art. ne le dise pas expressément), sont régis par la loi française, le législateur ne dit nullement que la loi française régira toujours les conditions de capacité personnelle requises pour pouvoir aliéner un immeuble, ni même l'interprétation ou l'exécution des conventions relatives aux immeubles. Il dit simplement que les lois françaises, qui régissent les immeubles mêmes, s'appliqueront à ces immeubles quelle que soit la nationalité du propriétaire.

155. — Les lois sont faites pour les personnes, dit l'école italienne. D'accord ; mais, quoique les lois soient faites pour les personnes, il y a certaines lois qui régissent incontestablement les biens directement, sans égard *à la personne du propriétaire*. Ces lois qui régissent les biens directement sont précisément les lois établies, non pas dans l'intérêt de telle ou telle personne déterminée, mais dans un intérêt général. La distinction, qui semble établie par le Code civil entre les meubles et les immeubles : les meubles qu'il considérait implicitement comme attachés à la personne, les immeubles qu'il déclare expressément régis par la loi du lieu de la situation, a été combattue très vivement, mais à des points de vue fort différents. Elle a son origine historique dans l'ancienne théorie statutaire, et reposait principalement sur ces deux considérations : que les meubles n'ont pas de situation,

qu'ils suivent la personne, *mobilia sequuntur personam*, et peut-être sur l'ancien adage *vilis mobilium possessio*, sur le peu d'importance relative de la fortune mobilière comparée à la fortune immobilière. Nous croyons inutile de citer les nombreux auteurs anciens, qui ont préconisé cette distinction : on en trouve une énumération plus ou moins complète dans tous les ouvrages de droit international privé, et il nous semblerait fastidieux d'y revenir.

Mais, tandis qu'un très grand nombre d'auteurs battent en brèche cette distinction, pour assujettir tous les biens, tant mobiliers qu'immobiliers, à la loi commune du lieu de la situation (1), M. Laurent soutient qu'en principe la loi de la situation ne doit pas plus s'appliquer aux immeubles qu'aux meubles, à moins qu'il n'y ait un intérêt social en jeu. Il reconnaît toutefois qu'un grand nombre de lois concernant les immeubles sont d'intérêt social (2), et l'aveu est précieux. Nous aurons à examiner cette distinction de plus près, et nous devrons déterminer avec précision ce que l'on entend par lois régissant les immeubles. Rien de plus naturel, lorsqu'il s'agit de préciser la valeur réelle et la portée de cette distinction, et au point de vue de l'interprétation de cette disposition du Code civil, que de recourir à l'ancienne théorie des statuts à laquelle cette maxime a été empruntée. Nous avons dit, et il nous paraît indubitable, que l'intention des auteurs du Code a été de consacrer cette doctrine antique.

156. — Dans une certaine école, celle des jurisconsultes qui procèdent de D'Argentré, c'est-à-dire dans l'école belge-hollandaise, encore actuellement prépondérante parmi les peuples de race anglo-saxonne, cette distinction avait tout d'abord une grande importance *au point de vue de la capacité*. La capacité de disposer des immeubles était régie par la loi du lieu de la situation. On connaît la théorie aussi subtile qu'absurde, imaginée par

(1) Asser et Rivier, p. 92, et les nombreuses autorités citées en note entre autres : Savigny, Wächter, Brocher, etc.

(2) T. IV, p. 271.

Bourgogne, quant à la capacité de contracter et quant à l'aliénation, à la transmission effective de propriété, qui est la conséquence du contrat, pour concilier cette maxime avec les règles du statut personnel en matière de capacité. Mais on sait aussi que, dans le dernier état de la doctrine statutaire en France, l'opinion de Dumoulin, qui considérait la capacité comme régie par la loi du lieu d'origine des parties, par la loi de leur domicile et non par la *lex situs*, s'agissant d'immeubles, *avait décidément prévalu*. Cet effet important de la distinction entre les meubles et les immeubles n'existait donc plus et s'était anéanti, lorsque le Code civil a repris et consacré la règle, que les immeubles sont régis par la loi du lieu de leur situation. La territorialité des statuts relatifs aux immeubles a souvent été invoquée également pour exclure l'application du droit d'aînesse, consacré par une loi étrangère, relativement aux immeubles situés dans un pays où ce droit n'existait pas. Mais, lorsque les postglossateurs discutaient sur le point de savoir si une loi, consacrant le droit d'aînesse ou de primogéniture, constituait un statut réel ou un statut personnel, si elle devait être considérée comme visant la personne ou comme relative aux biens, ils ne se prononçaient point d'après les mêmes raisons que l'école statutaire. Bartole résolvait la question par une distinction que nous avons mentionnée plus haut. Il faut examiner d'après lui, si la disposition a été édictée en considération de la personne, ou en considération des biens, et décider la question dans le premier sens si le statut commence par parler des biens : « *Bona decedentium veniant in primogenitum* » ; dans le second s'il commence par parler de la personne : « *primogenitus succedat in omnibus bonis* ». Cette distinction purement verbale, suivant les expressions de Dumoulin, et qui a été ouvertement critiquée par D'Argentré, lequel n'y voit qu'un *jeu d'enfants*, a cependant été suivie par beaucoup de postglossateurs. Les jurisconsultes de l'école statutaire l'ont au contraire unanimement rejetée. En fait, la plupart des jurisconsultes considéraient, sans réserve, un statut de ce

genre comme purement territorial. Mais, tandis que les postglossateurs qui se sont rangés à cette manière de voir, se fondaient principalement sur le caractère odieux de cette disposition, faisant obstacle à son extension en dehors du territoire, les jurisconsultes de l'école statutaire se basaient surtout sur ce que les *immeubles* sont régis par la loi du territoire, et n'appliquaient, par conséquent, la règle qu'en ce qui concerne les immeubles.

Ce n'était, en somme, pour eux que l'application d'un principe presque universellement reconnu par eux en matière de succession légale, accepté même par Dumoulin. Bourgogne en faisait l'application au cas où un père aurait distribué, conformément à la loi de son domicile, entre ses divers enfants, des biens qui, d'après la loi du lieu où ils sont situés, auraient dû revenir à l'aîné seul : « *primogenitus agnoscere judicium defuncti necesse non habet, quia ratio domini alterius jurisdictionis, jura successionis mutare non potest rebus alienis impressa atque indicta* » (1). Comme ses devanciers, comme d'Argentré surtout, il trace nettement la distinction entre les immeubles et les meubles. Et, en dehors des questions de statut personnel, la plus importante application qu'il en fait concerne précisément la matière de successions. « *Itaque constanter docemus tot esse hereditates quot sunt bona diversis territoriis obnoxia.* » Et il n'entend ici par les biens que les biens immobiliers, car voici comment il s'exprime sous la rubrique : *Jura successionum ab intestato realia sint, personalia aut mixta* (2) : « *Attamen quidquid sit, in his regionibus, quae moribus reguntur, bonorum duae sunt species, alia enim mobilia sunt, alia immobilia; haec a situ cujusque provinciae legem accipunt.* » Il n'y a donc que les immeubles qui soient régis par la loi du territoire. Tous les biens mobiliers sont compris dans la personne. « *Nomen enim personae generaliter accipitur, ut universa complectatur mobilia, quae haud alio jure habentur quam persona ipsa, a qua legem*

(1) Burgundus. *Tractatus*, I, nº 49.
(2) *Tractatus*, I, nº 36,

*situmque accipiunt* (1). » De telle sorte que les successions mobilières étaient régies par la loi du domicile du défunt, les successions immobilières par la loi de la situation des immeubles, et, si les immeubles dépendant d'une succession se trouvent dans des pays différents, par autant de lois diverses qu'il y a de pays divers où ces immeubles sont situés. C'est une des plus importantes applications, dans le droit ancien, de la règle que les immeubles sont régis par la loi de leur situation.

157. — Malgré les controverses très vives qui se sont produites sur ce point en France, il n'est pas douteux, à notre avis, que dans le droit belge, comme dans le droit français, les successions immobières soient encore régies, en vertu de l'art. 3 du Code civil, par la loi du lieu de la situation des immeubles. Le motif déterminant sur lequel se fonde notre opinion, c'est que cela était universellement admis dans l'ancien droit, et admis par une conséquence ou par une application de la règle « que les immeubles sont régis par la loi du lieu de leur situation ». La règle est reproduite : il faut admettre, nous paraît-il, à moins de preuve contraire, que le législateur l'a reproduite avec la portée qu'on lui reconnaissait. Parmi les auteurs français qui ont combattu avec le plus de vivacité cette interprétation, presque unanimement admise par la jurisprudence, nous mentionnerons spécialement M. Dubois, dans une remarquable étude, publiée par le *Journal de droit international privé* (1875, pp. 51 et ss.), et M. Weiss, dans son *Manuel*, (pp. 279 et ss. et aussi p. 682) (2). Ce dernier invoque bien à tort, nous paraît-il, les paroles prononcées par Portalis dans son exposé des motifs, pour soutenir que, dans l'article 3 § 2 du Code civil, le législateur en statuant que les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française, a exclusivement en vue les lois françaises, *touchant au domaine éminent*. Dans le passage cité, Portalis se borne à dire que : « Les mots *domaine éminent* n'expriment que le

(1) *Tractatus*, I, nº 2.
(2) V. aussi Antoine.

droit qu'a la puissance publique de *régler la disposition des biens* par les lois civiles, de lever sur ces biens des impôts proportionnés aux besoins publics, et de disposer de ces mêmes biens pour quelque objet d'utilité publique, en indemnisant les particuliers qui les possèdent. » Au surplus, quoi qu'en dise M. Weiss, les mots *régler la disposition des biens* sont fort clairs ; Portalis réserve le droit du législateur de régler comment on acquiert les biens, sans qu'on puisse en conclure en aucune manière que la capacité personnelle d'acquérir et celle d'aliéner un droit immobilier soient régies par la *lex rei sitae*, puisque le texte de l'art. 3, al. 3, sainement interprété d'après la tradition, conduit à une conclusion contraire. M. Dubois invoque d'autres arguments qui nous paraissent avoir été parfaitement réfutés par Laurent. Il soutient que le Code est muet sur le point de savoir par quelle loi sont régies les successions. Cela n'est pas exact : il y a un texte, et l'interprétation de ce texte est dictée par la tradition. Il invoque l'autorité de Savigny, et fait observer que d'après cet auteur le statut des successions est personnel, bien que le Code prussien contienne une disposition analogue à celle du Code Napoléon : « Les biens immobiliers sont régis par la loi de leur situation. » Mais c'est précisément parce qu'en Allemagne la tradition est différente de celle qui existait en France. Au moment où le législateur prussien affirmait cette règle, on suivait à cet égard en Allemagne, le droit commun ou le droit Romain, qui admet la personnalité de droit de succession. Ce droit [1] devait donc être observé en présence d'un texte qui ne contient qu'une disposition générale comme celle de l'art. 3, § 2. Les mêmes raisons par conséquent qui justifient notre interprétation du texte français, justifient celle faite par Savigny du texte allemand, bien que les deux soient à peu près identiques.

158. — En théorie, le système de MM. Weiss et Dubois qui est aussi celui de M. Bertauld dans ses *Questions pra-*

(1) Laurent. T., IV, pp. 232 et ss.

*tiques et doctrinales du Code Napoléon* se justifie parfaitement. Au point de vue du droit positif français et belge il est absolument inadmissible, et la jurisprudence a eu raison de le condamner presque unanimement. C'est en ce point que la distinction entre les meubles et les immeubles a conservé le plus d'importance pratique. Elle a conservé en outre de l'importance, en ce qui concerne les dispositions des biens par testament ou par acte entre vifs, notamment en ce qui touche les limites assignées au droit de disposition, en faveur de la répartition des biens suivant les règles de la succession légale, bien qu'il soit possible de soutenir que la réserve légale est introduite par des motifs d'intérêt public, et doit être respectée aussi bien quant aux meubles que quant aux immeubles situés dans le territoire. Elle n'en a point quant aux *substitutions prohibées*, car c'est par des motifs d'utilité générale qu'elles sont interdites. Elle n'en a point quant *à la forme* en présence de la règle généralement admise, *locus regit actum*. Elle n'en a point en ce qui concerne la détermination des biens qui sont immeubles. Car, si la loi qui détermine les biens immeubles est territoriale, celle qui détermine les biens meubles l'est aussi par la force des choses. Pas davantage, lorsqu'elle détermine les biens *in commercio* ou *extra commercium*, parce que ces lois sont évidemment d'ordre public, ni lorsqu'elle détermine la nature et l'étendue des droits dont les biens peuvent faire l'objet, parce que tout cela touche clairement à l'intérêt général. Peut-on dire qu'il en soit autrement des lois qui, dans un intérêt public, soumettent la transmission des immeubles à certaines formalités, par exemple, à la formalité de la transcription ? Nous ne le pensons point, parce que si, dans cet intérêt, la loi soumettait la constitution de tel ou tel droit sur les meubles à certaines conditions, comme c'est le cas pour le droit de gage, cette loi devrait évidemment être observée dans le territoire, même par les étrangers.

159. — La vérité nous paraît être que le législateur a imprimé implicitement le caractère de lois d'ordre public, à toutes les lois qui, sans considération de la capacité

personnelle ou de la qualité des parties, régissent directement les immeubles en eux-mêmes, les modes de transmission dont ils sont susceptibles, les droits dont ils peuvent faire l'objet, et fait dépendre essentiellement leur autorité de la situation. En faut-il conclure que les étrangers ne pourront déroger à aucune loi concernant directement les immeubles? Ils le pourront évidemment, dans les cas où le national lui-même le pourrait. Les immeubles n'en seront pas moins régis par la loi de leur situation, mais dans la mesure où cette loi elle-même le prescrit. L'intérêt du principe consiste en ce qu'il dispense d'examiner si, en fait, telle disposition concernant immédiatement les biens est d'ordre public, d'intérêt social ou non. La loi leur attribue ce caractère, et elle ajoute que toute disposition de ce genre est d'ordre public pour le législateur français ou belge, s'il s'agit d'immeubles situés en France ou en Belgique. En est-il autrement des meubles? Il n'y a pas de règle expresse dans le Code qui les soumette à la loi de la situation. En faut-il conclure que les meubles ne sont point soumis à la loi du lieu de la situation, même considérés individuellement? Nous estimons que la conclusion serait excessive.

Les arguments *a contrario* sont toujours dangereux, et ne peuvent guère être admis que quand ils ramènent aux principes. Or, nous essaierons de démontrer plus loin que les meubles, envisagés individuellement et non comme universalités, sont soumis à la loi de la situation comme les immeubles. Tout ce que l'on peut conclure rigoureusement de l'art. 3, § 2, c'est que le législateur n'assimile pas à cet égard les meubles aux immeubles, c'est qu'il établit une distinction entre les uns et les autres, c'est qu'il n'admet pas le principe absolu que les meubles, même envisagés comme universalité successorale, soient soumis comme les immeubles à la loi de leur situation réelle. Et cela s'explique parfaitement lorsque l'on réfléchit, qu'au moins au point de vue du droit de succession, on admettait avant le Code, que les meubles n'ont pas de situation réelle, et suivent la personne du propriétaire.

C'est là ce qui n'a pas permis au législateur de formuler la règle que les meubles sont régis comme les immeubles par la loi de leur situation réelle, bien qu'on arrive indirectement à peu près au même résultat, en interdisant, même aux étrangers qui se trouvent sur notre territoire comme aux nationaux, toute convention contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. La distinction qui semble établie entre les meubles et les immeubles, par l'art. 3, al. 2, du Code civil, n'a guères d'importance aujourd'hui que pour cette matière des successions, à laquelle certains auteurs prétendent n'en faire aucune application. S'il est vrai que la première rédaction de l'art. 3 contenait un alinéa ainsi conçu : « Le mobilier du citoyen français, résidant à l'étranger, est réglé par la loi française, comme sa personne » et si l'on peut admettre que cet alinéa n'ait été supprimé que par des motifs de méthode, ce qui paraît fort difficilement admissible en présence du maintien des autres alinéas, il n'en est pas moins évident que, dans la pensée des auteurs du Code, cette règle était simplement la reproduction de l'ancienne maxime : *mobilia sequuntur personam*. Or, s'il en est ainsi, elle n'avait ni plus ni moins de portée.

160. — Quelle était donc la portée de l'ancienne maxime? M. Laîné a consacré à l'étude de cette question une dissertation magistrale [1]. C'est certainement le meilleur travail qui ait jamais été fait sur cette matière, et nous avons minutieusement contrôlé les sources auxquelles il a puisé. Quelle est sa conclusion? C'est que la théorie des statuts, en ce qui regarde les meubles corporels, peut se résumer en quelques mots. « Une règle s'introduisit dès le XIV^e^ siècle, ainsi conçue : *Mobilia sequuntur personam*. Cette règle exprimait en termes peu précis, ambigus même, l'idée que les meubles des successions étaient régis par la loi du lieu où leur propriétaire était domicilié, et eux-mêmes fictivement situés; on aurait dû, en conséquence, les classer parmi les statuts réels, et

(1) Op. cit., T. I, pp. 225 à 261.

c'est à tort que sur ce point les auteurs se divisèrent. Cette règle, inventée pour le règlement des successions mobilières, fut généralisée; mais, contraire à la nature des choses, lorsqu'on l'étendait aux meubles individuels, elle fut nécessairement restreinte, à cet égard, par des exceptions si nombreuses, que, sauf exception, *elle devint purement nominale;* en fait, au point de vue du régime des biens, dans leurs rapports avec la propriété, les meubles corporels obéirent à la *lex rei situs*, comme les immeubles. » Le savant Merlin avait déjà reconnu ce que cette distinction présentait d'inadmissible, surtout lorsque l'on prétend l'étendre aux rapports internationaux. Mais il n'avait pas mis en lumière la véritable portée qu'elle avait eue dans le dernier état de l'ancien droit, et la plupart des auteurs français la considèrent encore comme maintenue par le Code français, en tant que règle générale et non pas seulement comme règle spéciale à la matière des successions. Il est à remarquer toutefois qu'à l'exemple des anciens juriconsultes statutaires, de ceux même qui considéraient en principe les lois relatives aux meubles comme des statuts personnels, et non comme un statut réel fictif, ils ont été entraînés par la force des choses à y admettre des exceptions assez nombreuses pour emporter la règle. Beaucoup reconnaissent que, même d'après le droit positif français et belge, les meubles envisagés individuellement, sont, comme les immeubles, régis par la loi du lieu de leur situation. Telle est notamment l'opinion de Demolombe, d'Aubry et Rau sur Zachariae, d'Arntz, et cette opinion a été consacrée, à plusieurs reprises, par la jurisprudence [1]. Demolombe dit que les meubles considérés individuellement (à la différence des meubles considérés comme universalités), ne seront plus régis que par la loi de leur situation. Et il applique ce principe : 1° A tout ce qui concerne les effets de la possession, les

(1) Demolombe, *Cours de droit civil*, T. I, nos 94 et 96. — Zachariae, Aubry et Rau, T. I, § 31, note 6. — Arntz, T. I, p. 67. — Cass., France, 12 mars 1872 et Rouen, 22 juillet 1873. — Dalloz, 1874, T. I, p. 465 et T. II, p. 150. — Marcadé repousse toute distinction entre les meubles et les immeubles.

privilèges, les voies d'exécution ; 2° à l'attribution à l'Etat par droit de déshérence, et en quelque sorte d'occupation, des meubles laissés en France par l'étranger décédé sans successeur. Notons que, quand il s'agit de successions en déshérence, il n'est plus question des meubles considérés individuellement, mais d'universalités. C'est donc par d'autres principes que Demolombe attribue ces meubles à l'Etat français. Si sa solution est exacte, elle ne peut reposer que sur l'intérêt général, sur l'intérêt public. Aussi Merlin en donne-t-il une toute autre raison. Si l'Etat succède, c'est par application du principe que les biens sans maître appartiennent au domaine public, principe d'intérêt général, puisqu'il a pour but, dit-il, d'empêcher de voies de fait. C'est par ces mêmes considérations d'intérêt général ou d'ordre public que d'autres auteurs, Laurent, par exemple, préconisent l'application de la loi de la situation réelle des meubles, et non de leur situation fictive, dans les questions de possession, de privilège, d'exécution, etc., bien que le Code ait adopté tacitement, d'après eux, l'ancienne règle *mobilia sequuntur personam*, avec le sens étendu qu'ils lui attribuent [1]. La fiction, aux termes de laquelle les meubles n'ont pas de situation, ne saurait prévaloir, disent-ils, contre des considérations d'ordre public. Ils en arrivent ainsi, au moyen de cette notion un peu vague de l'ordre public, à peu près aux mêmes conséquences pratiques que ceux qui repoussent la distinction.

161. — La doctrine étrangère condamne en général très décidément la distinction entre les meubles et les immeubles. Elle la repousse même en ce qui concerne les successions, à plus forte raison en ce qui touche les biens considérés individuellement [2]. Mais en ce qui concerne

(1) Laurent. Op. cit., T. I, p. 324 et *Principes*, T. I, n° 121. — Fœlix, annoté par Demangeat, édit. 1866, p. 62. – Massé. Op. cit., édit. de 1874, T. I, pp. 553 et 555.

(2) Savigny. Op. cit., T. VIII, pp. 171 et ss. — Wächter. Op. cit., I, pp. 292 à 298; II, pp. 199-200 et 383-389. — Mühlenbruch. *Doctrina Pandectarum*, § 72, et de nombreux Romanistes. — De Bar. Op cit., T. 1, pp. 599 et ss. — Fiore. Op. cit., n° 299. — Asser et Rivier. Op. cit., n° 42. — Westlake. Op. cit., § 133b. — Wharton. Op. cit., § 343. — De Martens. Op cit., § 77.

les meubles envisagés individuellement, il y a à peu près unanimité. Et il en résulte des conséquences importantes. C'est ainsi qu'un Belge qui aurait loué un immeuble dans un pays étranger, où le privilège mobilier du locateur est inconnu, ne serait certes pas admis à y exercer son droit de privilège. Et nous croyons qu'inversement un étranger, locataire ou fermier d'un fonds situé en Belgique, pas plus que ses créanciers, ne pourrait se prévaloir de la loi étrangère pour soutenir que ses meubles sont soustraits au privilège du propriétaire, surtout si les parties pouvaient être considérées comme s'étant soumises à la loi belge. On appliquerait dans ce cas la loi de la situation aux meubles considérés individuellement. De même l'étranger ne pourrait plaider l'insaisissabilité de certains objets, si elle n'est admise par la loi du lieu de la situation, quelles que soient, à cet égard, les dispositions de sa loi nationale, ou de la loi de son domicile, et il ne pourrait pratiquer saisie sur des objets déclarés insaisissables par la *lex situs*. L'on admet également que la règle de l'art. 2279 : *en fait de meubles, possession vaut titre*, s'applique à tous objets corporels se trouvant réellement sur notre territoire, sans tenir compte de la fiction d'après laquelle ils sont censés se trouver au domicile du propriétaire.

162. — Mais la question se présente parfois sous un aspect assez embarrassant. Supposons qu'un étranger acquière en pays étranger un droit de gage sur certains meubles qui s'y trouvent, sous l'empire d'une loi qui n'exige point la mise en possession réelle, et que ces meubles soient ensuite transportés dans un pays où cette condition est exigée pour la validité du gage. M. Asser émet l'opinion que le gage s'éteint dans ce cas, et il se fonde sur ce que les meubles sont régis par la loi du lieu de leur situation (1). La question est des plus délicates, et l'on peut se demander quelle est la *lex situs* à laquelle il faut recourir. Est-ce la loi du lieu de la situation au

(1) Asser et Rivier. Op cit., p. 100.

moment ou le créancier gagiste prétend exercer un droit qu'il a bien et valablement acquis? Ou bien est-ce la loi de la situation au moment où il prétend exercer ce droit? Nous croyons préférable de n'examiner cette question que plus loin, en traitant des contrats, et spécialement du contrat de gage. Nous dirons seulement ici que si le droit de gage n'était aucunement admis par la loi du pays où il devrait exercer son droit, au préjudice des créanciers ordinaires ou chirographaires, il faudrait appliquer la loi de ce pays. La question de savoir de quelle espèce de droit réel un bien peut être grevé doit être appréciée d'après la loi en vigueur dans le pays où ce bien se trouve actuellement, au moment même où elle est soulevée, où il s'agit de la résoudre. Des questions de ce genre peuvent présenter un vif intérêt pratique en cas de déconfiture ou de faillite, par exemple. Mais le conflit ne surgira pas entre la loi de la situation et la loi personnelle; il s'élèvera entre les lois diverses de deux situations successives.

163. — Il est enfin une dernière question que nous ne pouvons passer sous silence, et qui présente une grande importance pour ceux qui considèrent la maxime *mobilia sequuntur personam* comme une règle générale, qui en a même pour ceux qui l'envisagent comme ne concernant que les meubles considérés comme universalité, et spécialement les successions. D'après la règle traditionnelle il fallait appliquer à la succession mobilière la *loi du domicile* du propriétaire. Au premier abord on serait tenté de croire que la *loi nationale* ayant remplacé, dans le système de notre droit, la loi du domicile comme base d'appréciation de la capacité, il doit en être de même au point de vue qui nous occupe ici. Et l'on pourrait invoquer, en faveur de cette opinion le texte, primitif de l'art. 3 qui contenait une disposition aux termes de laquelle les biens mobiliers d'un citoyen français sont régis en pays étranger par la loi française. Mais cette disposition n'a pas été maintenue dans le Code; et qu'elle ait disparu *par des motifs de méthode*, comme le dit M. le

conseiller Van Berchem, dans son rapport sur le titre préliminaire du projet belge, ou par tout autre motif, toujours est-il que l'on ignore complètement si elle aurait été définitivement adoptée. On ne peut donc en tirer aucun argument. D'autre part, si l'on comprend parfaitement que la loi nationale régisse l'état et la capacité de l'individu, on n'aperçoit aucun lien logique entre la nationalité, et la fiction d'après laquelle les meubles sont censés se trouver au domicile du propriétaire, fiction sur lesquels repose sans nul doute, la règle *mobilia sequuntur personam*. Il n'y a aucun motif pour supposer, lorsque le domicile et la nationalité ne se confondent point, que les meubles se trouvent plutôt dans le pays auquel leur propriétaire appartient par sa nationalité qu'au lieu de son domicile, tout au contraire ! Nous en concluons qu'au point de vue du droit traditionnel français et belge, droit qui doit être considéré comme tacitement maintenu, pour autant qu'il ne soit pas établi qu'on y a dérogé, il faut encore s'attacher à la loi du domicile. Plusieurs auteurs admettent cependant la loi nationale du propriétaire des objets mobiliers. Au point de vue des principes, c'est-à-dire de la théorie, nous n'y voyons aucun inconvénient, spécialement dans la matière des successions, la seule à laquelle la fiction puisse encore recevoir application, selon nous. Ce serait un acheminement vers l'application de la loi nationale dans la matière des successions en général. Mais lorsque, comme M. Laurent, on prétend appliquer la loi nationale en ce qui concerne les meubles, comme règle du droit *positif* international privé en Belgique et en rance [1], nous sommes forcé de combattre cette opinion. lle méconnait absolument la base rationnelle de l'ancien adage, suivant lequel les meubles suivent la personne. ussi n'a-t-elle pas trouvé accueil dans la jurisprudence, ni dans la doctrine [2]. En ce qui concerne spécialement

(1) Laurent. *Dr. civil int.*, T. II, p. 275, T. VI, p. 230, T. VII, p. 165.

(2) Massé. Op. cit., T. I, nos 551 et ss. — Fœlix. Edit. Demangeat, T. I, nos 61 et 62. — Brocher. Op. cit., T. I, p. 120. — Barde, Demolombe, etc. Bordeaux, 24 mai 1876, s. 77, 2, 109; Paris, 11 mars 1874, s. 1876, 2, 409; Toulouse, 22 mai 1880, s. 80, 2, 274.

la succession mobilière, de nombreux arrêts français se sont prononcés pour la loi du domicile, et si quelques-uns ont *paru* faire application de la loi nationale, c'est parce qu'en fait le domicile se confondait avec la nationalité (1), ce qui est du reste le cas le plus fréquent.

164. — Les observations qui précèdent nous paraissent démontrer l'exactitude des propositions qui figurent en tête de la présente section. La distinction de principe entre les meubles et les immeubles, quant à la loi qui les régit, est fausse. Elle n'existe plus de fait que dans la matière du droit successoral, et doit disparaître même en cette matière, la tendance actuelle étant de considérer la succession mobilière et immobilière comme régie par une loi unique, la loipersonnelle du défunt, c'est-à-dire la loi de son domicile, ou sa loi nationale, à laquelle nous donnons la préférence en théorie, comme nous le dirons plus loin. M. Barde, qui considère la distinction, comme s'appliquant même aux meubles considérés *ut singuli*, avoue franchement le peu d'importance qu'elle présente à cet égard. « Si en droit » dit-il, « les meubles pris individuellement sont, comme les universalités mobilières soumis à la loi du domicile, en fait et pour des raisons d'ordre public, le *principe est rarement applicable*. Pratiquement la règle devient l'exception, et les meubles sont presque toujours régis par la loi du lieu où ils sont situés. » Nous croyons, quant à nous, que M. Barde aurait grand peine à citer un seul cas dans lequel les meubles envisagés *ut singuli* ne sont pas soumis à la *lex situs*, bien entendu pour autant qu'elle concerne directement les meubles, abstraction faite de la personne du propriétaire; car telle est la portée rationnelle de la règle, quant aux immeubles eux-mêmes, sauf en matière de droit successoral. La vérité est seulement que, les immeubles faisant partie du sol même de la nation, du territoire, le bon régime immobilier présente pour l'Etat un intérêt plus considérable que le régime de la propriété mobilière, et qu'il y a dès lors un plus grand

(1) V. entre autres : Cass., 22 février 1882, s. 82, 1, 303.

nombre de dispositions déterminant et limitant les droits que l'on peut acquérir sur un immeuble, abstraction faite de la personne du propriétaire, et des modes d'acquisition ou de transmission de ces droits. Mais cela n'empêche pas que les meubles ne soient également soumis à la *lex situs*, lorsqu'il s'agit de dispositions légales qui les concernent immédiatement et directement.

Il n'y a pas de motifs, nous semble-t-il, pour ne pas étendre la règle aux meubles incorporels. La difficulté plus grande encore de leur assigner une situation déterminée, que lorsqu'il s'agit des meubles corporels, n'est pas un motif pour rejeter la règle. Aussi les auteurs ne distinguent-ils pas, en général, et le projet belge de révision du Code civil ne distingue pas davantage. Mais la question de *la situation* des meubles, tant corporels qu'incorporels, est assez importante pour faire l'objet d'un examen attentif, et nous l'étudierons dans un titre spécial. Quoi qu'il en soit, la distinction qu'établit le Code Napoléon entre les meubles et les immeubles est encore admise par la plupart des législations, par exemple par le Code prussien, par le Code civil des Pays-Bas, par le Code autrichien[1]. Mais elle a été écartée par quelques Codes [2]. Il est à remarquer du reste que les auteurs ont interprété le §28 du Code prussien en ce sens qu'il ne viserait que les universalités mobilières, en disposant que la fortune mobilière d'un homme est régie par les lois qui régissent sa personne. Le Code italien, tout en établissant que les meubles sont soumises à la loi de la nation de leur propriétaire, excepte le cas où les lois du pays de la situation en disposent autrement. La réserve est étrange et a été justement critiquée par divers auteurs, entre autres MM. Asser et de Bar.

(1) Code prussien, Introduc., §§ 28, 31, 32 ; Code autrichien, § 300; Code civil des Pays-Bas, Disposit. prélim., art. 7.

(2) Par exemple le Code argentin. Titre prélim., art. 11 ; le Code Maximilien de Bavière. p. 1, ch I, § 17; le Code bernois, p. 1, ch. II, § 17; le Code espagnol, et le Code de Zurich, § 2.

# TITRE VI.

## DE LA FORME DES ACTES ET DE LA RÈGLE *Locus regit actum*.

### § I. — Observations générales.

165. — L'une des règles les plus anciennes et les plus uniformément reconnues en droit international privé est que : *la forme des actes est régie par la loi du lieu où ils sont passés*. Elle était déjà admise par les postglossateurs, et, bien qu'ils l'aient étendue à tort à la substance du fait juridique, c'est, sans nul doute, un de leurs mérites, que de l'avoir proposée ou reconnue en ce qui concerne la forme. On est assez généralement d'accord aujourd'hui pour ne pas l'accepter comme une règle absolue, en ce qui concerne la substance des conventions. Mais on est très loin de s'entendre sur sa portée exacte quant à la forme, sur la question de savoir à quelles formes elle s'applique, sur sa nature obligatoire ou facultative, sur son applicabilité aux actes sous seing privé comme aux actes authentiques, aux formes de solennité comme aux formes simplement probantes. Laurent, qui constate cette confusion, les divergences d'opinions, les incertitudes qui existent en cette matière, va jusqu'à dire : « que l'application d'une règle en apparence universelle devient presque *une chance aléatoire* ». C'est peut-être aller trop loin. Il y a, en effet, certains points sur lesquels tout le monde est d'accord. Avant d'examiner les difficultés qui peuvent surgir en cette matière nous indiquerons rapidement comment la règle est née et s'est développée.

C'est dans les écrits des postglossateurs qu'elle apparaît pour la première fois. On la fait généralement remonter à

Bartole. Mais c'est une erreur ; car Bartole ne s'est occupé de cette question qu'à la suite de quelques autres post-glossateurs. Il est vrai que les premiers de ces jurisconsultes n'examinèrent qu'une question moins délicate, moins internationale, celle de savoir si l'acte, conforme à la *lex loci actus*, est valable dans le pays même où il a été passé. Ils ne se sont pas occupés de la question de savoir quelle est sa validité internationale, spécialement dans le pays où la partie est domiciliée, et dans le pays où sont situés les biens qui font l'objet de l'acte juridique. C'est Albéric de Rosate qui le premier enseigna qu'un testament fait à Venise par un citoyen de Bergame, dans les formes requises par le statut de Venise, conservait toute sa valeur à Bergame. C'est Guillaume de Cugneaux qui professa, contrairement à l'opinion de Jacques de Révigny et de Pierre de Belleperche, que l'acte conforme à la *lex loci actus*, ayant pour objet un immeuble situé dans un lieu soumis à une loi différente, doit y être considéré également comme valable en la forme. Cinus, qui avait été précédemment d'une opinion contraire, se rallia à cet avis, et il en fût de même de Jean Fabre en France, de Bartole en Italie, et de la plupart des savants de cette fameuse école[1]. Il est à remarquer toutefois que cette question ne fut guères agitée dans le principe qu'en ce qui concerne les testaments, pour lesquels elle présentait sans doute le plus d'importance à cette époque, et spécialement en ce qui concerne les testaments authentiques. Mais Dumoulin, en apportant à cette doctrine généralement adoptée de son temps, l'appui de sa grande autorité, constate en termes nets qu'elle doit s'appliquer à tous les actes juridiques : « *Et est omnium doctorum sententia ubicumque consuetudo vel statutum locale disponit de solennitate vel forma actus, ligari etiam exteros ibi actum illum gerentis, et gestum esse validum et efficacem utique, etiam super bonis sitis extra territorium consuetudinis vel statuti*[2]. » Et cette opinion qu'il a exprimée dans ses *Con-*

(1) Bartole. *In leg. Cunctos populos*, nº 37.
(2) *Consilium*, L. III, nº 9.

*silia*, il l'affirme encore plus nettement dans ses *Conclusiones de statutis et consuetudinibus localibus* : « .... *semper inspicitur statutum, vel consuetudo loci ubi actus celebratur; sive in contractibus, sive in judiciis, sive in testamentis, sive in instrumentis aut aliis conficiendis.* » L'influence de Dumoulin en France fut énorme, et son système, à cet égard, prévalut manifestement contre la doctrine de D'Argentré, d'après laquelle la *lex loci actus* devait s'effacer devant la *lex rei situs*, s'agissant d'actes concernant les immeubles. Il y eut quelques dissentiments, mais ils furent certainement peu nombreux, et les autorités les plus graves acceptèrent la règle *locus regit actum* avec l'effet extraterritorial qui y était attaché. Nous nous contenterons de citer Loisel, Ricard, de Renusson, Basnage et Charondas pour ce qui concerne le XVI^e^ et le XVII^e^ siècle. Il en fut de même en Allemagne, où Mynsinger, Gaill et Mévius approuvèrent formellement cette théorie. Il en fut encore ainsi, au début, dans les Pays-Bas. Everardus, Peckius et Gilkenius s'y rallièrent d'une manière absolue. Gilkenius, auteur peu connu, qui écrivait au commencement du XVI^e^ siècle, et qui était disciple d'Alphanus, ayant étudié 14 ans dans les universités italiennes, accepte nettement la théorie de Bartole : « *Enimvero, ut aït, statuta nonnunquam prohibent contrahi, aut actum aliquem explicari absque solemnitate iisdem comprehensa, veluti si statuatur quod in testamentis condendis debeant adhiberi duo tabelliones, vel quod testamenta aut contractus sine insinuatione non valeant; in his quid obtinat jam antea traditum est; quamvis enim consuetudo patriae meae aut statuta hujusmodi formam praescribant, tamen idem non obtinebit si alibi contractus instituatur*[1]. »

Il y eut cependant une réaction en Belgique sous l'empire de l'édit perpétuel d'Albert et Isabelle, promulgué en 1611, et sous l'influence de Burgundus, en faveur de la *lex rei sitae*; mais cette réaction fut d'assez courte

(1) *Commentaria in præcipuos Universi Codicis Titulos*, n° 67, et Bartole, n° 32, Qu. 6.

durée. Et, dès 1634, le Conseil privé des Provinces-belges, faisant, d'après nous, violence au texte de l'édit, appliquait la règle *locus regit actum* en ce qui concerne la forme des testaments. A partir de cette époque, la maxime règna pour ainsi dire sans partage, non-seulement en France, mais dans les Pays-Bas et en Allemagne; son autorité y fut aussi grande qu'en Italie où elle avait pris naissance, et la jurisprudence fut parfaitement d'accord avec la doctrine pour la reconnaître. Rodenburg, Stockmans, Abraham à Wesel, Paul Voet et Jean Voet en Belgique et en Hollande, Hertius en Allemagne, Bouhier, Froland et Boullenois, Pothier et Merlin en France, lui rendent hommage, et, au moment où le Code civil va apparaître elle est solidement établie, partout reconnue.

Les motifs sur lesquels on base cette règle, sont cependant de nature assez diverse. Les post-glossateurs italiens invoquaient, suivant leur habitude, des textes du droit romain, mais il faut leur rendre cette justice qu'ils ne s'en contentaient point. Quelques-uns, comme Bartole, se fondaient sur ce que la coutume, qui diminue le nombre des témoins exigés pour la validité du testament, était favorable, et doit, en conséquence, être étendue et recevoir une application extraterritoriale. Il semble bien en résulter que, d'après lui, la règle était facultative. D'autres ont insisté sur ces considérations, également admises par Bartole, que la forme des actes se rattache à la juridiction volontaire, laquelle concerne également les étrangers, et sur ce que ces actes doivent avoir autorité au dehors parce que « *acta coram uno judice faciunt fidem coram alio* » (1). Ce dernier motif ne paraît guère s'appliquer qu'aux actes authentiques, et c'est en effet en matière de testaments authentiques que la règle a reçu les applications les plus fréquentes, pendant très longtemps. C'est à propos des testaments authentiques qu'on l'expose avec prédilection. Et, lorsqu'elle apparaît, en ce qui concerne les actes sous seing privé, c'est d'abord à propos des testa-

(1) Bartole. *In legem Cunctos populos*, nos 23, 25, 37.

ments, et notamment des testaments olographes. Il fallait donc d'autres motifs pour la justifier, et l'on ne tarda pas à en trouver. Ils se résument, en somme, dans l'intérêt général, et lorsque Philippe de Renusson insiste sur les graves conséquences qu'aurait une doctrine contraire, il ne fait pas autre chose qu'invoquer des considérations d'ordre général et pratique. Paul Voet en donne cependant un motif différent, qui n'est autre que celui de la soumission volontaire. « *Quid si de contractibus proprie dictis, et quidem eorum solemnibus contentio; quis locus spectabitur; an domicilii contrahentis, an loci ubi quis contrahit? Resp. A. Posterius quia censetur quis semet contrahendo, legibus istius loci, ubi contrahit, etiam ratione solemnium subjicere voluisse* (1) ». Le motif était mauvais, puisque les formes ne dépendent pas de la volonté des parties, ni par conséquent de leur soumission volontaire. Aussi Jean Voet en revient-il à des considérations d'utilité pratique, lorsqu'il s'agit de justifier la règle ancienne. Elle repose, d'après lui, sur des usages qui se justifient par deux considérations. On a voulu éviter aux particuliers la nécessité de multiplier leurs testaments, ou leurs contrats, à raison de la situation de leurs biens et de la diversité des lois, et les dommages, les embarras, les difficultés inextricables qui en résulteraient; et l'on a craint qu'une foule d'actes, passés de bonne foi, ne fussent invalidés trop facilement sans qu'il y ait presque une faute quelconque imputable aux parties. La règle est donc pour lui bien certainement une pure concession, et son point de vue est tout différent de celui de Paul Voet. Il admet, comme Paul Voet, que l'acte valable en la forme d'après la loi du domicile des parties, vaudra *dans leur patrie*, bien qu'il ne satisfasse pas à la *lex loci actus*. Huberus et Hertius ont été plus exclusifs, parce qu'ils considèrent l'individu, qui passe un acte en pays étranger, comme sujet temporaire de ce pays. Et cette tendance exclusiviste a prédominé également dans le dernier état

(1) *De statutis*, sect. IX, ch. II.

de la doctrine statutaire en France, bien qu'on l'ait basée sur des motifs assez divers, et qui ne semblent guère s'appliquer aux actes sous seing privé.

166. — La maxime *locus regit actum* avait été affirmée dans le premier projet du Code civil, dont le titre préliminaire contenait un article ainsi conçu : « La forme des actes est réglée par les lois du lieu dans lequel ils sont faits ou passés. » C'était net, et il n'y a pas de doute que le principe ne dût recevoir application, dans la pensée des auteurs du projet, aux relations internationales. Car, voici comment le motivait l'orateur du gouvernement : « De nos jours, les hommes ne sont pas toujours dans le même lieu. Les communications commerciales et industrielles *entre les peuples* sont multiples et rapides; il nous a paru nécessaire de rassurer le commerce, en lui garantissant la validité des actes dans lesquels on s'était conformé aux formes reçues dans les divers pays où ces actes pouvaient avoir été faits ou passés[1]. » L'article fut adopté dans le Conseil d'Etat, malgré des objections qui n'étaient, du reste, pas sérieuses, et que nous croyons inutile de reproduire avec développement. Dans le sein du tribunal, on reprocha d'abord à l'article de parler pour ne rien dire, tout en reconnaissant que la maxime de droit qu'il rappelait, n'a jamais été contredite. « Que dit à la lettre l'article tel qu'il est conçu? Rien autre chose sinon que, dans chaque pays, on suit pour la forme des actes *les lois du pays*. » Cette première critique était dénuée de tout fondement. Le projet disait que la forme des actes est réglée (c'est-à-dire réglée partout, et spécialement en France) par les lois du pays où l'acte est passé. Le tribun Chazal en fit une critique beaucoup plus juste en apparence. Il fit observer qu'en tant qu'il concerne les actes passés en pays étranger (ce que l'article aurait dû expliquer plus clairement), il n'était qu'une déclaration, une reconnaissance formelle du droit des gens, érigée en règle générale, mais que cette règle générale a, comme

(1) Exposé des motifs de Portalis.

toutes les autres, ses exceptions dont il fallait l'accompagner, et dont on n'a pas pu la séparer sans danger. « Par exemple, de ce que les actes passés en pays étranger ne sont soumis qu'aux formes prescrites par les lois de ce pays, validerez-vous l'acte de mariage qu'un mineur irait faire exprès, sans le consentement de son père, dans les pays italiques régis par le Concile de Trente qui dispense de ce consentement, et anathématise quiconque oserait l'exiger? » Portalis répondit que la maxime est limitée à la forme des actes, et que le consentement des pères au mariage des enfants mineurs n'est pas une forme, mais une condition. A la suite de la discussion, le gouvernement retira toutefois tout le projet de loi dont l'art. 4 faisait partie, et il fut représenté l'année suivante dépouillé de cet article. Pourquoi? Parce que dans l'intervalle le tribunat, persistant dans l'opinion émise par quelques-uns de ses orateurs, avait demandé le retranchement de cette disposition *comme trop vague et pouvant prêter à des raisonnements faux et dangereux*. Il en résulte que tout le monde était d'accord sur le principe et que, si on ne l'a pas affirmé en termes exprès dans le Code, c'est que l'on a craint d'amener quelques personnes à trop généraliser la portée de cette maxime, et à en conclure que les formes habilitantes des actes dépendent, comme leurs formes extrinsèques, de la loi du lieu où ils sont passés. Le législateur de cette époque n'a donc pas répudié l'ancien adage *locus regit actum*. Il l'a, au contraire, implicitement maintenu, mais avec les distinctions rationnelles auxquelles l'application en est subordonnée.

167. — Merlin dit même que les art. 47 et 999 du Code civil contiennent des applications de l'esprit de la maxime *locus regit actum*. Cela est exact pour l'art. 47, mais l'art. 999 implique plutôt une dérogation tout au moins partielle à la règle ancienne. En fait, on avait fini par admettre dans l'ancien droit, après d'assez longues controverses, que la forme de tester dépend du statut ou de la coutume du lieu où l'on teste. C'est même, ainsi que le fait remarquer Merlin[1], la décision expresse et textuelle

(1) Verbo *Testament*, sect. II, § IV, art. II.

des art. 37 et 39 de l'ordonnance de 1735. Mais on prétendait que cette maxime était limitée aux testaments par actes publics. La portée de la maxime ne semble pas avoir été que l'on aurait dû admettre la validité d'un testament dépouillé de toute solennité. La seule question était de savoir si le testament olographe était également un testament solennel, et si on en devait admettre la validité partout, pourvu qu'il fût conforme à la loi du lieu où il était fait et quelque fût le domicile du testateur. On objectait qu'il n'y avait point de formes ni de solennités dans un testament olographe, et la réponse était que la forme du testament olographe est qu'il soit écrit et signé de la main du testateur; il manquerait de la solennité si le testateur l'avait écrit sans l'avoir signé, ou signé sans l'avoir écrit. M. Gilbert des Voisins, avocat général, dans ses conclusions sur le testament de M. de Pomereuil, citées par Merlin, rappelait à cet égard la disposition de l'article 289 de la coutume de Paris : « pour réputer un testament solennel est requis qu'il soit écrit et signé du testateur, ou qu'il soit passé par devant deux notaires ». C'était donc, en tant que testament revêtu d'une certaine forme, impliquant une certaine solennité, que le testament olographe était valable partout, s'il était autorisé par la loi du lieu où il était dressé. M. des Voisins s'attache essentiellement à démontrer que ce n'était pas un acte sous seing privé ordinaire. « Si ce n'était qu'un acte sous seing privé ordinaire, il serait valable, quoiqu'il fût écrit d'une autre main, pourvu que le testateur l'eût signé. » C'est pour cela qu'il revendique en faveur du testament olographe la même extension d'autorité que pour le testament authentique, lorsque celui-ci est fait conformément aux lois du lieu de sa confection. Il semble bien résulter de la loi que, pour que la maxime *locus regit actum* puisse recevoir application, il faut toujours qu'il soit revêtu d'une certaine forme, sans quoi il n'y aurait pas matière à appliquer cette règle. Lorsque Ricard parle de l'influence de la loi du lieu sur les formes du testament, il suppose aussi toujours qu'il y a eu cer-

taines formes de solennité qui ne sont pas prescrites pour les contrats et les actes juridiques ordinaires. Il faut des formes : seulement ces formes sont régies par la loi du lieu.

A le bien examiner, l'art 999 est une application de l'ancienne maxime, en tant qu'il considère comme valable en France le testament authentique fait par un Français en pays étranger *dans les formes locales*. Il constitue plutôt une dérogation à cette règle, en tant qu'il considère également comme valable en France le *testament olographe* fait par un Français en pays étranger, quelles que soient les formes prescrites par la loi de ce dernier pays, et lors même que cette forme de tester n'y serait point admise. Quant aux testaments faits par des étrangers en pays étranger, il les laisse absolument sous l'empire de la loi étrangère, et maintient à leur égard, au moins d'une manière implicite, l'ancienne maxime *locus regit actum*, avec la portée qui lui était assignée dans l'ancien droit.

Mais l'art. 47 du Code civil concernant les actes de l'état civil est une application absolue des anciens principes, si tant est que l'on ait jamais songé, en les proclamant, à ce genre d'actes, qui constituent plutôt la constatation d'un fait naturel, que d'un acte juridique. Il en est autrement cependant dans l'art. 170 du Code civil. Quoi qu'il en soit, tout le monde est d'accord que le Code civil a tacitement maintenu l'ancienne maxime. Mais il était important d'en retracer en quelques mots l'histoire, puisqu'elle est de nature à nous éclairer sur sa véritable portée, d'après le droit coutumier international. Et cette importance est particulièrement grande au point de vue du droit international privé positif de la France et de la Belgique, puisqu'il est évident, que, sauf dérogations expresses, le Code ne l'a maintenue qu'avec l'étendue qui lui était attribuée en France par la tradition juridique.

168. — Un certain nombre de législations consacrent expressément la règle *locus regit actum*, mais avec des variations et sous des restrictions qui doivent être briève-

ment signalées. Nous mentionnerons le Code civil italien, art. 9, le Code espagnol, Titre préliminaire, art. 11, le Code civil portugais, art. 24, le Code suisse des obligations, art. 823, le *Landrecht* prussien ou Code général prussien, § 111, le Code civil de Maximilien de Bavière, § 17 (part. 1re, ch. II), le Code saxon, art. 9, la loi hanovrienne du 29 octobre 1822 (1), le Code des Pays-Bas, Dispositions préliminaires, art. 10, le Code civil russe, art. 546, L. X, le Code de droit privé de la Livonie, de l'Esthonie et de la Courlande, art. 36, le Code roumain, art. 2, et parmi les Codes américains, celui de la Louisiane, Dispositions préliminaires, art. 10, celui du Bas-Canada, art. 7, le Code civil argentin, art. 10, celui du Mexique, art. 10, ceux du Chili, art. 18, de l'Uruguay, art. 6, des Etats-Unis de Colombie, du Guatémala, art. 13, et de San-Salvator. M. Buzzati, qui a publié sur cette matière spéciale un excellent ouvrage, conclut avec raison des actes de la Conférence de Montovideo en 1888 et 1889, et du projet de convention de droit international privé entre le Pérou, la République Argentine, le Chili, la Bolivie, etc..., que les autres Etats de l'Amérique espagnole ont également admis la règle *locus regit actum* (2), et il est à remarquer qu'elle a été expressément consacrée par le décret de l'Etat indépendant du Congo du 20 février 1891, et par le Code civil du Japon de 1890. La loi allemande sur les lettres de change et la loi scandinave la reconnaissent en ce qui concerne cette matière spéciale, mais tout en appliquant la doctrine du caractère facultatif de cette maxime. Au surplus, il s'en faut de beaucoup que les Codes mentionnés plus haut attribuent une portée identique à cette maxime. Plusieurs reconnaissent aux parties contractantes ou disposantes la faculté de suivre les formes de leur loi nationale, pourvu qu'elle soit com-

(1) Le projet de Code civil allemand la consacre en termes exprès, tout en considérant comme suffisante l'observation de la loi du lieu de l'exécution. Il fait de plus une exception pour les actes juridiques qui ont pour objet la constitution, le transfert ou l'extinction de droits réels, pour lesquels il faut observer la loi de la situation.

(2) *L'autorità delle leggi straniere relative alla forma degli atti civili*, 1894, p. 181.

mune à toutes les parties, par exemple, le Code italien, et le projet de Code civil belge. D'autres leur permettent de suivre, quant à la forme, la loi du lieu où l'acte doit recevoir exécution, et il en est ainsi du Code saxon, des législations de certains cantons suisses et du Code mexicain. Quelques législations font exception à la règle, s'agissant des actes translatifs de droits réels mobiliers et surtout de la propriété immobilière. C'est ainsi que le *Landrecht* prussien, tout en disposant au § 111 que la forme d'un contrat doit être appréciée d'après la loi du lieu où il a été conclu, ajoute au § 115 : « Dans tous les cas où l'objet du contrat est la propriété, la possession ou la jouissance d'une chose, on devra observer les formes prescrites par la loi du lieu de la situation de cette chose. » M. Asser en a conclu que cette législation rejette la distinction qu'il établit entre les formes du contrat à proprement parler, et les formes requises pour la transmission de la propriété (1). Mais cela nous paraît incertain. La loi néerlandaise contient également des exceptions importantes au principe qu'elle consacre par l'art. 10 des Dispositions préliminaires. Ces exceptions concernent le mariage des Néerlandais en pays étranger (art. 138 et 139), et leurs testaments faits en pays étranger (art. 992). L'art. 18 du Code de Chili y statue une exception fort radicale en disposant que : « Dans les cas où les lois chiliennes exigent un acte public au point de vue des preuves qui doivent être subministrées, et produire leur effet dans le Chili, les écritures privées ne seront pas valables, quelle que soit leur force probante dans le pays où elles auront été dressées. » Mais il nous paraît assez probable que l'on n'a eu en vue que les transmissions de droits réels immobiliers s'agissant de biens situés dans le Chili.

169. — Il résulte de ces observations que si la règle est expressément consacrée par beaucoup de législations, et admise en fait partout, il n'y a pas accord sur sa portée exacte. Cet accord n'existe pas davantage dans la science.

(1) Asser et Rivier. Op. cit., p. 84.

Il nous suffira, pour le démontrer, de signaler les divergences qui se sont produites à cet égard dans des projets récents. L'Institut de droit international ne s'est occupé de la question des formes que dans son projet de « Règles essentielles sur les conflits des lois en matière de mariage et de divorce » (1). Il établit, sauf le cas de mariages consulaires ou diplomatiques, que : 1° Il suffit pour qu'un mariage soit valable partout, que les formes prescrites par la loi du lieu de la célébration aient été observées ; 2° Il est nécessaire, pour qu'un mariage soit valable partout, que les formes prescrites par la loi du lieu de la célébration aient été observées. — La règle est donc impérative, du moins en cette matière, comme elle le serait en toutes matières d'après le projet du Code de Dudley Field : « Les formes requises pour conclure un contrat sont toutes celles, et exclusivement celles que prescrit la loi du lieu où le contrat est formé (2). » La conférence de La Haye (3) a adopté les règles suivantes : « La forme des actes est réglée par la loi du lieu où ils sont faits ou passés. Néanmoins les actes sous seing privé peuvent être faits dans les formes admises par les lois nationales identiques de toutes les parties. — Lorsque la loi qui régit une disposition exige comme condition substantielle que l'acte ait une forme solennelle, les parties ne peuvent se servir d'une autre forme ». Ce sont les principes qui avaient été admis par la commission belge de révision du Code civil, et en partie par M. Laurent, dans son avant-projet. Mais la rédaction belge nous paraît préférable à celle de la conférence de La Haye. Voici comment sont formulés les art. 9 et 10 du projet belge :

« Art. 9. — Les formes des actes authentiques et des actes sous seing privé sont réglés par la loi du pays où ils sont faits. Néanmoins l'acte sous seing privé peut être dressé dans les formes admises par les lois nationales de toutes les parties.

(1) *Tableau général de l'Institut de droit international*, p. 36.
(2) Edition française, traduction de M. Albéric Rolin. art. 614, p. 469.
(3) *Annales de l'école libre des sciences politiques*, 1894, p. 38. Article de M. Renault.

« Art. 10. — Lorsque la loi qui régit une disposition exige, comme condition substantielle, que l'acte ait la forme authentique ou la forme olographe, les parties ne peuvent suivre une autre forme, celle-ci fut-elle autorisée par la loi du lieu où l'acte est fait. » — Cette rédation vaut mieux, à notre avis, en ce qu'elle ne passe pas sous silence la forme olographe. Mais l'une et l'autre nous paraissent bien imparfaites, en supposant admis les principes qu'elles semblent vouloir consacrer. On ne dit pas quelle est la loi qui régit une disposition. Lorsqu'il s'agit de conventions, l'art. 7 du projet belge dispose, il est vrai, que c'est la loi du lieu du contrat, mais cela nous ramènerait à la règle *locus regit actum*. Et il n'en est autrement que si les lois nationales des contractants disposent d'une manière identique, ou si l'intérêt général est en cause dans le pays où l'acte devrait recevoir exécution. Or, il y a des inconvénients à ce que le juge soit forcé de recourir trop souvent à cette notion un peu vague de l'intérêt général, qui n'est pas beaucoup plus précise que celle de l'ordre public. L'art. 10 aurait gagné à être un peu plus explicite au risque d'être plus long. Cet article laisse du reste dans l'ombre, comme le projet de la conférence de La Haye, une question importante, celle de savoir quelle est la loi d'après laquelle les formes de solennité devront être appréciées et accomplies, étant donné que la solennité est nécessaire. M. le conseiller Van Berchem s'en est expliqué dans son rapport : « Il suffit, pour que l'acte ou contrat soit valable, qu'il soit revêtu des formes admises, comme solennelles, par la loi du pays où il est fait. » Mais il eût été bon de le dire dans l'article même.

Ce qui ressort néanmoins de l'ensemble de ces projets, c'est la tendance assez générale à accueillir les règles suivantes quant à la portée de la maxime *locus régit actum* : 1° Applicabilité de la règle quant aux actes sous seing privé aussi bien que quant aux actes authentiques. — 2° Caractère impératif de la règle en principe quant aux uns et quant aux autres. — 3° Exception à son caractère impératif pour les actes sous seing privé, lorsque les lois natio-

nales de toutes les parties disposent d'une façon identique. — 4° Exception à la règle elle-même, lorsque la forme authentique ou la forme olographe est exigée comme condition substantielle, par la loi qui régit l'acte juridique. Ces constatations sont importantes. Elles le sont surtout pour notre pays, parce qu'il est assez probable que ces principes seront adoptés dans notre futur Code civil, et parce qu'ils marquent en outre l'état actuel des idées dans notre pays. Il est du reste assez naturel que le sentiment des intérêts et des besoins internationaux, que la nécessité de la bonne harmonie entre les diverses juridictions, et les aspirations à une règle juste établissant leur compétence respective, surgissent avec plus d'intensité dans les petits pays que dans les grands, parce qu'ils ne peuvent vivre par eux-mêmes, et que les relations internationales leur sont indispensables pour respirer. C'est ce qui explique peut-être l'initiative de la Hollande en ce qui concerne la codification du droit international privé, et le soin tout particulier avec lequel les questions se rattachant à cette branche de la science du droit ont été réglées dans notre projet de Code civil. Les petits pays ne peuvent prétendre imposer leurs volontés et leurs lois aux autres ; tout ce qu'ils peuvent réclamer c'est la justice, et les manifestations qui s'y produisent n'en ont que plus d'importance.

170. — Nous avons démontré que la maxime *locus regit actum* est pour ainsi dire universellement admise, et nous avons indiqué les motifs par lesquels on s'était efforcé de justifier cette maxime dans le passé, de lui donner une base vraiment juridique. Ces motifs nous paraissent pour la plupart incomplets, ou imparfaitement exposés, bien que quelques-uns ne soient pas sans valeur. Lorsqu'il s'agit d'un acte authentique, la règle que l'acte doit être reçu par un officier public ayant mission de donner l'authenticité aux actes, dans le pays où il est passé, et, en tout cas, dans les formes prescrites par la loi de ce pays, repose sur une double base : d'abord sur l'impossibilité où l'on pourrait se trouver de passer acte authentique d'une convention en pays étranger s'il en était autrement, puisqu'il

pourrait se faire qu'on ne trouvât pas en pays étranger les mêmes officiers publics institués pour donner l'authenticité aux actes, ou que les formes à l'observation desquelles ils seraient soumis fussent différentes, que l'on n'en trouvât pas du tout et que l'authenticité résultât seulement de l'intervention de certains témoins, qu'il fût impossible d'observer les formes étrangères. Elle repose ensuite sur ce motif, que, s'agissant de personnes de nationalités différentes, il serait impossible de choisir entre la loi personnelle de l'une et la loi personnelle de l'autre. Toutefois la première de ces raisons ne justifie ni n'explique la règle *locus regit actum* en ce qui concerne les actes sous seing privé. Et, quant à la seconde, elle est plus insuffisante encore. On a fait remarquer avec raison que rien n'empêcherait d'exiger que l'acte satisfasse aux lois nationales de chacune des parties. Et il faut ajouter que l'on pourrait se borner à exiger sa conformité avec la loi de la situation. Le débat ne se produit pas seulement entre la *lex loci contractus*, et la loi nationale des parties, il faut tenir compte aussi de la loi de la situation, d'après certains auteurs, bien que cette opinion soit assez généralement abandonnée. Ces raisons ne sont donc pas complètement satisfaisantes, et elles constituent d'ailleurs des raisons d'utilité ou d'opportunité plutôt que des raisons juridiques. Notons toutefois que les raisons d'utilité commune peuvent devenir entre nations la source d'un droit véritable.

Un jurisconsulte que nous avons maintes fois cité, M. de Bar, ne voit dans ce principe qu'une règle d'utilité admise d'un commun accord et suivant des usages traditionnels entre nations. Et il est évident, en effet, que si elle constitue, en ce qui concerne les formes de l'acte authentique, une espèce de nécessité, devant laquelle il faut s'incliner sous peine de mettre les particuliers quelquefois dans l'impossibilité de constater valablement un acte juridique en forme authentique, et s'il était rationnel, dès que l'on admettait cette règle indulgente en ce qui concerne les actes authentiques, de ne pas se montrer

plus sévère pour les actes s. s. p., tout cela ne fournit pas encore le motif juridique de la règle. Laurent fait cependant observer que les formes de l'acte dépendent des circonstances locales du pays où l'acte est dressé, et n'ont rien de commun avec la nationalité des parties (1). Et ceci est exact. On n'aperçoit en général aucun lien logique entre l'idée de la nationalité et la forme des actes. Il se peut que, dans tel ou tel état de culture et de civilisation, on ne juge à propos de confier la mission de donner l'authenticité aux actes qu'à des fonctionnaires de l'ordre judiciaire, qu'un nombre plus ou moins grand de témoins soit nécessaire en présence de l'état des mœurs générales dont le législateur local est le meilleur juge, etc... Il se peut, pour ce qui concerne les actes sous seing privé, que l'état normal de l'instruction ne justifie, en aucune façon, l'exigence du *bon et approuvé* dans les écrits constatant des conventions unilatérales (prescription qui n'est même pas absolue dans notre législation), et que l'état des mœurs ne rende pas cette prescription nécessaire. Encore une fois, question de milieu, de mœurs, de civilisation locale, dont un Etat étranger ne peut se faire juge! Et à ces considérations d'ordre moral et juridique, aux considérations utilitaires développées plus haut, nous pourrions joindre encore cette autre considération un peu opportuniste aussi : que, malgré la présomption d'après laquelle personne n'est censé ignorer la loi, le simple particulier, surtout s'il se trouve en pays étranger, est loin de connaître toujours les lois de son pays d'origine, spécialement en ce qui concerne les formes des actes, création du législateur, et n'a pas toujours le loisir ou les moyens de puiser des renseignements à une source sûre.

171. — Ces motifs nous paraissent difficilement réfutables lorsqu'il s'agit des formes simplement probantes (2). Mais il faut bien reconnaître qu'ils n'ont plus du tout la

(1) T. II, p. 121.

(2) C'est cependant en ce qui concerne les formes probantes, que la maxime a le moins d'importance en Angleterre, la preuve étant régie par la *lex fori*. — Foote. *Private Int. Jur.*, p. 276.

même force, lorsqu'en vertu de la règle *locus regit actum*, on prétend dispenser de toute espèce de formes l'acte juridique qui, d'après la loi nationale des parties, de l'une d'elles, ou du pays où il doit produire effet, n'a d'existence que s'il est constaté en forme authentique. Les raisons d'utilité *pour les parties contractantes* subsistent dans une certaine mesure. Mais, comme la forme authentique n'est plus requise seulement au point de vue de la preuve, comme elle est exigée au point de vue de la valeur de l'acte juridique, on ne peut plus argumenter de ce que le législateur du pays, où cet acte est accompli, a plus de compétence que tout autre pour déterminer ce que l'état des mœurs, de la civilisation, de l'instruction permet ou exige à cet égard. La vérité est que des considérations d'intérêt général, indifférentes peut-être au législateur du pays où l'acte se passe, sont au fond de toute règle qui exige la forme authentique pour la validité de l'acte juridique lui-même, et même des règles qui exigent la forme olographe. Il y a des motifs rationnels pour qu'on s'en remette à la loi du lieu où l'acte est passé, en ce qui concerne la détermination des formes dont l'authenticité résultera. Il semble bien difficile d'en trouver pour que l'on s'en remette à cette même loi, en ce qui concerne la question de savoir si l'authenticité sera exigée ou non.

Dans un excellent ouvrage sur l'autorité des lois étrangères relatives à la forme des actes civils, M. Buzzati a recherché, avec plus de soin et de minutie qu'on ne l'avait fait encore, le fondement juridique de la règle *locus regit actum*. Il repousse avec raison, et réfute avec succès, les théories qui lui donnent comme seule base, soit la nécessité et l'opportunité, soit la vieille classification des statuts, soit le principe vague et très contestable qu'un acte est naturellement soumis à la loi du lieu qui lui donne la vie, soit le principe de la soumission volontaire, soit la coutume internationale, c'est-à-dire le consentement unanime des nations [1]. Les lois concernant les formes

(1) Op. cit., ch. II, pp. 51 et ss.

sont pour lui, comme pour plusieurs auteurs récents et les plus estimés, des lois d'ordre public, parce qu'elles se rattachent à des considérations religieuses, morales, d'intérêt politique, ou d'intérêt économique dans le pays où elles sont établies, et nous pensons aussi qu'elles présentent en général ce caractère, en ce sens que les formes ne dépendent pas de la libre volonté des parties. Mais cela ne suffit pas, d'après M. Buzzati, pour justifier complètement la règle d'après laquelle les actes accomplis dans les formes prescrites par la *lex loci actus* sont valables partout, et il en résulterait seulement qu'ils doivent être tenus pour tels là où ils sont passés. Nous irions plus loin, et nous estimons que cette dernière conclusion même serait excessive et erronée.

En supposant que les formes soient d'ordre public, il faudrait encore préciser le rayon d'action de cet ordre public. Il y a un ordre public qui ne concerne que les sujets proprement dits. Il y a un ordre public absolu qui s'impose à tous ceux qui se trouvent dans le territoire, étrangers et sujets. Il y a un ordre public qui ne concerne que les biens situés dans le territoire. Pour qu'au nom de l'ordre public seul les lois relatives aux formes fussent obligatoires, et exclusivement obligatoires, pour tous ceux qui accomplissent un acte sur le territoire, il faudrait qu'elles rentrassent dans la catégorie de ces dispositions d'ordre public dont nous avons parlé en seconde ligne, c'est-à-dire qu'elles fussent d'ordre public moral ou absolu, comme les lois pénales, ou en général les lois relatives aux bonnes mœurs. Peut-on soutenir sérieusement qu'il en est ainsi des formes en général, des formes probantes, par exemple, ou même des formes de solennité? Nous en doutons. « Notre ordre public n'est nullement intéressé à ce que les formes italiennes soient observées ou ne le soient pas » dit M. Buzzati « dans les autres Etats; mais il est intéressé à ce que des actes ne puissent s'accomplir valablement sur notre territoire, si ce n'est suivant nos formes. Il n'est point intéressé à ce qu'un Italien déclare valablement ses volontés dernières devant un magistrat

en Allemagne ; mais il l'est à ce qu'un étranger ne puisse faire valablement un testament authentique, dans notre pays, que par devant notaire. » Pourquoi?... Ne sommes-nous pas ici en présence d'une de ces affirmations gratuites que M. Buzzati reproche souvent à d'autres auteurs, à ses adversaires? A première vue, il est assez indifférent, au point de vue de notre ordre public, qu'un étranger fasse son testament dans telle forme ou dans telle autre, surtout si son avoir se trouve en pays étranger. Il semble même singulier que nous puissions avoir un intérêt quelconque, une prétention quelconque à régler les formes de transmission d'une succession étrangère, et que les dispositions de notre législation sur ce point doivent être respectées en pays étranger. Les formes de transmission d'une succession, dont l'attribution est réglée par la loi belge, nous intéressent au contraire directement. Ces observations de M. Buzzati ne nous convainquent donc pas. La vérité est que l'Etat, sur le sol duquel un acte juridique est accompli, est le plus compétent pour en régler la forme, parce que, comme le dit très bien ce savant jurisconsulte, les formes sont un produit direct du milieu moral, économique, social, etc. Elle est en outre, qu'un Etat ne peut avoir la prétention d'imposer l'observation de ses lois, concernant les formes en pays étranger, même à ses ressortissants, sans entraver, sans annihiler parfois leur activité juridique, au grand dommage de ceux-ci, sans avantage pour lui-même, et sans se heurter parfois contre des impossibilités. S'il en est ainsi la règle *locus regit actum*, aujourd'hui acceptée d'un consentement presque unanime, ne repose pas précisément sur l'ordre public de chaque nation, de la nation où un rapport juridique se forme : elle repose avant tout sur la compétence législative de chaque Etat, telle qu'elle découle de la raison et de la nature des choses. Elle repose également sur des considérations de nécessité et d'utilité communes aux divers Etats ; et des considérations de ce genre nous paraissent pouvoir concourir à former la base d'un principe de droit international privé, comme la règle *locus regit actum*, principe actuellement

accepté partout, sauf certaines restrictions. Nous ne reviendrons pas sur les autres avantages qu'il présente, et nous nous bornerons à examiner, à la lumière de la tradition, et des observations qui précèdent, quelles sont les applications et les modifications qu'il comporte.

### § II. — Première observation.

La maxime *locus regit actum* ne concerne que les formes extrinsèques de l'acte juridique ou de l'écrit qui le constate.

172. — On distingue généralement quatre espèces de formalités : les formalités extrinsèques, intrinsèques, habilitantes et les formalités d'exécution. On appelle d'ordinaire formes extrinsèques, celles qu'il faut observer en accomplissant l'acte, soit comme manifestation de la volonté sérieuse et réfléchie des parties, et comme condition de la validité de l'acte, soit afin de mettre celles-ci à même de le prouver. Quant aux formalités intrinsèques, aussi appelées viscérales, ce sont celles qui constituent la substance même de l'acte juridique, par exemple : le consentement des parties, l'objet, la cause, le prix dans la vente et le louage, etc. Les formalités habilitantes sont celles qui rendent capables de faire certains actes, les personnes qui en sont incapables par état, ainsi l'autorisation des parents ou ascendants pour le mariage de leurs enfants, l'autorisation maritale, celle de justice, celle du curateur, celle du conseil de famille. Mais il ne faut point confondre avec les formalités habilitantes, celles qui doivent accompagner et non précéder certains actes accomplis par ces personnes (bien qu'elles soient munies de l'autorisation nécessaire), et qu'il dépend d'elles d'accomplir, par exemple la nécessité de l'intervention du juge de paix en Belgique, s'agissant de ventes de biens de mineurs. Cette forme est une forme extrinsèque. Quant aux formalités d'exécution, elles sont requises pour que l'acte puisse être exécuté, et ne concernent que la procédure ; elles n'ont trait ni à la validité de l'acte, ni à la preuve. La règle ne s'applique donc, à proprement parler, qu'aux formalités extrinsèques.

Elle ne s'applique donc pas aux formes intrinsèques ou viscérales, en tant que l'on qualifie ainsi les conditions substantielles de la validité de l'acte juridique, par exemple le consentement libre des parties dans les contrats. C'est l'opinion généralement admise aujourd'hui (1).

173. — Mais il ne faut pas s'y tromper, le lieu de l'acte est loin d'être sans influence sur l'appréciation de sa validité au fond. Merlin dit même que les formalités intrinsèques ou viscérales : « celles qui constituent l'essence de l'acte, qui lui donnent l'être, et sans lesquelles il ne peut pas exister, ne dépendent régulièrement dans les contrats que de la loi du lieu où ils se passent ». Il range parmi ces formalités : le consentement des parties dans tous les contrats ; dans la vente, la chose et le prix, et dans le prêt de consommation, la tradition de la chose qui en est l'objet (2). Mais il est certain, d'une part, que la validité du fait juridique, dans sa substance, peut dépendre de considérations tout autres que celles du lieu où il est passé, d'autre part que, lorque la règle *locus regit actum* a été définitivement admise, on ne lui a plus attribué d'autre portée que relativement aux formes proprement dites de l'acte. Merlin le reconnaît en termes formels. Nous examinerons plus loin, quelle est la loi qui régit les éléments internes du fait juridique.

174. — On est également d'accord pour admettre que la maxime *locus regit actum* ne concerne pas les formes habilitantes, et que celles-ci sont régies par la loi personnelle de la partie dont la capacité est incomplète, c'est-à-dire, d'après une opinion qui tend à prévaloir, par sa loi nationale. Ce principe n'est plus contesté dans la doctrine et la jurisprudence de l'Europe continentale. Il est formellement consacré, en ce qui concerne le mariage spécialement, par le projet belge de revision du Code civil, et par le projet de la conférence de La Haye. Mais, en Angleterre, le consentement des parents ou d'autres personnes, exigé par plusieurs législations pour la vali-

(1) Asser et Rivier. Op. cit., p. 62.
(2) *Rép.* Voir Loi, § VI, nº 7.

dité du mariage, est considéré comme faisant partie de la cérémonie ou des formes du mariage, et l'on admet même que la validité du mariage n'est nullement affectée par cette circonstance que le but des parties, en se mariant hors de leur pays, est d'éluder la loi de leur domicile quant au consentement, à la publicité, etc. (1). Il en est de même dans les Etats-Unis; mais la doctrine tend manifestement à réagir contre cette extension abusive et déraisonnable de la notion de la forme et de la règle *locus regit actum* (2). Il nous paraît assez probable qu'il se produira un changement dans la jurisprudence, d'autant plus que le système de celle-ci entraîne des inconvénients des plus sérieux, spécialement en ce qui touche les mariages écossais, et qu'il n'y a été remédié que d'une manière très incomplète.

### § III. — Deuxième observation.

La règle *locus regit actum* s'applique, en principe, même aux actes sous seing privé.

175. — Le principe est presque universellement admis pour les actes sous seing privé, comme pour les actes authentiques. Il est cependant incontestable que certains des motifs invoqués pour justifier l'ancienne maxime, ne plaident pas aussi impérieusement pour son application en matière d'actes sous seing privé. Les plus anciens auteurs ne parlent du reste pas distinctement de ces actes. « Peut-être » dit M. Laîné « n'y fit-on aucune attention, l'acte dont on se préoccupait surtout étant le testament, et cet acte, en Italie et dans les pays de droit écrit, n'ayant presque jamais lieu dans la forme privée. » Il n'y a vraiment que deux arguments sérieux pour appliquer la règle en ce qui concerne ces actes, et ces arguments sont d'ordre pratique. C'est d'abord que les individus qui se trouvent en pays étranger peuvent ignorer les formalités prescrites par leur loi personnelle, et que l'on

(1) Dicey et Stocquart. *Loi du domicile*. T. 2, pp. 5 et ss.
(2) Westlake. *Droit international privé*, p. 323.

a trouvé plus rationnel d'exiger d'eux seulement l'observation des formalités prescrites par la loi locale, dont ils peuvent se faire instruire par des avocats ou des officiers publics, là où l'acte est passé, que d'annuler des actes dressés de très bonne foi. C'est ensuite que, s'il fallait suivre les formes prescrites par la loi personnelle, il faudrait, lorsque les deux parties sont régies par des lois personnelles différentes, réunir dans l'acte les formalités des deux lois personnelles, ou, comme le disait Boullenois, qui considérait comme loi personnelle de l'individu la loi de son domicile : « les formalités des deux domiciles, ce qui ne servirait qu'à embarrasser et retarder les traités et conventions des hommes, et rendre leurs actes exposés à mille questions litigieuses » (1).

Tout au plus pourrait-on ajouter, lorsque la forme de l'acte sous seing privé est prescrite uniquement au point de vue de sa force probante, que c'est le législateur du pays où l'acte est passé, qui peut le mieux apprécier ce que permet et exige à cet égard l'état de civilisation d'un pays déterminé. Et, dans l'état de civilisation, nous comprenons l'état des mœurs générales, le développement de l'instruction, la multiplicité plus ou moins grande des relations juridiques, le degré normal de culture intellectuelle des personnes qui y sont engagées. Il est toutefois une considération assez sérieuse qui affaiblit la portée de ces arguments, c'est que par lui-même l'acte sous seing privé n'a pas de lieu ; rien dans l'acte même ne vient attester qu'il est passé dans tel lieu plutôt que dans tel autre, si ce n'est la déclaration des parties dont il sera parfois impossible de contrôler l'exactitude.

176. — Quoi qu'il en soit, la généralité de la formule *locus regit actum*, et la doctrine admise par les auteurs et par la jurisprudence des parlements, en ce qui concerne les testaments olographes, semblent démontrer, ainsi que quelques-uns des motifs invoqués en faveur de la règle, son applicabilité aux actes sous seing privé dans l'ancien

(1) Boullenois. *Démission de biens*, p. 141.

droit. M. Laîné, qui a fait une étude si consciencieuse de ces questions historiques, déclare cependant qu'en ce qui concerne les actes sous seing privé autres que les testaments, l'absence de documents formels et précis s'est prolongée jusqu'à la fin. Mais l'applicabilité de la maxime aux actes sous seing privé est aujourd'hui pour ainsi dire universellement admise dans tous les pays, et l'on ne pourrait guère citer comme contraires à cette doctrine, que Du Caurroy, Bonnier et Roustain, Delvincourt, et surtout Duguit qui, dans une monographie, d'ailleurs fort savante, sur la matière, a combattu l'opinion générale (1). Nous croyons pouvoir nous dispenser de citer les auteurs et les arrêts qui ont admis au contraire cette opinion (2).

### § IV. — Troisième observation.

La règle *locus regit actum* n'est pas facultative. Elle est impérative, même en ce qui concerne les actes sous seing privé. On tend seulement à admettre en outre la validité de ces derniers, lorsqu'ils sont conformes à leur loi personnelle commune, ou à leurs lois personnelles diverses.

177. — Dans l'ancienne doctrine italienne, cette règle ne semble pas avoir eu un caractère impératif, malgré les termes en apparence absolus dans lesquels elle était formulée. Laîné a parfaitement raison de dire qu'elle naquit « d'une révolte contre le principe de la stricte territorialité des statuts ou coutumes, et dans les divers cas où les postglossateurs appliquent la *lex loci actus* quant à la forme, il s'agissait de valider des actes qui auraient été nuls d'après la loi personnelle, ou d'après la loi de la situation ». Balde suppose cependant un cas dans lequel le testateur s'était conformé seulement à la loi de son domicile, et il valide également le testament. Toutefois les formules dont les postglossateurs se servaient, celles dont s'est servi Dumoulin à leur suite, et plusieurs autres jurisconsultes français, semblent avoir eu

(1) *Des conflits de législation relatifs à la forme des actes civils*, pp. 32 et ss.
(2) V. toutefois de Bar, op., cit. T. I, p. 345 et note 30.

pour effet d'égarer l'opinion juridique sur la portée qu'ils avaient assignée au principe. Hertius, en Allemagne, et Huberus, dans les Pays-Bas, enseignèrent en termes nets que la maxime est impérative. Tel est aussi le sentiment de Paul Voet à cet égard, bien qu'il faille *peut-être* admettre, d'après lui, que l'acte conforme à la *lex domicilii*, mais non conforme à la *lex loci actus*, vaudra du moins au lieu du domicile, d'où il suit qu'il ne lui reconnaît point en principe une validité internationale. Il est vrai que Jean Voet semble n'attribuer à la règle qu'une portée purement facultative, mais il nous paraît douteux que, dans l'exemple proposé par lui, il ait l'intention de reconnaître la validité universelle de l'acte conforme à la loi du domicile, et insuffisant d'après la *lex loci actus*, plutôt que sa validité dans le pays seulement où le testateur était domicilié[1]; et si notre opinion est exacte, Jean Voet partage, en somme, l'opinion de son père. Pour ce qui concerne les jurisconsultes français du XVIII^e^ siècle, il est bien certain qu'à leurs yeux la maxime était impérative. Il n'y a pas de doute sur leur opinion à cet égard[2]. Telle était, du reste, la jurisprudence des parlements en ce qui concerne le testament olographe, c'est-à-dire un acte sous seing privé. C'est ainsi qu'un arrêt du Parlement de Paris du 10 mai 1620 annula un testament olographe fait par un bourgeois de Paris, à Bruxelles, en faveur de son épouse, en se fondant sur ce que le statut et l'ordonnance des archiducs n'admettaient point cette forme de tester, sinon du père au fils[3]. Nous devons toutefois reconnaître que les raisons qu'on a données de ce caractère impératif sont souvent bien insuffisantes. Paul Voet se fonde sur une espèce de soumission volontaire des parties à la loi du lieu où elles passent un acte; mais peut-il être question de cette soumission *volontaire*, lorsqu'en fait elle ne se conforment pas à cette

(1) Ad. Pandectas. *De Statutis*, nº 15.
(2) V. Laîné, op. cit., T. I, pp. 404 et 405, lequel rapporte les opinions de Boullenois, Froland et Bouhier.
(3) Merlin. *Rép.*, verbo *Testament*, sect. II, § IV, art. I.
(4) Op. cit., T. I, p. 409.

loi? Huberus et Hertius déclarent l'individu qui passe un acte en pays étranger, sujet de ce pays quant à cet acte. M. Lainé observe que ce motif, qui a laissé l'impression la plus durable, n'est qu'une formule vide. C'est en d'autres termes une affirmation sans raisons à l'appui. Le seul motif sérieux qu'il y ait de rendre la règle obligatoire est, dit-il, indiqué par Bouhier, et il ne s'applique qu'à l'acte authentique; c'est que les parties sont en quelque sorte « obligées de suivre dans leur acte le style ordinaire du notaire dont elles doivent se servir, et qui tient lieu, comme on sait, du juge cartulaire ». C'est-à-dire que l'officier public est tenu d'observer les formes prescrites par la loi de son pays; et sa compétence est limitée par la même loi; il faut ajouter que les parties ne peuvent s'adresser qu'à l'officier public compétent d'après la loi locale. On pourrait cependant indiquer d'autres motifs, d'après nous, notamment ceux qui sont mentionnés par Laurent. Le législateur du lieu où l'acte est passé, ne peut pas être obligé de reconnaître force et valeur à un acte dressé sur son territoire, et qui n'en a aucune d'après ses lois. En supposant que l'acte pût avoir force et valeur d'après telle ou telle loi étrangère, cette valeur serait donc incomplète et ne serait pas reconnue partout, ce qui est toujours un mal. Et il est préférable d'obliger les parties à se conformer à une loi unique, qui ne semble pouvoir être que la loi du lieu de l'acte, loi qu'il leur est facile de connaître, qui est naturellement appelée à régir la forme, et est parfaitement appropriée à recevoir un effet extraterritorial.

178. — Telle était, dans tous les cas, la doctrine généralement suivie, au moment de la publication du Code civil, et l'on peut admettre qu'elle a été virtuellement maintenue, lorsque l'on admet, comme le font tous les auteurs, que la maxime elle-même a été maintenue. Mais, si l'on est d'accord sur ce dernier point, on ne l'est pas sur la question de savoir si la règle a conservé son caractère impératif. Il est cependant des cas où l'on est forcé de le lui reconnaître. Par exemple, lorsque les parties recourent effectivement au ministère d'un officier public,

il faut bien que celui-ci se conforme à la loi dont il tient ses pouvoirs. Et, d'autre part, lorsque les contractants sont sujets du pays où l'acte est passé, ils sont soumis à la loi de ce pays à un double titre, et il est fort naturel qu'ils soient obligés de se conformer à cette loi; il en est ainsi même quant aux actes sous seing privé[1]. On tend à reconnaître également un caractère impératif à la maxime, lorsque les contractants, étant de nationalité différente, l'un d'eux est sujet du pays où l'acte est passé, et même lorsque tous deux sont étrangers[2]. Mais M. Chrétien enseigne que la règle est dans ce cas facultative, et que l'on peut suivre la loi de l'une ou de l'autre des parties; et le dictionnaire de MM. Vincent et Pénaud mentionne M. de Bar comme partageant cette opinion, tandis que cet auteur se borne à dire que les contrats bilatéraux, non conformes à la *lex loci actus*, peuvent valoir lorsqu'ils satisfont aux conditions exigées par la loi du domicile *de chacune* des deux parties contractantes[3]. Il résulte de ces observations, non pas précisément, comme le disent MM. Vincent et Pénaud « que la question du caractère facultatif ou *impératif* de la règle *ne se pose vraiment* que dans le cas où les parties, contractant en pays étranger *dans la forme privée*, sont de même nationalité, et dans le cas où celui qui dispose de ses biens, par exemple, celui qui fait un testament, ou celui qui s'oblige par acte unilatéral, se trouve hors de son pays » ; mais plutôt qu'en dehors de ces cas, la règle a nécessairement un caractère impératif. De sorte que ceux là même qui admettent le caractère facultatif de la maxime sont entraînés, par la force des choses, à y statuer des exceptions pour les actes les plus importants, les actes authentiques, et pour un grand nombre d'actes sous seing privé.

179. — Les auteurs se prononcent en majorité pour le

(1) Massé. *Droit commercial*, T. I, nº 572. — Chrétien. *De la lettre de change*, nº 30. — Duhaut (thèse), p. 238. — Fiore. nº 320.

(2) Massé. T. I, nº 573. — Weiss. Op. cit., 1re édit., p. 526. — Beauchet. *Gazette du Palais*, 14 février 1887. — Déglin. *Contrat de mariage en droit international*, p. 202; *Cassation*, 18 avril 1865, D. 65, 1, 342.

(3) Vincent et Pénaud. *Dict.*, vis *Forme des actes*, nº 36. — De Bar. Op. cit., T. I, p. 354.

caractère facultatif de la règle [1], bien entendu sous les restrictions indiquées plus haut. Et la jurisprudence allemande est, paraît-il, fixée en ce sens. Il est à remarquer cependant que M. de Bar ne se fait aucune illusion sur les inconvénients qui peuvent en résulter pratiquement, sur les dangers qu'il y a toujours à ne pas suivre la *lex loci actus*; mais il croit que ce n'est pas un motif pour méconnaître la faculté qui doit appartenir aux parties de se conformer à leur loi personelle, ou à leurs lois personnelles, en se fondant sur ce que l'application de la *lex loci actus* n'est que la conséquence d'usages internationaux et une véritable faveur accordée aux parties. C'est le point de vue auquel se placent tous ceux qui défendent ce système.

Le caractère impératif de la règle a été soutenu par un certain nombre d'auteurs du plus grand poids, et semble assez généralement admis par la jurisprudence française [2]. Cette opinion est plus conforme à la tradition juridique, immédiatement antérieure au Code civil français. Il faut cependant bien reconnaître que cette tradition juridique n'a pas été constante, et de même qu'elle a subi certaines variations dans l'ancien droit sous l'influence du mouvement général des idées, rien ne s'oppose à ce qu'elle se modifie encore en l'absence d'un texte précis qui fixe la portée de la maxime ancienne, ou l'absence même d'un texte qui la proclame en termes exprès. Sans doute, l'application de la maxime elle-même est imposée par les usages internationaux, dont il n'apparaît pas que le législateur français ait voulu s'écarter. Mais, aucune unanimité n'existant en ce qui concerne sa force impérative, sauf quant à la détermination des formes de l'acte authentique, il semble que la portée de sa force impérative, en ce qui touche les actes sous seing privé, puisse être appréciée

(1) Voir les autorités nombreuses citées dans de Bar, op. cit., T. I, p. 354, et dans Vincent et Pénaud, op. cit., loc. cit.

(2) Voir entre autres Merlin, *Rép.*, v. *Preuve*, sect. II, § 3, art. 1, nº 3. — Demolombe, T. I, nº 106bis. — Demangeat sur Fœlix, T. I, p. 184. — Laurent, op. cit., T. 2, pp. 245 et ss. — Renault, *Consultation*, 1886, S. 1, p. 456, et les décisions citées par Vincent et Pénaud, *Dict.*, v. *Forme des actes*, nºs 46 et 47. Voir aussi Buzzati, op. cit, pp. 152 et ss.

encore aujourd'hui par nos tribunaux, suivant les tendances générales du droit international coutumier, et conformément aux prescriptions d'une saine théorie et de l'intérêt commun des notions. Or, il y a des intérêts graves à ne pas multiplier les causes de nullité des actes, et il ne paraît pas qu'il y ait des inconvénients sérieux à considérer comme valable en la forme l'acte sous seing privé, qui satisfait sous ce rapport à la loi nationale commmune ou aux lois nationales identiques des deux parties contractantes. L'Etat ou les Etats dont dépendent les deux parties contractantes ont seuls intérêt, en général, à contrôler la forme des actes de leurs nationaux et leur régularité. Il est plus naturel, sans doute, que cette forme soit régie uniquement par la *lex loci actus*. Mais si ces Etats étrangers se contentent des formes qu'ils prescrivent, pourquoi ne seraient-elles pas estimées satisfaisantes partout? Pourquoi s'agissant d'actes unilatéraux, par exemple du testament olographe, ne se contenterait-on pas des formes prescrites par la loi nationale du disposant, ou par la loi qui régit la succession? Admettrait-on aujourd'hui que le testament olographe, fait par le citoyen français dans un pays où cette forme de tester ne serait pas admise, devrait être considéré comme nul, même en France, ainsi que l'admettait la jurisprudence du Parlement de Paris? Non, évidemment, car cela serait incompatible avec la généralité du texte de l'art. 999, du Code civil. Ne considérerait-on pas un tel testament comme valable partout? Nous l'ignorons. Il est en tout cas certain que l'art. 999 bat en brêche, en ce qui touche le testament olographe, c'est-à-dire un des actes sous seing privé les plus importants, la doctrine française de la force impérative absolue de la maxime *locus regit actum*.

180. — L'appui que cette doctrine trouvait dans la tradition juridique est ainsi considérablement affaibli, et il est plus rationnel d'admettre les restrictions vers lesquelles tend en général la doctrine, et qui se sont accusées surtout dans le projet belge, dans le projet de la conférence de La Haye et dans le Code italien. M. Asser croit cepen-

dant qu'il vaudrait mieux que la règle fût absolument obligatoire [1]. « Nous la croyons destinée » dit-il « à augmenter la certitude des faits juridiques. Or, cette certitude doit exister à priori et à être indépendante de tous déplacements subséquents. » Cet argument ne nous convainct pas. La certitude des faits juridiques présente, sans doute, un très grand avantage; mais: 1° Nous ne voyons pas qu'elle soit compromise par le fait que l'on admettrait également la validité, en la forme, de l'acte sous seing privé qui satisfait aux lois nationales de toutes les parties; et 2° il y a d'autre part un grand avantage, à ce qu'un acte passé de bonne foi ne soit pas annulé pour inobservation des formes locales, quand les Etats dont les parties dépendent s'en contentent, et que les autres n'ont pas le moindre intérêt à cette annulation. Aussi M. de Bar s'est-il prononcé de la manière la plus énergique en faveur de la restriction admise quant aux actes sous seing privé, tout en critiquant la formule du Code italien qui n'est en effet pas irréprochable [2]. Nous croyons devoir nous rallier à cette opinion. La formule belge nous paraît, en somme, assez recommandable, sauf une légère modification. Elle porte: « Néanmoins les actes sous seing privé peuvent être faits dans les formes admises par les lois nationales identiques de toutes les parties. » On pourrait dire pour être plus complet, et pour envelopper dans la formule le cas où il s'agit d'actes unilatéraux, et le cas où toutes les parties sont de même nationalité: « Néanmoins les actes sous seing privé peuvent être faits dans les formes admises par la loi nationale de la partie, ou des parties, ou par leurs diverses lois nationales, si elles sont de nationalité différente. » Si l'acte satisfait, quant à la forme, aux lois nationales de toutes les parties, il est inutile de stipuler que ces lois soient identiques.

(1) Op. cit., p. 66.
(2) De Bar. Op. cit., T. I, p. 365.

### § V. — Quatrième Observation.

La règle *locus regit actum* ne s'applique point aux formes prescrites dans l'intérêt des tiers, s'agissant spécialement de la transmission des droits réels. Et, d'après certains auteurs, elle ne s'applique, en aucune manière, aux formes requises pour la transmission de ces droits, même entre parties.

181. — En ce qui concerne les formalités qui sont prescrites par la loi dans l'intérêt des tiers, il y a pour ainsi dire unanimité. Et cela se conçoit, car l'intérêt des tiers est un intérêt général, et les dispositions des lois étrangères ne peuvent recevoir application dans un pays où cette application ferait échec à des lois établies dans l'intérêt général. Les formes dont il s'agit ne sont du reste pas des formes inhérentes à l'acte lui-même, elles doivent être observées *après que l'acte a été accompli* et valablement passé, pour que cet acte produise ses effets vis-à-vis des tiers. On doit considérer comme telles les formes de publicité établies dans l'intérêt des tiers par notre loi hypothécaire du 19 décembre 1851, s'agissant des actes translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers, et même des baux d'une certaine durée, l'inscription de l'hypothèque, du privilège immobilier, la formalité de l'enregistrement prescrite par l'art. 2075 du Code civil en matière de gage, etc... Ces formes sont en principe régies par la loi territoriale. Il ne nous paraît pas qu'il puisse y avoir des doutes sérieux à cet égard, et les partisans les plus fervents de l'application de la règle *locus regit actum* ou de la loi personnelle, le reconnaissent. Ces formes échappent donc à la règle en question [1]. Nous aurons l'occasion de faire diverses applications de ces principes dans la partie spéciale de notre ouvrage.

182. — La question est plus délicate s'agissant des formes auxquelles la transmission des droits réels peut-être subordonnée, même entre les parties contractantes. Mais

(1) Demolombe. T. I, p. 107. — Laurent. *Dr. civ.*, T. I, nº 102. — Brocher. Op. cit., T. I, p. 140. — Fiore. *Dr. int.*, nº 322.

cette question nous paraît beaucoup moins importante que la précédente. Elle surgit principalement en ce qui concerne l'effet des contrats qui ont pour objet la transmission de la propriété. D'après des auteurs récents (1), il n'y a pas lieu de s'en référer à la *lex reï sitae* pour décider si la propriété est transmise par le seul effet de la convention s'agissant d'une vente, par exemple, ou si la tradition est nécessaire. Mais plusieurs auteurs appliquent au contraire la *lex situs* (2), et cette opinion paraît conforme à la jurisprudence étrangère, et même à la jurisprudence française au moins en ce qui concerne les immeubles. La Cour de cassation en France a décidé, il est vrai, qu'un immeuble situé à l'étranger peut être acquis par un acte passé en France, et même par adjudication à la barre d'un tribunal français, mais elle ajoute que l'acquéreur doit remplir ensuite les formalités de la loi de la situation pour que la propriété passe définitivement sur sa tête (3). Telle est évidemment l'opinion prédominante en Allemagne, et déjà enseignée par Savigny. Et c'est aussi la doctrine anglo-américaine.

Tout en constatant l'état de la doctrine et de la jurisprudence les plus générales, nous devons cependant reconnaître qu'au point de vue rationnel, cette opinion n'a guère de fondement sérieux, en ce qui concerne les rapports entre parties, c'est-à-dire, en ce qui concerne la transmission de la propriété et des droits réels au point de vue de leurs rapports particuliers. Cette transmission ne doit-elle pas dépendre logiquement de leur volonté, du moins à ce point de vue restreint? En quoi la question peut-elle intéresser le législateur du lieu de la situation? Pourquoi, si leur volonté est que la propriété soit transmise *entre elles* par le seul effet de la convention, leur volonté serait-elle dénuée d'effet? De Bar reconnaît que des motifs d'utilité n'auraient pas facilement créé une

(1) Laurent. *Droit civil intern.*, T. I, p. 358. — Weiss. Op. cit., 1re édition, p. 768. — Despagnet. Op. cit., p. 523, nº 543.

(2) Duguit. Op. cit., p. 103. — Westlake. *J. du dr. int. pr.*, 1882, p. 12. — Fiore. Op. cit., p. 348. — Asser et Rivier. Op. cit., p. 63, etc...

(3) I6 déc. 1873. Sirey, 1874, I, 151.

*communis opinio* dans ce sens, et n'explique l'opinion générale qui s'est formée à cet égard que par des considérations historiques (1). Pour ce qui nous concerne nous n'y voyons aucune raison d'utilité. On ne peut méconnaître sans injustice, que la volonté expresse ou implicite des parties, relativement à la question de savoir qui supportera les risques de la perte de la chose, jusqu'à la tradition devra dans tous les cas être respectée. Et l'on sera conduit ainsi à faire supporter la perte par le non propriétaire.

183. — Mais qu'en dehors des conventions les formalités de la transmission de la propriété et des autres droits réels doivent être régies par la *lex reï situs*, c'est ce qui ne nous paraît pas contestable même en théorie. Il ne s'agit pas ici de distinguer entre l'effet que l'acte peut produire entre parties parce qu'il n'y a pas de parties contractantes, et son effet vis-à-vis des tiers. Il s'agit toujours de l'effet vis-à-vis des tiers. Observons au surplus que, lorsque la tradition est prescrite par la loi de la situation pour la transmission de la propriété par l'effet des contrats, cette formalité devra dans tous les cas toujours être remplie pour que la propriété soit transmise vis-à-vis des tiers.

184. — L'application de la *lex reï sitae* peut donner lieu à des difficultés singulières, s'agissant des formes de transmission de la propriété mobilière et des droits réels mobiliers, difficultés qui ne peuvent se présenter en ce qui concerne les immeubles. Il est certain qu'en principe, pour apprécier si un acte est translatif ou non d'un droit réel mobilier, il faut s'en rapporter à la loi du pays où la chose se trouve, au moment où l'acte dont il s'agit est accompli. Mais que décider si la chose est ensuite transportée dans un autre pays, où l'on suit une règle différente, où d'autres formalités sont exigées ?

M. de Bar examine d'une manière générale la question

(1) De Bar. Op. cit., T. I, p. 244 : « Gründe der Zweckmassigkeit, welche man hierfür allerdings anführen kann, würden allein nicht leicht eine *Communis opinio* in diesem Punkte bewerkt haben.

de l'effet produit par le déplacement d'une chose mobilière, sur l'application de la *lex situs*, et ses conclusions qui embrassent évidemment toutes les applications de cette loi, même en ce qui concerne les formes de transmission des droits réels, sont : « 1° que les droits réels sur les choses mobilières doivent être appréciés d'après la loi du lieu où se trouvait la chose qu'ils concernent, au moment de l'acte ou de l'évènement par lequel elle aurait dû en être grevée ; 2° si, dans un autre territoire, la chose mobilière est engagée dans un rapport de droit ou de possession, tous les droits (même les droits de possession) établis sur celle-ci auparavant s'éteignent, pour autant qu'ils seraient en contradiction avec ces rapports de droit et de possession ultérieurs, et que ces derniers peuvent prétendre à une efficacité absolue ». Cela est vraiment fort obscur, mais la pensée de l'auteur se dégage plus clairement des considérations sur lesquelles il se fonde. Elle est évidemment qu'en principe les droits acquis doivent être respectés, et qu'en général « un droit acquis, suivant la loi d'un Etat, sur une chose qui s'y trouve, ne cesse pas de produire ses effets, parce que la chose est transportée dans un autre Etat, d'après les lois duquel ce droit n'aurait point été acquis : mais que la substance objective (l'exécution) de ce droit ne peut être réalisée vis-à-vis des tiers, que dans la mesure où les lois du *situs* actuel de la chose le permettent ». Il cite dans ce sens, en l'approuvant, un arrêt de la Cour suprême d'Iéna, du 7 juillet 1853, et en donne un exemple où il s'agit précisément d'une question de forme vis-à-vis des tiers. Le droit de gage établi légalement dans un pays, sans mise en possession effective, ne peut produire d'effet ni vis-à-vis des tiers, ni vis-à-vis d'une masse créancière, dans un autre pays où la chose viendrait à être transportée, et où la mise en possession réelle serait exigée pour la validité du gage.

185. — Ainsi entendus, les principes posés par le savant jurisconsulte nous semblent pouvoir être approuvés. Mais cela revient à dire que la loi étrangère ne peut

être appliquée comme *lex rei situs*, lorsque cette application se heurterait contre des intérêts généraux consacrés par la loi du pays où cette application est réclamée. Il en est ainsi de toute loi étrangère, et l'on ne voit pas pourquoi la *lex rei situs* ferait exception à ce principe. Aussi la disposition de l'alinéa 3, art. 5, du projet belge, ainsi conçue : « Lorsque, à raison du changement survenu dans la situation des biens meubles, il y a conflit de législation, la loi de la situation la plus récente est appliquée, » ne nous paraît-elle pas mériter d'être approuvée, bien que M. de Bar applaudisse à cette rédaction [1]. Cette disposition est inutile si elle a simplement pour but de poser en règle, que la *lex rei situs* ne peut être appliquée dans un pays, lorsque cette application y est contraire à des lois d'intérêt général. Elle est excessive, si l'on veut dire par là que toute contrariété de législation entre la loi du *situs* ancien et la loi du *situs* actuel doit faire exclure l'application de la première. Il n'en est ainsi que si cette application est de nature à léser l'intérêt général, notamment l'intérêt des tiers dans la mesure où cet intérêt est sauvegardé par les lois territoriales.

### § VI. — Cinquième observation.

La règle *locus regit actum* s'applique, dans la pratique générale du droit international, même aux solennités prescrites pour la validité de l'acte juridique. Mais les vrais principes semblent exiger qu'on ne les applique pas en général, en ce qui concerne la *détermination des actes juridiques* pour lesquels des solennités sont nécessaires, mais seulement en ce qui concerne l'organisation ou la détermination des solennités.

186. — La plupart des auteurs et des arrêts, la jurisprudence française spécialement, appliquent en cette matière la règle *locus regit actum* d'une manière absolue, sauf naturellement les exceptions commandées par la

(1) De Bar. Op. cit., T. I, p. 614, note 32.

loi (1). Mais d'autres auteurs enseignent que la maxime *locus regit actum* ne s'applique pas aux actes solennels, au moins en ce sens qu'elle ne saurait dispenser de la solennité l'acte juridique, qui y est soumis d'après la loi dont dépend en général la validité de l'acte en la substance (2). C'est dans le sens de cette dernière opinion que se sont déjà prononcés les auteurs du projet de révision belge, et la conférence de La Haye, ainsi que le prouvent les textes rapportés plus haut. Au surplus, la jurisprudence belge ne semble pas s'être ralliée à la jurisprudence française. Nous pensons que cette dernière est erronée, contraire aux vrais principes théoriques du droit international privé, et dépourvue de fondement sérieux au point de vue de la tradition juridique.

187. — Lorsque nous examinons la manière dont on a fait application de la maxime *locus regit actum* dans le passé, nous constatons que ce n'est point pour la solution de la question de savoir si un acte juridique est soumis oui ou non à des formes solennelles, mais pour la détermination des formes de solennité qu'elle a été appliquée.

(1) En ce sens: Merlin. *Rép.*, voir *Donation à cause de mort.* — Demolombe. T. 1, nº 106. — Aubry et Rau. T. 1, § 31. — Weiss. p. 523. — Despagnet. nº 274. — Duhaut. *De la règle locus regit actum* (thèse), pp. 223 et ss. — Febvre. *De la forme des actes en droit civil international* (thèse), pp. 156 et ss. — Fœlix. T. I, nos 73 et ss. — Déglin. *Contr. de mariage en droit intern.*, pp. 195 et ss. — Asser et Rivier. nº 27. — Fiore. nº 317. — Picard. *J. de dr. intern. privé*, 1881, pp. 461 et ss. — Brocher. *Nouveau traité de dr. intern.*, nº 152. — Haus. *Dr. privé des étrangers en Belgique*, nº 84. — De Bar. T. I, p. 348. — Westlake. *Int. law*, p. 65. — Guillouard. T. I, nº 334. — Buzzati Op. cit., pp. 131 et ss. — Voir spécialement quant au contrat de mariage : Paris, 11 mai 1816, S. 17, 2, 10. — Cass., 12 juin 1855, S. 56, 1, 20. — Cass., 18 déc. 1865, S. 65, 1, 317. — Cass., 18 avril 1865, D. 65, 1, 342. Et en ce qui concerne la reconnaissance d'un enfant naturel : Chambéry, 23 févr. 1885. *J. de dr. int. privé*, 1885. p. 665.

(2) Telle était déjà l'opinon de Bouhier, *Cout. de Bourgogne*, ch. 28, nº 15, pp. 652 et ss. Et cette opinion est aujourd'hui enseignée par des autorités importantes : Bertaud. *Questions, etc.*, T, I, nº 154. — Demangeat. *De la condit. civile des étrangers*, p. 340. — Dalloz. Voir *Lois*, nº 417. — Duguit. Op. cit., pp. 112 et ss. — Lacanal. *Rev. gén.*, 1884, p. 395. — Massé. T. I. nos 571 et 572. — Laurent. *Dr. civ. intern.*, T. 2, nos 240 et ss. — Gand. *Code des étrangers*, nº 358. — Voir en ce sens : Paris, 2 août 1876. — *J. de dr. int. privé*, 1877, p. 230. — Tr. de Bruxelles, 21 juillet 1886. — *J. de dr. int. privé*, 1887, p. 495. En ce qui concerne particulièrement la donation : Paris, 21 déc. 1812, et plusieurs décisions en matière de reconnaissance d'enfants naturels. Voir dans Vincent et Pénaud. Vº *Paternité et filiation.* — En ce qui concerne le testament : Arr. de Liége, 18 juin 1874. *B. j.*, 1874, p. 836.

C'est le plus souvent à propos du testament authentique que la question a surgi, et les problèmes que se posent les auteurs consistent dans la détermination de la loi, d'après laquelle on doit apprécier le nombre de témoins nécessaire, les formalités à remplir, l'officier public compétent. Il est, par exemple, une question d'espèce qui apparaît souvent dans les œuvres des postglossateurs : c'est celle de savoir si le statut de Venise, qui se contentait, contrairement au droit commun, de deux témoins pour le testament, était applicable aux étrangers. Jacques d'Aréna avait répondu négativement ; Bartole et la plupart de ses disciples admettent l'affirmative, en vertu de la règle *locus regit actum*, mais sans formuler cependant cette maxime qui n'apparut que beaucoup plus tard dans ces termes généraux. Plus tard, et en France, Masuer prévoit une hypothèse analogue, celle de savoir : « Si le testament fait par devant un vicaire et deux témoins et valable au lieu où il est fait, l'est également quant aux immeubles qui sont ailleurs et pour lesquels est requis par la coutume sept ou à tout le moins cinq témoins. » Il décide la question négativement. Mais, au XVI^e^ siècle, on se rallie en France à la théorie de Bartole. Dumoulin applique cette doctrine aux solennités de tous actes quelconques, et on ne voit nulle part qu'il l'ait étendue à la question de savoir *si l'acte juridique est subordonné oui ou non à des solennités*. Loisel, Choppin, Charondas, Ricard, Renusson, en appliquant la *lex loci actus* aux formes des testaments, supposent tous que *certaines* formes aient été observées. Ils ne se sont pas même demandé si un testament fait sans aucune forme, dans un pays où aucune forme n'est exigée, serait valable partout, et spécialement dans le pays où le testateur est domicilié. Le Parlement de Paris ne s'est jamais prononcé que sur des espèces de ce genre, sans aborder cette question de principe : L'acte juridique dénué de toute solennité et conforme à la *lex loci actus* est-il valable partout, même dans le pays où les parties sont domiciliées, et dans celui où les biens sont situés, lorsque les lois de ce pays exigent certaines solennités ? En

réalité la solution de la question qui nous occupe n'est point fournie par la tradition juridique antérieure au Code civil. Bouhier lui-même, que nous avons cité d'après Vincent et Pénaud, en faveur de notre doctrine, ne lui prête qu'un appui incertain : Si le statut des formes est personnel, d'après lui, c'est à la personne de l'officier public qu'il l'attache, celui-ci étant obligé de suivre la loi dont il tient ses pouvoirs, et cela ne le conduit pas à s'écarter de la règle *locus regit actum*. Seulement, si tel était le fondement rationnel de cette règle, il en résulterait qu'elle serait dénuée de base, s'agissant de décider, si un acte juridique doit être constaté en forme solennelle ou non.

188. — La question aurait pu être soulevée également au sujet de la donation, au moins à partir de l'ordonnance de 1731, qui, pour la première fois, établit la règle inconnue en droit romain que la donation, pour être valable, doit être faite par acte authentique. Au surplus, dès avant cette ordonnance, la plupart des jurisconsultes étaient d'avis que la donation devait être faite par acte notarié pour valoir même entre parties, et ils se fondaient sur ce que l'ordonnance de 1539, et celle de 1549, exigeaient, lorsque la donation est faite en l'absence du donataire, « que l'acceptation soit faite par lui *en présence de personnes publiques et de deux témoins ou de deux notaires.* »

Mais il ne paraît pas que ce principe, édicté pour toute la France, ait donné lieu à l'examen de la question dont nous nous occupons, et l'on ne doit pas s'en étonner ; il ne pouvait s'agir de conflits entre des coutumes françaises, et les conflits de droit international privé proprement dits étaient rares. Toutefois ces édits n'avaient pas effacé certaines différences entre les coutumes. Dans certaines provinces, notamment en Provence et dans le Dauphiné, on exigeait, outre la forme authentique, des formalités spéciales, visiblement inspirées par l'intérêt des familles, et parmi lesquelles la plus importante était celle *de la présence et de la connaissance des parents ou alliés du donateur*. Il en était ainsi en Provence de par l'édit du roi René du 28 octobre 1472, et dans le Dauphiné en vertu d'une ordonnance de

Louis XI du 31 juillet 1456, qui semble, dit Merlin, avoi servi de modèle à l'édit de Provence. Mais, en Dauphiné, on exigeait absolument que la donation fût faite devant le juge domiciliaire, et il en résultait qu'elle ne pouvait l'être que dans les formes voulues par la loi du domicile, laquelle sous l'ancien droit, remplissait le rôle de la loi nationale, tandis que l'on ne paraît pas avoir émis cette exigence en Provence (1). D'où nous concluons que dans l'ancien droit, où il existait entre les diverses provinces françaises des différences de législation analogues à celles qui existent entre différents Etats aujourd'hui, la question aurait été résolue en sens divers, si tant est qu'elle ait jamais été résolue, et qu'il n'y a aucune conclusion à en tirer quant à la tradition juridique.

189. — Le Code civil l'a-t-il résolue? Comment pourrait-on le soutenir? Loin de fixer la portée exacte de l'ancienne maxime *locus regit actum*, il n'a pas même expressément consacré cette règle. Nous pouvons bien admettre qu'il l'a implicitement reconnue ou maintenue par son silence même, mais comment pourrait-on soutenir qu'il avait résolu des questions qui n'avaient pas même été agitées dans l'ancien droit? On ne peut guère objecter les articles 47, 170 et 999 du Code civil comme contenant des applications et par cela même des interprétations de l'ancienne maxime, car ils conduiraient à l'interpréter de façons différentes et contradictoires. L'art. 999 ne permet nullement au Français de tester *dans une forme quelconque en pays étranger* : il faut que son testament soit fait en forme authentique ou olographe. Mais les actes de l'état civil peuvent être dressés indistinctement dans la forme requise par la *lex loci actus*, et le mariage est valable en la forme, même en France, s'il satisfait à cette loi (art. 48 et 170 C. civ.). Qui dira si ces derniers articles constituent une simple application ou une extension de l'ancienne maxime? En fait l'extension se concevrait et s'expliquerait à raison de la nature spéciale de ces actes.

(1) Merlin. *Rép.*, v° *Donation*, sect. II.

Il faut que l'état civil de l'individu puisse être partout et immédiatement constaté. Qu'il s'agisse de décès, de naissances ou de mariages, c'est une nécessité impérieuse qui a fait admettre l'application absolue et illimitée de la règle *locus regit actum*. On peut soutenir qu'il en est de même en ce qui concerne la célébration du mariage lui-même, ainsi que nous le démontrerons en traitant spécialement du mariage, bien que l'on ait été peut-être trop loin dans cette voie. Il n'y a donc aucun argument sérieux à tirer du Code civil, quant à l'interprétation de la règle *locus regit actum*, au point de vue de la question qui nous occupe.

190. — Pour nous, lorsque le législateur subordonne l'accomplissement de certains actes juridiques à des formalités, par exemple à leur constatation par acte authentique, lorsque la validité ou l'existence même de l'acte juridique en dépend, l'acte juridique qui y est soumis, d'après la nature des choses, n'en est point affranchi à raison du lieu où il est accompli. Il n'en est autrement qu'en vertu d'une disposition expresse, ou d'usages internationaux établis par une pratique constante. De pareilles prescriptions reposent en effet toujours sur un intérêt général ou sur un intérêt national; elles équivalent à interdire l'acte juridique lui-même, s'il n'est point accompli et constaté dans une certaine forme. Il faut examiner quand cet intérêt général ou national serait lésé par l'application de la maxime *locus regit actum*. Il ne peut guères l'être, quand il s'agit de l'inaccomplissement en pays étranger de certaines formalités prescrites uniquement au point de vue de la preuve, le législateur du lieu où l'acte est passé étant le meilleur juge de ce qu'exige la constatation certaine de la volonté des parties; et d'ailleurs, des considérations d'utilité commune ont amené en ce point la reconnaissance universelle de la maxime *locus regit actum*. En ce qui concerne les formes exigées pour la validité de l'acte juridique, il n'en est pas de même. Le pays dont l'intérêt est engagé à leur observation a seul compétence pour les organiser. En théorie, au

point de vue du *summum jus*, il ne serait en aucune manière tenu de s'incliner devant la *lex loci actus*, comme le remarque avec raison Jean Voet, qui, en ce point, a parfaitement raison. Il s'incline cependant devant cette loi, en ce qui touche l'*organisation* des formes, en considération de l'impossibilité où l'on pourrait se trouver, d'observer ces formes en pays étranger; mais c'est lui demander trop, que de vouloir qu'il consente à ce que l'acte juridique soit affranchi par la loi locale de toute forme quelconque. Il n'existe à cet égard aucun usage international constant.

191. — Les raisons invoquées par les auteurs qui repoussent la distinction entre les formes prescrites pour la preuve, et celles exigées pour la validité de l'acte juridique, ne nous paraissent pas bien solides. M. Asser se contente de dire que c'est à juste titre que cette distinction est repoussée par la plupart des auteurs. La question mérite cependant d'être discutée, lorsqu'on peut citer, dans le sens de l'opinion contraire, des autorités aussi sérieuses que celles énumérées plus haut. M. Asser s'appuie, il est vrai, sur un arrêt de la Cour d'Orléans, qui a déclaré valable le testament olographe, fait par un Hollandais en France, bien que la loi hollandaise interdise à ses ressortissants de tester dans cette forme en pays étranger. Mais on peut citer, en sens contraire, un arrêt de la Cour de Bruxelles du 18 juin 1874, et un jugement du tribunal civil de Bruxelles du 21 juillet 1886, rapportés plus haut (1). Demolombe, tout en reconnaissant la gravité des raisons invoquées par Duranton et Delvincourt, en faveur de la distinction, se fonde d'abord sur la portée générale de la règle *locus regit actum*. Nous avons répondu d'avance à cet argument. Il allègue ensuite des raisons de nécessité, faisant observer que tel acte juridique serait impossible en pays étranger, si l'officier public refusait de le recevoir, parce qu'il n'aurait pas ce pouvoir. C'est un mal, sans doute, mais il y est remédié

(1) Voir la note 1 sous le N° 186.

dans une mesure considérable : 1° par l'adoption d'une règle plus absolue, en vertu de textes formels, en ce qui concerne *certains actes nécessaires*, comme le mariage et la constatation de l'état civil ; 2° par l'application de la règle *locus regit actum*, en ce qui concerne la détermination des formes d'authenticité, lorsque la loi qui régit obligatoirement la substance de l'acte exige l'authenticité. Ce mal est, du reste, moins grand que la violation de cette dernière loi, lorsqu'elle est d'intérêt général ou national, et le législateur ne s'y est pas arrêté en matière de testaments et de contrats constitutifs d'hypothèque. On ne s'arrête pas davantage à cette objection, lorsqu'il s'agit des formes requises pour la transmission effective de la propriété ou d'autres droits réels. Quant aux considérations d'équité invoquées en troisième ligne par cet auteur, elles doivent fléchir, nous paraît-il, lorsque l'ordre public est réellement en jeu, et nous entendons par l'ordre public ici, l'intérêt général de la nation qui a compétence pour régler la substance du contrat. Il y a d'ailleurs un peu de confusion dans la doctrine de Demolombe. Ne classe-t-il pas, en effet, les formes solennelles parmi les formes habilitantes? En somme, la distinction, que nous préconisons, est expressément établie par l'art. 999 du Code civil en matière de testaments, et par les art. 76 et 77 de notre loi hypothécaire, en ce qui tonche le contrat constitutif d'hypothèque. Elle l'est avec le tempérament que nous avons admis, c'est-à-dire qu'on fera retour à la maxime *locus regit actum*, en ce qui concerne la détermination des formes d'authenticité.

192. — Savigny, qui considère la règle *loçus regit actum*, comme exclusivement fondée sur des usages internationaux, dictée par l'intérêt commun des nations, et basée sur les conséquences trop dures auxquelles aboutiraient les principes du droit strict, insiste naturellement sur des motifs pratiques : « La considération de cette excessive dureté, » dit-il, « qui quelquefois rend les actes juridiques absolument impossibles, et plus souvent encore les expose aux nullités d'une exécution défectueuse, tout

cela en conséquence de formes légales qui, certainement, n'ont pas été établies pour empêcher ou pour entraver les transactions civiles, cette considération a fait naître un droit coutumier, de plus en plus reconnu depuis le XVI^e^ siècle, droit qui remplace la règle provisoire posée plus haut, et écarte les difficultés dont je viens de parler [1]. » Mais, tout d'abord, il n'est pas sûr que certaines formalités n'aient pas précisément pour but d'entraver des transactions civiles. La solennité de la donation n'a-t-elle pas été établie pour entraver, dans une certaine mesure, les donations, par une espèce d'aversion pour celles-ci, dans le but d'en mieux garantir l'irrévocabilité et de décourager les donateurs, comme nous l'avons clairement établi plus haut? Quoi qu'il en soit, nous croyons que la règle a une autre raison d'être que la coutume générale, et même que son utilité pratique, et nous nous en référons à ce que nous avons dit plus haut. Mais Savigny lui-même n'admet pas l'application absolue du principe. Il ne l'admet pas en ce qui concerne les actes de souveraineté qui modifient l'état de la personne, ni en ce qui concerne les actes qui rentrent, dans le droit des choses et qu'on ne peut faire, dit-il, qu'au lieu où elles se trouvent, tradition, cession judiciaire, inscription hypothécaire. Ces actes sont soumis, quant à la forme, à la *lex rei sitae*. Il ne l'admet qu'avec des distinctions, relativement à la célébration du mariage. Notons qu'il se trompe, en affirmant, sur l'autorité de Fœlix, que, si le texte, relatif à la forme des actes, n'a pas été inséré dans le Code, c'est qu'on a considéré la maxime comme si connue et si certaine qu'il était inutile de l'exprimer. C'est plutôt parce qu'il a paru dangereux d'insérer dans le Code une maxime dont l'application était subordonnée à des distinctions.

193. — M. de Bar [2], après avoir constaté que l'on a prétendu limiter les formes qui tombent sous l'application de cette règle à celles qui servent à prouver la volonté,

(1) Savigny. Op. cit., T. VIII, p.
(2) De Bar. Op. cit., T. I, p.

fait observer que, comme toutes les formes servent à cet objet, la distinction est ou bien vide de sens, ou bien trompeuse, si l'on n'entend parler que des formes qui servent exclusivement à la preuve. « Comme de semblables formes, dans la rigueur de cette conception » dit-il, « n'existent point, on en arrive à soumettre notre règle à des exceptions arbitraires et que rien ne justifie. » Il fait ainsi fort bon marché des raisons par lesquelles on a entrepris de les justifier, et s'abstient de les discuter. Il se borne à donner un exemple qui n'a rien de convainquant. « C'est ainsi » dit-il, « que d'après le droit commun (le droit romain) les prescriptions du senatus-consulte velleïen ne sont que des prescriptions touchant à la forme du cautionnement d'une femme... Or, on ne peut pas soutenir, que ces règles limitatives ne soient établies qu'au point de vue de la preuve, le sexe étant ainsi protégé contre des résolutions aventureuses ; elles ne concernent donc pas, affirme-t-on, la preuve des faits juridiques, et la règle : « *Locus regit actum* » n'est dès lors pas applicable. Mais on peut en dire autant de presque toutes les formes des faits juridiques, par exemple de la nécessité légale d'un écrit. » On pourrait en dire autant sans aucun doute, de la règle exigeant un écrit *pour la validité d'un fait juridique*, et peut-être de presque toutes les formes des *faits juridiques*. Mais l'auteur confond les *faits juridiques* avec les *actes* qui servent à les constater. Lorsque la loi détermine les formes *des actes* qui constatent les faits juridiques, elle ne détermine pas obligatoirement les formes du *fait juridique*. Il n'y a plus ici qu'une question de preuve. Qu'il n'y ait point d'actes, ou que l'acte soit irrégulier, le fait juridique n'en existera pas moins. La preuve par témoins quelquefois, le serment, l'interrogatoire sur faits et articles etc..., pourront servir à le prouver, et le fait juridique recevra sa pleine exécution. Lorsqu'au contraire la loi prescrit impérativement que tel fait juridique ne pourra avoir lieu que dans telle forme, il n'y a pas de fait juridique, si cette forme n'est pas observée. Il nous semble donc que c'est l'éminent juris-

consulte qui fait ici une confusion entre deux ordres d'idées absolument différents.

194 — Nous ne dirons qu'un mot de quelques autres auteurs qui ont également rejeté la distinction très juste établie par Laurent et adoptée par le projet belge et la conférence de La Haye. M. Pasquale Fiore n'en donne pas l'ombre d'un motif. Il se borne à citer Zachariae, qui n'examine pas la question (ce sont ses commentateurs qui l'ont résolue en ce sens), Demolombe, dont nous avons essayé de réfuter l'opinion, et Merlin [1] qui ne l'affirme qu'en ce qui touche les testaments, ce qui ne peut guère se soutenir en présence du texte de l'art. 999, du Code civil. Cet article peut être considéré en effet soit comme une application, soit comme une extension de la règle *locus regit actum* : mais le principe qu'il consacre est précisément celui que nous préconisons, application de la loi personnelle ou substantielle, quant à la détermination de l'acte qui doit être soumis à la forme olographe ou authentique, et de la *lex loci actus* quant à la détermination des formes dont dépend l'authenticité. M. Weiss [2] allègue la nécessité de permettre au citoyen d'accomplir en tous lieux les actes de la vie juridique. Cette considération serait assez sérieuse au point de vue de la *lex ferenda*, surtout lorsqu'il s'agit d'actes nécessaires, et telle est peut-être la raison d'être des dispositions des articles 47 et 170 du Code civil, que l'on peut tout aussi bien considérer comme des exceptions aux principes généraux, comme des extensions de la maxime *locus regit actum*, que comme des applications de cette maxime. Mais au point de vue de la *lex lata*, et quand on se trouve en présence d'une disposition absolue, impérative, qui prescrit la solennité comme condition de l'existence ou de la validité des donations par exemple, sans distinction de lieu, quand cette disposition repose sur l'intérêt des familles qui est un intérêt public, que vaut ce genre d'argument? M. Weiss cite Merlin au *Répertoire*, v° *Donation*. Mais Merlin n'y dit rien

(1) *Rép.*, v. *Donations*, loc. cit.
(2) Op. cit., p. 252.

Mais nous l'avons vu, des raisons particulières expliquent parfaitement cette disposition et nous ne voyons pas de motifs pour la considérer plutôt comme une consécration de l'ancienne maxime, que comme une extension de celle-ci. — Dans l'excellent ouvrage que nous avons déjà eu l'occasion de citer plusieurs fois, M. Buzzati rappelle les raisons invquées de part et d'autre, et se prononce en faveur de l'application absolue de la règle, tout en reconnaissant que quelques-uns des arguments invoqués à l'appui de cette opinion n'ont qu'une médiocre valeur. Deux motifs le conduisent à cette conclusion. Le premier est que les formes de solennité ne se confondent pas avec les éléments substantiels de l'acte juridique en lui-même, avec sa substance ; bien que le législateur en fasse une condition de sa validité, ce n'en sont pas moins des formes, et dès lors elles tombent sous l'application de la règle *locus regit actum*. — Nous reconnaissons parfaitement que ce sont des formes véritables, mais il n'en est pas moins vrai que la prescription de certaines formes est alors élevée par le législateur à la hauteur d'une condition de validité de l'acte juridique lui-même, et il s'agit de savoir si, à raison de cette circonstance, et des motifs qui ont déterminé le législateur à se montrer si rigoureux, à exiger des formes spéciales, l'acte juridique ne doit pas être partout accompagné de certaines formes, lorsque l'appréciation de sa validité en général dépend du législateur qui en prescrit l'observation. Il s'agit de savoir si l'intérêt commun des nations, si la détermination rationnelle de leur compétence législative respective, si la tradition juridique, si les motifs qui ont fait reconnaître la règle *locus regil actum* en commandent l'application même en ce qui concerne la question de savoir si tel ou tel acte juridique doit être formel ou non. Nous pensons avoir démontré le contraire. — Le second motif invoqué par M. Buzzati n'est pas plus péremptoire. Il n'y a pas de forme, dit-il, qui ait exclusivement pour objet la preuve, et il en donne comme exemple la nécessité d'un écrit dans les transactions, l'écrit étant exigé d'après le droit italien comme d'après le droit français pour garantir la liberté des parties aussi

bien que pour la preuve (1). Mais il y a bien des cas où un acte écrit n'est requis qu'au point de vue de la preuve, et dès lors l'observation de M. Buzzati tombe à faux. C'est ainsi que la nécessité d'un écrit s'agissant de toutes les conventions civiles comportant une valeur de plus de 150 fr , concerne exclusivement la preuve, et n'empêche nullement les parties de recourir à la preuve par l'aveu ou par le serment, la preuve par témoins ou par présomptions étant seule exclue (art. 1341, C. civ.).

195. — Lorsqu'on examine de près les divers actes pour lesquels la forme solennelle ou authentique est exigée, on se rend parfaitement compte des motifs qui ont pu déterminer le législateur à statuer dans certains cas l'application absolue de la règle *locus regit actum*, tandis qu'il ne l'a pas établie dans d'autres. Ces actes sont d'après quelques-uns du moins, les actes de l'état-civil (art. 47, C. civ.), ensuite le mariage (art. 170), la reconnaissance d'un enfant naturel (art. 334, l'adoption et la tutelle officieuse (art. 353 et ss.), et surtout la donation (931), les testaments 999, le contrat de mariage (art. 1344) et le contrat constitutif d'hypothèque (art. 76 et 77, loi hypothécaire belge du 19 décembre 1851). Un mot d'abord des actes de l'état-civil. En dehors de l'acte de mariage, ils ne sont que la constatation d'un simple fait naturel plutôt que juridique, et non d'un contrat ou d'un acte de disposition. Dans aucun cas l'existence, la substance du fait juridique ou non juridique n'y est attachée. C'est un moyen de preuve qui disparaît, et les conséquences peuvent en être graves, mais le fait lui-même n'en subsiste pas moins et peut n'en être pas moins valable. Il s'agit plutôt ici de formes probantes. Au surplus les considérations les plus sérieuses plaidaient ici pour l'application sans réserve de la règle *locus regit actum*. Il faut que l'état-civil de l'individu puisse être partout constaté. L'inobservation ou l'application limitée de la règle *locus regit actum* en cette matière conduirait aux plus graves désordres. Elle constitue une nécessité, et il suffit d'y réfléchir un moment pour en demeurer convaincu.

(1) Au surplus, en droit français la transaction non constatée par écrit n'en est pas moins valable.

«que l'état civil de l'individu puisse être partout constaté. L'inobservation ou l'application limitée de la règle *locus regit actum*, en cette matière, conduirait aux plus graves désordres. Elle constitue une nécessité, et il suffit d'y réfléchir un moment pour en demeurer convaincu. Notons seulement que, par la force des choses, il faudra toujours un acte. Les seules questions qui puissent s'agiter ici seront celles de savoir par quel officier il devra être reçu, s'il peut l'être par un ministre du culte, par exemple, et dans quelle forme. La solution de ces questions n'est pas douteuse : elle est fournie par l'art. 47 du Code civil.

196. — Passons à l'art. 170 ; (la loi belge du 20 mai 1882 applique la règle *locus regit actum* d'une manière tout aussi absolue). Il s'agit ici des formes du mariage lui-même et non de l'acte instrumentaire qui le constate. L'intérêt qui a dicté les solennités du mariage, consiste dans la nécessité d'assurer et de fixer la constitution de la famille. C'est un intérêt général, mais d'ordre national. C'est dans la famille que se retrempe et se renouvelle sans cesse la nation, et sa bonne organisation, ainsi que la fixation solide de ses bases, est un intérêt national au premier chef. On concevrait donc que l'Etat ne pût se désintéresser des formes du mariage de ses nationaux en pays étranger. Mais le mariage est l'exercice d'un droit naturel dans toute la force de l'expression, d'un droit des plus sacrés. Il serait souverainement immoral que le national fût dans l'impossibilté de contracter mariage dans un pays quelconque, parce qu'il ne pourrait y célébrer son mariage dans les formes exigées par la loi belge. Ce serait le placer entre l'entraînement des affections les plus légitimes, et les prescriptions de la morale. Ce serait favoriser les unions irrégulières et éphémères. Aussi a-t-on été jusqu'à admettre que, là où le mariage n'implique aucune forme quelconque, où il résulte simplement de l'*habit and repute*, comme en Ecosse, où le premier venu peut constater la commune intention des parties, les étrangers eux-mêmes se marient valablement suivant cette forme, ou plutôt cette absence de formes, établie par

les lois ou coutumes locales. Peut-être est-ce aller très loin, mais telle est la règle admise.

197. — Que dire de la reconnaissance d'un enfant naturel? Ici le Code (art. 334) ne trace aucune règle, quant à l'effet extraterritorial des dispositions concernant la forme de la reconnaissance. Etant admis que l'authenticité de l'acte doit être appréciée d'après la loi du lieu où il est passé, faudra-t-il admettre également que la question de savoir si la reconnaissance doit être authentique, devra être appréciée d'après la même loi? Et, dans le cas contraire, quelle loi faudrait-il appliquer? L'art. 334 du Code civil dit que la reconnaissance devra être faite par acte authentique, *si elle ne l'a point été par l'acte de naissance*. Quel est le motif de cette disposition? C'est, d'après Bigot de Préameneu, dans l'*Exposé des motifs* : que les familles doivent être à l'abri de toute surprise. Laurent dit que c'est la vraie raison. C'est donc l'intérêt des familles qui est en jeu. L'authenticité est une formalité prescrite pour assurer la libre expression de la volonté de la partie. Ce n'est pas une question de preuve, dit Laurent; elle tient à la substance de l'acte, à ce point que l'acte n'existe que s'il a été fait dans les formes voulues, et par l'officier public qui a le droit de le recevoir. L'orateur du tribunal en donne une autre raison que Bigot de Préameneu : c'est que le législateur a voulu assurer la conservation des actes, qui servent de titre aux enfants naturels pour établir leur filiation. La raison est insuffisante; car cette disposition prétendument établie dans l'intérêt des enfants naturels tourne le plus souvent à leur désavantage, et le motif indiqué par Bigot de Préameneu est sans doute bien plus sérieux. Il s'agit, en somme, d'un acte attribuant à l'enfant un état civil, et l'ordre des familles exige que, comme les actes de l'état civil eux-mêmes, il soit fait en forme authentique. Si l'ordre des familles est la cause déterminante de la loi qui prescrit la forme authentique, il semble au premier abord que, pour décider si la reconnaissance doit être faite en cette forme ou non, il faille considérer la loi nationale de celui qui reconnaît. Et telle

semble être la solution admise par quelques auteurs et quelques décisions judiciaires[1]. La question est cependant très douteuse. Il ne faut pas oublier, en effet, que la reconnaissance n'est qu'une espèce de *constatation* de l'état civil d'un individu. Et cela est tellement vrai qu'elle peut être faite dans l'acte de naissance. Or, quel est le principe en ce qui concerne l'acte de naissance? C'est que l'on applique, quant à la forme, la loi du lieu où l'acte est passé. L'art. 47 du Code civil est absolu. Il est clair que la reconnaissance, si elle intervient dans l'acte de naissance, n'est point soumise à d'autres formes que l'acte même dans lequel elle est constatée. Or, cet acte est valable dès qu'il répond à la *lex loci actus*. Ne peut-on pas dire, lorsqu'on se place au point de vue légal, que l'acte de reconnaissance, lorsqu'il n'est point un élément de l'acte d'état civil, le complète et le parfait? N'est-il pas vrai qu'une nécessité impérieuse exige que cet acte puisse être accompli partout, et qu'il doive suffire en conséquence de satisfaire aux formes prescrites par la loi du pays où il est passé? Ne faut-il pas ajouter, quand on se place à un point de vue moral, que cet acte est plus encore l'accomplissement d'un devoir que l'exercice d'un droit, et qu'on ne peut en conséquence le subordonner en pays étranger à des formes qui le rendraient peut-être impossible? Nous estimons que ces considérations doivent faire donner la préférence à la doctrine des nombreux auteurs qui, appliquent ici, d'une manière absolue, la règle *locus regit actum*, quelle que soit la nationalité de celui qui reconnait[2].

198. — Il semble devoir en résulter que l'effet de la possession d'état, établie et reconnue en pays étranger,

(1) Duranton. T. I, nº 95. — Bertaud *Quest. prat.*, T. I, p. 122. — Duguit. *Conflits delégisl.*, p. 95. — Tr. de la Seine, 21 avril 1875; Paris, 2 août 1876; Tr. de Bordeaux, 26 février 1886. — *Journal de dr. int. privé*, 1877, p. 230, et 1887, p. 316.

(2) Aubry et Rau. T. I, p. 211. — Despagnet. nº 369. — Weiss. pp. 728 et 729. — Laurent. T. V, p. 534. — Fiore. pp. 241 et 242. — Brocher. Op. cit., T. I, p. 324. — Asser et Rivier. p. 126. — Buzzati. Op. cit., pp. 323 et ss. — Il y a quelques décisions en ce sens, mais la jurisprudence est en général contraire. — V. Buzzati, p. 324, notes 3 et 4.

doive être apprécié d'après les mêmes principes. Qu'est-ce, en effet, que la possession d'état, sinon une reconnaissance tacite? Il paraît cependant absurde, au premier abord, que, s'agissant d'un Belge, une possession d'état, qui s'est formée en pays étranger, puisse produire plus d'effet que celle établie en Belgique même. Mais on pourrait faire une objection du même genre à toutes les applications de la règle *locus regit actum*, dès qu'elles tendent à diminuer les formalités requises, pour la preuve, dans le pays auquel le testateur, par exemple, appartient ; et *elle a été faite* en termes incisifs par Jean Voet. Elle ne tendrait cependant à rien moins qu'à détruire la règle *locus regit actum*, qui repose principalement sur des raisons d'équité et d'utilité pratiques, auxquelles Jean Voet lui-même a rendu hommage. Or il n'est pas une matière où ces raisons d'équité et d'utilité apparaissent avec plus d'évidence, que lorsqu'il s'agit de la reconnaissance d'un enfant naturel, précisément parce que c'est l'accomplissement d'un devoir moral, d'une obligation sacrée. Cependant la jurisprudence française n'admet point que si, d'après le droit interne, la filiation naturelle d'un Français ne peut être prouvée par la possession d'état, ce genre de preuve puisse être admis en France, lors même qu'il s'agirait d'une possession d'état, acquise en pays étranger [1]. Au point de vue du droit interne, la question est encore controversée en France ; en Belgique elle a été décidée contre l'enfant naturel. Mais nous ne trouvons dans notre jurisprudence aucune décision nette au sujet de l'effet de la règle *locus regit actum*, en ce qui concerne les formes de la reconnaissance. Il n'y a rationnellement pas plus de motif pour refuser à une possession d'état étrangère l'effet qui lui appartient, d'après la loi locale, que pour le refuser à une reconnaissance, simplement faite dans un acte de baptême, au Chili, où cet acte remplace l'acte de naissance. Or, la jurisprudence française a parfois reconnu

(1) Tr. de la Seine, 21 août 1875 et Paris, 2 août 1876. — Duguit. Op. cit., p. 96. — Rapp. Tr. Bordeaux, 26 févr. 1886. — *J. de dr. int. privé*, 1887, p. 316.

la validité de cette dernière, s'agissant même d'un Français (1).

199. — Nous n'avons pas cité la légitimation parmi les actes juridiques qui exigent la solennité des formes. C'est qu'au point de vue de la forme, la légitimation se confond, d'après notre législation, avec le mariage dont elle est un des effets, et ne peut résulter que du mariage. Il est vrai que, dans certains pays, elle résulte d'autres circonstances. Mais, sans que nous puissions approfondir la question ici, nous nous bornerons à faire remarquer qu'il y a, entre la légitimation et la reconnaissance, une différence de nature essentielle et considérable. La reconnaissance n'est que la constatation plus ou moins véridique d'un état de choses antérieur; la légitimation est un véritable bénéfice; c'est une fiction en vertu de laquelle l'enfant naturel est assimilé par faveur à un enfant légitime. Et la concession de ce bénéfice paraît devoir dépendre exclusivement de l'Etat de qui relève la famille. L'influence de la maxime *locus regit actum* paraît devoir être des plus réduites, s'agissant des conditions sous lesquelles cette fiction sera admise, et la loi nationale semble avoir tout à dire. Aussi est-on généralement d'avis qu'il y a lieu, en cette matière, d'appliquer la loi personnelle, et nous nous expliquerons, en traitant spécialement de la légitimation, sur le point de savoir à quelle loi personnelle il faut s'arrêter. La seule question sur laquelle on ait prétendu appliquer la *lex loci actus*, est celle de savoir si le mariage doit être précédé ou accompagné, oui ou non, d'une reconnaissance de l'enfant naturel pour entraîner sa légitimation. La reconnaissance antérieure au mariage est-elle une forme ou une condition de la légitimation? Il a été jugé que la disposition de l'art. 331 du Code civil, qui subordonne la validité de la légitimation à une reconnaissance préalable au mariage, ou faite dans l'acte de célébration, est une forme (2). Mais l'opinion contraire a prévalu dans la doctrine et la jurisprudence (3),

(1) Tr. Seine, 14 mars 1879. — *Journal* de 1879, p. 180.
(2) Besançon, 25 juillet 1876, S. 79, 2, 249 et Despagnet. Op. cit., p. 374.
(3) Paris, 2 août 1876, S. 79, 2, 250. — Tr. Bordeaux, 27 août 1877,

et elle est parfaitement rationnelle. La reconnaissance constitue par elle-même un acte juridique spécial, dont la forme doit être appréciée isolément. Que cette forme doive être jugée d'après la *lex loci actus*, cela se conçoit. Mais lorsque la loi du pays, dont dépend rationnellement le bénéfice de la légitimation, le subordonne à cet acte juridique préalable, quelle que soit, du reste, la loi appelée à régir sa forme, elle établit bien une condition de fond et non pas une simple forme. On ne consultera la *lex loci actus* qu'en ce qui concerne la *forme de la reconnaissance*, et en ce qui concerne la *forme du mariage*, dont la légitimation doit être le résultat.

200. — Arrivons aux formes de la donation. C'est un contrat solennel : il doit être passé devant notaires, et il faut qu'il en reste minute (art. 931 Code civ.). La solennité n'est pas seulement exigée pour la preuve et la validité; l'existence du contrat y est subordonnée. Dans d'autres pays, en Allemagne, par exemple, certaines donations peuvent être faites par acte sous seing privé. On appliquera sans contredit la loi allemande, en ce qui concerne la validité, en la forme, d'une donation faite par un Allemand en Allemagne. Mais que faut-il penser de la donation faite par acte sous seing privé en Allemagne par un Belge, un Français, ou en général par un individu dont la loi personnelle, c'est-à-dire, à notre avis, la loi nationale, ne reconnaît pas la validité de l'acte de donation fait en cette forme? D'après la doctrine admise par plusieurs auteurs il faudrait la considérer comme valable. Mais nous avons constaté que cette doctrine est repoussée par des autorités considérables, et par une partie de la jurisprudence. Il n'y a cependant pas d'arrêts spéciaux à la matière des donations. Nous avons à examiner s'il y a ici quelque motif particulier pour déroger au principe général que nous avons développé plus haut, et d'après lequel il faut en théorie écarter l'application absolue de la règle *locus regit actum*, lorsqu'il s'agit d'actes solennels.

S. 79, 2, 103. — Duguit. Op. cit., p. 97, texte et note. — Weiss. p. 734. — Laurent. T. V, p. 535. — Buzzati. Op. cit., pp. 326 et ss.

201. — Pourquoi le législateur a-t-il établi la règle que la donation ne pourrait avoir lieu que par acte authentique? Laurent dit, dans son traité [1], que c'est pour prévenir la séduction, la captation qui assiègent le donateur, et qui lui arrachent des libéralités, aux dépens de la famille, trop souvent au profit des congrégations religieuses incapables de recevoir. Cela n'est pas tout à fait exact, et nous ne voyons nulle part la preuve que le législateur ait songé spécialement à ces congrégations religieuses. Ricard, dans son commentaire de l'édit de 1731, dit qu'il est nécessaire de garantir l'irrévocabilité des donations. Laurent n'aperçoit aucun lien entre ces deux idées, entre la prescription impérieuse de la forme notariée, et la nécessité de garantir l'irrévocabilité des donations. Le lien est évident, et il est indiqué par Ricard : c'est que si la donation est faite par acte sous seing privé, pareil acte n'ayant pas date certaine, le donateur conserverait la faculté matérielle de l'anéantir, en hypothéquant les biens donnés par un acte qui aurait lui date certaine. Même l'insinuation faite avant le décès du donateur ne pourrait, dit-il, parer à cet inconvénient, attendu que, si le registre des insinuations établit celles-ci, il ne prouve pas pour cela la vérité de la donation ; autrement rien ne serait plus facile que de supposer de fausses donations. « La donation doit être faite par acte notarié » dit-il encore, « pour que le public ait une assurance du jour que la donation a été passée. » Lorsque la règle a passé dans le Code civil, Bigot de Préameneu, l'orateur du gouvernement, en a donné à peu près le même motif que Ricard : « Il ne doit être au pouvoir de l'une ni de l'autre des parties d'anéantir la donation, en supprimant l'acte qui en contient la preuve. »

202. — Mais pourquoi la donation doit-elle être irrévocable? Si le principe de la solennité a sa source dans cet autre principe de l'irrévocabilité, il faut rechercher le fondement rationnel de ce dernier. Or, quelle est la

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

raison d'être de l'irrévocabilité et quel en est le but? Ricard nous le dit : « C'est afin que les particuliers ne se portassent pas si facilement à priver leurs héritiers de leurs biens par une forme de contrat si facile, et qu'ils pussent peser les conséquences d'une telle action en leur opposant cette barrière : *qu'il ne serait en leur pouvoir de priver leurs héritiers de la propriété de leurs biens, par cette voie, qu'en les quittant les premiers.* » C'est donc un sentiment d'aversion pour les donations, de protection pour les familles, qui a inspiré la règle de l'irrévocabilité des donations, et par contre-coup la règle qui exige qu'elles soient faites en forme notariée. L'esprit du droit français, disait Pothier, est que les biens restent dans les familles. Il ne s'agit pas seulement de protéger le donateur contre des séductions étrangères, mais de protéger le donateur, et sa famille, contre ses propres entraînements irréfléchis.

203. — Si tel est le motif déterminant de la règle, on ne voit pas pourquoi la donation faite par des nationaux, en pays étranger, serait exemptée des formes qu'elle prescrit. L'intérêt des familles, en vue duquel la prescription de la solennité a été édictée, peut être aussi bien compromis, dans ce cas, que si la donation a été faite sur le territoire national. Et, s'il fallait considérer comme un motif accessoire de la disposition qui prescrit l'authenticité, la crainte des suggestions et des captations, il semble que cette crainte n'aurait pas moins de raison d'être, alors qu'il s'agirait d'un donateur se trouvant momentanément en pays étranger, loin de sa famille, loin des siens, livré à toutes les suggestions de serviteurs mercenaires, et d'étrangers placés dans les conditions les plus favorables pour exercer leur empire sur son esprit. Mais tel n'est pas le motif essentiel de la disposition : ce motif, c'est que le législateur a voulu protéger *les héritiers présomptifs, la famille*, contre un acte par lequel le donateur aurait pu les dépouiller, tout en se réservant la faculté de le révoquer ou de l'anéantir, si son intérêt personnel y était engagé.

Or, si cet intérêt peut être compromis, comme la chose est évidente, par une donation que ferait un Belge en pays étranger, il faut en conclure que les donations des Belges, en quelque lieu qu'elles se passent, seront subordonnées à la forme de l'authenticité. En vertu de quel principe ? En vertu de l'ordre public, d'un intérêt national ; car ce qui touche à l'intérêt des familles nous paraît constituer un intérêt national. Ces règles lient en conséquence les nationaux partout où ils se transportent, et les suivent en pays étranger. Mais ce serait aller trop loin que de les considérer, avec Laurent, comme un statut personnel à proprement parler. S'il s'agissait d'un véritable statut personnel, elles ne s'appliqueraient jamais qu'aux nationaux, tandis que, dans l'opinion généralement admise par la jurisprudence, opinion que nous avons défendue plus haut, les formes prescrites par la *lex loci actus doivent être observées* même par les étrangers. Tels sont, nous paraît-il, les vrais principes, et nous ne les appliquerons pas seulement en ce qui concerne la prescription de l'authenticité, mais aussi à la règle qui exige que l'acte soit passé en minute et non fait en brevet, et que, s'il a pour objet des effets mobiliers, il y soit joint un état estimatif. Tout ce que l'on peut admettre c'est que si, dans le pays où l'acte est passé, il n'y a pas de notaires, l'acte peut être passé devant les personnes qui exercent des fonctions analogues, par exemple, devant le juge, et suivant les formes autorisées par la loi locale.

204. — L'on objectera peut-être que c'est rendre quelquefois impossible l'accomplissement d'un contrat de ce genre, par des Belges, en pays étranger. Nous n'en disconvenons pas, quoique cela ne puisse arriver que rarement. Mais le mal est-il si grand ? Notons que les donations sont envisagées avec défaveur par notre législateur. Convient-il de les faciliter lorsqu'au point de vue de l'intérêt des familles, de l'intérêt du donateur lui-même, elles présentent un caractère d'autant plus dangereux qu'elles sont faites vraisemblablement par un donateur qui est loin de sa famille, moins soucieux de son intérêt, plus abandonné

à des suggestions étrangères? Nous ne le pensons pas. Il ne semble pas, au surplus, que la donation puisse jamais présenter une urgence immédiate. Le donateur peut satisfaire ses intentions libérales au moyen du testament. Le testament est l'acte qui peut présenter une urgence absolue, qui ne saurait parfois être différé, sans que la personne qui veut disposer de ses biens ne soit par le fait dépouillée de cette faculté. Aussi le législateur a-t-il dans une certaine mesure facilité le testament en pays étranger, mais sans se départir de toute exigence quant à la forme, malgré l'urgence que l'acte peut présenter. Le Belge ne peut tester en payer étranger qu'en forme olographe, ou par acte authentique, suivant les formes prescrites par la loi du lieu où le testament est fait.

205. — Avant de passer aux formes du testament, nous croyons devoir dire un mot de l'adoption. Le Belge pourra-t-il faire une adoption en pays étranger dans les formes établies par la loi locale, lors même qu'elles ne répondraient en rien aux formalités établies par la loi belge? Quelques auteurs appliquent sans réserve la règle *locus regit actum* (1). La déclaration faite devant le juge de paix constitue » dit Brocher, « l'acte de l'état-civil qui doit être inscrit sur les registres » (art. 359). « La vieille règle *locus regit actum* paraît en conséquence avoir été conservée. On peut appuyer cet avis sur l'art. 47. » M. Laurent, dont l'opinion est à peu près partagée par MM. Louiche Desfontaines et Duguit, mais nullement par Brocher, contrairement à ce que disent MM. Vincent et Pénaud dans leur dictionnaire, enseigne que les formalités exigées par le Code et la procédure touchent autant au fond qu'à la forme de l'acte, et que l'adoption ne pourrait se faire entre Français en pays étranger à moins de traité international (2). Louiche Desfontaines et Duguit, tout en admettant que l'adoption, c'est-à-dire l'échange des

(1) Fiore. *Dr. int. privé*, p. 220. — Brocher. Op. cit., T. I. p. 334. — Frenoy. *Effets des actes passés à l'étranger*, p. 171. — Weiss. *Dr. int. pr.*, pp. 740 et 741.

(2) Laurent. Op. cit., T. VI, nº 34.

consentements, peut se faire en pays étranger, soit dans une forme quelconque satisfaisant à la loi locale, soit en forme authentique seulement, mais d'après les formes d'authenticité organisées par cette loi, sont au moins d'avis, comme Laurent, que l'intervention des tribunaux français est nécessaire pour homologuer l'adoption [1].

206. — La question est des plus délicates, et dépend un peu de la façon dont on envisage l'adoption, et les formes exigées par le législateur pour qu'elle soit admise. On sait que, dans le sein du Conseil d'Etat, une discussion très vive s'est élevée à ce sujet, et Laurent entre ici dans un luxe de détails où nous ne le suivrons pas. Il suffira de dire que le système du droit romain, d'après lequel d'adoption crée une véritable paternité fictive, et rompt les liens de la famille naturelle, était très conforme aux vues du premier consul, mais a été vivement combattu par divers jurisconsultes et a fini par être écarté. Il serait cependant exagéré de dire que l'adoption, dans le système de la loi française et de la loi belge, n'est qu'une institution d'héritier, comme le soutenait le premier consul. Elle établit encore, quoiqu'on en dise, une espèce de paternité fictive, sans rompre les liens de la famille naturelle, et c'est beaucoup plus qu'une simple institution d'héritier. C'est ce qui explique, sans les justifier complètement, les formes et les conditions rigoureuses auxquelles elle est subordonnée. On ne peut donc voir dans l'adoption un simple contrat. La puissance publique intervient, en la personne des magistrats, non pas seulement pour recevoir la déclaration des parties, mais pour vérifier s'il y a lieu à adoption. Ces formalités sont prescrites non pas seulement pour la preuve, mais pour l'existence même de l'adoption.

Est-il admissible, dans ces circonstances, que le Belge puisse adopter un Belge, en pays étranger, sans observer ces formalités, ou des formalités analogues? Nous ne le croyons pas. Mais nous n'irons pas jusqu'à dire qu'il ne

(1) Louiche Desfontaines. *De l'émigration*, p. 226. — Duguit. *Des conflits de législation*, p. 99.

pourrait pas adopter du tout en pays étranger, ni même que l'échange des consentements pourrait seul s'y effectuer. Si les tribunaux étrangers sont compétents d'après la législation locale, pour vérifier les conditions de l'adoption, pourquoi ne pourraient-ils pas le faire au regard de la législation belge? Supposons, par exemple, que le Belge fasse une adoption en France, où la législation est identique à la nôtre en cette matière. Il peut adopter en France s'il se trouve dans une situation spéciale, par exemple, s'il est domicilié dans ce pays avec autorisation du gouvernement; il le peut au regard de la loi française. Supposons qu'il y obtienne un jugement et un arrêt déclarant qu'il y a lieu à adoption. Pourquoi ne considérerions-nous pas cette adoption comme valable? Il ne s'agit pas, pour les tribunaux, d'accorder une faveur, mais simplement de constater une situation en fait, d'entériner pour ainsi dire un contrat, sans condamnation d'aucune espèce, sans que ce jugement et cet arrêt soient susceptibles d'exécution forcée. Il nous paraît même douteux que la décision étrangère soit soumise à la formalité de l'exequatur dans notre pays. Elle n'est qu'une forme de l'adoption, une forme de l'acte, un acte de juridiction grâcieuse plutôt que contentieuse, et ne tranche point un différend entre deux parties litigantes.

Nous n'avons pas à examiner ici la question de savoir si un étranger ne peut ni être adopté, ni adopter, et nous n'en dirons qu'un mot. Laurent semble admettre qu'en principe le Belge ne pourrait pas adopter un étranger, même en pays étranger. Cela est-il exact? Certes, l'étranger ne peut adopter ni être adopté en Belgique; mais en pays étranger? Pouvons nous, par hasard, lui dénier la jouissance des droits civils, même *stricto sensu* en pays étranger? Nullement, et Laurent lui-même ne le conteste pas, s'agissant pour un étranger d'être adopté par un étranger dans un pays où il peut l'être. Dès lors, pourquoi ne pas reconnaître qu'il peut également y être adopté par un Belge. Nos lois ne s'y opposent certainement point; et tout dépendra de la loi étrangère, ou des lois étrangères.

Car il faudra, à notre avis, que l'étranger soit capable d'être adopté aussi bien d'après sa loi nationale que d'après la *lex loci actus*. Et quelles seront, dans ce cas, les formalités de cette adoption ? Il faudra, à notre avis, appliquer les mêmes règles que s'agissant d'une adoption faite entre Belges en pays étranger, sous cette restriction cependant, que l'exequatur paraîtra encore plus superflu que dans le cas précédent, si c'est l'adoptant qui est étranger, puisqu'il n'y aura probablement aucune mention à inscrire sur les registres de l'état civil en Belgique, l'inscription ne devant être faite que sur les registres du lieu où l'adoptant est domicilié.

207. — Les auteurs n'examinent guères la question de savoir quelles sont les formes à suivre, s'agissant d'une adoption entre étrangers, ou entre Belge et étrangers, *en Belgique*. Mais on admet généralement la force impérative de la règle *locus regit actum*, au moins quand les parties sont de nationalités différentes, et si elles n'ont pas suivi cumulativement les formes prescrites par leurs lois nationales diverses. Nous avons admis avec des auteurs sérieux une règle plus sévère, s'agissant des actes authentiques. Nous avons admis, sur le fondement de la tradition juridique, et par des considérations rationelles, la force impérative de la règle en ce qui concerne les formes d'authenticité, et nous ne voyons aucune raison de s'écarter des principes généraux s'agissant de l'adoption. La question a été soulevée en Belgique, où le sieur Gramet, de nationalité française, avait adopté, par déclaration faite devant le juge de paix de Bruxelles, un certain Parmentier, sujet belge. L'adoption fût validée par le tribunal et par la Cour de Bruxelles, mais déclarée nulle par le tribunal de la Seine. Le motif principal de la décision du tribunal français est, que l'adopté étant belge, ne pouvait jouir en France des droits civils *stricto sensû*. Mais le tribunal se base aussi sur ce que les « obligations réciproques qui résultent de l'adoption ne sont valablement contractées qu'avec le contrôle et la sanction *discrétionnaire* des tribunaux français ». Cette décision,

critiquée, à cet égard, par MM. Renault, Catellani et Despagnet, est expressément approuvée par M. Buzzati. Nous la considérons comme erronée en tant qu'elle admet la nullité de l'adoption pour vice de forme, et non pas seulement pour incapacité de l'adopté. Il n'est pas exact, tout d'abord, que l'adoption soit soumise à la sanction *discrétionnaire* des tribunaux français. Il y a ici un mot de trop. Il ne s'agit pas d'une sanction discrétionnaire, concédée *ad nutum*. La mission du tribunal est de vérifier si les conditions requises pour la validité de l'adoption sont réunies, et de la sanctionner dans l'affirmative. M. Buzzati observe que sa décision ne doit pas être motivée. En supposant que cela soit exact, et la chose est contestable au moins en Belgique, cela ne changerait rien à la question. Il est bien certain qu'au fond le tribunal ni la Cour ne peuvent refuser leur sanction, si toutes les conditions requises pour la validité de l'adoption sont réunies. Il est bien vrai que l'intervention du pouvoir judiciaire n'a pas pour seul objet de donner plus de solennité à l'accord de volontés des deux parties, et, sous ce rapport, les observations de M. Catellani ne sont pas tout-à-fait justes. Mais il nous paraît néanmoins qu'il s'agit bien d'une forme, l'intervention des tribunaux n'ayant nullement pour objet de conférer aux parties une capacité qui leur ferait défaut, mais de vérifier si elles sont respectivement capables d'adopter et d'être adoptées. M. Buzzati repousse énergiquement l'argument tiré de l'application si large de la maxime *locus regit actum*. « Dans le mariage » dit-il, « le consentement des parties est nécessaire et suffisant pour produire le lien. » Cela dépend essentiellement des pays. Dans le nôtre, comme en France, il faut la déclaration de l'officier de l'état civil, et il est bien certain qu'il ne serait pas tenu de déclarer les parties unies par les liens du mariage, s'il apprenait qu'il existe entre elles un empêchement absolu. Jusques là il n'y a pas de mariage. L'intervention de l'autorité est donc nécessaire : c'est une forme substantielle. Nous ne revendiquons certes pas, pour la règle *locus regit actum*,

une application aussi étendue en matière d'adoption qu'en matière de mariage; nous ne croyons pas qu'une adoption entre Belges, en pays étranger, puisse être valable en la forme, sans aucune intervention de l'autorité pour vérifier sa légalité. Mais nous pensons que, si cette intervention a eu lieu, il importe peu qu'elle soit le fait des autorités judiciaires étrangères en pays étranger, et que l'adoption n'en pourra pas moins être considérée comme valable en la forme. L'utilité de la maxime *locus regit actum* s'affirme même en cette matière avec une remarquable évidence. Car ce serait rendre les adoptions entre Belges, en pays étranger, pratiquement impossibles, que de les forcer à s'adresser aux autorités et aux tribunaux de leur propre pays, pour faire sanctionner l'acte juridique qu'ils accomplissent. Nous reconnaissons cependant que la question présente de graves difficultés, et ce n'est qu'après de longues hésitations que nous avons adopté l'opinion que nous venons de défendre[1].

208. — La question de savoir quelle est la loi qui régit les testaments ne semble pas au premier abord pouvoir donner lieu à des difficultés sérieuses, au moins au point de vue de notre droit positif, puisque nous avons un texte : l'art. 999 du Code civil. Mais ce texte ne résout qu'une question, celle de savoir dans quelles formes doivent être faits les testaments des *Belges* en pays étranger, et il peut donner lieu à de sérieuses difficultés d'application. Il laisse dans l'ombre la question fort grave de savoir quelle est la loi qui régit les testaments des étrangers en Belgique, ou même en pays étranger, s'il faut qu'ils satisfassent, quant à la forme, aux lois belges, dans le premier cas, et si cela suffit quand ils ont testé dans une forme non autorisée par leur loi nationale. Ce sont des questions fort délicates et fort graves, d'autant plus difficiles à résoudre que nous n'avons plus ici de

(1) Voir en ce sens : Renault. *Revue critique*, 1884, p. 705. — Despagnet. *Précis de droit int. pr.*, nº 385. — Duhaut. *De la règle locus regit actum*, p. 274. — Catellani. *Il. dir. int. privato*, ch. V, p. 587. — En sens contraire : Tribunal de la Seine, 4 août 1883. — *Journal de dr. int. pr.*, 1884, p. 179. — Buzzati. Op. cit., pp. 342 et ss.

texte précis pour nous guider, et que nous ne pouvons consulter que la pratique, les nécessités des relations internationales et les motifs rationnels.

209. — Nous nous occuperons d'abord des testaments des Belges en pays étranger. La première question qui s'élève ici est celle de savoir si le Belge ne peut tester en pays étranger que dans la forme authentique ou olographe, ou s'il y peut tester également dans toute autre forme admise par la loi étrangère. Pour ce qui nous concerne, et malgré les dissentiments sérieux qui se sont produits dans la doctrine, la solution de cette question n'est pas douteuse. Il était vraiment inutile de dire que le Français peut tester *dans la forme authentique*, en pays étranger, suivant les formes usitées dans le pays où l'acte est passé, s'il peut tester également sans ombre d'authenticité, suivant les dites formes; si son testament, fait par acte sous seing privé, non olographe et dénué de toute espèce de formes, doit être également valable. Les mots *dans la forme authentique* pouvaient être rayés de l'article sans le moindre inconvénient; ils auraient dû l'être. Cependant des autorités importantes admettent que l'art. 999 n'exclut pas pour le Français le droit de suivre la forme privée de la loi locale [1]. Vincent et Pénaud citent également Laurent (*Droit civil*, T. 13, n° 153). Mais dans son ouvrage sur le droit international privé (T. VI, pp. 670 et 682), Laurent soutient l'opinion contraire. Ils citent Dalloz (*Rép.*, v° *Disposit. entre vifs et testamentaires*, n^os^ 3310 et 3416). Or, ces citations ne paraissent pas exactes. Dolloz dit expressément au n° 3412, en approuvant un arrêt de la Cour de Cassation de 1854, que : « il suffit, pour que le testament fait en pays étranger par un Français, soit valable que le testateur ait adopté la forme qui, d'après la législation du pays, *rend authentique* l'acte testamentaire. » D'autres autorités des plus sérieuses

(1) Marcadé. Art. 999. — Demolombe, T. 21, n° 475. — Antoine, *De la succession légit. et testament en droit international privé.* — Weiss. Op. cit., 2e édit., page 708. — En ce sens, comme solution implicite : Paris, 10 août 1872, S. 72, 2, 269, à repprocher Cass. Turin, 13 mai 1881.

admettent avec Laurent que le testament fait dans la forme privée étrangère ne serait pas valable en France, tout en reconnaissant que, quant à la détermination des formes de l'authenticité, on suit exclusivement la *lex loci actus* (1). Les principaux motifs que l'on allègue en faveur de l'opinion contraire sont que, d'après la pratique ancienne, la maxime *locus regit actum* avait bien cette portée absolue, et ensuite, que l'art. 999 consacre une faculté pour le Français, et est conçu en termes énonciatifs, et non pas restrictifs. Notre réponse est, quant au premier point, que rien ne démontre que l'ancienne maxime ait eu, spécialement en ce qui concerne les testaments, une portée aussi étendue. Elle n'a été appliquée pendant des siècles qu'en ce qui concerne les testaments authentiques, et pour la détermination des formes d'authenticité. Les anciens auteurs se posaient la question de savoir si, quant au nombre des témoins, par exemple, il fallait observer la *lex loci actus*, ou la loi personnelle du testateur. Et quand on l'a appliquée aux testaments olographes, on a eu bien soin de faire ressortir que ces testaments n'étaient nullement des actes dénués de formes, qu'ils rentraient eux-mêmes dans la catégorie des actes solennels. L'avocat général Gilbert des Voisins, dans ses conclusions sur le testament de M. de Pommereuil, rapportées par Merlin, constatait que le testament olographe, pour lequel il revendiquait l'application de la règle *locus regit actum*, contrairement à l'opinion de Ricard, n'était nullement un acte dénué de formes, que c'était au contraire un testament solennel. Et il citait en ce sens l'art. 289 de la coutume de Paris : « *Pour réputer un testament solennel il est requis qu'il soit écrit et signé du testateur, ou qu'il soit passé par devant deux notaires.* » Nous ne connaissons pas un seul exemple d'une décision

(1) Troplong. *Des testaments*, T. 3, nos 1734 et 1735. — Aubry et Rau. T. 7, p 89. — Duguit. Op. cit., p. 147. — Despagnet. p. 504. — Huc. *Droit civil sur l'art. 3*, T. I. — Brocher. T. 2, no 37. — de Bar. T. 2, p. 322, note 11 — Rennes, 21 juillet 1840. S. 40, 2, 515. —. Tr. Lyon. 1887. -- *J. de dr. int privé*, 1877, p. 149. — Comp. Caen, 22 mai 1850. S. 52, 2, 566. — Cass., 3 juillet 1854, avec la note, D., 54, 1, 313.

ou d'une opinion ancienne, d'après laquelle le testament sous seing privé, dénué de toutes formes, non olographe, par exemple, serait valable au domicile du testateur, et là où les biens sont situés, pour peu qu'il fût valable au lieu où il aurait été fait.

210. — S'il en est ainsi, l'argument tiré de ce que l'art. 999 n'est point conçu en termes restrictifs, mais en termes énonciatifs, perd toute valeur. Au surplus, cet article paraît bien contenir, dans l'intention des auteurs du Code, un système complet sur la validité, en la forme, des testaments faits par des Français en pays étranger, et c'est le cas de dire *qui dicit de uno, negat de altero*. Toutes les formes du testament peuvent se ramener à deux : la forme sous seing privé et la forme authentique. Quant à la première, il permet aux Français de tester en forme olographe en pays étranger, sans se préoccuper de la question de savoir si cette forme est admise ou non par la loi du lieu de l'acte, et en ceci il déroge à la règle ancienne. Quant à la forme authentique, il s'en réfère à la loi du lieu où l'acte est passé. Et il a ainsi prévu toutes les hypothèses, les seules dont on se soit préoccupé dans le droit ancien. On objecte, il est vrai, que, s'il en est ainsi, le Français pourra se trouver, s'il ne sait pas écrire, dans l'impossibilité de faire un testament valable en pays étranger : cela est bien invraisemblable, étant donné qu'on s'en référera toujours à la loi du lieu de l'acte quant à la détermination des formes de l'authenticité. La jurisprudence s'est montrée du reste des plus larges en cette matière. Elle n'exige pas même, et avec raison, d'après nous, l'intervention d'un officier public. Elle se contente de la seule intervention de témoins, si elle est suffisante d'après la loi locale, ces témoins exerçant dans ce cas une espèce de fonction publique, puisqu'ils peuvent attester l'origine de l'écrit, et que leur présence garantit la liberté du testateur, et l'absence d'une pression illicite. C'est ainsi que l'on a validé, en France, un testament fait en Angleterre en présence de quatre témoins et revêtu de leur sceau [1];

(1) Rouen, 21 juillet 1840 et Cass., 6 février 1843.

un testament fait à la Louisiane en présence de cinq témoins(1); un testament oral fait par un Israélite français à Jérusalem devant deux témoins, s'ils l'ont recueilli par écrit et présenté à la Chambre de justice ou tribunal rabbinique, lequel a déclaré ce testament valable et authentique (2); un testament fait en Hongrie devant un juge des nobles et un assesseur juré (3); un testament mystique fait par un Français en Sardaigne, cette forme conférant le caractère d'authenticité d'après la législation sarde. La plupart de ces arrêts contiennent la reconnaissance implicite de la règle, que le testament fait par un Français en pays étranger *doit*, pour être valable en France, être olographe ou authentique, sauf à consulter la loi locale quant à la détermination des formes d'authenticité. Notre opinion trouve encore un précieux appui dans la doctrine de Brocher (4). Il n'hésite pas à dire que les rédacteurs du Code civil français « paraissent avoir voulu substituer le testament olographe français à l'acte sous signature privée qui pourrait être usité dans le pays. On ne peut guère s'expliquer autrement le silence qu'ils ont gardé au sujet de ce dernier genre d'actes, tout en mentionnant la forme authentique. » Il ajoute que la vieille règle *locus regit actum* n'a été conservée *textuellement* que dans certains cas spécialement énoncés, et *comme doctrine plus ou moins élastique dans les autres*... mais qu'il va sans dire (et cela est en effet incontestable) que les formes étrangères pourraient être considérées comme valables en France, si l'on y trouve celles qui sont exigées en France pour le testament olographe, lors même qu'il s'y en ajouterait d'autres.

211. — Laurent soutient que le testament mystique fait par un Français ou un Belge en pays étranger ne serait pas valable. Ce testament n'est pas olographe. Il n'est pas non plus authentique, d'après la doctrine du

(1) Pau, 26 juillet 1853 et Cass., 3 juillet 1854.
(2) Pau, 9 juin 1857 et Cass., 19 août 1858.
(3) Cass., 30 novembre 1851.
(4) Op. cit., T. II, pp. 37 et ss.

savant jurisconsulte. En supposant qu'on ne puisse pas lui reconnaître le caractère authentique d'après nos lois, ce qui peut se soutenir en présence des dispositions de l'art. 1007 du Code civil, rien n'empêcherait le Français ou le Belge de tester dans cette forme, dans un pays étranger où cette forme est admise et implique l'authenticité. Mais, à le bien considérer, le testament mystique n'est qu'une variété du testament authentique. On y trouve même l'intervention d'un officier public, non pas précisément pour recevoir et constater la déclaration explicite et pour ainsi dire patente des volontés dernières du testateur, mais pour recevoir la déclaration formelle de celui-ci : *qu'il les a consignées dans tel écrit, et le dépôt de cet écrit.* Il nous paraît même manifeste qu'en employant dans l'art. 999 les mots *acte authentique*, et non ceux de *testament par acte public*, réservés au testament notarié ordinaire, en y ajoutant la réserve : *avec les formes usitées dans le pays où l'acte est passé*, en opposant l'acte authentique au testament olographe et à celui-là seulement, le législateur a voulu attribuer aux mots *acte authentique* un sens large et y comprendre le testament mystique. Cela était du reste rationnel, conforme au sens naturel des termes, et c'est avec raison que la jurisprudence a validé le testament mystique fait par un Français en pays étranger, du moment que cette forme était régulière d'après la loi locale.

212. — Le texte de l'art. 999 laisse naturellement indécise une autre question, et il ne pouvait la résoudre ; c'est celle de savoir, quelle sera la valeur internationale du testament olographe fait par un Français ou un Belge en pays étranger. Si cette forme de testament est admise par la *lex loci actus*, il n'y a pas de doute, l'acte sera valable partout. Mais si elle ne l'est pas, sa valeur internationale, c'est-à-dire dans les pays autres que le pays d'origine du testateur, est des plus douteuses (1). L'opinion générale paraît être que ce testament ne serait pas valable en la

(1) Brocher. T. II. Op. cit., p. 38.

forme dans tous les pays, par cela seul qu'il serait autorisé par la loi nationale du testateur. La question dépend du point de savoir si la *lex loci actus* est impérative ou facultative, en ce qui concerne la forme, d'après les principes du droit international privé. Il se peut donc qu'elle soit résolue diversement dans les différents pays. Mais les Etats qui, comme la Belgique et la France, valident le testament olographe des Belges ou des Français en pays étranger, sans égard à la *lex loci actus*, et en vertu de la seule loi nationale, ne peuvent sans être inconséquents méconnaître la validité de tout testament olographe fait par un individu, en pays étranger, conformément à sa loi nationale, fût-il irrégulier d'après la loi du lieu de l'acte. Ils ne peuvent refuser à une nation étrangère le droit qu'ils s'attribuent à eux-mêmes, celui de régler les formes de validité des testaments de leurs ressortissants, même en pays étranger. Il en résulte que le testament olographe, fait par un Français, dans un pays où la loi n'admet pas cette forme de tester, serait vraisemblablement considéré comme valable en Belgique, et *vice-versâ*. Il le serait aussi en Italie. Mais en dehors de ces cas, nous penchons à croire qu'il faudrait observer la *lex loci actus* (1).

213. — L'art. 999 ne dispose rien quant à la validité des testaments des étrangers en pays étranger. L'ancienne règle *locus regit actum* nous semble donc appelée à régir la validité de ces dispositions en Belgique et en France. Mais ici encore nous sommes forcé de faire une exception à l'application de cette règle. Le législateur belge a la prétention de soumettre cette règle à certaines restrictions, lorsqu'il s'agit des Belges. Cette prétention n'est pas déraisonnable, s'agissant du droit de disposer de ses biens à cause de mort, c'est-à-dire d'en régler la répartition postérieurement au décès du disposant, et lorsque, par la nature des choses, le droit du disposant s'est évanoui. Mais si nous avons cette prétention, nous devons admettre que les nations étrangères l'aient également en ce qui

(1) Fiore. Op. cit., nº 406.

concerne leurs nationaux. Si le législateur belge s'attribue le droit de déclarer valables les testaments olographes de Belges en pays étranger, quelles que soient les dispositions de la loi locale, il doit reconnaître, pour être conséquent et équitable, le droit des législateurs étrangers de déclarer nuls les testaments de leurs ressortissants qui seraient faits en pays étranger, sans observer certaines formes. Il doit admettre que le législateur hollandais, par exemple, n'excède nullement sa compétence en défendant à ses ressortissants de tester en forme olographe en pays étranger, et considérer de pareils testaments comme nuls. Maintiendrons-nous le testament olographe qu'un Hollandais aurait fait en France ou en Belgique? Le considérerons-nous comme pouvant régir sa succession chez nous? Il en résulterait certainement de grands inconvénients pratiques. Cet étranger pourrait-être considéré comme décédé *ab intestat* en Hollande, tandis qu'on considérerait en Belgique sa succession comme testamentaire[1].

214. — La jurisprudence française admet cependant la validité de ce testament, et il a été décidé à plusieurs reprises que le testament olographe, fait en France par un étranger, est valable, encore que la loi personnelle de cet étranger n'autoriserait pas la même forme de testament[2]. Nous ne pouvons pas admettre cette doctrine. Elle eût pu se défendre sous l'empire illimité de l'ancienne maxime *locus regit actum*, mais au point de vue du droit positif français et belge, elle nous paraît aujourd'hui absolument insoutenable. Il nous semble que l'on doit admettre comme une maxime souveraine en droit international, qu'il n'est pas permis de contester à autrui un droit que l'on revendique, dans des circonstances identiques,

(1) Les Codes du Mexique, de l'Uruguay, du Portugal et des Pays-Bas n'admettent la validité, en la forme, des testaments faits par les sujets de ces Etats en pays étranger, que s'ils sont authentiques.

(2) Cass., 25 août 1847. D. P. 47, 1, 273. — Cass., 9 mars 1853. D. P. 53, 1, 217. — Dalloz. *Rép.*, verbo *Disposit. entre vifs et testamentaires*, n° 2508. — Orléans, 4 août 1859. S. 60, 2, 37. — Fusinato. *Foro anno XVII*, 2e livrn. — Duguit. Op. cit., p. 495. — Buzzati. Op. cit., p. 423.

pour soi-même. Nous ne nous désintéressons pas absolument des formes du testament des Belges en pays étranger; nous en réglons la forme dans une certaine mesure. Nous considérons comme valables les testaments qu'ils y font en forme olographe, cette forme n'y fût-elle pas admise, contrairement à la règle *locus regit actum*. Et une saine interprétation de l'art. 999 conduit également à cette conséquence admise par la jurisprudence, que l'on ne considérerait pas comme valable en France, le testament non olographe, sous signature privée, et dénué de toutes formes, fait par un Français en pays étranger. S'agissant de ces actes de disposition soumis à des formes solennelles, on admet donc que les actes du national n'échappent pas, fussent-ils passés en pays étranger, et même quant à la forme, au contrôle de sa loi personnelle, qui limite ainsi dans une certaine mesure sa capacité. Aussi croyons-nous avec la majorité des auteurs, et contrairement à l'opinion de M. Asser, qui approuve l'arrêt d'Orléans, que le testament olographe d'un Hollandais en Belgique doit être considéré comme nul dans notre pays[1]. C'est dans ce sens que s'est prononcée la jurisprudence belge. Et il en serait de même s'il s'agissait d'apprécier, dans notre pays, la validité en la forme du testament fait par un Hollandais dans un autre pays quelconque.

215. — On peut se demander à quelle loi nationale il faut avoir égard, dans ce cas, si le testateur venait à changer de nationalité après avoir fait son testament. Il nous paraît évident qu'il faut s'attacher à la loi nationale du testateur au moment de son décès. M. de Bar se pose la question en ce qui concerne la loi du domicile, que l'on considère encore, en Allemagne comme la loi personnelle de l'individu, bien qu'on tende à lui préférer la loi

(1) Laurent. Op. cit., T. I, nº 100. — Despagnet. Op. cit., p. 80. — Renault. *Rev. crit.*, 1884, p. 735. — Fiore. Note *J. de dr. int. pr.*, 1883, pp. 85 et 86.— De Bar. T. II, p. 321. — Liège, 18 juin 1874. P. 74, 2, 301. — Tr. Brux., 21 juillet 1886. *J. de dr. int. pr.*, 1887, p. 495.— Cour de Gênes, 4 août 1891. *Foro anno XVII*, 2ᵉ livrⁿ. — Cassation Turin, même cause, cité par Buzzati. Op. cit., p. 423.

nationale, et il la décide en ce sens. La solution ne nous paraît pas douteuse. C'est au moment du décès qu'il faut se placer pour apprécier le droit du testateur, dès que l'on admet qu'il dépend de sa loi personnelle (1).

216. — Le testament fait par un étranger *en Belgique* ne serait pas valable s'il ne satisfaisait, quant à la forme, aux dispositions de la loi belge. Nous avons essayé de démontrer plus haut que la maxime *locus regit actum* n'est pas facultative mais impérative. Cesse-t-elle de l'être, quand il s'agit des testaments faits par un étranger? A-t-il le choix entre les formes prescrites par sa loi personnelle, et celles prescrites par la loi du lieu de l'acte? Il n'y a, d'après nous, aucun motif pour admettre que le Code ait voulu déroger ici à la doctrine traditionnelle. Et c'est précisément, en ce qui concerne les testaments, que la force impérative de la règle s'était affirmée de la manière la plus nette et la plus constante. C'est aux testaments, et spécialement aux testaments olographes, que se rapportent les arrêts des parlements que nous avons mentionnés plus haut. Un acte de notoriété du Châtelet, du 13 septembre 1702, atteste du reste qu'il était de maxime à Paris, de ne consulter que la loi du lieu du testament pour juger de la validité des testaments olographes. Et la tradition juridique s'est maintenue sans interruption, car le 15 pluviôse an 11, et le 20 août 1806, deux arrêts de la Cour de cassation ont déclaré nul le testament olographe du sieur Despuget, *marhand à Paris, fait à Bordeaux*, Bordeaux étant un pays de droit écrit qui rejetait la forme olographe (2). La jurisprudence est en ce sens encore aujourd'hui (3).

(1) Ces difficultés n'existent pas pour le droit anglais et écossais. Elles ont disparu par suite du St^t 24 et 25 Vict. C. 114 (*Lord Kingdown's Acte* 1861). Cet acte déclare valables en la forme les testaments des sujets anglais, pourvu qu'ils satisfassent soit à la *lex loci actus*, soit à la *loi de leur domicile*, au moment de la confection du testament, où à la loi de leur domicile d'origine. Et cette disposition, toute d'utilité pratique, établit en outre qu'un testament valable à l'origine ne peut être invalidé par un changement de domicile.

(2) Coin Delisle. *Donations et Testaments sur l'art. 999*, n° 3.

(3) Cass., 9 mars 1853, s. 53, 1, 274. — Paris, 25 mai 1852, s. 52, 2, 289. — Paris, 21 juin 1850, *Gaz. des Trib.*, 22 juin 1850. — Bruxelles, 13 février 1889, Pas. 1889, II, 170. — Demolombe. T. XXI, n° 484. — Laurent. T. XIII, n° 121. — Coin Delisle. *Sur l'art. 999*, n° 3.

217. — En théorie cependant la question est très discutable, et bien que la pratique fût constante dans l'ancien droit, certains auteurs fort sérieux étaient d'un avis contraire. Ricard (*Traité du don mutuel*, n° 307) enseignait que le droit de faire un testament olographe était une faculté personnelle, inséparable de celui à qui l'accordait la loi de son domicile, qu'elle l'accompagnait en quelque lieu qu'il se trouvât, aussi bien que la faculté de tester. Telle était aussi l'opinion de Bouhier et celle de Boullenois. Mais il est certain qu'elle n'a pas trouvé de faveur, bien que Coin Delisle la déclare fort raisonnable, et que Duranton dans notre droit moderne l'ait formellement adoptée. On pouvait invoquer en faveur de ce système d'autres raisons encore. La règle *locus regit actum* a été établie originairement dans un but de faveur ; peut-elle être invoquée contre la personne dont il s'agit d'apprécier les actes ? L'observation est exacte, et la seule réponse que l'on y ait faite, c'est qu'elle a perdu plus tard son caractère primitif. Mais est-il raisonnable qu'elle l'ait perdu, et qu'elle ait force impérative ? Nous sommes assez disposé à l'admettre s'agissant des formes prescrites pour la preuve de l'acte juridique ; le législateur du pays où l'acte est passé est naturellement compétent pour apprécier les formes nécessaires pour que l'*instrumentum* fasse preuve. Il n'en est pas ainsi, lorsqu'il s'agit des formes requises, en matière de testaments, pour que l'acte juridique soit valable. Les formalités prescrites le sont en cas pareil dans l'intérêt du testateur, ou plutôt encore de sa famille. Il en résulte certainement des conséquences très importantes, quant à la force probante de l'écrit. Mais ces formes ont une portée plus haute. Si l'écrit n'est pas valable, il n'y a plus d'acte juridique valable. Il ne peut être question de déférer le serment au testateur. Il n'est pas permis de déférer le serment aux héritiers, sur le point de savoir s'ils ont connaissance des volontés du défunt, de leur faire subir un interrogatoire sur faits et articles, d'admettre le testament irrégulier comme un commencement de preuve par écrit, et d'autoriser la preuve par

témoins. C'est l'acte juridique qui est nul ou plutôt inexistant, et il l'est par des raisons déduites de l'intérêt de la famille, parce que, s'il ne s'est pas révélé dans une certaine forme, des doutes graves peuvent surgir sur la liberté d'esprit du défunt, sur la spontanéité de ses dispositions. Le législateur national devrait, en bonne justice, avoir le droit de régler ces formes de validité, parce qu'il y a normalement le plus grand intérêt, puisque le testateur relève de lui, puisque sa famille relève par conséquent de lui également, au moins en thèse générale, et qu'il est obligé de la protéger, puisque l'Etat, dans lequel le testateur a fait ses dispositions, n'y a, par le seul fait du lieu de l'acte, aucun intérêt appréciable. Il devrait être reconnu compétent à cet égard, comme il devrait pouvoir régler la succession de ses nationaux.

218. — Une réforme semble donc s'imposer, et, bien que nous ayons dû constater la pratique générale, cette réforme ne nous semble se heurter en Belgique et en France contre aucun texte absolu. La pratique même peut se modifier librement, comme elle s'est modifiée antérieurement au Code. Cette modification semble même conforme à l'esprit de l'art. 999. Le législateur français décrète que le testament olographe des Français en pays étranger est valable (quelle que soit la *lex loci actus*), et nous en avons conclu qu'il ne pourrait, sans injustice et sans inconséquence, méconnaître la validité des testaments olographes faits par des étrangers conformément à leur loi personnelle, mais en violation de la *lex loci actus*. Aucun motif d'ordre public français ne s'y oppose évidemment. Or, si l'on doit reconnaître par suite le droit du législateur national, de valider le testament olographe de ses nationaux fait en pays étranger, sans égard aux dispositions de la loi locale, pourquoi n'admettrait-on pas qu'il peut également valider le testament sous seing privé et non olographe de ses nationaux, s'il est passé par exemple, devant cinq témoins, comme dans la Louisiane? Pourquoi ne le validerait-on pas alors même que ce testament serait passé en France? Certes, si l'intérêt général

français exigeait l'observation des formes françaises, on pourrait le considérer comme nul, mais c'est ce qu'il faudrait démontrer.

219. — La question de l'application de la règle *locus regit actum* au contrat de mariage donne lieu également à de sérieuses difficultés. Ici point de texte, pas plus que pour les donations. Nos lois, comme les lois françaises, prescrivent la solennité. Le contrat de mariage ne peut être fait qu'en forme authentique (art. 1394, Code civ.). D'après la jurisprudence et la majorité de la doctrine, ce texte ne concerne que les contrats de mariage faits en France ou en Belgique. Et, quant aux contrats de mariage passés en pays étranger, les époux ne sont tenus que d'observer la loi du lieu où le contrat est passé. Si cette loi admet la validité en la forme du contrat de mariage sous seing privé, le contrat de mariage sera valable, à ce point de vue, quelle que soit la nationalité des époux, quel que soit leur domicile, quelles que soient les dispositions de leur loi personnelle. Il existe en ce sens des arrêts très formels, et leurs dates témoignent d'un système fortement enraciné, et contre lequel on essaierait peut-être vainement de s'insurger (1). Nous ne croyons cependant pas que ce système soit fondé en théorie, et fort de l'autorité de certains jurisconsultes d'un grand poids qui l'ont combattu, nous estimons qu'il ne saurait être accepté (2).

220. — Nous avons déjà essayé de démontrer plus haut qu'en général la *lex loci actus* ne doit point recevoir application, lorsqu'il s'agit des formes prescrites pour la validité de l'acte juridique, et, pour parler avec plus de précision, de la question de savoir si l'acte juridique sera affranchi de la forme solennelle, prescrite par la législation à laquelle il est logiquement soumis, par le seul fait

(1) Paris, 11 mai 1816, S. 17, 2, 10. — Id., 22 nov. 1828, S. 29, 2, 77. — Cass., 12 juin 1855, S. 56, 1, 20.—Cass., 18 nov. 1869, S. 65, 1, 317.— Merlin. *Quest.* v° *Donation à cause de mort*, § 2. — Fœlix et Demangeat. *Tr. de dr. int.*, T. I, p. 47. — Aubry et Rau. T. I, p. 125. — Fiore. Op. cit., n° 317.— Brocher. *Nouv. traité*, n° 152. — Westlake. *Int. law.*, p. 65, etc.

(2) Laurent. Op. cit., T. I, pp. 241 à 245. — Duguit. Op. cit., pp. 112 et 116. — Duranton. T. I, p. 56. *J. de dr. int. privé*, 1880, p. 386. — Bertauld. *Quest. prat.*, T. I, n° 154.

qu'il est accompli dans un pays où cette forme n'est point exigée. Et nous croyons avoir réfuté les arguments déduits de l'ancien droit. Ces arguments ne se présentent pas avec plus de force pour le contrat de mariage, que pour les autres actes solennels, au contraire. En effet, la disposition de l'art. 1394 est neuve, en ce qu'elle exige expressément la forme authentique pour tout contrat de mariage quelconque. D'après la plupart des parlements, il n'était point nécessaire de passer acte authentique des contrats de mariage ne contenant pas donation, sous le régime de l'ordonnance de 1731 (1). La question n'a donc pas pu se présenter dans l'ancien droit de la même manière qu'aujourd'hui, et nous ne connaissons aucune décision ancienne sur l'application de la règle *locus regit actum* en cette matière. C'est un motif de plus pour déterminer suivant la raison juridique, la compétence législative qui appartient sous ce rapport aux Etats, et la portée rationnelle des prescriptions de cette nature.

221. — Quant à la compétence législative des Etats, en ce qui concerne les formes de solennité, elle n'est guères douteuse. Elle est reconnue par les partisans les plus fervents de l'application absolue de la maxime *locus regit actum*, par de Bar et Weiss, par exemple. Un Etat peut *interdire* à ses ressortissants d'accomplir tel ou tel acte juridique, même en pays étranger, sans observer certaines formes, et ils font exception pour ce cas à la règle *locus regit actum*. Cette dernière règle n'est même pour M. de Bar « qu'une concession présumée ou tacite, faite par la législation du pays d'origine; et la législation qui régit le fond de l'affaire, peut, *par une disposition formelle et expresse*, exclure l'application de cette règle (2) ». C'est par application de ces principes que nos tribunaux considèrent, avec raison, comme nul en la forme le testament olographe fait, en Belgique, par un Hollandais, auquel sa loi nationale défend de tester dans cette forme en pays étranger. Mais en vertu de quel

(1) Dalloz. *Rép.*, v° *Contrat de mariage*, n^os^ 218 et ss.
(2) De Bar. *J. de dr. int. pr.*, 1887, p. 698. — Weiss. 2^e^ édit., p. 255.

principe exige-t-on *une disposition formelle et expresse?* Pourquoi l'exclusion de la maxime *locus regit actum* ne pourrait-elle résulter de la nature et de l'objet de certaines formes, d'une présomption dérivant du but que le législateur a poursuivi, alors que l'application de cette maxime n'est elle-même fondée, d'après beaucoup d'auteurs, que sur un consentement tacite et présumé, alors qu'elle n'est inscrite, en termes généraux, dans aucun article de notre Code? Nous n'en voyons vraiment pas la raison. Si le but que poursuit le législateur, dont la validité de l'acte juridique dépend d'après la nature des choses, exige, sous peine de n'être atteint en aucune manière, l'observation des formes qu'il prescrit, même en pays étranger, on ne doit point présumer qu'il abdique au profit de la *lex loci actus*.

222. — Or, quel est le but que poursuit le législateur en prescrivant ici la forme authentique, et même la forme notariée, pour le contrat de mariage? Laurent dit que, si cette forme est prescrite, c'est à cause des difficultés des clauses de ce contrat, difficultés telles que les jurisconsultes sont parfois embarrassés pour en déterminer les effets. « Il fallait donc y faire intervenir un homme de loi, qui pût éclairer les futurs époux et leurs familles, sur le sens et la portée des conventions qu'ils se proposent de faire [1]. » Tel n'est cependant pas le motif qu'en a donné Berlier, dans l'exposé des motifs de l'art. 1394. Il déclare que cette disposition a pour but « d'empêcher des fraudes envers les tiers, telles que celles dont le passé n'offre que trop d'exemples ». Mais ce motif paraît insuffisant : il suffisait, pour protéger les tiers, de dire que le contrat de mariage, par acte sous seing privé, ne pourrait leur être opposé; il n'était pas nécessaire de l'annuler entre parties. L'orateur du tribunat, Siméon, en a indiqué un autre, c'est que l'on donne ainsi une meilleure garantie aux droits et à la fortune des époux et des enfants, en prévenant nombre de fraudes. Cela est assez

(1) Op. cit., T. II, N° 241.

vague; mais il en résulte tout au moins que l'on n'a pas seulement eu en vue l'intérêt des tiers, mais l'intérêt de la famille. Et c'est probablement dans ces paroles du tribun Siméon que Laurent a puisé le motif qu'il assigne à la disposition. Pour être plus précis, on pourrait dire que, dans l'intérêt de la bonne harmonie entre les époux, intérêt essentiellement familial, et par cela même national, la famille étant la source vive dans laquelle se renouvelle et se perpétue la nation, il fallait que les conventions matrimoniales fussent claires, de façon à ne pas laisser place à des malentendus, et à l'abri de tout soupçon de surprise. C'est le même intérêt qui a dicté au législateur le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales pendant le mariage.

223. — Or, le danger des malentendus, des fausses interprétations, est-il moins grand quand on contracte en pays étranger? Et, s'il s'agit de fonder une famille belge ou française, n'est-ce pas le législateur belge ou le législateur français qui a le plus puissant intérêt à la bonne organisation de la famille, au maintien de la bonne harmonie entre les époux belges ou français? N'est-ce pas lui encore qui est le meilleur juge de ce qu'exige cet intérêt? N'a-t-il pas plus de compétence, pour réglementer en cette matière, que celui du pays où le contrat est conclu, par l'effet du hasard peut-être? Poser ces questions, c'est, nous semble-t-il, les résoudre. Son but ne serait pas atteint, si, par le seul fait qu'ils se trouvent en pays étranger, les futurs époux étaient affranchis de l'observation de toutes formes. On objectera, il est vrai, que c'est rendre parfois impossibles à des Français ou à des Belges, toutes conventions matrimoniales en pays étranger. C'est exact, bien que cela doive être fort rare dans les pays civilisés, où l'on trouve presque toujours, sinon toujours, des fonctionnaires ayant mission de donner l'authenticité aux actes et remplissant la mission dévolue dans notre pays aux notaires. Mais il peut arriver qu'en pratique il soit impossible à certaines personnes, même chez nous, de faire des conventions matrimoniales, soit

parce qu'elles ne savent pas même ce que c'est, soit parce qu'elles n'ont pas des ressources suffisantes pour se payer ce luxe. Ensuite la loi y a pourvu, et en l'absence de conventions matrimoniales, elle établit entre les époux le régime qui a manifestement ses préférences, celui de la communauté légale. Le mal est-il si grand, et n'y a-t-il pas des pays où tel régime est imposé obligatoirement aux époux?

224. — Nous ne comprenons donc pas que la jurisprudence se soit pour ainsi dire fixée en sens contraire. L'arrêt de 1826, mentionné plus haut, est formel, mais il se borne à invoquer la maxime *locus regit actum*, et n'examine ni ne discute sa portée. L'arrêt de 1855 (Dalloz 1855, 1, 389) est moins net. Il s'agissait d'un contrat de mariage fait dans l'île de Jersey, où pareil contrat doit être fait, comme en France, par acte notarié. L'application de la loi du lieu du contrat, en ce qui concerne la forme, n'avait rien ici qui heurtât la loi française. Mais la législation locale exigeait en outre, pour que la femme pût exercer, dans l'île de Jersey, ses droits aux apports qui lui étaient réservés par le contrat de mariage, qu'elle eût déposé son contrat entre les mains d'un fidéicommissaire, ou qu'elle l'eût fait reconnaître en justice, formalité qui avait été omise. La Cour a déclaré le contrat valable (bien que l'on opposât la règle *locus regit actum*) en se fondant sur ce qu'il s'agissait d'une formalité accessoire, exigée seulement pour que la femme pût exercer ses droits à ses apports dans l'île de Jersey, et sur ce qu'en fait, elle n'avait aucun droit à y exercer, tous les biens étant en France. Elle a invoqué aussi, mais à titre subsidiaire, cette considération que la femme était devenue Française par le mariage, et cette considération semble impliquer que les parties, si elles sont Françaises, ou si le mari est Français, ont le choix entre les formes locales et les formes de leur loi nationale. Mais l'arrêt de cassation de 1865 est plus formel : il s'agissait d'un contrat de mariage sous seing privé fait à Constantinople entre un sujet Français et une femme Prussienne. La Cour de cassation a déclaré ce

contrat valable, en se fondant presque exclusivement sur ce que la maxime traditionnelle s'appliquerait aussi bien aux formes substantielles qu'aux formes probantes. Mais, comme le dit avec raison M. Laurent, elle s'abstient de motiver sérieusement ce considérant lui-même, qui n'est au fond qu'une simple affirmation. Il est juste de remarquer que le contrat sous seing privé avait été remis et déposé, huit jours après, entre les mains du consul-chancelier de l'ambassade de France à Constantinople, légalisé et enregistré par lui, et transcrit par ses soins en entier sur un registre à ce destiné. Il y avait là les éléments d'une espèce d'authenticité, la seule peut-être qui fût réalisable dans le pays où l'acte était dressé.

225. — La question nous paraît avoir été résolue en Belgique dans le même sens qu'en France, par un arrêt de la Cour de Bruxelles du 11 avril 1838 et par un arrêt de cassation du 25 février 1839[1]. Ces deux arrêts posent en principe, et appliquent par conséquent à la matière du contrat de mariage, la règle que : « la forme d'un acte passé en pays étranger est réglée par les lois du lieu où il se fait ». Mais ils admettent en même temps qu'elles ne sont obligatoires, en ce qui concerne la forme extérieure des actes, que pour les actes faits sur le territoire où elles sont en vigueur, et pour les personnes qui y sont soumises, c'est-à-dire qui y ont acquis un domicile fixe. C'est une question que nous avons examinée, et qui se rattache à celle de savoir si la règle *locus regit actum* est impérative ou facultative. Ces arrêts ne s'expliquent pas nettement sur le point de savoir si un contrat de mariage fait en pays étranger sous seing privé serait valable, pourvu qu'il soit conforme à la loi *loci contractus*, lors même que les parties contractantes seraient toutes deux Belges et domiciliées en Belgique. Mais l'affirmative semble résulter des termes absolus dans lesquels ils proclament la maxime.

226. — La question de savoir si l'on devrait considérer

(1) Pasicrisie. 1838, p. 108, et 1839, p. 20.

comme valable, en France et en Belgique, le contrat de mariage que deux étrangers y auraient passé par acte sous seing privé, conformément à leur loi nationale, n'est pas moins controversée. En théorie, l'affirmative peut se défendre, et plusieurs auteurs fort sérieux enseignent cette opinion (1), qui a été consacrée par un arrêt de la Cour de Douai (2). Elle a nécessairement pour elle tous les auteurs qui se sont prononcés pour le caractère facultatif de la règle *locus regit actum*. Mais la jurisprudence incline plutôt en sens contraire, et il semble que cette opinion doive avoir en sa faveur, tous ceux qui se sont prononcés pour le caractère impératif de cette maxime. Il ne paraît pas toutefois que tous en aient fait une application spéciale à la matière du contrat de mariage (3). Au point de vue du droit traditionnel, et de la portée attribuée dans l'ancien droit à la maxime en question, nous estimons que cette opinion est soutenable. Nous nous en référons à nos observations générales sur la force impérative de cette règle ; mais nous sommes d'avis contraire, au point de vue des vrais principes et de la théorie.

227. — Le contrat constitutif d'hypothèque est également un acte solennel, et, aux termes des art. 76 et 77 de notre loi hypothécaire, sa validité en la forme, lorsqu'il est passé en pays étranger, est expressément subordonnée à la condition de l'authenticité, s'agissant d'immeubles situés dans notre pays. Mais notre loi érige ici en règle de droit positif le principe que nous avons préconisé, s'agissant des actes juridiques pour la validité desquels l'authenticité est requise. Elle n'admet l'effet des hypothèques, consenties en pays étranger, qu'à la condition que les actes, qui en contiennent la stipulation, aient été revêtus du *visa* du président du tribunal civil du lieu de la

(1) Weiss. Op. cit., p. 687. — Duguit. Op. cit., p. 116. — Laîné (à son cours) cité par Vincent et Pénaud. — Bourdon Viane. *Manuel*, p. 238. — Déglin. *Etude sur le contrat de mariage* etc , pp. 203 et ss. — Beauchet. *J. de dr. int. privé*, 1881, p. 39. — Ricaud. *Des régimes matrimoniaux, etc.*

(2) 13 janvier 1887. *Gaz. du Palais*, 14-15 févr. 1887.

(3) Voir toutefois Fiore. N° 329. — Pallamary. *Des conflits de législat. relatifs aux conventions matrimoniales* et un arrêt de Cassat. du 9 mars 1853. S. 53, 1, 274.

situation des biens, et « ce magistrat est chargé de vérifier si les actes, et les procurations qui en sont le complément, réunissent toutes les conditions nécessaires pour leur authenticité dans le pays où ils ont été reçus ». C'est-à-dire qu'il faut en principe que les actes constitutifs d'hypothèque, passés en pays étranger, et ayant pour effet de grever des biens situés dans notre pays, le soient en forme authentique, comme les actes passés dans notre pays, mais que, quant aux éléments de l'authenticité on s'en réfère à *lex loci actus*. La distinction que nous avons préconisée, quant aux actes solennels en général, est donc expressément admise par la loi belge. Le législateur français va beaucoup plus loin dans la voie de l'exclusion de la *lex loci actus*. Aux termes de l'art. 2128 du Code civil, « les contrats passés en pays étranger ne peuvent donner d'hypothèque sur les biens de France, s'il n'y a des dispositions contraires à ce principe dans les lois politiques ou dans les traités ». La disposition de la loi belge nous paraît rationnelle et équitable. L'hypothèque est une création du droit civil, *stricto sensu*. Elle est certes un moyen de crédit, mais un moyen de crédit qui peut être une source de dangers pour celui qui y a recours. Plus on se sert de ce moyen de crédit, et plus le crédit s'épuise. De plus, et c'est une considération importante entre toutes, la multiplicité des hypothèques dont les propriétés sont grevées, présente des inconvénients sérieux au point de vue de leur bonne et sage exploitation. Comment veut-on que celui dont les propriétés sont grevées au delà de leur valeur, se préoccupe de leur amélioration? Le législateur n'a pas intérêt à trop favoriser ce genre d'opérations, et s'il est intéressé à ce qu'aucune hypothèque ne puisse être consentie sur un immeuble situé dans le pays, si ce n'est par acte authentique, cet intérêt n'est pas moindre s'agissant d'une hypothèque sur ce même immeuble, consentie par acte passé en pays étranger. Que l'acte soit passé dans le pays ou l'immeuble est situé, ou en pays étranger, que le créancier où le débiteur soit étranger ou non, cet intérêt reste le même. Cela

suffit pour expliquer et pour justifier la disposition de notre loi hypothécaire. Mais il ne suffit pas, pour en donner la raison, d'observer, comme le fait Laurent, « que le régime hypothécaire est organisé de manière à assurer aux propriétaires le crédit qu'ils peuvent avoir à raison des immeubles qu'ils possèdent, et que la richesse est un élément de civilisation et de progrès, ce qui est le plus grand des intérêts sociaux ». Cela explique parfaitement la création du droit d'hypothèque, mais nullement les limitations formelles du droit de consentir une hypothèque. Ces limitations nous paraissent dictées avant tout par l'intérêt du régime de la propriété immobilière. Le législateur n'empêche pas ainsi un individu de se ruiner, puisqu'il conserve le droit de vendre. Il ne l'en empêche que par la mise en interdiction ou sous conseil judiciaire. C'est donc l'intérêt de la propriété immobilière qui domine ici, et dès lors c'est la loi du lieu de la situation qui a tout à dire. La loi de la situation pourrait exclure l'hypothèque, d'autant plus que son seul effet se produit vis-à-vis des tiers. Elle peut aussi le subordonner à l'accomplissement des formalités qu'elle détermine, quel que soit le lieu de l'acte.

228. — On s'est demandé si, pour les contrats constitutifs d'hypothèques passés en France entre étrangers, la loi française est impérative, ou si les parties peuvent constituer hypothèque dans les formes de la loi nationale, par exemple par acte sous seing privé. S'agit-il de constituer une hypothèque sur des biens situés en Belgique, la solution de la question n'est pas douteuse en droit positif belge. Si les parties ne peuvent faire des stipulations de ce genre qu'en forme authentique, même à l'étranger, à plus forte raison en est-il ainsi lorsque l'acte est passé en Belgique. Elle ne peut l'être davantage en droit positif français. Mais la question est plus difficile, lorsqu'il s'agit d'un acte constitutif d'hypothèque sur des immeubles situés en pays étranger. L'esprit de notre législation nous paraît conduire à reconnaître la validité du contrat en la forme, dès qu'il est valable suivant la législation du pays où les

immeubles sont situés. La prépondérance de la *lex rei sitae*, en cette matière, s'accuse d'une façon manifeste. Si donc le contrat était valable d'après la loi du lieu de la situation, alors même qu'il aurait été fait sous seing privé, il devrait être reconnu tel partout. Et la *lex loci actus* n'aurait plus d'importance que quant à la détermination des formes dont dépend l'authenticité, lorsque l'authenticité est requise. Notons au surplus qu'il s'agit de l'effet d'une convention qui, par elle-même, doit être translative de droits réels, sans tradition, sans mise en possession. Nous concluons que, lorsqu'il s'agit de constituer une hypothèque en Belgique sur des biens situés en pays étrangers, la question de savoir s'il suffit d'un acte sous seing privé, ou s'il faut un acte authentique, doit être décidée d'après la loi du pays de la situation. Mais, si un acte authentique est exigé, on devra nécessairement se conformer à la loi belge, en tant qu'elle fixe les conditions dont dépend l'authenticité.

Les auteurs paraissent cependant divisés sur la question, bien qu'il y en ait peu qui se soient prononcés en termes nets (1). Mais le dissentiment nous paraît tenir à ce que l'on n'a pas bien distingué le cas où il s'agit de constituer une hypothèque, sur des biens situés là où l'acte est passé, et celui où l'acte constitutif devrait grever des biens situés en pays étranger. On a soutenu, et avec raison, qu'il ne fallait pas distinguer entre les actes passés par des nationaux, et ceux passés par des étrangers. Cela est évident. La question de nationalité n'a rien à faire dans le débat. Les formes du contrat constitutif d'hypothèque ont pour objet de garantir le bon régime des biens. Mais comment pourrait-on revendiquer pour la *lex loci actus* la moindre part d'influence, s'agissant de la protection d'intérêts de ce genre, à l'encontre de la *lex rei sitae?* Cela nous paraît impraticable. Cette dernière loi prévaudra par la force des choses. Elle a la puissance matérielle de règler le rapport de droit dont il s'agit, et elle a d'autant plus le droit pour elle, qu'il s'agit d'une matière dans laquelle elle est seule intéressée.

(1) Vincent et Pénaud. Op. cit., v^is^ *Privilèges et hypothèques*, n^os^ 73 et 74.

# TITRE VII.

## DE LA LOI QUI RÉGIT LES CONVENTIONS.

### Observations générales.

229. — La question dont nous allons nous occuper est une des plus importantes du droit international privé. Quelques observations préliminaires sont indispensables.

On confond très souvent, dans les ouvrages de droit international privé, la question de savoir quelle est la loi qui régit les effets du contrat, avec les questions d'interprétation proprement dites. Savigny avait déjà signalé et critiqué cette confusion [1]. « On peut, » disait-il, « comme l'ont fait plusieurs auteurs, donner à cette question (à la question d'interprétation) une étendue telle qu'elle embrasse toutes les autres questions sur le droit local ; car l'application de toute règle locale de droit à un contrat, peut toujours être regardée comme sous-entendue, dans le contrat, par la volonté vraisemblable des parties. C'est cette espèce d'interprétation qui complète l'expression des volontés individuelles, et qui, en général, sert de base aux règles du droit supplétif. Mais généraliser ainsi la question de l'interprétation, c'est lui enlever toute signification propre. Pour lui en conserver une, il faut lui donner un sens plus restreint, et l'appliquer aux doutes que peuvent faire naître les expressions ambigues de contrat. C'est là une question de fait, comme pour l'interprétation des lois. Dans

(1) Savigny. Op. cit., T. VIII, p. 374.

l'un et l'autre cas, il s'agit de déterminer le véritable sens de la déclaration orale et écrite. » Ces observations sont parfaitement exactes. Dans les questions d'interprétation pure, il y a plutôt conflit de présomptions humaines que conflit de lois. Ce ne sont pas de véritables questions *de droit* international. Et c'est pour cela qu'en pareille matière il est pour ainsi dire impossible d'établir des règles générales, ainsi que le reconnaissent des auteurs récents. Ce sont questions à décider essentiellement d'après des circonstances extrêmement variables. Aussi les auteurs qui ont nettement reconnu cette distinction, se bornent-ils à indiquer la solution de certaines questions de détail ; et, comme nous le verrons plus loin, ces solutions sont assez diverses (1).

230. — On ne peut nier cependant qu'il y ait entre ces deux ordres de questions des affinités très étroites. Pour autant que le législateur ne parle pas en maître, et n'impose sa volonté aux individus, l'effet d'un contrat dépend toujours en somme de la libre volonté des parties. Dans les limites où se meut cette libre volonté, il y a donc, au fond de tout conflit de ce genre, une question d'interprétation. Mais elle se pose d'une toute autre manière et a de toutes autres conséquences. Toutes les législations indiquent les effets normaux des conventions les plus importantes, et suppléent ainsi au silence des parties, en les affranchissant de la nécessité de prévoir d'une manière expresse leurs effets, les conséquences de leur inexécution, de leur exécution imparfaite. On peut dire que, sous ce rapport, elles interprètent véritablement *leur silence.* Il en résulte que, quand il s'agit d'examiner à quelle loi elles ont entendu se soumettre, il n'y aura pas lieu de scruter la portée des termes dont elles se sont servies, à moins que l'on ne puisse y puiser la détermination de leurs véritables intentions. Or, s'il en était ainsi, la question de savoir quelle est la loi qui régit leur contrat, dégénérerait en une question d'interprétation proprement

(1) Pasquale Fiore. *Droit international privé*, nº 276. — De Bar. T. II, pp. 33 et ss.

dite. Mais dans la plupart des cas il n'en est pas ainsi. Et nous supposons que les parties n'aient rien dit, rien laissé percer de leur intention, quant à la question de savoir par quelle loi le contrat sera régi. Il s'agit alors de savoir ce que signifie leur silence.

Il n'y a d'autre moyen de résoudre cette question que de déterminer l'empire naturel, rationnel, de telle ou telle législation. Il n'y a plus lieu de rechercher ce qu'elles ont voulu *dire*, mais ce qu'elles ont voulu faire, ou plutôt encore, comme le fait remarquer de Bar *ce qu'elles doivent rationnellement* avoir voulu, de fixer la portée de leur volonté passive, plutôt que celle de leur volonté active. Il est très possible que les parties n'aient pas même songé à la question de savoir par quelle loi leurs conventions seront régies, qu'il n'y ait entre elles aucune harmonie réelle de volontés à cet égard. Dans leur silence commun, il faut rechercher l'intention que chacune des parties a pu raisonnablement attribuer à l'autre. Dans les questions d'interprétation proprement dites, au contraire, on recherche le sens et la portée de leurs stipulations formelles et expresses, lorsque celles-ci présentent une certaine ambiguité. Il n'est plus question ici de conflits de lois, mais de questions de fait qui, dans chaque cas particulier, seront résolues d'après les circonstances de la cause.

231. — On objectera peut-être que quelques législations, le Code civil, par exemple, établissent certaines règles en matière d'interprétation de conventions (art. 1156 à 1164), et qu'il peut y avoir un conflit entre les règles reconnues dans des pays divers. Mais ces règles n'ont pas, en général, pour le juge l'autorité de préceptes absolus. Il est de jurisprudence en Belgique et en France que les art. 1156 à 1164 du Code civil, par exemple, n'ont pas pour les tribunaux force impérative, qu'ils constituent plutôt des conseils que des ordres [1]. Or, s'il en est ainsi, même lorsqu'il s'agit de conventions indiscutablement

(1) Laurent. *Droit civil*, T. XVI, nº 500.

régies par nos lois, le juge aura évidemment un droit d'appréciation plus large encore, lorsqu'il s'agit de conventions qui, à quelques égards, paraissent échapper à leur empire. Il appréciera, par exemple, dans l'indépendance absolue de sa conscience, quelle est la portée du langage employé par les parties. Il ne devra prendre exclusivement en considération ni le langage du lieu où la convention a été faite, ni celui du lieu où elle a été exécutée. Tout dépendra des circonstances.

Nombre de questions de ce genre ont été traitées par la plupart des auteurs, à propos de la question de savoir *quelle est la loi qui regit le contrat.* D'autres, comme Story, traitent de la question de savoir par quelle loi le contrat est régi, *à propos des questions d'interprétation.* Savigny n'est pas tombé dans cette erreur. Il dit nettement que, quand il s'agit de l'interprétation d'un contrat, on ne doit pas toujours prendre comme point de départ le langage usité dans le lieu fixé pour l'exécution, bien que le droit local de l'obligation soit toujours déterminé, d'après lui, par le lieu de son accomplissement. Et s'il admet que l'on doit s'en référer au langage du lieu où l'exécution doit se faire, quand on doit livrer des marchandises en pays étranger à la mesure ou au poids, y faire un paiement, ou la délivrance d'une quantité de terre déterminée par une mesure de superficie, c'est par des considérations de pur fait ; d'abord, dit-il, parce que les parties ont eu vraisemblablement en vue la monnaie, les poids et les mesures de ce pays, ensuite, et surtout parce qu'il serait souvent impossible d'exécuter le contrat avec une monnaie, des poids ou des mesures autres que ceux du pays. D'autres auteurs considèrent cette règle comme une application de la loi du lieu qui régit l'exécution, et c'est une évidente erreur. Les questions d'interprétation proprement dites n'en conserveraient pas moins leur nature de pures questions de fait, lors même qu'il s'agirait d'un terme légalement défini, et de savoir s'il faut s'en référer, pour déterminer le sens dans lequel les parties l'ont employé, à la loi de tel pays ou de tel autre. Savigny

emprunte à Waechter l'exemple suivant[1] : « Une compagnie d'assurances de Leipzig avait dans ses statuts imprimés : « excepté le cas où le sinistre résulterait d'une émeute ». Relativement à un incendie communiqué du dehors, s'élève la question de savoir s'il y a lieu d'appliquer les notions juridiques sur l'émeute, qui varient suivant les lois des divers pays. Waechter décide avec raison que l'on doit se conformer au langage des lois saxonnes, sous l'empire desquelles ont été rédigées les conditions qui font la base du contrat d'assurances[2]. »

232. — Laurent n'est pas tombé absolument dans l'erreur de ceux qui confondent les questions d'interprétation proprement dites, avec la question de savoir quelle est la loi qui régit le contrat. Mais il semble cependant admettre qu'il y a conflit de lois, dès qu'il s'agit de savoir quel sens il faut donner à un terme qui a un sens différent dans deux lois, de choisir entre le sens qu'il a dans telle loi et celui qu'il a dans telle autre. C'est à notre avis une erreur. Et c'est à tort qu'il placerait cette opinion sous le patronage de la haute autorité de Savigny, qui ne dit rien de semblable. Il n'y a pas, dans ce cas, de conflit de lois, ainsi que nous essaierons de le démontrer plus loin.

Il critique du reste, avec Savigny, tous les systèmes qui font dépendre l'interprétation d'une manière absolue, soit du lieu du contrat, soit de la nationalité des parties, soit du lieu de l'exécution, et fait observer avec raison que cela conduit à une interprétation mécanique. Nous ne croyons pas pouvoir nous dispenser de reproduire, après

(1) Nous suivons la traduction de Guenoux.

(2) Savigny. T. VIII, nº 374, p. 262. *Traduction de Guenoux*. Il est à remarquer que le traducteur a très imparfaitement reproduit le texte allemand. Il parle d'un incendie « *communiqué du dehors* ». Il s'agissait en réalité d'un incendie qui avait eu lieu au dehors, en pays étranger, à Zurich, et qui de ce pays avait été *notifié*, communiqué à la Compagnie. M. Pasquale Fiore a été complètement induit en erreur par cette traduction inexacte, et a commis ici un véritable contre-sens. La décision rendue par Waechter (comme tiers arbitre) dans cette affaire, l'aurait été à propos d'un incendie « communiqué d'un tumulte du dehors ». (V. *Traduction de Pradier Fodéré*.) C'est manifestement une erreur, et c'est d'ailleurs très peu compréhensible. Laurent, T. VII, nº 481, rapporte exactement l'espèce. Waechter se fonde uniquement sur des considérations de fait, nullement sur ce que l'interprétation des conventions serait régie par la loi du lieu du contrat.

lui, les excellentes observations de Boullenois à cet égard : « Faut-il interpréter *le mot* selon la loi du lieu où l'écrit a été dressé? Dans ce cas, on risque fort de prendre pour la volonté des parties ce qui est la pensée de l'officier public ou de l'agent d'affaires qui rédige l'acte; et, si c'est par accident que l'acte a été reçu dans tel lieu plutôt que dans tel autre, les parties ne peuvent pas connaître le sens que l'auteur de l'acte y attache. Faut-il entendre l'expression ou la clause selon la loi du lieu où les biens sont situés? Je suppose qu'un Français possède des biens, ou en achète dans les Flandres : l'acte sera rédigé en flamand, et toutes les négociations se feront dans une langue que le Français n'entend point. Peut-on lui supposer la volonté de suivre la loi d'un pays dont il ne comprend point la langue? » Et Boullenois déclare net « qu'il ne croit pas qu'il faille la suivre, comme une maxime générale, que, quand il s'agit de l'interprétation d'un contrat, l'on doive aussitôt avoir recours à la coutume du lieu où il a été passé; mais aussi il ne faut pas le nier : tout dépend des circonstances ». Il est à remarquer que Boullenois s'appuie, en cette matière, sur l'autorité de Dumoulin.

Nous croyons avoir nettement marqué la différence qui existe entre les questions d'interprétation proprement dites, et celle de savoir par quelle loi le contrat est régi. Nous avons dû pour cela donner quelques exemples. Nous pourrions nous en tenir là, puisque tout se résume ici dans des questions de fait à résoudre, dans chaque cas particulier, comme nous l'avons dit, d'après des circonstances qui peuvent se diversifier à l'infini. Indiquons cependant quelques points assez généralement admis.

### *Section* I. — *De l'interprétation des conventions.*

233. — Lorsque l'exécution d'une convention doit avoir lieu en pays étranger, soit en vertu d'une disposition expresse, soit par la nature même de l'obligation,

les termes dont les parties se sont servies pour exprimer les mesures, le poids et le titre de la monnaie, les espèces de monnaies, doivent, en général, être interprétés dans le sens qui leur est attribué au lieu de l'exécution. De Bar donne l'exemple suivant : Lorsqu'une traite de cent livres sterling est tracée de Constantinople sur Londres, on doit présumer que les parties ont entendu parler de livres anglaises. Mais il n'en sera plus ainsi, lorsqu'il est clair que telle n'a pas été l'intention des parties. De Bar [1] suppose le cas d'un prêt de cent livres turques fait à Constantinople, l'emprunteur s'étant obligé à restituer cent livres à Londres. Il ne devra restituer à Londres que cent livres turques. Et il en serait de même d'après cet auteur, en cas de vente, si en prenant pour base la valeur de la monnaie au lieu fixé pour le paiement, on arrivait à fixer un prix manifestement exagéré, ou dérisoire eu égard à la valeur réelle de la chose vendue. Mais ces questions n'ont rien de commun avec celle de savoir quelle est la loi qui régit l'obligation.

234. — Si l'exécution du contrat doit avoir lieu au printemps ou à l'automne, ces termes seront interprétés également, en cas de doute, dans le sens qu'ils ont au lieu fixé pour l'exécution. Il en est de même du calcul des délais fixés pour l'accomplissement de l'obligation, du calcul des distances. Tout cela est rationnel. Il est probable que les parties, en stipulant la mode et les conditions de l'exécution, se sont reportées au lieu où elle doit se produire. Et l'on peut ajouter, en ce qui concerne spécialement la monnaie, les poids et les mesures, qu'il peut être difficile d'exécuter l'obligation d'une autre manière. M. de Bar cite à cette occasion certaines dispositions du Code général de commerce allemand, qui ne font, en définitive, que consacrer ces présomptions rationnelles : « Art. 327... Si le terme de l'exécution est fixé au printemps ou à l'automne, ou au moyen d'indications de délais analogues, l'usage commercial du lieu de l'exécution sera observé... » Or, ici l'usage commercial n'est

(1) De Bar. T. II, p. 22.

pas autre chose que le langage commercial. « Art. 336. Les mesures, les poids, le titre de la monnaie, les espèces de monnaies, le calcul du temps et des distances, qui sont en usage là où le contrat doit être exécuté, doivent être considérés, dans le doute, comme ceux stipulés dans le contrat. » — « Art. 353. Si l'on a mentionné dans la convention comme prix d'achat, le prix du marché ou le prix de la bourse, on prendra comme base, en cas de doute, le prix du jour au temps de l'exécution, et au lieu où celle-ci doit avoir lieu, ou bien dans la ville commerciale d'après laquelle les cours se règlent audit lieu. »

235. — Pasquale Fiore fait remarquer avec raison, et ceci n'est que la confirmation de ce que nous venons de dire, qu'il n'en est plus ainsi s'il n'y a pas de lieu fixé pour l'exécution. Nous ferons seulement observer que ce lieu peut être fixé implicitement ou explicitement, que cette fixation peut résulter de la nature même de l'engagement, et qu'en fait il y a presque toujours un lieu fixé pour l'exécution. Nous ne nous rallions donc en aucune manière à son opinion (1) ni à celle de Toullier au sujet du cas suivant : Un Allemand vend à un Hollandais un fonds de terre lui appartenant, pour 2,000 florins, sans déterminer s'il entend parler du florin ayant cours en Allemagne ou de celui qui a cours en Hollande, lequel a une valeur différente. Dans ce cas, il faudrait, d'après ces auteurs, prendre en considération la valeur du florin ayant cours au lieu du contrat. Oui, si c'est le lieu où doit avoir lieu le paiement; non, si le paiement doit avoir lieu en Hollande. Et il ne faudra pas pour cela que, *dans le contrat même*, on ait désigné le lieu du paiement ainsi que le prétend M. Pasquale Fiore. Il suffira que ce lieu soit certain. C'est bien en ce sens que se sont exprimés les auteurs qu'il cite, et nombre d'auteurs mentionnés en note par M. de Bar (2) et auxquels on pourrait certes ajouter bien d'autres autorités (3). C'est en ce sens que

(1) Op. cit., p. 448.
(2) Tome II, p. 22.
(3) M. de Bar cite Burge, Story, Wheaton, Paul Voet, Jean Voet, Burgundus, Christiaens, Boullenois, Gand, Fœlix, Pardessus, Massé et Seuffert. On peut y ajouter pour ne parler que des auteurs modernes : Savigny, Asser, Weiss, etc...

nous paraît devoir être interprété le passage que Pasquale Fiore emprunte à Everard : « *Aestimatio rei debitae consideratur secundum locum ubi destinata est solutio, non obstante quod contractus alibi sit destinatus.* »

236. — Mais, nous l'avons dit, même en ce qui concerne les conditions de l'exécution, cette règle ne saurait avoir rien d'absolu. Waechter donne avec raison la préférence à la terminologie, au langage du lieu du contrat, dans l'exemple qu'il cite d'une compagnie d'assurances de Leipzig, ayant stipulé dans des statuts imprimés son irresponsabilité pour le cas où l'incendie résulterait d'une émeute. Lors même qu'il s'agirait d'un incendie ayant éclaté en pays étranger, le mot émeute devrait être interprété dans le sens qui lui est attribué par la loi saxonne, c'est-à-dire dans le sens qu'il a au lieu du contrat. Comment peut-on justifier cette solution? Par de pures considérations de fait. Une compagnie d'assurances, établie dans un pays déterminé, et qui traite avec des personnes résidant dans des pays divers, d'après un ensemble de conditions invariables, offertes à la masse du public, ne peut être censée attribuer aux termes dont elle se sert des sens différents, suivant le lieu où le sinistre viendra à se produire; et ceux qui traitent avec elle ne peuvent s'y attendre. Ils doivent, au contraire, admettre que les mots ont un sens uniforme dans le langage dont elle se sert; et quel peut être ce sens sinon celui qu'ils ont dans le pays où elle est établie? Et ce que Waechter dit de la condition de responsabilité qu'il prévoit, est vrai aussi de ce qui concerne le mode matériel d'exécution, la monnaie, par exemple. Remarquons, au surplus, que le lieu d'où l'offre émane, dans ce cas, ne sera pas toujours et nécessairement le lieu du contrat. Peu importe! Ces considérations juridiques sont ici sans importance. Il s'agit d'une pure et simple question de fait.

237. — Par la même raison, nous estimons que si un étranger, se trouvant momentanément ou de résidence à Bruxelles, traite avec une maison de commerce, de commission, d'entreprise de transport *établie* en cette ville, il

n'a pas le droit de s'attendre à ce que cette maison, en traitant avec lui, modifie, pour lui spécialement, la signification que les usages suivis en cette ville attribuent à certaines expressions, à certaines clauses. C'est à lui à s'expliquer, s'il entend leur attribuer un sens différent. Il n'en serait peut-être plus ainsi, s'il s'agissait d'une convention faite entre deux étrangers appartenant à la même nationalité, et devant être exécutée dans leur patrie commune. Il n'en serait pas toujours ainsi, même si, tout en appartenant à des nationalités différentes, ils étaient domiciliés dans le même pays étranger. Et il est fort douteux que cette solution dût être admise, lors même qu'ils n'auraient ni une nationalité, ni un domicile commun, quant au sens des termes par lesquels ils détermineraient les prix, mesures, contenances et poids. Enfin, si la convention était faite par correspondance, et sauf ce qui concerne les détails matériels de l'exécution, nous pensons avec Savigny qu'il faudrait, en thèse générale prendre en considération les sens des termes dans le langage habituel de celui qui a fait l'offre, ou, pour parler plus exactement, de celui qui pose les conditions.

238. — Toutes ces questions d'interprétation ne se confondent pas avec celle de savoir quelle est la loi qui régit le contrat. Il arrivera sans doute que, pour fixer le sens usuel d'un terme dans le langage de tel pays, on consulte une définition légale. La loi sera un document des plus importants à consulter à cet égard. Mais elle ne sera pas prise en considération en tant que loi, en tant que précepte du législateur ; elle le sera comme tout autre élément de nature à fixer le sens des termes dans un pays déterminé. Il n'y a pas, dans ce cas, nous le répétons, de conflit de lois à proprement parler. Il ne s'agit pas de savoir au moyen de quelle législation on comblera les lacunes que présente l'expression de la volonté des parties contractantes, mais de se rendre compte de la portée de cette expression. Sans doute, toutes ces questions présentent avec celle de savoir quelle est la loi qui régira le contrat, qui servira de droit supplétif, pour nous servir

des expressions de Savigny, une connexité intime. Et cette dernière question pourra quelquefois être résolue au moyen de l'interprétation. Mais elle ne peut pas toujours l'être de cette manière, et alors naît véritablement la question de savoir, quelle est la loi à l'empire de laquelle la convention est rationnellement soumise.

239. — Lorsque nous parcourons la jurisprudence belge et française, quant à l'interprétation des contrats, nous y constatons une tendance assez marquée à considérer la loi du lieu du contrat, et pour parler plus exactement le langage, la terminologie du lieu du contrat, comme devant exercer en cette matière une influence prépondérante. Plusieurs arrêts le disent en termes formels. Et, dans beaucoup de cas, cette considération sera, en effet, d'une grande importance. Mais quand nous examinons de près les diverses espèces, nous remarquons que si la règle a été affirmée en termes trop généraux, trop absolus, la plupart de ces décisions se justifient par des considérations de fait beaucoup plus sérieuses et déduites de l'intention probable des parties. La jurisprudence fait, en somme, assez bon marché de cette règle, chaque fois que son application ne s'accorderait pas avec leur volonté vraisemblable. Pour ne mentionner que des décisions rendues en Belgique pendant la dernière période décennale, nous citerons un jugement du tribunal de commerce d'Ostende, rendu en matière d'affrètement, aux termes duquel : « si un prix par tonne a été fixé pour le déchargement, il y a présomption que les parties ont eu en vue la tonne du lieu de déchargement [1] ». De même, dans les très nombreuses décisions, rendues pendant la même période en matière de vente sur l'interprétation des clauses *franco bord* à Anvers, *franco sur wagons* à Anvers, *caf Anvers*, etc., nous ne voyons pas que le tribunal se soit préoccupé du sens que ces expressions pouvaient avoir au lieu du contrat. Il semble plutôt

(1) Ostende, 24 juin 1886. P. A., 1887. II, 101.

n'avoir eu souci que du sens de ces expressions à Anvers même [1].

240. — Il est vrai que, dans toutes ces espèces, il s'agit de conventions commerciales. Mais ces questions surgissent rarement à propos de conventions purement civiles, et nous n'en connaissons pas d'exemple en Belgique. Quant à la jurisprudence française, elle confond, comme la plupart des auteurs, les questions d'interprétation avec la question de savoir quelle est la loi qui régit le contrat. Et, comme en ce qui concerne cette dernière question, elle attribue une prépondérance trop absolue, ainsi que nous le verrons, à la loi du lieu de l'exécution pour tout ce qui a trait à l'exécution, à la loi du lieu du contrat pour tout ce qui concerne l'étendue, le caractère de l'obligation, les conditions suspensives ou résolutoires expresses ou tacites, les causes de nullité, etc. [2], il en résulte qu'elle tombe dans le même vice de généralisation excessive, en ce qui concerne l'interprétation. La nationalité commune, le domicile commun des parties, la nature du contrat, bien d'autres circonstances sont des facteurs importants, quand il s'agit des questions d'interprétation, et il n'y a pas en cette matière de principe absolu. Notons même que cette jurisprudence va très loin dans l'exclusion de la loi du lieu du contrat, quand il s'agit de questions *ayant trait à l'exécution*. Et nous avons peine à admettre, par exemple, avec elle, que « le créancier ne pourrait, à moins d'une stipulation formelle, refuser des billets de banque, ayant cours forcé au lieu fixé pour le paiement, *encore* que le papier monnaie y ait été substitué aux espèces métalliques dans l'intervalle du contrat et du paiement ». Pasquale Fiore [3] discute longuement la question, mais ne donne en faveur de cette solution qu'une raison fort mauvaise. Il la base sur le principe que tout ce qui concerne le paiement est régi par la loi du lieu du paiement,

(1) Anvers, 6 sept. 1884, 7 juin 1887. P. A., 1885, 2, 215, et 1887, 1, 312. — Cour de Bruxelles, 22 janvier 1885. — *B. j.*, 1885, p. 308. — Cour de Gand, 17 juin 1882. — *B. j.*, 1882, p. 905.

(2) Weiss. 2e édition, pp. 548 et ss.

(3) Op. cit., p. 471.

maxime ancienne qui n'a d'autorité que dans la mesure où elle est fondée en raison, et dont il faut contrôler la valeur et les applications. Or, en matière d'interprétation, tout se résume dans une question d'intention ; Pasquale Fiore lui-même le reconnaît. Nous nous demandons s'il est possible que les parties aient eu en vue, au moment où elles ont contracté, un paiement en un papier monnaie qui n'existait pas encore et n'a été mis en circulation que plus tard, qui représenterait une valeur inférieure à celle sur laquelle le créancier a compté, et à la prestation de laquelle le débiteur a entendu s'engager. Nous nous rallions, en ce point, à l'opinion contraire de Pardessus et de Massé (1).

241.—Bien que l'on ne trouve, dans l'excellent ouvrage de M. de Bar, que quelques pages sur la question d'interprétation, qu'il distingue du reste, comme nous l'avons fait, de celle de savoir quelle est la loi qui régit le contrat, tout en reconnaissant la parenté étroite de ces deux questions, il fait à ce sujet des observations d'une grande justesse (2). Lorsqu'il s'agit d'interprétation proprement dite, il n'est pas possible de tracer une règle de droit international privé précise et satisfaisante, pas plus que lorsqu'il s'agit d'un contrat complètement soumis à la loi d'un pays déterminé. Il signale parmi les éléments les plus importants à consulter : la langue dont les parties se sont servies, le lieu du contrat, le lieu d'où sont datés les écrits, les formulaires, le langage usuel de celui qui a fait l'offre, lorsqu'il s'agit d'une offre faite par l'un, acceptée purement et simplement par l'autre (3). Le domicile commun lui paraît avoir aussi de l'importance. Nous ajouterons qu'à défaut d'un domicile commun, une nationalité commune pourra également être prise en considération, surtout si le lieu du contrat est fortuit, et qu'enfin, comme nous l'avons fait observer plus haut, le fait qu'un particu-

(1) Pardessus. *Droit commercial*, nº 1495bis. — Massé. *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens*, T. I, pp. 548 et 549.

(2) T. VI, pp. 33 et ss.

(3) Il cite, en ce sens, certaines décisions judiciaires allemandes que nous croyons inutile de rapporter ici.

lier traite avec une maison de commerce, d'après les conditions générales insérées dans les factures de celle-ci, d'après des formules imprimées, par exemple, sera de la plus haute importance pour la détermination du sens des termes de la convention.

242. — La jurisprudence et la doctrine anglo-américaines sont, peut-être, plus favorables encore que la jurisprudence et la doctrine françaises, au système d'après lequel on devrait prendre en considération le lieu du contrat, lorsqu'il s'agit d'interprétation, tout au moins quand il n'est pas question des détails matériels de l'exécution. Mais il faut s'entendre. Plusieurs auteurs combinent ce système avec la règle romaine : « *Contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur, in quo, ut solveret, se obligavit*[1]. » Et Dudley Field, qui résume sans doute l'opinion généralement admise, indique comme loi qui régit l'interprétation *de chaque stipulation* du contrat : I. La loi de la nation qu'elles ont désignée à cet effet par une clause qui forme partie de leurs conventions, ou II. si elles n'en ont point désigné, celle du lieu *où cette stipulation doit, d'après la convention, être intégralement exécutée*, ou III. si la convention est muette, à cet égard, celle du lieu où le contrat a été conclu ; mais dans ce cas on a égard à la manifestation d'une volonté contraire[2]. Dudley Field reconnaît au surplus qu'on devrait peut-être admettre d'autres circonstances comme indicatives de la volonté des parties, et il en mentionne plusieurs. Il suit de là que l'on n'est pas bien loin de se rallier, dans cette théorie, au principe que nous considérons comme fondamental en cette matière : c'est qu'il est impossible d'établir des règles générales et absolues, en ce qui concerne l'interprétation des termes dont les parties se sont servies.

243. — Quand on examine de près le système anglo-américain, on constate que la loi du lieu de contrat, prépondérante d'après ce système, en matière d'interpré-

(1) L. 21 de *Obl. et act.* XLIV, 7.
(2) N° 603.

tation, se confond avec la loi du lieu de l'exécution qui régit les effets du contrat selon Savigny. Mais, tandis que Savigny ne reconnaît pas, en thèse générale, la prépondérance exclusive de cette loi en matière d'interprétation proprement dite, et déclare que tout dépend des circonstances, les auteurs *américains* l'affirment même en cette matière(1). Tout au moins Dudley Field résume-t-il leur doctrine de cette manière, et il cite, en ce sens, plusieurs décisions judiciaires. La jurisprudence anglaise ne semble pas tout à fait aussi absolue que celle des Etats-Unis, et M. Westlake la résume ainsi qu'il suit dans la *Revue de droit international* (1882, p. 292), en ce qui concerne l'*interprétation* des contrats : « Le vrai *sens* d'un contrat présente une question de fait, dont, à la vérité, une loi qui gouverne toute la matière d'un procès, peut disposer à sa guise, mais sur laquelle la jurisprudence s'est sagement abstenue de dicter le choix d'une loi, dès qu'il est

(1) Il semble que Fœlix soit l'un des auteurs qui ont contribué le plus à vulgariser cette idée : qu'en matière d'interprétation, il faut s'en tenir à la loi du lieu du contrat. Malgré l'érudition remarquable de ce jurisconsulte, il importe de se défier de ses citations, spécialement quand il s'agit d'autorités anciennes, et de ne les accepter que sous bénéfice d'inventaire. Laurent a signalé plusieurs de ses erreurs. Pour n'en donner qu'un exemple, dont Laurent ne fait pas mention, Fœlix met entre guillemets cette citation de Burgundus (*Tractatus VI*, nº 8) : « Si les parties ne se sont pas clairement expliquées, il faut suivre les lois et usages du lieu où le contrat a été passé. Ce que les contractants ont omis est suppléé par la loi qui est le régulateur de l'Etat, et dont la voix est entendue par les nationaux comme par les étrangers qui se trouvent dans le pays, et qui ne peuvent s'excuser de leur ignorance; si l'individu ne s'est pas *clairement exprimé* dans le texte du contrat, il est censé s'en être rapporté à la loi. » Il y a ici une confusion que Burgundus ne fait pas. Cet auteur suppose qu'une partie ait *gardé le silence* sur la question de savoir par quelle loi le contrat serait régi. On observera alors les règles suivies là où le contrat a été passé. « Celui qui contracte dans une province étrangère, ne doit point être considéré comme ignorant la coutume : il doit être censé, dans la mesure qu'il garde le silence, s'en référer à l'interprétation des lois (c'est-à-dire à l'interprétation que font les lois de son silence), et vouloir ce que veut la loi elle-même. » Il ne s'agit point de l'interprétation de termes obscurs, mais du droit supplétif, de la question de savoir quelle est la loi qui supplée au silence des parties, qui comble une lacune dans l'expression de leur volonté. Au surplus, Burgundus, après avoir indiqué ensuite certaines questions qui ne peuvent point être résolues d'après la loi du lieu du contrat, ajoute : « *Quare satis mirari non possum, quid scriptoribus in mentem venerit, omnem rerum cogitationem a contractibus excludere, et generaliter obligationes interpretari secundum consuetudines loci ubi sunt celebratae.* » D'où il suit que, même pour ce genre d'interprétation, il est bien loin d'admettre comme règle absolue, la loi du lieu du contrat, et il ne comprend pas comment cette idée a pu se glisser dans la tête de certains écrivains.

possible d'invoquer des législations diverses. » Cette doctrine nous paraît exacte en principe, et elle s'accorde avec celle que nous préconisons.

## *Section* II. — *De la loi qui régit l'effet des conventions.*

### § I. — Dans quelle mesure la détermination de cette loi dépend de la volonté des parties contractantes.

244. — Il est un principe sur lequel tout le monde est d'accord aujourd'hui, c'est que, si les parties contractantes sont capables, si leur activité juridique ne se heurte contre aucune prohibition légale, si elles respectent les conditions de forme, l'effet de leurs conventions est régi par leur volonté, quelle que soit leur nationalité, quel que soit leur domicile, quel que soit le lieu où se forme le contrat. Ce principe ne saurait être, et n'a jamais été sérieusement contesté. C'est ce que l'on appelle l'autonomie des parties contractantes. Le terme n'est peut-être pas très heureusement choisi, mais il suffit qu'il y ait accord sur le principe et cet accord existe. La portée exacte de cette règle n'est pas difficile à déterminer, d'après ce que nous avons dit plus haut. Il y a, dans toutes les législations, des dispositions qui déterminent la capacité de l'individu, des dispositions d'ordre public ou d'intérêt social, des dispositions sur la forme des actes, sur les formes de publicité, et même sur ces formes que l'on a appelées substantielles. Tout cela sort évidemment du domaine de la liberté des citoyens, de leur autonomie. Mais il y en a d'autres qui ne constituent, en réalité, que des présomptions légales de la volonté des parties, quant aux effets qu'elles ont voulu attacher à leurs conventions. Il ne leur est pas défendu d'y déroger, puisqu'elles peuvent déroger à toutes les lois qui n'intéressent pas l'ordre public ou les bonnes mœurs. L'utilité de ces dispositions consiste, en ce qu'elles dispensent les parties de déterminer d'avance avec précision tous les effets de leurs conventions. Mais il est incontestable que les parties peuvent les préciser elles-mêmes. L'art. 1387 du Code civil, concernant la matière si importante des

conventions matrimoniales, contient la reconnaissance et l'application de ce principe. L'art. 1134, du Code civil. énonce le principe.

245. — Laurent en conclut à juste titre que les Français, qui contractent en pays étranger, peuvent déclarer qu'ils entendent être régis par la loi étrangère, et qu'en conséquence la loi étrangère devrait leur être appliquée même en France, quant aux effets de leurs conventions. Cela est incontestable, pourvu, bien entendu, que leurs conventions, dont la portée est ainsi déterminée, ne portent pas atteinte à l'ordre public français. Il en est exactement de même du cas où des étrangers se trouvant en Belgique se réfèreraient à la loi belge. Mais nous irions plus loin, et nous ne verrions aucun obstacle à ce que des Belges contractant en Belgique s'en réfèrent à la loi étrangère, quant à l'effet de leurs stipulations entre eux. Aussi longtemps que l'ordre public n'est point lésé par leurs conventions, ils conservent une liberté entière. Les jurisconsultes de l'école statutaire, même ceux qui appartenaient à l'école dite réaliste, ont tous admis en principe l'autonomie des parties contractantes. La grande querelle de Dumoulin et de D'Argentré ne portait que sur le point de savoir, si les époux qui se marient sans contrat, sous le régime d'une coutume établissant, à défaut de conventions expresses, la communauté légale, devaient être considérés partout comme mariés sous le régime de la communauté légale, même dans des provinces régies par d'autres lois et relativement aux biens y situés. Pour Dumoulin, la communauté légale n'était fondée que sur l'acceptation tacite des parties, sur leur convention tacite, sur leur volonté présumée. Pour D'Argentré, la communauté légale était un régime *imposé* par la loi en l'absence de conventions contraires, bien que ces termes semblent impliquer contradiction, et la coutume qui l'établissait était essentiellement territoriale en tant qu'il s'agissait d'appliquer ce régime aux immeubles. Comme nous l'avons vu, cette longue querelle s'est terminée en France par le triomphe de la théorie de Dumoulin. Mais, sur le prin-

cipe de la liberté des conventions pour les parties, l'on était d'accord.

246. — Il faut s'entendre toutefois sur la portée du principe, aux termes duquel l'effet des conventions est régi par la volonté des parties contractantes. Il ne s'agit, bien que la remarque n'en soit pas faite en général, que de l'effet des conventions entre les parties, et non de celui qu'elles peuvent produire vis-à-vis des tiers. Il est vrai, qu'aux termes de l'art. 1165, les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes. Mais la portée de cette formule trop générale est précisée et restreinte par la suite de cet article. Cela signifie simplement, on le sait, qu'elles ne leur nuisent pas, et qu'en thèse générale elles ne leur profitent point, c'est-à-dire qu'ils ne peuvent par une convention, dans laquelle ils ne sont point intervenus, ni perdre un droit entré dans leur patrimoine ni en acquérir un nouveau. Mais les conventions produisent certainement effet vis-à-vis des tiers, en ce sens qu'elles existent vis-à-vis d'eux, qu'ils doivent les respecter, et que celui qui a aliéné valablement un droit au profit de Pierre ne peut plus, en règle, le céder valablement à Paul. Il y aurait lieu, dans ce cas, à l'application de la maxime *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse hebet*. Et l'acquéreur subséquent auquel l'acquéreur antérieur opposerait son titre d'acquisition, invoquerait vainement la maxime que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes.

247. — Les conventions translatives de propriété ou de droits réels immobiliers, celles mêmes qui ne donnent naissance qu'à des droits personnels, peuvent en ce cas produire effet vis-à-vis des tiers, et il est même certaines conventions dont l'effet principal, essentiel, se produit vis-à-vis d'eux, par exemple les contrats constitutifs de gage, de nantissement ou d'hypothèque, si bien que sans cela ils n'en produiraient pour ainsi dire aucun. Mais il est évident qu'ici la liberté des parties n'est plus entière, leur volonté n'est plus autonome, pour nous servir d'une expression reçue. Les tiers, c'est le public, c'est la société.

Le législateur peut subordonner à certaines conditions l'effet des conventions vis-à-vis d'eux, surtout s'ils sont de bonne foi. C'est ainsi que la propriété et les droits réels immobiliers, valablement transmis entre parties par le seul effet de la convention, ne le seront vis-à-vis des tiers de bonne foi, que si l'acte a été transcrit; que l'effet d'une vente mobilière vis-à-vis des tiers est forcément restreint par l'art. 2279 du Code civil : *en fait de meubles, possession vaut titre;* que le cessionnaire d'une créance, d'un droit, ou d'une action, n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur, ou par l'acceptation de ce dernier consignée dans un acte authentique (art. 1690, C. civil); que les hypothèques n'ont de rang entre les créanciers que du jour où elles ont été inscrites (art. 81 l. hyp.); que l'effet du gage est subordonné à l'enregistrement et à la possession réelle (art. 2274 et 2276, C. civil). Il est évident qu'il ne peut pas dépendre de la volonté seule des parties, de se soustraire à l'application de ces dispositions. Il n'est plus question ici de droit supplétif. De même, si, en vertu de telle ou telle disposition légale, la transmission de propriété ne s'opérait point par le seul effet de la vente, mais seulement par la tradition, peut-être les parties pourraient-elles déroger à ce principe, en ce qui concerne l'effet de la convention entre elles, mais elles ne le pourraient certainement pas en ce qui concerne ses effets vis-à-vis des tiers.

248. — Quelle est maintenant la loi qui régira *ces effets* de la convention? Il importe d'en dire quelques mots. C'est, d'après maints auteurs, d'après M. Asser par exemple, la loi de la situation des immeubles, et aussi celle de la situation des meubles, au moment où il s'agit d'opposer à des tiers le droit résultant de la convention. C'est précisément ce qui le conduit à dire qu'un droit de gage constitué sans mise en possession préalable, dans un pays où la mise en possession n'est pas exigée pour la validité de gage, s'éteint, si plus tard cette chose est transportée dans un pays où il n'y a pas de gage sans

mise en possession. Et il considère cette solution comme une application de la règle, que les meubles, comme les immeubles, sont régis par la loi du lieu de leur situation. La solution nous paraît exacte, mais est-il vrai que ce ne soit là qu'une application de ce principe général? Nous ne le pensons point. Si l'on applique ici, en ce qui concerne l'effet, *vis-à-vis des tiers*, des conventions ayant pour objet des immeubles, et même des meubles, la loi de la situation, c'est à titre de loi d'intérêt général, de loi d'intérêt public, ce n'est pas en vertu du principe général que les biens sont régis par la loi de leur situation. Sinon il serait logique d'appliquer, en ce qui concerne les conventions ayant pour objet des meubles, la loi de leur situation au moment du contrat. Le principe de l'art. 3, § 3, du Code civil ne concerne, sauf ce qui a été observé quant au droit successoral, que la classification des immeubles, la question de savoir quels sont les droits que l'on peut acquérir sur ces biens, et les modes d'acquisition en dehors des conventions. On comprend parfaitement que la loi territoriale détermine, d'une manière absolue, les droits dont un immeuble ou un meuble peut être la matière, et même de quelle manière ces droits peuvent être acquis, abstraction faite des conventions. On comprend, qu'interprétant la volonté muette des parties, elle dise qu'une convention n'aura pour effet la translation d'un droit réel, même entre elles, qu'à la condition qu'elle soit suivie de la tradition. Mais si l'on peut admettre qu'en l'absence de cet acte consécutif, elle refuse d'une manière absolue de considérer la convention comme ayant effet translatif au regard des tiers, on ne conçoit pas qu'elle interdise aux parties de lui attribuer cet effet pour ce qui concerne leurs rapports entre elles. Cela serait contraire à la règle, suivant laquelle les conventions légalement formées tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faites (art. 1134, C. civil). En vain objecterait-on que la loi suppose des conventions légalement formées; car on ne peut, semble-t-il, considérer comme illégales, quant à leurs effets, que celles dont les effets seraient contraires à des lois d'intérêt général.

249. — Nous savons bien que l'on attribue généralement une portée plus grande au principe, d'après lequel les immeubles sont régis par la loi du lieu de leur situation. Ce n'en est pas moins, semble-t-il, la seule que la saine raison permette de lui attribuer. Au surplus, les auteurs sont loin d'être d'accord sur la portée de la maxime, en ce qui concerne les conventions. « Relativement aux modes d'acquisition, » dit M. Weiss, « il faut faire une distinction. — Les uns sont, par leur organisation même, étrangers en principe *à l'ordre public international;* ce sont ceux qui reposent sur une convention, c'est-à-dire sur un accord de volontés autonomes; les règles applicables à la détermination et à l'interprétation de ces volontés seront exposées au titre suivant. Aucune différence ne doit être faite, à cet égard, entre meubles et immeubles[1]. » Et il oppose à ces modes d'acquisition ceux qui sont « par eux-mêmes intimement liés à l'ordre public *international* », « par exemple, » ajoute-t-il, « l'occupation et la prescription[2]. »

Nous aurions quelques réserves à faire sur les termes dont se sert M. Weiss. Ils pèchent par leur généralité excessive. C'est aller trop loin que de dire que l'acquisition de la propriété par convention est étrangère en principe à l'ordre public international, parce que les conventions constituent un accord de volontés autonomes. Cela n'est vrai que dans la mesure où ces volontés sont véritablement autonomes. Elles ne le sont plus, non-seulement dès qu'il s'agit d'une convention illicite en elle-meme, mais dès qu'il s'agit de l'effet des conventions vis-à-vis des tiers. Mais, sauf cette réserve, qui est évidemment dans la pensée de M. Weiss, sa distinction nous paraît absolument juste. Or, il n'y a aucune considération ni de moralité publique, ni de droit public, ni d'intérêt général, qui s'oppose à ce que les parties stipulent que la vente, par elle-même, sans tradition, sera translative de propriété, au point de vue des relations des parties entre elles. Il en

(1) Op. cit., p. 590.
(2) Op. cit., pp. 279 et ss.

est autrement vis-à-vis des tiers, et, comme c'est en définitive le juge de la situation de l'immeuble qui seul en peut garantir les transmissions successives d'une manière absolue, comme les conditions, auxquelles il subordonne cette transmission vis-à-vis des tiers, reposent sur des motifs d'intérêt public, il n'est point permis d'y déroger ; et ce sera par la force des choses la loi de la situation des immeubles qui prévaudra, quant à l'acquisition et à la perte des droits réels dont ils peuvent être l'objet au regard des tiers, non pas précisément comme loi de la situation, mais comme loi d'intérêt général.

250. — S'il en est ainsi, il n'y a pas de motif, ici non plus, pour distinguer entre les meubles et les immeubles. Dès que l'intérêt des tiers, qui est considéré comme un intérêt général, est engagé, la convention, fût-elle relative à des meubles, ne pourra prévaloir contre cet intérêt, et, par la force des choses, on appliquera la loi de la situation des meubles, *au moment où le droit résultant de la convention devrait leur être opposé*. Ce serait trop dire cependant que d'affirmer, avec M. Asser, que le droit de gage s'éteint par le transport de la chose mobilière dans un pays où la mise en possession est exigée. La vérité est qu'il ne pourra être opposé à des tiers créanciers chirographaires *dans ce pays*, parce que l'intérêt général s'y oppose. Le système de M. Asser conduit à cette conséquence un peu bizarre, que le droit de gage revit, si l'objet mobilier est de nouveau transporté dans un pays où la loi n'exige pas la formalité de la mise en possession préalable. Cela serait étrange, mais ce n'en serait pas moins logique dans le système de cet auteur, et, en outre, conforme à l'équité. De sorte que l'on se trouverait en présence d'un contrat, d'un droit réel qui, valablement formé et constitué à l'origine, s'éteindrait et renaîtrait de ses cendres, tour à tour, suivant les pérégrinations de l'objet. La vérité nous paraît être que le gage ne s'éteint pas, s'il a été valablement constitué à l'origine, en quelque lieu que l'objet engagé soit transporté ; l'expression est inexacte. Mais le droit réel, dont il est la source, ne peut être exercé au

préjudice des créanciers du débiteur gagiste, si l'objet est transporté dans un pays où la loi exige d'autres conditions pour la validité du gage. Nous examinerons avec plus de précision, lorsque nous traiterons spécialement du gage, les diverses questions qui peuvent s'élever ici, nous bornant à faire remarquer pour le moment que ce contrat présente, comme l'hypothèque, ce caractère particulier d'intéresser toujours essentiellement les tiers.

251. — A part l'effet que les conventions peuvent produire, ou ne pas produire, au regard des tiers, à part les questions de capacité, de forme, et d'ordre public ou d'intérêt général, la volonté des parties se meut librement et sans entraves. Et il ne s'agit que de savoir par quelle loi elles sont censées vouloir que l'effet de leurs conventions soit régi, lorsqu'elles gardent le silence sur ce point, lorsque l'expression de leur volonté présente des lacunes. Mais il est un point cependant, qu'il est impossible de perdre de vue. Pour que l'accord des consentements, relativement à la question de savoir quelle est la loi qui régira l'effet de la convention, soit respecté, il faut que cet accord de consentements soit réel, qu'il ne soit pas vicié. C'est une question préalable, et qui semble avoir échappé, comme nous le verrons plus loin, à l'attention de la plupart des auteurs. Dire que la question de savoir s'il y a consentement valable, si la convention peut être résiliée pour cause de violence, d'erreur ou de dol, doit être appréciée d'après telle ou telle loi, *en tant que loi à laquelle les parties se seraient tacitement soumises*, qu'elles auraient tacitement acceptée, c'est tourner véritablement dans un cercle vicieux. Si le consentement est seulement apparent, s'il est infecté d'erreur, de dol ou de violence, ce vice originel n'entache pas seulement la convention elle-même, mais aussi cet accord de volontés, en vertu duquel les parties auraient accepté telle ou telle loi comme règle des effets, et même de la validité de leurs conventions. On ne pourrait donc pas y avoir égard.

## § II. — Aperçu historique, et appréciation des divers systèmes.

252. — La doctrine la plus ancienne, sur la loi qui régit les effets des conventions, est celle des postglossateurs italiens. Bartole, dont l'opinion a été suivie par la plupart de ses successeurs, enseignait, que, lorsqu'il s'agit des effets *naturels* des conventions, c'est-à-dire des conséquences que le contrat impliquait normalement dès son origine, il faut s'attacher à la loi du lieu du contrat, c'est-à-dire du lieu où le contrat s'est formé. S'agit-il des conséquences dérivées après coup du contrat, par suite de la négligence ou de la demeure du débiteur, il faut s'attacher au lieu désigné pour l'exécution, ou, dans le cas où il n'y en a pas, au lieu de l'instance. C'est, comme le fait remarquer M. Laîné (T. I, p. 136), la distinction faite par Fœlix entre les effets et les suites du contrat, bien que cet auteur s'abstienne de mentionner Bartole à ce propos. Les postglossateurs basaient cette distinction sur des motifs divers : Bartole sur ce que les parties deviennent sujets temporaires du pays où elles accomplissent un acte juridique, Paul de Castre sur ce que la loi du lieu où le contrat se fait est la loi originaire du contrat, Rochus Curtius sur ce que les parties ont tacitement accepté cette loi, etc...

Dumoulin a eu des vues plus nettes et plus larges au sujet de la question. Il distingue entre ce qui dépend de la volonté des parties, et ce qui n'en dépend pas. Pour tout ce qui en dépend, cette volonté doit être recherchée dans les circonstances, à défaut d'avoir été formulée en termes exprès. Le lieu du contrat est une de ces circonstances, mais non la seule. Il n'admet, en aucune manière que, même en ce qui concerne les effets naturels, normaux du contrat, ceux qui constituent son exécution, et non les conséquences de son inexécution, il faille toujours s'en tenir à la loi du lieu du contrat. Si deux parties domiciliées dans le même lieu font une convention en pays étranger, lors même qu'il s'agirait de la vente d'un immeuble situé dans ce pays, elles seront soumises en thèse géné-

rale à la loi de leur domicile, quant aux effets de ce contrat et notamment quant à la garantie du chef d'éviction. Si elles ne sont pas domiciliées dans le même lieu, on appliquera la loi du lieu du contrat. Et cette règle même n'est pas absolue, il faut toujours consulter la volonté probable des parties. S'agit-il d'un fonds vendu à tant la mesure, alors que la mesure varie d'après les lieux, on s'attachera à la mesure du lieu où le fonds est situé ; mais si une vente ou un legs comprend des biens situés en différents lieux où il existe des mesures différentes, il faut s'attacher à la loi du lieu où se trouve le domicile des parties ou le domicile du testateur. Il s'agit toujours pour lui d'une question de fait plutôt que de droit. En somme, la loi régulatrice des effets de l'acte juridique, lorsqu'il dépend de la volonté libre des parties, sera toujours celle que les parties ont vraisemblablement acceptée. Ce sera tantôt la loi du domicile, tantôt celle du contrat, tantôt celle de l'exécution qui se confond souvent avec celle de la situation de la chose, sans qu'il faille distinguer entre les effets naturels, normaux du contrat, et les conséquences de l'inexécution, entre les effets proprement dits et les suites. Il faut plutôt examiner dans chaque cas particulier de quel effet et de quelle suite il s'agit. Et Dumoulin ne distingue pas davantage, à cet égard, entre les conventions relatives aux immeubles et celles relatives aux meubles. Il étend même son principe aux conventions tacites, à l'adoption de la communauté légale ; et nous avons déjà fait allusion au célèbre débat qui s'est élevé sous ce rapport entre D'Argentré et lui. Mais, en ce qui concerne les effets qui ne dépendent point de la volonté des parties, l'illustre jurisconsulte distingue. Il faut voir si la loi qui les règle est édictée en considération de la personne, ou en considération des biens.

253. — D'Argentré, le grand adversaire de Dumoulin, ne s'est guères occupé de la question de savoir quelle est la loi qui gouverne les effets du contrat, en tant que ceux-ci dépendent de la volonté des parties. Toute son attention s'est concentrée sur la grande division des

statuts en personnels et réels. Il semble cependant résulter de sa doctrine, en ce qui concerne la communauté légale, qu'il est bien loin d'admettre le système de Dumoulin, quant à l'effet des dispositions de droit supplétif en général. Elles n'ont pas, comme les stipulations expresses des parties, un effet extraterritorial; elles n'ont pas la valeur d'une convention tacite, et c'est toujours le législateur qui parle et qui se substitue aux parties, sans se préoccuper de leur intention. Pas plus que les autres dispositions légales, elles ne s'étendent aux immeubles situés ailleurs. Il est vrai qu'il n'applique formellement cette doctrine qu'à la communauté légale, mais elle pourrait conduire à des conséquences analogues, s'agissant de toute autre disposition de droit supplétif, bien qu'en établissant la communauté légale, le législateur forge de toutes pièces une convention quant aux biens, là où il n'y a rien, au moins quant aux biens, tandis qu'il se borne en général dans le droit supplétif à combler les lacunes que présente l'expression de la volonté des parties, là où il y a une convention réelle, et où elles se sont incomplètement exprimées sur ses effets. Quoi qu'il en soit, dès qu'il s'agit de meubles, il admet en vertu de la règle *mobilia sequuntur personam*, que les dispositions légales dont il s'agit peuvent recevoir application partout. Et lesquelles applique-t-il? Celles de la loi du domicile, nullement celles du lieu du contrat. Quant aux dispositions impératives ou prohibitives, D'Argentré se borne à distinguer, comme nous l'avons dit, entre les statuts personnels et les statuts réels : mais il ne s'occupe pas de ces dispositions qui, sans être fondées sur la qualité de la personne, ni sur l'intérêt du régime immobilier, ont cependant pour effet d'invalider la convention en vertu de considérations d'un autre ordre, par exemple de considérations de morale ou simplement de justice, de raisons fondées sur les vices du consentement, ou sur d'autres circonstances.

254. — On trouve donc, à cet égard, dans la doctrine de D'Argentré, les mêmes lacunes que dans la doctrine de

Dumoulin, et elles y sont plus explicables, puisqu'il ne s'est occupé qu'à un point de vue spécial de la question de savoir quelle est la loi qui régit les contrats. Burgundus est beaucoup plus explicite, et il consacre une longue et intéressante dissertation (*Tractatus quartus*) à la question de savoir quelle est la loi qui régit les contrats. Son système se rapproche, en somme, beaucoup de celui des post-glossateurs italiens, et se résume en cette règle que : *tout ce qui concerne la solemnité de l'acte ou les effets qui jaillissent de la nature même du contrat, au moment où il se fait, est régi par la coutume du lieu où il est formé, et ce qui concerne le complément, l'exécution du contrat ou les événements subséquents, est ordinairement régi par la loi du lieu où doit se faire le paiement.* C'est bien la distinction entre les effets et les suites qui reparaît. Mais il faut observer que, chez Burgundus, elle subit des modifications assez importantes dans l'application. C'est ainsi qu'il admet que, lorsqu'on vend un fonds situé à Alost, quel que soit le lieu du contrat, les droits du fermier doivent être respectés, et qu'en outre, le vendeur a le *jus pœnitendi*, parce que telle est la coutume à Alost. Bien plus, après s'être occupé avec un soin particulier des causes diverses qui peuvent invalider la convention (et cette partie de sa dissertation n'est pas la moins riche de détails [1]), après avoir déclaré que, pour apprécier si une stipulation est illicite ou non, il faut s'en rapporter à la loi du lieu du contrat, notamment en ce qui concerne les intérêts usuraires, il ajoute : « *Et haec quidem cuncta de*

(1) Une stipulation, dit Burgundus, peut être vicieuse en la forme, inutile ou illicite : « vitiosa, alias inutilis, alias illicita. » Quant à la forme, on consulte la loi du lieu où l'acte est accompli « *ubi fit negociatio* ». Notons qu'il fonde cette opinion sur ce que les parties *sont soumises* à la loi du lieu où elles agissent. La stipulation est *inutilis*, lorsqu'il n'y a pas de lien juridique, ou lorsque ce lien est résolu ; et cette inutilité peut résulter du lieu, du temps, de la personne ou d'autres circonstances : du lieu, si la convention a été faite, par exemple, dans un cabaret « *in taberna potoria inter pocula* » ; du temps, si elle a été faite un jour férié, et, dans ce cas, il applique la *lex loci actus*, parce que cela se rattache, d'après lui, à la forme. Elle est *inutilis* à raison de la personne, quand on contracte avec un incapable, et ici il recourt à la loi personnelle, sauf pour les aliénations immobilières. Mais il en revient à la *lex loci contractus* lorque la convention est illicite, par exemple, dit-il, lorsqu'un intérêt trop élevé a été stipulé.

*solemnitate dicta sint. Ceterum ut sciamus contractus ex parte materiae utilis sit vel inutilis, ad leges quae rebus de quibus tractatur impressae sunt, hoc est ad consuetudinem situs respiciemus.* » Voici donc la loi de la situation qui remplace la loi du lieu du contrat. C'est probablement au cas où il s'agit d'immeubles, dans la pensée de l'auteur.

255. — C'est à peu près la théorie de la plupart des jurisconsultes statutaires, en matière de contrats, celle de Paul Voet, par exemple, bien qu'il l'expose en termes différents, en qualifiant de *lieu réel du contrat* celui où le contrat est conclu, et de *lieu fictif du contrat* celui où il doit être exécuté. Cela lui permet d'appliquer, en apparence d'une manière plus constante, la loi du lieu du contrat; mais, au fond, c'est toujours la doctrine et la distinction des postglossateurs, assouplie aux exigences de la doctrine statutaire, chaque fois qu'il s'agit de biens immeubles. Les observations si profondément sages de Dumoulin, en ce qu'elles tendaient à repousser toute application de la loi du lieu du contrat dans les matières qui dépendent de la liberté des parties, plutôt que de la loi du domicile, ou de la loi du lieu de l'exécution, semblent avoir été perdues de vue. Peut-être avaient-elles le défaut, aux yeux de certains jurisconsultes assez imbus de l'esprit de système, de n'être pas suffisamment un système. Il n'y a pas jusqu'au président Bouhier, malgré son indépendance relative à l'égard des jurisconsultes antérieurs, malgré son incontestable originalité, qui n'ait conservé dans ses écrits les éléments de l'ancienne distinction des post glossateurs sous une forme plus ou moins voilée. Le vêtement est différent, mais l'être est resté le même. Il distingue même si nettement ce qui concerne l'exécution du contrat, de ce qui touche au contrat lui-même, au lien obligatoire, qu'il range les dispositions concernant l'exécution dans le statut réel, ce qui est au moins bizarre, et ne peut se justifier que lorsqu'il s'agit des formalités judiciaires par lesquelles l'exécution peut être exigée, et l'inexécution constatée.

256. — Le système des postglossateurs n'a pas été sans exercer une influence considérable sur la doctrine le plus généralement adoptée de nos jours, en France, en Belgique et dans d'autres pays. Mais on le combine actuellement, dans une certaine mesure, avec les observations de Dumoulin ; et si, d'après beaucoup d'auteurs, on doit appliquer tantôt la loi du lieu du contrat, tantôt la loi du lieu destiné ou fixé pour l'exécution, suivant qu'il s'agit de conséquences plus ou moins éloignées, plus ou moins indirectes de la convention, c'est en vertu de la volonté présumée des parties, pour autant qu'il s'agisse d'effets dépendant de leur volonté. Il faut du reste reconnaître que ce système est exposé de façons assez diverses, et que très souvent on ne distingue pas avec assez de précision, ce qui dépend de la volonté des parties, de ce qui échappe absolument à leur autonomie. Nous devons renoncer naturellement à exposer toutes les formes sous lesquelles cette théorie a été exposée et défendue : ce serait un travail fastidieux et trop considérable. Nous nous bornerons à la retracer, telle qu'elle a été formulée dans un des ouvrages les plus récents, et en même temps les plus remarquables, malgré sa forme concise, qui aient été publiés sur le droit international privé, dans l'ouvrage de MM. Asser et Rivier ; et nous signalerons les imperfections qu'elle présente à notre avis, et les quelques modifications qu'elle doit subir d'après d'autres auteurs. Nous passerons ensuite en revue les autres systèmes qui ont été proposés pour la solution de ces problèmes, et nous les examinerons également avec le respect que méritent les autorités qui y ont adhéré.

Ces systèmes consistent *a*) dans l'application de la loi du lieu où l'obligation doit être exécutée, *b*) dans celle de la loi du domicile du créancier, *c*) dans celle de la loi personnelle (loi du domicile ou loi nationale du débiteur). Il existe donc en cette matière quatre systèmes différents, pour ne pas parler des cas où la préférence doit être incontestablement donnée à la *lex rei sitae*, ou à la *lex fori*, s'agissant de questions qui échappent à l'autonomie des parties contractantes.

### 1er SYSTÈME. — LOI DU LIEU DU CONTRAT COMBINÉE AVEC CELLE DU LIEU DE L'EXÉCUTION.

257. — Fœlix avait déjà préconisé, sans indiquer la source à laquelle il l'avait empruntée, la distinction entre les effets et les suites du contrat qu'il avait, en somme, puisée dans Bartole et dans ses successeurs. Merlin et plusieurs auteurs l'avaient, du reste, admise à propos de l'effet rétroactif des lois quant aux conventions. Toutefois Demolombe, tout en le suivant à cet égard, reconnaît que la distinction est des plus délicates, et représentée d'ailleurs par des termes presque synonymes : effet et suites. Il croit qu'il faut s'en défier. « Mais » ajoute-t-il, « *s'il fallait* poser ainsi une différence entre les effets et les suites des contrats, je crois qu'on pourrait dire, avec Merlin, que l'on doit considérer comme suite, et non comme effet, ce qui arrive à l'occasion du contrat, mais n'a pas une cause inhérente au contrat lui-même (1) ». M. Asser reconnaît que, sauf prescriptions impératives ou prohobitives, c'est de la volonté des contractants, concordante *et librement manifestée*, que dépend la substance de l'obligation. La loi n'a d'autre force, à cet égard, que celle qu'ils ont entendu lui reconnaître en gardant le silence sur un ou plusieurs points, et en s'appropriant tacitement ses dispositions légales (2). Il est d'accord sur ce point avec Dumoulin, et avec la plupart des auteurs. Mais il s'en écarte comme eux, en cherchant à déterminer, par une règle générale et absolue, la loi qui doit régir leur contrat en vertu de leur intention présumée, « toutes les fois qu'une intention contraire n'est pas manifeste ». Et il conclut : « qu'il faut distinguer entre les éléments qui se rattachent au lien de droit, *vinculum juris, à la validité intrinsèque*, à la matière, à l'étendue de l'obligation d'une part, et *tout ce qui concerne son exécution* d'autre part. La loi du lieu du contrat est déterminante pour le lien de droit. La loi du lieu de l'exécution régit ce qui concerne l'exécution ».

(1) *Droit civil*, T. I, N° 57.
(2) Op. cit., pp. 71 et ss.

258. — Ces principes nous paraissent beaucoup trop absolus à divers égards. Comment peut-on dire que les éléments, qui se rattachent *à la validité intrinsèque du contrat*, doivent être appréciés d'après la loi du lieu du contrat, et cela en vertu de l'autonomie de la volonté, *en vertu de leur commune intention ?* Nous mettons à part les questions de capacité et d'ordre public international proprement dit, pour lesquelles M. Asser entend, sans doute, faire une exception. Mais la plupart des éléments de la validité intrinsèque de la convention, n'échappent-ils pas à la règle qu'il pose, par exemple, l'absence des vices du consentement ? N'est-il pas étrange, d'autre part, que l'étendue de l'obligation soit régie par la loi du lieu du contrat, et *tout ce qui concerne l'exécution* par la loi du lieu de l'exécution? Pour ce qui nous concerne, nous estimons qu'il y a un lien étroit, indissoluble entre l'étendue de l'obligation et l'étendue de l'exécution ; et la forme de l'exécution pourrait seule dépendre du lieu de celle-ci, si tant est que l'étendue de l'obligation soit régie par une loi différente. La loi qui régit l'étendue de l'obligation, régit nécessairemént aussi l'exécution, au moins dans une certaine mesure.

M. Rivier, le savant commentateur et traducteur d'Asser, cite cependant, à l'appui de la distinction dont il s'agit, de graves et sérieuses autorités. Il mentionne notamment Maevius, Paul Voet, Burgundus, Zachariae, Fœlix, Demangeat, Pardessus, Demolombe et Rocco, Mais ces citations, qu'invoque également Pasquale Fiore, ne sont pas très exactes ou peu concluantes. Lorque Maevius dit : « *Cave autem in hac materia confundas actuum solennia, nec non et effectus ab ipsis causatos, cum eorum onere et accidenti extrinseco quod contractus subsequitur, sed non in ipsis contractibus est* », il reproduit plutôt la vieille distinction entre les effets et les suites, que M. Asser repousse et condamne. Burgundus fait une distinction assez analogue, il est vrai, mais nous avons vu combien il y est peu fidèle. Pardessus distingue plutôt entre l'*interprétation* du contrat et l'*exécution maté-*

*rielle* dont il est susceptible. Quant à Demolombe et à Zachariae, nous ne voyons pas qu'aux passages cités ils s'occupent de la question. Demolombe (T. I, n° 165) se borne à déclarer la loi du lieu de l'exécution, applicable quant aux *formalités de l'exécution* (1). Rocco, même dans le passage textuellement cité par M. Rivier, n'applique la loi du lieu du contrat qu'en ce qui concerne « les conditions requises desquelles résulte la validité intrinsèque et substantielle des contrats,... la cause de l'obligation, et les causes qui peuvent vicier le consentement, la preuve et la constatation authentique d'une volonté librement manifestée... » Qu'est ce que tout cela a de commun avec l'étendue et la portée de l'obligation, avec la distinction entre le *vinculum juris* et la portée de l'obligation d'une part, l'exécution de l'autre? Notons, du reste, que si Rocco applique la loi du lieu du contrat en ce qui concerne sa validité intrinsèque (ce qui est subordonné à des exceptions nécessaires), *ce n'est pas en vertu de la volonté commune des parties*, mais comme loi régissant d'autorité ces sortes de questions. Comment veut-on que cette loi soit appliquée comme tacitement admise par les parties, en ce qui concerne la validité d'une convention, quand le consentement de l'une d'elles a été surpris par violence ou par dol? Tout ce que l'on peut admettre, c'est que l'obligation nulle à son origine, d'après la loi du lieu où elle est contractée, sera considérée comme telle partout. Mais il ne suit pas de là que, si elle est valable d'après cette même loi, elle doive être tenue pour valable en tout pays. Et, dans tous les cas, ce n'est pas l'accord présumé des parties contractantes qui est la raison d'être de son effet. Pasquale Fiore lui-même, dont la doctrine est, du reste, assez obscure en cette matière, ne dit rien de pareil.

259. — Observons, au surplus, que, même en ce qui concerne la substance de l'obligation, Asser n'est pas inflexiblement attaché à la loi du lieu du contrat. La règle qu'il pose n'est fondée que sur l'intention présumée

(1) Il est vrai que Demolombe range parmi les formes intrinsèques les effets du contrat.

des parties contractantes, et cette présomption cesse dans plusieurs cas, par exemple, lorsque deux personnes, domiciliées en un même lieu, contractent ensemble dans un autre lieu, ou lorsque le hasard seul a déterminé le lieu du contrat, par exemple lorsque deux personnes contractent ensemble en cours de voyage. Dans le premier cas, on appliquera la loi de leur domicile commun, dans le second il ne dit pas quelle loi on appliquera, mais ce ne sera pas nécessairement la loi du lieu du contrat. — Voilà des concessions qui affaiblissent singulièrement le système. Il semble en résulter que le lieu seul du contrat ne saurait par lui-même être concluant, quant à l'intention des parties de se soumettre à cette loi locale, si quelque autre circonstance ne vient s'y joindre. La loi du domicile commun des parties l'emporte sur la *lex loci contractus* en cas de conflit, et, s'il en est ainsi, pourquoi n'en serait-il pas de même des lois identiques de leurs domiciles différents? Si le lieu du contrat est purement fortuit, la *lex loci contractus* n'a pas voix au chapitre. N'en revenons-nous pas par une voie détournée au système de Dumoulin, suivant lequel le lieu du contrat est une des circonstances à prendre en considération, mais non pas la seule, ni peut-être la plus importante? La loi du lieu du contrat ne descend-elle pas des hauteurs où on l'avait élevée comme loi unique à consulter, quant au *vinculum juris*, à la validité de la convention, à l'étendue de l'obligation, pour devenir simplement une des lois qui pourraient être appliquées au règlement de ces questions?

260. — L'application de la loi du lieu du contrat, s'agissant de contrats faits par correspondance, peut engendrer des conséquences des plus bizarres et, en outre, des questions vraiment insolubles. Nous disons qu'elle peut engendrer des conséquences bizarres. On sait, en effet, quelles controverses ont surgi sur le point de savoir où se forme le contrat conclu par correspondance, en cas d'offres suivies d'acceptation, par exemple. D'après les uns, c'est au lieu où l'acceptation est envoyée; d'après les autres, c'est au lieu et au moment où elle

arrive entre les mains de l'auteur de l'offre. Pour les premiers, le contrat sera régi par la loi du lieu d'où l'acceptation est expédiée, pour les seconds par la loi du pays où elle est reçue. Croit-on que les parties fassent de ces distinctions? Et comment la question sera-t-elle décidée? M. Asser nous dit que c'est d'après le droit intérieur. Mais, supposons que, dans le pays A, d'où l'acceptation est expédiée, il soit de règle que le contrat est parfait à ce moment même, et que dans le pays B où l'acceptation est reçue, la règle contraire ait prévalu, quelle est la *lex loci contractus* qui devra être appliquée? Dans le pays A, on appliquera en vertu de la volonté présumée des parties la loi du pays A, et dans le pays B, en vertu de cette même volonté présumée, la loi du pays B. Voilà ce que prescrirait le droit international privé! Cela se concevrait s'il s'agissait de lois d'ordre public absolu et exclusif, cela ne se conçoit plus s'il s'agit d'appliquer une loi supplétive, en tant que tacitement acceptée par les parties.

261. — Nous avons dit que M. Asser condamnait la distinction établie par Fœlix, et par les postglossateurs, entre les effets et les suites du contrat. Il dit fort justement que la loi qui régit l'obligation en doit régir *toutes les conséquences juridiques, médiates et immédiates, suites et effets*. Mais il ajoute : « Sous la réserve de ce qu'on a vu plus haut concernant l'exécution. » L'exécution n'est-elle donc pas même une suite du contrat? N'en est-ce pas l'effet régulier et normal? Sans nul doute. Aussi sommes-nous porté à croire que M. Asser forçait l'expression de sa pensée, lorsqu'il commençait par déclarer que tout ce qui concerne l'exécution est régi par une autre loi que le contrat lui-même. Et nous sommes justifié à le croire, lorsque nous suivons dans l'application le développement de sa pensée. Il ne semble considérer comme régi par une autre loi que le contrat lui-même, comme régi exclusivement par la loi du lieu de l'exécution, que *le mode d'exécution*. Et, si nous nous en rapportons à un passage de Fœlix qu'il cite en l'approuvant, nous constatons qu'il

entend par là : *les formalités de la délivrance et du paiement, la mesure des terres ou des objets mobiliers aliénés*, la monnaie dans laquelle le paiement doit être effectué, l'obligation de donner quittance, la demeure et l'obligation aux dommages-intérêts qu'elle entraîne. Il y a du vrai dans ces observations qui atténuent singulièrement le principe posé au début. Les formalités de la délivrance et du paiement peuvent être considérées comme se rattachant à la procédure ; de même quant aux formalités de la mise en demeure. Les questions de monnaie et de mesure se rattachent plutôt à l'interprétation qu'au droit supplétif. Mais ces observations pèchent cependant encore par une trop grande généralité, et l'auteur ne dit pas clairement s'il entend parler de la loi du lieu où l'exécution doit avoir lieu, ou de celle du lieu où elles s'est accomplie en fait. Nous reviendrons sur ces difficultés.

262. — En somme, le système de M. Asser qui semble, sauf certaines modifications, avoir des partisans sérieux dans la science italienne, par exemple Rocco, Pasquale Fiore, Esperson, Lomonaco, et qui en a également dans la science française pour ne citer qu'Aubry et Rau, Weiss, etc..., nous apparaît comme une édition revue et corrigée de la distinction entre les suites et les effets du contrat déjà imaginée par Bartole. MM. Vincent et Pénaud disent à tort que la jurisprudence française applique toujours et indistinctement la loi du lieu du contrat (1). Cela est fort inexact. La plupart des décisions qu'ils citent appliquent, il est vrai, la loi du lieu du contrat, mais sans qu'il y ait conflit entre cette loi et la loi du lieu de l'exécution. Et, quand on sort des généralités, quand on examine l'application que le principe reçoit en matière de vente, de prêt, de donation, de louage, de mandat, de cautionnement, de donation, on constate que la jurisprudence fait très souvent bon marché de la loi du lieu du contrat. La loi du lieu où l'obligation doit être exécutée est souvent prise en considération, par exemple dans la vente. La loi du domicile

(1) Op. cit., v° *Obligations*, n° 9.

commun des parties, ou celle de leur patrie commune, d'après une opinion plus récente, l'emporte sur la loi du lieu du contrat. La loi du domicile de l'une des parties est considérée comme prépondérante dans certains contrats unilatéraux, et il n'y a pas jusqu'à la *lex rei sitae* qui ne soit parfois préférée, par exemple en matière de louages d'immeubles. Que conclure de tout cela, sinon l'insuffisance de la loi du lieu du contrat, et l'impossibilité d'y remédier, soit par une distinction entre les effets et les suites, qui est des plus subtiles et peu compréhensible, soit par une distinction entre le lien juridique et l'étendue de l'obligation d'une part, et tout ce qui concerne l'exécution de l'autre? Le lieu du contrat est une des circonstances à prendre en considération, pour résoudre la question de savoir à quelle loi les parties ont entendu se soumettre, mais ce n'est pas la seule, comme le faisait observer Dumoulin. Il y en a d'autres plus importantes peut-être, quand il s'agit de certains effets du contrat, et des effets de certains contrats. La presque unanimité de la jurisprudence et de la doctrine françaises à admettre la loi du lieu du contrat n'est qu'une illusion.

263. — Laurent, qui ne se paie guère de mots, traite fort longuement du principe de l'application de la loi du lieu du contrat dans le Tome VII de son grand ouvrage, et ne se dissimule nullement les défectuosites de ce principe. Il rappelle avec raison les nombreuses infidélités qu'on faisait dans l'ancien droit à cette règle, que Hertius, par exemple, subordonnait à six exceptions, et Boullenois à huit, si bien que la règle cesse presque d'être une véritable règle. S'il s'y rallie, c'est visiblement avec répugnance, et comme à une espèce de pis aller. Il donne d'ailleurs la première place à la loi personnelle commune des parties, et même à la loi personnelle du disposant, s'agissant de contrats unilatéraux. Seulement cette loi personnelle, à laquelle on devrait avoir égard comme tacitement acceptée, n'est pas la loi du domicile, comme pour Asser, mais la loi nationale. Les considérations sur lesquelles il se fonde, pour préférer ici la loi nationale à la loi du

domicile, ne sont pas concluantes, ainsi que nous essaierons de le démontrer plus loin, bien que la doctrine française et la doctrine italienne dominées par le principe de la nationalité, qui nous semble assez mal à propos invoqué en cette matière, manifestent une tendance fort prononcée à adopter cette manière de voir.

264. — Il y a certainement des motifs graves à faire valoir en faveur de l'application de la loi du lieu du contrat. On peut dire qu'il est naturel de supposer que les parties, contractant dans un pays déterminé, ont entendu accepter comme règle de leurs conventions les lois de ce pays. Mais si l'exécution de ces conventions *doit* se produire dans un autre pays, ne pourrait-on pas admettre avec autant de raison qu'elles ont entendu accepter les lois en vigueur dans le pays de l'exécution? Ne pourrait-on pas invoquer à l'appui de cette règle la fameuse loi romaine: *Unus quisque censetur contraxisse in eo loco* etc..., dont la Cour de Bruxelles a fait application par un arrêt du 24 févr. 1849 (1)? Et, si le lieu du contrat est purement fortuit, si les parties ont contracté en voyage, quelle est la valeur du *locus contractus?* Elle est nulle. Il pourra même être difficile de déterminer le lieu exact du contrat. Ces difficultés existeront également s'agissant du cas si fréquent aujourd'hui d'un contrat conclu par correspondance. Ces difficultés pourront se produire même s'agissant d'une convention faite *inter presentes.* A quelle loi s'en référera-t-on dans ce cas?

265. — On fait observer également que cette loi est *la loi commune des parties* à l'instant où elles échangent leurs consentements (2). C'est précisément ce qu'il faudrait démontrer. Veut-on dire que les lois de droit supplétif s'imposent aux parties? Non certes, car cela serait contraire à leur essence même. Il s'agit de savoir si elles entendent accepter la *lex loci contractus* en contractant dans un lieu déterminé. Proclamer que c'est leur loi commune, c'est résoudre la question par la question, et

(1) Pas. 1849. 2, 107.
(2) Weiss. Op. cit., 2e édit., p. 633.

l'on est fondé à répondre: *quod demonstrandum*. On donne à l'argument une forme plus sérieuse, en faisant observer, avec d'autres auteurs, que c'est *une* loi commune, que la *lex loci contractus* offre une base commune pour la détermination de la portée des obligations réciproques des parties : *einen gemeinsamen Boden des Verständenisses* (1). Cela est exact; mais il peut y avoir d'autres lois, qui forment également une base commune, la loi du domicile commun, la loi même du lieu fixé pour l'exécution. Il se peut du reste que, par la nature même du contrat, s'agissant, par exemple, de la donation, l'une des parties, le donataire, doive être censé rationnellement se soumettre à la loi que l'on peut considérer comme acceptée par l'autre. — Il y a enfin un autre motif encore que l'on invoque en faveur de la *lex loci contractus*, c'est qu'il est facile aux parties de se renseigner sur la portée exacte de cette loi. Mais, dans la plupart des transactions journalières, à moins qu'il ne s'agisse d'actes particulièrement importants, on ne consulte pas les jurisconsultes. Les parties s'en reposent sur la sagesse du législateur, quant au soin de prévoir les éventualités et les difficultés qui peuvent surgir. La question est de savoir quelle est la législation qu'elles connaissent le mieux dans son ensemble, qu'elles pratiquent habituellement, et qui par cela même a probablement leurs préférences, ou bien encore quelle est la législation qui, eu égard à la nature du contrat, régit rationnellement celui-ci.

### 2e SYSTÈME. — LOI DU LIEU DE L'EXÉCUTION.

266. — Nous entendons par ces mots la loi du lieu où l'exécution *doit* se faire. Il ne faut pas confondre ce système avec celui qui distingue entre le *vinculum juris* et l'exécution proprement dite du contrat. Dans le système dont nous parlons ici, les effets du contrat sont complètement régis par la loi du lieu où l'exécution doit se faire.

Savigny, un des auteurs qui ont traité la question

(1) De Bar. Op. cit., T. II, p. 8.

qui nous occupe avec le plus de soin et avec la plus merveilleuse subtilité de dialectique, enseigne qu'il faut rechercher avant tout quel est le siège de l'obligation. La nécessité d'un acte imposé au débiteur forme l'essence de l'obligation. C'est donc le lieu où cet acte doit être exécuté qui constitue *le siège de l'obligation*. La *soumission volontaire* des parties à la loi du siège de l'obligation, quant à sa portée, quant au mode d'exécution, quant à la juridiction compétente pour en connaître, telle est la base de son système. Et comme, d'après lui, le siège de l'obligation est le lieu où elle doit être exécutée, il en conclut que l'obligation est régie, quant à ses effets, quant à sa portée, par la loi du lieu où elle doit être exécutée. D'où suit que, s'il s'agit d'une convention synallagnatique, elle pourra être régie dans ses effets par deux législations différentes, l'obligation de chacune des parties devant être régie par la loi du lieu où elle doit recevoir son exécution (1). Si l'obligation, envisagée dans son essence même, n'a rien de tangible, rien de visible, puisqu'elle constitue un lien de droit, elle s'accomplit par des faits qui tombent sous les sens, et se matérialise, pour ainsi dire, par l'exécution. Il est vrai que les faits dont l'obligation résulte sont également des faits visibles, matériels. Il faut donc, dit Savigny, faire un choix entre le lieu du commencement de l'obligation et celui où elle doit prendre fin. Entre les deux il choisit le dernier, parce que le premier est en soi « *un fait accidentel, fugitif, étranger à l'essence de l'obligation, comme à son développement ultérieur* », tandis que l'accomplissement tient à l'essence de l'obligation, et *que c'est sur cet accomplissement que se concentre l'attente des parties*.

267. — Mais comment se détermine le lieu de l'accomplissement? Pas de difficulté si ce lieu est expressément déterminé par les parties, ce qui est rare, ainsi que le reconnaît Savigny. Pas de difficulté non plus, si le lieu, où l'obligation doit être accomplie, résulte nécessaire-

(1) Op. cit., T. VIII, p. 179.

ment de l'objet même de l'obligation, par exemple, dit Savigny, s'il s'agit de travaux à exécuter sur un immeuble déterminé, de la construction ou réparation d'un édifice, de la location ou de la vente d'une maison, ou d'un domaine rural. Dans ce dernier cas toutefois, ne semble-t-il pas qu'il y ait quelque chose de trop absolu à dire que la délivrance ne puisse s'effectuer que là où se trouve l'immeuble, et l'auteur n'a-t-il pas perdu de vue la tradition *brevi manu*, la remise des clefs, par exemple, lorsqu'il s'agit d'une maison? A part ces cas, peut-on affirmer qu'il y ait toujours un lieu désigné tacitement pour l'accomplissement de l'obligation, et quel est ce lieu? Savigny résout la première question affirmativement; et, pour déterminer ce lieu, il fait une série de distinctions. La plupart des obligations résultent d'actes isolés et fugitifs, mêmes celles qui résultent des contrats, c'est-à-dire, celles dont nous nous occupons en ce moment. Mais il en est qui résultent au contraire d'une activité continue du débiteur « laquelle, dans un certain laps de temps, engendre un plus ou moins grand nombre d'obligations particulières ». Il mentionne parmi ces cas la tutelle, la curatelle, la gestion des affaires d'autrui, soit en vertu d'un mandat général, soit en vertu d'un mandat restreint à certaines affaires, à des affaires industrielles et commerciales, soit par l'initiative spontanée du gérant (quasi contrat), et la gestion des affaires propres du débiteur, quand il s'agit d'un ensemble d'affaires, d'une maison de banque ou de commission. La gestion doit être alors considérée comme la base commune des obligations qui en dérivent, et les parties se soumettent volontairement à la loi du lieu où elle a son siège.

268. — A part ce cas, et lorsqu'il s'agit d'un contrat isolé, l'obligation contractée au domicile du débiteur est censée devoir y être exécutée, et les parties se soumettent tacitement, quant aux effets de cette obligation, à la loi du lieu du contrat. Mais ce n'est pas *en tant que loi du lieu du contrat, ni comme loi du domicile*, qu'elle régit les effets du contrat, mais *comme loi du lieu destiné pour*

*l'exécution*, de telle sorte que, si le débiteur venait à changer de domicile, la loi qui régit l'obligation resterait la même. L'obligation souscrite par une partie en dehors de son domicile peut être censée, suivant les circonstances, devoir s'accomplir au lieu du contrat, par exemple, dit Savigny, quand un artisan entreprend hors de son domicile des travaux qui doivent durer un certain temps ; quand un fonctionnaire, à raison de ces fonctions, réside pendant quelque temps dans une ville, et y contracte des dettes pour les besoins journaliers de la vie, quand un individu, qui se trouve dans une ville de bains, y contracte des dettes de même nature, et il faut en dire autant évidemment de ses dépenses de luxe, ainsi que des dettes contractées par un voyageur dans un hôtel. Mais il n'en est pas de même, d'après lui, des dettes résultant d'affaires commerciales qui ne peuvent avoir leur développement qu'au domicile du débiteur. Dans ce dernier cas, comme dans tous les cas où il est impossible de déterminer le lieu où l'obligation doit être exécutée d'après la volonté des parties, il faut supposer que, dans leur intention, elle doit être exécutée au lieu du domicile du débiteur où il doit toujours revenir.

269. — Nous ne donnons ici qu'un rapide résumé de la doctrine de Savigny, doctrine qu'il commence par exposer aux fins de déterminer quelle est la juridiction spéciale de l'obligation, pour l'étendre ensuite à la détermination du *droit local* qui la régit. Après l'avoir développée avec abondance et avec une étonnante subtilité, au point de vue des principes généraux, il essaie de la justifier, d'après le droit romain, préoccupation fort naturelle en Allemagne. Nous croyons, en effet, qu'elle est conforme à certains textes. Mais nous n'avons pas à l'examiner à ce point de vue, d'autant moins qu'en droit romain, elle ne semble jamais avoir été étendue aux relations internationales. Notons, au surplus, que le savant jurisconsulte reconnaît la prééminence *de la loi du domicile* (aujourd'hui de plus en plus détrônée par la loi de la nationalité), en ce qui concerne la capacité des parties, et celle de la loi,

du lieu où l'acte est passé, relativement à la forme. Il n'a jamais méconnu non plus la souveraineté absolue, dans chaque pays, des lois qu'il appelle strictement prohibitives, et que l'on appelle communément lois d'ordre public ou d'ordre public international.

270. — La doctrine de Savigny, exposée ci-dessus, est à certains égards fort séduisante. Au point de vue philosophique et logique, elle l'emporte, à notre avis, sur toutes les autres. Aussi a-t-elle de très nombreux adhérents en Allemagne, et elle a été consacrée par un très grand nombre de décisions allemandes (1). Elle mériterait d'être adoptée, s'il était possible, en pareille matière, d'établir une règle fixe et immuable, ou même seulement une règle générale. Mais les exceptions, qu'il admet lui-même, semblent démontrer qu'il n'en est pas ainsi ; et il ne peut pas en être ainsi, parce que, s'agissant des effets attachés par les parties à leurs conventions, il faut s'en rapporter à des présomptions excessivement variables, suivant la nature de ces conventions. Que logiquement l'obligation doive être régie par la loi du lieu où elle a son siège, et que le siège de l'obligation soit là où elle doit être exécutée, nous l'admettrions volontiers en thèse générale, pourvu que l'obligation doive être exécutée dans un lieu déterminé, ce qui n'est pas toujours le cas. Mais puisqu'il s'agit d'une matière abandonnée à la liberté des parties contractantes, et où elle se déploie sans entraves, il est dangereux de raisonner d'après des considérations strictement juridiques. Il faut plutôt examiner, *à propos de chaque espèce de convention*, ce que les parties ont vraisemblablement voulu, et renouveler peut-être cet examen lorsqu'il s'agit de tel ou tel effet anormal du contrat. Questions de fait plutôt que de droit, et questions

(1) De Bar cite, entre autres : Walter, Unger, Bluntschli, Böklau, Gerber, Dernburg, et parmi les auteurs anglais : Burge et Phillemore (Op. cit., T. 2, p. 9), et de très nombreuses décisions des Cours allemandes. Dans un arrêt du 1er mars 1882 (Voir Sachs *Revue de droit intern.*, T. 6, p. 242), le tribunal supérieur de l'Empire constate que l'application de la loi du lieu de l'exécution est conforme à la pratique prédominante « *die uberwiegende Praxis* ». Certaines décisions récentes ont cependant admis des exceptions à cette règle, mais dans des circonstances toutes spéciales.

cependant non étrangères au droit, puisqu'il s'agit d'indiquer quelques-unes des bases juridiques sur lesquelles pourront reposer les appréciations en fait! Il nous paraît en tout cas trop absolu de décréter que, si l'exécution du contrat doit avoir lieu ailleurs qu'au lieu du contrat, ailleurs qu'au domicile des parties, la loi du lieu de l'exécution réglera seule, en vertu de la soumission des parties, tous les effets de la convention. Peuvent-elles être présumées accepter dans tous les cas, les yeux fermés, les dispositions de ces lois? Le contraire nous paraît évident. Si le lieu de l'exécution n'est ni le lieu du contrat, ni le lieu du domicile, ou le pays national de l'une au moins des parties, non-seulement elles ne connaissent pas les lois qui y sont en vigueur, mais il leur sera souvent très difficile de s'en informer, et ce serait entraver singulièrement la liberté des conventions que de les mettre dans la nécessité de bien vérifier d'abord, avant de contracter, la validité, l'existence et les effets du lien obligatoire, d'après la loi du lieu de l'exécution.

271. — Ajoutons que, lorsqu'il s'agit d'obligations bilatérales, il peut y avoir plusieurs lieux d'exécution. Dans le système de Savigny, l'obligation de chacune des parties est alors régie par la loi du lieu où elle doit être exécutée, c'est-à-dire que les *obligations réciproques* pourront être régies par *des lois différentes*. Nous comprenons cela, quand il s'agit de certaines questions relatives aux formes d'exécution. Mais, lorsqu'il s'agit d'apprécier des questions qui touchent à la substance du contrat, par exemple, de celle de savoir, si l'une ou l'autre des parties a le droit de se rétracter, de se désister et jusqu'à quelle époque, si elle a le droit de révocation, celui de demander la résolution du contrat, si le contrat peut être résolu pour cause d'inexécution, si certains cas d'inexécution entraînent sa résolution *ipso facto*, si des intérêts sont dus de plein droit en cas de prêt d'argent, et à quel taux, si des coobligés sont solidaires, toutes questions qui se rattachent, d'après nous, à l'existence, à la nature, à la validité, à l'étendue du lien obligatoire, il nous paraît impossi-

ble d'envisager l'obligation de l'une des parties séparément de l'obligation de l'autre, parce que l'une obligation est la condition de l'autre. Il ne nous paraît pas possible d'admettre un système qui pourrait avoir pour résultat de les soumettre à deux lois différentes, alors qu'elles constituent un ensemble ; un système d'après lequel l'obligation de A serait régie par une loi que B n'a pas pu connaître, que A peut-être ne connaît pas davantage, et l'obligation réciproque de B par une autre loi que les deux parties ignorent vraisemblablement. Cela pourrait conduire à détruire toute harmonie entre les obligations réciproques. Est-ce là ce que les deux parties peuvent être présumées avoir voulu? Il se peut, du reste, qu'il y ait contradiction entre les deux législations, en ce qui concerne la perfection même du contrat. Laquelle appliquera-t-on?

### 3e SYSTÈME. — DE LA LOI DU DOMICILE DU CRÉANCIER.

272. — Le système d'après lequel les effets du contrat seraient régis par la loi du domicile du créancier est mentionné par M. de Bar, qui ne cite du reste aucune autorité à l'appui, tandis qu'il est passé sous silence par la plupart des auteurs. Nous ne connaissons pas d'auteur qui l'ait proposé comme règle générale. Troplong, qui préconise l'application de la loi du domicile du créancier, en ce qui concerne la prescription extinctive, parce que, la créance étant un élément de patrimoine ne saurait être enlevée à celui qui la possède, que par sa propre loi, cite Pothier, comme partisan de cette théorie. Mais, comme le fait remarquer du reste M. Asser, Pothier ne traite pas au passage qu'indique Troplong, de la prescription extinctive, mais de la prescription acquisitive des meubles et rentes (prescription n° 251). Dans tous les cas l'application en thèse générale, de la loi du domicile du créancier ne paraît pouvoir être défendue par aucun argument sérieux. Pourquoi supposer que le débiteur se soit soumis à cette loi plutôt qu'à la sienne propre? Ne serait-ce pas au créancier à en subministrer la preuve, ne fût-ce qu'en

vertu du principe *actor probat actionem?* On ne doit pas s'étonner qu'un pareil système n'ait trouvé aucun appui sérieux dans la jurisprudence, ni dans la doctrine.

### 4e SYSTÈME. — LOI DU DOMICILE DU DÉBITEUR.

273. — Le système d'après lequel la loi du domicile du débiteur est prépondérante, en ce qui concerne la détermination des effets du contrat, a été déjà soutenu par Dumoulin, suivant M. de Bar (1), et il l'est également par von Thöl, Windscheid, Mommsen et Roth; Stobbe s'en rapprocherait beaucoup (2). Telle est aussi l'opinion de Demante et de Durand (3). M. Rivier, dans ses notes sur Asser, constate que cette doctrine gagne du terrain en Allemagne aux dépens de celle de Savigny. C'est à ce système que s'est rallié M. de Bar, mais il le subordonne à tant de restrictions, à tant d'exceptions, que le principe devient presque lettre morte. Nous observerons d'abord que c'est inexactement qu'il range Dumoulin parmi les partisans de ce système. Cet illustre jurisconsulte n'a pas du système à proprement parler en cette matière, sauf peut-être en ce qui concerne le contrat de mariage, ou plutôt la communauté légale. Tout dépend de la volonté des parties qui doit être déterminée d'après diverses circonstances. Il s'élève contre la doctrine ancienne, d'après laquelle il faut avoir égard uniquement à la loi du lieu du contrat. Le lieu du contrat est une des circonstances indicatives de cette volonté, mais ce n'est pas la seule d'après lui, et il mentionne *entre autres* le domicile des parties (4).

274. — Voici quelques-unes des observations par lesquelles M. de Bar s'efforce de justifier sa règle. « En tant qu'il s'agit de l'interprétation de la volonté des parties, on doit indubitablement partir de la présomption

(1) Op. cit., T. II, p. 13.
(2) *Deutsches Privatrecht*, § 51, nº 132.
(3) Demante. *Cours de Code civ.*, T. I, p. 50.— Durand. *Essai de dr. intern.*, pp. 417 et ss.
(4) « *Inspiciuntur circumstantiae voluntatis, quarum una est statutum loci in quo contrahitur, et domicilii contrahentium antiqui vel recentis, et similes circumstantiae.* » M. de Bar paraît avoir été induit en erreur par l'explication que Dumoulin donne de la loi *si fundus*, si abondamment commentée par les post glossateurs.

que chacune s'est exprimée en conformité des lois qu'elle connaît, et s'en est référée dès lors à ses lois personnelles. Cette règle d'interprétation est appliquée en cas d'actes juridiques unilatéraux, notamment de dispositions testamentaires, même par ceux qui soutiennent que la portée des obligations contractuelles doit être appréciée d'après la *lex loci contractus*, ou d'après la loi du lieu de l'exécution. Enfin l'on peut alléguer encore en faveur de cette opinion que, dans beaucoup de cas, lorsque le lieu de l'exécution n'a point été fixé autrement, le domicile du débiteur est aussi le lieu de l'exécution, et que très souvent l'action tendant à l'exécution d'une obligation personnelle est introduite, en vue de rendre possible l'exécution forcée, devant les tribunaux du domicile du débiteur. »

275. — Cette argumentation ne nous paraît pas très concluante. Le fait que la loi du lieu du domicile se confond souvent avec la loi du lieu de l'exécution, et avec la *lex fori*, peut être invoqué aussi bien en faveur de ces deux dernières lois qu'en faveur de la loi du domicile. Le seul argument sérieux est le premier; mais il est présenté sous une forme un peu nuageuse, et de manière à confondre, dans une certaine mesure, les questions d'interprétation avec celles relatives aux effets du contrat, questions que l'auteur a cependant très nettement distinguées ailleurs. Quoi qu'il en soit, s'agissant de savoir par quelle loi les parties ont entendu que les effets de leurs conventions fussent régis, il est fort naturel d'admettre que le débiteur n'a entendu s'obliger que dans la mesure prévue par sa loi personnelle. Et nous ne croyons pas qu'il y ait d'obstacles sérieux à l'adoption de cette règle, quand il s'agit d'obligations unilatérales naissant, par exemple, d'un dépôt ou d'un prêt. Mais, en ce qui concerne les conventions synallagmatiques proprement dites, dans lesquelles l'obligation de l'une des parties est l'équivalent et la condition de l'obligation de l'autre, l'application de la loi personnelle de chacune des parties à l'obligation qu'elle contracte, présente le même inconvé-

nient, si leurs lois personnelles sont différentes, que l'application de la loi du lieu de l'exécution lorsque les obligations réciproques doivent s'exécuter dans des lieux différents. M. de Bar répond que toute convention synallagmatique se décompose en deux obligations unilatérales, par exemple la vente en l'obligation du vendeur de procurer la chose, et celle de l'acheteur de payer le prix, et rappelle qu'il était même d'usage assez fréquent, chez les Romains, de conclure des conventions synallagmatiques sous la forme de deux stipulations unilatérales. « Acheteur et vendeur doivent ainsi les prestations auxquelles les obligent leurs lois personnelles respectives. C'est là ce que chacune des parties a promis, et cette promesse ne peut être entendue que dans le sens des lois de son domicile par l'autre partie contractante, la présomption que chacun est censé avoir exprimé sa volonté dans le sens des lois qu'il connaît, reposant sur des considérations rationnelles, et universellement admissibles. » La réponse est incomplète. Il restera vrai de dire, que le recours à deux lois différentes pour déterminer les effets du contrat, et les obligations de chacune des parties, trouble cet ensemble harmonique qu'implique toute convention synallagmatique, la vente et le louage, par exemple. N'est-il pas vrai, qu'à des obligations plus rigoureuses dans le chef du preneur sous tel rapport, peuvent correspondre des devoirs plus rigoureux pour le bailleur sous tel autre rapport? Puisez les règles du bail dans deux législations diverses : l'une pour déterminer les obligations du bailleur, l'autre pour préciser celles du preneur, et vous arriverez à un ensemble hybride qui ne satisfera peut-être ni la raison ni l'équité, et qui, dans ce cas, ne pourra pas être présumé conforme à la volonté des contractants [1].

276. — M. de Bar nous paraît réfuter avec plus de succès quelques autres objections que l'on fait au système

(1) On pourra même arriver à des résultats contradictoires, par exemple si ces lois répartissent de manières diverses la charge de l'entretien et des réparations.

qui a ses préférences ; mais après avoir accompli laborieusement cette tâche, il en fait lui-même la plus complète des réfutations, en traçant un aperçu des nombreuses et importantes exceptions auxquelles sa règle est subordonnée. Si, en effet, quelques exceptions confirment la règle, leur multiplicité et leur importance la détruisent. Dès le début, l'auteur s'en aperçoit lorsqu'il jette les yeux sur cet horizon d'exceptions. « L'on peut dire, dans une certaine mesure, que ceux-là ont raison sous beaucoup de rapports, qui disent qu'il n'y a pas de règle générale pour le droit des obligations. » Et cette pensée reparaît comme conclusion de son travail. « Nous n'avons donc aucunement la prétention d'élever la loi personnelle des contractants à la hauteur d'un principe exclusivement applicable, et ainsi disparaissent les objections faites par de Martens à ce principe. Nous nous rapprochons plutôt très sensiblement de l'opinion fréquemment défendue, dans des temps récents, par des écrivains notables (1) et d'après laquelle il n'est pas possible de déterminer par un principe général la loi qui régit les contrats... » Nous ne voulons pas analyser et discuter les exceptions signalées par de Bar, et qui ne sont, du reste, pas indiquées par lui d'une manière limitative. Nous dirons seulement que les plus importantes concernent la question de savoir quelle est la loi qui régit le taux de l'intérêt, les contrats faits dans des foires, bourses ou marchés, les contrats de transport conclus avec des compagnies de chemins de fer ou de navigation, avec les succursales ou bureaux qui représentent ces compagnies en pays étranger, les contrats ayant pour objet des immeubles. Et il applique, d'après des distinctions qui nous paraissent fort rationnelles, avec la constante et louable préoccupation de respecter ce qu'exige la bonne foi, tantôt la loi du lieu de l'exécution, tantôt la loi du lieu du contrat (2), tantôt la loi du siège d'une entreprise, tantôt la *lex reï situs*, comme dans les

(1) Stobbe. *Handbuch des deutschen Privatrechts*, p. 33. — Voir Martens Fr. *Völkerrecht*, p. 79. — Voir aussi Wharton. Op. cit., §§ 393 et ss.

(2) Le projet de code civil allemand admet en règle l'application de la loi du lieu du contrat, à moins que, d'après les circonstances, il n'y ait lieu d'admettre que les parties entendaient se conformer à une autre loi. art. 2262.

contrats ayant pour objet des immeubles. Notons que l'on peut invoquer, en faveur de chacune de ces distinctions, des décisions judiciaires.

### POINTS DE CONTACT ET INCERTITUDES DE CES DIVERSES THÉORIES.

277. — Le principe de Savigny, d'après lequel il faut s'en référer, quant aux effets du contrat, à la loi du pays dans lequel l'exécution doit avoir lieu, n'est pas absolu. Il applique la loi du lieu du contrat, lorsque l'obligation résulte d'un acte particulier fait par le débiteur au lieu de son domicile, sans désignation du lieu où elle doit être exécutée; et il est à remarquer que ce lieu se confond avec celui du domicile du débiteur. Il applique la même loi quand l'obligation résulte d'un acte particulier fait par le débiteur hors de son domicile, dans un lieu qui, *d'après les circonstances*, doit être aussi celui de l'exécution; et, en dehors de ces hypothèses, *la loi du domicile du débiteur*.

Voilà, certes, des points de contact importants avec les deux autres théories. Nous voyons, d'autre part, les partisans les plus récents de l'application de la loi du lieu du contrat, admettre presque tous une exception en faveur de la loi personnelle commune des parties, et parfois même en faveur de la loi personnelle de l'une d'elles, de celle qui dispose, s'agissant d'actes unilatéraux. Plusieurs préconisent, pour certains effets du contrat, l'application de la loi du lieu de l'exécution. Nous avons vu enfin de Bar, le plus sérieux défenseur peut-être du système, d'après lequel il faut appliquer la loi personnelle du débiteur, préférer à cette loi, dans des cas importants et nombreux, la loi du lieu du contrat, ou la loi du pays où l'une des parties, créancière ou débitrice, a son domicile, ou même la *lex situs*. Il y a donc entre toutes ces théories des points de concordance assez notables, et il y a un premier point sur lequel elles s'accordent toutes, c'est qu'il n'y a pas de règle absolue, de règle sans exception, relativement à la question de savoir quelle loi il faut suivre, quant aux effets du contrat, en tant qu'ils dépendent de la volonté des parties contractantes.

278. — Il y a un second point sur lequel on est à peu près d'accord, c'est que la loi personnelle commune des parties contractantes doit l'emporter sur la loi du lieu du contrat, en matière de droit supplétif, lorsqu'il y a divergence entre ces lois. Mais l'accord cesse dès qu'il s'agit de déterminer quelle est, dans l'espèce, cette loi personnelle, si c'est la loi du domicile commun ou la loi nationale commune. La même question peut s'élever lorsque l'on attribue la prépondérance à la loi personnelle du débiteur, ou à celle du disposant. Asser estime qu'il faut s'attacher à la loi du domicile, et il en donne ce motif que, si les parties sont domiciliées hors de leur pays, leur nationalité n'exercera le plus souvent aucune influence sur leur volonté. Son commentateur et traducteur, M. Rivier, cite en ce sens Fœlix (n° 101), le *Code général prussien* (Introduction, § 35), le *Code civil d'Autriche* (§ 4), la *Loi allemande sur les lettres de change* (art. 85), la *Loi scandinave* (art. 85), et le *Code suisse des obligations* (art. 823). Telle est aussi l'opinion de M. de Bar, bien qu'il ne l'exprime qu'avec une certaine hésitation (1). Mais les autorités françaises les plus récentes admettent que les parties doivent plutôt être présumées s'en rapporter à leur loi nationale commune, tout en paraissant disposés à reconnaître que l'application de cette loi peut céder à d'autres présomptions plus fortes, tirées, par exemple, du *long* établissement des deux parties sur le même territoire (2). Nous admettrions facilement, quant à nous, qu'à défaut d'un domicile commun, la nationalité commune constituerait en général une base d'appréciation ou de présomption plus sérieuse que le lieu fortuit du contrat. Mais la question est de savoir s'il faut préférer la loi du *domicile* commun ou la loi nationale commune, lorsque les deux parties, appartenant par leur nationalité au même pays, sont toutes deux *domiciliées* dans un pays différent. Cette question est peu examinée et peu discutée, parce

(1) Asser et Rivier. Op. cit., p. 76. — De Bar. Op. cit., T. 2, p. 25.
(2) Vincent et Pénaud. *Dict.*, voir *Obligations*, nos 3 et ss. et les autorités citées.

qu'en fait elle se présente rarement. Nous nous prononçons en faveur de la loi du domicile commun. Lorsque les deux parties ont transporté leur domicile dans le même pays, chacune des parties est censée connaître la loi de ce pays, et c'est par cette loi que seront désormais régis la plupart des rapports juridiques journaliers qui se formeront entre elles et des tiers. C'est la loi dont elles constatent l'application incessante sous leurs yeux. C'est, dans la plupart des cas, celle du lieu du contrat et du lieu où le contrat doit être exécuté. C'est donc la loi qu'elles pratiquent et qu'elles apprennent tous les jours à connaître par cette pratique constante. Il est à présumer qu'elles s'en sont reposées sur cette loi commune du soin de suppléer aux lacunes que présente l'expression de leurs volontés. Lorsqu'il s'agit uniquement de conventions relatives aux droits patrimoniaux, il n'y a pas un lien logique aussi étroit entre l'idée de la nationalité et celle de l'acceptation de la loi nationale, qu'entre celle du domicile commun et celle de la soumission à la loi du domicile commun, quand il s'agit de déterminer les effets de la convention.

279. — A part ces points de contact assez imparfaits, que d'incertitudes, de variations, de restrictions dans chacun de ces systèmes! Que de contradictions dans la jurisprudence elle-même! Le mal provient, nous semble-t-il, de causes multiples. Il n'est pas rare, tout d'abord, que l'on confonde les questions qui dépendent de l'autonomie des parties contractantes avec celles qui échappent complètement à l'action de leur volonté. Il faut donc déterminer tout d'abord avec précision le domaine de leur autonomie, et le moyen le plus simple pour cela est de préciser les cas dans lesquels leur liberté est limitée par la loi, dans lesquels la question de savoir, quelle est la loi qui sera appliquée, ne dépend en aucune façon de leur libre choix. Il est nécessaire de déterminer quelle est la loi qui règle, à cet égard, la substance et l'effet de leurs conventions. Il arrive aussi que l'on confonde les questions d'interprétation proprement dites avec celle de

savoir quelle est la loi qui, en vertu de la volonté présumée des parties, règle les effets de la convention. Nous avons établi plus haut la distinction entre les premières et les secondes, et nous avons fait remarquer que ces dernières sont seules de véritables questions de droit international. Enfin la grande cause des controverses infinies qu'a fait surgir la question de savoir quelle est la loi applicable aux effets du contrat, en tant qu'il s'agit de droit supplétif, c'est-à-dire des effets que le législateur attache à un contrat en vertu de la volonté supposée des parties, nous paraît être que l'on s'est attaché à trouver *une règle universelle applicable à tous les contrats, et en toutes circonstances*, sauf certaines exceptions dont on restreint le champ autant que possible, tandis que la solution de la question doit varier, d'après nous, suivant la nature du contrat, et suivant des circonstances qu'il est peut-être possible de classer méthodiquement. Nous estimons, quant à nous, qu'il y a *non pas une règle*, mais *plusieurs règles à établir en cette matière*, suivant la nature des cas. Mais avant de nous en occuper, nous essaierons de déterminer quelles sont les lois qui régissent obligatoirement les parties, et l'étendue de leur empire, laquelle dépend, nous paraît-il, essentiellement de leur nature et de leur objet, lorsque cette liberté est restreinte.

Nous n'essaierons cependant pas d'énumérer ici toutes les limitations de l'autonomie des parties, et nous nous bornerons à tracer quelques indications générales en y joignant des exemples.

### § III. — De la loi qui régit le contrat obligatoirement.

280. — La validité du contrat peut dépendre de la capacité des parties contractantes. Nous avons vu, avec quelque détail, quelle loi il faut consulter pour la détermination de cette capacité, et nous n'avons pas à y revenir. Elle peut dépendre, en second lieu, de la forme, notamment des formes de solennité, et les observations que nous avons faites à cet égard seraient suffisantes, s'il ne pouvait s'élever des doutes sur le point de savoir ce

qui appartient à proprement parler à la forme. Elle peut dépendre en troisième lieu de certaines dispositions impératives ou prohibitives, qui sont fondées sur ce que l'on appelle communément l'ordre public, ou l'ordre public international et qui enchaînent la liberté des parties. Mais ici encore il nous paraît indispensable de déterminer, avec un peu plus de précision que nous ne l'avons fait, s'agissant spécialement des contrats, la portée exacte des règles de cette nature, et de donner quelques exemples qui soient de nature à la mieux faire saisir. Nous avons substitué à cette notion un peu vague de l'ordre public la notion plus précise de l'intérêt général d'un Etat déterminé. Si cet intérêt général est certain et évident, il suffit pour s'opposer, là où il existe, à l'application de toute loi étrangère, lorsque cette application serait en contradiction avec ses exigences. Et, dans la mesure où il existe, il a droit à une reconnaissance internationale, pourvu qu'une certaine compétence législative vienne s'y joindre, dans tous les Etats où il n'est pas en lutte avec un intérêt général contraire. Nous parlerons d'abord des aspects spéciaux que peut présenter la question de forme.

### A. — DE CERTAINS ÉLÉMENTS DE LA FORME.

281. — Nous avons vu plus haut que Burgundus mentionne, comme se rattachant à la forme, les conditions de temps et de lieu auxquelles la loi peut subordonner la validité du contrat. Cet auteur suppose que les conventions conclues dans une taverne soient frappées de nullité par la *lex loci contractus*. Il en était ainsi autrefois dans nos anciennes provinces. Seront-elles nulles partout, lorsqu'elles se sont formées dans un pays où cette nullité est édictée? La réponse de l'éminent jurisconsulte est évidemment affirmative, puisqu'une interdiction de ce genre fait partie, d'après lui, de la forme. Et cependant il reconnaît qu'elle était fondée sur les habitudes peu sobres de nos ancêtres, habitudes auxquelles il oppose celles des Espagnols. Ce motif est de nature à faire hésiter. Et il semblerait assez rationnel que l'on n'eût pas dû considérer

dans nos provinces mêmes, et *a fortiori* en pays étranger, comme nuls, les contrats conclus dans notre pays entre deux Espagnols. Mais nous estimons cependant qu'une règle de ce geure appartient bien à la forme, et qu'en conséquence il faut appliquer la *lex loci actus*. Les conditions de formes reposent toujours sur l'état général des mœurs dans un pays déterminé, mœurs que les étrangers s'approprient dans une certaine mesure au moins, par une espèce d'inévitable contagion. L'interdiction ou la prohibition de contrats de ce genre constitue, en outre, une espèce de règle de police générale à laquelle les étrangers eux-mêmes ne peuvent se soustraire. La puissance des règles de cette nature serait singulièrement affaiblie si les étrangers en étaient affranchis, et si les nationaux devaient assister journalièrement à des actes qui y sont directement contraires, fussent-ils accomplis entre étrangers. Nous estimons, par ce double motif, que cette nullité native du contrat devrait être reconnue, même dans les pays étrangers où elle n'existe pas, fût-ce entre personnes appartenant à ce pays. Il paraît, du reste, difficile d'admettre que l'intérêt général des autres pays puisse exiger impérieusement le maintien de cette convention. Il peut exiger la *non application* d'une convention faite en pays étranger, et parfaitement licite dans le pays où elle a été accomplie, lorsque les effets que l'on veut lui faire produire sont contraires à son intérêt moral ou matériel. Mais on ne conçoit pas qu'il puisse nécessiter la validation d'un contrat qui a été passé dans un pays où il est interdit. Et les bonnes relations internationales commandent de ne pas reconnaître comme valable dans un pays, un acte juridique qui est interdit par des motifs d'intérêt général, ne fût-ce que sous peine de nullité, dans le lieu où il a été passé, et qui est soumis à la sphère légitime d'influence de cet Etat.

282. — Il se peut aussi que les lois d'un Etat défendent sous peine de nullité de conclure des contrats un jour férié. C'est un cas où le contrat devient *inutilis*, pour nous servir de l'expression de Burgundus. Selon cet auteur,

cette nullité dépend encore de la forme, et par conséquent de la loi du lieu où le contrat est conclu. Il en résulte que, si la loi maxime *locus regit actum* est impérative, et elle l'est tout au moins quand il s'agit d'actes conclus entre personnes de nationalités différentes, le contrat sera considéré comme nul partout. Aux yeux de ceux qui tiennent la maxime pour absolument impérative, il le sera, quand même la loi personnelle commune des parties, c'est-à-dire leur loi nationale commune, ne contiendrait pas une prohibition de ce genre. Telle est, selon nous, la conséquence qui se dégagerait de la portée traditionnelle de la maxime en question, bien que nous ne l'approuvions pas complètement au point de vue de la théorie. Et nous avouons qu'il nous est surtout difficile de l'approuver, lorsque la forme revêt le caractère tout spécial qu'elle présente ici, lorsqu'il s'agit d'une prohibition présentant un caractère religieux ou purement local. Dans le pays auquel les parties contractantes appartiennent par leur loi nationale, l'ordre public ne peut-il pas exiger le maintien et la consécration d'un engagement de ce genre pris sérieusement et de bonne foi, même un dimanche ou un jour férié, même dans un pays étranger où il serait considéré comme nul? La question est bien délicate, et nous serions tenté de la résoudre affirmativement, à raison de la nature particulière de cette prohibition.

283. — Ces causes de nullité à raison du lieu ou du temps de la convention peuvent paraître étranges, et il semblerait au premier abord qu'elles ne pussent guères être admises de nos jours. Mais il est impossible d'affirmer ce que l'avenir nous réserve à cet égard. Outre qu'il se fait un mouvement assez considérable dans certains pays, en faveur de l'observation du dimanche et des jours fériés, tout au moins dans le sens d'une espèce de suspension périodique des affaires, n'a-t-on pas vu promulguer récemment dans notre pays une loi interdisant le paiement des salaires dans les cabarets? Des questions de ce genre peuvent donc présenter un très vif intérêt, même de nos jours. Considérerait-on en France comme valable un paiement

qui aurait été fait en Belgique dans un cabaret par un chef d'industrie de nationalité française, à son ouvrier également Français d'origine? Nous pensons que la question devrait être résolue négativement. Il n'y a pas de motif d'ordre public qui s'oppose à la reconnaissance en France de cette nullité édictée par la loi du lieu où l'acte a été accompli, et ce serait, nous paraît-il, un acte de mauvais voisinage que de décréter l'efficacité en pays étranger de ce fait juridique qui doit rester stérile, comme contraire à une espèce de règle de police locale, d'après la législation *loci actus*. Ces règles relatives à la forme ont, dans une certaine mesure, le caractère de règles de police. Les bonnes relations internationales imposent aux Etats le devoir de reconnaître à chacun la faculté de faire la police chez lui comme il l'entend.

### B. — DES LOIS QUI RÉGISSENT IMPÉRATIVEMENT LA SUBSTANCE ET LES EFFETS DU CONTRAT.

284. — Une loi peut régir la substance du contrat en mettant certaines choses hors du commerce. Le contrat est alors inefficace, *inutilis*, disait Burgundus, à raison de la matière. Quel est le législateur qui a compétence pour mettre une chose hors du commerce? C'est évidemment, en principe, celui du pays où se trouve la chose. Lui seul a intérêt et compétence pour frapper la chose d'inaliénabilité, pour la soustraire à l'empire des transactions privées. Sans doute, des dispositions de ce genre se rattachent à l'ordre public ou à l'intérêt général, à un ordre public le plus souvent économique, et quelquefois politique, moral ou religieux. Mais c'est un ordre public ou un intérêt général qui n'existe que pour le pays où se trouve la chose. Savigny applique avec raison la loi du lieu de la situation, et telle est, au moins en principe, l'opinion prédominante. La convention sera sans effet, suivant que les choses qui en forment l'objet se trouvent ou non au moment où elle se forme, dans un pays où elles sont hors du commerce. Le lieu du contrat, le domicile ou la nationalité des parties, importent peu à ce point de vue. L'application de

cette règle ne présente aucune difficulté en ce qui concerne les immeubles. Les biens immobiliers faisant partie du domaine éminent, ou ceux qui par un autre motif sont placés absolument en dehors des transactions privées, ne peuvent évidemment faire en aucun lieu l'objet d'une location, d'une aliénation, d'une constitution d'hypothèque. La fixité de la situation des immeubles entraîne par la force des choses l'observation de cette règle en pratique, puisqu'ils échappent à l'action matérielle de toute autre législation que celle du pays où ils sont situés.

285. — Mais il n'en est pas de même en ce qui concerne les objets mobiliers, dont la situation est au contraire éphémère et changeante. Il en est moins encore ainsi des choses incorporelles, c'est-à-dire de certains droits qui, par leur nature, n'ont pas de lieu, et auxquels on ne peut assigner une situation que par une fiction. Nous parlerons d'abord des choses mobilières corporelles. Ces choses considérées *in specie*, individuellement, sont régies par la loi de leur situation réelle, absolument comme les immeubles, ainsi que nous croyons l'avoir démontré, et comme la doctrine l'admet en général. C'est donc d'après la loi de leur situation réelle qu'il faut apprécier si elles sont oui ou non hors du commerce. Et, si elles le sont au moment de la convention, cette convention est nulle, quels que soient les déplacements subséquents de la chose. Cela ne saurait comporter de difficultés sérieuses. Mais il faut se garder de confondre les cas dans lesquels une chose est mise hors du commerce, à raison de sa nature ou de sa destination publique, par exemple, avec ceux dans lesquels, sans égard à la nature de la chose, le législateur interdit *à certaines personnes* de l'aliéner ou d'en faire l'objet de conventions privées. Ce n'est plus alors la loi de la situation qu'il faudrait nécessairement appliquer, ce serait plutôt la loi du lieu du contrat, ou plus souvent peut-être la loi personnelle de l'une ou de l'autre des parties.

286. — Quant aux biens incorporels ou aux droits, il faut, nous paraît-il, distinguer. Il y a certains droits, les

droits réels, *jura in re*, qui se confondent nécessairement au point de vue de la situation avec la chose qu'ils frappent. On ne peut leur contester une situation réelle, véritable. La question de savoir si un bien peut être grevé d'une servitude réelle ou personnelle, s'il peut être grevé d'une hypothèque, dépend évidemment en principe de la loi du lieu de sa situation, et c'est d'après cette loi que l'on décidera s'il peut être grevé d'un droit d'usufruit, d'usage ou d'habitation à perpétuité, si des servitudes prédiales peuvent être établies ou imposées à la personne ou en faveur de la personne, et même, selon nous, s'il est permis de stipuler qu'on restera dans l'indivision pendant plus de cinq ans. Voilà des droits qui, en tant qu'il s'agit de les exercer sur des biens situés en Belgique, sont régis par la loi belge. C'est d'après la même loi que l'on décidera si l'on peut acquérir un droit de privilége sur des objets mobiliers, et dans quels cas. Au fond la plupart des auteurs sont d'accord sur tous ces points, et la jurisprudence a maintes fois consacré les conséquences de ces principes. Laurent et l'école italienne ne se séparent guères à cet égard des autres auteurs, au moins quant aux résultats pratiques de leur doctrine. Seulement ces auteurs y arrivent au moyen d'une certaine extension de la notion d'ordre public, tandis que ceux qui appliquent la loi de la situation précisent davantage, et indiquent quel est l'Etat qui, en vertu de son ordre public, dans le sens étendu du mot, ou de son intérêt économique, peut légitimement réclamer le respect de ses prescriptions.

287. — Il existe un autre genre de choses incorporelles qui doivent rester en dehors des transactions privées, d'après les lois de la plupart des Etats. Ce sont les charges publiques, les fonctions, les droits de préséance, les titres de noblesse, les décorations, etc.; ces choses n'ont pas de situation matérielle peut-être, mais elles n'en ont pas moins une situation naturelle, et le lieu de cette situation est nécessairement le pays de qui ces droits dépendent. Si donc, d'après la législation de ce pays, ces droits sont hors du commerce, ils le seront nécessairement

partout. Mais il n'en résulte pas que, si des droits de ce genre, des décorations, par exemple, pouvaient former l'objet d'un trafic d'après la loi de ce pays, ces singulières opérations devraient être autorisées partout. Il se pourrait, en effet, qu'elles fussent interdites ailleurs par des considérations d'un ordre différent, comme immorales par exemple. Et, dans ce cas, la loi du lieu du contrat viendrait s'imposer non pas précisément comme loi du lieu de la situation, mais comme loi d'ordre public, ou comme loi d'intérêt général d'une nature morale. Il est même possible que la loi personnelle des parties, leur loi nationale ou celle de l'une d'elles, fût suffisante pour que de pareilles conventions fussent tenues pour nulles, au moins dans leur pays d'origine, quel que soit le lieu de leur formation, quelle que soit la situation naturelle des fonctions, charges ou dignités ainsi mises à l'encan. Mais le principe est toujours que l'on applique la loi de la nation dont les fonctions dépendent. (Ventes de charges de notaires, études d'huissier, etc.)

288. — Des questions assez délicates peuvent s'élever au sujet de certains droits qui ne paraissent au premier abord avoir aucune situation, par exemple, le droit à la liberté individuelle. Toute convention ayant pour objet le rachat de ce droit, faite en Belgique, en France ou dans tel autre pays civilisé, serait probablement nulle à nos yeux, et l'on ne pourrait en exiger le prix. Mais que faut-il penser de la convention ayant pour objet le rachat de l'esclavage ou du droit de servage, conclue dans des pays où ces institutions existent encore, et intéressant des serfs ou des esclaves de ce pays? Il est certainement invraisemblable que le prix en soit exigé dans notre pays, mais la chose n'est pas impossible. Une semblable action pourraît-elle être accueillie? Légale dans le pays où elle a été conclue pourrait-elle produire ses effets chez nous? Si l'on s'attache uniquement à la loi du lieu qui est le siège du droit dont il s'agit, du droit à la liberté dans un pays déterminé, il faut répondre affirmativement. D'autre part, des considérations d'ordre public s'opposent-elles

d'une manière absolue à la recevabilité de cette action? Nous en doutons fort. Elle a bien sa source première dans une institution étrangère qui n'est point tolérée chez nous, mais elle ne tend pas à la réaliser, à en faire une application qui, considérée en elle-même, serait contraire à notre ordre public local. Nous nous sommes expliqué déjà sur des questions analogues en traitant de l'intérêt général et de l'ordre public.

289. — Il est difficile de considérer comme des lois, mettant une chose hors du commerce, les lois qui prohibent les pactes sur des successions futures, et d'appliquer ici la loi du lieu de la situation. Les universalités n'ont pas de situation, ou plutôt elles ont des situations multiples, ce qui exclut la possibilité de leur appliquer la *lex situs*. Il est certain, dans tous les cas, que ce n'est pas à raison du régime des biens, du régime économique d'un pays déterminé, que de pareilles prohibitions sont établies. C'est, comme nous le verrons plus loin, par des motifs absolument indépendants de la situation des biens, par des motifs qui subsistent, quelle que soit, du reste, cette situation, et qui sont plutôt d'ordre personnel ou moral. Appliquer ici la loi de la situation des biens, ce serait considérer ces sortes de conventions comme en partie nulles, en partie valables, lorsqu'elles ont pour objet des biens situés en divers pays, soumis à des lois diverses, ce serait les considérer comme intéressant le régime économique des biens eux-mêmes, tandis que l'on ne voit pas comment il peut y être intéressé. Il paraît beaucoup plus rationnel que, s'agissant d'un droit à une universalité, la loi dont dépend le droit, règle les conventions dont il peut être l'objet. Mais la question ne doit pas seulement être examinée au point de vue des principes théoriques, elle doit l'être aussi au point de vue des principes appliqués en fait, et c'est ce que nous ferons plus loin.

290. — Une loi ne met pas une chose hors du commerce, lorsqu'elle interdit seulement *certaines stipulations*, non en considération de la chose, mais à raison de motifs d'ordre moral ou politique ou même d'ordre économique,

si tant est que ces derniers ne visent point tels biens, plutôt que tels autres biens, mais la généralité des intérêts économiques d'une nation déterminée. Il n'y a pas lieu dans ce cas d'appliquer la loi du lieu de la situation. Mais quelle loi faut-il appliquer? Il n'est pas possible de répondre à cette question en termes absolus. Il faut, nous semble-t-il, varier la décision d'après la nature des intérêts qu'il s'agit de sauvegarder, d'après la compétence législative rationnelle de tel ou tel Etat, ce qui dépend de la nature du rapport juridique. Les distinctions à établir sont ici extrêmement délicates, et il est impossible de les embrasser toutes. Nous nous bornerons à examiner quelques questions particulièrement importantes. Nous ferons nécessairement abstraction du cas où il s'agit de la capacité des parties, ou de leurs rapports de famille; car, on appliquera dans ces hypothèses leur loi nationale. Et nous ferons également abstraction des cas où l'application de la loi étrangère conduirait en elle-même à des résultats contraires à l'ordre public absolu, ou à l'intérêt général du pays où elle est réclamée, car s'il en était ainsi, la *lex fori* devrait prévaloir. Mais cette question même peut être parfois douteuse, et il se peut, en outre, que l'application de telle loi étrangère dans notre pays, sans être contraire à notre intérêt local, soit de nature à blesser telle autre loi étrangère. Et alors se pose la question de savoir à laquelle il faut donner la préférence. C'est un des plus difficiles problèmes du droit international.

291. — Est-il possible tout d'abord de s'en référer à la loi à laquelle les parties se seraient tacitement soumises, lorsqu'il s'agit de savoir si la convention est annulable pour erreur sur la substance, pour dol ou violence ayant déterminé le consentement? Evidemment non. Le vice qui infecte le consentement de l'une des parties à s'engager dans les liens du contrat, infecterait aussi le choix qu'elle aurait fait implicitement de telle ou telle législation comme devant régir les effets du contrat. Cela est évident s'agissant du dol et de la violence. Il ne peut y avoir quelque doute que pour l'erreur. On peut

soutenir que celui qui a commis une erreur sur la substance n'en a pas moins consenti en principe à contracter, et s'est soumis, quant aux conséquences d'une erreur possible, à telle ou telle loi. Et nous croyons qu'en effet il y a lieu de rechercher alors quelle est cette loi. Mais il n'en est pas ainsi du dol et de la violence qui vicient tout le consentement, et dans ce cas il faut rechercher à quelle loi les parties *sont* soumises et non pas à quelle loi elles *se sont* soumises. Brocher applique dans ce cas la loi du lieu du contrat, par une extension, qui n'est pas généralement admise, de l'ancienne maxime *locus regit actum*. D'autres auteurs, Laurent et Despagnet, par exemple, appliquent la loi nationale des parties, comme dans le cas où le consentement est vicié par l'incapacité de l'une des parties[1]. Il est évident qu'il ne faut pas tenir compte ici de la loi du domicile : il s'agit d'une question de soumission forcée à telle ou telle loi et non pas de libre choix. La loi nationale des parties nous paraît devoir influer sur la validité de la convention, parce que les parties n'échappent pas à ses dispositions obligatoires en se transportant sur le sol étranger, le lien de sujétion subsistant toujours. Validerions-nous, en Belgique, une convention conclue en pays étranger entre Belges sous l'empire du dol ou de la violence? Il faut, à notre sens, répondre négativement. Comment veut-on que nos juges, s'agissant d'une convention entre Belges, soient tenus de s'incliner devant une loi étrangère qui par impossible consacrerait cette iniquité? Mais supposons que deux étrangers fassent une convention de ce genre sur le sol belge, nos tribunaux n'appliqueront-ils pas les principes du droit belge sur le dol et la violence sans se préoccuper de la loi étrangère? Nous pensons qu'il y a lieu de répondre encore affirmativement.

292. — Une saine et juste appréciation des choses conduit à combiner ici l'application de la loi du lieu du contrat et de la loi nationale. Il faut qu'il y ait consen-

(1) Brocher. Op. cit., T. II, p. 81. — Laurent. T. VIII, p. 228. — Despagnet. Op. cit., p. 411.

tement valable d'après l'une et d'après l'autre, pour que le contrat échappe à l'annulation. Les parties sont soumises à l'une, parce qu'elles doivent s'incliner devant les lois relatives aux bonnes mœurs en vigueur dans le pays où elles se trouvent, et que la loi qui stérilise le dol et la violence rentre dans cette catégorie de dispositions législatives. Il y a un intérêt général en cause. Elles sont soumises à l'autre, en vertu du lien de sujétion qui les suit en pays étranger. D'où il résulte que la convention pourra être considérée comme nulle du chef des vices du consentement, soit en vertu de la loi du lieu du contrat, soit en vertu de la loi nationale commune ou des lois nationales identiques des deux parties contractantes. Nous irions même plus loin. S'il n'y a pas de consentement valable de la part de l'une des parties, même d'après la loi nationale de l'autre, comment celle-ci pourra-t-elle s'en prévaloir? Est-il juste et opportun qu'elle puisse invoquer le consentement défectueux, dans un pays quelconque, lorsque dans son propre pays elle s'en prévaudrait inutilement? Nous ne pouvons l'admettre, et la question ne nous paraît vraiment délicate que lorsque le consentement, valable d'après la loi du lieu du contrat, et d'après la loi personnelle de celui qui stipule, est vicié seulement d'après la loi personnelle de celui qui promet. Dans un cas de ce genre il est juste que ce dernier puisse se prévaloir des vices de son consentement, dans le pays auquel il appartient, mais il ne nous semble pas qu'il puisse s'en prévaloir partout; et, dans les autres pays dont la législation répute son consentement régulier, il ne pourrait s'en faire un moyen de nullité. On appliquerait sans doute la loi du lieu du contrat.

293. — Nous devons maintenant revenir, comme nous l'avons annoncé, sur ces conventions relatives aux successions futures, dont nous avons déjà parlé plus haut, et que nous avons à examiner au point de vue des textes. Le Code contient trois dispositions relatives à la nullité de ces pactes : celle de l'art. 791 qui concerne la renonciation, et doit s'appliquer nécessairement aussi aux

acceptations, celle de l'art. 1130, relative aux conventions en général, celle de l'art. 1600, spéciale à la vente. Il est certain que ce sont des dispositions d'ordre public. Mais sur quoi se fondent-elles? Il est important de le constater, parce que l'étendue de leur application extra-territoriale en dépend. Les auteurs sont peu d'accord à ce sujet. Demolombe fait observer, à propos de l'art. 791, que la nullité des renonciations et des acceptations, concernant une succession future, est évidente, parce qu'elles ne peuvent se concevoir sans objet : « or, tant que la succession n'est pas ouverte il n'y a pas d'objet, il n'y a rien ». L'argument est peu sérieux, puisqu'en principe les choses futures peuvent faire l'objet d'une convention 1130, al. 1. Mais il invoque d'autres motifs : « Ajoutez l'inconvenance et l'immoralité de ces sortes de pactes, l'absence de liberté ou plutôt la contrainte morale qui, presque toujours en cas pareil, vicierait le consentement, le danger social enfin qui résulterait de l'interversion et de la perturbation qu'ils pourraient, en se multipliant, causer dans la transmission héréditaire des fortunes, telle que le législateur l'a organisée pour le plus grand bien de l'Etat. » Voilà tout un ensemble de motifs, et il semble que jamais prohibition n'aurait été mieux justifiée. Malheureusement, on essaie quelquefois de suppléer à la qualité par la quantité, et bien des auteurs ont émis des doutes sur l'opportunité d'une prohibition aussi absolue que celle de l'art. 1130, al. 2. Tel Larombière, qui commence par faire observer que de pareils pactes sont prohibés comme contraires à l'honnêteté et à la décence publique, « parce qu'ils impliquent un vœu homicide, un *pactum corvinum* », un pacte de corbeaux, étant faits dans l'attente de la mort d'un homme. Mais ce motif ne satisfait point le savant magistrat, pas plus qu'il n'avait satisfait Toullier, lequel était assez défavorable à cette interdiction générale et absolue. C'est aller trop loin, en effet, que de comparer pareil pacte à un pacte d'oiseaux de proie. Ce qui est vrai, c'est que, lorsqu'il est conclu entre un successible et une personne étrangère à la succession, il a pour effet d'intéresser cette

dernière à la mort d'autrui, sans que cet intérêt soit combattu en elle par les sentiments d'affection qui sont la conséquence naturelle de la parenté. Mais beaucoup de contrats que la loi autorise, par exemple le contrat de rente viagère et le contrat d'assurances sur la vie, produisent le même résultat. Aussi Larombière ne considère-t-il ce motif que comme secondaire, et les raisons d'ordres divers, auxquelles il s'arrête, sont les suivantes : le danger qu'on ne se laisse entraîner trop facilement à aliéner pour un prix vil ce qui n'est encore qu'un bien éventuel et peut-être éloigné; le fait que de semblables pactes, le plus souvent surpris à la faiblesse, ou arrachés à la crainte révérentielle, peuvent être une cause de désordre dans les familles, et produire par leurs abus la subversion même de la loi des successions. Et il en conclut que ces traités sont prohibés à la fois comme lésionnaires, et comme contraires à l'ordre public et à la moralité publique.

294.—Comme lésionnaires?! Si l'auteur avait dit: *comme pouvant être lésionnaires*, il se serait exprimé avec plus de justesse. Mais il aurait suffi, dans ce cas, d'accorder l'action en rescision pour cause de lésion. Il est plus probable que ces conventions ont été répudiées, d'abord parce qu'elles constituent une espèce de jeu ou de pari sur la vie humaine, ensuite parce qu'elles fournissent aux prodigues le moyen de dissiper non-seulement leur fortune présente, mais leurs biens à venir. Et c'est sous ce dernier rapport qu'il y a une différence considérable entre ces conventions et le contrat d'assurances sur la vie, bien qu'on trouve également dans ce dernier l'élément aléatoire. Si, en effet, le contrat d'assurances est inspiré par une pensée de spéculation plus ou moins aléatoire à celui qui assure, il est inspiré, au contraire, par une pensée de sage prévoyance à celui qui s'assure. Loin de manger son blé en herbe, pour nous servir d'une expression familière, il fait une épargne en vue des besoins futurs de sa famille, de ses proches. L'activité de l'autre partie a ainsi un but louable, au moins d'une manière indirecte, et même dans le cas où il ne s'agit pas de mutualités, l'aléa est réduite à son minimum par suite

de la multiplicité des opérations d'une part, et d'autre part à raison des calculs de probabilités sur lesquels est fondée la détermination de la prime à payer. Il en est de même, dans une moindre mesure, du contrat de rente viagère. C'est ce qui fait que, malgré l'aléa, des contrats de ce genre sont reconnus parfaitement valables. Mais, dans les pactes ayant pour objet une succession future, l'aléa n'est point réduite à sa plus simple expression, et l'on ne rencontre pas chez l'une des parties cette pensée de prudente prévoyance qui justifie les constitutions de rentes viagères et les assurances. La spéculation chez l'un, la dissipation, chez l'autre, voilà ce qui caractérise en général ces pactes, et voilà ce qui les fait répudier comme immoraux dans beaucoup de pays. Or, ce sont là des considérations qui touchent à la morale absolue. Elles sont indépendantes de la situation des biens. Si la convention est nulle d'après la loi du pays où elle a été conclue, cette loi recevra certainement application dans ce pays, en quelque lieu que les biens soient situés, quelle que soit la nationalité des parties. Et, comme après tout chaque Etat a compétence pour interdire sur son territoire ce qu'il considère comme immoral, les bonnes relations internationales, le respect des droits de chaque Etat commandent de considérer pareilles conventions comme nulles partout.

295. — Mais suffit-il qu'une pareille convention ne soit pas interdite par la loi du lieu où elle se forme, pour qu'elle doive être considérée comme valable partout? Fidèle à la doctrine que nous avons développée en parlant de l'ordre public en général, nous ne le pensons pas. Nous ne pouvons nous résigner à considérer le sujet comme dégagé de son devoir d'obéissance aux lois d'ordre public d'une nature morale de l'Etat dont il relève, lorsqu'il s'établit en pays étranger. On admet, en général, qu'il est encore soumis à ses lois pénales. Pourquoi ne le serait-il pas à ces prohibitions qui sont fondées sur des considérations analogues, bien que leur sanction soit différente? Il est vrai que la sanction intéresse ici deux parties. Mais, si ces deux parties sont personnellement

soumises à la même loi ou à des lois nationales identiques, quelle injustice leur fait-on en considérant comme nulle une convention que leur loi nationale commune, ou leurs lois nationales identiques, frappent de nullité? N'est-il pas conforme à la justice internationale, c'est-à-dire au droit international, que les Etats ne prêtent pas leur appui à la violation de lois de ce genre, même sur leur propre sol, où elles ne sont pas en vigueur, par des étrangers qui leur doivent obéissance? Toutefois si une convention de ce genre, licite d'après la *lex loci contractus*, n'était pas réprouvée par la loi nationale ou par les *lois nationales* des deux parties contractantes, elle ne nous paraîtrait pas pouvoir être annulée en un pays quelconque au nom de la loi nationale de l'une d'elles. Il n'y a pas de motif pour faire prévaloir cette dernière sur la loi nationale de l'autre qui est en même temps celle du lieu du contrat, à moins que l'exécution même, que l'on prétend donner à la convention, ne soit en elle-même, et indépendemment de l'acte juridique qui en est la source, empreinte d'immoralité aux yeux de la *lex fori*, ce qui ne saurait être le cas, nous paraît-il, quand il s'agit du pacte successoire.

296. — La doctrine d'après laquelle la prohibition des pactes sur succession future présente un caractère d'ordre public général est prédominante. Brocher est à peu près le seul auteur qui émette l'opinion, qu'il y a lieu d'appliquer en cette matière la loi qui est appelée à régir le droit de succession lui-même. Mais cette opinion nous paraît conciliable avec la nôtre. Nous sommes tout disposé à admettre que le pacte sur une succession future peut être annulé également au nom de la loi qui régit la succession. Cela n'empêche pas nécessairement qu'elle ne puisse être annulée aussi, soit en vertu de la loi du lieu du contrat, soit en vertu de la loi nationale commune des parties, comme loi d'ordre public. La vérité nous paraît être qu'il s'agit d'une convention soumise *par sa nature* à la loi qui régit la succession : c'est elle qui est appelée à déterminer quand il est permis d'y renoncer, et tout pacte successoire

implique une espèce de renonciation. Toutefois, si elle est interdite par la loi du lieu du contrat, ou par la loi nationale des parties par *des motifs d'ordre public*, ces lois ont également droit à une reconnaissance internationale.

297. — On objectera peut-être que notre doctrine est malheureusement très favorable à l'annulation des conventions, tandis qu'il faut plutôt viser au maintien des obligations librement consenties. Il en résulte, en effet, que les causes de nullité pourront être puisées dans bien des lois, dans la *lex loci contractus*, dans la loi nationale des parties, dans la loi qui régit la succession. Notre réponse est que notre système n'en a pas moins pour effet d'exclure l'application absolue et exclusive de la *lex fori*, application qui serait irrationnelle dans l'espèce, qui rend toujours possible des décisions contradictoires, ce qui est un mal en droit international privé, et qui, dans plusieurs cas, fait dépendre le sort du contrat de la volonté de l'une des parties, laquelle pourrait en se transportant, avec son avoir purement mobilier, en pays étranger, se soustraire à son exécution. Par le fait, la solution que nous préconisons, n'aboutira pas plus souvent que l'application de la *lex fori* à rendre stériles les conventions des parties, et c'est peut-être le résultat contraire qui se produira. Et dans tous les cas cette solution est plus juste; elle est fondée sur le principe qu'il faut avant tout rechercher quels sont les Etats qui ont un intérêt légitime, et en conséquence droit, à réglementer la substance du contrat, à limiter la volonté des parties. Chose assez étrange, nous n'avons trouvé dans les recueils aucune décision sur la question. Mais il nous paraît fort improbable que, dans la pratique, on ne considère pas comme nulles en Belgique des conventions sur successions futures, lorsqu'elles sont prohibées, soit par la loi du lieu du contrat, soit par la loi qui est appelée à régir la succession, soit par la loi nationale des parties, s'agissant même d'un contrat fait dans un pays où elles ne seraient point interdites. Dans tous ces cas la nullité nous paraît s'imposer.

298. — Ces nullités indépendantes de la volonté des

parties peuvent prendre un autre aspect. Telle est, par exemple, la nullité de tout engagement de services à vie, établie par l'art. 1780 du Code civil. Cette nullité est évidemment d'ordre public absolu. Elle s'applique à tous ceux qui contractent sur le territoire, nationaux et étrangers. De pareilles conventions sont interdites, comme portant atteinte à la liberté humaine, comme immorales, et lorsque la loi les répudie à ce titre, là où elles sont conclues, on ne pourrait, sans porter une atteinte à son autorité légitime, les sanctionner ailleurs. Nous croyons, en outre, que cette nullité devrait être reconnue partout, si elle était décrétée par la loi nationale des deux parties, ou même seulement par celle de la partie qui engage des services à vie. Mais il nous paraît qu'il faut aller ici plus loin encore. Ce qui est directement contraire à l'ordre public dans ce cas, ce n'est pas seulement le contrat en lui-même, c'est l'effet qu'il peut produire en tant qu'il enchaîne la liberté du locateur de services, de celui qui les donne à bail. S'agissant même d'étrangers et d'un contrat conclu en pays étranger, il serait impossible d'en faire reconnaître et consacrer dans notre pays les effets obligatoires pour celui qui a engagé sa liberté personnelle. La *lex fori* a ici son mot à dire et doit être respectée. C'est l'effet même de ce contrat qui doit être répudié, en tant qu'il porte atteinte à la liberté des parties, c'est cet effet que nos lois proscrivent, aussi bien que la convention elle-même.

299. — Il est des lois qui limitent le taux de l'intérêt. Ces lois, bien différentes de celles qui fixent le taux de l'intérêt légal, et qui appartiennent au droit supplétif, sont évidemment d'ordre public. Certains auteurs [1], par exemple Savigny, pensent que le juge ne peut jamais allouer des intérêts plus élevés que ceux admis par la *loi du for*. Ils se fondent sur ce que les lois sur l'usure sont destinées à empêcher l'oppression du débiteur. De Bar fait observer que cette opinion est en opposition formelle avec la doc-

(1) Voir les autorités citées par de Bar, T. 1, nº 265, note 6.

trine des anciens écrivains, qui considéraient comme décisive la loi du lieu du contrat ou la loi du lieu de l'exécution, et, en outre, avec la nouvelle jurisprudence française, avec la jurisprudence anglo-nordo-américaine, ainsi qu'avec le droit autrichien, et la doctrine de Wharton, Fiore, Brocher, Asser et Rivier, etc... Mais il s'en faut qu'il y ait unanimité parmi les adversaires de l'application de la loi du for. Les uns donnent la préférence à la loi du lieu du contrat, les autres à celle du lieu destiné pour le paiement, quand il y en a un. Et les anciens auteurs se fondent, en général, sur la thèse de la soumission volontaire à la loi de tel ou tel lieu. Cette considération doit être écartée dans la matière qui nous occupe. La volonté des parties n'étant pas libre, il ne s'agit pas de rechercher à quelle loi les parties *se sont soumises*, mais à quelle loi elles *sont soumises* par le fait. Il s'agit d'apprécier l'autorité rationnelle et logique d'une loi de ce genre. Qu'il s'agisse d'une loi d'ordre public, cela n'est pas douteux : il n'en est pas moins nécessaire d'apprécier l'esprit de cette loi et ses bases, pour déterminer sa zône d'application.

300. — De Bar pense qu'il y a lieu d'appliquer la loi du lieu où le prêt doit être utilisé, où la somme fournie doit être employée. Mais il ne motive pas suffisamment sa décision, en tant qu'il s'agit d'une loi établissant un maximum d'intérêts. Il se borne à donner des exemples. On pourrait invoquer, à l'appui de cette opinion fort généreuse, l'argument de M. Asser. Cet auteur fait observer qu'il ne s'agit ici que de lois d'ordre public essentiellement locales, fondées sur des circonstances locales, sur la situation économique d'un pays déterminé ; cela conduirait à appliquer la loi du pays où la somme est exposée et doit être utilisée. Mais cette observation n'est pas tout à fait juste. Dans la loi qui établit un *maximum d'intérêt*, il y a d'abord un principe absolu, celui d'après lequel ce serait permettre l'oppression du débiteur par le créancier que de permettre à celui-ci de stipuler un intérêt exagéré. Il y a ensuite l'application de ce principe qui consiste

dans la détermination du taux maximum de l'intérêt licite. Cette fixation peut incontestablement avoir pour base la situation économique d'un pays déterminé, et il est rationnel que ce soit celle du pays où le capital doit fructifier et sera soumis à des chances de perte. Mais quelle sera la situation du juge saisi d'une action en paiement d'intérêts, *usuraires* d'après la loi du for, si la loi du lieu du contrat ou celle du lieu de l'exécution ne fixe aucun maximum? Il se trouvera en présence de deux principes diamétralement contradictoires, celui de la liberté de l'intérêt et celui de l'intérêt restreint. Et cette contradiction ne trouve nullement sa raison d'être dans la différence des situations économiques, laquelle n'explique que la différence des maximums. Elle a sa base dans des appréciations foncièrement différentes au sujet de la moralité de la convention. Aussi pensons-nous, tout en étant partisan convaincu du principe de la liberté de l'intérêt, que le juge ne pourra appliquer dans ce cas que la loi du for. On pourrait toutefois allouer l'intérêt légal établi par la loi du lieu du paiement sans violer l'esprit de celle-ci. Il en serait autrement si le juge n'avait à opter qu'entre des lois établissant des maximums différents, et dans ce cas, la règle établie par M. de Bar, nous paraîtrait mériter approbation. On s'attacherait à la loi du lieu où le prêt doit être utilisé.

301.—L'intérêt exagéré, d'après la loi du lieu de l'engagement, pourrait-il être réduit en vertu de cette loi du for par les tribunaux d'un pays où l'intérêt est libre? Quelle que soit notre antipathie contre toute loi qui limite le taux de l'intérêt, nous estimons qu'il y a lieu d'appliquer en ce cas la loi du lieu du contrat, à moins que la loi du lieu de l'exécution ne fixe un maximum différent, cas dans lequel il y aurait lieu, ce nous semble, d'appliquer cette dernière loi, comme on devrait le faire dans le pays même où le contrat a été conclu. Autre est la question de savoir quelle loi il faudrait appliquer s'agissant d'un contrat conclu dans un pays où l'intérêt est libre, si le débat s'engageait dans un pays où il n'y a pas non plus de

maximum légal. Dans cette hypothèse, les conventions entre parties devraient, à notre avis, être respectées. La loi qui reconnaît la liberté de l'intérêt nous paraît une loi d'ordre public économique, et il nous paraît rationnel que cette loi reçoive application à tous ceux qui se trouvent et contractent sur le sol d'un pays de liberté, même aux étrangers. Partout où cette liberté des conventions est reconnue, on devra respecter les conventions faites dans des pays où elle l'est également. Mais cet ordre public n'exige pas que l'on donne effet dans notre pays à des conventions qui sont nulles d'après la loi du lieu du contrat, ou d'après celle du lieu de l'exécution. Comme on le voit, toutes ces questions sont extrêmement complexes, et se présentent sous des aspects plus multiples que ceux sous lesquels on les envisage généralement.

302. — Il est des questions qui, sans concerner la validité du lien obligatoire, intéressent son existence, son maintien, ce sont celles relatives à la résolution ou à la révocation de la convention. La ligne de démarcation, entre les dispositions de droit supplétif et celles d'ordre public, n'est pas toujours facile à tracer, lorsqu'il s'agit de ce genre de lois. Et, lors même qu'il s'agit de lois d'ordre public, déterminer la nature de cet ordre public est souvent chose délicate. Il en est ainsi notamment des lois relatives à la révocation des donations. Nous considérons comme étant incontestablement d'ordre public la révocation de la donation entre vifs pour cause de survenance d'enfants (art. 960 et 965, Code civil), puisqu'il n'est pas permis au donateur d'y renoncer; et la nullité de cette renonciation est par conséquent également d'ordre public. Les auteurs qui se sont occupés de la question sont généralement de cet avis; mais ils ne sont pas d'accord sur la nature de cet ordre public, et sur la solution pratique des difficultés qui en dérivent. M. Laurent considère la règle de l'art. 960 comme se rattachant au statut personnel, et il semble que, dans son opinion, la nullité de la clause par laquelle on renoncerait d'avance à la révocation, ne dépende en rien de la loi du lieu où le contrat se fait,

mais uniquement de la nationalité du donatenr, bien qu'il ne le dise pas en termes explicites. Brocher n'a pas d'opinion très arrêtée sur la question et balance entre la loi du lieu du contrat et celle de la situation des biens. « Ce que l'art. 960 a de commun avec la loi du lieu où la donation se fait, je ne le comprends pas, » dit Laurent. Et il signale les conséquences regrettables qui résulteraient de la seconde opinion formulée par Brocher, et à laquelle celui-ci paraît donner la préférence, en ce que la donation sera révoquée ici, et ne sera pas révoquée ailleurs, suivant la situation des biens qui y sont compris. C'est là certes une conséquence fâcheuse du système de Brocher, mais ce ne serait pas un motif suffisant pour le rejeter s'il se justifiait rationnellement; car il peut arriver souvent qu'un acte juridique soit tenu pour valable relativement aux biens situés dans tel pays, pour nul, relativement à ceux situés dans tel autre pays [1].

303. — Il faut, nous paraît-il, se bien pénétrer du but dans lequel le législateur a édicté cette révocation, et la nullité de toute clause contraire, pour en déterminer la portée. Il est bien vrai, qu'en thèse générale, le contrat nul d'après la loi du lieu où il se forme sera considéré comme tel partout. Mais il s'agit précisément de savoir quand le contrat sera réputé nul, quelles sont les donations que la loi belge, comme la loi française, déclare révoquées par survenance d'enfants, nonobstant toutes clauses contraires. On nous répondra peut-être que les art. 960 et 965 du Code civil ne faisant aucune distinction, ce sont toutes les donations. Mais l'argument prouverait trop, puisqu'il en résulterait que l'on devrait considérer comme nulles en Belgique même les donations faites entre étrangers, en pays étranger, et ayant pour objet des biens situés en pays étranger. Personne ne va jusques-là. Il faut donc distinguer; et il est tout naturel de rechercher quel intérêt le législateur a voulu sauvegarder par ces dispositions, puisqu'il serait rigoureux et injuste de les

(1) Laurent. Op. cit., T. VI. pp. 490 et ss. — Brocher. Op. cit., T. II, pp. 31 et ss.

appliquer lorsque cet intérêt n'existe pas. Cet intérêt est visiblement celui *des enfants*, celui de la famille. M. Brocher se trompe en disant que c'est l'intérêt *du donateur*, puisque la révocation n'a pas lieu s'il n'a pas d'enfants. Le législateur a voulu protéger les enfants contre les libéralités excessives du père, faites à un moment où il n'a pu songer à eux, où dans tous les cas, il ne se rendait probablement pas compte de la puissance du sentiment qui serait venu combattre son penchant à une générosité excessive, vis-à-vis de tout autre que ses enfants. L'intérêt des enfants, l'intérêt de la famille est donc à la base de ces dispositions. Or, le législateur ne doit se préoccuper que de la famille nationale, des enfants qui sont ses ressortissants, ses sujets. D'où suit que ces dispositions ne paraissent devoir s'appliquer qu'aux donations faites par des personnes qui relèvent comme sujets de l'Etat où elles sont en vigueur. C'est une espèce de statut de famille, et qui ne concerne que la famille nationale. On pourrait même ajouter que ces dispositions limitent dans une certaine mesure la faculté de donner, et à ce titre encore il faudrait appliquer la loi nationale du donateur comme loi régissant la capacité. Mais cet argument nous paraît plus contestable.

304. — Il en résulte qu'en théorie la donation sera révoquée par survenance d'enfants, dès qu'il en est ainsi d'après la loi nationale du donateur. Et nous voyons qu'il faut s'en tenir à cette loi nationale *au moment de la survenance d'enfants*, parce que cette loi est celle des enfants, et que c'est dans l'intérêt de ceux-ci que la révocation est édictée, non par une interprétation de la volonté des parties au moment de la donation, mais en dépit de cette volonté. Il n'en résulte pas cependant que, si la loi nationale du donateur ne contient pas cette disposition, la donation ne sera jamais révoquée par survenance d'enfants. Lorsque les parties n'ont pas stipulé en termes exprès la non-révocation, la disposition d'après laquelle la donation doit être révoquée par cette cause peut encore conserver une certaine importance comme droit supplétif.

comme loi à laquelle les parties se sont implicitement soumises. Et l'on pourrait avoir égard sous ce rapport, soit au lieu du contrat, soit au domicile commun des parties, soit même au domicile du donateur, suivant les distinctions que nous tâcherons d'établir plus loin. En droit positif français et belge, il y aurait peut-être lieu d'appliquer la loi qui régit la succession, ainsi que nous le verrons dans la partie spéciale de notre ouvrage, en tant que la révocation pourrait être édictée également par cette loi.

305. — Les faits d'ingratitude déterminés par l'art. 955 n'entraînent pas la révocation *ipso jure* de la donation, mais autorisent le donateur à la révoquer. Les donations en faveur du mariage ne peuvent même être révoquées pour cette cause (art. 959, C. civ.). Quelle est la nature de cette disposition? Laurent la considère comme fondée sur la volonté présumée du donateur. La révocation est contenue en germe, selon lui, dans le contrat initial. L'ingratitude n'est pas un fait postérieur au contrat, dit-il. « On peut comparer l'ingratitude à l'indignité; ..... car ce n'est pas au moment où l'ingratitude éclate, que l'indignité prend naissance; le vice préëxistait. Ainsi considérée l'ingratitude n'est pas un fait postérieur au contrat, elle existait lors de la donation [1]. » Cette observation psychologique nous paraît un peu aventurée et contraire à la réalité des choses. N'arrive-t-il pas souvent qu'un sentiment d'ardente reconnaissance au début s'émousse par l'action destructrice du temps, qui finit par user toutes les impressions bonnes ou mauvaises? On peut dire sans doute que le donateur n'aurait pas donné, s'il avait su que le donataire se montrerait ingrat vis-à-vis de lui. Mais est-ce un motif suffisant pour considérer la faculté de révoquer comme un effet de sa volonté tacite. Comment peut-on lui attribuer une volonté pour un cas qu'il n'a probablement pas prévu? Il y a grande apparence que, s'il l'avait prévu, il n'aurait pas fait la donation. C'est

(1) Laurent. Op. cit.

en réalité le législateur qui se montre prévoyant pour lui.

Mais il y a plus, la faculté attribuée au donateur de révoquer la donation pour cause d'ingratitude est une espèce de pénalité civile, dont l'application est abandonnée à la discrétion du donateur, et qui a un but profondément moral. Nous ne pensons pas que la renonciation qu'y ferait le donateur anticipativement fût valable, et si elle ne l'est pas, il nous paraît évident que cette faculté de révocation est d'ordre public. Il ne reste plus qu'à déterminer sa portée. On ne saurait à notre avis, la considérer comme d'ordre public purement national. La faculté de révocation n'est pas exclusivement basée sur l'intérêt du donateur, mais sur des considérations morales. Elle pourra donc être exercée, à notre avis, soit que le contrat ait été conclu dans un pays où le législateur l'admet, soit que les parties relèvent d'un tel pays. Elle pourra également l'être si le donataire seul appartient à ce pays, par ce qu'il n'échappe pas à l'application de dispositions de ce genre en se transportant en pays étranger. Mais comme cette faculté a également en vue l'intérêt du donateur, elle pourra être exercée par lui, lors même qu'il serait seul sujet du pays où elle est établie. Toutefois lorsque le donataire est soumis à une loi de ce genre, elle ne pourra l'être en général à son détriment que dans le pays dont la législation consacre, au profit du donateur, ce droit de révocation.

306. — Il est à observer néanmoins, au point de vue des règles de droit international privé admises encore en France et en Belgique, comme dans d'autres pays et notamment en Angleterre : d'une part que la succession immobilière est encore régie par la loi de la situation, d'autre part que la faculté de révoquer une donation pour cause d'ingratitude est une exception au principe de l'irrévocabilité de la donation établi dans l'intérêt de la succession légale. Il en résulte que, dans des pays où l'on admet encore la règle statutaire : *tot sunt successiones quam sunt bona diversis legibus obnoxia*, on n'appliquera cette exception à la règle de l'irrévocabilité des donations

s'agissant de biens situés dans ces pays, que si elle est consacrée par la *lex situs*, laquelle seule détermine la consistance de la succession légale en matière immobilière, quelle que soit la nationalité des parties contractantes. C'est encore une des fâcheuses conséquences du système consacré par notre tradition juridique, et implicitement accepté par le Code, quant à la question de savoir quelle est la loi qui régit la succession légale. Car, si la règle de l'irrévocabilité a pour effet de sauvegarder l'intégrité de la succession légale, son but est avant tout la protection de la famille, et des enfants, du donateur lui-même, contre des tendances à une générosité excessive.

307. — Il y a plus de doute en ce qui concerne la révocation pour inexécution des conditions, 953 Code civil. Celle-ci nous paraît bien fondée sur l'intention présumée des parties, et nous comprendrions parfaitement qu'il fût permis au donateur d'y renoncer, même dans l'acte de donation, sauf le droit d'exiger l'exécution des conditions, ou de réclamer des dommages-intérêts. Lorsqu'il s'agit d'ingratitude à proprement parler, la morale publique est en cause. Elle ne l'est plus, au moins d'une manière aussi constante, et au même degré, quand il s'agit de l'inexécution des conditions. Nous ne pouvons donc considérer cette faculté de révocation comme étant d'ordre public à proprement parler. Notre conclusion est qu'il faut s'en référer à la loi qui doit être censée tacitement acceptée par les parties. Quelle est cette loi? La question sera examinée plus loin d'une manière générale. Nous nous bornons à dire pour le moment que, lorsqu'il s'agit d'un contrat de bienfaisance, il paraît assez rationnel de consulter surtout la loi à laquelle a vraisemblablement donné la préférence celui de qui émane le bienfait, qu'en cas de doute on doit présumer que c'est la loi qui lui est le plus favorable, et que le donataire ou le bénéficiaire du contrat peut équitablement être considéré comme ayant accepté l'application de cette loi, lorsqu'il ne l'a pas exclue par une stipulation expresse, ce qui probablement ne sera

jamais le cas. Mais il pourrait arriver que cette exception se heurtât contre la loi qui régit la succession, si celle-ci n'admet point pareille exception au principe de l'irrévocabilité de la donation.

308. — La question de savoir, si un acte juridique est rescindable pour cause de lésion, donne lieu, lorsqu'il s'agit de savoir à quelle loi il faut s'en référer, à des difficultés non moins grandes. Si l'action en rescision est fondée sur l'incapacité de l'une des parties, il n'y a pas de doute, il faut appliquer la loi personnelle, c'est-à-dire, d'après nous, et suivant une opinion qui gagne du champ tous les jours, la loi nationale de l'incapable. Mais nos lois admettent, même entre personnes parfaitement capables, la rescision des partages pour lésion de plus du quart, la rescision des ventes d'immeubles au profit du vendeur pour lésion de plus de sept douzièmes (art. 890 et 1675, Code civil). La question de savoir à quelle loi il faut recourir, pour décider si cette cause de rescision peut être admise, et pour déterminer l'importance de la lésion, est très diversement résolue, spécialement en ce qui concerne les ventes d'immeubles. Si les lois qui l'admettent sont fondées sur des motifs d'ordre public, ce que nous examinerons dans la partie spéciale du présent ouvrage, il faut bien reconnaître que cet ordre public n'a rien de commun avec le bon régime économique de la propriété et notamment de la propriété immobilière, et nous ne voyons pas le moindre motif pour appliquer ici la loi de la situation. Il s'agirait alors d'un ordre public moral, indépendant de la situation des biens. Et l'action en rescision pour lésion pourrait être basée sur la loi du lieu du contrat ou de l'acte juridique, si tant est que le partage ne soit pas un véritable contrat. Mais elle pourrait être basée en outre sur d'autres éléments, par exemple sur la nationalité de l'acheteur. Notons que, s'il s'agit d'un partage de biens successoraux, la loi qui régit la succession pourrait être prise en considération. S'il s'agit d'une rescision fondée uniquement sur l'intention présumée des parties, on aura égard aux circonstances qui seraient de nature à faire pré-

sumer leur intention de se soumettre à telle loi plutôt qu'à telle autre. Nous reviendrons sur ces questions dans la partie spéciale de notre ouvrage.

309. — L'action en réduction des donations et des legs, fondée sur la réserve, soulève à son tour des difficultés. Si c'est une loi d'ordre public, elle est certainement fondée avant tout sur la bonne organisation de la famille. L'on admet généralement, comme nous le verrons en temps et lieu, qu'il faut consulter en cette matière la loi qui régit la succession. On ne tiendra pas compte par conséquent de la loi du lieu du contrat de donation, de celle du pays où le testament a été fait. Cette opinion, qui nous paraît fort rationnelle, conduit cependant à des difficultés inextricables, si l'on admet, comme on le fait en France et en Belgique, que la succession quant aux immeubles est régie par la loi du lieu de leur situation. Dans tous les cas il est évident que la réduction ne peut dépendre, en aucune façon, de la volonté des parties contractantes dans la donation, de celle du testateur en matière de legs. On ne peut hésiter qu'entre la loi nationale du *de cujus* et la loi de la situation. Les vrais principes conduiraient à donner la préférence à la première. Mais notre droit international privé positif conduit à appliquer nos principes sur la réserve, chaque fois qu'il s'agit d'immeubles situés en Belgique, lors même qu'ils feraient partie d'une succession étrangère.

310. — Bien que nous soyons loin d'avoir épuisé la matière, nous croyons devoir terminer ici cette étude analytique des quelques-unes des causes qui peuvent influer sur la validité ou le maintien du contrat. Deux conclusions nous paraissent s'en dégager avec évidence. Le contrat nul, rescindable, ou révocable d'après la loi du lieu où il été conclu, sera nul, rescindable ou révocable partout, à moins que l'Etat sur le sol duquel il a été conclu ne se soit érigé arbitrairement en juge de la capacité de l'étranger, contrairement aux principes du droit international privé, ou n'ait usurpé la mission de protéger l'intérêt économique d'un pays étranger. Mais il n'en

résulte pas que le contrat, valable d'après la loi du lieu où il a été conclu, soit valable partout. On pourra le tenir pour inexistant, annulable, rescindable ou révocable dans le pays où il est destiné à produire ses effets, dans le pays même où il pourrait les produire accidentellement si ces effets s'y heurtent contre l'ordre public, dans le pays auquel les deux parties appartiennent par leur nationalité, quelquefois dans le pays auquel une seule appartient. Et cela suffit pour démontrer combien il est faux de dire que la validité du lien juridique et son maintien s'apprécient d'après la loi du lieu où il se forme, lors même que toutes les parties contractantes y seraient domiciliées. La vérité est que tout contrat doit être envisagé dans sa nature spéciale, et à des points de vue divers, pour que l'on puisse dire quelle est la loi qui le régit, ou quelles sont les lois dont il peut dépendre quant à sa validité, quant à sa substance, quant à tous ses effets, en tant que l'existence du lien juridique et ses conséquences ne dépendent point de la libre volonté des parties. Et les dissentiments, les divergences d'opinions, qui se sont produits sur le point de savoir quelle est la loi applicable, nous paraissent provenir précisément de ce qu'il n'y en a pas une, mais plusieurs qui, suivant les circonstances, suivant la nature de l'intérêt social qui peut être lésé et la manière dont il peut l'être, s'imposent soit d'une manière exclusive, soit concurremment, au respect des parties contractantes.

### §IV. — De la loi qui régit les obligations contractuelles, en tant que leur effet dépend de la volonté des parties.

311. — Nous avons exposé plus haut les divers systèmes qui ont été formulés à cet égard. Nous avons soigneusement distingué les questions d'interprétation pure, des questions relatives aux effets des contrats, les dispositions légales qui présentent pour les parties un caractère obligatoire, qui les lient, qui échappent à leur autonomie, de celles qui ne font que suppléer aux lacunes de leurs conventions, qui en déterminent les effets par une espèce de présomption souvent assez arbitraire, et que l'on a

appelées avec raison *droit supplétif*. Comme ces lois sont assez diverses suivant les pays, il importe de rechercher, en cas de doute, quelle est la loi qui doit suppléer au silence des parties, quelle est la loi qui doit compléter, pour ainsi dire, leurs conventions dans les hypothèses qu'elles n'ont pas prévues. Et, comme il s'agit de lois auxquelles elles peuvent déroger, tout dépend en dernière analyse de l'intention des parties contractantes. Si la preuve de cette intention est fournie, elle doit, en général, être respectée, sous quelque forme que cette intention ait été exprimée, et lors même qu'elle résulterait de certaines circonstances particulières, sans que cette intention ait été manifestée en termes exprès. M. de Bar a cependant critiqué assez vivement ces principes généralement admis en doctrine moderne, mais il nous paraît que sa critique repose sur un malentendu. Il faut, avant tout, selon lui, examiner ce que les parties *peuvent vouloir avec cet effet : que la loi prenne cette volonté en considération et y attache une force obligatoire* : « Le Code civil dispose très justement » dit-il, « (ce que l'on perd généralement de vue, *was meist nicht betrachtet wird*) que les conventions *légalement formées* (et non pas les conventions formées) tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. » Nous pensons que M. de Bar se trompe en s'imaginant que ce mot *légalement* ait généralement échappé à l'attention des commentateurs. Il se trompe, en croyant que l'école italienne même ne se préoccupe pas de ce que les parties *peuvent* vouloir, et ce n'est que dans la mesure où elles *peuvent* vouloir qu'elle s'attache à rechercher ce qu'elles ont voulu. Elle examine dans quelle mesure leur volonté est limitée par des dispositions prohibitives, et à *quelles lois* prohibitives le contrat est soumis. C'est à quoi nous nous sommes tout particulièrement attaché, pour notre part, bien que nous soyons fort loin d'accepter entièrement la doctrine italienne, et qu'elle nous paraisse attribuer au principe de la nationalité une prépondérance trop absolue et trop exclusive.

312. — Jusque-là nous sommes d'accord en substance

avec l'éminent jurisconsulte, mais les observations qu'il fait ensuite nous paraissent manquer de justesse, bien qu'elles contiennent un fond de vérité. « La vraie signification de l'autonomie supposée des parties est donc qu'elles peuvent, il est vrai, combiner leurs actes juridiques de telle façon que leur convention soit régie par tel droit local déterminé, mais que la sujétion de leurs conventions à ce droit ne dépend nullement d'une manière absolue d'une manifestation de volonté arbitraire. » Entendons-nous. Tout cela dépend, au contraire, de leur libre volonté, en tant qu'il s'agit de soumettre leurs conventions à tel ou tel droit supplétif. Mais le savant jurisconsulte poursuit : « En d'autres termes, lorsqu'une convention est conclue dans telles circonstances, dans tel but déterminé, nous disons, en nous fondant sur des considérations objectives, que c'est la loi de tel ou tel Etat qui la régit, et pour autant que cette loi laissera un libre champ à la volonté des parties, cette volonté virtuellement manifestée devra être respectée, lors même qu'elle serait tacite. Les contractants auraient pu, sans doute (?), combiner leurs actes d'une autre manière ; au lieu de conclure leur contrat dans le pays A, par exemple, et d'y fixer le lieu de l'exécution, ils auraient pu choisir le pays B, et la loi du pays B serait peut-être alors applicable. De leur volonté dépendent les circonstances dans lesquelles un contrat est formé, et indirectement dès lors le droit qui régira le contrat en tant qu'il dépend de ces circonstances ; mais ce droit ne dépend pas *directement* de leur volonté. Si elles veulent contracter dans certaines circonstances déterminées, elles veulent le faire sous l'empire de lois territoriales qui ne dépendent pas de leur caprice ; et l'apparence trompeuse qu'elles choisissent librement celle-ci, résulte tout simplement de ce que la loi qui régit leurs conventions leur laisse, à son tour, dans la plupart des cas, une grande liberté d'action, et que les parties, pouvant dans les limites de cette liberté d'action attribuer à leurs actes tels effets juridiques spéciaux, peuvent aussi soumettre tous leurs effets en bloc à un droit local déterminé. Si la

détermination du droit local applicable dépendait effectivement en première ligne de la volonté concrète des parties, dans des cas innombrables on ne pourrait rendre d'autre décision qu'un *non liquet*, ou un jugement basé sur la nature de la chose. Car dans des cas innombrables les parties ne se sont pas même demandé, par quelle loi leurs conventions seraient régies ; et, quand les auteurs et la jurisprudence parlent si fréquemment de l'intention des parties relativement au droit applicable à la convention, ils entendent parler le plus souvent non de leur volonté effective et réelle, mais de leur intention telle qu'on doit se la figurer d'après des considérations objectives et généralement admises, c'est-à-dire d'après la nature de la chose » (1). La conclusion de cette longue argumentation n'est pas tout à fait d'accord avec ce que semblait annoncer le début; car, lorsque l'auteur déclare que le droit qui régit la convention ne dépend pas directement de la volonté des parties, il semble exclure pour elles la faculté de déterminer expressément les lois de pur droit supplétif qui régiront leur contrat, et ne leur permettre de le faire qu'en modifiant le lieu du contrat ou le lieu de l'exécution. Telle n'est point cependant sa pensée. Elle est simplement qu'il y a des cas ou l'on ne peut pas consulter ce qu'elles ont voulu réellement, mais ce qu'elles doivent logiquement avoir voulu, parce qu'il pourra arriver qu'elles n'aient en réalité rien voulu, qu'elles n'aient même pas songé à la question, Ainsi comprise, l'opinion de l'auteur est exacte. Mais cela revient à dire qu'il faut examiner ce que les parties *auraient voulu si elles y avaient songé*, ce qui revient toujours à s'en référer dans leur ensemble à leurs intentions, soit effectives, soit éventuelles. Il est parfaitement exact, du reste, que, dans ce dernier cas, on s'en rapporte à leur volonté telle qu'on doit se la figurer d'après des considérations objectives et généralement admises, c'est-à-dire d'après la nature du rapport juridique, et les circonstances de fait qui accompagnent sa formation.

(1) De Bar. Op. cit., T. II, pp. 4 et ss.

313. — Lorsque les parties auront manifesté leur volonté de se soumettre à telle ou telle loi, soit expressément, soit tacitement, cette volonté devra être respectée, pour autant que leur autonomie ne sera point limitée. Lorsqu'elles ne l'auront pas fait, on se demandera à quelles lois elles se seraient probablement soumises, si elles avaient été appelées à manifester leur intention, ce qui équivaut à se demander quelle loi elles auraient préférée d'un commun accord, ou bien lorsqu'il s'agit d'un contrat dans lequel l'une des parties joue évidemment un rôle prépondérant, et se trouve en état de faire prévaloir sa volonté sur celle de l'autre, quelle loi *cette partie* aurait préférée. Il est probable en effet que l'autre partie s'y serait soumise. Nous constatons ainsi, dès le début, qu'il y a entre les contrats une distinction essentielle. Dans les uns, les deux parties se trouvent sur un pied d'égalité presque complète. L'une et l'autre entendent retirer du contrat des avantages égaux ou à peu près. Lorsqu'il s'agit de ces contrats commutatifs, il y a lieu de rechercher à quelle loi les parties se seraient vraisemblablement soumises par leur volonté commune, si elles avaient songé à se poser cette question et à la résoudre. Dans d'autres contrats, l'une des parties apparaît comme conférant à l'autre un bénéfice ou un service gratuit, par exemple, dans la donation, dans le prêt sans intérêts, dans le mandat non salarié, dans le cautionnement, en tant qu'il s'agit des rapports entre la caution et le débiteur principal. La raison et l'équité ordonnent alors de s'en référer de préférence à la loi, qui aurait probablement obtenu les préférences de celui qui confère ce bénéfice. Et cette distinction qui n'a pas été érigée en principe général, à notre connaissance, nous paraît à la fois rationnelle et équitable. Elle a été au moins entrevue par certains auteurs. Dès que l'on peut déterminer la loi à laquelle le donateur, ou celui qui confère un bienfait ou un service, s'est vraisemblablement soumis, quel mal peut-il y avoir à ce que l'on applique cette loi, lors même qu'il en résulterait certaines limitations des effets du bienfait, de l'irrévocabilité de la

donation, par exemple? De quoi se plaindrait celui qui n'en retire que des avantages? Ne peut-on pas présumer qu'il aurait accepté la loi du donateur? Des auteurs des plus importants appliquent, en ce qui concerne l'interprétation et les effets du testament, la loi nationale du testateur, pour autant qu'il s'agisse de droit supplétif. Il est vrai que la donation est un contrat, tandis que le testament est un acte unilatéral, mais il y a entre ces deux actes une grande analogie. Et l'analogie s'accentue au moment où le legs avec charges est accepté par le légataire. Il se produit alors un contrat entre les représentants du défunt, les héritiers d'une part, le légataire de l'autre. N'est-il pas vrai que pour interpréter les charges, et déterminer leurs effets, on ne tiendra aucun compte de l'intention des légataires?

313bis. — La règle que nous défendons tend à s'accréditer. Enseignée par Fœlix d'une manière trop générale pour tous les contrats unilatéraux(1), elle a été ramenée à sa portée logique et rationnelle par des auteurs récents. M. Bossion(2) l'admet, comme nous, pour les contrats unilatéraux à titre gratuit : « Dans ces contrats il est logique de tenir compte surtout, et même uniquement, de la volonté de celui qui s'oblige seul, de celui qui rend un service gratuit. C'est ainsi que la donation doit être régie par la loi personnelle du donateur. De même dans les contrats de mandat de dépôt et de cautionnement, on ne suit pas la *lex loci contractus*, le contrat doit être soumis à la loi personnelle de celui qui a joué un rôle prépondérant, c'est-à-dire du donateur, du mandant, du déposant.... » Comme on le voit, l'auteur admet le principe qu'il faut s'attacher uniquement à l'intention de celui qui rend un service gratuit. Les conséquences qu'il en tire sont peut-être inexactement formulées, mais le principe est reconnu. Il l'a été également par la science italienne, notamment par Esperson et Lomonaco(3). Une autorité

(1) Fœlix. Op. cit., T. I. pp. 159 et 227.
(2) Op. cit., pp. 195 et ss.
(3) Lomonaco. *Diritto internazionale privato*, p. 175. — Esperson. *Il principio di nazionalita*. p. 181.

fort importante, celle de Laurent, est venue récemment lui prêter son appui. L'illustre jurisconsulte déclare sans hésiter que, dans la donation, par exemple, la volonté du donateur est la loi suprême[1]. Mais ces auteurs se trompent, nous paraît-il, en en concluant qu'il faudra nécessairement appliquer la loi nationale du donateur ou de celui qui confère le bienfait. Et M. Bossion se trompe plus gravement encore en concluant, par inadvertance peut-être, à l'application de la loi nationale du mandant s'agissant des effets du mandat, sans même distinguer entre le mandat gratuit et le mandat salarié, et sans songer que, dans le mandat gratuit, celui qui confère le bienfait, et qui contracte l'obligation principale, n'est pas le mandant mais bien le mandataire. Nous essaierons de déterminer plus loin quelle est la loi généralement applicable dans les contrats de bienfaisance, en tant que vraisemblablement préférée par celui qui confère le bienfait.

314. — Mais, indépendamment des contrats de bienfaisance, c'est-à-dire de ceux dans lesquels une des parties confère à l'autre un avantage gratuit, il en est d'autres dans lesquels il semble, au premier abord, qu'il faille s'attacher principalement à la volonté de l'une des parties, pour déterminer quelle est la loi qui doit régir les effets du contrat. C'est ainsi que lorsqu'il s'agit de contrats unilatéraux, certains auteurs soutiennent qu'il faut s'en référer à la loi personnelle de la partie qui contracte l'obligation[2]. Les uns entendent par cette loi personnelle la loi nationale, les autres la loi du domicile. On peut considérer comme devant nécessairement accepter cette opinion, tous ceux qui enseignent que les obligations sont, en général, régies par la loi du domicile de celui qui s'oblige, plutôt que par la loi du lieu du contrat. Mais, outre que la distinction entre les contrats unilatéraux et les contrats bilatéraux est assez incertaine, il n'y pas de

(1) Laurent. Op. cit., T. VII, nº 475.
(2) Fœlix. *Dr. int.*, T. I, pp. 159 et 227. — Bossion. *Du conflit des lois* etc., p. 195. — Esperson. *J. de dr. int. pr.*, 1882, 273.

motif absolu pour admettre que celui qui stipule, et vis-à-vis duquel une obligation est contractée, se soumette nécessairement à la loi personnelle de l'autre partie, et l'accepte comme devant déterminer la portée de cette obligation. Il se peut, sans doute, qu'il en soit autrement. Au fond, il y a dans tous les contrats, sauf dans les contrats de bienfaisance, des prestations réciproques. Seulement, dans les contrats dits unilatéraux, la prestation de l'une des parties s'effectue immédiatement au moment même du contrat, tandis que dans les contrats bilatéraux l'exécution des obligations de l'une et de l'autre suit la convention. Il faut dans les contrats unilatéraux comme dans les autres, rechercher quelle est la loi qui régit la portée de la convention d'après la volonté commune des parties, et cette loi ne sera pas nécessairement la loi personnelle du débiteur. Peut-on présumer du moins qu'elle a été acceptée par les deux parties? Il nous semble que l'on peut faire à cette présomption les mêmes objections, que celles qui ont été faites à l'application de la loi du domicile du débiteur en général. On court le plus grand risque de rompre l'harmonie du contrat. La présomption que chacun est censé s'obliger d'après sa propre loi n'a pas de raison d'être bien sérieuse, quand on se trouve en présence d'une autre partie, appartenant par sa nationalité et par son domicile à un pays différent, et qui peut n'avoir aucune connaissance des limitations et restrictions auxquelles les obligations de son cocontractant sont subordonnées d'après sa loi personnelle. Il faut donc toujours rechercher quelle est la loi unique qui peut être présumée acceptée par les deux parties. Seulement comme, dans les contrats de bienfaisance, celui qui confère le bienfait, joue un rôle prépondérant, il est naturel d'admettre l'application de la loi à laquelle il peut être censé donner la préférence.

315. — Quelle est cette loi dans les contrats de bienfaisance? Est-ce, dans la donation, par exemple, la loi nationale du donateur, ou la loi de son domicile, ou la loi du lieu du contrat? Est-ce la loi du lieu de l'exécution?

Il nous paraît difficile de répondre à cette question d'une manière uniforme et absolue. Nous serions assez tenté au premier abord de donner la préférence à la loi nationale du donateur. Mais supposons que l'inexécution des charges et conditions n'entraîne pas la faculté de révoquer, d'après la loi nationale du donateur, tandis qu'elle aurait cette conséquence d'après la loi de son domicile, ou d'après celle du lieu du contrat, pourquoi appliquerait-on nécessairement la loi de la nationalité? N'est-il pas naturel de présumer, que pouvant se placer sous l'égide de l'une ou de l'autre de ses lois, il a entendu que le contrat fût régi par celle de ces lois qui lui accorde la protection la plus large et la plus complète? Et de quoi se plaindrait le donataire? Il pouvait s'enquérir des intentions du donateur. Il a accepté la donation les yeux fermés, et n'en a pas exécuté les conditions. On appliquera donc la loi qui est la plus avantageuse au donateur, que ce soit sa loi nationale, la loi de son domicile ou la loi du lieu du contrat. Cette solution peut sembler étrange, puisqu'elle donne en somme au donateur le choix entre trois lois. Mais ne l'avait-il pas au moment de la donation, et sa volonté ne se serait-elle pas imposée par la force des choses au donateur? N'est-il pas naturel d'admettre qu'il a préféré, ou qu'il aurait préféré, et que par conséquent l'autre partie aurait accepté la loi qui lui est la plus avantageuse?

316. — Dans tous les autres contrats, dans tous les contrats à titre onéreux, il faut rechercher quelle a été l'intention commune des parties, ou tout au moins quelle aurait été cette intention commune, si elles avaient songé à la question de savoir par quelle loi leur contrat doit être régi. Si telle ou telle circonstance particulière ne vient pas révéler cette intention, il faut évidemment, comme le fait observer de Bar, la déterminer objectivement, d'après des considérations empruntées à la nature de l'opération, considérations purement rationnelles, et qui seront avant tout basées sur la bonne foi. Il y a toujours dans tout contrat, une loi commune aux deux parties, que l'une et

l'autre peuvent avoir eue en vue, au moment où elles contractaient, dont il leur est loisible à l'une et l'autre de s'informer exactement si elles ne la connaissent point, et à laquelle elles sont l'une et l'autre obligatoirement soumises, quant à certains éléments du contrat : c'est la *lex locus contractus*. On s'explique donc très facilement la faveur dont a joui l'application de cette loi. M. de Bar reconnait qu'il y a de puissantes raisons pour cette application, et nous ne sommes pas touché de certaines objections qu'il y fait. Il n'est pas exact que l'application de cette loi permettrait d'éluder le plus facilement du monde les lois prohibitives nationales ; car il ne s'agit pas de l'appliquer, à l'exclusion de toute autre, en ce qui concerne les conditions de validité de la convention, et nous sommes dans le domaine du droit supplétif. Il s'agit de savoir si elle a droit à quelque privilège comme loi supplétive. Et s'il est vrai de dire, comme nous l'avons remarqué nous même, que la question de savoir où est le lieu du contrat est parfois incertaine, et décidée en sens opposés, de telle sorte que, pour la résoudre, il faudrait d'abord savoir quelle est la loi qui régit le contrat, il faut cependant reconnaître que cette difficulté est plutôt exceptionnelle, et se présente rarement ailleurs que dans les contrats par correspondance. Il semble d'ailleurs que le juge saisi de l'action doive toujours décider cette question d'après la loi du for, si elle la prévoit, ou d'après sa raison, plutôt que d'après une loi étrangère quelconque.

317. — Mais il peut y avoir d'autres lois communes aux deux parties que la loi du lieu du contrat. Elles peuvent être de même nationalité, ou être domiciliées dans le même pays. Beaucoup d'auteurs admettent, comme nous l'avons vu, que la loi de leur nationalité commune doit l'emporter sur loi du lieu du contrat. Et telle est aussi notre opinion, bien qu'il faille se garder d'y voir une règle absolue. C'est celle qui a prévalu dans le projet de la commission belge de révision du Code civil. Certains auteurs enseignent que si les parties sont toutes deux domiciliées dans un autre pays que celui où le contrat est conclu, la

loi du domicile commun doit également l'emporter sur la *lex loci contractus*. Nous n'y avons nulle objection : La circonstance que le contrat est conclu dans un autre pays apparaît alors comme purement fortuite, et il est plus rationnel en général d'admettre qu'en pareil cas les parties s'en sont référées, ou s'en seraient référées à la loi de leur domicile commun. Lorsqu'on se place au point de vue de la raison, il nous semble impossible de ne pas reconnaître cette vérité. La loi du domicile commun est une loi que les deux parties sont censées connaître, à l'application de laquelle elles assistent journellement ; et, lors même qu'elles ne la connaîtraient pas avec précision, il n'y a rien d'excessif à supposer qu'elles l'acceptent les yeux fermés, dans l'ensemble de ses dispositions, puisque c'est la loi en vigueur dans le pays où l'une et l'autre se sont fixées par un acte de leur volonté libre et spontanée.

Que cette loi doive l'emporter en général, lorsqu'il n'y a pas de nationalité commune, cela n'est guère contestable. Mais, bien que la loi du domicile ait été longtemps considérée comme la loi personnelle des parties, et ait eu une importance égale à celle aujourd'hui revendiquée par la loi nationale, il semble que les partisans du principe de la nationalité perdent complètement de vue l'importance qu'elle peut avoir conservée au moins à titre de loi subsidiaire, en cas de nationalités diverses. La loi de la nationalité commune doit l'emporter à leurs yeux, comme droit supplétif, sur la loi du lieu du contrat. Mais ils ne disent exactement rien du cas où il n'y a pas de nationalité commune, mais une loi du domicile commun. Or, tout ce que l'on peut dire en faveur de l'application de la loi nationale commune de préférence à la loi du lieu du contrat, peut se dire également en faveur de l'application de la loi du domicile commun, au moins quand il n'y a pas de loi nationale commune, pourvu qu'il s'agisse de droit supplétif. Il n'y a pas un argument qui parle en faveur de l'une, et qui ne parle également en faveur de l'autre. En vain prétendrait-on que le citoyen est naturellement soumis à sa loi nationale. Il ne s'agit

pas ici de soumission à proprement parler mais d'acceptation volontaire, ou d'une présomption d'acceptation volontaire. Cependant la plupart des auteurs qui ont préconisé la prédominance de la loi personnelle des parties, sur la loi du lieu du contrat, en matière de droit supplétif, n'entendent par là que leur loi nationale commune. Ils sont même muets sur la loi du domicile commun. C'est, nous paraît-il, une véritable inadvertance. La loi du domicile commun mérite au moins une place secondaire à la suite de la loi nationale commune, et avant la loi du lieu du contrat. Et nous irions plus loin, nous sommes fort enclin à préférer la loi du domicile commun, à la loi nationale de toutes les parties contractantes.

318. — Quels sont les motifs pour lesquels on fait prédominer la loi nationale commune des parties? Nous en puiserons l'exposé dans un auteur que l'on peut classer parmi les plus savants et les plus illustres partisans de la doctrine italienne, dans Laurent [1]. C'est, dit-il, cette loi que les parties connaissent le mieux, et il pense que les Français et les Belges qui se trouvent à l'étranger ignorent généralement la loi étrangère, tout en reconnaissant qu'il est rare qu'ils aient même une connaissance précise de leur loi nationale. Il ajoute : « Toujours est-il qu'il faut présumer que les lois de leur patrie sont plus familières aux parties que les lois du pays *où elles résident par hasard*... Aussi cette présomption est-elle admise par tous les auteurs modernes, à quelque école qu'ils appartiennent, par Fœlix qui donne tout au statut réel, et par les Italiens qui donnent tout au statut personnel. » Et il cite en ce sens, non-seulement Fœlix, mais Fiore. Ces citations ne sont guères exactes. Fiore lui-même [2] met sur la même ligne la loi de la nationalité commune et la loi du domicile commun, en ce qui concerne les effets des contrats, et invoque, du reste à tort, à l'appui de son opinion un passage de Hertius qui ne concerne que la validité du contrat en la forme. « *Si interduos celebratur*

(1) Laurent. Op. cit., T. VII, pp. 518 et ss.
(2) Fiore. Op. cit., nº 239.

*verbi gratia pactum, et uterque pasciscens sit externus et unius civitatis civis dubitandum non est actum a talibus secundum legas patriae factum in patria valere.* » C'est tout simplement une restriction de la règle *locus regit actum*. Cet exemple montre la valeur de certaines citations.

319. — Il est parfaitement rationnel de présumer que l'on connaît mieux les lois de son pays que *celles du pays où l'on se trouve par hasard*. Mais toute la question n'est pas là. Connaît-on mieux les lois de son pays d'origine, que celles du lieu *où l'on est domicilié?* Il arrivera très souvent en fait qu'on les connaisse moins bien, si l'on est domicilié ailleurs que dans sa patrie. Voici deux Belges établis, depuis de longues années peut-être, en France, et l'on sait qu'en fait il y a un très grand nombre de Belges qui sont dans cette situation; est-il raisonnable de présumer qu'ils connaissent mieux les lois belges que les lois françaises? C'est l'inverse qui est vrai. Cela est évident s'il s'agit d'un établissement déjà ancien. Cela est moins certain peut-être, s'il s'agit d'un établissement récent, mais il n'en est pas moins vrai que le domicile, impliquant *la volonté* de fixer son principal établissement dans un pays, emporte par cela même l'intention de se soumettre aux lois du pays où l'on se fixe, d'accepter ses mœurs, ses coutumes, quant à ses intérêts privés. L'acquisition du domicile présuppose certaines informations, certaines connaissances de ces divers éléments, une espèce d'adhésion aux règles nouvelles sous l'empire desquelles vont désormais se dérouler, se développer les relations d'intérêt privé. L'unité de domicile des parties est donc incontestablement plus importante que l'unité de patrie, lorsque la nationalité et le domicile diffèrent, au point de vue de la question qui nous occupe, et les parties doivent plutôt être présumées connaître et accepter la loi de leur domicile commun, que celle de leur patrie commune. Il n'y a pas de lien nécessaire entre la conception de la nationalité et la loi qui doit régir les effets de leurs conventions d'intérêt privé, dans la mesure où règne la

liberté des conventions, et où elles se sont pas expliquées sur ces effets. C'est une question d'intention, et il n'y a aucune raison pour que la loi de la patrie commune l'emporte sur la loi du domicile commun, tout au contraire. Tous ceux qui, comme de Bar et ses partisans assez nombreux, préconisent l'application de la loi du domicile du débiteur en règle générale, doivent le reconnaître, et se ranger nécessairement à notre opinion; car la loi du domicile commun n'est autre que la loi du domicile des deux débiteurs. Et, s'ils admettent l'application de la loi du domicile du débiteur, lorsque les domiciles des deux parties respectivement débitrices et créancières l'une de l'autre sont différents, à plus forte raison doivent-ils l'admettre lorsque ces domiciles sont identiques.

320. — Nous admettons donc qu'il est sage, en l'absence de toute indication contraire, de s'en tenir d'abord à la loi du domicile commun, si les parties ont le même domicile, subsidiairement à la loi de la nationalité commune, et, dans le cas de nationalités et de domiciles divers, à la loi du lieu du contrat. Laurent, tout en reconnaissant combien la question présente d'incertitudes; et a été diversement résolue par la doctrine, propose, dans son avant-projet de Code civil, de la résoudre législativement en faveur de la loi nationale commune, si les parties sont de même nationalité, et de la loi du lieudu contrat lorsqu'elles sont de nationalités différentes. Mais il semble qu'il n'ait établi ce principe, surtout en ce qui concerne l'application subsidiaire de la loi du lieu du contrat, que dans le but de créer en cette matière une présomption légale qui n'aurait aucun fondement en réalité, mais qui n'enlèevrait rien à l'homme de son autonomie, puisqu'il est libre de manifester une volonté contraire. Il y a malheureusement dans ce procédé quelque chose d'éminemment vicieux et dangereux.

Le législateur ne doit créer de présomptions légales, surtout en matière de droit international privé, qu'avec une extrême prudence. Il faut tout au moins, qu'elles aient quelque fondement dans la réalité des choses. Il ne

s'agit pas tant de simplifier la tâche du juge, que d'assurer, dans la mesure du possible, une équitable administration de la justice. Rien ne sert de dire que les parties conservent la liberté de manifester une volonté contraire à leur volonté légalement présumée. Pour qu'elles y songent, il faut d'abord qu'elles connaissent cette présomption. Or, si l'axiome que personne n'est censé ignorer la loi n'est parfois qu'un mensonge, quand il s'agit de la connaissance des lois du pays dont on est citoyen, et où l'on est domicilié, comment peut-on supposer que des étrangers, contractant en pays étranger, sachent que, d'après la loi belge, leur contrat est régi par la loi du lieu où il est passé ? Et notons qu'il pourra fort bien se faire que des contestations relatives à ces contrats soient portées devant les tribunaux belges, par exemple si la Belgique était le lieu fixé pour l'exécution, ou le lieu du domicile de l'une ou de l'autre des parties, lors même qu'elle n'y aurait transporté son domicile que subséquemment.

321. — La commission belge de révision s'est cependant ralliée, dans une mesure assez importante, à la proposition de Laurent, dont le principe est du reste conforme au Code civil italien. L'art. 7 du titre préliminaire de son projet de Code civil est ainsi conçu :

« Les obligations conventionnelles et leurs effets sont régis par la loi du lieu du contrat.

» Toutefois préférence est donnée aux lois nationales des contractants, si ces lois disposent d'une façon identique.

» Ces règles ne sont pas applicables, si, de l'intention des parties constatée expressément, ou manifestée par les circonstances, il résulte qu'elles ont entendu soumettre leur convention à une loi déterminée. La faculté accordée, à cet égard aux parties contractantes, ne peut avoir pour objet que la loi nationale de l'une d'entre elles au moins, la loi du lieu du contrat, ou la loi du lieu où celui-ci doit être exécuté.

» Les dispositions du présent article sont suivies,

quels que soient la nature des biens qui font l'objet de la convention, et le pays où ils se trouvent. »

Comme ce projet a des chances assez sérieuses d'être adopté par la législation, à raison de la haute autorité des membres qui font partie de la commission, nous croyons ne pas pouvoir nous dispenser d'en signaler les défectuosités, ou tout au moins ce qui nous paraît tel [1].

322. — Le projet ne tient aucun compte de la loi du domicile commun. Les motifs qu'en donne l'honorable rapporteur M. le conseiller van Berchem sont bien faibles. « Le domicile est » dit-il, « un fait accidentel, quelquefois très difficile à constater; de là peuvent naître des complications nombreuses si on le prend pour base du statut applicable. » Mais est-il vrai que le domicile soit un fait accidentel? Il ne l'est pas plus, d'après nous, que la nationalité, au contraire. La nationalité dans l'état actuel des législations ne dépend pas du libre choix de la personne humaine. Elle ne se dégage pas à son gré du lien de sujétion ancien, et n'acquiert une nationalité nouvelle qu'avec le consentement de la communauté politique dans laquelle elle désire entrer. Elle fixe en général son domicile où elle le veut. Cette première objection n'a donc aucune valeur. La deuxième n'en a guères davantage. Si le domicile est quelquefois très difficile à constater, il peut en être de même de la nationalité. Ce n'est pas une raison pour le repousser comme base du statut applicable, lorsqu'en fait on peut le constater avec certitude, ce qui est certainement le cas le plus fréquent.

M. Van Berchem déclare du reste immédiatement que les présomptions légales, admises par l'art. 7 du projet, n'interviennent qu'à défaut d'une manifestation expresse ou tacite d'une volonté contraire, et que le fait du domicile commun des parties est une des circonstances auxquelles le juge pourra avoir égard aux fins de déterminer

(1) Le second projet de code civil allemand donne le préférence à la loi du lieu du contrat, sauf en cas de circonstances indicatives d'une volonté contraire. Celá nous paraît beaucoup trop absolu.

cette intention. C'est affaiblir singulièrement ces présomptions légales qui céderont ainsi, quand le juge l'estimera opportun, à la présomption naissant du domicile commun. On voit que l'opinion du savant magistrat est en somme très vacillante, et qu'après avoir repoussé la loi du domicile par la porte, il lui permet de rentrer par la fenêtre, à titre de présomption humaine pouvant l'emporter sur les présomptions légales qu'il établit. Nous croyons qu'il serait plus sage de ne pas admettre d'une façon absolue la prééminence de la loi nationale commune sur la loi du domicile commun, et de poser en règle, si tant est qu'il soit prudent d'établir législativement, et sans convention internationale, des présomptions en cette matière, que le juge appliquera en général la loi du lieu du contrat, que toutefois préférence sera donnée à leur loi nationale commune, ou, suivant les circonstances, à la loi de leur domicile commun, ou même aux lois de leurs nations diverses et de leurs domiciles divers, si ces lois disposent d'une facon identique. Peut-être même faudrait-il faire une place à la loi d'une résidence continue et prolongée dans un pays déterminé. De quoi s'agit-il en définitive? D'une question de fait. Que ce soit la question de savoir à quelle loi les parties *ont entendu* se soumettre, ou à quelle loi *elles se seraient soumises*, si elles avaient songé à la question, c'est toujours une pure question de fait.

323. — Le projet de la Commission belge fait une réserve qui est sage, et qui au premier abord paraît suffisante. « Ces règles ne sont pas applicables si, de l'intention des parties, constatée expressément ou manifestée par les circonstances, il résulte qu'elles *ont entendu* soumettre leur convention à une loi déterminée. » Et cependant cette réserve ne nous paraît pas satisfaisante. Il en résulte que toutes les fois qu'il n'est pas établi que les parties, et par là il faut nécessairement entendre toutes les parties, ont eu *effectivement* l'intention de soumettre leur convention à une loi déterminée, il faudra appliquer la loi nationale ou la loi du lieu du contrat. Eh bien, c'est ce qu'il nous est impossible d'admettre! Il pourra très

bien arriver que les parties n'aient pas même songé aux divergences possibles des législations, sur les effets de leur convention, ne se soient pas demandé par quelle loi leur contrat devait être régi, et qu'il soit néanmoins certain ou fort probable qu'elles ne se seraient pas soumises à leur loi nationale commune, ni à la loi du lieu du contrat, si elles y avaient songé, que cela résulte de la nature du contrat ou des circonstances. Ce serait commettre une injustice que de leur appliquer cette loi dans un cas pareil, et ce serait contraire à la bonne foi. Rappelons le cas mentionné par Waechter, et reproduit dans Savigny [1]. Les statuts imprimés d'une compagnie d'assurances établissaient son irresponsabilité dans le cas où l'incendie résulterait d'une émeute. Waechter décide avec raison, suivant Savigny, que, s'agissant même d'un incendie, notifié d'un pays étranger, le mot émeute doit être entendu dans le sens qu'il a d'après les lois saxonnes. On pourrait objecter que c'est là à proprement parler une question d'interprétation. Mais M. de Bar indique bien d'autres cas dans lesquels il serait contraire à la bonne foi, qui est l'âme des contrats, de s'attacher à la loi nationale commune ou au domicile commun. S'agissant, par exemple, de ces transactions rapides qui se concluent dans les foires, bourses et marchés, ou de contrats de transport conclus avec une compagnie de chemins de fer, ou de contrats conclus par un voyageur avec un hôtelier ou un voiturier, il est bien certain qu'en général les parties ne songeront pas même à leur nationalité, à leur domicile, à l'influence que ces circonstances pourraient exercer sur la détermination du droit supplétif. Le lieu où le contrat est passé, et pour parler plus exactement, le lieu d'établissement commercial de l'une des parties, peut constituer une circonstance décisive. Celui qui traite, par exemple, avec une compagnie de transport, ou avec une société quelconque ayant son siége dans un pays déterminé, ne peut pas s'attendre en général, s'agissant d'affaires courantes, et

(1) Op. cit., T. VIII. Trad. De Guenoux, p. 262, note 2.

quelque soit même le lieu du contrat, à ce qu'elle fasse des conditions spéciales aux particuliers ou commerçants qui contractent avec elle, suivant leurs nationalités ou leurs domiciles divers. Mais la question peut changer d'aspect, s'il s'agit de contrats conclus entre deux sociétés commerciales ou deux commerçants. Il y a une foule de circonstances qui peuvent influer non seulement sur l'opinion que l'on peut se faire de la volonté effective des parties, mais sur celle que l'on peut avoir de la volonté qu'elles auraient eue, si elles avaient songé à la question.

324. — Nous concluons de ces observations que la réserve du projet belge, comme celle du législateur italien : « *E salvo in ogni caso la demonstrazione di una diversa volunta* » est insuffisante en tout cas. Il vaudrait mieux croyons-nous, s'exprimer de la manière suivante : « Ces règles ne sont pas applicables, lorsque de l'intention des parties constatée expressément, ou manifestée par les circonstances, il résulte qu'elles ont entendu soumettre leur convention à une loi déterminée, ni lorsqu'il ressort de la nature de la convention ou de la qualité respective des parties qu'elles l'y auraient soumise si elles avaient prévu la difficulté. » Ainsi formulé, le principe sauvegarde l'application de la loi que l'une des parties aurait naturellement préférée, lorsqu'il s'agit de contrats comme la donation, ou comme les contrats de bienfaisance en général, dans lesquels l'une des parties occupe une situation prépondérante relativement à l'autre, et même lorsqu'il s'agit de contrats conclus par de simples particuliers avec des sociétés liées par leurs statuts et par les lois qui les complètent, ou sous l'empire desquelles elles sont censées agir, ainsi qu'en matière de transactions commerciales conclues dans les foires, bourses et marchés. Il est bien vrai, que les présomptions établies par la loi perdent encore ainsi de leur importance. — Moyennant ces quelques modifications le projet belge serait amélioré, mais il serait loin d'être irréprochable et nous doutons fort avec M. de Bar qu'il soit prudent, en présence de l'infinie variété des cas qui peuvent se présenter, d'établir des présomptions légales

en cette matière. Cela simplifierait peut-être la tâche des juges, mais toute simplification n'est pas un progrès, et celle qui ne s'opère qu'au risque de compromettre une bonne et saine administration de la justice nous paraîtrait vraiment regrettable.

325. — Sous un autre rapport, ce projet nous paraît essentiellement vicieux. Après avoir excepté de l'application de la loi nationale commune, ou de la loi du lieu du contrat, le cas où les parties ont manifesté *expressément* ou tacitement leur intention de soumettre leur convention à une loi déterminée, il ajoute que la faculté, accordée à cet égard aux parties contractantes, ne peut avoir pour objet que *la loi nationale* de l'une d'elles au moins, la loi du lieu du contrat, ou la loi du lieu où celui-ci doit être exécuté. Pourquoi cette restriction? Les raisons qu'invoque M. le conseiller van Berchen pour la justifier nous paraissent absolument insuffisantes. C'est d'abord « que la mission du juge belge deviendrait bien difficile, s'il était obligé de suivre les parties dans toutes les combinaisons même les plus fantaisistes qu'elles auraient arrêtées au sujet de la loi applicable à la convention ». Il s'agit donc de simplifier la tâche du juge belge, et pour la simplifier on violera le contrat. Pourquoi supposer que, dans le seul but de rendre la tâche du juge plus difficile, les parties imagineraient les combinaisons les plus fantaisistes en ce qui concerne la loi qui doit régir le contrat? Elles seraient les premières à en souffrir. S'il apparaît à l'évidence qu'elles n'ont fait qu'une mauvaise plaisanterie, le juge ne considèrera pas la convention comme sérieuse. Mais de quel droit, s'agissant surtout d'étrangers ayant conclu en pays étranger une convention qui devait peut-être y recevoir exécution (et il se peut parfaitement que le juge belge soit saisi éventuellement d'une action relative à un contrat de ce genre), le législateur belge déclarerait-il qu'il n'y a que trois lois auxquelles les parties auraient pu se soumettre valablement: leur loi nationale commune, la loi du lieu du contrat et la loi du lieu de l'exécution? Pourquoi ne pourraient-elles utilement se sou-

mettre, par exemple, à la loi de leur domicile commun, de leur résidence commune, de la situation, et à celle de la nation, du domicile ou de la résidence de l'une d'elles, ou à telle autre loi qu'elles connaîtraient parfaitement l'une et l'autre? Les parties ne sont-elles pas les meilleurs juges de leur intérêts? Cette disposition du projet belge a été justement critiquée par M. de Bar. « Lorsque des usages commerciaux, par exemple, qui sont en vigueur dans un lieu déterminé se sont maintenus, comme particulièrement pratiques, pourquoi les parties à la condition qu'elles ne violent aucune loi prohibitive, ne pourraient-elles les prendre comme bases de leurs conventions, lors même que l'affaire conclue n'aurait pas le moindre rapport avec ce lieu? La limitation en question pourrait éventuellement entraver d'une manière préjudiciable les relations commerciales belges (1). » Cette observation est parfaitement exacte. Mais il faut ajouter que la disposition serait injuste, et tout spécialement vexatoire, s'il s'agissait de conventions entre étrangers. Aussi le projet de Laurent ne contenait-il rien de pareil.

326. — M. van Berchem fait valoir une autre considération. « Les diverses dispositions de l'article 7 sont destinées à régler non seulement la convention elle-même, et son interprétation, mais encore ses effets, tous ses effets. Il a paru inadmissible de permettre aux parties contractantes de faire indirectement, par l'élection d'une loi quelconque, sans relation aucune avec les parties ou avec l'objet de l'affaire, ce qu'elles ne pourraient faire directement, c'est-à-dire, de substituer absolument, pour les effets du contrat, même ceux qui tiennent à l'ordre public, leur volonté particulière à celle de la loi qui gouverne naturellement la convention. » L'argument n'est pas plus sérieux. Il n'est pas exact, quoiqu'en dise l'honorable rapporteur du projet belge, que la liberté de choix des parties entre leur loi nationale, la loi du lieu du contrat, et celle du lieu d'exécution soit absolue, et à

(1) De Bar. Op. cit., T. II, p. 29.

cette assertion de M. van Berchem nous opposons l'art. 14 du projet : « Nonobstant les articles qui précèdent, il ne peut être pris égard aux lois étrangères, dans le cas où leur application aurait pour résultat de porter atteinte aux lois du royaume, qui consacrent ou garantissent un intérêt social. » Sans doute cette disposition n'est pas complètement satisfaisante, mais il en résulte suffisamment que la liberté de choix des parties entre diverses législations n'est pas absolue, et ne s'applique qu'en tant qu'il s'agit de droit supplétif, c'est-à-dire, de dispositions légales dont l'application peut être exclue par leur volonté imitiale et qui ne font que supplier à leur silence. Si elle s'appliquait à autre chose, le principe de l'art. 7 devrait être radicalement condamné; car la soumission aux lois d'ordre public ne saurait dépendre de la libre volonté, du caprice des parties contractantes.

327. — L'alinéa final de l'art. 7 du projet belge peut donner lieu également à de sérieuses critiques. D'après cet alinéa, les dispositions de cet article doivent être suivies quels que soient la nature des biens qui font l'objet de la convention et le pays où ils se trouvent. C'est dire en d'autres termes, que ces circonstances ne seront jamais prises en considération. On a eu pour but, nous dit M. van Berchem, d'empêcher que la doctrine qui rattache les conventions au statut réel, quand elles portent sur des immeubles, ne se reproduise sous l'empire du Code revisé. Mais le but a été dépassé. Sans prétendre que les conventions relatives à des immeubles sont *nécessairement* régies par la loi de la situation, on peut parfaitement admettre que, dans certaines conventions relatives à des immeubles, ou même à des meubles ayant une situation durable, permanente, les parties puissent être *présumées* s'en rapporter à la loi du lieu de la situation, qui sera souvent, du reste, la loi du lieu de l'exécution d'une des obligations au moins. Cela dépendra de la nature du contrat. Tel est précisément l'objet de la réserve que nous avons formulée plus haut. C'est ainsi qu'en matière de louage d'immeubles, des auteurs des plus

sérieux enseignent que les parties doivent, à défaut de volonté exprimée, être présumées s'être soumises à la loi de la situation[1]. Il en est de même, nous paraît-il, du louage d'ouvrage, lorsqu'il s'agit de l'entreprise de construction d'un bâtiment, ou de travaux publics dans un pays déterminé. Ce ne sont là que des exemples, et, dans la partie spéciale de notre ouvrage nous nous efforcerons de justifier plus complètement nos réserves. Nous nous bornerons à dire, pour le moment, que des contrats de ce genre impliquent une certaine continuité de relations qui doivent se développer, se poursuivre dans le pays de la situation, et il est naturel de supposer, en ce cas, que les parties se sont ou se seraient référées aux lois de ce pays.

328. — La soumission presque nécessaire à la loi d'un pays déterminé peut naître de la qualité des parties, par exemple lorsqu'un entrepreneur de travaux publics traite avec un Etat, avec une province, une commune, un établissement public d'un pays déterminé. Lors même qu'un cahier de charges ne stipulerait pas en termes formels la soumission de l'entrepreneur à la loi du pays dont une administration publique dépend, il nous paraît inadmissible qu'il ne se soumette pas virtuellement à cette loi, par cela seul qu'il traite avec une administration publique. Peu importera que le contrat se soit formé dans ce pays ou dans un pays étranger, et qu'aucun indice ne révèle la volonté effective de l'entrepreneur de se soumettre à la loi du pays avec lequel il traite. Il est certain que, si la question avait été posée, le pouvoir public avec lequel il traite aurait stipulé l'application de ses propres lois. Cela résulte de la qualité des parties, et de la nature du contrat. L'on peut en dire autant de certains autres cas, où aucune administration publique n'est en jeu. Voici un commis étranger qui conclut, par correspondance, un contrat de louage de services avec une société industrielle belge,

(1) Fœlix. *Dr. Int.*, T I, p. 124. — Demangeat sur Fœlix. *Dr. Int.*, T. I, p. 250, note C. — Brocher. T II, pp. 212, 214 et ss. — Laurent. T. VIII, nos 124 et ss.

ou même avec un industriel belge exerçant sa profession en Belgique. Quelle sera la loi qui régira ce contrat de salaires? On ne se préoccupera pas du tout de savoir où la convention a été conclue. On ne se préoccupera pas davantage, pensons-nous, de la nationalité des parties. La loi de la situation de l'établissement industriel sera vraisemblablement appliquée. Il est vrai que ce sera aussi dans la plupart des cas la loi du lieu où l'obligation doit être exécutée, mais il pourra arriver qu'il n'en soit pas ainsi, par exemple lorsqu'un individu s'engage comme voyageur ou représentant d'une maison de commerce en pays étranger. Nous croyons que, même dans ce cas, il faudrait appliquer la loi de la situation de la maison commerciale. On ne peut s'attendre à ce qu'une maison commerciale entende faire régir par des lois diverses les conventions de salaires qu'elle fait avec ses divers subordonnés. Dans le silence de la convention, en l'absence de toute manifestation expresse ou tacite d'une volonté contraire, celui qui est enrégimenté pour ainsi dire parmi ses employés, doit s'attendre à ce qu'on applique à tous une loi commune. Et quelle peut être cette loi, sinon celle sous l'empire de laquelle se déroule en général l'existence commerciale de cette maison? Il n'en est pas de même ordinairement quant aux relations entre un commerçant et un autre, parce que ce sont des relations d'égal à égal.

329. — Disons donc, pour nous résumer, qu'il est extrêmement dangereux d'établir législativement des présomptions absolues en pareille matière, qu'il est injuste de limiter arbitrairement la faculté de choix des parties entre les diverses législations, pour autant qu'il ne s'agisse que de droit supplétif. Ces présomptions peuvent être combattues, anéanties en fait, non seulement par la manifestation *effective* de l'intention des parties de se soumettre à une loi différente, que cette manifestation soit expresse ou tacite, mais aussi par des circonstances spéciales de nature à faire présumer que les parties *se seraient soumises* à une autre loi, si la question s'était présentée à leur esprit C'est dans ces limites seulement que nous admet-

trions des présomptions légales en pareille matière. Mais, s'il doit être permis de les combattre *par toute espèce de circonstances indicatives* d'une volonté contraire, effective et réelle, l'on ne pourra s'insurger contre elles, par le motif que les parties auraient eu une volonté contraire si elles avaient prévu la difficulté, qu'en se fondant sur la nature spéciale de l'acte juridique ou sur la situation relative des parties, sur ce qu'on doit rationnellement en conclure qu'elles se seraient soumises à une autre loi que celle dont l'application serait commandée par ces présomptions légales. Et si l'on tient absolument à formuler ces principes dans une loi, nous proposerions de les exprimer de la manière suivante : « La substance et les effets des conventions, en tant qu'ils dépendent de la volonté des parties, sont régis par la loi de leur domicile commun ou par celle de leur nationalité commune, et dans le cas de nationalités et de domiciles divers par la loi du lieu du contrat, à moins qu'elles n'aient manifesté d'une manière expresse ou tacite la volonté de se soumettre à quelque autre loi, ou qu'il ne résulte soit de la nature spéciale du contrat, soit de leur situation relative qu'elles s'y seraient soumises, si elles avaient songé à faire un choix. » Nous avons quelque hésitation à mettre sur la même ligne que la loi nationale ou la loi du domicile commun, les lois identiques des pays d'origine ou des domiciles divers, parce que s'il existe en fait, dans un cas de ce genre, une base commune pour apprécier les effets du contrat, rien ne démontre que les parties aient connu l'identité de leurs lois personnelles, et l'on ne peut pas présumer, en conséquence, qu'elles aient entendu s'y soumettre, comme à une loi commune, plutôt qu'à la loi du lieu du contrat.

330. — Nous pensons que, lorsque la loi qui régit le contrat est ainsi reconnue, elle doit régler en principe non seulement ses effets, mais ses suites, non seulement le contrat lui-même, mais la substance même de son exécution. Qu'est-ce en somme que l'exécution, sinon l'effet du contrat, son effet logique et normal? Nous allons plus

loin, et nous admettons qu'en principe la même loi doit régir logiquement les *conséquences de l'inexécution*. On sait que de date fort ancienne déjà, les auteurs qui admettent en thèse générale l'application de la loi du lieu du contrat, font une exception pour ce qui concerne l'exécution, et appliquent en ce qui concerne celle-ci, soit la loi du lieu où elle s'effectue réellement, soit la loi du lieu où elle doit être effectué. On ne voit pas toujours exactement laquelle. Il semble même qu'il y ait lieu de consulter parfois trois lois différentes pour déterminer les effets, et les suites plus ou moins médiates ou indirectes de la convention. Mais nous avons déjà fait remarquer plus haut que cela résulte d'une véritable confusion entre les questions d'interprétation et celles de droit supplétif. Et il est une autre confusion que l'on fait également, c'est celle de la substance de l'exécution avec sa forme (*solemnia solutionis*). Que la *forme* de l'exécution soit régie par la loi, et même par les usages du lieu de l'exécution effective, cela se comprend. Que, pour l'interprétation, on s'en réfère non pas précisément à la loi, mais au langage habituel du lieu où l'exécution doit se faire, s'agissant d'interpréter les termes dont les parties se sont servies pour indiquer la monnaie, le poids, les mesures, les époques de livraison, nous n'en disconvenons pas, bien que cette règle soit loin d'être absolue. Mais ce ne sont pas là des questions de droit supplétif. Toutes sont cependant confondues avec de véritables questions de droit supplétif, par d'excellents auteurs anciens et modernes, et cela les a conduits à étendre à toute l'exécution une règle qui n'est bonne que pour certains détails d'exécution. Ecoutons Burgundus qui, tout en étant un partisan déterminé d'un statut réel immobilier inflexible et invariable, semble avoir repris en ce qui concerne les effets des contrats, l'ancienne distinction de Bartole et se borne à la présenter sous un aspect un peu différent : « *Itaque ex solutione sunt solemnia (solutionis), valor rei debitae, pretium*

(1) Op. cit. *Tractatus quartus*, nos 28 et ss.

*monetae ; ex solutione oriuntur, praestatio apochae, antigraphi similaque ; circa solutionem consistunt pondera, mensurae, bonitas, expensae, mora, damna, interesse, usurae ex mora debiti et ejusmodi. Nam ut exemplo rem astruam, is qui certo loco dare promisit vel solvere tenetur adnumerum pondus et mensuram ejus loci in quo praestare debet obligatur, nisi natura contractus vel ipsius rei aliter dictaverit* (1). » En somme, cet éminent jurisconsulte commence par tracer des principes beaucoup trop absolus. Il semble que tout ce qui concerne l'exécution du contrat, et les conséquences de son exécution doive être régi par la loi du lieu de l'exécution. Mais lorsqu'il en vient à donner un exemple, il se borne à dire que celui qui a promis de payer dans un certain lieu, est tenu à la somme, au poids et à la mesure de ce lieu. Et encore ajoute-t-il : « à moins que la nature du contrat ou de la chose n'exige qu'il en soit autrement. » Or, ceci ne constitue plus qu'une règle d'interprétation semblable à celles que nous trouvons dans le Code allemand et que nous avons rapportées plus haut. M. de Bar a pleinement approuvé ces dernières.

Mais il fait des réserves semblables à celles de Burgundus, et donne des exemples à peu près identiques(1). La nature du contrat, dit Burgundus, peut exiger qu'il en soit autrement : par exemple, dit-il, si l'on a prêté du vin, il faut que la même mesure de vin soit restituée ; il serait contraire à la nature du prêt qu'il n'en fût pas ainsi. De Bar cite le cas où cent livres Turques ont été prêtées à Constantinople, et où la convention stipule la restitution de cent livres à Londres. L'emprunteur ne devra restituer à Londres que cent livres Turques. Il se fonde également sur la nature du contrat. Et la nature de la chose peut s'opposer également à ce qu'on prenne en considération le lieu de l'exécution, par exemple, si cent tonneaux de vin d'Orléans doivent être livrés à Gand, c'est la mesure d'Orléans qui sera prise en considération.

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

De Bar repousse, en outre, la monnaie du lieu de l'exécution, si le prix ainsi calculé devait être en disproportion notable avec la valeur normale de la chose, tandis que le prix calculé en monnaie du lieu du contrat y serait conforme.

331. — En est-il de même en ce qui concerne les conséquences de l'exécution, dommages-intérêts, intérêts moratoires etc... En ce qui concerne la constatation juridique de l'inexécution, la forme de la mise en demeure, nous estimons qu'il faut appliquer, en général, la loi du lieu de l'exécution, bien que la question puisse donner lieu à des doutes sérieux, si aucune des parties n'y est domiciliée, si aucune n'y est rattachée par un lien de nationalité. Quant aux conséquences de l'inexécution, nous pensons, contrairement à l'opinion de Fœlix et d'Asser, qu'il faut s'en tenir à la loi qui régit le contrat en général, loi qui pourra, du reste, se confondre avec celle du lieu de l'exécution. Asser ne motive pas du reste son opinion, et Fœlix n'en donne guères d'autre raison que sa distinction rejetée par Asser entre les effets et les suites. Nous ne voyons aucun motif rationnel d'appliquer ici une autre loi que celle qui régit le contrat en général. On peut bien dire que l'étendue du dommage résultant de l'inexécution peut dépendre des circonstances existant dans le pays où l'exécution aura lieu. Cela pourra être vrai, mais il s'en faut que cela soit toujours vrai, par exemple si la partie qui s'en plaint réside dans un autre pays. Du reste, s'il ne s'agit que de constater l'étendue des dommages ordinaires, rien n'empêchera, en thèse générale, qu'on ne tienne compte du dommage réellement éprouvé en pesant toutes les circonstances de fait. Si l'on se trouve en présence de législations diverses, l'une limitant l'obligation de réparer le dommage au dommage direct et prévu, l'autre l'étendant à tout le dommage, il n'y a aucun motif de croire que les parties aient entendu soustraire cette partie des effets du contrat à la loi qui régit le contrat en général. S'agit-il des intérêts moratoires à proprement parler et d'examiner s'il y a lieu d'appliquer la loi

qui les fixe à tel taux, ou celle qui les fixe à un taux plus élevé, ou une loi qui ne les fixerait en aucune manière, nous croyons qu'il faut également appliquer celle qui régit le contrat en général, sauf naturellement le cas où les circonstances indiqueraient une volonté contraire, et sauf aussi le cas où le juge ne pourrait le faire sans violer une loi d'ordre public. Il ne s'agit pas de savoir quel est le dommage réel, il s'agit de savoir quelle est la loi que les parties ont eue en vue, *ont dû* avoir en vue. Pourquoi auraient-elles eu une autre loi en vue que celle qui régit les effets de leur contrat en général?

332. — Burgundus que nous citons avec prédilection, parce qu'il a examiné toutes ces questions d'assez près, semble assujettir également à la loi du lieu de l'exécution, tout ce qui concerne la prescription, l'offre de la chose due, la consignation, la novation, et la délégation. « *Affinia solutioni sunt prascriptio, oblatio rei debitae, consignatio, novatio, delegatio et ejus modi.* » En ce qui concerne la consignation et l'offre de la chose due, ne faut-il pas distinguer? S'agit-il de leur forme il faut suivre, nous paraît-il, incontestablement la loi du lieu où ces actes juridiques sont effectués: ce ne sera pas nécessairement le lieu *fixé* pour le paiement. S'agit-il de la question de savoir si elles peuvent encore être faites utilement, de leurs effets, n'est-il pas rationnel de suivre la loi qui régit le contrat en général? Pour la novation et la délégation, si des formes spéciales sont prescrites, il faudra observer celles du lieu où elles s'opèrent. Quant à la question de savoir de quels actes résulte la novation et quels sont ses effets, nous appliquerons encore la loi qui régit le contrat en général.

333. — La question de la prescription libératoire a donné lieu à de très vives controverses. Asser repousse avec raison le principe trop absolu posé par Fœlix: « que les *défenses* admises par la *lex fori* sont toujours opposables, quelle que soit la loi qui gouverne l'obligation. » Cela est vrai pour les exceptions de procédure à proprement parler, les exceptions d'incompétence, par exemple.

Mais les meilleurs auteurs, dit Asser, sont partagés en ce qui concerne la prescription libératoire. Et voici comment il résume très clairement les diverses opinions qui se sont produites :

« Selon les uns, elle est régie par la loi du créancier, le droit d'obligation élément du patrimoine ne saurait être enlevé au maître du patrimoine qu'en vertu de sa propre loi. Troplong cite en ce sens à tort l'autorité de Pothier. (V. Lehr. *R. D. J.*, T. XIII, p. 516.)

» D'autres, considérant la prescription comme une faveur accordée au débiteur, laquelle n'anéantit pas le droit du créancier, mais y est opposée comme exception, appliquent la loi du domicile du débiteur. (En ce sens Haute Cour des Pays-Bas, arrêt du 2 avril 1874 et Cassation française du 13 janvier 1869.)

» D'autres font observer que si cette doctrine était admise le débiteur pourrait faire tort à son créancier, en se transportant en un pays où le délai requis pour prescrire est plus bref; ils appliquent en conséquence la loi du lieu ou le débiteur *avait son domicile* au moment du contrat. (Pardessus, *Droit commercial*, 1495.)

» D'autres préfèrent la loi du lieu du jugement. La raison en est simple, dit Troplong ; la prescription afin de se libérer est en quelque sorte la peine de la négligence du créancier ; or, dans quel lieu le créancier se rend-il coupable de cette faute ? C'est évidemment *dans le lieu où il doit recevoir son paiement*. » M. Asser se demande s'il est permis d'assimiler la prescription à une peine. Son commentateur cite cependant en faveur de cette opinion, qui est celle de Burgundus, comme nous l'avons vu : Bartole, Mascardus, Boullenois, et un auteur très moderne, M. Lehr, qui, dans l'article précité, adopte l'opinion de Troplong par des motifs différents, et voit surtout le fondement juridique de la prescription dans une présomption de paiement antérieur.

« Enfin beaucoup d'auteurs, d'accord avec la plupart des anciens jurisconsultes allemands, et avec la jurisprudence anglo-américaine, envisagent la prescription comme

appartenant essentiellement à la procédure, comme un *beneficium fori* et se prononcent en conséquencepour la *lex fori*. » M. Asser et son commentateur, M. Rivier, citent en ce sens de nombreuses autorités : Huber, Paul Voet, Hommel, Gluck, Mittermaier, Muhlenbruch, Linde, Wheaton, Kent, Story, Burge, Westlake et Wharton, et même un arrêt de la Cour suprême de Berlin, bien que la jurisprudence allemande ait varié. Il n'adopte du reste pas cette opinion « parce qu'il est hors de doute que la prescription fait partie du droit matériel ».

Enfin M. Asser lui-même se prononce avec Savigny pour la loi qui régit l'obligation. Mais cet accord n'est qu'apparent, puisque Savigny admet que l'obligation est régie par la loi du lieu de l'exécution. Il en donne pour motif que « c'est un moyen de libération, et que les parties, en contractant, ont entendu se soumettre à cette loi sur ce point comme sur les autres ». Son commentateur cite en ce sens : Cocceji, Hert, Fœlix, Rocco, Waechter, Schaefner, Demangeat, Fiore, Laurent, Zachariae, ainsi qu'Aubry et Rau avec un tempérament. Il invoque en outre la jurisprudence française jusqu'en 1869, des arrêts allemands et un arrêt du Sénat dirigeant de Varsovie de 1873. « M. de Bar fait observer » ajoute-t-il « que cette opinion et celle qui tient pour le domicile du débiteur sont les seules entre lesquelles, au point de vue théorique, il soit permis d'hésiter. Elles se confondent, si l'on admet, comme M. de Bar, que la loi du domicile du débiteur est aussi celle de l'obligation. » Mais cette dernière observation n'est pas absolument exacte, car il s'en faut de beaucoup que M. de Bar adopte la loi du domicile du débiteur commeloi unique de l'obligation.

334. — Dans la 2e édition de son ouvrage, M. de Bar a consacré à cette question une très longue dissertation (T. 2, pp. 92 et ss.). Il repousse l'application exclusive de la *lex fori*, parce que les motifs sur lesquels on se fonde pour en revendiquer l'application sont inexacts. Ces motifs sont d'abord : que la prescription n'est qu'un moyen de procédure, soumis dès lors aux lois qui régissent la procé-

dure dans le pays où elle se fait, ensuite qu'il importe à l'intérêt général d'écarter des contestations à propos de prétentions surannées et probablement éteintes, considération qui s'applique aussi bien aux obligations contractées et destinées à être exécutées en pays étranger, qu'à celles qui sont nées et doivent être exécutées dans le pays. M. de Bar s'attache à réfuter ces deux motifs. La prescription libératoire n'est pas un simple moyen de procédure, elle remplace l'obligation juridique par une simple obligation naturelle, par une obligation imparfaite, indépendemment de l'intentement d'une action quelconque. L'auteur appuie cette observation par des exemples, et il est bien exact, en effet, que l'exception de prescription ne repose en réalité que sur une transformation matérielle du droit lui-même en vertu duquel on agit. Il est donc impossible de la considérer comme une exception de procédure proprement dite. Quant au second motif invoqué, l'auteur répond que la prescription n'exclut pas toute vérification judiciaire de la créance prescrite, qu'il dépend de la libre volonté du défendeur d'opposer cette exception, et qu'en tout cas rien n'empêche de vérifier l'existence antérieure de créances prescrites comme points incidentels ou préjudiciels. Cette réponse au second motif nous paraît moins concluante. Lors même qu'exceptionnellement des créances prescrites pourraient encore être l'objet d'une vérification judiciaire, le but de la prescription n'en pourrait pas moins être d'exclure *en général* tous débats sur une prétention surannée et vraisemblablement éteinte.

335. — M. de Bar n'admet pas non plus que la prescription soit nécessairement régie par la loi qui gouverne l'obligation, doctrine qui prédomine, dit-il, dans la pratique et dans la science allemande. Ce système a pour conséquence de faire régir la prescription par la loi du lieu du contrat, ou par la loi du lieu de l'exécution, suivant que l'on admet l'une ou l'autre comme loi de l'obligation : il repose sur ce que la prescription fait partie du droit matériel. De Bar répond que cela ne suffit pas pour justifier la conclusion. Il ne peut être question d'un droit

contractuel à la prescription ; or c'est aux droits et obligations naissant du contrat que l'on applique généralement soit la loi du lieu du contrat, soit celle du lieu de l'exécution. On ne peut envisager comme admis tacitement ou virtuellement par les parties ce qui est en contradiction avec leur volonté exprimée. Se représenter la prescription de cette manière serait l'envisager, non plus comme une peine contre le créancier négligent ou comme une protection contre des prétentions surannées, mais comme une récompense à raison de la violation du contrat. — Ceci n'est pas tout à fait exact. Ne pourrait-on l'envisager comme une renonciation éventuelle et conditionnelle du créancier à son droit, pour le cas où il ne l'exerce pas dans un certain délai? C'est ce que nous examinerons plus loin. De Bar ajoute que cette supposition d'un accord contractuel des parties ne saurait s'appliquer aux obligations qui n'ont pas leur fondement dans des conventions, et cela est exact; mais nous ne nous occupons ici que de la prescription des obligations contractuelles.

De Bar fait remarquer encore que, si la prescription pouvait être considérée comme un droit acquis en vertu de la convention, une loi nouvelle ne pourrait en abréger les délais, ce qui est inadmissible, que les parties, qui ne peuvent en prolonger conventionnellement les délais d'après l'opinion généralement reçue, pourraient le faire indirectement en allant conclure leur contrat en pays étranger, en le datant d'un pays étranger, en fixant à leur fantaisie un lieu d'exécution quelconque. Or, si la prescription est d'intérêt général, si elle est une institution destinée à maintenir la sécurité juridique universelle, comment pourrait-il dépendre du caprice des parties d'en modifier les délais suivant leur caprice? Ces considérations sont d'une incontestable gravité et ne nous paraissent pas avoir été réfutées par les partisans de la loi du lieu du contrat. Elles nous paraissent de nature à la faire repousser, comme régissant exclusivement cette matière, au moins en vertu de la volonté présumée des parties.

335$^{bis}$. — De Bar s'est absolument mépris sur l'opinion

de Laurent, en lui attribuant une préférence pour la loi du lieu de l'exécution. D'après Laurent, c'est la loi du lieu du contrat qui doit prédominer. Telle est l'opinion qu'il exprime déjà au n° 234 (T. VIII) cité par de Bar, et il la développe aux n^os^ 254 et ss. Mais, quoiqu'il critique les auteurs qui la professent également sans en donner des motifs, il n'en donne guère davantage, si ce n'est celui-ci, que le but de la prescription est de donner de la certitude aux droits, et qu'il n'y a qu'un seul moyen d'atteindre ce but, c'est de s'en tenir à la loi du contrat laquelle est irrévocable. Le système qui fait régir la prescription par la loi du domicile du débiteur, au moment du contrat, présenterait certainement le même avantage, et il le présenterait à un plus haut degré. Car si l'on est généralement d'accord sur ce qui constitue le domicile, on est bien loin de l'être sur la question de savoir quelle est la loi qui doit régir le contrat. Au surplus, cette question d'avantage pratique n'est pas la seule à examiner. Il s'agit, avant tout, de voir s'il y a un motif rationnel pour que la loi du contrat l'emporte, et quel est ce motif rationnel.

M. Lehr, qui voit dans la prescription une présomption de paiement, ce qui est des plus contestable, sauf pour certaines prescriptions très courtes, donne la préférence à la loi du lieu de l'exécution. Pas plus que M. de Bar, nous ne sommes d'avis que son principe conduise à cette conséquence, tout en admettant, avec lui, que bien souvent le lieu du paiement, ou de l'exécution se confondra en fait avec celui du domicile du débiteur.

336. — Quant au système d'après lequel la prescription est régie par la loi du domicile du débiteur, c'est la doctrine de la plupart des auteurs français anciens et modernes, et elle prévaut dans la jurisprudence et dans la pratique françaises. (V. les autorités citées dans Laurent, T. VIII, pp. 356 et ss. et surtout dans de Bar, T. II, p. 100.) De Bar croit que la prise en considération de cet élément est commandée dans une certaine mesure, *in gewissen Umfange*, par le but auquel vise toute prescription d'une

action personnelle. On voit qu'il ne l'admet pas d'une manière absolue. Voici, du reste, comment il motive son opinion : « Le débiteur doit être protégé par la prescription contre des réclamations douteuses probablement non fondées, ou éteintes, et l'on doit garantir en même temps de cette manière la sécurité juridique générale. Cette institution protectrice doit, pour atteindre son but, s'étendre à ceux qui sont établis d'une manière permanente dans l'Etat, tandis qu'elle n'est pas applicable aux obligations des étrangers qui ne sont que de passage dans notre pays, et qui n'accomplissent ni n'exécutent dans notre pays la généralité de leurs obligations. Si l'on ne voulait étendre les lois de prescription à toutes les obligations des personnes domiciliées dans notre territoire, si la prescription devait être régie, par exemple, par la loi du lieu du contrat, le créancier pourrait toujours troubler la sécurité juridique dans notre pays par des prétentions surannées, et d'autre part, s'il s'agissait d'étrangers fortuitement assignés dans notre pays, la sécurité juridique, qui constitue en définitive le but de cette institution, ne serait pas moins compromise, aussi bien pour le créancier que pour le débiteur, par l'application de nos lois. »

De Bar ajoute cependant que, d'autre part, la législation du domicile du débiteur, dans le cas où l'obligation serait déjà prescrite d'après la loi qui régit le contrat, n'a aucune raison pour maintenir l'action du créancier, ce dernier n'étant pas fondé rationnellement à réclamer l'application d'une loi qui lui serait plus favorable, et qu'en conséquence, si l'action est intentée au domicile du débiteur, celui-ci a le droit d'invoquer la loi qui régit l'obligation, lorsque celle-ci lui est plus favorable dans son ensemble. Et il invoque en ce sens certaines législations des Etats de l'Amérique du Nord. Voilà donc une première limitation du principe qu'il pose, bien qu'il ne la classe point parmi les *Beschränkungen des Princips* dont il traite p. 101.

Il observe ici tout d'abord que la force obligatoire de la loi du domicile du débiteur n'est pas universelle et ne

lie que les tribunaux du domicile du débiteur. Voilà certes une restriction considérable de l'effet de la loi du domicile au point de vue de la prescription : il en résulte, en effet, qu'elle ne liera les tribunaux, que lorsqu'elle sera en même temps la loi du for. — Autre restriction : la loi du domicile du débiteur ne pourra être invoquée par celui-ci que dans la mesure où le permet la bonne foi, c'est-à-dire que si le débiteur se transporte ou transporte son avoir en un autre pays, il ne peut se prévaloir immédiatement, et avant d'avoir laissé au créancier un temps raisonnable pour agir, de ce que l'action qui ne peut plus être introduite dans le *forum contractus* serait prescrite d'après la loi de son domicile. — Enfin, prévoyant le cas où le débiteur changerait de domicle, avant l'accomplissement de la prescription, et pourrait ainsi modifier les conditions de celle-ci, de Bar renonce à l'expédient qu'il avait imaginé dans la première édition, et qui consistait dans une espèce de règle de proportion d'après laquelle le délai nécessaire pour prescrire serait calculé d'après l'ancienne loi, pour le temps qui s'est écoulé, jusqu'au changement de domicile, d'après la loi du dernier domicile pour le temps qui s'est écoulé depuis. Il lui paraît plus simple et plus juste, comme l'enseigne von Grawien, auteur d'une excellente monographie sur la matière, de donner au débiteur le choix entre les deux législations, mais avec cette restriction que la prescription ne commencera à courir en sa faveur d'après la loi du nouveau domicile, qu'à partir du moment où il l'aura établi.

Il y a plus, lorsqu'il s'agit d'établissements commerciaux ou industriels, et des engagements contractés relativement à de pareils établissements, de Bar donne la préférence à la loi du lieu où ils sont situés en ce qui concerne les règles de la prescription. Cette espèce de résidence, *Niederlassung*, doit être alors prise en considération, préférablement au domicile, pour autant que la loi du domicile eût dû être suivie par les tribunaux saisis de la contestation. Il fait du reste remarquer, en terminant, qu'il faut se garder de confondre avec la prescription ce

qu'il appelle *das Endtermin*, le terme final d'une obligation qui est temporaire, comme celle qui incombe à l'architecte aux termes de l'art. 1792 du Code civil, relativement aux constructions qu'il a édifiées. Ce sont là, d'après lui, des questions nécessairement régies par la loi du lieu du contrat.

337. — On le voit, le système de de Bar est en somme assez éclectique. Il tient compte, dans une certaine mesure, des trois principaux systèmes qui se partagent la doctrine et la jurisprudence en ce qui concerne la prescription, celui de la loi du contrat, celui de la loi du for et celui de la loi du domicile du débiteur. L'ingénieux et savant jurisconsulte croit même avoir réussi à concilier par ce système hydride les décisions, en apparence inconciliables, rendues par les tribunaux sur la matière qui nous occupe. Nous avons pensé devoir l'exposer avec quelque développement, d'abord à cause de sa valeur intrinsèque, ensuite à cause de l'autorité qui s'attache en matière de droit international privé à tout ce qui émane de ce jurisconsulte. Mais ce qui nous y frappe tout d'abord, c'est son extrême complication. Sans doute, cette complication ne prouve pas qu'il soit faux, et, en matière de droit international privé surtout, les solutions les plus simples ne sont pas toujours les plus vraies. Mais cette complication n'en est pas moins un inconvénient sérieux, de nature à ne faire accepter la doctrine de M. de Bar que si elle s'impose avec une parfaite évidence. Nous ne reculerions pas cependant devant la nécessité de faire d'autres distinctions encore que celles qu'il propose. Mais il en est une qui nous paraît assez malheureuse dans son système, c'est celle qu'il établit quant à la force obligatoire de la loi du domicile du débiteur, pour les tribunaux du pays où il est domicilié, et à son autorité pour les tribunaux des autres pays. Il y a ici quelque chose d'incohérent, d'inconséquent dans ce système, étant donné que l'empire de la loi du domicile du débiteur n'a rien de commun avec les dispositions d'ordre public, et semble n'avoir aucun rapport avec ce genre de considérations,

tandis que la limitation de cet empire aux tribunaux du domicile du débiteur repose essentiellement sur des considérations d'ordre public.

338. — Il nous semble qu'avant d'essayer de résoudre le problème, il importe d'examiner la nature et la base de la prescription libératoire. M. Lehr considère la prescription comme reposant sur une présomption de paiement. Cela n'est certainement pas exact pour les prescriptions ordinaires. Il est vrai que Merlin (V° *Prescription*, section I, § 1), fait reposer la prescription extinctive sur la présomption que celui qui est demeuré si longtemps sans exiger sa dette, en a été payé, ou a reconnu qu'il ne lui était rien dû. Mais le Code ne contient pas un mot qui vienne à l'appui de cette thèse, soit en ce qui concerne la prescription en général, soit en ce qui concerne la prescription extinctive ordinaire, celle de trente ans. La prescription est aux termes de l'art. 2219 *un moyen* d'acquérir *ou de se libérer par un certain laps de temps*, c'est-à-dire qu'elle se suffit à elle-même, qu'elle est la cause génératrice de la libération. Laurent (T. 32, pp. 8 et ss.) démontre excellemment qu'elle n'est nullement fondée sur la présomption d'une cause de libération antérieure. Il y en a une preuve décisive, c'est que celui qui invoque la prescription extinctive ordinaire, celle de trente ans, peut le faire, quand même il reconnaîtrait que la dette n'a jamais été payée, et n'a jamais été remise. On pourrait peut-être soutenir avec plus de fondement que la prescription est fondée sur une renonciation présumée. Mais la vérité nous paraît être plutôt qu'elle est essentiellement d'intérêt général, qu'elle a été établie par des motifs d'intérêt général et n'a pas d'autre base que le but même de son institution. Il n'y aurait pas de société possible, ainsi que le fait remarquer Laurent, si les droits pouvaient être exercés sans limite aucune de temps. Sans doute, il est permis au débiteur capable de renoncer à une prescription acquise (art. 2222, C. civ.); sans doute, elle constitue en même temps qu'une institution d'intérêt général, une protection pour le débiteur.

Mais il en résulte seulement que ce qui est d'intérêt général, c'est la faculté pour le débiteur de s'en prévaloir, et l'on est presque unanimement d'accord qu'*il ne pourrait pas y renoncer d'avance*, tellement il est vrai que cette faculté est d'ordre public. S'il en est ainsi de la prescription extinctive ordinaire, de celle de trente ans, nous sommes porté à en conclure que le juge doit l'admettre dès qu'elle est établie par la *loi du for*, sa propre loi, puisqu'il ne lui est pas permis de prêter l'appui de son autorité à une réclamation contraire à des lois d'ordre public. Et nous nous rangeons à cette opinion, non point parce qu'il s'agirait d'une exception de procédure, mais parce que l'ordre public est en cause. On peut repousser, sans doute, les considérations d'ordre public qui ont fait attribuer à la prescription libératoire un effet aussi absolu, mais il est impossible de méconnaître ce fait. Les auteurs ont beaucoup critiqué la théorie de Troplong, d'après laquelle la prescription est une peine contre le créancier négligent, et cela paraît, en effet, un peu absolu. Laurent fait remarquer que le créancier qui s'abstient de réclamer sa créance pendant un certain temps ne fait qu'user de son droit: *et qui jure suo utitur neminem lædit*. Mais n'est-il pas vrai cependant que le créancier, qui pendant un espace de temps aussi long reste dans une inaction complète, n'interpelle pas son débiteur, ne lui adresse aucune réclamation, peut l'avoir induit en erreur sur ses intentions, l'avoir induit à croire qu'il ne lui réclamerait jamais le paiement de cette créance; que des tiers mêmes peuvent avoir établi des relations juridiques avec ce débiteur, trompés par sa situation de solvabilité apparente et se figurant qu'il ne devait rien à personne, parce que personne ne lui réclamait rien? La société n'a-t-elle pas intérêt à engager ce créancier à rappeler au moins par quelque acte énergique à son débiteur ses obligations, sous la menace d'être déchu de son droit de créance, et le créancier qui ne le fait pas use-t-il absolument de son droit? Nous ne le pensons pas. L'intérêt général est engagé, dans une certaine mesure, à ce que les relations de créancier et de

débiteur ne se perpétuent pas indéfiniment, à ce que les comptes soient réglés, les dettes payées. Le prolongement indéfini de situations de ce genre n'est pas même sans entraîner quelque entrave à la liberté personnelle ; et, à un certain moment, le débiteur, trompé par l'apparente inertie de son créancier, peut contracter d'autres engagements qui le mettront peut-être dans l'impossibilité à tout jamais de satisfaire aux premiers.

339. — Qu'il puisse résulter de l'application de la loi du for certaines conséquences désagréables pour le créancier, c'est incontestable. Mais, quand il s'agit de la prescription extinctive ordinaire, qui ne s'accomplit en général que par un laps de temps assez long, n'est-il pas vrai de dire que le créancier, en déployant un peu plus de vigilance, aurait pu se mettre à l'abri de ces conséquences? Il doit prévoir la possibilité que le débiteur cherche à se mettre sous l'égide d'une loi étrangère, fixant des délais plus courts pour la prescription, bien que fort souvent il ne puisse le faire qu'au prix de sacrifices d'un autre genre. Nous croyons donc que c'est avec pleine raison que la jurisprudence et la doctrine anglo-américaines ne se sont pas arrêtées devant ces considérations, et ont admis que la prescription des actions naissant du contrat est régie par la loi du lieu où l'action est intentée, tout au moins quand il s'agit de la prescription extinctive ordinaire. C'est du reste en ce sens que s'est prononcé également le tribunal de Bruxelles par un jugement récent du 9 décembre 1886 (Cl. et B., T. XXXV, p. 178). Mais les motifs sur lesquels nous nous fondons sont autres.

La créance ne pourra pas seulement se heurter contre la longue prescription établie par la loi du for, en tant qu'institution d'ordre public. La prescription apparaît aussi comme une institution protectrice pour le débiteur, ainsi que l'a fait justement remarquer M. de Bar. En faut-il conclure que celui-ci doit pouvoir l'invoquer devant les tribunaux du pays où il est domicilié, et devant ces tribunaux seulement? Nous ne le pensons pas. Il pourra certes l'invoquer devant les tribunaux du pays où

il est domicilié, si les lois de ce pays l'établissent, mais comme institut d'ordre public, de même qu'il pourrait s'en prévaloir devant les tribunaux de tout pays où elle est reconnue. Mais il pourra en outre s'en prévaloir partout, à notre avis, même là où elle ne serait point établie par la loi locale, pourvu qu'elle soit consacrée par la loi qui régit la convention obligatoirement. Cette loi ne sera point nécessairement celle du domicile du débiteur : nous lui préférerions en tout cas, s'agissant d'une institution dont l'effet ne dépend point de la libre volonté des parties, la loi nationale de ce dernier. Ce sera, à notre avis, la loi nationale commune des contractants, peut-être même leurs lois nationales identiques, et, à défaut de lois nationales communes ou identiques, la loi du lieu du contrat. La loi du domicile du débiteur ne nous paraît pas avoir compétence pour le protéger, à l'encontre de la réclamation du créancier, si le lien obligatoire qui résulte du contrat est régi par une autre loi ; et il ne pourrait pas même se borner à invoquer exclusivement sa *loi nationale* propre devant les tribunaux d'un pays tiers, dont la législation n'admettrait point cette prescription : le créancier lui opposerait sa loi nationale à lui. Mais si la prescription est consacrée par la loi nationale commune, ou par les lois identiques des parties, ou par la loi du lieu du contrat, quel motif pourrait-il y avoir pour l'écarter ? Ce refus de l'admettre ne pourrait pas se justifier par des considérations d'ordre public. Pour ce qui concerne le domicile, il pourrait avoir une importance sérieuse s'il s'agissait d'un institut de droit reposant sur la volonté présumée des parties, il a même à cet égard une importance considérable. Mais il ne s'agit pas de cela dans l'espèce, nous croyons l'avoir démontré plus haut. La longue prescription libératoire de trente ans ne repose en rien sur leur volonté commune. C'est une institution émanée de la volonté du législateur, et dont le but immédiat est bien la protection du débiteur, mais dont le but final et suprême est la fixité et la consolidation de l'ordre juridique général.

340.—Si la prescription de trente ans est d'ordre public,

il en est à plus forte raison ainsi de la prescription des arrérages de rentes perpétuelles et viagères, des pensions alimentaires, des loyers de maisons et des prix de ferme des biens ruraux, des intérêts des sommes prêtées et généralement de tout ce qui est payable par année ou à des termes périodiques plus courts, prescription qui s'opère par cinq ans (art. 2277, C. civ.). Tout le monde reconnaît que ces prescriptions ne sont point fondées exclusivement sur une présomption de paiement, et que le serment ne peut être déféré sur le point de savoir si les arrérages, les intérêts, les loyers prescrits, etc. ont été payés oui ou non. Le motif principal de cette prescription, c'est, comme il a été dit dans l'exposé des motifs, que l'on a voulu éviter la ruine des débiteurs par des accumulations d'intérêts ou de redevances périodiques dues au calcul ou à l'indulgence funeste du créancier. C'est, dit Laurent, un motif d'humanité, donc d'intérêt public. Cette prescription est en même temps une peine contre le créancier négligent. Et elle est tellement considérée comme étant d'ordre public, qu'elle court même contre les mineurs et les interdits, sauf leur recours contre leurs tuteurs. Qu'importe qu'on puisse y renoncer, n'en pas accepter le bénéfice? Ce que la prescription comporte, ce que l'ordre public exige aux yeux du législateur, ce n'est pas l'anéantissement complet de la créance, c'est la faculté d'opposer une exception à celui qui agit, après être resté dans l'inertie pendant un temps plus ou moins long. Supposons maintenant qu'un étranger, ayant contracté en pays étranger, soit actionné sur notre territoire en paiement de dix années d'intérêts d'un prêt fait en pays étranger. S'il est actionné dans notre pays, c'est apparemment qu'il s'y trouve, qu'il y possède un certain avoir. Ne doit-il pas jouir de la protection que la loi accorde aux personnes et aux biens, sauf les exceptions établies par la loi (art. 128, Const.)? A un autre point de vue, ce que la loi désapprouve, ce qu'elle condamne sous peine d'une espèce de déchéance, la négligence du créancier à réclamer des intérêts, négligence funeste au débiteur, doit-elle le considérer comme

régulier lorsqu'il s'agit d'étrangers? Doit-elle prêter son appui à celui qui fait valoir des prétentions de ce genre, parce que le débiteur est étranger et domicilié en pays étranger? Nous ne saurions partager cette manière de voir. Nous appliquerions à cette prescription les mêmes principes qu'à la prescription de trente ans.

341. — Mais supposons que la prescription soit fondée sur une pure et simple présomption de paiement, sur l'usage dans lequel on est de payer certaines dettes à très brève échéance, comme la prescription des art. 2271 et 2272 du Code civil. Dans ce cas, ce sera une institution qui se rattachera, dans une certaine mesure, à la preuve, non pas à la preuve du contrat, mais à celle d'un autre fait juridique qui n'est, il est vrai, que la conséquence du contrat, c'est-à-dire de l'exécution du paiement. Notre législation est à cet égard fondée sur les usages, mais sur lesquels? Sur les nôtres. Ces usages, elle les confirme, et tend certainement à les généraliser. Mais ceux d'un pays étranger peuvent être essentiellement différents, et notre législateur n'a pu avoir la prétention de les uniformiser partout. La présomption manque donc de base, s'il s'agit de conventions qui se sont formées et qui doivent être exécutées en pays étranger, surtout si les parties intéressées sont étrangères et domiciliées en pays étranger. En admettant même que la faculté d'opposer la prescription soit ici encore d'ordre public, et nous le pensons, elle ne nous paraît l'être que pour les obligations qui devaient être exécutées et dont l'exécution en conséquence devait normalement être réclamée dans notre pays, et pour les parties qui, étant régnicoles, domiciliées ou tout au moins de résidence dans notre pays, peuvent être censées connaître nos usages et en faire la règle de leurs actions. Si les deux parties sont étrangères, domiciliées en pays étranger, si le contrat y a été conclu, s'il devait y être exécuté, pas de doute. La prescription fondée sur une présomption de paiement ne sera pas régie par nos lois, et ce n'est pas nos lois que *nos tribunaux mêmes* devront appliquer. Mais il se peut que la loi de la nationalité, la

loi du domicile des parties, la loi du lieu du contrat, la loi de l'exécution, tout soit différent. A quel élément donner la préférence? Et s'il faut s'attacher à la loi du domicile ou de la nationalité, sera-ce à la nationalité, au domicile du débiteur ou du créancier? Nous pensons qu'il faudra s'en tenir à la loi qui gouverne le contrat en général, en vertu de la volonté des parties contractantes, telle que nous avons essayé de la déterminer plus haut. Certes, il ne s'agit pas ici d'un effet du contrat, effet que les parties auraient eu en vue en contractant, mais il n'en est pas moins vrai, nous paraît-il, qu'étant censées avoir placé leurs conventions sous le régime de telle loi, il est assez vraisemblable qu'elles ont entendu suivre cette loi pour l'exécution ultérieure qu'elles devaient recevoir, à moins qu'une volonté contraire n'apparaisse, comme c'est le cas pour certains détails matériels d'exécution. Considérer cette espèce de prescription comme une protection accordée au débiteur, en vertu de la loi de son domicile, qui le couvrirait partout, et ne le couvrirait qu'à la condition qu'elle soit écrite dans la loi de son domicile, c'est arriver en pratique à de véritables absurdités. Voici un Russe domicilié en Belgique qui, se trouvant en Russie, y devient malade et consulte un médecin russe. La créance du médecin du chef d'honoraires se prescrit par un an. Supposons que cette prescription soit inconnue, ou ne soit que de deux ans d'après la loi russe, la créance de cet étranger se prescrira-t-elle par un an? Attacher cette prescription comme une espèce de privilège à la nationalité du débiteur, en faire une espèce de statut personnel, ne paraît pas moins extraordinaire. Le lieu du contrat ne semble pas être à lui seul une base absolue de la prescription, à moins que la loi du lieu du contrat ne régisse la convention, ce qui arrivera, au surplus, dans des cas assez nombreux. Supposons qu'un maître de pension de nationalité allemande, domicilié en Allemagne, traite par correspondance ou autrement, dans une ville d'eaux, par exemple, avec un autre Allemand également domicilié en Allemagne, mais momentanément en Belgique, du

prix de la pension des enfants de ce dernier et que le contrat soit conclu en Belgique. La créance de ce maître de pension pour le prix de la pension se prescrira-t-elle par un an, si la loi allemande n'admet point une aussi courte prescription? Il nous est impossible d'accepter cette manière de voir. Si elle pouvait être admise en Belgique, au cas où le débat viendrait à y surgir, en vertu de la *lex fori*, elle ne le serait certes pas en Allemagne.

Lorsque l'on examine de près toutes les décisions rendues en France et en Belgique, dans la matière de la prescription, envisagée au point de vue du droit international, on s'aperçoit que presque toujours la loi admise comme règle s'est trouvée être la loi applicable au point de vue de divers principes, à raison de circonstances concurrentes, et non pas d'une seule. Il est vrai que l'on a invoqué tantôt le principe de la loi du lieu du contrat, tantôt la loi du domicile du débiteur, tantôt la loi du for; mais en fait la décision rendue aurait pu se justifier non-seulement par l'une de ces lois mais par d'autres. Avant de les examiner de plus près, disons encore un mot de quelques autres prescriptions.

342. — La prescription de l'action des avoués par deux ans (art. 2273, C. civ.) nous paraît exactement de la même nature que les courtes prescriptions dont nous venons de parler. Elle est fondée sur une présomption de paiement. Elle doit être régie au point de vue du droit international privé par les mêmes règles. Il faut appliquer la loi qui régit le contrat, et cette loi nous paraît être, en cas pareil, celle sous laquelle l'avoué exerce ses fonctions. Mais, bien que la règle, d'après laquelle les juges et avoués sont déchargés des pièces cinq ans après les jugements des procès, et les huissiers après deux ans, depuis l'exécution de la commission ou la signification des actes dont ils étaient chargés, figure au titre de la prescription (art. 2276, C. civ.), il nous est difficile d'y voir une prescription véritable. Quoi qu'il en soit, cette disposition repose vraisemblablement, comme le fait remarquer Laurent (T. XXXII, n° 481), sur ce qu'il est

probable que les pièces ont été rendues aux parties, d'où il résulterait qu'on doit appliquer, en cette matière, les mêmes principes qu'aux courtes prescriptions en général. Elle pourrait cependant aussi équivaloir à une autorisation tacite de détruire les pièces, lorsqu'elles n'ont point été réclamées dans un certain délai. Au surplus, la loi du contrat, la loi du lieu de l'exécution, et la loi du domicile du débiteur se confondront presque toujours en cas pareil avec la loi du for, et il ne saurait y avoir matière ici aux questions délicates de droit international privé que soulèvent les prescriptions proprement dites.

343. — Nous doutons qu'on puisse considérer comme essentiellement régies par la loi qui régit les effets du contrat en général, la prescription des actions en nullité ou en rescision. « Cette prescription est à vrai dire » dit Laurent[1], « une confirmation, c'est-à-dire une renonciation au droit d'agir en nullité à raison du vice qui entache le contrat : elle est donc fondée sur la volonté de celui qui confirme; et cette volonté, comme je l'ai dit au cours de ces études, *est censée exister déjà lors du contrat*, ce qui nous ramène à la loi *du lieu où le contrat s'est formé*. Dans l'espèce *c'est l'autonomie* des contractants qui joue le grand rôle. » Notons tout d'abord une contradiction ici. Laurent oublie qu'il n'a pas admis que, dans la mesure de l'autonomie des contractants, leurs conventions soient régies d'une manière exclusive par la loi du lieu du contrat. Mais, à part cela, est-il raisonnable de dire que les parties sont censées avoir eu la volonté, au moment du contrat, de renoncer à attaquer, après un certain délai, une convention entachée de dol à leur insu? La vérité est qu'elles ne sont censées avoir eu cette volonté que postérieurement, au moment où la partie trompée pouvait agir et n'a pas agi, et cette présomption légale ne devient même absolue que lorsque le délai expire. La thèse de Laurent est contraire à la réalité des faits. Il est incontestable cependant que cette prescription est basée

(1) *Droit civil international*, T. VIII, p. 364.

sur une renonciation présumée de la partie intéressée, mais il n'est pas moins incontestable qu'elle a pour but d'éviter, après un temps fort long, des procès sur des questions difficiles et délicates, d'en diminuer en même temps le nombre, de fixer la situation des rapports des citoyens, c'est-à-dire en somme un intérêt général. Cela étant, on pourrait se demander si ce n'est pas la loi du for qui doit prévaloir en pareille matière. Et il y a de sérieuses raisons pour le soutenir. L'action en nullité est un recours judiciaire que la loi ouvre à la partie spoliée, pour obtenir la réparation d'une injustice, et dont elle peut restreindre l'exercice dans certains délais. Cette limitation, cette prescription, a pour but d'éviter des procès délicats, au sujet de griefs anciens, dont il sera difficile de constater la réalité après un temps prolongé, et cette difficulté ne sera pas moins grande s'il s'agit de contrats faits entre étrangers en pays étranger. On objecterait vainement que, tout en étant édictée dans ce but, la prescription de l'action en nullité a une autre base : la renonciation présumée de la partie lésée; qu'elle ne peut être censée y renoncer que quand elle n'a pas exercé son droit dans le délai fixé par la loi, sous l'empire de laquelle le contrat s'est formé, et qu'il ne peut pas dépendre de l'autre partie d'abréger ce délai en transportant sa personne et son avoir dans un autre pays, où la partie lésée serait aussi forcée de porter son action. Ces considérations sont sérieuses, mais non irréfutables. De ce que la prescription dont il s'agit soit basée sur une renonciation présumée, il ne suit pas que la partie lésée ne puisse être présumée avoir renoncé, que si elle n'a pas agi dans le délai fixé par la loi qui régit le contrat. Il faut, au contraire, qu'elle agisse dans le délai fixé par la loi, sous l'égide de laquelle l'autre partie s'est placée, si elle veut faire accueillir sa réclamation par les tribunaux du pays où cette loi est en vigueur. Lorsque la fraude est découverte, elle peut agir. Elle doit prévoir la possibilité que les lois de ce pays, en matière de prescription, ne soient pas les mêmes. S'agissant surtout d'une longue prescrip-

tion, nous ne voyons pas qu'il puisse en résulter pour elle une lésion grave. Il nous paraît, d'autre part, un peu excessif de soutenir que les délais mêmes de la prescription font partie des conditions dans lesquelles le contrat a été conclu, en vertu de l'accord tacite des parties, de leur intention exprimée ou présumée, et que ces délais doivent être fixés d'une manière invariable et définitive, au moment même du contrat, par la loi qui régit sa substance. Comment parler de l'accord des parties quand la convention est attaquée pour cause de dol ou de violence? Nous penchons donc à donner ici la préférence à la loi du for, au moins quand il s'agit de nullité pour une de ces causes. Lorsqu'il s'agit d'autres causes de nullité, on pourrait peut-être admettre que la prescription sera considérée comme accomplie, par l'expiration du délai fixé, soit par la loi du for, soit par la loi qui régit le contrat, si cette dernière fixe un terme plus court [1].

344. — Nous avons essayé d'exposer les règles à suivre quant à la détermination de la loi qui doit régir les effets du contrat, en tant que ces effets dépendent en dernière analyse de la volonté souveraine des parties, et qu'il s'agit de savoir seulement à quelle loi elles doivent être présumées s'être soumises, c'est-à-dire de droit supplétif. Force nous est cependant de reconnaître que dans beaucoup de cas, en pratique, l'on appliquera la loi du lieu du contrat. Tout d'abord le lieu du contrat s'identifiera très souvent, s'agissant surtout des conventions civiles, avec le lieu du domicile des deux parties. Ensuite il y a une foule d'actes de la vie juridique journalière, qui, à raison de leur instantanéïté et de leur nécessité, impliquent de la part des parties la volonté de se soumettre à la loi du lieu du contrat. Nous mentionnerons parmi ces actes les achats ordinaires de choses mobilières, et spécialement de denrées nécessaires à l'existence, faits par des particuliers non marchands à des marchands. Pour l'une

(1) Il y a peut-être des exceptions à faire pour les actions en nullité ou rescision se rattachant au statut personnel. Il en sera parlé dans la partie spéciale de cet ouvrage.

des parties, pour le marchand, ces opérations sont commerciales. On ne peut pas présumer qu'il entende faire des conditions spéciales et diverses aux acheteurs, d'après la loi de leur domicile, de leur nationalité, et ceux-ci doivent, au contraire, présumer jusqu'à manifestation d'une volonté contraire, qu'il entend contracter d'après la loi sous l'empire de laquelle s'accomplit la généralité de ses opérations commerciales. L'étranger, même domicilié en pays étranger, qui achète dans des magasins à Bruxelles, des objets de nécessité ou de luxe, qui prend une chambre dans un hôtel, loue un appartement ou une maison, prend une voiture de louage ou un coupon de chemin de fer, expédie des objets par eau ou par terre accepte, à notre sens, la loi du pays où il contracte. Il ne peut pas supposer que le commerçant, établi d'une manière permanente dans le pays où il traite, ou la société ayant son siège dans ce pays, fasse des conditions différentes à chacun des particuliers avec lesquels le marché se fait. Il peut s'informer, du reste, de la loi du pays où il traite, tandis qu'il est plus difficile au vendeur de connaître exactement la loi étrangère, fût-il étranger lui-même. L'application de la loi du lieu du contrat est commandée, dans ces cas si nombreux, par la nature du contrat, et par la situation relative des parties. Le projet de la commission belge conduirait à faire régir par la loi allemande l'achat fait par un Allemand, de passage à Bruxelles, chez un négociant qui, par hasard, se trouve être Allemand d'origine, fût-ce même à son insu, à moins que les parties n'aient manifesté effectivement, soit expressément, soit tacitement la volonté de soumettre leur convention à une autre loi. Nous pensons que, dans ce cas, et dans tous les cas similaires, il y a lieu d'appliquer la *lex loci contractus*, lors même que les parties sauraient qu'elles sont de même nationalité. Aucun doute ne nous paraît possible, lorsqu'il s'agit d'un contrat conclu *inter praesentes*.

345. — Ces raisons sont, il est vrai, moins fortes, lorsqu'il s'agit d'un contrat de même nature conclu par correspondance. Où est dans ce cas le lieu du contrat? La

doctrine et la jurisprudence ne sont pas absolument fixées à cet égard, et ce désaccord est déjà un inconvénient au point de vue de l'admission de cette base commune. D'après les uns, le contrat doit être censé conclu là où l'acceptation se produit; d'après d'autres, et c'est d'après nous l'opinion la plus exacte, là où elle parvient à la connaissance de l'auteur de l'offre. Dans cette dernière hypothèse, le contrat sera censé conclu à Berlin, si un particulier se trouvant à Berlin fait une commande à un négociant de Bruxelles, et si le négociant de Bruxelles accepte par correspondance. Est-il bien rationnel de prendre, par cette raison, comme seule base d'appréciation des effets du contrat, la loi allemande plutôt que la loi belge? C'est surtout dans un cas de ce genre qu'il faut plutôt prendre en considération la loi du domicile commun, ou de la nationalité commune, lorsque les parties ont le même domicile ou la même patrie. Bien plus, s'il s'agit d'un particulier qui fait par correspondance une commande à une société, ou à une maison de commerce établie dans un autre pays, il semble que la situation relative des parties ordonne d'appliquer plutôt les lois en vigueur dans ce dernier pays, parce qu'une maison de commerce ne peut être censée avoir qu'une seule loi pour tous les marchés qu'elle conclut, parce qu'étant donnée la multiplicité de ses affaires et la rapidité avec laquelle elles se négocient, il ne lui est pas possible de s'informer des lois en vigueur dans le pays d'où l'ordre émane. Sans doute, le commerçant peut éviter l'application de cette loi en stipulant dans la facture, soit d'une manière générale l'application de sa loi, soit d'une manière précise et déterminée que le contrat produira tels ou tels effets. Mais est-il bien nécessaire que ce commerçant stipule l'application de sa propre loi, lorsqu'il fait avec un non commerçant un contrat qui constitue pour lui une de ces nombreuses affaires journalières, qui, à cause de leur multiplicité même, doivent être régies par une loi unique? Il faut, nous paraît-il, répondre négativement, à moins qu'on ne lui suppose la prétention de connaître les lois du monde entier. Au point

de vue d'une logique rigoureuse, on comprendrait que l'on puisse soutenir que chacun s'oblige d'après sa propre loi. Mais, pour ce qui nous concerne, nous n'admettons pas que le contrat puisse être divisé au point de vue de la loi applicable. Les obligations de l'une des parties sont, en dehors des contrats gratuits, la condition des obligations de l'autre, ou la conséquence du fait de l'autre. Dans le contrat de vente en particulier, l'offre ou la proposition présente quelque chose d'indivisible ; elle comporte en fait un engagement éventuel subordonné à un autre engagement éventuel, et l'un et l'autre doivent être appréciés d'après des bases communes, sous peine de substituer à l'harmonie et à l'accord réels des volontés, à l'équivalence voulue des engagements, dans de pareils contrats, une harmonie et un accord fictifs, une équivalence imaginaire. Nous croyons donc que, dans ces sortes de conventions, il faut appliquer la loi en vigueur au siège de la maison de commerce.

346. — Mais, lorsqu'il s'agit de conventions conclues entre commerçants, la question ne se présente pas absolument de la même manière, car les positions sont égales. Supposons d'abord qu'il s'agisse de contrats conclus *inter praesentes*. Il y aura lieu, nous paraît-il, en thèse générale, d'appliquer la loi du lieu du contrat, à raison de la nature commerciale de l'engagement, et sans en excepter le cas où les parties appartiennent par leur nationalité commune ou par leur domicile commun à un pays autre que celui où le contrat se forme. Pourquoi ? Toujours à cause de la rapidité qui est le caractère essentiel des opérations commerciales. Qu'un commerçant étranger se trouve dans un pays déterminé et y fasse des affaires, il se trouvera immédiatement enveloppé, étreint par la loi et même par les usages commerciaux en vigueur dans ce pays. Veut-il traiter avec un commerçant de ce pays, il sera probablement arrêté, et manquera le coche (pour nous servir d'une expression familière), s'il prétend lui imposer sa loi nationale ou la loi de son domicile : on lui répondra vraisemblablement qu'on ne la connaît pas, peut-être même qu'on

ne connaît pas d'une manière certaine sa nationalité et son domicile. Certes, le commerçant indigène avec lequel il veut traiter peut s'informer des dispositions de cette loi. Mais il est beaucoup plus simple, beaucoup plus favorable à cette rapidité d'allures qui marque l'activité commerciale, que le commerçant étranger s'informe des dispositions en vigueur dans le pays. Il pourra le faire en outre avec beaucoup plus de sûreté. Il est donc en somme de son intérêt, pour ne pas arrêter la marche d'une négociation, d'accepter la loi du lieu du contrat. C'est l'intérêt de l'autre partie également, et, dans leur silence commun, il est à présumer qu'elles l'ont fait, ou qu'elles l'auraient fait, si la question s'était présentée à leur esprit. A plus forte raison en est-il ainsi, lorsque les deux parties sont étrangères, et appartiennent à des pays différents. Il ne pourrait y avoir de doute que si elles étaient originaires du même pays, et l'on pourrait objecter que, dans ce cas, elles sont censées connaître toutes deux la loi de leur pays d'origine. Mais, comme nous l'avons dit plus haut, si la présomption que personne n'est censé ignorer la loi est absolue quand il s'agit de lois d'ordre public, et spécialement des lois pénales, parce que chacun est tenu de connaître ces lois, elle est une illusion flatteuse pour les individus, mais fausse en réalité dès qu'il s'agit des autres lois. Au point de vue du droit civil, elle ne reçoit qu'une application fort limitée. Au point de vue du droit international privé, elle n'a guères de raison d'être. Il nous paraît dès lors beaucoup plus sage de soumettre les parties, dans des affaires qui doivent se traiter rapidement, à une loi au sujet de laquelle elles peuvent prendre immédiatement toutes les informations nécessaires, qu'à une loi dont elles ne peuvent souvent connaître avec précision les dispositions qu'au prix d'une perte de temps et d'argent. C'est l'intention qu'on peut leur attribuer, parce que c'est celle que leur dicte leur intérêt commun bien entendu.

347. — Mais la loi du domicile commun, et celle de la nationalité commune, recouvrent leur importance, s'agis-

sant d'un contrat par correspondance entre deux commerçants. On discute à perte de vue sur le point de savoir où est le lieu du contrat dans ce cas, et cette discussion présente un vif intérêt au point de vue de la compétence. Au fond c'est un contrat dont les deux assises, les consentements réciproques, reposent dans deux pays différents, comme un édifice qui serait construit en partie sur un territoire, en partie sur un autre. De plus, un des motifs sur lesquels repose l'application de la loi du lieu du contrat, celui que les deux parties sont à même de s'enquérir avec facilité et rapidité des dispositions de la loi du lieu du contrat, vient à tomber dans ce cas. Il faudra donc s'attacher de préférence, alors surtout, à la loi du domicile commun, ou à la loi nationale commune. Mais s'il n'y a ni domicile commun, ni nationalité commune, il faudra bien en revenir à la loi du lieu du contrat, ou peut-être de préférence encore à la loi du domicile de celui qui a posé les conditions, qui a fait les propositions, loi qui se confondra souvent avec celle du lieu du contrat. Peut-être pourrait-on s'en référer également, suivant les circonstances, à la loi du lieu de l'exécution, dans un cas de ce genre, et l'une de ces circonstances pourrait être la nature même du contrat dont il s'agit *in specie*.

348. — On s'explique aisément, d'après ces considérations, que la jurisprudence, en France comme en Belgique, et en d'autres pays, ait fait des applications très fréquentes de la loi du lieu du contrat. Au fond presque toutes ces décisions méritent d'être approuvées, dans les cas particuliers où elles ont été rendues. En quoi cette jurisprudence nous paraît avoir fait fausse route, c'est lorsqu'elle a érigé l'application de la *lex loci contractus* en principe général et absolu, ce qui n'est point le cas d'ailleurs pour toutes les décisions que l'on se plait généralement à citer comme ayant affirmé ce principe[1]. Plusieurs ont fait

(1) MM. Weiss (op. cit., 2e édition, p. 632) et Vincent et Pénaud (verbo *Obligations*, nº 9) citent une quantité considérable de décisions françaises et étrangères, aux termes desquelles on devrait appliquer en principe la loi du lieu

simplement bon accueil à ce principe, parce qu'il se présentait à point nommé pour justifier des décisions qui auraient pu se justifier par d'autres circonstances encore. Quelques-unes ne concernent que la forme des actes, ou les conditions de validité de la convention. Et il n'est pas rare que, même en matière commerciale, en matière de charte-partie par exemple, on ait adopté un principe différent. Mais c'est néanmoins la loi du lieu du contrat qui est le plus souvent appliquée dans les matières commerciales, en ce qui concerne le droit supplétif. Telle est notamment l'opinion admise par de graves autorités dans la matière si importante de la lettre de change. M. de Bar le constate et approuve cette opinion. Et, comme la circulation de la lettre de change implique plusieurs contrats successifs, c'est la loi du lieu où chaque obligation est assumée qui régit cette obligation. Cette règle tend de plus en plus à prévaloir contre celle d'après laquelle il faut s'en tenir au lieu du paiement. Elle n'est

du contrat. Nous nous garderons de les reproduire ici, *brevitatis causa*. Mais nous avons constaté que ces citations ne sont pas absolument exactes. Quelques-uns des jugements et arrêts cités proclament, il est vrai, ce principe, mais parfois dans des cas où la loi appliquée aurait pu l'être effectivement, sur le fondement d'autres considérations encore. Quelques-uns ne l'affirment pas du tout, et se justifient en fait par des motifs d'ordres divers. D'autres sont étrangers à la substance du contrat, et ne concernent que la forme. Pour n'en donner que quelques exemples, M. Weiss cite entre autres : trois arrêts de la Cour de cassation de France de 1864, 1872 et 1880, qui auraient affirmé le principe de l'application de la loi du lieu du contrat. Le premier (23 février 1864, *D. C.*, 4, 1, 66) le proclame effectivement, en ce qui concerne la forme, le mode de preuve et les conditions fondamentales de la convention. Il ne parle pas des effets. Il s'agissait d'un contrat de transport conclu à Hong-Kong (colonie anglaise) entre un chirurgien français et une compagnie anglaise, pour le transport de ses bagages, et les clauses imprimées du contrat contenaient une stipulation d'irresponsabilité absolue, valable d'après la loi anglaise, nulle d'après la loi française. La Cour de cassation décida, après partage et délibération en Chambre du conseil, qu'il fallait appliquer la loi anglaise, loi du lieu du contrat. Mais c'était aussi en fait la loi personnelle de la compagnie, et de plus, il ne s'agissait pas, à proprement parler, de droit supplétif, mais de la validité du contrat. L'arrêt du 22 avril 1872 (Dalloz, 73, 1, 182) concerne également la validité du contrat, et notamment la légalité d'une clause stipulant l'application des usages du Loyd dans un contrat passé à Londres. Quant à l'arrêt du 24 août 1880 (D. 1880, I, p. 447), il est uniquement relatif à la forme et au mode de preuve. Ce n'est qu'une application de la maxime *locus regit actum*, avec la portée restreinte qui lui est reconnue presque universellement, c'est-à-dire, comme recevant application aux formes requises pour qu'un acte puisse servir de preuve d'un fait juridique. Il est donc étranger à la question que nous examinons ici.

certes pas admise sans certaines restrictions, mais il suffit de constater le principe. Nous examinerons en temps et lieu avec détail les difficultés que présente cette matière. De même, en matière de transports, soit par terre, soit par rivières ou canaux, d'après l'opinion dominante, ainsi que le constate M. de Bar, qui s'y rallie du reste, il faut appliquer la loi du lieu où le contrat est conclu, ou pour parler avec plus de précision, dit-il, celle du lieu d'où le transport est effectué, où il a son point de départ, loi qui se confond le plus souvent avec celle du lieu du contrat. Mais, en matière de contrats de transports maritimes, il ne semble pas qu'il y ait aucun principe général. On est surtout d'accord pour rejeter l'application absolue et exclusive de la *lex fori*(1). M. de Bar rappelle à cette occasion que, lors du congrès commercial d'Anvers en 1885, M. Smekens « président du tribunal de commerce de cette ville depuis de longues années » déplorait qu'il fût si souvent réduit par la jurisprudence actuelle à faire l'application de cette loi aux droits réels sur des navires, et constate que, dans ce congrès, l'on adopta unanimement le principe suivant : « *En cas de conflits des lois maritimes, il ne faut pas appliquer une règle générale, mais distinguer suivant les cas*(2). » Cette résolution du congrès d'Anvers est conforme aux théories les plus modernes en pareille matière.

Le même principe prévaut en général, en ce qui concerne le contrat d'assurances maritimes. Le motif de cette règle, c'est que, dans des affaires de ce genre, la volonté des parties de soumettre leur contrat à telle ou telle loi se révèle normalement, et non pas seulement à titre d'exception, par d'autres circonstances, et, pour n'en donner qu'un exemple, par la forme et la rédaction de la police.

(1) De Far. Op. cit., T. II, p. 187.

(2) L'éminent jurisconsulte allemand commet ici une erreur. M. Smekens n'a jamais été président du tribunal de commerce mais bien du tribunal civil. Il n'a donc pu faire la déclaration que M. de Bar lui attribue, et l'auteur de cette déclaration est sans doute M. Spée, alors depuis de longues années greffier du tribunal de commerce d'Anvers, et qui, en cette qualité, avait pris une part effective et prépondérante à la rédaction de nombre de jugements en matière commerciale.

Il peut cependant arriver des cas où aucune circonstance ne révèle l'intention des parties, et le besoin d'une règle quelconque, non pas absolue, mais subordonnée à toutes les exceptions que comporte la nature de l'opération, se présente incontestablement dans ce cas. Pourquoi n'appliquerait-on pas, s'agissant du droit supplétif, la loi du lieu du contrat, celle du domicile commun ou de la nationalité commune, suivant les distinctions faites plus haut, à moins que la nature spéciale du contrat ou les circonstances ne conduisent à croire que les parties se sont soumises ou se seraient soumises, si elles avaient prévu la difficulté, à quelque autre loi? En fait, c'est la loi du lieu du contrat qui est le plus généralement appliquée, en matière de contrat d'affrètement, par exemple (1). Et les tribunaux ainsi que les auteurs ne font en général d'exception à cette règle que lorsque les parties sont de même nationalité (2). Peut-être serait-il plus rationnel d'attribuer une importance au moins égale à la loi du domicile commun. En Angleterre on applique plutôt la loi du pavillon (3), et la jurisprudence paraît fixée en ce sens. Quant au mode et aux formalités de l'exécution, à la mesure, au poids, à la monnaie, on admet assez généralement qu'il faut suivre les usages et les lois du lieu de l'exécution. Mais tout en faisant observer qu'il s'agit très souvent en ce cas, soit de questions de pure forme, soit d'interprétation proprement dite, nous ne pouvons entrer ici dans les détails sous peine de donner à notre exposé des principes généraux une étendue excessive. Les observations que nous venons de faire suffisent pour faire voir combien il serait dangereux et injuste d'affirmer dans une législation particulière, en présence de l'état actuel du droit international privé, des principes trop absolus et trop exclusifs sur la question de savoir quelle est la loi qui doit régir les contrats à titre de droit supplétif. S'agissant, par exemple, des conven-

(1) Vincent et Pénaud. Op. cit., verbis *Transports maritimes*, nos 11 et 43.

(2) Vincent et Pénaud. Op. cit., verbis *Transports maritimes*, nos 12, 14, 15, 16.

(3) Vincent et Pénaud. *Dictionnaire, revue de l'année 1889*, no 5.

tions entre étrangers dont nos tribunaux seraient appelés à connaître, l'application des principes proposés par la commission belge pourrait conduire à de véritables injustices et à la méconnaissance absolue de l'intention des parties. La plus grande prudence s'impose aux législateurs; des règles générales et absolues ne pourraient guères être établies que par des conventions internationales.

349. — Nous, croyons avant de terminer notre travail sur la question de savoir par quelle loi le contrat est régi, devoir faire des réserves en ce qui concerne spécialement le contrat de mariage. Ces réserves sont à peine nécessaires, car nous avons eu soin de subordonner les règles que nous avons proposées, à la condition que l'application de telle ou telle loi ne soit pas commandée par la nature du contrat. Or, les conventions matrimoniales sont précisément d'une nature toute spéciale. Le régime sous lequel sont placés les biens des deux époux n'est pas indifférent à l'union personnelle, et à la conception que l'on se fait dans chaque pays de ce qu'exige et rend désirable cette union. Il est rationnel que la loi qui règle les rapports personnels soit également prépondérante en ce qui concerne le régime des biens, et l'on peut supposer en l'absence de toute preuve contraire que les parties s'y sont référées. Nous examinerons cette question dans la partie spéciale de notre ouvrage [1].

(1) M. van Berchem reconnaît, dans son remarquable rapport sur le titre préliminaire du projet de la commission, qu'il faut s'en référer ici à la loi nationale du mari. Nous partageons absolument son opinion, bien que la question ait été très diversement décidée. Mais cela est sans nul doute en contradiction avec les principes posés par l'art. 7 du projet.

# TITRE VIII.

## DE LA LOI QUI RÉGIT LES QUASI-CONTRATS.

350. — Le projet de la commission belge de révision du Code civil dispose en son art. 8, que: « les quasi-contrats, les délits civils et les quasi-délits sont régis par la loi du lieu où le fait qui est la cause de l'obligation s'est passé. » Sans nous arrêter pour le moment à l'expression délits civils, qui est trop restreinte pour répondre à la pensée des auteurs du projet, nous estimons que cette disposition est trop absolue. L'honorable rapporteur de la Commission déclare que c'est la solution admise par la généralité des auteurs, Cela n'est pas tout à fait exact. En ce qui concerne les quasi-contrats, par exemple, MM. Vincent et Pénaud constatent (1) que la plupart des auteurs proposent d'appliquer pour la formation, l'interprétation et les effets de cet acte juridique, *la loi nationale du créancier et du débiteur*, s'ils sont citoyens du même pays, *ou la loi du lieu où l'engagement s'est formé*, s'ils

(1) V° *Obligations*, n° 89. — Ils citent : Fœlix, T. I, p. 259. — Massé, T. I, n° 645. — Weiss, p. 807. — Asser et Rivier, pp. 86 et ss. — Bard, p. 271. — Despagnet, n° 443. — Duguit. *Conf. de législ.*, p. 129. — Lecasble, T. 8, p. 9. — Picard, *Journal de dr. intern. privé*, 1881, p. 483. — Haus. *Dr. pr. des étrangers*, n° 134. — Il est vrai que ces citations ne sont pas absolument exactes, par exemple, en ce qui concerne Asser et Rivier. Mais il n'en est pas moins vrai que l'application *absolue et exclusive* de la loi du lieu du contrat n'a pas recueilli une adhésion aussi générale que le suppose M. van Berchem. Et des autorités des plus graves, entre autres Waechter, de Bar et Laurent, y ont admis certaines restrictions.

sont de nationalité différente; pour les questions concernant l'exécution de l'engagement, ou devrait suivre la loi du pays où elle doit avoir lieu. Il n'y a pas accord non plus en ce qui concerne les obligations *ex delicto* et *ex quasi delicto*. Des auteurs excessivement sérieux, par exemple Savigny, Weiss, Despagnet, Picard, Haus proposent d'appliquer la *lex fori*, lorsque la loi du lieu du délit n'accorde pas d'action à la partie lésée par un crime ou par un délit. Il est vrai que, s'agissant de certains délits ou quasi-délits, dont l'essence même consiste dans la violation de certains règlements d'utilité publique, dont la force obligatoire est purement locale ou territoriale, par exemple, en matière d'abordage commis non en pleine mer, mais dans des eaux territoriales, on appliquera la loi du lieu où le fait s'est passé. Mais il peut s'agir de délits ou quasi-délits d'un tout autre ordre, consistant dans la violation de certaines règles de prudence ou d'ordre social, auxquelles le citoyen n'échappe pas en se transportant dans le territoire d'une autre souveraineté. Il peut être question de délits commis en dehors de toute souveraineté. Dans des cas de ce genre la règle posée est inexacte ou insuffisante. Nous essaierons de mettre en lumière les principes qui nous paraissent rationnellement applicables en la matière, et nous nous occuperons tout d'abord de la question de savoir quelle est la loi qui régit les obligations naissant des quasi-contrats.

351. — En traitant séparément des quasi-contrats, nous nous écartons du système de certains auteurs, qui, comme Savigny, cherchent à résoudre par un principe général la question de savoir quelle est la loi qui régit l'obligation, quelle que soit sa source : contrat, quasi-contrat, délit ou quasi-délit. Nous nous écartons même du système de ceux qui, après avoir examiné quelle est la loi qui régit les obligations conventionnelles, s'occupent ensuite d'une manière générale de rechercher quelle est celle qui gouverne les engagements qui se forment sans convention, sans distinguer entre ceux qui résultent des quasi-contrats d'une part, des délits et des quasi-délits de l'autre. Il y a

cependant des différences importantes entre ces engagements. S'agit-il d'un quasi-contrat, la source de l'obligation est dans un fait licite; s'agit-il d'un délit ou d'un quasi-délit, elle est dans un fait illicite. Et précisément à cause de cela, dans le premier cas il peut y avoir obligations réciproques, dans le second en aucune manière. Mais, dans l'un ni dans l'autre cas, il n'y a de concours de volontés en vue de créer une obligation, un lien juridique. Il ne peut donc pas être question de rechercher l'intention commune des parties pour déterminer quelle est la loi qui régit l'obligation. Il n'y a pas de place en cette matière pour la théorie de l'autonomie des volontés communes. Le plus fréquent et le plus important des quasi-contrats, le seul qui mérite peut-être ce nom, la gestion d'affaires, présente même ce caractère particulier que le principal obligé, le seul obligé parfois, le propriétaire dont l'affaire est gérée, est lié à son insu. Ne serait-il point oiseux de rechercher la volonté commune des parties pour déterminer la loi qui régit le contrat? Il est vrai que le Code civil français place aussi parmi les quasi-contrats le paiement indu. Mais cette classification nous paraît erronée, et Laurent, *Droit civil*, T. VIII, n° 5, exprime des doutes sur son exactitude, surtout si celui qui reçoit, est de mauvaise foi. La réception d'un paiement indu nous paraît présenter plutôt le caractère d'un quasi-délit. Il n'en peut résulter d'obligation que pour celui qui reçoit indûment. Cette obligation est moins rigoureuse, s'il est de bonne foi, que s'il est de mauvaise foi, mais lui seul peut se trouver obligé. La réception d'un paiement indu pourraît tout au plus présenter le caractère d'un quasi-contrat, si elle avait lieu de bonne foi. Or, dans ce cas, où est l'élément volontaire? La volonté n'est pour rien dans la formation du lien juridique.

352. — D'après l'opinion la plus généralement admise, les obligations naissant des quasi-contrats sont régies par la loi du lieu où s'est produit le fait qui donne naissance à l'obligation. Nous ajouterons même qu'il y a presque unanimité à cet égard. Ce sera donc la loi du lieu où a

été entreprise la gestion d'affaires, où a été effectué le paiement indû, qui régit l'obligation, si l'on considère le paiement indû comme un quasi-contrat ainsi que l'ont fait les auteurs du Code civil. — Sur quoi repose cette doctrine? Fœlix n'en donne aucune raison sérieuse. Rocco se contente de dire qu'il n'y a pas d'autre loi possible, parce qu'on ne peut recourir à la volonté commune des parties, celles-ci n'ayant pas de volonté commune. Asser fait observer que la cause de l'obligation n'est pas cependant la loi seule. « Il faut un fait commissif ou omissif, un état ou une situation auxquels la loi reconnaît cet effet de donner naissance à l'obligation, et il n'est pas question ici d'une volonté qui doive être respectée, ni d'une intention présumée. L'obligation est imposée. On ne concevrait guère l'application d'une loi autre que la *lex loci*. » C'est à peu près en somme l'explication de Rocco : l'on applique la *lex loci actus* à défaut d'autre. Quelle que soit la valeur de ces observations, c'est sans doute un fait très important que cet accord presque unanime de la doctrine, et la règle nous paraît être entrée dans le domaine du droit international privé coutumier.

353. — Il n'y a cependant pas unanimité complète, et des auteurs des plus sérieux se séparent ici de l'opinion généralement admise. Laurent, fidèle à sa théorie de la prédominance de la loi nationale, propose d'appliquer tout d'abord la loi de la nationalité commune des parties lorsqu'elles appartiennent à la même nation, et subsidiairement celle du lieu du contrat. Il a formulé cette règle dans son avant-projet du Code civil dans les termes suivants : « Les quasi-contrats sont régis par la loi personnelle des parties, si elles ont la même nationalité, et par la loi du lieu ou le quasi-contrat se forme, si elles appartiennent à des nations différentes. » Il se fonde sur ce qu'il y a dans ce cas une volonté présumée ; s'il n'y en avait pas, dit-il, le mot même de quasi-contrat ne s'expliquerait pas. Il y a donc analogie entre le quasi-contrat et le contrat, et en ce qui concerne le plus usuel des quasi-contrats, la gestion d'affaires (art. 1372), cette analogie

est d'après lui presque une identité. Il en conclut qu'on peut en cette matière appliquer les principes qui régissent les contrats.

354. — Tout cela nous paraît bien exagéré, bien absolu. Laurent reconnaît qu'il n'y a pas de volonté commune effective : voilà une différence profonde entre la gestion d'affaires et le contrat. Mais l'obligation du maître, dans le contrat de gestion d'affaires, est fondée, d'après lui, sur ce qu'il est *présumé consentir* à ce qu'un ami fasse ses affaires, quand il est empêché de les faire lui-même. Et sur cette présomption il en greffe une autre : celle que les parties se seraient soumises à leur loi nationale commune, si elles avaient prévu le conflit des lois. Le système est ingénieux, bien qu'il paraisse un peu aventureux d'échafauder ainsi une présomption sur une autre présomption. Mais est-il bien certain que les obligations naissant des quasi-contrats soient basées sur une présomption de volonté des parties ? Nous ne le croyons pas. Ce serait certes aller un peu loin que de dire avec Brocher (1), que les dispositions législatives relatives à cette matière sont des *mesures de police intéressant l'ordre et la sécurité*. La vérité nous paraît être qu'elles sont tout simplement fondées sur des considérations de justice et d'équité. Des considérations de ce genre touchent nécessairement, dans une certaine mesure, à l'intérêt général, sans concerner cependant l'ordre public proprement dit, ni la sécurité publique. Il y a quasi-contrat parce qu'il y a obligation volontaire contractée par au moins une des parties. Ajoutons qu'il est conforme à l'intérêt général que les affaires des particuliers ne soient pas laissées à l'abandon.

355. — De Bar ne se rallie pas non plus d'une manière absolue à l'opinion générale, bien qu'il critique assez vivement le système de Laurent. Il fait remarquer, avec les rédacteurs du nouveau projet de Code civil belge, que son raisonnement ne s'applique pas à l'obligation quasi-contractuelle de celui qui reçoit un paiement indu, et la cri-

(1) *Droit international privé*, p. 315 et ss., cité par Laurent, T. VIII, p. 12.

tique est juste, si l'on considère cette obligation comme quasi-contractuelle. Comment peut-on présumer en effet que celui qui a reçu de mauvaise foi un paiement indu, hypothèse formellement prévue par les art. 1378 et 1379 Code civil, aurait l'intention de restituer? Et même s'il a reçu de bonne foi, s'il a reçu par erreur, on ne peut guère admettre qu'il ait l'intention de restituer, puisqu'il croit ne recevoir que son dû. Tout au plus peut-on présumer qu'il aurait cette intention, s'il savait que ce qu'il reçoit ne lui est pas dû : mais cette présomption elle-même serait assez étrange, puisque ses dispositions étant présumées telles, il n'accepterait pas sciemment le paiement indu, et il n'y aurait pas de quasi-contrat. On peut bien présumer qu'il n'aurait pas reçu, on ne peut pas présumer qu'il aurait reçu avec intention de restituer. De Bar voit cependant un fond de vérité (*ein gewisser richtiger Kern*) [1] dans les observations de Laurent, mais ne nous dit pas nettement en quoi le fond de vérité consiste. Il semble résulter seulement de ses propres observations que cet élément de vérité reside en ce que Laurent exclut l'application absolue et exclusive de la loi du lieu du quasi-contrat. De Bar est d'avis qu'ici encore il y a lieu de tenir compte éventuellement d'autres circonstances. Lorsque le fait générateur d'une obligation est envisagé par le législateur comme un quasi-contrat, c'est un signe que, comme en matière de droit contractuel, et à raison de l'analogie, on devra éventuellement tenir compte non-seulement du lieu du contrat, mais de telle ou telle autre circonstance, par exemple, du domicile des intéressés, de leur nationalité commune. Il en sera ainsi, par exemple, si le lieu où le quasi-contrat prend naissance est purement fortuit. Mais de Bar repousse le principe de Laurent en ce qu'il a de trop absolu.

356. — En ce qui concerne spécialement le paiement indu, de Bar n'est pas loin d'admettre avec Laurent que, si celui qui reçoit est de mauvaise foi, il y a plutôt quasi-délit, au point de vue des principes, que quasi-contrat.

(1) T. II, p. 124.

Mais il repousse cette distinction *comme peu pratique*, à cause de la difficulté d'établir la mauvaise foi. L'objection n'est pas satisfaisante. Il y a des cas où il sera aisé d'établir la mauvaise foi. Dans les cas où cette preuve sera impossible on admettra plutôt la bonne foi. Et d'ailleurs la loi fait elle-même la distinction, pour déterminer la mesure des obligations de celui qui reçoit. Remarquons que, d'après un arrêt de la Cour suprême de l'empire allemand du 14 juin 1877, mentionné par de Bar et basé sur le § 705 du Code saxon, il faut, en l'absence d'autres raisons de décider (déduites, par exemple, de la nature de la prestation), considérer le domicile du débiteur comme lieu d'exécution des obligations, et c'est aussi la loi du domicile de la personne injustement avantagée qui doit être prise en considération quand il s'agit d'une action fondée en définitive sur cet enrichissement. Enfin, il y a des auteurs d'après lesquels il faut apprécier d'après la loi en vertu de laquelle le paiement s'est fait, s'il y a paiement indu, d'après la loi du lieu de la réclamation l'obligation de restituer (1).

357. — On le voit, bien que d'après l'opinion générale il faille s'en tenir à la loi du lieu du quasi-contrat, cette opinion n'est cependant pas universellement acceptée. Des savants d'une autorité considérable établissent des distinctions, et nous sommes fort tenté d'admettre, en ce qui nous concerne, que l'on a attribué une portée trop générale et trop absolue à la prédominance de la loi du lieu du quasi-contrat. Un principe absolu est sans doute fort commode en pratique, mais il ne répond pas toujours aux exigences de l'équité. Que la réception d'un paiement indu engendre un quasi-contrat ou qu'elle soit un quasi-délit, il importe peu : il nous paraît certain dans tous les cas qu'il s'agit d'un quasi-contrat essentiellement différent de la gestion d'affaires. Dans la gestion d'affaires le principal obligé n'a joué qu'un rôle purement passif, et il peut y avoir deux obligés, et sous ces deux rapports il y

(1) De Bar, T. II, p. 124, note 20.

a une différence essentielle entre la gestion d'affaires et le paiement indu : car, dans le paiement indu il y a deux agents actifs et un seul obligé. Comment, d'après quelle règle appréciera-t-on en matière de gestion d'affaires l'obligation du maître qui n'a posé aucun acte, l'obligation éventuelle du gérant qui est resté dans l'inaction?

358. — Il semble tout d'abord que dans la gestion d'affaires, véritable quasi-contrat, il faille examiner isolément, d'après quelle loi doit être appréciée l'obligation du gérant, sans perdre de vue qu'après tout il s'agit d'un quasi-contrat de bienfaisance et que le gérant prête ses bons offices gratuitement. Mais cela nous paraît impossible. Les dispositions légales qui déterminent les obligations du gérant et celles du maître forment nécessairement un tout harmonique, un ensemble logique. Il nous paraît impossible d'admettre que l'obligation du gérant soit régie par telle législation, celle du maître par telle autre. Ce serait courir grand risque de détruire cette harmonie au préjudice de l'équité. Il faudra donc, puisqu'il n'y a qu'un acteur en scène, et puisque cet acteur joue un rôle purement bienfaisant, examiner à quelle législation il a entendu se soumettre, sans tenir compte ni de la nationalité, ni du domicile, ni de la résidence de l'autre partie. De quoi se plaindrait-elle puisque ses affaires étaient laissées à l'abandon? Mais nous croyons d'autre part qu'en thèse générale, on pourra présumer que le gérant, en prenant en main une affaire dont le siège est dans un pays déterminé, entend se soumettre aux lois en vigueur dans ce pays, comme il entend réclamer leur appui, le cas échéant. Les rapports juridiques, naissant de son intervention toute spontanée, nous paraissent d'autant plus naturellement régis par ces lois locales, qu'il s'agit de lois touchant à l'intérêt général, ainsi que nous l'avons fait remarquer plus haut. La règle générale sera donc l'application de la loi du lieu du quasi-contrat. En sera-t-il autrement lorsque le gérant sera domicilié dans un autre pays, lorsqu'il appartiendra à ce pays par sa nationalité? Nous ne le pensons pas, lors même que cette nationalité

et ce domicile étrangers seraient en même temps ceux du maître, et nous n'admettons d'exception à ce principe que si le lieu du quasi-contrat est purement fortuit, s'il s'agit d'une affaire particulière et purement momentanée, dont la gestion aurait pu aussi bien être entreprise ailleurs. Et, dans ce cas on aurait égard uniquement au domicile et à la nationalité du gérant, au domicile en premier ordre, parce que l'établissement du domicile emporte une présomption plus sérieuse de connaissance de la loi et de soumission à ses prescriptions que la nationalité. C'est la seule exception que nous croyions pouvoir admettre à l'application de la *lex loci quasi-contractus*.

359. — Ne pourrait-on pas objecter cependant qu'il s'agit de lois touchant à l'intérêt général, et que dès lors celui qui pose un acte de gestion d'affaires dans un pays déterminé est soumis aux lois locales, qu'il le veuille ou non? L'objection serait invincible s'il était vrai que ces lois fussent des mesures de police, comme le dit Brocher. Mais nous avons déjà dit que cet auteur allait trop loin. Ce sont des lois touchant indirectement à l'intérêt général; mais tout ce que l'intérêt général exige, c'est que les affaires ne soient point laissées à l'abandon, c'est qu'il y ait des mesures organisées pour protéger contre des pertes celui qui, dans un esprit de bienfaisance, a sacrifié spontanément son temps et son travail à la gestion des affaires d'autrui, pour protéger aussi les citoyens contre des interventions inopportunes, maladroites et nuisibles. On peut recourir pour cela à des combinaisons plus ou moins différentes. L'intérêt général est sauvegardé dès que maître et gérant trouvent dans la loi une protection. Toutefois il nous paraît évident que, si par impossible la loi locale, celle du lieu où s'est accompli le fait générateur de l'obligation ne fournissaient au maître ou au gérant aucune action pour faire reconnaître leurs droits, ne considérait point la gestion d'affaires comme donnant naissance à des obligations, le juge d'un pays tiers, à plus forte raison le juge du domicile, pourrait appliquer soit la loi du domicile, soit la loi de la nationa-

lité du gérant, soit à défaut de celle-ci la loi du domicile ou de la nationalité du maître. Ce serait, pour cette hypothèse invraisemblable, la solution commandée par l'équité.

360. — Le paiement indu présente, comme nous l'avons vu, un aspect tout différent du quasi-contrat de gestion d'affaires. La réception d'un paiement indu est toujours un fait antijuridique, bien qu'il soit conciliable avec une bonne foi parfaite. L'élément volontaire y est absolument étranger en tant qu'élément générateur de l'obligation. Il semble au premier abord très rationnel d'en conclure, que l'obligation qui en dérive ne puisse être régie que par la loi du lieu où le fait s'est accompli. Et c'est dans le cas de paiement indu beaucoup plus que dans celui de la gestion d'affaires, qu'on pourrait alléguer l'impossibilité d'appliquer une autre loi. N'y en a-t-il pas d'autre cependant, et l'application constante de la loi du lieu du paiement ne pourrait-elle en pratique se heurter contre des objections graves? Supposons que, dans tel ou tel pays, la maxime *erreur ne fait pas compte* soit sans autorité, et que le paiement indu n'engendre aucune obligation de restituer. Supposons que, dans un pareil pays, un Belge fasse par erreur un paiement indu à un autre Belge. Si ce dernier est actionné en restitution devant les tribunaux belges, pourra-t-il, pour se dispenser de restituer, se prévaloir de la loi du lieu où le paiement s'est fait? Cela nous paraît inadmissible. Il nous paraît que les tribunaux belges devraient appliquer la loi belge. Nous ne pouvons admettre que, lorsqu'il s'agit d'un rapport de droit, ayant sa source non dans la libre volonté des parties, mais dans des règles d'équité sanctionnées par des dispositions légales, les tribunaux belges puissent se dispenser de le reconnaître chaque fois que, dans les limites de leur compétence, ils sont appelés à le consacrer. Il en est particulièrement ainsi quand il s'agit de rapports entre deux Belges. Mais n'en serait-il pas de même si la compétence des tribunaux belges résultait rationnellement d'une autre circonstance, par exemple de la nationa-

lité du défendeur? Nous pensons que la question doit être résolue affirmativement. On nous reprochera peut-être de confondre une question de fond et une question de compétence. Le reproche ne serait pas juste. Quand il s'agit de questions dans lesquelles un intérêt de moralité publique est engagé, on ne saurait imposer au tribunal compétent l'obligation de faire bon marché de ses propres lois. Or, il s'agit ici d'une question de cette nature, comme nous pensons l'avoir démontré.

L'inconvénient est que l'on aboutit ainsi à la possibilité de décisions diverses, suivant que l'action aura été introduite devant les tribunaux de tel ou tel pays, si diverses juridictions sont compétentes. Mais n'en est-il pas ainsi bien souvent quand un intérêt de moralité publique est en jeu? Les divergences qui existent entre les appréciations législatives des divers pays, quant à la moralité de certains actes, rendent ce mal inévitable. Si chaque pays peut refuser de prêter l'autorité de ses tribunaux à la consécration des conséquences directes d'un acte immoral d'après lui, lorsque ces conséquences elles-mêmes sont entachées d'immoralité à ses yeux, pourquoi ne pourrait-il pas leur permettre de sanctionner les conséquences qu'un acte doit produire d'après ses mœurs et sa législation, lorsqu'il émane d'un de ses ressortissants, fût-il accompli en pays étranger?

361. — Ces raisons nous entraînent à aller plus loin encore. Dès que l'on admet que la *lex loci indebitae solutionis* ne doit pas nécessairement être suivie, au cas où elle méconnaît absolument l'obligation de restituer, il nous semble rationnel qu'elle ne règle pas non plus la mesure de cette obligation, lorsque la loi nationale de celui qui a reçu le paiement indu est plus rigoureuse. C'est par des considérations de moralité publique, par des raisons d'équité, que le législateur établit l'obligation de restituer, et qu'il en détermine la mesure. Sans doute, l'impossibilité d'appliquer uniformément la *lex loci actus* éclate plus brutalement lorsqu'il s'agit de l'existence ou de l'inexistence de toute obligation de ce genre; mais la

logique conduit nécessairement à appliquer la loi nationale du pseudo-créancier, au moins dans le pays de celui-ci, lorsqu'elle étend ses obligations au delà de la mesure déterminée par la *lex loci actus*.

362. — Notre conclusion est donc qu'en ce qui concerne le quasi-contrat de gestion d'affaires, on devrait appliquer, en thèse générale, la *lex loci gestionis*, en vertu de l'intention présumée du gérant. Il n'en sera autrement que s'il résulte des circonstances qu'il a entendu se soumettre à une loi différente, ce qui pourra arriver, par exemple, si le lieu où le quasi-contrat a pris naissance était purement fortuit ou accidentel. En ce qui concerne le paiement indu, assez inexactement qualifié de quasi-contrat, il y aura lieu d'appliquer la loi du lieu du paiement, à moins que la loi nationale de celui qui a reçu le paiement indu n'étende ses obligations au delà, tout au moins si le débat s'engage devant les tribunaux de sa nation. Mais, pour déterminer s'il y a paiement indu, ou si le paiement a été fait en vertu d'une obligation préexistante, s'il a une cause juridique ou s'il n'en a pas, on appliquera la loi qui régit cette obligation, ou la cause du paiement. Supposons, par exemple, qu'un paiement ait été fait en exécution d'une donation sous seing privé, pour déterminer si cette donation est valable ou non on appliquera la loi qui régit la donation dans sa forme ou dans sa substance, selon que l'on estimera devoir appliquer ou non la maxime *locus regit actum*. Nous pourrions multiplier les exemples, mais l'idée nous paraît assez claire pour que cela soit superflu.

# TITRE IX.

## DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT DES DÉLITS ET DES QUASI-DÉLITS.

363. — On enseigne généralement que l'obligation naissant d'un délit ou d'un quasi-délit est régie par la loi du lieu où le fait dommageable a été accompli. C'est ce que déclare M. Asser [1]. On ne concevrait guère, dit-il, l'application d'une loi autre que la *lex loci*. Mais cette opinion ne peut évidemment être admise d'une manière absolue. La question se présente en réalité sous deux aspects. Nous reconnaissons parfaitement que, lorsqu'un fait est considéré comme un délit ou un quasi-délit par la loi du lieu où il s'est accompli, il engendre en général un droit à des dommages-intérêts partout, pour peu qu'un préjudice en soit résulté. Et cependant il n'en sera ainsi que si l'action en dommages-intérêts ne se heurte pas contre des dispositions d'ordre public d'après la loi du for. Et pour qu'elle se heurte contre des dispositions d'ordre public, il ne suffira pas que le fait soit licite ou impuni d'après la loi du for, il faudra qu'il constitue l'exécution d'une obligation stricte. Nous n'avons, sous ce rapport, aucune objection à reconnaître l'exactitude de la solution suivante indiquée par M. Asser : « Tel acte est un délit selon la loi du pays où il a été commis, il en résulte des obligations civiles, et le juge devra prononcer les condamnations civiles qui en découlent, alors même que d'après la *lex fori* cet acte serait impuni. On ne doit pas

(1) Asser. Op. cit., p. 86.

alléguer qu'en ce faisant le juge applique un code pénal étranger. »

364. — Mais le cas inverse peut se présenter. Un acte est considéré comme licite d'après la loi du lieu de son accomplissement. Il est illicite, et constitue peut-être un crime, d'après la loi du lieu où l'action en réparation du dommage est portée. Dira-t-on que le juge ne peut accueillir cette action? C'est la conséquence à laquelle on aboutit, lorsqu'on proclame le principe que l'obligation naissant d'un délit, ou d'un quasi-délit, est régie par la loi du lieu de son accomplissement. Car il en résulte bien que, pour décider si le fait engendre oui ou non une obligation, c'est la loi locale qu'il faut consulter. Qu'on réfléchisse un moment aux effets inadmissibles de cette théorie absolue. Un Belge commet une infraction aux lois pénales belges en pays étranger, au préjudice d'un étranger, au préjudice d'un Belge peut-être, pour peu que l'infraction présente un peu de gravité, il pourra être poursuivi criminellement dans notre pays s'il y est trouvé, sans que l'on ait à examiner si ce fait est réprimé oui ou non d'après la loi pénale étrangère. Et l'on repousserait l'action civile par une fin de non recevoir! Cela est-il juste et raisonnable? Nos lois d'ordre public s'y opposent. Elles ne nous paraissent pas s'opposer moins énergiquement, à ce que l'on repousse l'action en dommages-intérêts fondée sur un fait illicite commis par un Belge en pays étranger, lors même que le fait serait licite d'après la loi locale, et ne constituerait pas un délit proprement dit d'après nos lois, mais seulement un quasi-délit. Il en serait autrement si la nature illicite du fait dépendait de circonstances absolument locales, de règlements ou lois d'ordre intérieur qui, par leur nature même, ne reposent point sur des considérations morales, et ne s'attachent pas aux citoyens qui se rendent en pays étranger. Et, en aucun cas, nos tribunaux ne pourraient se baser exclusivement sur nos lois, pour accueillir une action en dommages-intérêts basée sur un acte accompli par un *étranger*, dans son pays, et légitime par la loi étrangère. Sous aucun rapport cet étranger

ne peut être considéré comme soumis à nos lois qu'il n'est même pas censé connaître.

M. de Bar réfute excellemment [1] l'opinion de Waechter et de Savigny, encore assez en faveur en Allemagne, d'après laquelle il n'y a lieu d'appliquer en matière de délits et de quasi-délits que la *lex fori*, opinion que Savigny base simplement sur ce que les lois relatives aux quasi-délits et délits sont des lois strictement coactives ou prohibitives. Mais il va beaucoup trop loin, à notre sens, en affirmant le principe suivant : « Chaque fois qu'un acte ne justifie point une action en dommages-intérêts d'après la loi du lieu où il est accompli, il ne peut pas non plus servir de base à une pareille demande devant des tribunaux étrangers. » Le motif en est, d'après, lui que l'on porterait atteinte à la souveraineté internationale de l'Etat, où le fait a été accompli, en accueillant une pareille action. Le savant jurisconsulte nous semble faire une application erronée et excessive du principe de la souveraineté des Etats. Aucun Etat ne se désintéresse absolument des agissements de ses nationaux en pays étrangers. Il les punit lorsqu'ils y commettent quelque infraction grave à ses lois pénales. Est-ce qu'en permettant de les condamner à des dommages-intérêts à raison d'un acte illicite, il porte une atteinte plus grave à la souveraineté étrangère, qu'en ordonnant de les poursuivre criminellement, et de les frapper dans leur liberté, dans leur honneur et dans leur existence à raison d'actes de ce genre ? Evidemment non : poser la question, c'est la résoudre. De quoi se plaindrait du reste l'Etat étranger, si l'Etat d'origine apprécie plus sévèrement qu'il ne le fait lui-même les obligations et la responsabilité de ses ressortissants, se trouvant sur le sol étranger ? Les observations de l'éminent jurisconsulte allemand, de même que celles de Brocher sur l'intolérable incertitude juridique qui résulterait de l'application de la *lex fori*, ne se justifient que si l'on applique la *lex fori* comme telle, nullement si on l'applique comme *loi natio-*

(1) Op. cit., T. II, p. 116.

*nale* du défendeur, parce qu'elle s'identifie avec celle-ci. C'est en réalité la loi nationale qui reçoit alors application, et la question de savoir si une action en dommages-intérêts est admissible ne dépend pas de la volonté arbitraire de celui qui se plaint, ni de l'intentement de l'action devant tel ou tel tribunal. C'est pour n'avoir pas fait cette distinction assez naturelle que la plupart des auteurs et la jurisprudence, en Allemagne aussi bien qu'en Belgique, en Italie et en France, déclarent d'une manière trop absolue qu'il faut appliquer la *lex loci actus* (1), tandis qu'en Angleterre et en Amérique on paraît exiger, ce qui est plus inadmissible encore, que l'action en dommages-intérêts soit reconnue à la fois par la *lex fori*, et par la *lex loci actus* (2). Nous avons vainement cherché dans la doctrine et la jurisprudence anglaises une justification rationnelle de ce système, et c'est ce qui fait qu'il est fort difficile de le réfuter. Nous pensons toutefois qu'il résulte suffisamment des principes généralement admis que la *lex fori*, comme telle, ne peut légitimer un acte unilatéral accompli en pays étranger, et interdit par la loi de ce pays, sauf peut-être dans les circonstances exceptionnelles où la loi étrangère méconnaîtrait absolument, par exemple, les effets du statut personnel de l'auteur de l'acte, et érigerait en délit ou en quasi-délit un fait parfaitement légitime à raison de son statut personnel. Cela constituerait une intolérable intrusion dans le domaine d'action de la législation étrangère. Mais il n'y a aucune raison pour que la loi nationale d'un individu ne puisse point, par des consi-

(1) Pour ce qui concerne l'Allemagne, voir les autorités assez nombreuses citées par de Bar. Op. cit., T. II, p. 199, note 7c. — En ce qui concerne la France, l'Italie, la Belgique, etc., on peut consulter Weiss. Op. cit., 2e édit., p. 648. — Laurent. T. VIII, nº 12. — Lecasble. Op. cit., p. 236. — De Bar. Op. cit., nº 194. — Brocher. *Nouveau Traité*, p. 315, nº 185 etc. — Un arrêt intéressant de la Cour de Bruxelles du 7 avril 1880, *B. j.*, 1880, p. 455, a fait application de la loi du lieu de l'acte à la prescription de l'action en dommages-intérêts, la déclarant prescrite dès qu'elle l'est d'après la loi du lieu où l'acte est passé. Cette décision nous semble rationnelle. Esperson, dans le *Journal de dr. int. pr.*, 1882, pp. 287 et 288, applique également la *lex loci actus*.

(2) Westlake-Holtzendorff, §§ 185 et ss. — Wharton, §§ 474 et ss. — Foote, pp. 394 et ss. — Cour d'appel d'Angleterre, 9 février 1876, *Journ. de dr. int. pr.*, 3, p. 381. — Cour supérieure de Vermont, 20 janvier 1887, *Journ. de dr. int. pr.*, 14, p. 668.

dérations de morale absolue, lui interdire certains actes même en pays étranger, et lui imposer l'obligation de réparer le dommage qui en résulte, lors même que cet acte ne serait point illicite d'après la loi locale. Aussi la doctrine la plus récente semble-t-elle assez disposée à accepter ce tempérament, ou cette dérogation à l'application de la *lex loci actus*, et nous le constatons notamment dans le remarquable ouvrage de Laurent.

Ce savant auteur, que M. Asser invoque à l'appui de son opinion, commence, il est vrai, par affirmer que l'obligation naissant d'un délit ou d'un quasi-délit est régie par la loi du lieu de son accomplissement. Mais il ne tarde pas à voir les restrictions que comporte l'application de ce principe. Voici, en effet, le cas qu'il suppose, et la solution qu'il préconise : « Un délit civil est commis en pays étranger par un Français au préjudice d'un Français. La loi du pays n'ouvre pas d'action à la partie lésée : telle serait la loi qui refuserait toute action à celui qui s'est battu en duel, par la raison mauvaise, à mon avis, que *volenti non fit injuria*. Le Français lésé porte sa demande devant un tribunal français : le juge devra-t-il décider conformément à la loi étrangère qu'il n'y a point de délit civil? Cela serait contraire, dit Waechter, à la notion que le juge doit se faire de la justice. L'Etat doit protéger ses nationaux, même à l'étranger; s'ils ont été lésés par un fait dommageable, il doit leur procurer une réparation; dans l'espèce rien n'est plus facile; le dommage causé dans un duel est un délit civil d'après la loi française, donc il doit être réparé. Au premier abord cela paraît évident; il y a cependant une objection sérieuse dans l'opinion générale que j'ai admise. Le fait n'est pas un délit civil d'après la loi du lieu où il s'est passé; donc la partie lésée n'a pas de droit, et par conséquent elle n'a pas d'action pas plus en France qu'à l'étranger. Si l'on s'en tient à la loi du lieu, cela paraît évident. Mais il y a un autre principe en droit international privé, c'est que la loi territoriale, quand elle est d'ordre public, domine toute loi étrangère. Or, en droit français, le duel est un

délit, donc le droit qui en naît est d'ordre public, partant le défendeur ne peut pas invoquer la loi du lieu où le fait s'est passé ».

365. — Il en résulte que Laurent est conduit absolument à la même solution que Waechter, mais par des raisons d'un ordre différent et qui se rapprochent beaucoup de celles que nous avons indiquées. Mais il en résulte, d'autre part, que la règle d'après laquelle l'obligation naissant d'un délit ou d'un quasi-délit est régie par la loi du lieu de son accomplissement, perd son caractère absolu, et doit être subordonnée à une restriction importante et que l'on pourrait formuler ainsi : à moins que l'acte licite d'après la loi du lieu de son accomplissement ne soit illicite d'après la loi du for, et si l'agent était soumis à cette dernière au moment où l'acte a été accompli, cas dans lequel cette dernière loi devra recevoir application. Il résulte de ces observations que nous ne saurions approuver la formule trop générale du principe affirmé dans l'avant-projet de Code civil belge : « les quasi-contrats, les délits civils et les quasi-délits sont régis par la loi du lieu où le fait qui est la cause de l'obligation s'est passé. » Et nous ne pouvons pas davantage approuver l'expression de délits civils, bien qu'elle soit entrée jusqu'à un certain point dans la terminologie des civilistes. Elle est essentiellement vague et de nature à entraîner de la confusion. Les delits civils, dans le sens où l'on entend généralement ce mot, ne sont que des quasi-délits. Le délit est essentiellement le fait ou l'omission qui tombe sous l'application de la loi pénale. Tout autre fait illicite n'est qu'un quasi-délit, qu'il soit le résultat d'un dol ou d'une faute proprement dite. Et il nous paraît évident que l'art. 1382 du Code civil en établissant le principe que : tout fait quelconque qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer, a entendu régler la responsabilité de l'agent, non seulement à raison de la faute simple, mais à raison de la faute dans le sens le plus large du mot, c'est-à-dire du dol comme de la faute proprement dite.

Laurent, qui s'écarte de l'application absolue de la loi du lieu du délit en tant que limitative de la responsabilité, dans le cas de duel, examine aussi d'autres hypothèses, notamment celle de la violation d'une promesse de mariage et celle de séduction suivie d'une grossesse. Notre jurisprudence repousse en général l'action en dommages-intérêts dans le premier cas : elle l'admet au contraire dans le second, et il en est de même de la jurisprudence française. En Angleterre, au contraire, on admet l'action en dommages-intérêts, même lorsqu'elle est basée sur la simple rupture d'une promesse de mariage. Quelle loi, quel droit appliquera-t-on si une action en dommages-intérêts du chef de violation d'une promesse de mariage est portée devant les tribunaux belges, lorsque cette espèce de quasi-délit a été commis en Angleterre? Quelle loi appliquera-t-on, si une action est intentée devant nos tribunaux en réparation du dommage causé par une séduction suivie de grossesse, commise dans un pays où pareil fait n'engendre pas une action en dommages-intérêts? Laurent discute ces questions avec assez de développement, mais il est impossible de se rendre compte bien nettement de son opinion quant à la première. Nous ne sommes pas sûr de l'avoir comprise exactement, mais voici à notre avis comment elle peut se résumer. La loi qui régit les effets de la rupture d'une promesse de mariage n'est pas celle qui régirait une convention, car il n'y a pas de convention. Il y a un acte unilatéral, un quasi-délit : il faudrait donc appliquer la *lex loci actus*. Mais, d'autre part, la règle d'après laquelle ces promesses ne peuvent produire *aucun effet* est d'ordre public. On ne pourra donc opposer au juge une loi étrangère, qui ferait dériver de cette promesse certains effets inadmissibles d'après la *lex fori*. Si telle est la conclusion de Laurent, nous pouvons nous y rallier ; malheureusement nous n'en sommes pas sûr. Et nous doutons de plus que ses prémisses soient vraies, c'est-à-dire, qu'il soit contraire à la morale publique, à l'ordre public belge et français, d'accorder des dommages-intérêts

à raison de la violation d'une promesse de mariage, bien que notre jurisprudence admette généralement cette thèse.

Quant à la séduction suivie de grossesse, l'éminent jurisconsulte démontre très longuement que c'est là un véritable délit civil. Nous n'en disconvenons pas, bien que l'expression de délit civil ne nous plaise guère. Mais il n'examine point, il ne discute pas la question de savoir s'il faut appliquer la *lex loci actus*; il se borne à déclarer en terminant que l'on applique généralement cette loi. Pour ce qui nous concerne, nous estimons que si le séducteur est Belge, quel que soit le lieu où la séduction s'est produite, on appliquera dans notre pays la règle que tout fait illicite ayant causé à autrui un dommage oblige son auteur à le réparer. Le caractère illicite d'un fait de ce genre, aux yeux de notre législation, ne dépend point des lois locales, et le principe consacré par l'art. 1382 du Code civil se rattache en lui-même à l'ordre public, tout au moins à l'ordre public interne qui oblige nos nationaux même en pays étranger.

Les observations que nous avons faites suffisent déjà pour démontrer que, si en général la *lex loci actus* règle souverainement la responsabilité à raison des délits et quasi-délits, il n'en est pas ainsi toujours. Il est intéressant à cet égard de constater qu'en Allemagne, comme en France, on est forcé de s'en écarter parfois. M. de Bar est d'avis [1] que la responsabilité civile du fait d'autrui, ou du dommage causé par un animal, ne peut jamais dépasser la limite établie par la loi du lieu du dommage, et cite en ce sens une décision de la Cour suprême anglaise du 3 février 1876, rapportée par Westlake [2]; mais il ajoute qu'elle ne peut pas dépasser non plus celle établie par le statut personnel, ou la loi du lieu de résidence de la personne assignée en réparation. « En effet » dit-il, « la loi du lieu de résidence de l'auteur du dommage ne peut, comme telle, avoir force obligatoire pour

(1) De Bar. Op. cit., T. II, p. 122.
(2) Westlake. *Revue de dr. int.*, T. X, p. 541.

d'autres personnes, et il est même impossible d'attribuer cette force obligatoire à la loi d'une résidence absolument fortuite et passagère, tandis que d'autre part, on peut attacher du poids pour l'obligation du chef de famille ou du propriétaire, à la circonstance que la personne ou l'animal auteur du dommage se trouvait de par la volonté du chef de famille ou propriétaire, au lieu où le dommage s'est produit. » Tout cela nous paraît un peu obscur. Mais ce qui en ressort c'est que la loi du lieu du quasi-délit n'est pas, aux yeux de cet auteur lui-même, la seule loi à consulter en la matière. L'auteur nous paraît, du reste, faire erreur, en soutenant que cette obligation peut être limitée par la loi du domicile ou de la nationalité de la personne responsable. Et l'arrêt du *Reichs Oberhandels-gericht* qu'il cite (19 janvier 1878), ne dit rien de pareil. Cet arrêt a simplement admis que l'entrepreneur de constructions, résidant en pays étranger, s'était soumis, en ce qui concerne sa responsabilité à la loi française en vigueur au lieu de la construction. C'est donc la loi du lieu du quasi-délit qui a été prise en considération, en vertu du principe, assez contestable en pareille matière, de la soumission volontaire. De Bar continue, et nous citons textuellement pour montrer combien l'application de la *lex loci actus* peut subir de restrictions, même d'après ses partisans les plus autorisés : « Cependant, si en vertu de la loi du lieu du fait dommageable, la propriété de l'objet qui a produit le dommage était transmise à la partie lésée ou au trésor public, elle lui resterait en général acquise en vertu de la *lex rei sitae* qui recevrait alors application. » Ici l'auteur cite plusieurs décisions qui n'ont rien de commun, selon nous, avec la question. Ce sont des décisions qui font l'application de la *lex loci actus*, pour déterminer la mesure de la réparation du dommage. L'une d'elles est intéressante. Dans l'Etat de Massachusetts, le propriétaire d'un chien peut être condamné au paiement du double du dommage causé par cet animal. Le chien d'une personne demeurant dans le Massachusetts s'enfuit, et mord une personne dans le New

Hampshire. Il fut décidé que la loi de Massachusetts ne pouvait être appliquée. Enfin de Bar termine par les observations suivantes : « Il y a d'ailleurs lieu d'attribuer éventuellement, en ces matières, une certaine influence à la *lex fori*. Si le tribunal saisi de la contestation estime la responsabilité de la personne assignée tout à fait *inadmissible* (*unvernunftig*, déraisonnable), d'après la *lex fori*, il ne pourra, la condamner, même d'après la *lex loci actus* ; la théorie exposée ci-dessus des lois appelées coactives est exacte dans cette mesure. » Et il ajoute en note que dans les pays où le droit romain ou commun est en vigueur, le juge pourrait bien envisager aussi comme inadmissibles, certains cas de responsabilité établis par le Code civil, au moins avec l'extension qui leur est attribuée.

Il faut reconnaître que l'application de la *lex loci actus* subit de graves restrictions. Voici quatre lois qui, d'après de Bar, pourraient avoir voix au chapitre : les lois *loci actus*, *domicilii*, *rei sitae* et la *lex fori*. Il est vrai que ses déductions ne semblent pas très rigoureuses. Nous estimons, comme lui, que la *lex fori* doit parfois l'emporter ; mais ce n'est pas seulement pour *limiter* les obligations résultant du quasi-délit d'après la loi locale, lorsque ces obligations sont inconciliables avec certaines règles d'ordre public ou de moralité publique établies par la *lex fori*, c'est aussi pour les *étendre* lorsque ce même ordre public l'exige, si la personne dont la responsabilité est en question est sujette de l'Etat où le débat surgit. Nous avons vu également que, si la *lex loci actus* régit en principe la question de savoir s'il y a quasi-délit ou délit entraînant responsabilité, si le fait d'où celle-ci devrait jaillir est licite ou illicite, cette question exige parfois la solution de questions préalables relatives au statut personnel, ou à la substance et aux effets d'une convention, qui ne peuvent être résolues que d'après la loi qui régit le statut personnel, d'après celle qui gouverne la substance et les effets de la convention.

Pour ce qui nous concerne, nous attribuons sans doute

une importance considérable, ainsi que nous l'avons dit plus haut, à la loi du lieu du délit ou du quasi-délit. La plupart des auteurs l'appliquent à l'exclusion de toute autre, et la jurisprudence est généralement en ce sens (1). Quelques auteurs et certains arrêts ont cependant appliqué la *lex fori* comme loi d'ordre public général, quand elle accorde à la partie lésée une action qui lui est refusée par la *lex loci actus* (2). Despagnet, Picard et Haus se prononcent en ce sens, lorsque les réparations demandées sont la suite d'une infraction à la loi pénale (3). L'examen attentif de l'autorité de la *lex loci actus* nous a conduit, nous aussi, à ne pas lui attribuer une autorité exclusive, surtout lorsqu'il s'agit de violations de la loi pénale. Mais il n'est pas un auteur à notre connaissance qui examine ces questions de principe avec détail, notamment celle de la responsabilité du fait d'autrui, ni qui distingue les divers éléments dont l'appréciation doit nécessairement entrer en ligne de compte s'agissant de quasi-délits et de délits. La plupart se bornent à rechercher quelle est la loi à laquelle il faut recourir, pour décider si un fait est illicite ou injuste, et donne lieu comme tel à réparation. On n'a pas distingué suffisamment, nous semble-t-il, l'autorité positive et l'autorité négative de la loi du lieu de l'acte. En tant qu'un fait est prohibé par cette loi, elle s'impose partout, à moins que ce fait ne soit d'après la *lex fori* l'accomplissement d'un véritable devoir, cas dans lequel le tribunal étranger ne pourrait appliquer la loi du lieu de l'acte, si cette loi le déclare illicite. Mais, en tant que cette loi autorise le fait, le juge étranger ne devra pas nécessairement appliquer cette loi, surtout s'il s'agit d'un de ses ressortissants, lorsque la *lex fori* le déclare illicite. Il y aura lieu d'examiner alors si le fait en question conserve son caractère illicite aux yeux de la loi du for, alors même qu'il est accompli en pays étranger, ou s'il

(1) Vincent et Pénaud. *Dict.*, v° *Obligations*, n° 94.
(2) Weiss. Op. cit., p. 647. — Savigny. T. VIII, p. 374. — Paris, 7 déc. 1885, *Rev. int. de dr. marit.*, 1885-1886, p. 483.
(3) Vincent et Pénaud. *Dict.*, v° *Obligations*, n° 93.

n'emprunte son caractère illicite qu'à des circonstances locales, variables d'après les pays, et si par sa nature il n'est interdit que dans le pays où le débat s'engage.

Il se peut qu'un délit ou un quasi-délit soit commis en dehors de la juridiction de tout Etat civilisé, par exemple, dit M. de Bar, dans un pays habité par des races sauvages, ou dans une île déserte. Cet auteur croit qu'il n'y a pas d'autre parti à prendre dans ce cas, que de recourir à la personnalité du droit, et fait remarquer que, d'après le Code saxon, §§ 11 et 708, la loi du domicile de la partie lésée semble devoir prédominer. Mais il pense qu'il faut appliquer la loi personnelle de l'individu contre lequel la réclamation est formulée, et que la réciprocité est, dans ce cas, une condition indispensable du fondement de celle-ci, que l'auteur du dommage ne peut être obligé, que dans la mesure où le serait l'autre partie, si les rôles étaient renversés. Il ajoute que l'application du droit personnel répond, sauf certaines modifications, à l'usage admis, en ce qui concerne les Européens résidant dans des pays non chrétiens [1], et que le recours à la *lex fori* ne paraît dans cette hypothèse qu'un expédient suggéré par la nécessité. Nous croyons devoir nous rallier à cette opinion, spécialement en ce qui concerne la responsabilité civile, sauf en ce qui touche la réciprocité. Il se peut que le délit ou le quasi-délit soit commis vis-à-vis d'un indigène appartenant à des tribus sauvages qui n'ont pas de lois, et que la réciprocité soit difficile à constater. Il se peut qu'il soit commis vis-à-vis d'une personne dont la nationalité est inconnue. Et quand même il serait commis vis-à-vis d'un membre d'un Etat civilisé, il ne paraît pas rationnel que la responsabilité de l'auteur du dommage puisse être limitée par la loi nationale de la partie lésée qu'il n'est pas même censé connaître. Il nous paraît beaucoup plus logique et plus humain, que partout il reste sous le lien des lois de sa patrie, qui interdisent ou réprouvent certains actes, à moins que l'interdiction

(1) Arrêt de la Cour d'appel de La Haye du 19 mai 1878 (*J. de dr. int. privé*, II, p. 211).

ne repose sur des circonstances et des considérations purement locales sans application dans le pays où l'acte a été accompli. Dans ce dernier cas, en effet, l'empire de la loi nationale de l'auteur du dommage est rationnellement limité à un certain territoire. Il en serait de même si elle était fondée sur des usages locaux qui y sont en vigueur, et qui peuvent être assimilés à des conventions tacites. S'il en était ainsi, le juge devrait appliquer les principes généraux du droit, suivant sa conscience, sans pouvoir se dispenser de juger en se fondant sur le silence, l'obscurité ou l'insuffisance de la loi (art. 4, Code civil), et sans devoir appliquer nécessairement sa loi propre, lorsqu'elle peut être considérée comme ne visant point un cas de ce genre, sans être obligé non plus d'appliquer la loi nationale de l'étranger auteur du dommage. (1)

Nous avons évité à dessein d'employer l'expression si usitée de *délits civils* pour désigner les actes dommageables et illicites commis volontairement et avec intention de nuire, qui ne tombent point sous l'application de la loi pénale. Ce ne sont pas autre chose que des quasi-délits. Le délit est essentiellement le fait ou l'omission qui tombe sous l'application de la loi pénale. Tout autre fait illicite n'est qu'un quasi-délit, qu'il soit le résultat d'un dol ou d'une faute proprement dite. Et il nous paraît évident que l'art. 1382 du Code civil, en établissant le principe que: tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer, a entendu établir la responsabilité de l'agent, non-seulement à raison de la faute simple, mais à raison de la faute dans le sens le plus large du mot, c'est-à-dire du dol comme de la faute proprement dite.

(1) Le projet de Code civil allemand (seconde lecture), tout en déclarant applicable en principe la loi du lieu de l'acte, réserve très nettement l'application de la loi allemande, lorsqu'elle s'étend à un fait commis en pays étranger (§ 2243).

# TITRE X.

## DES OBLIGATIONS QUI RÉSULTENT DE LA LOI.

366. — Nous entendons par là les obligations que la loi fait dériver d'une certaine situation qui n'a rien d'illicite en elle-même, et qui par conséquent ne présente rien de commun avec le délit ou le quasi-délit, ou d'une qualité dont on a été investi, soit de son consentement, soit même malgré soi. En ce qui concerne ces obligations, M. Asser admet le même principe qu'en ce qui concerne les quasi-contrats, les quasi-délits et les délits, et son commentateur ajoute qu'il y a presque unanimité parmi les auteurs à cet égard. Elles seraient soumises à la loi du lieu où s'est passé le fait ensuite duquel elles existent, où se réalise la situation qui leur donne naissance. Nous avons fait nos réserves en ce qui concerne les obligations naissant des quasi-contrats, des délits et des quasi-délits. Nous le ferons également en ce qui concerne les obligations *ex lege*. Cela nous paraît parfaitement exact en ce qui concerne les obligations qui constituent des restrictions légales de la propriété, et comme le fait remarquer M. Rivier [1] dans une note sur Asser, la loi du lieu est en même temps ici celle de la situation. Mais lorsqu'il s'agit d'obligations dérivant d'une qualité personnelle, par exemple de celle de se charger d'une tutelle, de fournir des aliments, il nous paraît que la seule loi applicable est la loi nationale du prétendu débiteur ; et telle semble bien être l'opinion de M. Rivier, bien qu'il y ait eu certains

(1) Asser et Rivier. Op. cit., p. 87.

dissentiments dans la jurisprudence, fondés sur l'ordre public. C'est, nous paraît-il, une conséquence du statut personnel.

367. — Mais que faut-il penser des obligations dérivant d'une tutelle volontairement ou nécessairement acceptée par un étranger sur la personne d'un national, et par quelle loi seront-elles régies? Il y a lieu, nous paraît-il, de distinguer. La tutelle volontairement acceptée par un étranger qui pourrait la refuser constitue, nous paraît-il, un véritable contrat, tout au moins un quasi-contrat. Elle doit être censée avoir été acceptée là où elle s'est ouverte. Mais bien que nous ayons admis, en thèse générale, que les obligations naissant d'un quasi-contrat sont régies par la loi du lieu du contrat de la nation de celui qui s'oblige, nous croyons que l'étranger, en acceptant sans y être forcé une tutelle déférée en vertu d'une législation étrangère, d'après des règles fixes et inscrites dans cette législation, se soumet par la force des choses et virtuellement aux lois qui déterminent les obligations du tuteur. D'autre part, l'étranger ne peut, en principe, être forcé d'accepter une tutelle, que si cette obligation résulte pour lui de sa loi nationale, et la tutelle légale ne peut résulter pour lui que de cette loi. S'il accepte une tutelle qu'il ne peut refuser, il n'y a ni contrat, ni quasi-contrat, bien qu'en droit romain on ait admis le contraire. Et c'est par la loi, qui lui a imposé la tutelle, que la tutelle nous paraît devoir être régie, au moins en ce qui concerne les obligations du tuteur. Nous ne voulons pas approfondir ici ces questions dont l'examen trouvera place dans la partie spéciale de notre ouvrage. Il nous suffira de dire que les obligations *ex lege* sont soumises, suivant leur nature, à la loi nationale du débiteur; à la loi du lieu où s'est réalisé le fait qui leur donne naissance, s'il s'agit d'obligations se rattachant au droit public; à la loi du for, lorsque l'ordre public y est intéressé, ou, s'il s'agit d'obligations dérivant de la propriété, à la loi du lieu de la situation. Il est impossible d'établir une règle unique, et le vice de la plupart des traités sur la matière

est d'avoir cherché à le faire, alors que les solutions d'espèces que l'on y rencontre sont en fait on ne peut plus diverses.

368. — La commission belge de révision du Code civil a renoncé à poser une règle générale, en ce qui concerne la question de savoir quelle est la loi applicable en ce qui concerne les obligations *ex lege*. M. van Berchem fait à ce sujet des observations assez exactes. « Embrasser les obligations légales dans une même formule, c'est difficile et de plus inutile. Toutes les obligations légales peuvent se diviser en deux classes (? ceci n'est pas certain) : celles qui résultent des rapports de famille, celles qui résultent de la situation des héritages. Or, les premières sont réglées, au point de vue du statut, par l'art. 4 du projet, les secondes par l'art. 5. Il faut cependant réserver, même en ce qui concerne les premières, l'influence du statut réel.... » Il entend par statut réel les dispositions d'ordre public moral ou économique, et l'on doit considérer comme se rattachant à ce dernier ordre public toutes les dispositions qui intéressent le bon régime de la propriété et les droits des tiers. La commission belge n'a donc pas admis, que, comme l'enseigne M. Asser, les obligations *ex lege* soient nécesssairement régies par la loi du lieu où se réalise le fait qui a donné naissance à l'obligation. Et cette opinion est inadmissible en ce qui concerne les obligations purement personnelles.

# TITRE XI.

## DÉTERMINATION DE LA NATIONALITÉ, DU DOMICILE, DU LIEU DU CONTRAT.

369. — Pour la solution des difficultés relatives à la question de savoir quelle est la loi qui régit les divers rapports de droit, nous avons attaché de l'importance tantôt à la nationalité, tantôt au domicile, tantôt au lieu du contrat, tantôt au *forum* où s'engage la contestation. Mais la détermination de la nationalité du domicile, du lieu du contrat peut, elle-même, donner lieu à des difficultés sérieuses. Et notre travail serait absolument insuffisant si nous ne les rencontrions. Nous parlerons d'abord de la nationalité.

### *Section* I. — *De la nationalité.*

#### § I. — De la nationalité d'après les lois belges.

370. — Dans l'ancien droit français, la nationalité dépendait essentiellement du lieu de la naissance, indépendemment de l'origine des père et mère et de leur demeure. Il en était de même en Belgique, et tout individu né sur le sol d'un Etat déterminé relevait de cet Etat. On exigeait seulement en plus que ses parents y fussent domiciliés. C'est par faveur seulement que l'on finit par admettre, en France, que les enfants nés en pays étranger d'un père français qui n'avait point établi son domicile dans ce pays, ni perdu l'esprit de retour, devaient être considérés comme français, et que l'on admit le même principe dans notre ancien droit. En règle

c'était donc le *jus soli* qui prévalait à cette époque, en Belgique comme en France, comme il prévaut encore aujourd'hui dans un grand nombre de législations. C'était le principe territorial, ayant sa source dans le droit féodal, et qui ne fut abandonné par les auteurs du Code civil que sur les observations du tribunat. Aujourd'hui c'est le principe contraire, celui de la race et du sang, le *jus sanguinis*, qui prédomine dans ces deux pays, malgré d'importantes concessions faites au *jus soli*, comme on en faisait autrefois au *jus sanguinis*.

371. — La question de savoir comment on devient citoyen d'un pays déterminé restera essentiellement une question de droit public intérieur, aussi longtemps qu'elle n'aura pas été résolue par des conventions internationales, par un accord entre les diverses nations. Nous nous bornons à indiquer ici, d'une manière très résumée, les dispositions qui régissent la matière en Belgique.

Sont Belges :

1° Tout individu né d'un Belge même en pays étranger (art. 10 du C. civ.);

2° Tout individu né en Belgique d'un étranger, pourvu qu'il réclame la qualité de Belge dans l'année qui suit sa majorité, ou même à partir de 18 ans, avec les consentements exigés, moyennant de faire les déclarations requises par la loi relativement au domicile (art. 9 du C. civ., et loi du 16 juillet 1889) ;

3° L'individu né en Belgique de parents inconnus (loi du 15 août 1881) ;

4° L'étrangère qui épouse un Belge (art. 12 du C. civ.) ;

5° L'enfant né en pays étranger d'un Belge qui aura perdu la qualité de Belge, pourvu qu'il remplisse les formalités prescrites par l'art. 9 (art. 10, al. 2 du C. civ.) ;

6° L'étranger naturalisé (art. 5 Const.) ;

7° Les enfants de l'étranger naturalisé, encore mineurs au moment de la naturalisation, pourvu qu'ils déclarent dans l'année qui suivra leur majorité, ou même à partir de

l'âge de 18 ans, avec les consentements requis, leur intention d'accepter cette faveur (loi du 6 août 1881, art. 4);

8° L'individu né en Belgique d'un étranger, qui a négligé de faire ou qui a fait d'une manière irrégulière la déclaration requise par l'art. 9 du Code civil, pourvu qu'il ait satisfait aux lois sur la milice, et fait la dite déclaration dans le délai de deux ans, à dater de la loi du 6 août 1881;

9° Les étrangers établis en Belgique avant le 1r janvier 1814 et ayant fait la déclaration requise par la Constitution, pourvu qu'ils eussent continué à y être domiciliés;

10° Enfin certaines personnes se trouvant dans une situation particulièrement favorable au moment de la séparation de la Belgique d'avec la Hollande, soit comme habitant les provinces cédées, soit comme ayant combattu pour notre indépendance. D'après diverses dispositions législatives ces personnes pouvaient réclamer la nationalité belge moyennant certaines conditions[1].

D'autre part, perdent la nationalité belge : 1° Celui qui acquiert la naturalisation en pays étranger (art. 17, 1° du C. civ.) ; 2° Celui qui s'établit en pays étranger sans esprit de retour (art. 17, 2°) ; 3° La femme belge qui épouse un étranger (art. 19, al. 1).

La loi du 21 juin 1865 ayant abrogé l'art. 17, 2°, du Code civil, la nationalité belge ne se perd plus par l'acceptation non autorisée des fonctions publiques conférées par un gouvernement étranger.

372. — Les moyens d'acquérir la nationalité belge indiqués sous les numéros 1 à 7 inclus présentent seuls un caractère durable et permanent. Mais les dispositions législatives qui les concernent ont donné lieu à bien des doutes, à bien des controverses, faute d'être suffisamment explicites. Ces difficultés se produisent surtout à propos de l'art. 10 du Code civil : *tout enfant né d'un Belge en*

(1) Lois des 22 sept. 1835, 27 sept. 1835, 4 juin 1839, 20 mai 1845, 30 déc. 1853, 1er juin 1878, 1er avril 1879, 6 août 1881.

*pays étranger est Belge ;* d'où l'on peut induire *a fortiori* que l'enfant né d'un Belge en Belgique est Belge. Quelle est tout d'abord la situation des enfants naturels, incestueux ou adultérins? Si l'enfant naturel n'est reconnu ni par son père, ni par sa mère, c'est un enfant né de parents légalement inconnus, et aux termes de la loi du 15 août 1881, il est Belge s'il est né en Belgique. La difficulté signalée par Laurent[1] n'existe donc plus en ce qui le concerne, et le vœu émis par l'illustre jurisconsulte a été réalisé. Lorsque l'enfant naturel est reconnu par l'un de ses père et mère, sa filiation est certaine et il suit, dit Laurent, la condition de celui qui l'a reconnu. Il admet donc que l'enfant sera Belge s'il a été reconnu par une mère belge ou par un père belge. Au point de vue de la théorie, de la raison, cette solution est incontestablement juste. Au point de vue du texte, elle ne peut être admise qu'à la condition d'attribuer aux mots *né d'un Belge* un sens général, et de les interpréter exactement de la même manière que si le législateur avait dit : *né d'un Belge ou d'une Belge*. Rien ne s'oppose, à notre avis, à cette interprétation ; car il serait facile de citer de nombreux articles du chapitre 1er, T. I, L. 1er du Code civil, dans lesquels le mot Français vise aussi bien la femme française que l'homme. Mais que faut-il décider si l'enfant a été reconnu à la fois par ses père et mère, et si l'un est Belge, tandis que l'autre est étranger? Laurent dit qu'il n'y a pas moins de quatre opinions sur la question, mais il ne la résout pas au point de vue du droit positif, et se borne à préconiser *au point de vue du droit théorique* le droit d'option de l'enfant[2]. Notons que cette question se présente aussi bien dans le droit français et dans le droit italien que dans le droit belge. D'après la plupart des auteurs, c'est la nationalité du père qui doit l'emporter. La question se complique, lorsque la reconnaissance du père et celle de la mère ne sont pas simultanées, lorsque la reconnaissance du

(1) Op. cit., T. III, n° 99.
(2) T. III, n° 101. Voir aussi Fiore, traduction de Pradier Fodéré, p. 122, n°58.

père étranger. Admettra-t-on que celle-ci puisse priver l'enfant d'une nationalité déjà acquise par suite de la reconnaissance de la mère? La plupart des auteurs ne reculent pas devant cette conséquence de leur système. Une naturalisation acquise en pays étranger fait perdre la nationalité d'origine. Qu'y aurait-il de si extraordinaire à ce que la reconnaissance du père eût pour effet de conférer à l'enfant une nationalité étrangère, et le dépouillât en même temps de sa nationalité antérieure?

373. — M. Pasquale Fiore [1] est certes l'auteur qui a apporté les raisons les plus solides à l'appui de cette opinion, qui paraît avoir trouvé un accueil favorable dans la jurisprudence française. Il ne s'est pas borné à dire, comme Fœlix auquel s'est rallié Demangeat, que la voix du père doit être prépondérante, ou, comme M. Brocher, que c'est du père qu'il faut attendre l'aide et l'influence principale, (ce qui dépend absolument des circonstances). Il a invoqué les nombreux articles du Code italien qui consacrent, au moins dans une certaine mesure, l'autorité du père plus que celle de la mère dans les unions naturelles, et vis-à-vis des enfants communs, et même la prééminence du père naturel (art. 63, 66, 184, 185, etc.). Et il est exact que ces dispositions sont conformes dans leur esprit aux art. 383, 184 et 158 du Code Napoléon.

D'autres auteurs donnent cependant la préférence à la nationalité de la mère (Mailher de Chassat et Duranton, par exemple), au moins lorsque la reconnaissance émanée d'elle a précédé celle du père. Et il en est qui soutiennent que l'enfant doit avoir le pouvoir de choisir entre la nationalité du père et celle de la mère. Ces deux dernières opinions, dont on peut lire l'exposé très précis dans l'excellent ouvrage de M. Pasquale Fiore, ne nous paraissent reposer sur aucun texte. Ce sont des solutions d'opportunité, de convenance, de théorie, qui sont dénuées de base dans la législation positive. Il nous semble que dans ce débat très intéressant, très palpitant, on a trop perdu de

(1) Op. cit., nº 52, p. 124.

vue l'art. 10 du Code civil qui, en somme, est le véritable siège de la matière. Que porte-t-il? Tout enfant né d'un Français en pays étranger (à plus forte raison s'il est né en France) est Français. Et, comme nous l'avons vu plus haut, il faut bien interpréter ces mots né d'un Français comme s'il y avait: *né d'une personne française*, quel que soit son sexe. Dès lors la question est résolue. Si un enfant naturel est reconnu simultanément ou successivement par un père et une mère, dont l'un est de nationalité belge, l'autre de nationalité étrangère, l'enfant sera Belge sans distinguer, si c'est la mère ou le père qui est Belge. Il est né d'un Belge, c'est-à-dire d'une personne Belge. Peu importe qu'il soit né aussi d'un étranger. Nous ne disons pas que le système de l'art. 10 soit le plus rationnel, le plus sage que l'on puisse imaginer. Il conduit à ce résultat que cet enfant, considéré comme Belge en Belgique, sera considéré comme Français en France. Et voilà un enfant gratifié d'une double nationalité.

Mais si c'est un motif pour que nous ne puissions donner notre approbation à la disposition trop générale et trop absolue de l'art. 10, ce n'en est pas un pour méconnaître la portée de cet article. Dans l'état imparfait du droit international, dans l'espèce d'anarchie qui y prévaut encore en ce qui concerne la détermination de la nationalité, rien de plus fréquent que cette situation. En théorie, tout homme a une nationalité, et personne ne saurait en avoir deux. En fait il y a des individus qu'aucun Etat ne reconnaît comme ses ressortissants, il y en a d'autres que deux ou plusieurs Etats à la fois considèrent comme leurs sujets. C'est là un fait éminemment regrettable, tout le monde en convient ; mais il ne pourra cesser que par l'effet de traités ou de conventions internationales.

374. — Il y a d'autres questions sur lesquelles s'est exercée la sagacité des commentateurs, et qui peuvent surgir, qu'il s'agisse de filiation naturelle ou de filiation légitime. Lorsqu'un Belge perd sa nationalité par son fait, que deviennnnt ses enfants déjà nés? Il nous paraît incontestable qu'ils conservent leur nationalité antérieure.

Quant aux enfants qui naissent postérieurement, M. Laurent décide sans hésitation qu'ils suivent la condition de leur père s'il a acquis une patrie nouvelle. Cela nous paraît trop absolu. Lorsque, pendant la durée du mariage, un Belge acquiert par naturalisation une nouvelle patrie et cesse ainsi d'être Belge, on est généralement d'accord que ce changement de nationalité du mari n'influe pas sur la nationalité de la femme, laquelle reste Belge. Beaucoup d'auteurs regrettent qu'il en soit ainsi, mais telle est l'opinion dominante en Belgique et en France; elle a été consacrée à diverses reprises par la jurisprudence. Nous y reviendrons plus loin. Les enfants qui naissent ultérieurement des deux époux sont donc issus d'un Belge et d'un étranger. On admet en général, il est vrai, que l'enfant né d'un légitime mariage suit l'origine et la condition de son père. « Le père est en effet » dit Demolombe [1], « le chef de la famille; c'est lui qui exerce la puissance paternelle (art. 148, 373), c'est lui qui transmet à l'enfant son nom pour le perpétuer : il doit dès lors aussi lui transmettre sa nationalité. Cet enfant sera donc Français comme lui, la mère fût-elle étrangère, étranger comme lui, la mère fût-elle Française. C'est là un principe ancien et constamment suivi : *Cum legitimae nupiiae factae sunt, patrem liberi sequntur : vulgo quaesitus matrem sequitur.* (Loi 19 Dig. de stat. hom. Pothier, *Des personnes*, T. II, Sect. II). »

375. — Il y a peut-être quelque témérité à s'élever, comme nous l'avons déjà fait plus haut, contre une opinion admise par d'éminentes autorités. Mais « *Amicus Plato, magis amica veritas.* » Or ces raisons ne nous convainquent nullement. Excellentes peut-être lorsqu'il s'agit de disserter *de lege ferendâ*, elles sont sans valeur lorsqu'il s'agit de déterminer ce que comporte la loi positive. Sans doute, en thèse générale, l'enfant né d'un légitime mariage suit la condition de son père, mais il s'agit de savoir précisément s'il en est ainsi d'une manière absolue lors-

(1) Tome I, nº 148.

qu'il s'agit de la nationalité. Or, l'on a assez mauvaise grâce à se prévaloir à cet égard, comme le fait Demolombe d'un « principe ancien et constamment suivi ». Car dans notre ancien droit, comme dans l'ancien droit français, la nationalité était essentiellement basée sur le *jus soli* et non sur le *jus sanguinis*, de sorte qu'il n'était nullement vrai que l'enfant suivit *sous ce rapport* la condition de son père. Aujourd'hui encore l'on est pour ainsi dire unanime à reconnaître que, lorsque le père change de nationalité, ses enfants déjà nés n'en conservent pas moins leur nationalité antérieure et ne suivent par conséquent point la condition de leur père à ce point de vue. Or, nous sommes en présence d'un texte. L'art. 10 dispose au sujet de l'enfant issu *d'un Français*. Cette expression, comme le fait remarquer Demolombe lui-même, est générique, et comprend indistinctement l'homme et la femme, le père et la mère. Et c'est bien sur cette observation que l'on se fonde pour décider que l'enfant naturel, reconnu par sa mère naturelle seule, est Français si elle est Française, Belge si elle est Belge. C'est donc comme si le législateur avait dit « né d'un Français ou d'une Française ». Que ce système soit essentiellement vicieux, nous n'en disconvenons pas. Le législateur aurait dû tout au moins distinguer entre la filiation naturelle et la filiation légitime. Mais au fond, il n'y a rien de plus extravagant à conférer le privilège de la nationalité à raison de l'origine maternelle seule, sans égard à la nationalité du père légitime, qu'à le conférer à raison du *jus soli* seul, comme on le faisait dans l'ancien droit, et comme le font encore certaines législations modernes. Qu'on ne se méprenne cependant pas sur notre pensée : en disant que l'un de ces systèmes n'est pas plus extravagant que l'autre, nous n'entendons cependant approuver ni l'un ni l'autre; car tous deux nous paraissent faux au point de vue des vrais principes. Quoi qu'il en soit, notre conclusion est qu'au point de vue de la loi positive, les enfants nés d'un père devenu étranger et d'une mère restée Belge, sont Belges. Mais nous ne nous faisons aucune illusion sur la possi-

bilité d'amener sous ce rapport un revirement dans la doctrine et dans la jurisprudence.

376. — En ce qui concerne le changement de nationalité du père sans son fait, par suite de guerre ou de révolution, la force majeure a effet, dit Laurent, sur les enfants comme sur les parents. Mais tout dépend en ces matières des lois et des conventions internationales. Il est impossible de tracer ici des règles complètes. Nous y reviendrons plus loin, et nous nous bornerons à exposer quelques principes généraux qui, selon nous, devraient servir de guide aux Etats.

377. — Il y a controverse sur le point de savoir s'il y a lieu d'appliquer en cette matière la vieille maxime : « *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodo ejus agitur.* » L'enfant conçu avant, mais né après la naturalisation obtenue par son père en pays étranger, est-il Belge ou étranger? D'après la rigueur du texte cet enfant ne serait pas Belge : il n'est pas né d'un Belge. Et, comme nous l'avons vu plus haut, dans l'opinion générale la nationalité conservée par la mère légitime ne saurait avoir pour effet de conserver à l'enfant cette même nationalité. Mais, si l'on applique la maxime : *Infans conceptus* etc., et si l'on considère la qualité de citoyen belge comme un précieux avantage, ce qu'elle est sans nul doute aux yeux du législateur belge, de même que la qualité de Français aux yeux de la loi française, etc., on est conduit à reconnaître la nationalité belge à cet enfant : *pro nato habetur*. On objecte que l'adage romain n'est qu'une fiction, que, si le Code civil l'admet en matière de succession et de donation (art. 725 et 906), il ne l'admet pas et l'exclut dès lors implicitement en matière de nationalité. M. Laurent[1] répond que cette fiction est établie dans l'intérêt de l'enfant, que par conséquent elle est générale et doit recevoir application chaque fois que l'enfant a intérêt à s'en prévaloir. Si le Code civil avait reproduit l'adage dans ses termes généraux, la réponse

(1) Op. cit., T. III., nº 103.

serait péremptoire. Mais malheureusement il n'en est pas ainsi. Dans deux cas seulement, lorsqu'il s'agit pour l'enfant de succéder ou de recevoir une donation entre vifs, le Code établit cette fiction et il a soin de le dire en termes nets. Lorsqu'il s'agit de la nationalité, il s'attache essentiellement au fait de la naissance : tout individu *né* en France (art. 9); tout individu *né* d'un Français (art. 10). Pas une allusion à l'époque ou au lieu de la conception. Il y a là de graves motifs de douter. Il y en a plus encore, lorsque l'on voit de quelle manière des auteurs d'une valeur considérable appliquent le principe, et les distinctions qu'ils font. M. Laurent ne l'admet pas dans le cas de l'art. 9. « L'enfant est conçu en France et né en Belgique ; peut-il réclamer la nationalité française en vertu de l'adage romain? Non, » dit-il, « et sur ce point tout le monde est d'accord. L'adage suppose que le fait seul de la vie suffit pour que l'enfant puisse exercer son droit. Or, dans l'espèce, le texte et l'esprit de la loi exigent que l'enfant *naisse* sur le sol français; c'est à la *naissance* que le législateur attache la faveur qu'il accorde à l'enfant : ce qui exclut l'adage ». Mais le texte de l'art. 10 exige également que l'enfant *naisse* d'un Français. Et quant à l'argument tiré de l'esprit de la loi, il nous paraît sans grande valeur, car la naissance dans tel ou tel pays peut être un évènement fortuit aussi bien que la conception.

377bis. — Et comment applique-t-on l'adage? L'enfant, d'après Laurent, a le choix entre deux partis et il peut *toujours* opter. Il confesse qu'il en résulte une grande incertitude sur la nationalité de l'enfant, et que la loi devrait au moins lui fixer un délai, ou ce qui vaudrait mieux, opter pour lui. Mais dans le système du savant auteur, qui comporte l'application absolue de l'adage, cela ne se concevrait pas. C'est l'enfant, une fois devenu majeur et capable, ou son représentant légal pendant sa minorité, qui appréciera, dans chaque cas particulier, ce que lui commande son intérêt. S'agira-t-il des avantages de telle ou telle nationalité il s'en prévaudra, s'agira-t-il

des charges il la déclinera. Pareil à la chauve-souris de la fable : je suis oiseau, voyez mes ailes, je suis souris, vivent les rats! Il dira : je suis Belge, puisque j'ai été conçu en Belgique, je suis Français, étant né en France. Etrange situation qui en fera un être singulièrement privilégié en droit international. Et que l'on n'objecte pas que cette situation n'a rien d'anormal en droit international positif, et qu'il y a d'autres cas de double nationalité. Il n'y en a pas, pensons-nous, où dans un pays un individu puisse revêtir ou dépouiller la qualité de national, suivant ce que lui suggèrent ses intérêts du moment. Si telle est la conséquence de l'application de l'ancien adage à la matière qui nous occupe, cette application est impossible.

378. — Il vaudrait mieux, selon Laurent, que la loi optât elle-même, en se prononçant pour la nationalité française ou pour la nationalité étrangère, selon que la loi émane du législateur français ou étranger. C'est bien ce que la législation française a fait, suivant d'autres auteurs, et cette législation est, à cet égard, encore en vigueur dans notre pays. Elle ne répute pas seulement Français celui qui est véritablement né d'un Français, mais celui dont le père était Français au moment de la conception [1]. Telle est l'opinion de M. Demolombe qui ne distingue pas, du reste, entre l'art. 9 et l'art. 10. Nous avouons que nous donnerions en tout cas la préférence à ce dernier système, mais il n'est pas sans inconvénients non plus. Il constitue tout d'abord une présomption arbitraire des désirs de l'intéressé, une appréciation aventurée des avantages qu'il pourra trouver à être Français ou Allemand. En second lieu, il fait dépendre la nationalité du moment incertain où s'est accompli un fait enveloppé de mystère, tandis que le moment de la naissance est un fait facile à constater. Que l'on n'objecte pas qu'il y a des cas où l'application de l'adage romain rend indispensable la recherche de l'époque de la conception.

(1) Demolombe. T. I, nº 151.

Ce n'est pas un motif suffisant pour envisager, sans regret aucun, un système dont le résultat est de rendre inévitables des recherches aussi difficiles dans une autre matière, ou bien l'admission des présomptions assez hasardées tracées par la loi à propos de la légitimité, et étendues un peu arbitrairement par la jurisprudence en matière de successions et de donations. Mais, si le vœu formulé par Laurent était exaucé, il aurait un autre résultat, ce serait d'augmenter le nombre de ces cas de double nationalité qu'il déplore au point du vue du droit international théorique, et qui sont en effet regrettables, puisqu'ils amènent des obligations contradictoires.

379. — Laurent fait remarquer que les auteurs sont divisés sur la question. La jurisprudence a varié également, au moins en Belgique. Un arrêt de la Cour de Cassation du 17 février 1873 s'est prononcé contre l'enfant conçu, un autre arrêt du 5 mars 1877, en sa faveur. Un arrêt subséquent du 28 février 1881 a persisté dans cette dernière jurisprudence. Il s'agissait d'appliquer l'art. 1^er^ de la loi du 1^er^ juin 1878 qui, en accordant la qualité de Belge aux personnes *nées avant* le 8 juin 1839 sur le territoire actuel, de parents qui ont perdu cette qualité par le traité du 19 avril, l'accorde implicitement (?) aux enfants nés après le 8 juin, mais conçus antérieurement. Cet arrêt ne contient du reste d'autres arguments que ceux déjà exposés et déduits du droit romain et de l'ancien droit. Il ajoute seulement que : « la *pensée bienveillante*, à laquelle sont dues les lois des 4 juin 1839 et 1^er^ juin 1878, exigeait spécialement l'application de la maxime ancienne aux faits de la cause. » Ce procédé d'argumentation nous paraît peu rigoureux et peu juridique. Parce que ces lois ont été inspirées par une pensée bienveillante, la Cour étend aux enfants *nés après* le 8 juin 1838 mais *conçus avant*, le bénéfice que cette loi accorde seulement aux enfants *nés avant*, faisant par conséquent bon marché du texte. Elle le fait par application d'une ancienne maxime à laquelle le législateur n'a certainement pas songé, et qu'aucun texte n'affirme en termes

généraux. Au surplus, le 7 mars 1881, la Cour de Cassation décidait que pour jouir du bénéfice de l'art. 9 du Code civil ou de l'art. 1er de la loi du 1er avril 1879, il faut absolument être né en Belgique, qu'il n'y a pas à rechercher le lieu de la conception. Ces variations de jurisprudence nous encouragent à persister dans notre opinion. Il n'y a pas à tenir compte ici de l'ancienne maxime : *Infans conceptus* etc. A quoi cela revient-il du reste, en principe? A faire de l'intérêt seul de l'enfant la base de sa nationalité, au moins dans le cas spécial qui nous occupe. Il sera Belge s'il y a intérêt. Ce n'est pas sur une pareille base que peut reposer la nationalité.

380. — Quelle est la nationalité de l'enfant issu d'un père qui a perdu la nationalité belge sans en avoir acquis une autre? Ici M. Laurent est bien forcé d'admettre qu'il participe de la nationalité de sa mère si elle est restée Belge. En vertu de quel principe ? Il nous dit bien qu'il est impossible que les enfants suivent la nationalité de leur père, puisqu'il n'en a pas. Mais cela n'est pas décisif. La loi ne dit pas qu'ils suivent la nationalité de leur père. Elle dit que l'enfant né d'un Français en pays étranger, c'est-à-dire même en pays étranger, est Français, que l'enfant né d'un Belge est Belge. Or, s'il ne s'agit ici que du père et pas de la mère, si le père n'est plus Belge au moment de la naissance, s'il ne l'est pas même au moment de la conception, l'enfant ne peut bénéficier de cet article, il est sans nationalité. Il n'y a qu'un moyen de le faire bénéficier de cet article, c'est d'admettre qu'il vise non-seulement l'enfant né d'un père légitime belge, mais celui d'une mère belge, si la mère est restée Belge tandis que le père est devenu étranger. Sinon, il est sans nationalité comme son père, résultat déplorable assurément, et que M. Laurent repousse.

381. — Nous avons vu que l'enfant né d'un étranger en Belgique peut réclamer la qualité de Belge dans l'année qui suivra sa majorité. Il le peut même à partir de l'âge de 18 ans accomplis, aux termes de la loi du 16 juillet 1889, moyennant le consentement ou autorisation exi-

gée par cette loi. On a vivement discuté, dès avant cette loi, la question de savoir de quelle majorité il s'agit ici. La Cour de Cassation de Belgique a décidé qu'il fallait interpréter ce mot « dans le sens que le législateur lui donne, qu'il s'agit donc de la majorité définie par l'art. 488 ». Laurent a fait remarquer que l'art. 488 ne définit que la majorité du Belge, que celle de l'étranger dépend de la loi étrangère, aux termes de l'art. 3 du Code civil, et que dès lors l'art. 488 n'a rien à faire dans le débat. Cela est incontestable s'il s'agit dans l'espèce d'un étranger à proprement parler. Mais là est toute la question. L'enfant dont il s'agit n'est-il pas plutôt un Belge sous condition résolutoire? Remarquons qu'il peut *réclamer* la qualité de Belge; c'est un droit qu'il exerce. Il n'est pas question de naturalisation. S'il ne réclame pas la qualité de Belge dans le délai fixé par la loi, il est étranger. En somme, le droit qui lui est reconnu est un droit personnel, une capacité personnelle émanant de la loi belge, ayant sa raison d'être dans le lien qui semble déjà attacher cet enfant à la Belgique. N'est-il pas naturel d'admettre que cette espèce de statut personnel ayant son fondement dans la loi belge, et conférant un droit personnel qui, aux termes de la loi belge, doit être exercé dans l'année qui suit la majorité, se réfère à la majorité belge? Aujourd'hui, du reste, la question nous paraît implicitement résolue par la loi de 1889. A cette époque la doctrine de la Cour de Cassation avait définitivement prévalu devant toutes nos cours d'appel. Si le législateur de cette époque avait été d'avis que la jurisprudence se trompait, en décidant qu'il s'agit dans l'art. 9 du Code civil de la majorité belge, il n'eût probablement pas manqué de le dire au moment même où il s'occupait du droit d'option et de l'époque à laquelle ce droit peut être exercé. Il n'en a rien dit. Et il y a plus: il permet à l'enfant dont il s'agit, de réclamer la qualité de Belge à partir de l'âge de 18 ans. Pourquoi à partir de l'âge de 18 ans? Evidemment parce que c'est l'âge auquel l'enfant peut être émancipé d'après la loi belge. Il ne s'occupe pas de la question de savoir à quel âge il peut être

émancipé d'après la loi étrangère. Et le consentement ou autorisation qu'il exige sont ceux des personnes auxquelles il est soumis, quant à sa personne et quant à l'administration de ses biens, d'après la loi belge.

382. — Ces arguments nous paraissent décisifs. Nous attachons moins d'importance à ceux que l'on base sur des considérations de convenance et d'utilité, parce que presque toujours de pareils arguments ont plus de valeur lorsqu'il s'agit de légiférer, que lorsqu'il s'agit d'interpréter. Nous en attachons moins également aux arguments déduits de la législation antérieure, parce qu'ils sont à double tranchant. Il est bien vrai que la Constitution de l'an VIII permettait de réclamer la qualité de Français à partir de l'âge de 21 ans. Mais comment soutenir sérieusement que le législateur a manifesté implicitement l'intention de persévérer dans cet ordre d'idées, par le fait seul qu'il aurait employé des expressions toutes différentes dans le Code civil, sans qu'en outre les travaux préparatoires révèlent la volonté d'abandonner la règle ancienne? Ne suffit-il pas que le texte de la disposition nouvelle soit tout différent du texte ancien? La preuve que cet argument n'a aucune valeur sérieuse, c'est qu'il a servi tour à tour aux partisans de la majorité étrangère, et aux partisans de la majorité belge (1).

383. — M. Laurent croit devoir étendre à l'enfant né d'une mère française et d'un père étranger le bénéfice de l'art. 10, al. 2, aux termes duquel : tout enfant né en pays étranger d'un Français qui aurait perdu la qualité de

(1) Voir dans le sens de l'opinion de Laurent : Marcadé sur l'art. 9, C. civil. — Duvergier sur Toullier, T. I, nº 261. — Demolombe. Edit. belge, t. I, p. 165, etc.—Deux arrêts de Bruxelles du 3 janvier 1878, *B. j.*, pp. 67 et 134.— En sens contraire et conforme à notre opinion : Zachariae. T. I, p. 64, § 69. — Aubry et Rau. T, I, p. 237.— Duranton. T. I, nº 129.— Arntz. T. I, p. 46, etc., et des arrêts de Bruxelles, 21 janvier 1878. *B. j.*, 1878, p. 114; de Cassation, 19 février 1878, *B. j.*, 1878, p. 321; de Gand, 28 février et 1er mars 1878, *B. j.*. 1878, p. 363; de Cassation, 6 février 1878, *B. j.*, 1878, p. 401 ; de Liège, 7 et 13 mars 1878, *B. j.*, 1878, p. 402 ; de Bruxelles, 11 mars 1878, *B. j.*, p. 405, etc.—Merlin appelle quelque part l'individu né sur le sol français de parents étrangers, un Français commencé. Ce n'est donc pas pour lui un véritable étranger. Ailleurs (vº *Français*, § 1 nº 1. Rep.) il constate que : « la France adopte généreusement dès sa naissance tout étranger qui vient au monde dans son sein : elle lui demande seulement de ratifier cette adoption dans l'année de sa majorité. »

Français, pourra toujours recouvrer cette qualité en remplissant les formalités prescrites par l'art. 9. « Le Code accorde » dit l'éminent jurisconsulte, « une faveur à l'enfant qui a du sang français dans les veines : qu'importe que le sang vienne de la mère ou du père? » Cette observation serait de grand poids s'il s'agissait de faire la loi. Il eût été logique d'étendre cette faveur aux enfants dont il s'agit ici. Mais la question est de savoir si le législateur l'a fait. Et c'est précisément parce qu'il s'agit d'une disposition de faveur, d'un privilège, qu'il est défendu de l'étendre par voie d'analogie. Aussi la Cour de Cassation de Belgique a-t-elle rendu le 24 février 1874 deux arrêts en sens contraire. Pour ce qui nous concerne, nous estimons qu'en bonne logique, et par interprétation de l'art. 10, al. 1, dans lequel les mots « un Français » ont, de l'avis des auteurs, un sens générique et visent tout aussi bien la femme que l'homme, cet enfant est Français. Tout le monde le reconnaît lorsqu'il s'agit de l'enfant naturel reconnu par sa mère seulement. Et nous trouvons une confirmation de notre opinion dans le silence que garde le législateur au sujet de l'enfant né d'une mère française et d'un père étranger, dans le second alinéa de l'article, et dans le fait que pour atténuer la dureté de la situation attribuée à cet enfant, Laurent est forcé de faire violence au texte de cet alinéa. Mais nous reconnaissons franchement qu'en ce qui concerne l'enfant légitime, notre opinion est isolée et n'a guère de chance de triompher à l'encontre d'une jurisprudence établie.

384. — Que l'adoption ne puisse pas avoir pour effet de changer la nationalité de l'adopté, cela nous paraît d'nne telle évidence qu'il est vraiment inutile d'insister. Ce serait une espèce de naturalisation nouvelle et inconnue dans notre législation. Il n'est pas moins évident que le bénéfice de l'alinéa 2 de l'art. 10 ne saurait être étendu aux petits enfants. La loi ne parle que de l'enfant né d'un Français qui aurait perdu cette qualité. Cela suffit pour restreindre la portée du mot enfants, qui a quelquefois un sens général, aux enfants du premier degré[1].

(1) Laurent, nº 127.

385. — Pour bénéficier de l'art. 9 et de l'art. 10, al. 2, il faut que l'on fasse une double déclaration. La loi exige que l'on réclame la qualité de Belge. Elle exige en outre que, si l'on réside en Belgique, on déclare son intention d'y fixer son domicile, et que, si l'on réside en pays étranger, on fasse sa soumission de fixer en Belgique son domicile. Et, dans ce dernier cas, la soumission doit être suivie d'un établissement de domicile dans l'année. Où doivent se faire ces diverses déclarations? La loi est muette en ce qui concerne les déclarations exigées par les art. 9 et 10, et il semble en conséquence qu'elle s'en soit référée à cet égard à l'autorité administrative. Aussi des circulaires ministérielles sont-elles venues combler cette lacune. D'après des circulaires des 8 juin et 27 juillet 1836, la déclaration doit être faite dans la commune où est né celui qui veut se prévaloir de cet article. Cela s'applique sans contredit à la déclaration d'option. Mais une circulaire du 14 mars 1844 dispose que la déclaration relative au domicile doit être faite dans la commune où le domicile va être établi, et en la forme déterminée par l'art. 104 du Code civil. D'autres circulaires, qu'il est hors de propos d'examiner dans un ouvrage général, concernent la forme des procès-verbaux constatant les déclarations, la tenue des registres, leur dépôt dans les greffes, etc. Mais il est important de remarquer que la déclaration de naturalité prévue par la loi du 4 juin 1839 devait se faire au gouverneur de la province, et non à l'autorité communale, et qu'il en était de même de celle prévue par l'art. 133 de la Constitution,

386. — La femme étrangère qui épouse un Belge devient Belge (art. 12, C. civ.). Le principe est absolu; il est fondé, comme le disait l'orateur du gouvernement, sur la nature même du mariage. L'acquisition de la nationalité belge opère donc nécessairement indépendamment de toute manifestation de volonté, nonobstant même toute manifestation d'une volonté contraire, et ce à partir du moment du mariage. Elle ne rétroagit évidemment pas. Mais il ne résulte pas de là que, si pendant le mariage le

mari vient à changer de nationalité, la nationalité de la femme changera également. Aucun texte ne dit que la femme aura *toujours* la nationalité de son mari. L'art. 12 du Code civil porte simplement que l'étrangère qui aura épousé un Français suivra la condition de son mari. Il ne dispose tout d'abord rien en ce qui concerne la femme déjà Française qui épouse un Français, ni en ce qui concerne l'étrangère qui épouserait un étranger lequel acquérerait postérieurement la nationalité française. Et même en ce qui concerne l'étrangère qui épouse un Français, il ne résulte, à notre avis, du texte sainement interprété qu'une seule chose : c'est que la femme étrangère suit, au point de vue de la nationalité, la condition de son mari au moment du mariage. Cela est rationnel ; car le mariage implique consentement, et dès lors la volonté de la femme intervient dans l'acquisition de cette nationalité nouvelle, dans l'abdication de la nationalité ancienne. Telle est l'opinion de la plupart des auteurs, et celle à laquelle s'est ralliée la jurisprudence française. Elle laisse cependant prise à bien des doutes. Tout d'abord l'acquisition de la nationalité française, lors même qu'elle entraînerait de fait la perte d'une nationalité ancienne, implique-t-elle toujours la volonté? Cela est très contestable. Dans l'espèce cette acquisition est fondée, a-t-on dit, sur la nature même du mariage. S'il en est ainsi, ne peut-on pas dire que le mariage, à raison même de l'étroite union qu'il établit entre les deux époux, implique une identité permanente de nationalité? Notons au surplus que l'on peut contester l'intervention du consentement de la femme dans l'acquisition de la nationalité par le mariage : tout au moins ce consentement n'est-il pas absolument libre, puisque toute manifestation d'une volonté contraire serait inopérante. Ne peut-on pas objecter également les termes généraux du texte : « L'étrangère qui épouse un Français *suit la condition* de son mari » ? Il n'est pas dit que ce soit seulement sa condition au moment du mariage. Et néanmoins, malgré ces graves objections, nous croyons, non sans quelque hésitation, devoir donner

la préférence à la doctrine admise par la jurisprudence, parce qu'aucun texte ne déclare d'une manière absolue que la femme mariée ne pourra avoir une autre nationalité que le mari ; parce qu'il n'est pas rationnel que le mariage entre une étrangère et un Français établisse une unité plus immuable de nationalité entre les époux que le mariage entre Français ; parce que les discussions au Conseil d'Etat semblent exclure une interprétation aussi rigoureuse de l'art. 16, et parce que, dans ces circonstances, l'intérêt de la liberté de la femme semble l'avoir emporté au point de vue de la loi positive sur l'intérêt du resserrement, cependant si respectable, de l'intimité du lien conjugal qui devrait impliquer le *totius vitae consortium* dont parle le droit romain. La femme étrangère devenue Française par son mariage n'est donc pas dans une autre situation que toute autre femme mariée française. Et nous essaierons d'établir plus loin que le changement de nationalité du mari français ou belge n'influe pas en général sur la nationalité de la femme.

387. — On acquiert la qualité de Belge par la naturalisation. Notre loi du 6 août 1881 a maintenu la distinction établie par la législation antérieure entre la naturalisation ordinaire et la grande naturalisation. Cette distinction était du reste établie par l'art 5 de la Constitution. La grande naturalisation seule assimile l'étranger au Belge quant à l'exercice des droits politiques. On peut en conclure, quelque singulier que soit le système du pouvoir constituant, que les étrangers qui obtiennent la naturalisation ordinaire sont des Belges incomplets. M. Laurent a parfaitement raison de critiquer ce système, et la plupart des législations étrangères ne contiennent pas de trace de la distinction. Mais on aurait tort d'en conclure, avec le savant auteur, que les étrangers qui ont obtenu cette faveur ne sont pas Belges. Le mot même de naturalisation proteste contre cette opinion. Ce sont des Belges d'une qualité inférieure. Ils ont non-seulement l'exercice de tous les droits civils, lesquels appartiennent aussi aux étrangers autorisés à établir leur domicile en

Belgique, mais l'exercice et la jouissance des droits politiques qui ne sont pas réservés aux Belges par naissance ou par grande naturalisation. Ces droits ne sont pas fort nombreux. La Constitution n'y range que le droit d'éligibilité à la Chambre des Représentants (art. 50), ou au Sénat (art. 56), et celui d'être appelé aux fonctions ministérielles (art. 86). Les lois électorales y ont ajouté le droit d'être électeur à la Chambre ou au Sénat et la loi de 1869 sur l'organisation judiciaire, celui d'être juré (art. 97). Mais la preuve, qu'en principe ceux qui ont obtenu la naturalisation ordinaire sont Belges, résulte précisément de ce que le Congrès a cru devoir s'en expliquer formellement, quand il entendait les exclure de certains droits politiques, malgré le texte de l'art. 4, al. 2, qui implique la nécessité de la qualité de Belge pour exercer des droits politiques quelconques et celui de l'art 6 qui déclare les Belges seuls admissibles aux emplois civils et militaires.

388. — De là résulte à l'évidence que les enfants de celui qui a obtenu la naturalisation ordinaire jouissent de tous les droits politiques : ils sont nés d'un Belge. Aussi devons-nous approuver pleinement la doctrine de la Cour de Cassation de Belgique à cet égard [1]. Tout le système de Laurent repose en définitive sur une interprétation judaïque des mots « la grande naturalisation seule assimile l'étranger au Belge pour l'exercice des droits politiques » : Il n'est pas *assimilé* au Belge pour l'exercice des droits politiques, donc il n'est pas Belge. Mais qui ne voit que cela signifie simplement qu'ils ne sont pas assimilés aux autres Belges, en ce qui concerne ces droits ; qu'il y a des droits politiques dont ils peuvent être privés. Il y a bien des personnes, du reste, qui, quoique Belges de naissance, ne jouissent pas des droits politiques. Pour elles la distinction entre la naturalisation ordinaire et la grande naturalisation est sans portée aucune. Ne sont-elles pas Belges si elles n'obtiennent que la naturalisation ordinaire, alors qu'elle leur confère exactement les mêmes droits que la grande naturalisation ?

(1) Cass., 28 mars 1876. Pas. 1876. 1, 205.

389. — Les conditions de la grande naturalisation ont été considérablement facilitées par la loi du 6 août 1881. Jusqu'à cette époque elle n'avait été accordée que onze fois. Il était contraire à la tendance des idées modernes de subordonner la nationalité complète à des conditions aussi rigoureuses, aussi extraordinaires, que des services éminents rendus à l'Etat. Tout en maintenant ce motif de grande naturalisation, la loi de 1881 permet d'accorder cette faveur :

1° A l'étranger marié ou ayant retenu un ou plusieurs enfants de son mariage qui est âgé de 25 ans accomplis et a résidé en Belgique pendant au moins dix ans ;

2° A l'étranger qui a épousé une Belge ou a retenu de son mariage avec une Belge un ou plusieurs enfants, pourvu qu'il ait résidé en Belgique pendant 5 ans au moins ;

3° A l'étranger non marié ou veuf sans enfants s'il a atteint l'âge de cinquante ans et a 15 ans de résidence au moins dans le pays.

La naturalisation ordinaire n'est accordée en général qu'à ceux qui ont accompli leur 21e année, et qui ont résidé pendant cinq ans en Belgique. Nous ne croyons pas devoir entrer dans le détail des formes dans lesquelles s'opère la naturalisation. Mais il importe d'examiner ses effets quant à la femme et aux enfants. En ce qui concerne les enfants, la naturalisation de leur père ne leur donne pas de plein droit la nationalité belge, mais elle leur permet de l'acquérir, s'ils sont mineurs, moyennant une déclaration d'intention qu'ils pourront faire, soit dans l'année qui suivra leur majorité, soit même à partir de l'âge de 18 ans, avec les consentements requis, et, s'ils sont majeurs, moyennant de solliciter la naturalisation, qu'ils pourront obtenir sans être astreints aux mêmes conditions. Enfin, si le père est décédé, la naturalisation de la mère assure aux enfants les mêmes avantages. Mais la loi ne dit mot de l'effet de la naturalisation du mari quant à la nationalité de la femme. La question a cependant été soulevée par une section qui, tout en émettant

l'opinion qu'il est impossible d'astreindre la femme à partager *ipso facto* la naturalisation de son mari survenue postérieurement au mariage, a proposé d'intercaler dans la loi la disposition suivante : « La naturalisation du mari assure à sa femme la faculté de jouir du même avantage, pourvu qu'elle déclare, conformément à l'article 8, dans l'année qui suivra la collation de la naturalisation au mari, que son intention est de jouir du bénéfice de la présente déclaration (1). » Mais la Chambre a réservé cette question pour la discussion du Code civil, M. le Ministre de la Justice ayant annoncé la présentation prochaine d'un projet de révision du T. 1er dans ce Code. Dix ans se sont écoulés, et le projet n'est pas présenté.

390. — Quoi qu'il en soit, il résulte de ces observations que, conformément du reste à la jurisprudence, la section n'estimait pas que la naturalisation du mari entraînait celle de la femme, et que la loi nouvelle n'a apporté à cet égard aucune modification à l'état de choses existant. Il eût été peut-être sage de lui accorder, sans plus attendre, des facilités particulières pour en réclamer le bénéfice. Nous penchons même fort à admettre avec Laurent (2) qu'il faudrait aller plus loin. Le système actuel tend certainement à rompre l'unité de la famille, et il est étrange que la femme et le mari puissent appartenir à des patries différentes, avoir des obligations différentes et parfois contraires, éprouver des sentiments qui se heurtent.

Il est inutile d'insister sur le dommage considérable qui en peut résulter pour la paix et le bonheur de la famille dans certaines éventualités. D'autre part, si l'épouse acquiert contrainte et forcée la nationalité de son mari au moment du marige, et il en est ainsi dans la plupart des législations, si cela est fondé sur la nature du mariage, qu'y a-t-il de si exorbitant à décréter qu'elle en changera avec lui. Si la femme est obligée de suivre son mari partout où il juge à propos de résider, fût-ce en pays

(1) *Pasinomie belge*, 1881, p. 368, note 2.
(2) T. III, p. 342.

étranger, qu'y a-t-il d'extraordinaire à décréter qu'elle suivra sa condition quant à la nationalité, même lorsque celle-ci est modifiée, soit par son établissement même en pays étranger à perpétuelle demeure, soit par la naturalisation? Son consentement libre n'intervient pas plus dans son changement initial de nationalité par le fait du mariage, que dans les changements subséquents.

391. — M. Laurent fait observer, dans son excellent ouvrage, que tel est le système italien; c'est aussi celui qui a toutes les préférences du savant jurisconsulte genevois, Brocher, dont les travaux sont cités avec honneur par M. Laurent. Et ce n'est pas seulement le système de la loi italienne, mais aussi celui de la loi allemande et celui de la loi suisse, lesquelles étendent le bénéfice de la naturalisation acquise par le père aux enfants mineurs encore sous puissance. C'est la naturalisation collective opposée à la naturalisation individuelle. Quant à la législation française de 1889, elle établit une espèce de système transactionnel, assez analogue à celui de la loi belge, mais plus favorable aux enfants mineurs, en ce que la naturalisation du père leur confère la nationalité française *s'ils ne la déclinent* dans l'année qui suit leur majorité. Ils n'ont pas besoin de faire option. Mais, en ce qui concerne la femme et les enfants majeurs, ils doivent pour bénéficier de cette naturalisation en faire la demande. D'où il résulte que la loi française n'est pas fondée sur le principe que la femme ne saurait avoir pendant le mariage une autre nationalité que son mari. Il s'en suit que la loi de 1889 n'a apporté aucune modification aux règles anciennes d'apres lesquelles, suivant la jurisprudence, la femme française, ou devenue telle par le mariage, ne perd pas sa nationalité française par le seul fait que le mari acquérerait une nationalité étrangère [1].

392. — L'acquisition de la nationalité peut aussi résulter d'une cession ou annexion de territoire, soit à la suite d'une guerre, soit par voie amiable. Mais elle peut résul-

(1) V. Weiss, p. 335 et de Bar : *Lehrbuch des internationalen Privat und Strafrechts*, p. 40.

ter encore d'un fractionnement de territoire, par l'effet duquel une partie de la nation se sépare de l'autre pour former un Etat indépendant. Lorsque l'état de choses nouveau s'est consolidé ou est reconnu, comment se répartissent les citoyens de l'ancien Etat entre les deux Etats nouveaux? De Bar prévoyant seulement le cas de cession de territoire admet que le principe le plus rationnel est de considérer comme changeant de nationalité, non pas tous ceux qui sont nés dans le territoire cédé, mais tous ceux qui, *étant sujets de l'Etat* cédant, sont *domiciliés* dans la partie cédée. Il condamne, comme absolument irrationnel, le principe d'après lequel tous ceux qui sont domiciliés dans la partie cédée, ou tous ceux qui y seraient nés, changeraient de nationalité, ainsi que le principe d'après lequel on exigerait à la fois le domicile et *la naissance* dans la fraction aliénée. Il ajoute toutefois que s'il s'agissait d'une colonie ou d'une île pour laquelle un indigénat spécial serait reconnu, il faudrait s'en tenir à celui-ci. En théorie, l'opinion du savant auteur nous paraît mériter pleine approbation, et le principe qu'il pose nous paraît pouvoir étendu au cas de fractionnement de territoire. La naissance seule sur telle ou telle partie du sol national peut dépendre de circonstances purement fortuites. Elle n'établit pas un lien rationnel et permanent entre cette partie du territoire et le citoyen. Il en est autrement du domicile; mais il serait contraire à la raison de considérer le domicile par lui-même comme suffisant pour que tous les domiciliés, fussent-ils sujets d'un Etat tiers, acquièrent une nationalité nouvelle.

393. — Des circonstances spéciales peuvent amener les nations à régler cette question d'une autre manière, et d'après d'autres bases. Lorsque la Belgique s'est séparée d'avec la Hollande, l'union des provinces belgiques et des provinces du nord avait duré peu de temps. Il existait des Belges de race et des Hollandais de race. On a donc pu considérer avec raison comme Belges : 1° Ceux qui sont nés de parents belges, quand même ils seraient nés dans les provinces septentrionales, puisque, d'après le Code

Napoléon qui régissait encore les Pays-Bas en 1830 : tout enfant né d'un Français en pays étranger est Français. Mais ce n'est pas là, comme le suppose Laurent (1), une application du principe de Pothier ; car Pothier s'attache uniquement au lieu de naissance et à l'habitation. On a considéré en second lieu comme Belges, ceux qui, nés en Belgique de parents étrangers, y étaient domiciliés pendant l'existence du Royaume des Pays-Bas, par application d'une disposition de la loi fondamentale art. 8. Et ceci encore est rationnel ; car, s'ils avaient acquis la nationalité dans l'ancien royaume des Pays-Bas, c'était uniquement à raison de l'établissement de leurs parents sur le sol belge. Enfin, on a considéré en troisième lieu comme Belges, aux termes de la loi du 27 septembre 1835, ceux qui avaient obtenu la naturalisation sous le gouvernement hollandais, et qui, étant domiciliés en Belgique au 1er décembre 1830, avaient continué d'y résider. Abstraction faite du domicile, ces naturalisés ne devaient pas être considérés comme Belges, plutôt que comme Hollandais. Mais le domicile établissait ici un lien spécial avec la nationalité nouvelle.

Eu égard aux circonstances spéciales dans lesquelles on se trouvait, ces questions de nationalité nous semblent avoir été rationnellement résolues.

394. — Mais la Cour de Cassation a appliqué les mêmes principes, lorsque le traité du 14 avril 1839 est venu démembrer les provinces de Luxembourg et de Limbourg. Elle a décidé qu'un individu né dans la partie cédée est resté Belge, à raison de la circonstance que *son père* était Belge et originaire d'une partie non cédée (2). Le traité de 1839 est muet sur la question. La Cour, dont la décision est vivement critiquée par M. Laurent, a fondé sa décision sur ce que, dans la plupart des pays, et en Belgique notamment, la filiation est déterminante de la nationalité. Cela est incontestable; mais il n'en résulte qu'une chose : c'est que cet individu était Belge au moment où a

(1) T. III, p. 401, nº 233.
(2) Il s'agissait d'un individu dont le père était de Binche, dans le Hainaut.

eu lieu le démembrement, A-t-il été touché par celui-ci ? Là est toute la question. Car il est évident que les individus nés et domiciliés dans la partie cédée, et originaires d'un père appartenant à la partie cédée, étaient Belges également ; et cependant tout le monde convient qu'ils sont devenus Hollandais par suite de la cession de territoire. L'argument était donc sans valeur. Quant à soutenir que dans un même pays, dans lequel il n'y a qu'une nationalité, on appartient à telle ou telle province parce qu'on est issu d'un père qui y est né, qu'en Belgique, par exemple, on est Luxembourgeois ou Liégeois, suivant que l'on est issu d'un père qui est né dans le Luxembourg ou dans la province de Liége, cela n'a aucun fondement sérieux. Laurent a parfaitement raison de le dire. Mais, en thèse générale, il n'est pas logique non plus de s'en tenir au lieu de naissance personnel, et il est beaucoup plus rationnel de s'en rapporter au domicile. Le domicile seul établit certains rapports spéciaux entre le national et une commune déterminée, et partant entre le national et la province dans laquelle cette commune est située. Et les Gantois, par exemple, ne sont pas les individus nés à Gand, mais les individus domiciliés à Gand ; s'ils sont issus d'une famille bruxelloise, on dit que ce sont des Gantois d'origine bruxelloise. Tel est le langage ordinaire, usuel, qui répond à la vérité des situations.

395. — M. Weiss, dans son *Traité élémentaire de droit international privé*[1], expose les divers systèmes qui ont été soutenus sur ce point. D'après le premier, la cession ou l'annexion modifie seulement la nationalité des sujets de l'Etat cédant qui sont domiciliés dans la partie cédée. C'est le système auquel nous donnons, en principe, la préférence, et auquel cet auteur se rallie avec M. de Bar. Outre des considérations assez analogues à celles sur lesquelles nous avons basé notre préférence, Weiss fait remarquer que le Code civil a lui-même attribué au domicile une certaine influence sur la nationalité, en

(1) P. 348.

faisant résulter la perte de la qualité de Français de tout établissement fait en pays étranger sans esprit de retour. D'après le 2e système, la nationalité de l'Etat annexant doit être attribuée à tous les sujets de l'Etat cessionnaire (il y a ici un *lapsus calami* évident : c'est l'Etat cédant qu'il faut dire) nés sur le territoire annexé. D'après un 3e système, elle appartient à toutes les personnes originaires du territoire cédé, ou y ayant leur domicile. D'après un 4e, il faut s'attacher au domicile lorsque le territoire cédé dépend d'un Etat unitaire, et à l'origine lorsqu'il fait partie d'une fédération ou confédération d'Etats. D'après le 5e, l'annexion n'atteint que les personnes nées dans le territoire annexé, et qui y ont de plus leur domicile. Nous ferons remarquer que, si nous avons donné la préférence au premier système, c'est en y admettant à titre d'exception un tempérament analogue à celui du quatrième.

396. — La nationalisation par voie de cession, d'annexion ou de fractionnement de territoire, atteint nécessairement en principe la femme et les enfants mineurs du nationalisé ayant leur domicile légal chez lui. Mais il est conforme aux idées modernes, conforme aux traités les plus récents, que des sujets ne soient pas cédés par un Etat à un autre, comme un vil troupeau, contrairement à leur volonté formelle. Aussi laisse-t-on en général aux sujets, qui habitent le territoire cédé, la faculté d'opter dans de certains délais pour la nationalité de l'Etat cédant, tout en exigeant qu'ils transfèrent leur domicile dans le territoire de ce dernier Etat. Et le droit d'option peut, dit de Bar, être subordonné à cette condition, même quand cela n'a pas été expressément stipulé dans le traité (1). Nous avons quelque scrupule quant à ce dernier point. Mais, si le droit d'option est attribué aux majeurs, il paraît assez rationnel de le reconnaître également aux enfants mineurs à partir de leur majorité, ou même à partir de l'âge auquel ils peuvent être émancipés, moyennant

(1) *Lehrbuch des internationalen Privat- und Strafrechts*, p. 47.

les consentement et autorisation nécessaires dans ce dernier cas. S'il est des plus désirable, dans l'intérêt de l'unité de la famille, que les enfants mineurs soumis à la puissance paternelle aient la même nationalité que leur père, cet intérêt n'a plus la même importance lorsqu'ils sont devenus majeurs ou en âge d'être émancipés. Et il est équitable de respecter les sentiments qui ont déjà pu se développer en eux au moment de la cession, ou qui peuvent s'y développer plus tard par l'influence des anciens souvenirs, des anciennes traditions. Mais, en ce qui concerne la femme mariée, à moins qu'elle ne soit séparée de corps, nous fondant sur l'intérêt de l'union conjugale, nous préférerions le système qui leur refuse le droit d'option.

397. — En Belgique, l'art. 133 de la Constitution donne le droit d'option pour la nationalité belge aux étrangers établis en Belgique avant le 1er janvier 1814, et qui ont continué à y être domiciliés. La loi du 22 septembre 1835 le reconnait : 1° aux individus nés Belges qui ayant été, sans autorisation, au service militaire chez l'étranger et, étant rentrés en Belgique avant le 1er janvier 1833, ont combattu pour la cause de la révolution ou ont pris du service dans l'armée nationale, ou bien ont été admis à un emploi civil et ont continué depuis lors de résider en Belgique ; 2° aux habitants des provinces septentrionales de l'ancien royaume des Pays-Bas qui étaient domicilés ou qui sont venus demeurer en Belgique avant le 7 février 1831, et qui ont depuis lors continué d'y résider. La loi du 4 juin 1839, interprétée par la loi du 1er juin 1878, confère le même privilège à toute personne jouissant de la qualité de Belge, qui est née dans une des parties du Limbourg ou du Luxembourg détachées de la Belgique par les traités du 19 avril 1839, et perdrait cette qualité par suite de ces traités. Et diverses dispositions postérieures ont étendu les délais d'option. Il est à remarquer que ces lois ne disent rien de la femme mariée, et nous doutons fort qu'elle ait pu opter. Mais la loi de 1839 accorde le droit d'option aux enfants mineurs dans l'année qui suivra leur majorité. Comme on le voit, cette législa-

tion n'assurait pas le droit d'option à tous les sujets domiciliés dans la partie cédée, et ne va pas aussi loin, à cet égard, que le permettraient les principes actuellement prédominants.

398. — La question de l'acquisition de la nationalité par cession de territoire et celle du droit d'option ont été diversement résolues lors de l'annexion à la France : *a*) de la Savoie et du Comté de Nice ; *b*) de Menton et de Roquebrune ; *c*) de l'île de St-Barthélemy, et lors de la cession de l'Alsace et de la Lorraine à l'Allemagne. On peut consulter pour les détails l'ouvrage de M. Weiss, pp. 360 et ss. En ce qui concerne l'acquisition de la nationalité, le traité franco-sarde du 21 mars 1860 et la convention entre la France et le prince de Monaco confèrent la nationalité française, à tous ceux qui sont nés *ou* qui sont domiciliés dans ce territoire. Le traité franco-suédois, comportant rétrocession de l'île de St-Barthélemy à la France, ne parle que des sujets de la couronne de Suède domiciliés dans l'île. Quant au traité franco-allemand du 10 mai 1871, il a prêté à des interprétations contradictoires. L'art. 2 de ce traité porte : « Deviennent Allemands les sujets français *originaires* des territoires cédés, *domiciliés* actuellement sur ce territoire. » Il semblait bien résulter de ce texte qu'il fallait une double condition pour que la nationalité allemande fût acquise, l'origine d'abord, c'est-à-dire, ainsi qu'on l'a toujours admis, la naissance sur le sol cédé, et le domicile en second lieu, et qu'il n'y avait lieu par conséquent à l'exercice du droit d'option que pour les individus à la fois nés et domiciliés dans ce territoire. Mais, d'une convention additionnelle signée à Francfort le 11 décembre 1871, et par laquelle le délai d'option était prorogé pour tous les originaires domiciliés hors d'Europe, on a conclu, même en France, que ces individus quoique non domiciliés dans la partie cédée n'en étaient pas moins devenus Allemands, et que tous les Français nés sur le territoire cédé avaient acquis la nationalité allemande en principe. Le gouvernement allemand prétendit en outre que, par le fait de la

cession de l'Alsace et de la Lorraine, tous les domiciliés étaient devenus Allemands, sans même qu'ils fussent nés dans la partie cédée. Il se fondait sur ce que l'art. 2 du traité n'avait nullement pour objet de déterminer les personnes qui devenaient allemandes, mais d'accorder le droit d'option. Les deux gouvernements ne sont jamais parvenus à se mettre d'accord sur ce point, de telle sorte que les ex-Français domiciliés dans la partie annexée, mais nés dans la partie non annexée du territoire français, sont considérés comme Allemands en Allemagne et comme Français en France. Par contre, le principe du domicile a prévalu dans le traité de Zurich du 29 novembre 1859 et dans le traité de Vienne du 24 mars 1860.

399. — Dans tous ces traités le droit d'option a été reconnu, alors même que l'annexion avait été sanctionnée par un plébiscite. Mais, en ce qui concerne les enfants mineurs et les femmes mariées, leurs stipulations sont extrêmement diverses et la portée en est souvent douteuse. Le traité du 10 mai 1871 qui a sanctionné la cession, à l'Allemagne, de l'Alsace et d'une partie de la Lorraine, ne dispose rien en ce qui les concerne. Le gouvernement allemand ne reconnaît aucun droit d'option aux mineurs non émancipés ni aux femmes mariées. Ils suivent la condition du père ou du mari. En ce qui concerne les mineurs, de Bar fait observer qu'il serait contraire aux intérêts les plus essentiels de l'Etat cessionnaire de garder ainsi chez lui, sur son sol, au milieu de populations probablement encore hostiles, des individus dont la nationalité est pour ainsi dire suspendue, et qui, après un temps assez long, pourront tout d'un coup se déclarer étrangers. Etant peu sympathique aux annexions qui sont le résultat de la conquête, et qui s'opèrent contre la volonté des populations, nous sommes peu touché de cet argument. Mais, pour les enfants mineurs comme pour la femme mariée, on peut invoquer dans une certaine mesure l'intérêt de l'unité, de l'homogénéité de la famille. Quant aux mineurs émancipés, le gouvernement allemand leur reconnaît le droit d'opter moyennant le consentement

des personnes dont l'assistance leur est nécessaire. Toutefois, la question de savoir quels sont ceux qui, pour rester Français, doivent exercer ce droit d'option a donné encore une fois lieu à des contestations nombreuses, qui ne seront probablement jamais vidées, et qui aboutissent à conférer à bien des personnes une double nationalité.

400. — La qualité de Belge se perd : 1° par la naturalisation acquise en pays étranger ; 2° par tout établissement fait en pays étranger sans esprit de retour ; 3° en ce qui concerne la femme, par son mariage avec un étranger. Aux termes de l'art. 17, 2°, elle se perdait également par l'acceptation non autorisée des fonctions publiques conférées par un gouvernement étranger, et, aux termes de l'art. 21, lorsque le Belge, sans autorsation du roi, prend du service militaire chez l'étranger ou s'affilie à une corporation militaire étrangère. Mais ces dispositions ont été abrogées par la loi du 21 juin 1865. Les individus qui avaient perdu la nationalité belge, en vertu de ces dispositions, l'ont recouvrée de plein droit à partir de la mise en vigueur de la loi du 21 juin 1865, mais seulement pour l'exercice des droits ouverts à leur profit depuis cette époque. C'est-à-dire que la loi nouvelle respecte les droits acquis par des tiers dans l'intervalle. Il n'y a donc plus, en dehors des cessions, annexions ou fractionnements de territoire, d'autres causes de perte de la nationalité que les trois causes indiquées plus haut. Cette perte ne peut plus résulter de la mort civile, la Constitution ayant aboli celle-ci. Mais l'application des art. 17, 1° et 3°, et 19 du Code civil donne lieu à de sérieuses difficultés dans certains cas.

401. — La qualité de Belge se perd par la naturalisation acquise en pays étranger. Mais quel est l'effet de la naturalisation du mari sur la nationalité de la femme, de la naturalisation du père sur la nationalité des enfants? M. Laurent déclare que la difficulté ne se présente pas pour les femmes mariées. « D'après le droit commun de l'Europe, elles suivent la condition du mari ; l'Angleterre s'y est ralliée en 1870, quand elle a modifié sa législation

sur la nationalité et sur la naturalisation. Il reste des doutes sur la portée du principe ; mais la logique des idées conduira à admettre la conséquence qui résulte de l'unité de famille : si le législateur veut l'unité de nationalité lorsque le mariage se contracte, il doit la vouloir aussi pendant toute la durée du mariage. » De sorte que M. Laurent, après avoir déclaré que la difficulté ne se présente pas pour les femmes mariées, ajoute immédiatement après qu'il reste des doutes sur la portée du principe au moyen duquel il la résoud. Et les motifs qu'il invoque à l'appui de la solution qu'il préconise présentent plus de valeur pour le législateur que pour l'interprète. Le législateur ne dit nulle part, d'une manière générale et absolue, que la femme mariée aura toujours la même nationalité que le mari. Il ne dit même pas que la femme en général suit, au point de vue de la nationalité, la condition de son mari. Il ne parle que de la femme étrangère qui épouse un Belge, de la femme belge qui épouse un étranger.

Mais il dit en termes formels que la qualité de Belge se perdra par la naturalisation acquise en pays étranger. Supposons que le Belge se fasse naturaliser dans un pays, d'après la législation duquel cette naturalisation profite à sa femme, et il en est ainsi de la naturalisation acquise en Allemagne, en Suisse et en Italie, il est incontestable qu'en fait la femme mariée se trouvera aussi naturalisée, qu'elle aura *acquis la naturalisation* en Allemagne, pour nous servir des termes de l'art. 17 du Code civil. D'après la rigueur de ce texte, elle aurait donc perdu la nationalité belge. Le texte attache la perte de la nationalité au simple fait de la naturalisation acquise en pays étranger. Le législateur aurait certes pu la subordonner à l'acquisition volontaire de cette naturalisation par une personne capable et maîtresse de ses droits. Il ne l'a pas fait. Il est muet à cet égard. On peut toutefois objecter que cette doctrine aboutirait à cette singulière conséquence, que la naturalisation accordée par un gouvernement étranger à un Belge majeur et pleinement capable, même malgré lui, suffirait pour lui faire perdre sa nationalité originaire,

aux yeux du législateur belge, et cette conséquence ne répondrait certes pas à l'intention de ce dernier. Nous croyons donc qu'il faut entendre ici par naturalisation ce que la loi francaise entend par là, quand il s'agit de l'acquisition de la nationalité française par un étranger, c'est-à-dire l'acquisition volontaire du droit de nationalité. Si l'élément de la volonté n'intervient pas, il peut bien y avoir acquisition d'une nationalité étrangère, il n'y a pas naturalisation dans le sens que le législateur français attache à ce mot.

402. — S'il en est ainsi de la femme mariée, il doit en être de même des enfants mineurs procréés avant la naturalisation de leur père. Rien ne peut empêcher qu'ils n'acquièrent par le fait une nationalité étrangère, si telle est la législation de l'Etat qui naturalise le père; et il n'est pas au pouvoir de l'Etat belge d'y faire obstacle. Mais ils ne perdront pas pour cela la nationalité belge, parce qu'ils ne seront pas naturalisés en pays étranger dans le sens que la loi belge attache au mot naturalisation. Au point de vue de la loi positive, la question doit se résoudre exactement d'après les mêmes arguments, que celle relative à la femme mariée ; au point de vue de la théorie, cette solution ne peut mieux se justifier que lorsqu'il s'agit de la femme mariée. Les enfants nés sujets d'un pays déterminé sont tels par des raisons logiques, tirées des circonstances, et que la loi a consacrées ; ils sont tels à raison du lien *naturel* qui existe entre eux et un pays déterminé, à raison d'une affinité présumée de caractère, de dispositions natives, entre eux et les citoyens de ce pays. Certes il est souhaitable, dans l'intérêt de l'unité de la famille, qu'ils aient la même nationalité que le père. Mais cet intérêt devient moins puissant lorsqu'ils volent de leurs propres ailes, pour employer une expression familière, lorsqu'ils sont affranchis dans une forte mesure de l'autorité paternelle, lorsqu'ils sont en âge de fonder une famille nouvelle. Il s'agit de savoir si l'on permettra au père d'user ou d'abuser de leur minorité, pour leur donner une autre nationalité que celle qui leur appartient

pour ainsi dire par droit de naissance, et vers laquelle les entraînent peut-être leurs instincts naturels et d'indestructibles souvenirs. Ces considérations sont d'une puissance d'autant plus grande que l'enfant, au moment où le père acquiert une nationalité étrangère, se rapproche davantage de la majorité. Peut-être toutefois donnerait-on satisfaction aux scrupules et aux objections, qui surgissent à cet égard, en réservant aux enfants dans les pays qui admettent cette naturalisation familiale, le droit de décliner la nationalité qui leur a ainsi été conférée bon gré mal gré, dans l'année qui suivra leur majorité, ou même à partir de l'âge de 18 ans accomplis. Et, si l'on décrétait que la femme, pendant le mariage, ne peut avoir d'autre nationalité que son mari, on devrait également lui réserver le droit de recouvrer, à la dissolution de celui-ci, non-seulement la nationalité qu'elle aurait perdue par son mariage, ainsi que le dit l'art. 18, 2°, mais celle qu'elle aurait perdue par un acte subséquent de son mari.

403. — De ce que la femme mariée n'a pas nécessairement la même nationalité que le mari, bien qu'elle suive sa condition en se mariant, il suit à notre avis qu'elle peut acquérir une nationalité étrangère et différente de celle de ce dernier avec l'autorisation de celui-ci. C'est ce qui a été implicitement reconnu par un arrêt de la Cour d'Appel de Bruxelles dans la célèbre affaire de Bibesco contre de Bauffremont. Mais, d'un autre côté, cet arrêt décide : « que la femme française, séparée de corps en France, a également besoin de l'autorisation de son mari pour pouvoir se faire naturaliser en pays étranger ; que, si la naturalisation étrangère lui a été conférée en pays étranger, sans cette condition, elle ne peut avoir d'effet que dans le pays où elle a été obtenue, et ne fait point perdre à la femme la nationalité française, au regard de la loi française ; qu'en conséquence le second mariage qu'elle contracterait, dans ce pays, au mépris de son mari encore vivant, est également nul au regard de cette loi. » Cette cause célèbre a fait surgir d'innombrables brochures et des discussions passionnées. Il est inutile que nous nous

occupions ici de toutes les questions qui y ont été soulevées. Mais nous dirons quelques mots de celles qui présentent un intérêt réel au point de vue de la naturalisation [1].

404. — La première question soulevée était celle de savoir si une naturalisation, même irrégulièrement acquise en pays étranger, pouvait être annulée ou simplement considérée comme inexistante en France. La négative semble s'imposer. Les tribunaux français se défendaient, il est vrai, de vouloir porter atteinte à la souveraineté des gouvernements étrangers, en considérant comme inexistante la naturalisation obtenue par la princesse de Bauffremont en Allemagne. Mais le respect qu'ils professaient pour l'acte de souveraineté de l'Allemagne était quelque peu dérisoire, puisqu'ils n'en tenaient aucun compte. Les tribunaux belges, exerçant leur juridiction dans un pays tiers, se trouvaient dans une situation plus délicate encore. Ils étaient placés entre deux lois étrangères, deux souverainetés étrangères. M. l'avocat général Van Schoor a estimé que respect était dû à la loi française, comme régissant la capacité de la princesse au moment où elle sollicitait et obtenait la naturalisation allemande, et la Cour s'est rangée de son avis. La question était précisément de savoir si la loi française régissait encore le débat et les parties, alors qu'un acte souverain avait conféré à la princesse une nationalité nouvelle, et un statut personnel nouveau. Or, c'était dans cette situation nouvelle que la princesse se présentait devant la Cour. Tout ce qu'un Etat peut faire en pareil cas, c'est de ne pas dégager celui qui obtient ainsi une naturalisation étrangère, dans des conditions irrégulières, de ses obligations vis-à-vis de sa patrie d'origine, de sa nationalité primitive, sans qu'il puisse méconnaître, ni même simplement ignorer la naturalisation étrangère. Mais il ne peut le faire que si sa législation l'y autorise.

(1) L'auteur du présent ouvrage a le devoir de s'exprimer sur ces questions avec d'autant plus de réserve qu'il représentait l'une des parties en cause. V. *B. j.*, 1879, pp. 1121 et 1315. Mais, comme plusieurs auteurs s'en sont occupés même dans des traités généraux, il ne croit pas pouvoir les passer sous silence.

405. — Or, l'art. 17 attache la perte de la qualité de Français d'une manière générale à la naturalisation acquise en pays étranger, sans exiger aucune condition. M. Van Schoor a fait cependant à ce sujet des observations très sérieuses : « La naturalisation acquise en pays étranger ne prive de sa nationalité que le Français maître de ses droits et de sa personne. L'incapable n'est pas touché par cette disposition. Quelle est en effet la naturalisation visée dans cet article? Le tribun Gary l'expose en ces termes : « On abdique la qualité de Français expressément ou tacitement. C'est une abdication expresse quand *on se fait naturaliser* en pays étranger. Celui qui se donne une nouvelle patrie renonce à la première. » Renonciation et abdication supposent nécessairement, ajouterons-nous, une personne capable d'accomplir de tels actes. C'est à un fait volontaire que s'attache la perte de la qualité de Français... » Il est assez dangereux toutefois de restreindre la portée d'un texte, par le motif que cette pensée restrictive apparaît dans tel ou tel discours prononcé à l'occasion des discussions de la loi, si cette pensée n'a reçu aucune expression dans le texte. Et l'on pourrait opposer au langage de Gary celui de Treilhard, qui justifiait tout simplement l'art. 16 en disant : « Il est assez évident que, dans tous les cas, la qualité de Français ne peut se conserver : *on ne peut avoir deux patries*. » Il est vrai qu'il parle ensuite de celui qui *s'est fait* naturaliser en pays étranger. Mais c'est qu'il n'a pas supposé que les nations étrangères fussent disposées à conférer une naturalisation non sollicitée, l'octroi de la naturalisation étant en général considéré comme un privilège que l'on accorde seulement à celui qui le demande. De là ne suit pas que l'acquisition d'une nationalité nouvelle implique nécessairement l'intention, l'élément volontaire, d'après les idées françaises. C'est ainsi qu'aux termes de l'art. 4 de la Constitution du 24 juin 1793, *tout étranger*, âgé de 21 ans accomplis, qui, domicilié en France depuis une année, y vivait du produit de son travail, s'est trouvé admis à l'exercice

des droits de citoyen français, et s'est trouvé tel, *ipso facto*, sans même que son consentement ou sa volonté fût nécessaire [1].

406. — Il résulte de ces observations qu'il y a doute sur le point de savoir, si, en établissant le principe que la nationalité française se perd par la naturalisation acquise en pays étranger, le législateur français a entendu parler d'une naturalisation acquise volontairement. Nous sommes cependant disposé à l'admettre, et en le faisant nous tenons largement compte des paroles du tribun Gary. Mais nous demanderons à nos adversaires qu'ils en tiennent compte également. Qu'est-ce que la perte de la nationalité française dans ce cas? C'est, comme l'a dit le tribun Gary, une déchéance. S'il en est ainsi, la perte de la nationalité ne peut certainement être encourue rationnellement et logiquement que par une acquisition volontaire de la naturalisation en pays étranger. D'où suit que l'être intelligent et libre peut seul encourir cette déchéance. Mais on ne peut en conclure que la femme séparée de corps, qui se fait naturaliser en pays étranger, ne puisse l'encourir, puisqu'elle est parfaitement capable de s'obliger par son délit ou par son quasi-délit, capable aussi, par conséquent, d'encourir une déchéance par un acte unilatéral. Quand on envisage la question à ce point de vue, il est même inutile de se demander si l'incapacité de la femme séparée de corps est générale ou spéciale. Lors même qu'elle serait générale, elle ne s'étendrait pas à la faculté de contracter des obligations par un quasi-délit. On a fait remarquer, en outre, que la femme séparée de corps a, d'après une jurisprudence constante, le droit de se choisir un domicile distinct de celui de son mari, et que si elle établit son domicile en pays étranger à perpétuelle demeure, elle perdra également la nationalité française. M. Van Schoor répond que l'intention de la femme séparée de fixer son domicile en pays étranger à perpétuelle demeure *serait illégale*, et qu'en conséquence

(1) Arrêt de Douai, 23 nov. 1840. Sirey, 1841, II, 164. — Arrêt d'Aix, 18 août 1858 et Aubry et Rau sur Zachariae, T. I, § 71, p. 221.

la loi ne devrait pas en tenir compte. Mais aucun texte ne prouve que la loi se serait érigée ainsi en censeur des intentions de la femme, et cette observation de l'éminent magistrat, excellente à méditer pour le législateur, est sans valeur pour l'interprète.

407. — On peut objecter encore que la naturalisation acquise par la femme en pays étranger ne peut en tout cas porter préjudice aux droits du mari, ni lui être opposée. Cette objection n'a plus la même portée, puisque sans méconnaître la perte de la nationalité, elle se borne à en écarter les effets en ce qui concerne les rapports dérivant du mariage. Mais elle n'a de valeur bien réelle que s'il s'agit d'époux non séparés. Quels sont les droits qui restent au mari en cas de séparation de corps? Le droit de se réunir à sa femme, *si elle y consent*, celui d'autoriser sa femme pour certains actes. Ces droits qui lui sont conservés, ne le sont pas dans son intérêt, mais dans un intérêt d'ordre public. Et c'est en effet sur l'ordre public que l'on se rabat en dernière analyse, pour méconnaître l'effet de la naturalisation étrangère acquise par la femme séparée, sans autorisation de son mari. Elle ferait fraude à la loi française qui consacre l'indissolubilité du mariage [1]. C'est l'argument suprême qu'avaient invoqué les arrêts français, et dont nos cours ont, au moins implicitement, admis le fondement. Nous croyons cependant qu'il n'a aucune valeur. Ce n'est pas faire fraude à la loi que de se placer volontairement, intentionnellement même, dans une situation telle, que d'après les dispositions de cette loi même, on échappe à son empire. Il suffit que l'on ne s'y soit pas placé par des moyens illicites en eux-mêmes : cela est d'évidence. Dans une brochure publiée en 1876, et intitulée *Questions pratiques de naturalisation*, M. de Folleville, professeur à la Faculté de droit de Douai, rend compte d'une consultation fournie par M. Treitt, avocat à la Cour d'Appel de Paris et conseil de l'ambassade anglaise au *Foreign-Office*, à la demande du gouvernement anglais, dans laquelle

(1) Elle ne la consacre plus aujourd'hui, comme on le sait, et la loi belge n'a jamais consacré ce principe.

on trouve des renseignements fort intéressants. Il en résulte que, lorsqu'il s'agit de la question si grave de *l'exonération du service militaire*, par la naturalisation en pays étranger, question qui touche à l'ordre public, aux intérêts vitaux de la nation, les tribunaux français n'envisagent que *le fait de la naturalisation*, et que, si ce fait est établi, ils admettent l'exonération. Il cite en ce sens deux jugements de Wissembourg du 25 avril et du 2 juin 1860, rapportés par Lawrence dans ses notes sur Wheaton. Il n'y a pas lieu d'examiner dans quelle intention la naturalisation a été sollicitée, mais uniquement si la naturalisation étrangère est établie en fait ou ne l'est pas, et en conséquence s'il s'agit d'un Français ou d'un étranger. Et M. Treitt ajoute que ces cas ne sont pas les seuls, qu'il y en a une dizaine au Ministère de la Guerre, *où l'on voit avec regret* la facilité qu'ont les jeunes gens de s'exonérer du service militaire par une naturalisation acquise en pays étranger. On ne songeait pas malheureusement à l'ingénieuse théorie, qui consiste à envisager ces naturalisations comme n'existant pas, comme de nul effet, comme faites en fraude de la loi, en tant qu'ayant pour but de soustraire les naturalisés aux obligations imposées aux Français par des lois qui sont au plus haut point d'intérêt général et d'ordre public. Un écrivain français, M. Joseph Garin [1], a fait de ce système une critique aussi juste que piquante. On n'élude pas une loi en agissant de telle manière que les barrières légales, s'opposant à l'accomplissement de tel ou tel acte, s'abaissent et s'effacent. On élude une loi et on la fraude, quand on cherche à obtenir d'une manière détournée un résultat que la loi prohibe. Or la loi française n'interdit nullement à l'étranger, considéré comme divorcé dans son pays, de contracter une seconde union très régulière d'après la loi de ce pays; elle ne règle que le statut personnel des Français. Et, dès lors, il n'y a aucune raison de considérer comme fait *in fraudem legis domesticae*, un acte par lequel un époux

(1) *Des conditions requises pour la validité du mariage en droit romain et dans le droit international privé.*

français, séparé de corps, auquel la faculté de se remarier est interdite par son statut personnel, acquiert une nationalité étrangère, fût-ce dans le but avoué d'être désormais régi, quant à son statut personnel, en vertu de la loi française elle-même, par la loi de sa nationalité nouvelle, et de pouvoir contracter une union nouvelle sous l'égide de cette loi. Nous avons la ferme conviction que ce système condamné par des idées anciennes et surannées est appelé à triompher dans l'avenir.

408. — L'examen de l'affaire de Bauffremont nous a conduit à résoudre négativement la question de savoir si une naturalisation peut être considérée comme inexistante, parce qu'elle aurait été sollicitée et acquise dans le but d'échapper à l'application des lois qui forment le statut personnel, et qui toutes se rattachent à l'ordre public national. On ne serait pas plus recevable à soutenir qu'une naturalisation obtenue en pays étranger peut être critiquée, comme ayant été sollicitée sans intention sérieuse de devenir sujet de l'Etat qui naturalise. Au regard de tout autre Etat, la naturalisation est un simple fait. Elle existe ou n'existe pas, et échappe à son appréciation. Quelle que soit l'intention dans laquelle elle a été acquise, elle n'en entraîne pas moins pour le naturalisé des droits auxquels correspondent des obligations. On comprend très bien que l'acquisition d'un domicile puisse être tenue pour fictive ou simulée, s'il apparaît que l'intention déclarée de fixer dans un lieu son principal établissement n'est point réelle. Mais on ne conçoit même pas l'idée d'une naturalisation fictive. Autre est la question de savoir si la naturalisation doit avoir pour effet la perte de la nationalité originaire. On concevrait très bien que la loi ne le dise pas, qu'elle subordonne la perte de la nationalité antérieure à une naturalisation obtenue, dans telle ou telle condition, par une personne libre de toute obligation, de tout lien personnel vis-à-vis d'un national. Mais c'est précisément ce que la loi française ne dit pas. Tout ce que l'on peut admettre par voie d'interprétation, c'est qu'elle suppose une naturalisation volontairement acquise.

On objectera peut-être que, si la théorie exposée ci-dessus au sujet de la naturalisation de la femme séparée est exacte, la femme mariée, même non séparée, pourrait également acquérir la naturalisation en pays étranger sans l'autorisation de son mari, et acquérir ainsi en même temps la faculté de divorcer d'avec lui. En fait, tout d'abord ce danger est illusoire, car aucune nation ne consentira à naturaliser une femme mariée sans l'autorisation du mari, si le lien conjugal n'est tout au moins distendu par la séparation de corps. En droit, il faut dire que, dans cette hypothèse, comme dans celle de la naturalisation obtenue par le mari sans le consentement de cette femme, il y a lieu d'admettre qu'elle ne pourra être opposée à l'épouse qui a conservé sa nationalité primitive. Dans ce cas, en effet, le mariage n'a subi encore aucune atteinte ; l'union étroite, la fusion de deux existences, *totius vitae consortium*, qu'il implique est entière, au moins en droit ; les droits et obligations qu'il engendre sont inaltérés : tandis que dans le cas de séparation de corps, tout cela n'est plus que souvenir ou fiction, la séparation de corps ne faisant que sanctionner la séparation des âmes, dont elle est la suite logique et rationnelle.

409. — L'art. 13 de l'avant-projet de Code civil belge contient la disposition suivante : « Les changements de nationalité n'ont pas d'effet rétroactif. On ne peut s'en prévaloir qu'après avoir rempli les conditions et formalités imposées par la loi, et seulement pour l'exercice des droits ouverts depuis cette époque. » D'après le rapport de la commission extra-parlementaire, cette disposition « a pour but et pour effet d'éliminer des causes qui peuvent amener la coexistence de plusieurs indigénats, dans le chef d'une même personne, pour une même période de sa vie juridique ». La rétroactivité aurait en effet ce résultat que la personne, qui acquiert une nationalité nouvelle, aurait été soumise dans le passé à deux lois personnelles différentes. Sur le principe il n'y a pas de doute, bien qu'il ne soit pas tout à fait exact d'y voir seulement l'application de l'art. 2 du Code civil, reproduit par l'art. 2 du projet.

Car le changement de nationalité ne résulte pas partout et toujours d'une loi. Mais la deuxième disposition de l'art. 13 du projet peut donner lieu à critique. D'abord le changement de nationalité n'est pas toujours subordonné à des formalités. La perte de la qualité de Français, de la qualité de Belge peut résulter de l'établissement en pays étranger sans esprit de retour, et dans certains pays une longue résidence fait acquérir, comme nous le verrons, la qualité de citoyen, sans formalité aucune. On a tout dit quand on a déclaré que le changement de nationalité n'a pas d'effet rétroactif. Et il est évident qu'il ne produit effet que quand il existe, quand on a satisfait aux conditions exigées pour qu'il soit réalisé. On aurait donc très bien pu se contenter de dire : On ne peut s'en prévaloir que pour l'exercice des droits ouverts depuis son accomplissement. Mais cette formule n'est pas tout à fait satisfaisante. Pourquoi ne pas dire *pour les droits ouverts* au lieu de *l'exercice* des droits. Il est vrai que l'exercice implique la jouissance; mais le mot était inutile. D'autre part, cette disposition nous paraît incomplète. L'art. 2 du Code civil établissant, comme le projet, que la loi ne dispose que pour l'avenir et n'a point d'effet rétroactif, est généralement interprété comme n'excluant la rétroactivité que relativement aux droits acquis. Les lois qui concernent le statut personnel régissent toujours le passé. La faculté de divorcer ou de ne pas divorcer, par exemple, est régie par la loi nouvelle.

410. — Or permettra-t-on au mari, qui se fait naturaliser en pays étranger seul, de divorcer, malgré l'opposition de sa femme, si cette faculté lui est interdite par la loi sous l'empire de laquelle le mariage a été contracté, quand elle existe d'après la loi nouvelle? Cela paraît difficilement admissible. On ne peut cependant lui refuser la faculté de divorcer, au moins en pays étranger, par des considérations tirées de l'ordre public ou du droit public, puisqu'il est reconnu que les règles concernant le divorce n'intéressent que l'ordre public national, et ne sont établies que pour les nationaux. Et l'on ne pourrait la lui refuser

davantage en vertu de la non-rétroactivité du changement de nationalité, et du principe qu'il ne peut s'en prévaloir que pour les droits ouverts postérieurement, puisqu'il s'agit précisément d'un droit que lui ouvre son nouveau statut personnel. Jamais on n'a considéré le droit à l'indissolubilité du mariage comme un droit acquis. Il faut donc invoquer l'intérêt des tiers pour le lui interdire. Peut-être pourrait-on améliorer et compléter la disposition, en établissant que le changement de nationalité ne porte aucune atteinte aux obligations antérieures du naturalisé vis-à-vis des tiers, et que l'on ne peut s'en prévaloir que pour les droits ouverts après son accomplissement.

411. — La disposition d'après laquelle la nationalité se perd par une naturalisation acquise en pays étranger s'applique-t-elle au cas où l'on deviendrait citoyen d'un pays étranger, par l'exercice d'un droit d'option analogue à celui qui résulte des art. 9 et 10 du Code civil, ou par une simple manifestation de volonté, accompagnée de la rentrée dans le pays, avec autorisation du chef de l'Etat comme celle mentionnée dans les art. 18 et 19? Nous n'hésitons pas à répondre affirmativement. C'est là une espèce de naturalisation de faveur, comme on l'a appelée. Il y a, du reste, mêmes motifs de décider. Il y a manifestation de volonté formelle, comme quand il s'agit de la naturalisation proprement dite. Il y a plus de doute lorsque l'acquisition de la nationalité étrangère résulte d'actes auxquels la volonté n'a peut-être eu aucune part. Et dans ce cas nous sommes fort tenté d'exclure l'application de l'art. 17.

### § II. — Législations étrangères.

412. — Jetons maintenant un coup d'œil sur quelques législations étrangères. Quelle est d'abord la nationalité de l'enfant au moment de sa naissance? Les législations allemande, austro-hongroise, roumaine, suédoise et suisse lui attribuent d'une manière absolue et exclusive la nationalité de ses parents, et notamment la nationalité du père, s'il est né d'un mariage légitime. Elles consa-

crent donc le *jus sanguinis* à l'exclusion du *jus soli*. Presque toutes les autres législations reconnaissent la prédominance du *jus sanguinis*, mais elles font également une part, et souvent une part importante, au *jus soli*, soit en accordant à l'enfant né sur le sol national de parents étrangers la faculté d'y acquérir droit de nationalité par une simple manifestation de volonté à partir d'un certain âge, soit en lui attribuant la qualité de national, lorsqu'il s'agit d'un enfant issu de parents nés ou domiciliés depuis quelque temps dans le pays, *avec faculté de décliner cette qualité* à partir du même âge, soit même en lui attribuant *définitivement* la qualité de national s'il se trouve dans ces conditions particulièrement favorables. Telles les législations de la France, de l'Italie, de la Belgique, du Brésil, de la Bulgarie, du Danemark, de l'Espagne, des Etats-Unis d'Amérique, de la Grande-Bretagne, de la Grèce, du Luxembourg, de Monaco, des Pays-Bas, du Portugal, de la Russie et de la Turquie. Enfin le *jus soli* prédomine manifestement encore dans les constitutions de l'Amérique du Sud et de l'Etat libre d'Orange (1), bien qu'il nous soit difficile d'admettre qu'il y règne sans partage, ainsi que le disent MM. Weiss et de Bar. Il résulte, il est vrai, d'une note communiquée à l'envoyé du gouvernement italien par le gouvernement vénézuélien, et rapportée par Cogordan (2), « que la Constitution de Vénézuéla, ayant posé en principe que tout individu né sur le territoire de la République est Vénézuélien, quelle que soit la nationalité de ses parents... », admet le *jus soli* de la manière la plus absolue, mais il n'en résulte pas qu'elle ne fasse aucune part au *jus sanguinis*. Quoi qu'il en soit, *au point de vue des principes*, le système qui base la nationalité sur le *jus sanguinis* d'une manière absolue et exclusive paraît préférable. Le lieu de la naissance peut être pure-

(1) Nous avons puisé ces renseignements sur la législation étrangère dans le *Traité élémentaire de droit international privé* de M. Weiss (2e édition, pp. 320 et ss.). Il indique dans des notes les dispositions législatives ou constitutionnelles dont il s'agit.

(2) *La nationalité au point de vue des rapports internationaux*, p. 40.

ment fortuit, et, lors même qu'il résulterait de la volonté des parents, il ne semble pas rationnel que ceux-ci puissent priver arbitrairement et d'avance leurs enfants d'une nationalité à laquelle il est présumable qu'ils se rattacheront par l'identité de la race, par les ressemblances physiques et morales existant entre eux et leurs congénères. Il est évident cependant qu'il faut pour cela que la filiation de l'enfant soit connue, et qu'il faut bien attribuer à l'enfant trouvé, et à l'enfant né de parents légalement inconnus, la qualité de citoyen dans le pays qui l'a vu naître. Il n'existe aucun lien naturel entre cet enfant et un autre pays quelconque. M. de Bar constate que c'est au système du *jus sanguinis* avec le tempérament que nous venons d'indiquer, et qui ne porte aucune atteinte au principe, que l'Institut de droit international a donné la préférence. Il faut s'entendre cependant. L'Institut a voté lors de sa session d'Oxford les résolutions suivantes:

« ART. II. — L'enfant légitime suit la nationalité de son père.

» ART. III. — L'enfant illégitime suit la nationalité de son père, lorsque la paternité est légalement constatée; sinon, il suit la nationalité de sa mère lorsque la maternité est légalement connue.

» ART. IV. — L'enfant né de parents inconnus, ou de parents dont la nationalité est inconnue, est citoyen de l'Etat sur le territoire duquel il est né ou trouvé, lorsque le lieu de sa naissance est inconnu. »

Mais il était dit en termes formels dans le rapport de MM. Arntz et Westlake, conformément auquel ces résolutions ont été votées, et il a été répété, que l'on ne voulait nullement empêcher un Etat d'accorder des faveurs à ceux qui sont nés sur le sol de cet Etat. Il ne s'agissait donc que d'établir un principe général, non un principe absolu, et les résolutions de l'Institut se concilient parfaitement avec une certaine part d'influence laissée au *jus soli*.

413. — M. de Bar [1] fait observer avec raison que le

(1) Op. cit., T. II, p. 170.

système de la race, appliqué d'une manière exclusive, conduit en pratique à des situations fausses. Il se peut que nombre de familles soient établies depuis plusieurs générations dans un Etat, sans que les individus qui en font partie deviennent sujets de cet Etat. Ils en profitent pour échapper aux charges qui pèsent spécialement sur les sujets, par exemple au service militaire. Ils jouissent au surplus de tous les droits civils, ou à peu près de tous les droits civils du citoyen, d'après la plupart des législations actuelles. Leur présence peut devenir, dans certaines circonstances, un danger pour l'Etat sur le territoire duquel ils se trouvent. Citoyens par le fait, par des rapports continus avec les citoyens, par l'assimilation progressive qu'entraînent les relations et les contacts journaliers, ils se désintéressent des droits politiques pour rester affranchis des charges qui pèsent sur les citoyens. On a bien, vis-à-vis d'eux, la ressource de l'expulsion ; mais l'expédient est dur et peut paraître odieux. Il approuve donc et déclare *empfehlenswerth* la voie dans laquelle est entrée la législation française par la loi du 7 février 1851. Aux termes de l'art. 1 de cette loi : « Est Français, tout individu né en France d'un étranger qui lui-même y est né, à moins que dans l'année qui suivra l'époque de sa majorité, telle qu'elle est fixée par la loi française, il ne réclame la qualité d'étranger par une déclaration faite, soit devant l'autorité municipale de sa résidence, soit devant les agents diplomatiques accrédités en France par le gouvernement étranger. » La loi française de 1889 a été plus loin encore dans cette voie. Tout en déclarant Français, tout individu né d'un Français, même en pays étranger, elle attribue cette même qualité d'une manière définitive à tout individu né en France, soit de parents inconnus ou dont la patrie est incertaine, soit d'un étranger qui lui-même y est né. Quant à l'individu né en France d'un étranger qui n'y est pas né lui-même, et domicilié en France à l'époque de sa majorité de 21 ans, il est également Français, *s'il n'a décliné* la nationalité française dans le cours de l'année suivante

et prouvé en même temps qu'il a conservé la nationalité de ses parents et satisfait à la loi militaire de son pays. La déclaration d'option pour la nationalité française n'est plus requise pour conférer la nationalité française à l'étranger né sur le sol français, que si ses parents n'y sont pas nés, et en outre s'il n'y est pas domicilié à l'époque de sa majorité. Et cette déclaration peut être faite en son nom, pendant sa minorité, par son père, ou par sa mère si le père est décédé, par son tuteur avec l'autorisation du conseil de famille s'il s'agit d'un mineur sous tutelle. L'option de la nationalité française s'opère même tacitement par le fait que l'on prendrait part aux opérations de recrutement sans exciper de l'extranéité. Un règlement du 13 août 1889 a déterminé les formalités à remplir. On le voit, cette législation va beaucoup plus loin que la législation belge.

414. — La législation italienne confère la nationalité italienne à l'étranger né sur le sol italien d'un étranger qui y est domicilié depuis 10 années, sans interruption, à moins qu'il ne décline la nationalité italienne dans l'année qui suit la majorité, et il en est de même en ce qui concerne l'étranger né, et résidant sur le sol italien, d'un père qui a perdu le droit de cité avant la naissance de l'enfant, ainsi que les enfants mineurs de l'étranger qui a obtenu la nationalité italienne, pourvu qu'ils aient fixé leur résidence dans le royaume. Enfin la loi italienne crée également une situation privilégiée, au point de vue de l'acquisition de la nationalité, au fils né en pays étranger d'un père qui a perdu la citoyenneté italienne (1). Ils deviennent Italiens moyennant d'opter pour la nationalité italienne, et cette option peut s'opérer même tacitement par certains actes que la loi spécifie (2).

415. — Nous en avons dit assez pour donner une idée des divergences considérables, qui existent entre les diverses nations, sur l'attribution de la nationalité par droit de

(1) Pasquale Fiore. Traduction de Pradier Fodéré, pp. 109 et ss.

(2) En ce qui concerne la Grande-Bretagne, v. Westlake dans la *Revue de dr. intern.*, 1871, p. 602.

naissance. De là résulte la possibilité de conflits multipliés. L'adoption exclusive d'un des deux principes le *jus sanguinis*, ou le *jus soli* par toutes les nations ne laisserait aucune place à ces conflits, quant à la nationalité d'origine. Mais, nous l'avons vu, le *jus soli* ne repose pas sur des considérations suffisamment rationnelles comme base exclusive de la nationalité d'origine. Et l'adoption absolue et exclusive du *jus sanguinis* conduit à des conséquences regrettables. Il est donc utile de faire une certaine part au *jus soli*. La mesure très différente, dans laquelle on lui a fait sa part, conduit toutefois nécessairement à ce résultat : que certains individus n'ont aucune nationalité, et que d'autres en ont plusieurs, situation certainement antijuridique et antisociale. Et cela ne résulte pas seulement de la diversité de législations, mais aussi des vices et des défectuosités qu'elles présentent. Cela est si vrai que si toutes les nations calquaient, par exemple, leurs dispositions relativement à la nationalité sur celles de la loi française, les conflits n'en seraient pas moins possibles. Pour n'en donner qu'un exemple : elle proclame Français tout individu né d'un Français même en pays étranger ; et il ne peut perdre cette qualité que par la naturalisation acquise en pays étranger ou par d'autres actes volontaires. Or, elle déclare également Français, sans qu'il y ait lieu de le consulter, sans qu'il doive exprimer la volonté d'acquérir cette qualité, l'individu né sur le sol français d'un individu qui lui-même y est né. En supposant que la loi étrangère reproduise exactement la loi française, cet individu serait étranger aux yeux de la loi étrangère. Pour être logique, le législateur français devrait considérer comme non Français l'individu né *en pays étranger* d'un père français *qui lui-même y est né*. On ne peut faire, en pareille matière, des lois dont on n'est pas disposé à reconnaître la justice, lorsqu'elles sont faites par un Etat étranger. Au surplus bien des législations renferment le même vice.

416. — La même incohérence et la même diversité se rencontrent dans les dispositions des diverses législations

relatives à la naturalisation, et en général au changement de nationalité par mariage ou autrement. En ce qui concerne le mariage, il est vrai que presque toutes les législations consacrent le principe qu'il fait acquérir à la femme la nationalité de son mari, mais il y a quelques exceptions. Si, aux termes de l'acte du 10 février 1855, le mariage d'une étrangère avec un citoyen des Etats-Unis lui fait acquérir la nationalité dans ces Etats, il n'est pas certain que le mariage d'une femme appartenant à cette nation avec un étranger lui fasse perdre la nationalité nord-Américaine. Et, dans la République Argentine, le mariage d'une étrangère avec un national ne lui fait pas acquérir la nationalité argentine (1). Mais quel est l'effet des changements ultérieurs de nationalité du mari sur celle de la femme? Ici l'accord cesse. Il est de jurisprudence en France et en Belgique que, lorsque le mari change de nationalité durant le mariage, ce changement n'influe pas nécessairement sur la nationalité de sa femme. L'art. 11, al. 4, du Code civil italien porte au contraire que: « La femme de celui qui a perdu la nationalité devient étrangère, à moins qu'elle n'ait continué à résider dans le royaume » et l'art. 10, al. 4, que « La femme de l'étranger qui a obtenu la citoyenneté devient citoyenne, pourvu qu'elle ait fixé sa résidence dans le royaume. » M. Pasquale Fiore critique cette disposition qui exagère la puissance maritale, d'après lui, mais elle est en tout cas très précise (2). En Angleterre, dans l'Amérique du Nord, et en Allemagne, la jurisprudence est également favorable à la doctrine d'après laquelle le changement de nationalité du mari pendant le mariage entraine celui de la femme; et des autorités éminentes, par exemple MM. de Bar, Brocher et Laurent, approuvent ce système comme plus conforme à l'essence du mariage, à l'union étroite qui doit exister entre les époux. M. de Bar propose toutefois de faire exception à la règle dans le cas où le mari se ferait natura-

(1) De Bar. T. I, p. 231 et ss. — Voir aussi Constitution de Salvador, 4 décembre 1883, art. 42. Mais depuis l'acte de 1870, le principe est admis même en Angleterre.

(2) En Suisse on admet également la naturalisation de famille.

liser dans un pays non civilisé ou non chrétien, ou dont la situation serait très critique, et dans le cas où la femme aurait des motifs préexistants de divorce ou de séparation définitive à faire valoir contre son mari ; et M. Brocher propose, à son tour, ce qui serait beaucoup plus grave, de donner à la femme le droit de demander le divorce pour échapper à un changement de nationalité forcé. Les exceptions proposées par M. de Bar nous paraissent prêter à moins d'objections.

Dans tous les cas, comme on l'a fait remarquer avec raison, le système de la loi belge et de la loi française présente d'autres inconvénients (1). L'art. 19 Code civil, dispose que la femme qui épouse un étranger suivra la condition de son mari. Mais il ne saurait dépendre du législateur français de lui attribuer la nationalité de ce dernier. Cela signifie donc simplement qu'elle perd sa nationalité primitive. De sorte que, si elle n'a pas acquis une nationalité nouvelle, ce qui dépend du législateur étranger, elle est sans nationalité. La loi française de 1889 a remédié à cet inconvénient, en subordonnant la dénationalisation de la femme à l'acquisition de la nationalité de son mari. C'est dans ce sens qu'est conçu l'avant-projet de révision du Code civil en Belgique. Mais il nous paraît, en tout cas, excessif d'étendre à la femme séparée de corps, comme cela résulterait des termes généraux de cet avant-projet, le principe de l'influence nécessaire du changement de nationalité du mari, pendant le mariage, sur la nationalité de la femme.

417. — On ne rencontre pas moins de divergences entre les diverses législations, quant à l'effet du changement de domicile ou d'établissement. La plupart des législations admettent que la nationalité se perd par l'établissement en pays étranger sans esprit de retour : quelques-unes exigent pour cela un séjour de quelque

(1) L'avant-projet du nouveau Code civil belge admet d'une manière absolue le principe que : l'étrangère qui épouse un Belge, ou dont le mari devient Belge, suit la nationalité de son mari (v. art. 2 et aussi art. 9, 2°); que la femme qui épouse un étranger, ou dont le mari acquiert volontairement une nationalité étrangère, si celle-ci est également acquise à la femme en vertu de la loi étrangère, perd sa nationalité.

durée en pays étranger : la législation allemande 10 ans au moins [1], la législation hollandaise 5 ans. Mais ni la loi autrichienne, ni les lois française et belge n'exigent cette condition. Quant à l'acquisition de la nationalité, elle ne s'opère pas en général par le simple établissement dans un pays déterminé sans esprit de retour; et de là résulte déjà un inconvénient grave, c'est que certaines personnes sont sans nationalité. Aussi le système, d'après lequel la perte de la nationalité primitive est la conséquence d'un fait de ce genre, tend-il à tomber en discrédit. La législation italienne ne l'admet pas; la loi française de 1889 l'a écarté. L'avant-projet du Code civil belge remplace la disposition de l'art. 17, 3°, par une disposition qui maintient, dit le rapporteur, le principe ancien, mais précise en même temps les faits auxquels la loi attacherait une présomption légale d'établissement à l'étranger sans esprit de retour. Cette disposition est la suivante : « Art. 8. L'individu *né à l'étranger* d'un Belge *qui lui-même est né à l'étranger*, perd la qualité de Belge à la fin de l'année qui suit l'époque de sa majorité, s'il n'a jamais eu de domicile en Belgique, à moins que pendant cette même année il ne déclare l'intention de garder sa nationalité d'origine. » Ou nous nous trompons fort, ou cela s'appelle *supprimer* le principe ancien. La perte de la nationalité belge est en effet subordonnée dans ce cas à un ensemble de conditions : 1° que le Belge soit né en pays étranger, 2° que son père y soit né également; 3° que le Belge n'ait jamais eu de domicile en Belgique; 4° qu'il n'ait pas manifesté la volonté de garder sa nationalité d'origine. Or, d'une part, tout cela peut se concilier parfaitement avec esprit de retour; d'autre part, l'absence d'esprit de retour peut être manifeste, non-seulement lorsque ces conditions ne sont pas réunies, mais même lorsqu'aucune n'existe. Pour ce qui nous concerne, nous aurions considéré comme plus rationnel, de subordonner la perte de la nationalité à un établissement en pays

(1) La loi allemande n'exige pas même l'absence d'esprit de retour. Elle est évidemment présumée à raison de la durée du séjour en pays étranger.

étranger prolongé pendant dix ans au moins, comme le fait le projet de Laurent, et en outre, à l'acquisition d'une nationalité étrangère.

418. — Dans la plupart des pays on perd également la nationalité par la naturalisation acquise en pays étranger. La liberté d'émigration, ou pour mieux dire d'expatriation, est aujourd'hui reconnue presque partout. Elle nous paraît un droit de la personne humaine, qu'il est impossible de méconnaître. Aussi les auteurs le proclament-ils à l'envie, et telle est l'opinion de Laurent lui-même, malgré sa thèse favorite que *les nations sont de Dieu*. L'Angleterre n'admettait pas ce principe cependant jusqu'en 1870. On y observait, au contraire, la règle : » *Nemo potest exuere patriam* » (*once a subject always a subject*). Le lien d'allégeance était indestructible en ce qui concerne le citoyen anglais. C'est même ce qui a donné naissance à la fameuse correspondance entre Lord Brougham et le ministre français Crémieux en 1848.

L'incident est rapporté par Laurent (T. III, n° 144). Lord Brougham, qui aimait la France, adressa une demande de naturalisation à ce ministre. Crémieux lui répondit : « Je dois vous avertir des conséquences qu'entraînera, si vous l'obtenez, la naturalisation que vous demandez. Si la France vous adopte pour l'un de ses fils, vous cesserez d'être Anglais, vous n'êtes plus Lord Brougham, vous devenez citoyen Brougham. Vous perdez à l'instant tous privilèges, tous avantages, quels qu'ils soient, que vous tenez, soit de votre qualité d'Anglais, soit des droits que vous confèrent jusqu'à ce jour les lois et les coutumes anglaises et qui ne peuvent se concilier avec notre loi d'égalité entre tous les citoyens. » Brougham répliqua : « Je n'ai jamais pu douter qu'en me faisant naturaliser citoyen français, je devais perdre tous mes droits de pair anglais en France; je ne garderai mes privilèges d'Anglais qu'en Angleterre; et en France, je dois être tout ce que les lois de France accordent aux citoyens de la République. » Le Ministre de la Justice répondit à Brougham qu'il se trompait : « La France n'admet pas de

partage ; elle n'admet pas qu'un citoyen français soit en même temps citoyen d'un autre pays. Pour devenir Français, il faut que vous cessiez d'être Anglais. Vous ne pouvez être Anglais en Angleterre et Français en France : nos lois s'y opposent absolument ; il faut nécessairement opter. » M. Laurent estime que les principes exposés par Crémieux sont évidents et il a peine à comprendre que Brougham, un légiste, ait pu exprimer une opinion contraire. Au point de vue de la théorie, cette opinion n'était pas soutenable, en effet, mais au point de vue du droit positif, et c'est sur ce terrain que se plaçait Lord Brougham, elle était parfaitement exacte. Il ne dépendait pas du gouvernement français de priver un Anglais de sa nationalité, aux yeux de la loi anglaise et en Angleterre ; et l'on admettait encore en Angleterre à cette époque le principe que la nationalité anglaise est indestructible. Si donc la demande en naturalisation de Lord Brougham eût été accueillie, il en serait résulté exactement les conséquences qu'il indiquait. Son option même aurait été inopérante au regard de la loi anglaise. Si la législation française est basée sur le principe que personne ne peut avoir deux patries, ce qui est incontestable, il s'en suit uniquement, qu'*aux yeux du législateur français* personne n'aura deux patries. Mais, pour qu'il en soit ainsi d'une manière absolue, il faut un accord entre nations.

419. — Dans certains pays, comme en Belgique, en Hongrie, dans les Etats-Unis d'Amérique, dans la République Argentine, en Italie, en Portugal, et peut-être en Grande-Bretagne, on distingue deux espèces de naturalisation : la naturalisation ordinaire qui confère à l'étranger tous les droits civils et la plupart des droits politiques, et la grande naturalisation qui a pour effet de les assimiler aux nationaux, même quant à l'exercice des droits politiques [1]. Dans d'autres pays, comme en France, en

(1) Loi belge du 6 août 1881 et Const., art. 5. — Constitution argentine du 25 sept. 1860, art. 76. — Loi hongroise des 20-24 déc. 1879, art. 15. — C. civ. italien, art. 10. — Const. portugaise du 29 avril 1826, art. 106 et 108. — Quant à l'Angleterre, il y a controverse (v. Westlake, *R. de dr. int.*, 1876, p. 603).

Espagne, en Allemagne, dans les Pays-Bas et en Russie, cette distinction n'existe pas. Nous avons déjà dit plus haut que la naturalisation ordinaire n'en n'a pas moins pour effet d'attribuer à l'étranger la qualité de citoyen. S'il n'en était pas ainsi, il en faudrait dire autant de la naturalisation en général, là où la distinction n'existe pas, lorsqu'elle n'a pour effet de faire acquérir au naturalisé la plénitude des droits politiques qu'après un délai de 7 ans, comme dans les Etats-Unis, ou après 10 ans, comme d'après la loi française de 1889 (1).

420. — Dans beaucoup de pays, on ne reconnaît que la naturalisation individuelle; dans d'autres on admet, ce que l'on peut appeler la naturalisation de famille. La naturalisation du chef de famille entraîne dans ce système, la naturalisation de la femme et des enfants mineurs. C'est celui qui tend à prévaloir actuellement. En ce qui concerne la femme, il est formellement consacré, en Allemagne, par la loi de l'empire du 1er juin 1870, art. 11; en Angleterre, par le statut du 12 mai 1870, dont l'art. 11, § 1er, porte en termes exprès : « La femme mariée est considérée *comme appartenant* à la nationalité de son mari »; en Italie, par l'art. 19 du Code civil, qui subordonne cependant la naturalisation de plein droit de la femme à la condition qu'elle ait fixé elle aussi sa résidence dans le royaume; en France, par la loi de 1889; en Russie, aux termes de l'ukase des 6-18 mars 1864; en Autriche, d'après la loi de 1863. En ce qui concerne les enfants mineurs, la législation allemande les fait participer au bénéfice de la naturalisation du père, pourvu qu'ils soient sous puissance paternelle. Il en est de même en Suisse, et même en France, depuis la loi de 1889, avec la faculté d'option pour les enfants; en Italie, aux termes de l'art. 10, § 4, du Code civil, pourvu qu'ils aient eux-mêmes fixé leur résidence dans le royaume, mais ils peuvent opter pour la nationalité étrangère ; de même aussi en Grande Bretagne pour

(1) De Bar. *Lehrbuch des internationalen Privat- und Strafrechts*, p. 37, note 9. — En France cette distinction n'existe plus depuis la loi de 1867, et Fiore commet ici une erreur qu'il importe de signaler.

l'enfant mineur qui, durant sa minorité, y a fixé sa résidence avec son père ou sa mère (1).

421. — En ce qui concerne les conditions de la naturalisation, elles sont très diverses. Il en est qui ne présentent aucun intérêt, au point de vue du droit international privé. Il y en a d'autres qui ont, sous ce rapport, une importance considérable. On admet tout d'abord universellement que l'acquisition de la nationalité par ce moyen implique la volonté et la capacité, et la loi allemande exige en termes formels la capacité de disposer. Il semble évident que cette capacité doit exister d'après la loi de la nation à laquelle appartenait jusque-là celui qui sollicite cette faveur. Mais la loi française exige de plus une manifestation de volonté exclusivement personnelle, si bien que le défaut de capacité ne peut être suppléé par le consentement d'un représentant légal : *tuteur*, *curateur* ou *père*. La loi de 1889, art. 1, se borne à admettre une exception à ce principe, en faveur des enfants nés en France de parents étrangers. Ce dernier système, qui est expressément ou implicitement admis par la plupart des législations, en Belgique notamment, nous paraît certainement le plus rationnel.

Quelques législations subordonnent, en thèse générale, la naturalisation à une résidence d'une certaine durée dans le territoire. Telles la législation des Etats-Unis de l'Amérique du Nord, la loi russe, la loi ottomane, etc. M. de Bar approuve fort cette condition, *que la plupart des législations exigent*, dit-il, ce qui ne nous paraît pas bien certain. Il est évident que cela est de nature à mettre obstacle aux naturalisations sollicitées avec peu de sincé-

(1) L'avant-projet de Code civil belge, rédigé par le Commission, consacre les mêmes principes. L'art. 2 porte : « L'étrangère qui épouse un Belge, ou dont le mari devient Belge, suit la condition de son mari. » L'art. 6 : « Les enfants mineurs de l'étranger qui acquiert la nationalité belge, deviennent Belges. Ils peuvent toutefois, dans l'année qui suit l'époque de leur majorité, renoncer à la nationalité belge, en déclarant qu'ils veulent recouvrer la nationalité étrangère. » L'avant-projet de M. Laurent était conçu dans le même sens, sauf que la déclaration d'option ne peut être faite dans le délai d'une année après qu'il aura atteint l'âge de 18 ans, avec l'autorisation de ses père et mère, et à défaut de père et de mère, avec celle du conseil de famille. Cette disposition nous paraît moins rationnelle.

rité et accordées à la légère. Mais il ne serait pas sage d'en faire une règle absolue.

422. — Certaines législations subordonnent l'octroi de la naturalisation à la condition que le ci-devant étranger justifie, qu'il a été formellement dégagé du lien de sujétion auquel il était soumis jusque-là. Et la loi allemande contient une disposition de ce genre, ainsi que la Constitution fédérale suisse (art. 47) [1]. M. de Bar considère cette condition comme en contradiction avec le principe de la liberté de l'expatriation. Il reconnaît cependant qu'elle figure dans certains traités conclus par l'Allemagne avec d'autres Etats, et que la naturalisation d'une personne, qui ne s'est pas affranchie d'une sujétion ancienne, peut engendrer des conflits. Nous partageons l'opinion du savant jurisconsulte allemand, et nous pensons de plus que la généralisation du principe de la liberté d'expatriation, combinée avec celle de la règle que l'acquisition volontaire d'une nationalité nouvelle fait perdre la nationalité ancienne, aura pour résultat de faire disparaître cette source de conflits.

423. — L'assujettissement à plusieurs nationalités impliquant des obligations contradictoires, et produisant cette conséquence nécessaire de faire régir la personne par des lois différentes et opposées, il est antijuridique qu'un individu puisse être citoyen de plusieurs Etats à la fois. Il est donc logique que l'acquisition d'une nationalité nouvelle fasse perdre d'une manière absolue la nationalité ancienne. Ce principe est reconnu par la législation belge, la législation française et par plusieurs autres. Mais plusieurs législations subordonnent cet effet d'une naturalisation étrangère à la condition, que le naturalisé ait été dégagé par un acte en bonne forme du lien de sujétion primitif. Aux termes du § 20 de la loi allemande, la nationalité ne se perd, abstraction faite des effets du mariage, que: 1° par la libération *(Entlassung)*; 2° par la

(1) V. dans le même sens: la loi anglaise du 12 mai 1870 *in fine*; la loi luxembourgeoise du 27 janvier 1878, art. 2; l'ordonnance royale suédoise du 27 févr. 1868, art. 4, etc., et Weiss, p. 342.

décision des autorités compétentes; 3° par un séjour de 10 ans en pays étranger; 4° en ce qui touche les enfants naturels, lorsque leur père, appartenant à une autre nationalité que la mère, les légitime dans les formes légales; d'où résultent ces deux conséquences également regrettables qu'un Allemand peut perdre la nationalité allemande, sans en acquérir une nouvelle, et qu'on peut acquérir une nationalité nouvelle, sans cesser d'être Allemand. Il en est de même en Hongrie et en Turquie, où le permis d'émigration est également exigé. La loi fédérale suisse du 3 juillet 1876 n'est pas aussi rigoureuse : elle se borne à exiger que l'on ait formellement renoncé à l'indigénat suisse.

424. — Ces règles ont donné lieu en fait à des conflits assez sérieux entre divers Etats de l'Allemagne et les Etats-Unis de l'Amérique du Nord. Ils ont été aplanis par les traités Bancroft, lesquels ont, du reste, donné lieu en Allemagne à de très vives critiques. Ces traités reposent cependant sur une idée juste au fond : celle d'éviter les naturalisations étrangères ayant seulement pour but et pour effet d'éluder les lois nationales, en ce qui concerne spécialement l'obligation du service militaire, et de subordonner, en vue de ce résultat, la perte de la nationalité d'origine, à un séjour d'une certaine durée dans le pays naturalisant, de la faire recouvrer par un séjour d'une durée moindre dans le pays d'origine. Mais ces traités sont, en général, assez mal rédigés, et établissent des présomptions d'intention sans valeur sérieuse. De même la législation russe ne reconnaît pas la *dénationalisation*, par le fait de la naturalisation qu'un Russe obtient en pays étranger. Et, depuis la loi de 1889 (1), la

(1) Aux termes de la loi française de 1889, perdent la qualité de Français :

1° Le Français naturalisé à l'étranger, ou celui qui acquiert sur sa demande une nationalité étrangère, par l'effet de la loi. La naturalisation ne dénationalise le Français encore soumis aux obligations du service militaire pour l'armée active, que si elle a été autorisée par le gouvernement français;

2° Le Français qui décline la nationalité française dans les divers cas prévus par les art. 8, § 4, 12 et 18 du Code civil (modifié);

3° Le Français qui, ayant accepté des fonctions publiques conférées par un gouvernement étranger, les conserve nonobstant l'injonction du gouvernement français de les résigner dans un délai déterminé;

naturalisation ne dénationalise le Français encore soumis aux obligations du service militaire pour l'armée active, que si elle a été autorisée par le gouvernement français. Elle s'écarte donc dans l'intérêt français de la doctrine absolue du Code Napoléon, et exige *dans certains cas* une autorisation équivalente en somme à l'*Entlassung* de la loi allemande.

La Belgique a, au contraire, conservé intact jusqu'ici l'ancien principe. Nous avons seulement fait observer que l'interprétation rationnelle de l'art. 17 ne permet d'admettre la perte de la nationalité, que par une naturalisation *volontairement* acquise en pays étranger, mais que, d'autre part, le mot naturalisation doit s'entendre également de la naturalisation de faveur résultant de l'exercice d'un droit d'option en pays étranger. La loi française de 1889 a résolu les doutes qui auraient pu s'élever à cet égard. L'avant-projet de revision du Code belge, rédigé par la commission extraparlementaire, les résout également par une disposition dont la netteté ne laisse rien à désirer : Perdent la qualité de Belge : 1° Celui qui acquiert volontairement une nationalité étrangère; 2° la femme qui épouse un étranger, ou dont le mari acquiert volontairement une nationalité étrangère, si celle-ci est également acquise à la femme en vertu de la loi étrangère; 3° les enfants mineurs d'un Belge qui acquiert volontairement une nationalité étrangère, si par ce fait ils obtiennent la nationalité de leur auteur. Ces dispositions nous paraissent excellentes, et il n'y aurait de réserve à faire qu'en ce qui concerne la femme séparée de corps. L'avant-projet de M. Laurent était basé sur des principes analogues [1], et tous deux réservent, du reste, un droit d'option aux enfants mineurs.

4° Le Français qui, sans autorisation du gouvernement prend du service militaire à l'étranger;

5° La femme française qui épouse un étranger à moins que son mariage ne lui confère pas la nationalité de son mari, auquel cas elle reste Française.

Ces dispositions apportent, comme on le voit, des modifications profondes au Code civil.

(1) Laurent propose également dans son avant-projet (art. 42) une disposition aux termes de laquelle la femme suit la condition de son mari même quand il

## § III. — Solution des conflits.

425. — Il résulte de cette diversité considérable des législations que de bien nombreux conflits de loi pourront surgir, sur le point de savoir à quelle nationalité appartient un individu. Et lors même que tous les pays adopteraient, d'un accord unanime, l'une ou l'autre des législations en vigueur, la source de ces conflits ne serait point tarie. Il ne serait possible d'y porter remède que par l'adoption universelle de principes uniformes relativement à la nationalité d'origine, et par l'affirmation également universelle du double principe : que l'acquisition volontaire d'une nationalité étrangère (par naturalisation, option ou mariage) emporte seule la perte de la nationalité primitive, et qu'on ne devient pas membre d'une nation étrangère malgré soi. Mais, bien que les nations aient fait des progrès considérables dans la compréhension de ce qu'exige leur intérêt commun à cet égard, le temps où cet accord se réalisera est probablement loin. Et il convient d'examiner comment doivent se résoudre, à l'heure présente, ces conflits encore inévitables dans l'état d'anarchie actuelle du droit international privé.

425$^{bis}$. — Il est d'abord un cas assez simple : c'est celui où surgit devant les tribunaux d'une nation la question de savoir si tel individu est membre de cette nation ou d'une nation étrangère. Devant les tribunaux belges, par exemple, se présente la question de savoir si tel individu est étranger ou Belge. Il est Russe d'après la loi russe, Belge, d'après la loi belge, si, étant natif Russe, il a obtenu la naturalisation en Belgique. Il est manifeste que le juge belge ne pourra résoudre cette question que d'après la loi belge. A cette hypothèse s'applique d'une manière absolue le principe établi par Waechter, que les juges d'un pays

change de patrie pendant le mariage. Il admet aussi la naturalisation de famille (art. 43). La disposition la plus nouvelle est celle qui fait résulter l'acquisition de la nationalité belge d'un établissement de dix ans en Belgique sans esprit de retour (art. 44). Cette disposition est placée sous la section III intitulée : *De la naturalisation.*

doivent statuer suivant les lois de ce pays [1]. Mais la question est beaucoup plus délicate, lorsque le débat, qui surgit devant les tribunaux d'un pays, porte sur le point de savoir si tel individu appartient à telle ou telle nation étrangère. M. Weiss résout la question par une distinction. L'individu dont la nationalité est douteuse a-t-il son domicile dans l'un des Etats qui se le disputent? Les juges français le considéreront comme appartenant à ce dernier, parce qu'en se fixant sur son sol « il a confirmé par son choix volontaire, l'une des nationalités auxquelles l'avait appelé sa naissance, et par cela même affirmé son intention de se soustraire à l'autre ; la présomption de volonté sur laquelle repose l'attribution de celle-ci ne résiste pas à une manifestation aussi formelle ». Remarquons que l'on ne prévoit que le conflit positif, le cas où un individu a en apparence deux nationalités, où deux nations le regardent respectivement comme leur sujet. Nous examinerons tantôt le cas de conflit négatif, celui où un individu serait Allemand d'après la législation française, Français d'après la législation allemande. Dans le cas de conflit positif, la

(1) M. Weiss (p. 329) rappelle à ce sujet l'espèce suivante : Un sieur Carlier, né le 30 mai 1860, de parents français, à Marchipont (Belgique), avait été, sans réclamation de sa part, inscrit sur le tableau du contingent français. Arrivé à sa majorité, il déclara, à la date du 2 juin 1881, opter pour la nationalité belge, conformément à l'art. 9 du Code civil, et demanda devant le tribunal de Valenciennes la radiation de son nom des listes de recrutement. Le tribunal de Valenciennes d'abord. la Cour de Douai ensuite, par un arrêt du 16 décembre 1881 rejetèrent sa prétention. Le conflit, chose curieuse, se présentait malgré l'identité des législations belge et française à cette époque. Les décisions des tribunaux français seraient incontestablement fondées, s'il était vrai, comme le soutient Weiss, qu'il ne faille entendre par la naturalisation dont il est question dans l'art. 17, 1°, et qui entraîne la perte de la qualité de français, qu'une naturalisation proprement dite. Mais nous croyons que c'est là une grave erreur. L'acquisition de la nationalité par l'effet du droit d'option n'est qu'une espèce de naturalisation, une naturalisation de faveur, qui s'opère par le bénéfice de la loi. Et au point de vue de l'esprit de l'art. 17 du Code civil il n'y a aucun motif de distinguer. Ces décisions pourraient cependant se justifier par un autre motif, qui ne paraît pas avoir été invoqué dans l'arrêt, et qu'indique M. Weiss : celui qu'une option postérieure à la majorité n'avait pu libérer l'optant des obligations qu'il avait contractées en France, et le soustraire à la loi militaire « qui l'a valablement saisi avec tous les jeunes gens de sa classe ». Le nouvel art. 17, 1°, du Code civil tel qu'il apparaît, avec les modifications qui y ont été apportées en France en 1889, fait expressément résulter aujourd'hui la perte de la qualité de français, *et* de la naturalisation obtenue en pays étranger, *et* de l'acquisition d'une nationalité étrangère par le bienfait de la loi, ce qui tend à réduire les conflits.

préférence que Weiss donne à l'Etat où un individu est domicilié se justifie-t-elle? Nous ne le pensons pas; nous croyons du moins que cela est trop absolu.

Il est très certain que la présomption de la volonté de devenir sujet du pays, où l'on a fixé son domicile, ne pourrait pas subsister en présence d'une volonté contraire expressément manifestée, par l'exercice du droit d'option, par exemple. L'établissement du domicile n'implique d'ailleurs pas nécessairement l'intention de devenir citoyen ou sujet du pays où l'on se fixe. Nous ne pensons donc pas que cette base d'appréciation soit rationnelle. Nous comprendrions que l'on dise: « Son statut personnel sera apprécié d'après la loi de son domicile, quand la nationalité est incertaine, si les juges du pays tiers ont ce droit d'après leur législation intérieure. » Mais nous ne comprenons pas que le fait du domicile puisse servir de base, pour attribuer à un individu telle ou telle nationalité, dans le droit positif actuel. S'il faut absolument, en pays tiers, choisir entre les deux nationalités attribuées à un individu par deux Etats divers, il nous paraît plus rationnel que le juge se prononce pour la nationalité qui lui est attribuée par la loi étrangère dont les dispositions se rapprochent le plus de sa propre législation, comme le propose, du reste, M. Weiss dans l'hypothèse où l'intéressé n'est domicilié dans aucun des deux pays, entre les lois desquels le conflit surgit. — M. Laurent dit que le conflit ne peut être vidé que par des traités. Mais en attendant il faut bien une solution. M. de Bar adopte un autre principe. Les Etats tiers doivent, d'après lui, donner la préférence à la nationalité que l'intéressé, d'après le principe de la liberté d'expatriation, a choisie en dernier lieu, et c'est le principe qu'admettent, dit-il, la jurisprudence et la diplomatie anglaises. Il cite en ce sens Bluntschli, § 374, lequel se borne à dire qu'il faut donner la préférence à la nationalité à laquelle se joint le domicile, sans s'expliquer sur le cas où un individu n'est domicilié dans le territoire d'aucun des deux Etats qui le considèrent comme leur sujet. Il est possible, nous paraît-il, d'établir

l'accord entre ces diverses opinions. L'établissement du domicile est pris en considération par Bluntschli et Weiss, précisément parce qu'ils y voient la manifestation de la volonté de l'individu d'être citoyen d'un pays plutôt que de l'autre. Mais il est logique que, si cet individu a manifesté expressément sa volonté, on respecte d'abord cette manifestation *expresse*. N'y en a-t-il pas eu, par exemple lorsqu'il s'agit de deux nationalités d'origine, l'une fondée sur le *jus sanguinis*, l'autre sur le *jus soli*, on pourrait voir dans l'établissement du domicile la présomption d'intention de devenir citoyen, bien que cela nous paraisse sujet à discussion. D'autres présomptions pourraient plus efficacement peut-être servir de base à la décision. Mais, si l'intéressé n'est domicilié dans aucun des deux pays, s'il n'y a pas eu d'expression quelconque de sa volonté d'être citoyen d'un pays plutôt que de l'autre, le juge ne peut faire autre chose que de lui attribuer la nationalité qui lui appartiendrait, d'après les principes sur lesquels repose le droit en vigueur dans le pays où le débat surgit. En résumé donc, on donnera la préférence à la nationalité pour laquelle l'individu a, par ses actes antérieurs, formellement ou tacitement exprimé ses préférences, et, en l'absence d'une expression de volonté quelconque, à celle à laquelle il se rattacherait d'après les principes sur lesquels repose *la lex fori*.

426. — Cette distinction se base sur les considérations suivantes. La liberté d'expatriation, la liberté de choisir sa nationalité est un principe de plus en plus reconnu en droit international, sauf exclusion de la rétroactivité de ce choix, en ce qui concerne les droits acquis. Quelques Etats ont mis des limites à cette liberté dans des buts d'intérêt local, souvent dans le but de sauvegarder leur puissance militaire, par suite de ce régime de paix armée jusqu'aux dents qui règne dans toute l'Europe. Que, dans leur indépendance et leur souveraineté respective, ils sanctionnent ces restrictions dans les limites de leur territoire, c'est leur droit. Mais les Etats tiers, dans les questions où ils sont désintéressés, doivent, nous paraît-il, rendre

hommage, au principe qui reprend tout son empire, et ne fait que reconnaître en somme une des formes de la liberté humaine. C'est pour eux un de ces principes de droit international privé, qui, à défaut d'être écrits dans la loi positive, comme maintes règles de droit international, reposent sur la raison et la justice naturelle.

Et, lorsqu'aucune manifestation de volonté n'a eu lieu, lorsqu'il s'agit de la nationalité d'origine, n'est-il pas évident que les juges de l'Etat tiers doivent agir d'après les mêmes principes? Les yeux fixés sur les principes du droit international théorique, il est rationnel cependant qu'étant juges dans un pays déterminé, ils apprécient les questions qu'ils soulèvent d'après l'idéal que s'en est formé le pouvoir social dont ils relèvent. Ils n'ont pas à se préoccuper de ces principes, lorsqu'il s'agit d'un individu qu'un seul Etat reconnaît comme sien, auquel on ne peut attribuer qu'une seule nationalité. Lui reconnaître cette nationalité, c'est reconnaître un simple fait. Mais il faut bien qu'il procède de cette manière, aussitôt que les divergences ou même l'identité de deux législations étrangères, un peu trop usurpatrices l'une et l'autre, permettent d'attribuer à un individu deux nationalités différentes.

427. — Supposons maintenant qu'il s'agisse d'un individu qu'aucun Etat ne reconnaît comme sien, d'un individu sans nationalité. C'est le conflit négatif. Il pourra y avoir conflit de ce genre si un individu a perdu sa nationalité originaire, sans en acquérir une nouvelle dans le pays où il s'est établi à perpétuelle demeure, dans celui où il a pris du service militaire sans autorisation du gouvernement. Dans ce cas, si la question de savoir quelle est sa nationalité surgit devant les tribunaux du pays où il l'a perdue, ces tribunaux ne pourront évidemment le considérer que comme sans nationalité. De quel droit lui attribueraient-ils une autre nationalité quelconque? Mais comment et par quelle loi son statut personnel sera-t-il régi? Le parti plus rationnel serait de le considérer comme encore régi par son ancienne loi nationale, puisqu'il n'a pas encore de nationalité nouvelle. Et nous pensons que

c'est la solution à laquelle il faut logiquement s'arrêter. A plus forte raison en sera-t-il ainsi si la question s'élevait devant les tribunaux de tout autre Etat. Car, pour tout autre Etat, comme la situation de l'individu sans nationalité est une situation juridiquement inadmissible, cet individu reste citoyen de l'Etat qui le rejette de son sein sans qu'il ait acquis une nationalité nouvelle. La rupture du lien de sujétion ne semble pouvoir produire effet, en ce cas, qu'au point de vue des rapports politiques entre l'Etat et ce citoyen, et relativement aux privilèges attachés à cette qualité, au droit de revendiquer, par exemple, la protection des agents diplomatiques de la nation en pays étranger. Telle est la solution qu'indique M. de Bar (1).

428. — Il ne faut pas confondre avec le cas de conflit de lois relativement à la nationalité d'une personne, celui où sa nationalité est inconnue, soit parce que la personne même est inconnue, soit parce qu'on ignore le lieu où elle est née et sa filiation. Dans ce cas, à moins que son origine ne puisse être présumée d'après des probabilités sérieuses, et que cette présomption ne soit admise par la loi locale, il faut bien, nous paraît-il, renoncer à lui attribuer une nationalité déterminée. La considérer comme *nationale*, partout où surgit une question relative à son statut personnel, constituerait une solution purement arbitraire. C'est avec plus de raison qu'on la considérerait comme appartenant à la nation sur le territoire de laquelle elle a son domicile, mais il est plus exact de dire qu'elle sera régie, quant à son statut personnel, par la loi de son domicile. Les législations que nous connaissons sont muettes sur la solution de ces questions. La commission belge de revision du Code civil propose la disposition suivante (art. 12 du titre préliminaire) : « Celui qui ne justifie d'aucune nationalité déterminée a pour statut personnel la loi belge. — Il en est de même de celui qui appartient à la fois à une nationalité belge et à une nationalité étrangère. — Celui qui appartient à deux nationalités

(1) Op. cit., T. I, p. 260.

étrangères, a pour statut personnel celle des lois étrangères dont les dispositions applicables à la contestation s'éloignent le moins des dispositions de la loi belge. » La première de ces dispositions est radicalement fausse. Elle équivaut à supprimer le statut personnel pour cet individu ; car si le principe qu'elle proclame était admis également dans les autres pays, elle équivaudrait à dire que son statut personnel sera régi partout par la *lex fori*. Il changerait de statut personnel, en se transportant même momentanément dans un autre pays, ce qui équivaut à la négation du statut personnel. Et même, sans déplacement aucun, dans chaque pays, son prétendu statut personnel serait apprécié d'après des lois différentes. La seconde disposition est exacte, mais il faut aller plus loin d'après nous, et dire qu'en Belgique cet individu sera considéré comme Belge. Quant à la troisième, elle nous paraît trop générale, ainsi que nous l'avons fait remarquer plus haut. D'après les principes exposés plus haut, d'après le grand principe de la liberté d'expatriation, les nations tierces ont tout d'abord, ce nous semble, le devoir de lui reconnaître la nationalité à laquelle il semble avoir donné la préférence, pour peu qu'il eût la capacité de faire un choix [1].

## *Section* II. — *Du domicile au point de vue du droit international privé.*

### 429. — La détermination du domicile en droit inter-

(1) Un traité conclu entre la Belgique et la France le 5 juillet 1879, a pour objet de régler les difficultés internationales auxquelles peut donner lieu l'application respective des règles admises dans chacun de ces pays en matière de nationalité, spécialement lorsqu'il s'agit de service militaire. D'après cette convention, l'époque du tirage au sort doit être retardée en Belgique aussi bien qu'en France pour les individus nés en Belgique de parents français, ou en France de parents belges, jusqu'à l'expiration du délai d'option que leur ouvre l'art. 9 du Code civil, c'est-à-dire jusqu'à la fin de leur 22e année (v. Weiss, p. 333, et *Archives diplomatiques*, janvier 1887). Le projet de Code civil allemand porte que : Si une personne ne ressortit à aucun Etat, ses relations juridiques, en tant qu'elles sont régies en principe par la loi nationale. doivent être appréciées d'après sa loi nationale antérieure, et si elle ne relevait antérieurement d'aucun Etat, d'après la loi du lieu où elle avait son domicile, ou à défaut de domicile, sa résidence, au moment dont il s'agit (art. 2263).

national privé présente une très grande importance. Tout d'abord, d'après certaines législations, et c'est la doctrine dominante dans les pays de race germanique ou anglo-saxonne, c'est la loi du domicile qui régit le satut personnel, dans la mesure du moins où l'on admet le statut personnel en Grande-Bretagne, et dans les Etats-Unis de l'Amérique du Nord. En second lieu, dans les Etats qui comprennent plusieurs régions ayant chacune leur droit propre, il ne peut plus être question de loi nationale à proprement parler, lorsqu'il s'agit de déterminer la loi qui régit le statut personnel des habitants de ces diverses parties d'un même pays. On comprend que, dans cette hypothèse, les Etats étrangers recourent d'abord à la loi nationale, et si tel est le prescrit de la loi nationale, à la loi du domicile. L'Angleterre, l'Ecosse et l'Irlande, quoique formant partie d'une même nation, ont chacune leur droit propre. Dès lors, quand il s'agira de déterminer le statut personnel d'un sujet de la Grande-Bretagne, il faudra examiner s'il est soumis au statut personnel anglais, écossais ou irlandais, et, si tel est le prescrit de la loi en vigueur dans la Grande-Bretagne, si l'individu dont il s'agit est domicilié en Angleterre, en Ecosse ou en Irlande. Lorsqu'il s'agit d'individus auxquels il est impossible d'assigner une nationalité quelconque, il semble rationnel également de recourir à cette ancienne loi du domicile, si longtemps prépondérante en matière de statut personnel. Et enfin la question du domicile peut présenter encore une importance considérable, lorsqu'il s'agit de déterminer les règles qui président à l'interprétation et à la portée des contrats, ainsi que dans d'autres questions de droit international privé.

430. — Les auteurs ne s'occupent guère de déterminer d'après quelles règles la question du domicile doit être résolue lorsqu'il s'agit d'étrangers. Ils se bornent à préciser les principes qui régissent cette matière, soit d'après le droit théorique, soit d'après la législation de tel ou tel Etat. Mais la question qui intéresse véritablement le droit international privé est celle de savoir quelle est la

loi applicable à la détermination du domicile, lorsqu'il peut y avoir conflit à ce sujet entre des législations diverses. Cette question ne nous paraît pas susceptible d'une solution uniforme. Lorsque dans un même Etat, ou dans une confédération d'Etats, comme en Grande-Bretagne, en Allemagne, aux Etats-Unis, en Suisse, l'unité du droit n'est pas encore réalisée, lorsqu'on y rencontre plusieurs droits nationaux, la règle, d'après laquelle le statut personnel des citoyens de ces Etats est régi par leur loi nationale, est nécessairement insuffisante, ainsi que nous l'avons fait observer plus haut, puisqu'il y a plusieurs lois nationales. Il faut bien choisir entre ces diverses lois celle du domicile, lorsque le droit intérieur de ces Etats le prescrit. C'est encore la loi nationale que l'on applique en le faisant. Il pourrait en être autrement dans les fédérations d'Etats soumis à des lois diverses quant au statut personnel, si l'on y admettait que ce dernier y est régi pour les citoyens de chaque Etat par leur loi nationale particulière dans le sens restreint du mot. Le domicile dans ce cas n'aurait pas d'importance au point de vue de la capacité et des droits de famille. Mais il n'en sera sans doute qu'exceptionnellement ainsi. Dans tous les cas, chaque fois qu'il y aura lieu d'appliquer à un individu la loi de son domicile, en vertu même de son droit national, comme régissant obligatoirement son état, sa capacité, ses rapports de famille, et tel serait le cas pour un Anglais, pour un Ecossais, il faudra s'en tenir également à son droit national quant à la détermination de son domicile. La logique commande aux autres nations d'envisager comme loi du domicile de cet étranger, la loi qui est véritablement celle de son domicile d'après le droit étranger qui exige son application. Mais il peut en être autrement quand la loi du domicile doit recevoir application, soit à un individu de nationalité inconnue, soit pour déterminer les effets du contrat, soit au point de vue de la compétence, ou de la procédure en général. Quelle est dans ce cas la loi qu'il faut appliquer pour la détermination du domicile?

431. — La question n'est pas sans importance. En effet, bien qu'on soit généralement d'accord sur ce qui caractérise le domicile en général, cet accord est loin d'exister au même degré sur les conditions d'acquisition d'un domicile nouveau, sur la perte du domicile antérieur, ni sur les cas de domicile légal. Le domicile est, en principe, d'après la loi française, d'après la loi belge, d'après la plupart des législations qui se servent de termes équivalents, le lieu où une personne a son principal établissement. Le droit romain le définissait excellemment : « *Et in eodem loco singulos habere domicilium non ambigitur, ubi quis larem ac fortunarum summam constituit, unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet, unde quum profectus est, peregrinare videtur, quo si rediit, peregrinare jam desiit* (L. 7, *C. de incolis*, 10, 40). — Savigny disait : qu'on doit considérer comme le domicile d'une personne le lieu qu'elle s'est librement choisi comme séjour permanent, et par cela même comme centre de sa vie civile et de ses affaires. Un auteur anglais récent, M. Dicey, dans son excellent ouvrage sur le domicile, définit le domicile d'une personne : « Le lieu ou le pays que la loi considère comme étant son *home*. » Autant vaudrait dire peut-être : le lieu ou le pays que la loi considère comme tel, comme son domicile. Car le mot *home* ne fait pas naître une idée beaucoup plus claire dans l'esprit, que le mot de domicile, du moins pour le lecteur non Anglais. D'après M. Westlake, le domicile est *la conception légale de la résidence*. Si l'on veut se faire une idée complète de la variété extrême des définitions auxquelles a donné lieu le domicile dans la doctrine anglaise, on pourra consulter avec fruit la Note I, qui suit l'ouvrage prémentionné de Dicey.

431$^{bis}$. — Mais toutes ces définitions nous semblent en définitive converger vers cette conclusion que le domicile est le lieu du principal établissement d'une personne, soit qu'il ait été fixé par la loi (et quelques-unes de ces définitions ne prévoient pas le domicile légal), soit qu'il ait été choisi par sa libre volonté. Il ne semble pas qu'il y ait

de grandes divergences sur la question du domicile originaire, ni sur celle du domicile légal. Il en existe toutefois quelques-unes. Il est très contestable, par exemple, qu'en droit anglais le tuteur puisse changer le domicile de son pupille ; que le domicile du mineur, orphelin de père, change par le convol de sa mère en secondes noces ; que l'interdit ait son domicile chez son tuteur, et que ce domicile se modifie avec celui de ce dernier. Quant au changement de domicile, on admet généralement aussi qu'il exige à la fois le fait et l'intention. Aux termes de la loi belge, conforme à la loi française, l'intention de fixer son principal établissement dans un autre lieu, dans le lieu où l'on se transporte effectivement, se prouve d'abord par la double déclaration dont il est question dans l'art. 104, ensuite, et à défaut seulement de cette déclaration, par les circonstances. La doctrine et la jurisprudence anglaises admettent également qu'une déclaration expresse constitue une preuve de l'intention ; mais elles n'exigent pas pour cela une déclaration faite de la manière indiquée par l'art. 104 du Code civil, et ne semblent guère attribuer à cette déclaration plus de force qu'aux circonstances. Mais on admet généralement en droit anglais, bien que la question soit controversée, que l'Anglais qui a établi son domicile en France, et qui quitte la France définitivement sans avoir l'intention de fixer son domicile ailleurs, perd son domicile de choix en France et recouvre son domicile d'origine[1]. Cela ne repose en somme que sur une fiction, qui a son fondement dans la nécessité d'attribuer à toute personne un domicile. Mais, comme notre droit n'établit aucune différence, quant à la conservation du domicile, entre le domicile de choix et le domicile d'origine, il est certain que, d'après nos principes, cet Anglais serait censé encore domicilié en France.

(1) Telle est l'opinion de M. Dicey. Il est d'avis que le domicile d'origine reprend ses effets du moment que l'on abandonne son domicile de choix (bien entendu sans en acquérir un autre). C'est le système admis par la jurisprudence anglaise.

432. — Il est donc important de savoir d'après quelle loi la question du domicile devra être appréciée, si pareille question surgit devant nos tribunaux à propos d'un étranger. Nous avons déjà dit que, lorsque la détermination du domicile est nécessaire d'après la loi nationale d'un individu appartenant à un pays dans lequel coexistent plusieurs législations différentes, *aux fins de fixer son statut personnel*, le juge doit s'en rapporter à son droit national. C'est d'après le droit écossais que l'on devra déterminer logiquement le domicile d'un Ecossais, s'agissant de fixer sa capacité, son état et ses rapports de famille ; d'après le droit anglais que l'on devra déterminer celui de l'Anglais, s'agissant des mêmes questions. Mais la jurisprudence nous paraît aller plus loin sous certains rapports. Elle admet en effet en France, conformément à ce qu'enseigne M. Durand[1], qu'il faut appliquer en règle la loi nationale, sans distinguer s'il s'agit du statut personnel, ou de questions qui n'ont aucune relation avec l'état et la capacité de l'individu, par exemple, en ce qui concerne la compétence[2]. Elle décide, il est vrai, d'autre part, que l'application à un étranger de sa loi nationale ne peut être proposée que lorsque les tribunaux d'un pays sont appelés à rechercher, si cet étranger qui s'est expatrié a ou non son domicile dans un pays tiers[3]. Lorsqu'un étranger est établi sur le territoire d'un Etat (en France, par exemple), c'est, d'après cette jurisprudence, la loi territoriale, se confondant alors avec la *lex fori*, qui déterminera si l'étranger y a ou non acquis un domicile, et quelles sont les conséquences de son établissement de droit ou de fait. Nous estimons, quant à nous, que cette jurisprudence, très peu établie du reste, est erronée. Le domicile d'un étranger ne doit, en principe, être déterminé par sa loi nationale, que quand cette détermination est nécessaire au point de vue de son statut personnel et des droits qui en dérivent. Mais, à

(1) Durand. *Droit int.*, pp. 173 et ss.
(2) Tr. Rennes, 21 août 1871, S. 71, 2, 245.
(3) Toulouse, 22 mai 1880, Sirey 80, 2, 294.

notre avis, il doit l'être, à ce point de vue, devant les tribunaux de tout pays, quand même la question serait de savoir s'il est domicilié dans le pays du for ou en pays étranger. Il n'en sera évidemment pas ainsi si la loi du for y faisait expressément obstacle : mais elle s'écarterait dans ce cas de la saine théorie du droit international moderne, tel qu'on le conçoit dans la plupart des pays. Dès que la loi du domicile est appliquée en vertu de la loi nationale, et qu'il est reconnu qu'il s'agit d'un rapport de droit soumis à l'empire de cette dernière, il faut logiquement considérer comme loi du domicile la loi désignée comme telle par la loi nationale.

433. — Mais quand le statut personnel est hors de cause, il n'en est plus ainsi. Il nous paraît tout d'abord que, dans les questions de compétence, et en général dans les questions de procédure, de la validité des significations faites dans notre pays, par exemple, on appliquera toujours, s'agissant de déterminer le domicile d'une personne, la *lex fori*. Il n'en pourrait être autrement qu'en vertu de conventions internationales. Lorsque notre législation base la compétence de nos tribunaux sur le domicile, elle entend par là le domicile tel qu'elle le conçoit. La décision du tribunal de Rennes, mentionnée ci-dessus, paraît contraire à cette opinion, mais elle s'explique peut-être par le fait qu'elle constitue une application du traité franco-suisse du 15 juin 1869, permettant au Suisse de décliner la compétence des tribunaux français s'il a un domicile en Suisse. Il semble, en effet, que, par une convention de ce genre, chacune des nations contractantes s'en réfère à la législation de l'autre, quant à la détermination du domicile des ressortissants de celle-ci. Mais en l'absence d'une pareille convention, nous ne pourrions approuver cette décision. Le domicile n'est en réalité qu'un pur fait, que chaque nation nous paraît appelée à apprécier souverainement, lorsqu'elle en fait la base de la compétence de ses tribunaux, ou lorsqu'elle y subordonne la validité de tel ou tel acte de procédure. Peut-être vaudrait-il mieux, au point de vue du droit théorique, surtout lorsqu'il s'agit

de la compétence, que l'on s'en référât à la loi nationale pour la détermination du domicile. Ce serait le moyen d'arriver insensiblement à la reconnaissance de règles uniformes de compétence, uniformes dans leur diversité même. L'on éviterait, en effet, lorsque la compétence est basée sur le domicile, que cette compétence ne soit contestée dans le pays où l'exequatur est demandé, par le motif que le domicile n'aurait pas été exactement déterminé. Mais nous ne pensons pas que dans la pratique actuelle, et en l'absence de traités, les tribunaux tiennent compte d'un autre domicile au point de vue de cette question, que du domicile reconnu par la *lex fori*.

434. — En ce qui concerne le droit matériel, le domicile présente encore de l'importance en diverses matières, par exemple au point de vue du droit successoral, ainsi que de la faillite, et lorsqu'il s'agit de déterminer les effets des conventions. C'est le domicile du decujus qui détermine, d'après les règles admises jusqu'à ce jour en Allemagne, la loi applicable à la répartition de sa succession, tant immobilière que mobilière. Et, d'après les principes admis en Angleterre, dans les Etats-Unis, et même en Belgique et en France, c'est tout au moins la loi du dernier domicile du défunt qui régit sa succession mobilière. Mais d'après quelle loi fixera-t-on son domicile? Dans les pays où l'on admet encore que la succession est de statut réel, il nous paraît que le domicile sera uniquement déterminé d'après la loi locale, c'est-à-dire d'après la loi de ces pays quant aux meubles qui s'y trouvent de fait. L'application, de la loi du dernier domicile n'y repose que sur la fiction d'après laquelle ses biens mobiliers sont censés s'y trouver, fiction dont la loi de la situation effective a compétence pour déterminer la portée et l'application. Il ne nous semble pas qu'en pareille matière il y ait lieu de tenir aucunement compte de la loi nationale, puisque dans ce système elle est étrangère à l'attribution de la succession, et sans influence aucune sur cette question. Mais, si nous en revenons à des principes, à notre avis, plus rationnels, si l'on admet en Belgique et en France que la succes-

sion doit être régie par la loi nationale du *decujus* comme droit de famille, et s'il s'agit d'une succession étrangère qui, d'après la loi nationale du défunt elle-même, doit être répartie d'après la loi du domicile du défunt, ce domicile ne saurait être que celui déterminé par sa loi nationale. Supposons, par exemple, qu'il s'agisse de répartir les biens, tant meubles qu'immeubles, délaissés par un Allemand en Italie. Ces biens seront répartis d'après la loi du domicile attribué au défunt suivant la loi allemande. Il en sera de même de la succession mobilière d'un Anglais ou d'un Belge, quant aux meubles délaissés en Italie ou en Espagne. On attribuera à cet Anglais ou à ce Belge, au point de vue du droit successoral, le domicile qu'ils ont d'après leur loi nationale. Ce n'est qu'en agissant de cette manière que l'on rend hommage à cette loi.

435. — Supposons qu'il s'agisse de la détermination du domicile au point de vue de la faillite. On sait que la doctrine incline de plus en plus vers le principe de l'unité et de l'universalité de la faillite, malgré les résistances de la jurisprudence, et notamment de la jurisprudence française. Mais la plupart des auteurs favorables à l'adoption de ce pricipe se prononcent pour l'application exclusive de la loi du domicile du failli, même en ce qui concerne les conditions de la mise en faillite et les effets de celle-ci. M. Weiss est pour ainsi dire seul à soutenir qu'il faut appliquer, notamment en ce qui concerne la question de savoir si une personne peut être déclarée en faillite, les dispositions de sa loi nationale. C'est ainsi qu'un sujet hollandais, qui exerce la profession d'entrepreneur de spectacles, ne pourrait, d'après lui, être déclaré en faillite en France, puisque d'après la législation des Pays-Bas, il n'est pas commerçant [1], et que cet auteur critique un arrêt de la Cour d'Aix, par lequel a été confirmée la déclaration de faillite d'une société étrangère civile, d'après la loi qui avait présidé à sa formation et d'après ses statuts. Mais cette opinion, malgré tout le talent avec lequel elle

(1) Weiss. Op. cit., p. 863.

a été défendue, ne nous paraît pas destinée à prévaloir. Quoi qu'il en soit, que l'on admette l'application de la loi du domicile du failli au point de vue de la compétence seulement, ou même en ce qui touche les conditions et les effets de la faillite, cette application reposera toujours en droit, selon nous, sur ce que l'organisation de la faillite touche à l'intérêt général du pays où le commerçant exerce sa profession. Cela nous paraît indéniable. Il en résulte, que pour apprécier si l'étranger a oui ou non son domicile dans tel ou tel pays où il cesse ses paiements, les tribunaux locaux s'en réfèreront à leurs propres lois, sans égard à la législation nationale de l'étranger. Ce n'est pas dans la loi nationale de cet étranger, c'est dans les nécessités sociales de leur propre pays, dans le besoin de sauvegarder les intérêts des tiers, d'assurer une juste et équitable répartition de l'avoir du failli, de consolider par cela même le crédit général et la sûreté des relations, c'est dans ces intérêts que la loi a compétence pour protéger, dans la mesure où il s'agit d'un étranger qui exerce sa profession sous son égide, que le juge puise son droit de déclarer la faillite. C'est donc sa loi qu'il appliquera, et si cette loi fait dépendre l'applicabilité de ces mesures du domicile du failli, c'est d'après elle aussi que l'on doit logiquement déterminer le domicile du failli, c'est-à-dire le fait auquel elle attache cette conséquence légale.

436. — Enfin, en ce qui concerne les contrats, le domicile présente une importance considérable, tout au moins pour la détermination du droit supplétif applicable aux effets du contrat. Fixera-t-on dans ce cas le domicile de l'étranger d'après sa loi nationale, ou d'après la *lex fori?* Nous pensons que l'on ne saurait établir de règles invariables en cette matière. Il est probable que le juge n'appliquera pas servilement sa propre loi, la loi du for, pour la décision de cette question, surtout lorsqu'elle induit le domicile de certaines présomptions ou prescriptions légales, que l'étranger ne connaît peut-être même pas, et qui peuvent être contraires à celles qu'il est censé connaître, à celles de sa loi nationale. Il n'appliquera pas invaria-

blement non plus les dispositions de la loi nationale de l'étranger, en tant qu'elles contiendraient des prescriptions ou présomptions auxquelles l'étranger a cru peut-être se soustraire, en se transportant dans d'autres pays. Il s'attachera avant tout au domicile effectif, au lieu du principal établissement. Mais on peut supposer qu'en thèse générale l'étranger est dominé par la conception du domicile, telle que l'entend sa loi nationale, et, bien que dans une matière où tout dépend de l'intention, il ne faille pas y attacher une autorité exclusive, étant donné surtout qu'il faut souvent tenir compte de l'intention commune, la loi nationale nous paraît mériter en règle plus de considération que la *lex fori*.

437. — Un coup d'œil jeté sur les dispositions de diverses législations permettra d'apprécier toute l'importance de ces questions. D'après la loi belge, le domicile de l'interdit est toujours chez son tuteur. Il n'en est pas ainsi en Angleterre. Le juge belge pourrait-il décider que le domicile légal d'un interdit anglais est toujours chez son tuteur? La question ne peut être résolue que par les distinctions prémentionnées. S'agit-il de déterminer le statut personnel de cet Anglais, il faut répondre négativement : on s'en tiendra à la loi anglaise, ou au droit anglais. S'agit-il de la validité des exploits, de compétence, de procédures engagées dans notre pays, on appliquera la loi belge. S'agit-il du droit successoral en matière mobilière, on appliquera encore, en présence du droit traditionnel qui nous régit actuellement, la loi de la situation fictive des meubles, et cette situation fictive ne peut être que là où se trouve le domicile d'après la loi belge. Si l'on en revenait dans notre pays à l'application de la loi nationale, on appliquerait le droit anglais, comme déterminant le domicile d'un Anglais au point de vue du droit de succession. S'agit-il de déterminer le droit supplétif applicable à l'effet des contrats faits par un mineur, dans la limite où le mineur pourrait contracter, on peut hésiter. La loi qui place le domicile légal du mineur ou de l'interdit chez son tuteur paraît, au premier abord, une disposition de

pur droit positif; et cette loi n'a en effet aucune autorité comme assignant obligatoirement un domicile à l'incapable, lorsque cet incapable est étranger.

Mais, en y réfléchissant, on doit reconnaître cependant que c'est une règle fondée en raison, aussi fondée en raison que celle aux termes de laquelle l'enfant mineur est domicilié chez ses parents. C'est en somme chez son tuteur qu'est son principal établissement, puisqu'il est son représentant légal. C'est là qu'est le siège de l'administration de ses biens, quoiqu'il puisse résider personnellement ailleurs. On pourrait donc admettre exceptionnellement, suivant les circonstances, qu'il s'est considéré comme domicilié chez son tuteur. Mais on ne pourrait appliquer à un étranger les dispositions purement arbitraires de la *lex fori*, qui attribuent à un citoyen un domicile forcé en un lieu déterminé, par exemple à un militaire au lieu de sa garnison (1), si cette disposition ne se rencontre pas dans sa loi nationale (2).

438. — En fait, le domicile de l'individu est souvent déterminé par le lieu où il exerce ses fonctions. L'art. 10 du Code civil dispose que l'acceptation de fonctions conférées à vie emporte translation immédiate du domicile du fonctionnaire, dans le lieu où il doit exercer ses fonctions. C'est une attribution forcée, et l'on n'aurait pas même égard à la manifestation d'une volonté contraire. Nous pensons que cette règle pourrait être observée en tout pays, non pas précisément à raison de son effet international, mais parce que par la force des choses on ne peut accepter une fonction de ce genre, sans fixer nécessairement son principal établissement là où on doit les exercer. Mais aux termes de l'art. 106, le citoyen appelé à une fonction temporaire ou révocable conserve le domicile qu'il avait auparavant, s'il n'a pas manifesté d'intention contraire, et ce principe paraît assez généralement suivi.

(1) De Bar. Op. cit., T. I. pp. 156 et ss.

(2) Il est à remarquer toutefois que l'attribution forcée du domicile, comme conséquence du statut personnel, devrait être prise en considération partout, lorsqu'elle est inscrite dans la loi nationale d'un incapable : l'enfant chez ses parents, la femme mariée chez son mari. Et cela à tous les points de vue.

Les fonctions d'ambassadeur, de consul, de lord lieutenant d'Irlande, de gouverneur général de l'Inde n'impliquent pas, d'après la jurisprudence anglaise, translation de domicile. Mais on a considéré exceptionnellement comme pouvant avoir cet effet l'acceptation par un Ecossais d'une cure en Angleterre, parce que la fonction dont il s'agit oblige par sa nature, et par la manière dont elle est exercée, le fonctionnaire à établir sa principale demeure dans le pays où il réside. Où serait le domicile de cet Ecossais, aux yeux d'un tribunal belge? A notre avis, il serait en Angleterre, non pas précisément à raison de la force légale extraterritoriale des principes admis à cet égard dans la Grande-Bretagne (1), ces principes n'étant pas même consacrés expressément par un texte de loi dans ce pays, mais à raison de circonstances qui font présumer l'intention. Etant donné, en effet, que telles sont les idées reçues en Angleterre, on peut présumer que l'Ecossais dont il s'agit a eu l'intention, en acceptant, de transférer effectivement son domicile là où il doit l'exercer.

Nous venons de voir que le service militaire, l'acceptation de fonctions militaires dans un lieu déterminé, n'emporte pas translation de domicile. C'est le principe suivi également en Angleterre. Mais on y admet, par contre, qu'un individu qui entre au service militaire, ou dans la marine d'un souverain étranger, acquiert (probablement) un domicile dans le pays gouverné par ce souverain (2). C'est une question fort délicate, et tout se réduit en somme, comme le fait observer Dicey, à une question de preuve. L'acceptation de fonctions révocables ou temporaires concourt bien souvent ici avec une idée d'expatriation. Elle concourt, dans tous les cas, avec la volonté de prêter des services à un gouvernement étranger. Il y a de fortes probabilités que l'individu qui agit ainsi a l'intention de changer de domicile, de fixer son

(1) Dicey. Trad. Wocquart. T. I, p. 242.

(2) Il le serait même en vertu de la force extraterritoriale du droit anglais, s'il s'agissait du statut personnel.

principal établissement en pays étranger. Tout dépendra des circonstances, qui devront être examinées et scrutées dans les autres pays, comme elles le seraient probablement en Angleterre. Ici encore, il y aurait lieu de tenir compte, comme d'un élément important d'appréciation, des principes admis à cet égard dans le pays dont relève l'étranger.

439. — Il est certain que, d'après le Code civil, il n'est pas possible d'avoir plus d'un domicile, sauf les domiciles d'élection que l'on peut accepter contractuellement pour l'exécution de tel acte déterminé, pour les significations, demandes et poursuites relatives à cet acte (art. 111 du C. civ.). Mais ce domicile d'élection n'est pas un véritable domicile, et nous n'avons pas à nous en occuper. La question est de savoir si, indépendemment d'une convention formelle, on peut avoir plusieurs domiciles réels et généraux. On l'a soutenu en Angleterre, ainsi que le rapporte Dicey (T. I, p. 92). « J'estime » dit Sir Charles Pollock, « qu'un pair d'Angleterre qui est à la fois pair d'Ecosse, qui a des propriétés dans les deux pays, qui vient au Parlement remplir un devoir public, et retourne en Ecosse pour jouir des beautés du pays, est domicilié à la fois en Angleterre et en Ecosse. Un jurisconsulte éminent, autrefois membre de cette Cour, et maintenant membre de la Chambre des Lords, à l'opinion duquel mes collègues et moi attachons la plus grande importance, a décidé un jour, en ma présence, qu'un homme peut, pour différents objets, avoir à la fois un domicile en Angleterre et un autre domicile en Ecosse. Et je ne vois pas pourquoi il n'en serait pas ainsi [1]. »

Le problème se divise en somme en deux questions que Sir Pollock semble avoir complètement confondues. Il est pour ainsi dire universellement admis, que nul ne peut avoir à la fois plus d'un domicile pour un seul et même objet. Notre droit ne l'admet pas plus que le droit anglais au témoignage de Dicey. Et si, d'après Savigny, dont

(1) En cause de Capdevielle, 33, L. J. (Ex.) 306, 816. *Décision de Pollock*, C. B.

l'opinion se fonde sur le droit romain, on peut ne pas avoir de domicile du tout, on ne voit pas qu'il soit possible d'avoir plusieurs domiciles, bien que la question fût douteuse en droit romain (1). Il semble plutôt que, d'après ce droit, celui qui avait plusieurs établissements principaux était considéré comme n'ayant pas de domicile. Savigny indique comme des cas d'absence de domicile : 1° celui où un domicile ancien est abandonné, et où l'on en cherche un nouveau, aussi longtemps que celui-ci n'est pas trouvé; 2° celui où une personne s'est proposé de passer sa vie à voyager, sans avoir choisi un lieu où elle ait l'habitude de retourner; 3° celui où une personne sans profession déterminée cherche à gagner sa vie errante (comme les vagabonds) de manières diverses et suspectes au point de vue de la sécurité publique. Mais ce ne sont pas là des cas de pluralité de domiciles. Et il ne semble pas que, dans le droit actuel tout au moins, la pluralité de domiciles soit reconnue comme chose possible, et admissible en pratique, d'une manière absolue.

Mais les jurisconsultes anglais, ou tout au moins quelques-uns entre eux, d'après de Bar (2), admettent cependant la pluralité de domiciles d'un même individu *pour des rapports de droits différents*. Il faut s'entendre. Dicey affirme qu'en principe nul ne peut avoir plus d'un domicile (T. I. p. 90), tout en ajoutant qu'il y a une exception, et que la jurisprudence est incertaine. Quelle est d'abord l'exception? Aux termes des art. 24 et 25, Vict., C. 121, la Couronne est autorisée à conclure un traité avec un Etat étranger, en vertu duquel aucun sujet britannique, à moins d'avoir rempli les conditions stipulées dans la loi, ne sera considéré comme ayant acquis un domicile dans le pays contractant, s'il vient à y décéder; il en sera de même des nationaux de ce pays, s'ils venaient à décéder dans la Grande-Bretagne. Dicey ajoute que cette loi ne

(1) Loi 5, D. 50. 1. — *Labeo indicat eum qui pluribus locis ex aeqo negotiatur, nusquam domicilium habere; quosdam autem dicere refert, pluribus lociseum incolam esse aut domicilium habere.*

(2) T. I pp. 161 et 38.

s'applique évidemment qu'au domicile existant au point de vue d'une succession testamentaire ou *ab intestat*, et qu'aucun traité n'a été conclu en vertu de cette loi, « laquelle est donc jusqu'à présent lettre morte ». D'où suit que, pour le moment, cette exception n'est qu'éventuelle et n'a point d'existence actuelle.

Phillimore admet toutefois que « certaines circonstances peuvent être considérées comme des conditions suffisantes pour l'établissement en temps de guerre d'un domicile commercial, et en temps de paix d'un domicile matrimonial, d'un domicile *ad litem*, ou d'un domicile politique; et cependant, suivant le droit anglais, ces différents domiciles ne sauraient réunir les éléments d'un domicile testamentaire ou principal (1) ». D'après Dicey, cette idée est en contradiction avec les principes sur lesquels repose la loi du domicile. Et il ajoute : « Nous croyons qu'on ne peut invoquer aucun précédent à l'appui de cette opinion. » La vérité est, comme le fait observer avec beaucoup de raison cet auteur, que la simple résidence peut produire certains effets légaux, et, comme on peut avoir sa résidence dans un endroit et son domicile dans un autre, on a été conduit, en considérant la résidence comme une espèce de domicile au point de vue de certains droits, à admettre la pluralité de domiciles.

Il nous paraît qu'il en est ainsi notamment du domicile commercial en temps de guerre. « En temps de guerre, » dit M. Dicey (2), « la question de savoir si une personne doit ou ne doit pas être considérée comme ennemie, se décidera, dans la plupart des cas du moins, non d'après sa nationalité ou son allégeance, mais d'après sa résidence de négociant, en d'autres termes, son domicile commercial. Toute personne domiciliée dans un pays en guerre avec le nôtre, qu'elle en soit, un régnicole ou non, doit être regardée comme ennemie. » Etrange théorie, que le droit international actuel condamne d'autant plus éner-

(1) Dicey. Op. cit. T. I, p. 93.

(2) T. 2, p. 337, note A, et les autorités citées, entre autres, Kent (12e édit.), pp. 73-81.

giquement, qu'aujourd'hui les citoyens eux-mêmes ne sont pas considérés commes ennemis, s'ils ne prennent aucune part aux hostilités, mais que l'on ne doit pas être surpris de trouver dans le célèbre ouvrage de Kent notamment, puisque cet auteur allait jusqu'à dire qu'il était interdit aux citoyens des nations ennemies de se rencontrer autrement que pour se livrer un duel à mort (1). Quoi qu'il en soit, qui ne voit que le domicile commercial, dont il est question ici, n'est pas autre chose que la résidence commerciale, à laquelle on fait produire des effets exorbitants en temps de guerre, alors même qu'elle ne constitue pas simultanément le domicile réel? C'est une résidence que l'on baptise du nom de domicile. La vérité est qu'en Angleterre, et aussi dans les Etats-Unis de l'Amérique du Nord (2), le principe est : que nul ne peut avoir plusieurs domiciles simultanément, mais qu'on peut avoir une résidence pour un objet déterminé dans un autre lieu que son domicile.

440. — Dans tous les cas, cette conception de la pluralité des domiciles généraux est inadmissible dans notre pays. Il n'est pas probable que nos tribunaux aient jamais à l'écarter, lorsqu'il s'agit du statut personnel : car, dans aucun pays, on ne saurait admettre que le statut personnel puisse être régi dans ce pays même, par plusieurs lois différentes. Mais, dans les autres matières, nos tribunaux devront toujours choisir entre les divers domiciles, et fixer le domicile de l'étranger là où il se trouve véritablement d'après nos conceptions juridiques. Quant à la possibilité de l'absence de domicile, elle est incontestable : il est très admissible, comme l'a démontré Savigny, qu'une personne n'ait pas de principal établissement. Il est bien vrai que, dans le système du Code civil, nul ne peut être sans domicile. La loi assigne en effet un domicile à toute personne, même aux individus qui n'en ont point. Chacun a son domicile d'origine, et ne le perd que lorsqu'il

(1) Dudley Field. *Projet d'un code international*, p. 603. (Traduction de M. Albéric Rolin.)
(2) Dudley Field. Id., p. 155.

en acquiert un autre; et il ne perd de nouveau ce dernier que lorsqu'il en acquiert un troisième ou lorsqu'il recouvre son domicile primitif. Il est bien vrai qu'il en est de même en droit anglais. Dicey déclare nettement que nul ne peut être en aucun temps sans domicile. La loi assigne une principale demeure à celui qui n'en possède pas en fait(1). Dudley Field affirme également que nul n'est sans domicile(2). Quant à la théorie allemande, elle est moins claire et moins précise, au témoignage de de Bar, bien que dans ce pays, comme dans les pays de race anglo-saxonne, il y ait un intérêt considérable à assigner à chacun un domicile, puisque c'est en général du domicile que dépend le droit personnel. Supposons maintenant que la question du domicile surgisse devant un tribunal belge ou anglais, à propos d'un individu qui, d'après la loi du pays dont il serait citoyen, serait sans domicile, il est évident qu'on devrait lui reconnaître le domicile qui doit lui être assigné d'après la loi belge ou d'après la loi anglaise. La règle qui assigne à chacun un domicile nous paraît essentiellement fondée sur des considérations d'utilité sociale, qui ne s'appliquent pas seulement aux citoyens, mais à tous ceux qui entrent en relations avec eux.

441. — Le domicile d'un individu peut cependant être inconnu. Dicey cherche à résoudre la difficulté qui surgit dans ce cas, en posant la règle que « la présence d'une personne dans un pays est une preuve présomptive de domicile ». On tiendra compte de sa présence actuelle dans un pays, du lieu de sa naissance, bien que le lieu de naissance ne soit point par lui-même attributif de domicile, du lieu du décès, par exemple lorsqu'il s'agit de déterminer où s'ouvre sa succession. Et il cite des décisions rendues en Angleterre et dans les Etats-Unis en ce sens. Savigny(3) enseigne en somme une solution analogue.

(1) Dicey. T. I, p. 86.
(2) Field, p. 155. — *Political Code reported for New-York*, § 7. — Story, § 47, etc.
(3) Savigny. *Traité du droit romain*, T. VIII, p. 107. (Traduction de Guenoux.)

« On n'a guère alors d'autre moyen que de considérer comme domicile la résidence actuelle, par exemple le lieu du décès, quand il s'agit d'une succession. » Et, sauf les mots, Laurent résout le problème de la même manière. Il ne dit pas, il est vrai, que l'on considérera comme domicile le lieu de la résidence, mais il fait observer que dans ce cas la résidence tient lieu du domicile. Les assignations s'y font. « Il en est de même de l'ouverture de la succession », et il applique le principe même à la résidence temporaire(1).

En pratique, les résultats sont exactement les mêmes. Nous préférons toutefois la manière dont la solution est formulée par Laurent, n'aimant point les présomptions légales dont on ne trouve pas de trace dans la loi.

442. — En ce qui concerne la capacité légale à l'effet de changer de domicile, elle serait régie, d'après Dudley Field(2), par la loi en vigueur dans le pays où une personne établit sa résidence, au moment où elle veut y fixer son domicile, en ce qui concerne l'âge, la capacité intellectuelle, et les conditions constitutives de la liberté et de la bonne foi. Cette opinion est des plus sujettes à critique, même au point de vue du principe d'après lequel la capacité serait régie par la loi du domicile; car c'est à la loi du domicile antérieur, du domicile encore existant au moment où l'on en veut changer, qu'il faudrait logiquement recourir. Et Dudley Field reconnaît qu'il est contraire aux principes actuellement admis. Le but qu'il se propose en formulant cette règle nouvelle est « de permettre à chaque nation de déterminer par ses propres lois la capacité d'acquérir un domicile dans son territoire ». Nous n'en voyons nullement la nécessité, spécialement en ce qui concerne l'âge. Il nous paraît qu'il n'y a pas lieu de déroger, en cette matière, au principe de plus en plus généralement admis, d'après lequel la capacité est déterminée d'après la loi nationale.

443. — L'avant-projet belge de revision du Code civil,

(1) Laurent. *Droit civil*, T. II.
(2) N° 303, p. 164. (Trad. Albéric Rolin.)

rédigé par la commission extraparlementaire, modifie diverses dispositions de ce Code en ce qui concerne le domicile. L'art. 1 porte : « Le domicile de toute personne est au lieu où elle a son principal établissement. » En substituant les mots *toute personne* aux mots *tout Français*, la commission a voulu trancher une controverse et consacrer nettement le droit pour l'étranger d'acquérir un domicile en Belgique même sans autorisation. Les mots : « quant à l'exercice des droits civils » ont été supprimés, comme d'autant plus inutiles qu'en Belgique le domicile civil et le domicile politique se confondent. — Les articles 2 et 3 du projet sont ainsi conçus : « Art. 2. Le changement de domicile s'opère par le transfert réel du principal établissement. — Art. 3. Les déclarations de changement de domicile, faites à l'autorité communale, ne valent que pour autant qu'elles ne soient pas contraires au fait ; elles peuvent néanmoins être invoquées contre leur auteur à titre d'élection de domicile. » D'après l'exposé des motifs, on a voulu empêcher qu'une simple déclaration à l'autorité communale, jointe à une habitation de quelques heures seulement, fût suffisante pour opérer translation de domicile, alors même que cette déclaration se trouverait démentie par les faits. « Il est impossible de tolérer » dit la commission, « qu'une personne qui a certainement et notoirement son principal établissement dans un lieu déterminé, et qui entend l'y garder, puisse néanmoins se créer ailleurs, au moyen d'une déclaration fantaisiste, un domicile purement fictif. » Les modifications proposées par la commission lui ont été dictées, elle le déclare, par le désir d'empêcher que les intérêts des tiers ne soient lésés par une translation de domicile illusoire. Cette préoccupation est des plus respectables. Mais la liberté que doit avoir tout citoyen de s'établir où il veut est-elle suffisamment maintenue? Il peut arriver parfaitement qu'il soit difficile de déterminer, sauf après un temps assez prolongé, si un citoyen a transféré son principal établissement dans tel ou tel lieu. Pour beaucoup le principal établissement n'aura

point d'autre manifestation à priori que l'habitation réelle dans un lieu déterminé. Suspendra-t-on pour ces citoyens, pendant un temps plus ou moins long, la faculté de transférer leur domicile? Autre inconvénient, et il est grave précisément au point de vue des tiers dont on veut sauvegarder les droits. La déclaration à l'autorité communale ne devant plus avoir d'effet que contre celui qui l'a fait, on s'en passera. Et les tiers auront à examiner dans chaque cas particulier une question souvent fort difficile à résoudre, celle de savoir s'il y a eu translation du principal établissement. De plus, en consacrant la règle que ces déclarations pourront être invoquées contre leurs auteurs à titre d'élection de domicile, la commission pose vraiment un principe bien étrange, celui de l'élection de domicile *générale*, non pas pour un acte déterminé mais pour tous les actes de la vie civile.

L'art. 4 du projet porte : « Tout fonctionnaire public a son domicile dans le lieu où il est appelé à exercer ses fonctions, lorsqu'il y a sa résidence. » C'est encore une innovation considérable. Les auteurs du projet se trompent en déclarant cet article conforme au droit anglais. Il n'y a pas, à proprement parler, de domicile légal en Angleterre sauf pour les incapables.

L'innovation peut cependant se défendre principalement au point de vue de l'intérêt des tiers. Mais on conçoit à la rigueur que par des raisons graves de famille, de fortune, ou autres motifs semblables, le fonctionnaire, tout en transférant sa résidence à l'endroit où il exerce ses fonctions, n'y transfère cependant pas son principal établissement, surtout s'il s'agit de fonctions temporaires et qui ne sont peut-être pour lui qu'un stage assez court avant d'arriver à une situation supérieure. Et il nous paraît que c'est faire un peu trop bon marché de la liberté humaine, que de dire à un individu : « Nous vous nommons à une fonction temporaire ; bon gré malgré, vous transférerez non-seulement votre résidence et votre habitation réelle, mais même votre principal établissement, là où vous exercerez vos fonctions, fût-ce momentanément, quelque graves que

soient les intérêts qui vous détermineraient à conserver votre domicile antérieur. » Nous ne croyons donc pas que la modification proposée doive être approuvée. Si nous rencontrions dans une législation étrangère une disposition pareille, elle ne devrait être appliquée dans notre pays, que dans les cas où la loi du domicile doit suppléer à la loi nationale comme régissant l'état et la capacité de l'individu, soit en vertu de la loi nationale elle-même, soit parce que la nationalité est inconnue. Et l'on n'aurait égard à un pareil domicile, s'agissant de l'effet des contrats, que dans la mesure où il est à présumer que l'étranger s'est considéré réellement comme domicilié là où la loi lui assigne un domicile, ce qui ne peut guère être admis, lorsqu'il s'agit de fonctions conférées par un pouvoir étranger.

444. — La jurisprudence française n'admet pas en général, comme on le sait, que l'étranger puisse avoir en France un vrai domicile, un domicile de droit, produisant tous les effets attachés au domicile, sans autorisation du gouvernement. Le domicile de fait établi par l'étranger en France sans autorisation régulière ne produit guères d'effet, d'après cette jurisprudence, qu'au point de vue de la compétence, et en matière d'assignations et de significations d'exploit. Il n'en produit aucun au point de vue de la question si importante de la dévolution de la succession mobilière, et le juge doit observer en cette matière la loi du domicile de droit (1). Bien que notre législation soit identique à la législation française, nos Cours ont repoussé ce système, et l'on admet en Belgique, avec la plupart des auteurs, que l'étranger peut avoir un domicile véritable dans notre pays, sans y être autorisé par le gouvernement. Seulement ce domicile ne lui confère pas les droits civils *stricto sensu*, et ne l'assimile pas aux nationaux.

445. — La détermination du domicile ou du siège des personnes juridiques est de la plus haute importance. Pour

(1) Cassation, 12 janvier 1869, Sirey 69, I, 138. — Cassation, 6 mai 1875, Sirey 75, 1, 409. — Toulouse, 22 mai 1880, Sirey 80, 2, 274.

elles, il n'y a pas à proprement parler de nationalité, il n'y a pas même de domicile proprement dit, puisqu'elles n'ont d'existence qu'en vertu de la loi qui les évoque et les appelle à la vie. Et cependant ce serait aller trop loin que de n'y voir que de pures créations du législateur. Les personnes juridiques ne sont pas faites de rien. Sous le vêtement légal s'abritent des personnes naturelles, des personnes humaines; et le phénomène juridique qu'implique la personnification civile n'a d'autre effet que l'effacement des personnalités individuelles, des responsabilités individuelles, et leur absorption dans une personnalité collective unique. C'est en cela que consiste le privilège, en cela que réside la fiction dont il s'agit. Quand le législateur reconnaît une personne civile, il permet à des individus de s'effacer discrètement et prudemment, sous le voile de la personnalité juridique. Il va plus loin: il établit parfois, sans l'initiative des individus, des groupements d'intérêts embrassant non-seulement le présent mais l'avenir, et concernant soit des citoyens vivant dans telle ou telle agglomération, soit des êtres se trouvant dans telle ou telle situation déterminée.

On a donc soutenu que les personnes juridiques n'avaient pas de nationalité dans le sens propre du mot (1). Cela est exact dans une certaine mesure, car la qualité de citoyen d'un pays suppose une série de droits et d'obligations, qui ne peuvent tous appartenir ou incomber à une personne juridique. Il faut toutefois observer que certaines personnes possèdent la nationalité, sans pouvoir exercer les droits politiques du citoyen, et d'autre part que certaines personnes juridiques, tout au moins, se rattachent spécialement à un Etat déterminé, parce qu'elles sont établies exclusivement en vue des intérêts ou des besoins des membres de cet Etat, et plus particulièrement de certains membres de cet Etat ou de ses habitants. Elles sont en somme consacrées pour répondre et satisfaire à des besoins

(1) Voir les autorités citées par de Bar, T. I, p. 300, entre autres: Laband. *Staatsrecht des deutschen Reichs*, dans le *Manuel de droit public* de Marquardsen, II, 1, p. 32. — Mayer. *Deutsches Staatsrecht*, p. 638, etc.

publics, à des nécessités sociales existant dans cet Etat. Elles doivent presque toujours leur existence non pas à l'initiative privée des intéressés trouvant appui dans les pouvoirs publics, mais *uniquement* à l'action de ces pouvoirs eux-mêmes. Tels sont les provinces, les communes, les fabriques d'églises, les hospices, les bureaux de bienfaisance. Sans approfondir ici la question de savoir si ces établissements ont une nationalité dans le sens strict du mot, il nous paraît évident qu'ils en ont une dans le sens large; et dans le langage ordinaire on n'hésite pas à la leur reconnaître. Ce qu'il importe de remarquer, c'est tout d'abord qu'ils ont toujours un siège déterminé, où se concentre naturellement et par la force des choses leur activité juridique; c'est ensuite que le lieu où ce siège est fixé, et qui constitue véritablement leur domicile, se confond avec leur nationalité. Il peut arriver toutefois que le siège de ces personnes juridiques soit fixé avec plus de précision par une disposition expresse de la loi. En tout cas, si des difficultés peuvent s'élever sur le point de savoir à quelles conditions ces personnes sont censées exister, même en pays étranger, il ne peut y en avoir de sérieuses, quant à la question de savoir où est leur siège, leur domicile.

446. — La question peut présenter plus de difficulté, lorsqu'il s'agit de ces personnes juridiques qui sont constituées par l'initiative de simples particuliers, et dans leur intérêt, et que la loi ne fait que reconnaître et consacrer, par exemple, les sociétés de commerce. M. Laurent admet avec raison, suivant nous, qu'en principe il faut admettre que les personnes morales, comme les personnes physiques, ne peuvent avoir qu'un seul domicile (1). Mais il semble arriver presque immédiatement après, à une conclusion contraire. « Reste à savoir » dit-il, « si une société peut avoir plus d'une *maison sociale*. Cela se comprend pour les sociétés qui étendent leurs opérations sur tout un royaume, et parfois même dans les pays voisins. Ce qui

(1) *Droit civil*, T. II, p. 100.

est impossible pour l'homme devient possible pour des êtres moraux, puisque pour eux le domicile n'est qu'une fiction. Il est attaché au siège de leurs affaires; *or*, *ils peuvent avoir plus d'un centre d'opérations*, DONC PLUS D'UN DOMICILE. La Cour de Cassation a jugé plusieurs fois en ce sens contre la Compagnie du chemin de fer de l'Est... » L'opinion d'après laquelle une société, une personne juridique ne peut avoir qu'un domicile nous paraît préférable. La question nous semble tout d'abord implicitement résolue pour notre pays par l'art. 129 de la loi belge, qui suppose qu'une société ne puisse avoir qu'un seul établissement principal, puisqu'il déclare que « toute société dont *le principal établissement* est en Belgique, est soumise à la loi belge, bien que l'acte constitutif ait été passé en pays étranger ». Si, d'après le législateur, une société pouvait avoir plusieurs établissements principaux, il aurait dit : toute société qui a *un* principal établissement en Belgique. Or, qui dit principal établissement, dit domicile. Cette interprétation est absolument conforme au rapport présenté à la Chambre par un excellent jurisconsulte, doublé d'un économiste distingué, M. Pirmez. « Entre les sociétés constituées à l'étranger qui, ne faisant en Belgique que des opérations accidentelles, échappent aux prescriptions de la loi belge, et les sociétés qui, y ayant *leur principal établissement*, lui sont *entièrement* soumises, il y a une position mixte, celle des sociétés qui établissent en Belgique un comptoir, une succursale ou un siège quelconque d'opérations. » Cette classification exclut, en effet, l'idée qu'une société puisse avoir plusieurs domiciles, plusieurs principaux établissements. C'est aussi ce qui a été jugé par le tribunal de commerce de Gand, le 26 janvier 1884, et confirmé en appel, à l'occasion de la faillite de la Compagnie des Eaux de Gand, déclarée à Gand, après avoir été déclarée antérieurement à Paris par le tribunal de commerce de la Seine [1]. Tout en constatant que, malgré les énonciations des statuts, le principal éta-

(1) *B. jud.*, 1884, p. 573.

blissement de cette société était à Gand, le tribunal affirme dans les considérants du jugement qu'une société comme un individu ne peut avoir plus d'un domicile. En fait, lorsqu'une société a des établissements dans plusieurs pays, il y a toujours un point vers lequel viennent converger les questions relatives à l'administration générale de la société. La Cour de Cassation de France a toutefois admis, *au point de vue de l'application de l'art. 69 du Code de procédure civile*, qu'une société pouvait avoir plusieurs maisons sociales (1). Mais ces décisions semblent avoir été déterminées par des considérations d'utilité pratique. On peut se demander du reste si les mots *maison sociale* dans l'art. 69, du Code de procédure civile sont absolument l'équivalent du domicile. Le doute est permis.

On est d'accord que la question de savoir où est le principal établissement d'une société, où est son domicile, doit être décidée non d'après les déclarations, les affirmations des parties, d'après les statuts sociaux, mais d'après les faits. C'est ce qui a été jugé par la décision du tribunal de commerce de Gand dans l'affaire de la Compagnie des Eaux de Gand (mentionnée ci-dessus). C'est ce que le Conseil fédéral suisse a décidé également, en donnant raison à la juridiction française, dans l'affaire du Crédit foncier suisse, lequel avait été déclaré en faillite à la fois en France et en Suisse, bien que le traité franco-suisse du 15 juin 1869 semble admettre en principe la possibilité d'une double déclaration de faillite en France et en Suisse (2). Le tribunal de Charleroi a décidé avec raison, le 28 avril 1869 (3), qu'un domicile autre que le vrai domicile indiqué dans les statuts n'est qu'un domicile d'élection qui peut bien lier les associés, mais n'est point opposable aux tiers. Et l'on admet en Angleterre également que la résidence et le domicile d'une corporation marchande sont déterminés par la situation du siège principal de ses

(1) Laurent. T, II, p. 101 et les arrêts cités. — Cass. Fr., 30 juin 1858 et 16 janv. 1861. — Dalloz. *Recueil périodique*, 1858, 1, 424 et 1861, 1, 126.
(2) V. Weiss, p. 869.
(3) Pas. B. III, 254.

affaires [1]. La question de savoir où est le siège principal de ses affaires est évidemment une question de fait abandonnée à la sagacité des tribunaux. En Angleterre on entend par là le lieu où se fait la partie administrative des affaires de la société, et M. Dicey délcare que ce ne peut être le lieu où elle fait la fabrication ou les opérations quelconques qui constituent son genre d'affaires. « Si » dit-il, « une société établie conformément à la « Company Acts », 1862, 1867, pour l'exploitation de manufactures dans l'Inde, a une agence reconnue en Angleterre, si la direction de ses affaires se trouve dans ce dernier pays, le domicile de cette société sera situé en Angleterre et non aux Indes. L'enregistrement de l'acte de société n'est pas décisif en lui-même. Dans chaque cas particulier la question est toujours de savoir où se font réellement les affaires de la société. » Tout dépendrait donc du siège administratif. Ce sont là des questions fort délicates et qu'il est impossible de décider d'une façon absolue à priori. L'administration d'une société peut comporter des actes extrêmement complexes. Il se peut que dans le but de faciliter la réunion des membres du conseil d'administration, et même des actionnaires d'une société anonyme, on les convoque périodiquement dans telle ville, ou dans tel pays, qui n'est point le siège véritable des affaires de la société, que les livres y soient transportés momentanément à cet effet, que la direction active des affaires de la société soit ailleurs, au siège même de l'exploitation, que ce soit là et là seulement qu'elle entre en relations avec les tiers. Où sera alors son principal établissement, son siège social? Nous ne croyons pas nous tromper en affirmant que c'est dans ce dernier lieu. On ne saurait donc établir de règles absolues, et tout dépendra en dernière analyse des circonstances et de l'appréciation des juges du fait. Il ne nous semble pas, en tout cas, que les tribunaux de tel pays, s'agissant même d'une société manifestement étrangère, ne puissent lui reconnaître un principal établisse-

(1) Dicey, T. I., p. 186,

ment ou un domicile dans tel ou tel pays étranger, que si elle y a son domicile d'après les lois de ce pays. La question du domicile est pour eux une pure question de fait, qu'ils résoudront en général avec une indépendance complète, lorsqu'il s'agit des sociétés commerciales constituant des personnes juridiques.

### *Section* III. — *Détermination du lieu du contrat.*

447. — Ainsi que nous l'avons dit plus haut, la détermination du lieu du contrat est importante, non-seulement lorsqu'il s'agit de fixer sa portée, d'interpréter la volonté des parties, mais parfois aussi quand il s'agit d'apprécier sa validité. Elle l'est également au point de vue de la compétence, comme nous le verrons plus loin. La première difficulté qui se présente est celle de savoir où se forme le contrat, quand il est conclu par correspondance. D'après l'opinion qui domine en Belgique, bien qu'il y ait plusieurs arrêts en sens contraire, le contrat se forme au lieu où l'acceptation de l'offre par correspondance est parvenue à la connaissance de l'auteur de l'offre (1). D'après certains auteurs et certains arrêts, le contrat se forme au lieu où l'offre transmise par lettre a été acceptée (2). Savigny, qui prête à ce dernier système l'autorité considérable de son nom, fait remarquer que c'est là que s'est exprimé l'accord des volontés. « Celui qui a écrit la première lettre est donc censé s'être transporté chez l'autre partie, et y avoir reçu son consentement. » On objecterait en vain, d'après lui, que la réponse affirmative pouvait être retirée avant de parvenir à son adresse, ou être annulée par une déclaration contraire, et que dès lors le contrat n'est parfait que dans le lieu où l'expéditeur de la première lettre reçoit la réponse et connaît le con-

(1) De Paepe. *Etudes sur la compétence civile*, Ire livraison, p. 107, et les nombreuses autorités ainsi que les arrêts par lui cités. Dans le même sens : Laurent. *Droit civil international*, T. VII, pp. 446 et ss. — Massé. *Droit commercial*, T. I, pp. 478–480 (2e édit.). — Rocco. *Delle leggi del regno delle due Sicilie*. p. 378. — Esperson. *Il principio della nazionalita*, p. 136. — Fiore. *Droit international privé*, nº 247.

(2) Asser et Rivier. Op. cit., p. 76. — Brocher. *Cours* etc., T. II, p. 80. — Weiss. Op. cit., p. 634 etc.

sentement de l'autre partie. Il répond « que l'on ne saurait admettre que l'on repousse les vrais principes en vue d'un cas aussi exceptionnel. Le plus souvent les deux déclarations se succéderont, sans la moindre hésitation de ce genre; et si elle vient à se montrer, il faut, pour décider la question, avoir égard à une foule de circonstances particulières, de sorte qu'en pareil cas la règle tout à fait arbitraire que posent nos adversaires ne serait nullement suffisante [1] ».

MM. Asser et Rivier déclarent du reste que c'est là une question de droit intérieur. Nous ne le croyons pas. C'est au contraire une question qui touche au droit international privé, chaque fois qu'il s'agit de savoir si le contrat a été conclu dans tel pays ou dans tel autre, et que la solution de cette question peut exercer quelque influence sur sa validité, sa portée ou son interprétation. Il importe donc de l'examiner non pas au point de vue seulement de telle ou telle législation particulière, mais au point de vue des principes théoriques, auxquels doivent nécessairement se référer les tribunaux de tous les pays où la difficulté n'a pas été résolue législativement.

Nous plaçant au point de vue de ces principes, nous n'hésitons pas à donner la préférence à l'opinion, d'après laquelle le lieu du contrat, conclu par lettres ou par télégrammes, est celui où l'acceptation de l'offre parvient à la connaissance de l'auteur de celle-ci. C'est en vain que l'on soutient que l'accord, le concours de volontés existe à partir du moment de l'envoi de la lettre d'acceptation. Cela est vrai, et M. Laurent nous semble faire une distinction assez subtile, lorsqu'il soutient qu'il y a dans ce cas non pas concours, mais coëxistence des consentements. Mais il ne suffit pas que les volontés concordent idéale-

(1) Savigny. *Traité du droit romain* (Traduction Ch. Guenoux, T. VIII, pp. 232 et ss.). — Casaregis. *Discursus legales de commercio*, diss., 179, nº 1. — Demolombe. *Contrats et obl. conventionnelles*, nº 75. — Aubry et Rau, T. IV, p. 294, note 25. — Asser et Rivier, p. 76. — Brocher. *Dr. int. privé*, T. II, p. 80. — Serafini. *Il telegrapho in relazione alla giurisprudenza civile commerciale*, Pavie, 1862. — Weiss, pp. 634 et ss., et les décisions françaises qu'il cite, ainsi que le *Code de comm. allemand*, art. 319 à 323, et le *Code suisse des obligations*, art. 8.

ment pour qu'il y ait convention. Il faut qu'elles soient exprimées, et exprimées de telle manière que chacune des parties ait pris connaissance des intentions de l'autre, soit personnellement, soit au moins par mandataire. En ce sens il est parfaitement vrai de dire que, comme M. Wurth, procureur général près la Cour d'Appel de Gand, l'a démontré d'après Kant, dans un excellent discours de rentrée prononcé devant cette Cour en 1862(1) : la convention ne se forme que « *par la prise de possession réciproque du libre arbître de chacune des parties* ». La volonté qui n'est point exprimée ne saurait lier celui qui l'a conçue, et elle n'est point effectivement exprimée aussi longtemps qu'elle n'est pas arrivée à la connaissance de l'autre partie. La preuve manifeste qu'il n'y a point engagement par le fait seul de l'acceptation, fût-elle consignée par écrit, c'est que l'on reconnait que l'acceptant n'est nullement lié, s'il lui est encore possible d'anéantir sa lettre.

447bis. — Il n'y a guère de dissentiment à ce sujet, et Savigny lui-même le reconnait, au moins en principe. Il ajoute, il est vrai, que cette éventualité est improbable et se réalisera rarement. Mais peu importe; si ce droit existe, il est incompatible avec l'idée qu'il y aurait engagement réciproque au moment même de l'envoi de la lettre d'acceptation. Et si l'on admettait que, par cela seul que la lettre aurait été confiée à la poste, il y aurait engagement parce qu'il y a concours de consentements, il faudrait admettre qu'il en est ainsi du moment que la lettre est écrite, du moment tout au moins où la lettre a été remise à un domestique avec ordre de la porter à la poste, lors même qu'on la lui aurait reprise un moment après. Jean Voet a fait observer avec raison que la lettre ne fait que représenter celui qui l'envoie; elle va à sa place faire connaître sa volonté à celui qui fait l'offre : « *Perinde ac si ipse ad eum, ad quem absentem litteras dedit, profectus, consensum coram ac praesens praesenti exposuisset*(2). »

(1) *B. jud.*, 1862, pp. 1418 et ss.
(2) *Ad Pandectas*, l. 5, T. 1, nº 3.

Et bien que Voet ne s'exprime pas en termes très clairs sur la question qui nous occupe, la comparaison très exacte qu'il fait de la lettre à un messager conduit à la résoudre comme nous l'avons fait. Elle n'est un messager que pour communiquer la proposition. En somme, aussi longtemps que la lettre n'est pas arrivée à sa destination, c'est comme si le messager, c'est comme si la personne elle-même n'avait encore rien dit. La lettre seule le représente. Mais c'est aller trop loin de supposer, comme le fait Savigny, que la lettre initiale doive être censée représenter la personne au point d'être chargée de recevoir le consentement de l'autre partie. Et il se trompe en disant que « celui qui a écrit la première lettre est donc censé s'être transporté chez l'autre partie, et y avoir reçu son consentement ». Celui qui a écrit la première lettre ne peut faire qu'une chose par ce moyen : porter son offre à la connaissance de l'autre partie, se faire entendre d'elle malgré la distance. Il faut une nouvelle lettre pour que l'autre partie se fasse à son tour entendre de lui, et qu'il reçoive son consentement. C'est dans ces limites seulement que la comparaison de la lettre à un messager peut être considérée comme juste et comme rationnelle.

Laurent invoque également à l'appui de son opinion l'art. 932 du Code civil, aux termes duquel la donation n'a d'effet à l'égard du donateur que du jour où l'acte qui constate l'acceptation lui aura été notifié. Mais on invoque en sens contraire les articles 1121 et 1985 du Code civil, et il nous paraît que si ces articles constituaient l'application des principes généraux, ils conduiraient à des conséquences contraires à notre thèse. Toute la question est donc de savoir où est la dérogation à ces principes, où est leur application, ce qui implique la nécessité de résoudre la difficulté non pas d'après les textes, mais d'après ces principes mêmes. Ce sont les principes que nous avons essayé de mettre en lumière.

448. — Puisque l'on a comparé la lettre à un messager, les observations que nous venons de faire s'appliquent

également au cas où celui qui reçoit l'offre charge un messager de porter son acceptation. Mais elles ne recevraient aucune application, si le messager chargé de transmettre l'acceptation était le mandataire de l'auteur de l'offre. Car en pareil cas, lorsque le messager représentant l'auteur de l'offre reçoit connaissance de l'acceptation, c'est comme si celui-ci en recevait connaissance lui-même. Il y a concours de volontés par l'intermédiaire d'un mandataire. Et il est évident qu'en pareil cas il ne saurait être question de rétractation ou de révocation. Il y a quelque controverse, au point de vue de la détermination du lieu du contrat, dans le cas où le mandataire a outrepassé son mandat. L'opinion générale, est que, si le mandant ratifie ce qui a été fait au delà, le *forum contractus* est non pas au lieu où se produit la ratification, mais là où le mandataire a contracté l'engagement ratifié par le mandat (1). Bien que cette opinion soit contraire à celle de Laurent, laquelle est du reste isolée, nous nous y rallions sans hésiter. Nous ferons remarquer en outre qu'en la supposant discutable au point de vue du droit intérieur, le droit international privé ne permet d'attribuer d'importance, au point de vue de l'interprétation du contrat, de sa portée, de sa validité, qu'au lieu du contrat dans ce dernier sens, c'est-à-dire, au lieu où ont été conclues les conventions, lors même qu'elles seraient imparfaites, sujettes à critique à raison d'un excès de pouvoirs, ou même annulables. Lorsque le mandant ratifie, il approuve la convention dans les conditions où elle a été conclue par le mandataire ; c'est-à-dire qu'en supposant que sa portée, son interprétation et sa validité sont régies par la loi du lieu du contrat, le mandant en la ratifiant consent à ce qu'elle soit régie par cette loi.

449. — On a beaucoup discuté également sur le point de savoir où est le *forum contractus*, dans le cas de convention conclue même *inter praesentes* et subordonnée à

(1) De Paepe. Op. cit., nos 24 et ss., 1re livraison. — Cass., arr. du 21 juillet 1883. Pas. 1883, 1, 346. — Troplong. *Du Mandat*, no 617. — Paul Pont. *Des petits contrats.*

une condition suspensive, lors même qu'elle serait purement potestative en ce qui concerne l'une des parties, par exemple, dans le cas de vente sous condition de dégustation, condition légalement présumée par l'art. 1587 du Code civil, lorsqu'il s'agit de « vente de vin, d'huile ou d'autres choses que l'on est dans l'usage de goûter avant d'en prendre livraison. » On peut sans doute dire que, dans la rigueur des principes, le contrat ne reçoit sa perfection que là où les denrées ont été goûtées et agréées. Et au point de vue de la compétence, cette observation a une valeur considérable, quand il s'agit d'examiner quel est le juge compétent pour statuer sur l'action dirigée contre l'acheteur. Mais, dès avant cette époque, l'une des parties au moins est engagée ; il y a un lien juridique, bien qu'il n'y ait pas encore d'obligations réciproques, Or, si l'on admet que les parties acceptent tacitement la loi du lieu où s'échangent leurs conventions, comme règle des obligations qui en découlent, n'est-il pas vrai de dire que c'est à la loi du lieu où ont été faites leurs conventions initiales, impliquant la réserve d'agréation, qu'elles ont entendu se référer ?

450. — L'excellent jurisconsulte que nous avons déjà eu l'occasion de citer maintes fois à propos de la question du lieu du contrat, M. De Paepe, conseiller à la Cour de Cassation de Belgique, fait observer que les parties peuvent convenir que le contrat sera formé avant que l'acceptation de l'offre soit connue de celui qui l'a faite. Et il cite en ce sens le jurisconsulte Wolf (1). Il admet même qu'une telle convention peut intervenir tacitement entre parties, qu'aucun motif d'ordre public ne s'y oppose. Il est évident que, dans ce cas, le lieu du contrat serait en réalité celui où intervient l'acceptation, et non celui où elle parvient à la connaissance de l'auteur de l'offre. M. De Paepe, conséquent avec lui-même, ajoute que cette convention peut résulter des usages observés, établis entre parties, et applique le principe à l'espèce suivante :

(1) *Jus naturae methodo-scientifica protectum*. 3e part., cap. 4, § 715.

« Un marchand de détail en relation avec un marchand en gros offre de lui acheter des marchandises à des prix qu'il indique; le marchand en gros est habitué à ne pas lui faire savoir qu'il accepte l'offre; s'il agrée les prix offerts, il expédie de suite les marchandises. Il est certain qu'entre eux la règle *s'est établie*, que la vente est parfaite par la seule acceptation de l'offre, sans qu'il soit nécessaire de porter préalablement l'acceptation à la connaissance de l'acheteur. — Aussi, la Cour de Cassation de France décide-t-elle que, dans les conventions qui se forment par correspondance entre négociants, la fixation du moment où le contrat est devenu parfait est une question de fait plus que de droit; que la solution en varie selon les circonstances particulières de chaque cause (1) .»

Quelque plausibles que soient ces observations au point de vue du droit intérieur, nous doutons qu'elles aient la même valeur au point de vue du droit international privé. De telles conventions et de tels usages n'ont pour objet que de substituer un *forum contractus* fictif au *forum contractus* naturel. Si l'on attache de l'importance au *forum contractus* en droit international, au point de vue de l'interprétation, de la portée, et jusqu'à un certain point de la validité du contrat, c'est parce que les parties sont censées s'en rapporter aux lois et usages des lieux où elles contractent. Or, celui qui accepte une offre, doit être censé l'accepter, d'après nous, suivant ce qu'elle comporte en réalité. Le premier qui écrit dans une négociation se sert naturellement de sa langue, et les termes de l'offre, de la proposition doivent être entendus dans le sens que l'on y attache au lieu où il écrit. Celui qui l'accepte sans réserve l'accepte avec cette portée. C'est dire qu'en somme il faut s'en tenir à la loi du lieu où l'acceptation parvient à la connaissance de l'offrant, en d'autres termes, dans les cas les plus fréquents, à la loi du lieu où l'offre est faite. Nous savons bien que cette loi

(1) Arrêts du 6 août 1867, du 1er décembre 1875, du 13 mars 1878 et du 30 mars 1881 (Dev. 1867, I, 400. — 1878, I, 312; 1882, I, 56. — D.-P, 1868, I, 35; 1877, I, 45; 1878, I, 311; 1881, I, 309.)

n'est pas toujours celle du lieu où le contrat reçoit sa perfection, mais ceci nous ramène à une autre question que nous avons déjà examinée plus haut : celle de savoir si la loi du lieu du contrat doit toujours prévaloir.

451. — Quel est le lieu du quasi-contrat? S'il s'agit du quasi-contrat de gestion d'affaires, c'est incontestablement, d'après nous, le lieu où l'affaire a été gérée. Telle est la solution que les lois romaines admettent en matière de compétence (1). Lorsqu'il s'agit d'un ensemble d'affaires, il faudra examiner en quel lieu l'administration a son siège principal, question de fait livrée à l'appréciation des tribunaux. Quand le fait générateur de l'obligation est le paiement indu, assimilé assez improprement, d'après nous, par le Code civil aux quasi-contrats, le lieu de ce prétendu quasi-contrat est celui où le paiement indu a été effectué. En ce qui concerne les quasi-délits et les délits, il n'existe pas dans la plupart des cas de difficulté sur la détermination du lieu de ces faits générateurs d'obligations.

Des difficultés peuvent cependant surgir lorsqu'il s'agit de délits ou quasi-délits composés de plusieurs faits, ou dont les effets, lorsqu'ils sont commis dans un pays, se répercutent dans un autre. Les criminalistes admettent en général, au point de vue du droit répressif, qu'il y a des cas où le délit peut être envisagé comme accompli sur plusieurs territoires ; ils l'admettent alors même que le délit n'implique dans le chef de celui qui le commet qu'une action unique. Il est impossible d'établir ici à priori des règles absolues. Mais il faut, au point de vue du droit de répression tout au moins, se garder de confondre le lieu d'accomplissement du délit avec le lieu où il retentit et où s'étendent ses conséquences dommageables. Si le délit se compose d'un fait unique, il n'est vraiment accompli que là où a été exécuté l'acte constitutif de l'infraction. Cet acte peut se répéter ; il peut se prolonger. S'il se répète il y a un nouveau délit, lequel engendre une responsabilité

(1) Loi 19, § 1. *D. L.*, v° T. I.

pénale nouvelle; s'il se prolonge sur un autre territoire, il y a délit commis sur deux territoires. Le tribunal du Hâvre a décidé le 11 novembre 1887, sous l'empire de la loi française qui punit la diffamation et l'injure commises par les correspondances postales et télégraphiques circulant à découvert, « qu'il est de la nature des choses que le délit de diffamation et d'injures par carte postale ou télégramme se commette non seulement au lieu de l'expédition de la carte postale ou du télégramme incriminé, mais partout où ce mode de correspondance a circulé à découvert, pouvant ainsi exercer l'action nuisible qu'a entendu réprimer la loi du 11 juin 1887 (1) ». Dans la rigueur idéale des principes, le lieu du délit n'est cependant, en cas pareil, que celui où la carte a été mise en circulation. Mais lorsque l'agent fait voyager celle-ci par le véhicule de la poste, c'est comme si, en définitive, il l'exhibait lui-même en divers lieux et la livrait à la curiosité publique. La question est plus délicate encore lorsqu'il s'agit d'injures ou de menaces transmises par lettre fermée. Il s'agit alors de choisir entre deux localités, pour déterminer le lieu de l'infraction, celle où la lettre a été confiée à la poste (c'est-à-dire en général celle où elle a été écrite), et celle où elle a été ouverte par le destinataire. La Cour de Cassation de Belgique a décidé, par arrêt du 6 février 1886 (2), que l'infraction commence au lieu où la lettre est expédiée, et finit au lieu où elle est remise à destination, de telle sorte qu'elle peut donner lieu à des poursuites dans l'un et dans l'autre. Elle s'est fondée sur les termes de l'art. 561, n° 7, du Code pénal belge, lesquels prévoient le fait de *diriger* des injures contre des corps constitués ou contre des particuliers. La question est fort délicate, mais nous croyons avec M. De Paepe (3) que la Cour suprême a attaché trop d'importance aux termes de cet article. Aussi longtemps que la lettre n'a pas été ouverte par le destinataire, il n'y a évidemment pas d'infraction

(1) Devilleneuve. 1888. II, p. 200.
(2) *Pasicrisie belge*, 1889, p. 97.
(3) De Paepe. *Etudes sur la compétence civile*, 1er volume, n° 47.

consommée, mais seulement une tentative non punissable d'après nos lois. Si la lettre se perd, pas de délit. En saine raison, la lettre remplit ici l'office d'un massager ou d'un mandataire. C'est comme si l'auteur de l'injure se transportait lui-même chez celui auquel elle s'adresse. Le délit ne se réalise qu'au temps et au lieu où la commission est faite. La jurisprudence française admet en général que le délit d'injure ou de diffamation ne se produit que dans le pays où l'injure est reçue, et où la diffamation se manifeste et se réalise, qu'en conséquence le juge français n'est point compétent pour connaître d'injures contenues dans une lettre adressée de France en pays étranger (1), et, bien que l'opinion contraire ait prévalu devant la Cour suprême française, les tribunaux italiens et suisses se sont également prononcés pour l'incompétence de la juridiction répressive du pays d'où est partie la lettre transmettant des injures ou des menaces de mort en pays étranger (2). En ce qui nous concerne, nous penchons fort pour la double compétence. Il est bien vrai que notre Cour de Cassation a interprété trop judaïquement le texte de l'art. 561, n° 7. Il est bien vrai que la lettre remplit l'office d'un messager, que le délit ne se consomme que lorsqu'elle est ouverte par le destinataire ; mais on suppose qu'elle est ouverte par celui-ci. Dans ce cas le délit a réellement été *commencé tout au moins*, là où la lettre a été confiée à la poste, là où s'est déployée l'activité criminelle du délinquant, bien qu'il ait été consommé ailleurs sans activité nouvelle de sa part, par le fait de sa seule inertie, et peut-être même sans qu'il lui ait été possible d'arrêter la marche des événements.

Nous ne parlerons pas de l'hypothèse presque classique où un individu se trouvant sur notre sol, tuerait d'un coup de fusil une personne placée de l'autre côté de la frontière. On admet assez généralement dans ce cas la double juridiction. Mais la subtilité des crimina-

(1) Vincent et Pénaud. *Dict.*, v. *Crimes et délits*, n° 37 et n° 39.
(2) Tribunal fédéral suisse, 13 mars 1880 et Cass., Florence, 26 mars 1879. *J. de dr. int. privé*, 1882, p. 226, et 1883, p. 449.

listes allemands s'est singulièrement exercée sur des questions qui, au fond, sont de la même nature. Quel est le lieu du délit, se demande von Listz (1), lorsque mon voisin au moyen d'un instrument d'une certaine longueur cueille des pommes dans mon jardin? C'est bien dans mon jardin, dit-il, qu'il a commis le vol, et non dans le sien. Et dans ce premier exemple, il semble qu'il ait raison. M. de Bar ne l'admet pas cependant. C'est, d'après lui, *der Aufenthalts Ort*, le lieu où se trouve le délinquant au moment de son activité criminelle qui constitue le lieu du délit; c'est le seul qui doive être pris en considération au point de vue de la compétence et du droit de juridiction. Et il essaie de le démontrer, en faisant ressortir les conséquences auxquelles conduit le système de von Listz, dans une seconde hypothèse imaginée par lui. « Si une machine infernale expédiée le 1er juin » dit von Listz, « tue le destinataire à la date du 15 juin, c'est bien le 15 juin que celui-ci a été tué, et non le premier. »

Et l'on pourrait en induire que c'est là où le destinataire se trouvait en ce moment que le crime a été accompli. La question du moment et celle du lieu semblent s'identifier. Mais M. de Bar fait remarquer que la question est mal posée, et qu'il faudrait lui donner une forme active. Le coupable a-t-il commis le meurtre le 1er ou le 15 juin? Si l'on répond que c'est le 15, et si lui-même est mort dans l'intervalle, il aura donc, dans l'opinion de M. von Listz, commis un meurtre alors qu'il était déjà mort (2). Nous ferons seulement remarquer que la seconde hypothèse de von Listz est substantiellement différente de la première. Dans la première, il y a une activité criminelle prolongée d'une manière continue. Dans la deuxième, l'activité criminelle du coupable est consommée par l'expédition de la machine infernale; il ne joue plus à partir de ce moment qu'un rôle passif, et le résultat pourra se produire lors même qu'il viendrait à mourir. Cette activité criminelle s'est développée entièrement dans le pays d'où

(1) Von Listz. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 4e édit., § 29, p. 136.
(2) De Bar. *Lehrbuch des internationalen Privat- und Strafrechts.*

l'engin explosible a été expédiée : le résultat seul s'est produit en pays étranger. Aussi admettrions-nous volontiers la solution de M. von Listz dans le premier cas, celle de M. de Bar dans le second, et ces exemples mêmes prouvent que la distinction entre l'acte et le résultat n'est pas aussi vaine que M. de Bar veut bien le dire.

452. — M. de Bar cite en sens contraire un jugement allemand par lequel un individu a été condamné en Allemagne, pour avoir en territoire français poussé le cri de «Vive la France», cri qui avait été entendu en Allemagne. A part ce que cette décision a de ridiculement rigoureux, nous sommes fort tenté, en principe, de nous rallier à la théorie d'après laquelle la compétence criminelle peut se déterminer aussi bien par le lieu du délit, que par le lieu où l'effet se réalise, si cet effet est d'après la définition du délit l'un de ses éléments constitutifs, c'est-à-dire la double compétence ; et c'est l'opinion admise par d'assez nombreux criminalistes, par exemple Löwe, Binding et von Lilienthal. Mais lorsqu'un délit a véritablement été commis sur deux territoires, lorsque l'activité criminelle du coupable tendant à un but déterminé s'est développée en partie sur un territoire, en partie sur un autre, alors, au point de vue civil tout au moins, la responsabilité pourra se justifier aussi bien par la loi en vigueur dans l'un, que par celle obligatoire dans l'autre. L'acte incriminé dans l'un ne peut pas, du moins au point de vue de la responsabilité civile, être considéré comme licite et ne donnant lieu à aucune réparation ni dans l'autre, ni dans les pays tiers. Bien que se trouvant physiquement dans un pays, l'agent a étendu son activité malfaisante dans un autre, comme s'il s'y était transporté. Il y a transporté non pas nécessairement sa personne physique, mais sa volonté pernicieuse et l'instrument qui devait en amener la réalisation. Il ne nous paraît pas plus à l'abri de l'application des lois de ce pays, dès qu'il y compromet, même de loin, la sûreté des personnes et des propriétés, que si s'élevant en ballon, il y lançait du haut des airs des matières explosibles. On objecterait en vain qu'il ne peut connaître les lois d'un

pays étranger où il ne se trouve pas, et n'est point obligé de les connaître. Avant d'y étendre son activité, lorsqu'elle peut être préjudiciable, il a le devoir de s'en informer; aussi bien que s'il se propose d'y séjourner même momentanément. Nous serions donc très large en matière de responsabilité sous ce rapport, et nous pensons qu'ainsi le veulent la raison et l'intérêt bien entendu des nations.

Il faut se garder ici d'une erreur que l'on commet assez souvent, et qui consiste à confondre la question de savoir quel est le lieu du délit, avec celle du lieu de sa consommation. Lorsque les divers éléments constitutifs de l'infraction sont dispersés et se répartissent entre différents territoires, il n'y a pas de motif rationnel pour attribuer compétence aux tribunaux du pays du dernier acte, plutôt qu'à ceux du pays où le premier a été accompli. On ne peut diviser ce qui forme logiquement un ensemble. En vain soutiendrait-on que l'ordre public n'a été troublé que là où le délit se consomme. Cela ne nous paraît pas exact, et repose, à notre avis, sur une conception imparfaite des exigences de l'ordre social. Comment peut-on soutenir sérieusement que l'ordre social n'est point troublé dans notre pays, lorsqu'un individu placé en deçà de la frontière tue d'un coup de fusil une personne qui se trouve au-delà? La jurisprudence française est absolument conforme à notre opinion. Elle a décidé nettement qu'en ce qui concerne les délits complexes, il est nécessaire et il suffit que l'un des éléments essentiels du délit ait été commis en France (1); que l'escroquerie peut être réputée commise en France, lorsque les manœuvres frauduleuses ont eu lieu en France, bien que la remise des objets escroqués ait eu lieu en pays étranger (2); que le délit de menaces de mort contenues dans des lettres adressées par la poste de Paris à Bruxelles a été compétemment porté devant les tribunaux français (3). Il est vrai qu'il y a des décisions contraires, en ce qui concerne le délit d'injure

(1) Cass., 9 décembre 1864. D. 67, 5, 95. — 12 août 1882. D. 83, 1, 96.
(2) Cass. crim., 11 mars 1880. S. 81, 1, 239 et 12 août 1882 précité.
(3) Cass., 31 janvier 1882. J. Pal., T. XVII, p. 90.

ou de diffamation par lettre fermée, mais il y en a aussi dans le même sens. Quant à la jurisprudence belge, elle nous paraît incertaine en cette matière. La thèse d'après laquelle le lieu du délit serait seulement, au point de vue de la compétence, celui où le délit s'est consommé, conduirait à d'assez bizarres conséquences, qui nous paraissent heurter le sens commun. Un individu, mortellement frappé d'un coup de fusil tiré d'un territoire étranger, s'en va mourir dans un troisième pays. Le lieu de l'infraction serait le pays où il a succombé à ses blessures, bien que le meurtrier ni la victime ne s'y trouvassent au moment du fait. Cela est-il bien rationnel? Nous ne le pensons pas. Il y a coexistence de compétences ou de juridictions.

Il résulte des observations qui précèdent que le lieu du délit ou du quasi-délit n'est pas seulement celui où se trouvait le délinquant au moment où l'acte a été accompli, *der Aufenthalts Ort*, mais aussi celui où l'activité délictueuse s'est prolongée, et, s'agissant d'une infraction composée de plusieurs faits, celui où l'un des faits constitutifs de l'infraction s'est réalisé. M. de Bar a combattu notre opinion à cet égard, en soutenant que notre système, développé par nous dans un article de la *Revue de droit international*, n'est pas autre chose qu'une forme du principe de la *protection (Schutzprincip)*, c'est-à-dire du principe en vertu duquel le droit de punir se justifie par la nécessité de se protéger contre des actes attentatoires à l'ordre social[1]. Ce système conduit, selon lui, à sacrifier le principe en vertu duquel les étrangers, *se trouvant en pays étranger*, ne sont pas soumis à nos lois d'ordre public. La thèse que nous avons soutenue n'est pas neuve, et a pour elle des autorités éminentes. Elle n'est pas fondée sur un *Schutzprincip* absolu. Nous n'admettons pas que l'Etat ait le droit de sévir à raison de tous les actes contraires à ses lois pénales, ou à ses lois d'ordre social, commis en pays étranger; il faut qu'ils aient leur point de départ sur son territoire, qu'ils s'y prolongent,

(1) *Revue de droit international*, T. 20, p. 565.

ou qu'ils s'y consomment. Il y a dans ce cas une activité criminelle indivisible. Pas plus au point de vue de la compétence législative, qu'au point de vue de la compétence judiciaire, l'on ne peut envisager isolément et exclusivement l'un des éléments matériels de l'infraction, et ignorer ceux par lesquels elle se complète, qu'ils soient antérieurs ou subséquents. Le délit est un. La thèse contraire à la nôtre conduirait, dans la rigueur des principes, à cette conséquence que certaines infractions ne relèveraient de la compétence législative et judiciaire d'aucun Etat. Lors même qu'il résulterait de ce système une exception au principe, d'après lequel les étrangers ne sont soumis qu'aux lois pénales de leur pays d'origine, ou du pays où ils se trouvent, cette exception nous paraîtrait rationnelle, sinon au point de vue du droit positif, du moins au point de vue du droit théorique. Il est bien vrai qu'en règle l'Etat n'a ni juridiction ni compétence vis-à-vis des étrangers qui se trouvent sur le sol étranger ; mais ne peut-on pas dire que leur personnalité morale se transporte sur notre territoire lorsqu'ils y accomplissent des crimes ou des délits? Et n'est-il pas juste qu'on leur fasse subir les conséquences de leurs actes? Ils ne peuvent, dit-on, connaître les lois du pays où ils ne se trouvent point. Mais avant de commettre, soit directement, soit indirectement, soit personnellement, soit par lettre, sur notre territoire, tel ou tel acte défendu par nos lois, ils avaient le devoir de vérifier sa légalité. Leur volonté et leur activité criminelles ont leur point de départ en pays étranger, mais si l'une et l'autre franchissent la frontière, ils sont soumis à nos lois, sans cesser d'être soumis aux lois du pays étranger d'où cette volonté et cette activité ont jailli pour se répandre ensuite en dehors du territoire.

Si des motifs puisés dans les législations positives peuvent s'opposer à ce que cette doctrine rigoureuse soit pleinement admise, s'agissant du droit répressif, il n'en est pas de même, à notre avis, lorsqu'il s'agit de la responsabilité civile, la seule dont nous ayons à nous occuper pour le

moment. Au point de vue de la responsabilité civile, rien ne s'oppose à ce que l'on considère comme le lieu du délit ou du quasi-délit, non pas seulement celui d'où l'activité criminelle ou délictueuse a jailli, où elle a eu son point de départ, mais aussi, et peut-être principalement, celui où elle a éclaté, soit par suite d'actes nouveaux, soit par le développement volontaire ou fatal de l'activité criminelle originaire. N'est-ce pas d'ailleurs dans ce dernier pays que le dommage est produit? M. de Bar soutient que le résultat peut se perdre dans l'indéfini, et apparaître partout ou nulle part [1]. Il faut cependant toujours qu'il apparaisse quelque part, sinon point de responsabilité civile. Il est bien vrai qu'il peut ne point se localiser dans un endroit déterminé, par exemple s'il s'agit d'atteintes à l'honneur ou à la considération des personnes, mais la question n'est pas de savoir où le dommage apparaît, elle est de savoir où le dommage *est produit, où il est causé.* Là est le siège de l'obligation de réparer, et cette obligation paraît devoir être rationnellement soumise à la compétence législative de l'Etat où l'activité délictueuse s'épanouit. C'est toujours là que le dommage est produit, quelles que soient ses manifestations et ses conséquences ultérieures, quelle que soit son extension. Nous considérons donc comme lieu du délit ou du quasi-délit, au moins lorsqu'il s'agit de la responsabilité civile, non-seulement le lieu où a été posé l'acte initial, mais celui où l'activité criminelle du délinquant s'est prolongée et développée. Et, s'il y avait contrariété de législations, nous serions assez disposé à admettre en outre, que, toujours à ce point de vue, il faudrait plutôt donner la préférence à la loi du pays où le dommage a été produit, c'est-à-dire où le délit a été consommé. Lorsqu'un étranger envoie de son pays une correspondance calomnieuse pour un Belge, à un de nos journaux qui la publie de bonne foi, il peut y avoir doute sur le point de savoir si cet étranger relève de nos lois pénales; il n'est pas douteux, à notre

(1) De Bar. Op. cit., T. II, p. 20 et les autorités citées note 9.

avis, que sa responsabilité civile puisse être appréciée d'après nos lois. L'activité dommageable de cet étranger s'est prolongée dans notre pays; elle y a reçu son plein épanouissement. C'en est assez au point de vue de sa responsabilité civile, en supposant que cela ne suffise point au point de vue de sa responsabilité pénale, par le motif que l'agent se trouvait en pays étranger au moment où l'acte a été accompli; mais il ne doit pas suffire que le préjudice ait apparu dans d'autres pays encore, qu'il y ait été subi, pour que les législations de ces pays soient également applicables. Il faut qu'il y ait été produit. Un individu construit une maison sur la limite de deux pays, ou contigue à la frontière; la maison s'écroule et un dommage en résulte dans le pays limitrophe. La personne lésée se prévaut de la violation de certains règlements, comme caractéristique de l'imprudence. Quels règlements pourra-t-elle invoquer? Ceux qui sont en vigueur dans le pays où la maison a été construite. — Un individu met le feu à des bois ou bruyères situés dans le territoire belge, et le feu se communique à des bois situés en Allemagne. Le lieu du délit est la Belgique, et la loi belge devra être appliquée en thèse générale. Ces cas sont tout différents de ceux dans lesquels il y a une activité criminelle, maintenue, prolongée par l'agent dans divers pays, et de ceux où le dommage résulte d'une accumulation de faits accomplis dans ces Etats différents. Tels sont les principes qui nous paraissent découler de la saine raison à défaut de texte, et nous les croyons conciliables avec la plupart des décisions, ainsi qu'avec les règles générales du droit international privé. Il ne faut pas oublier toutefois, que la responsabilité peut trouver son point d'appui non-seulement dans la loi du lieu du délit, mais dans la loi nationale du délinquant suivant les distinctions mentionnées plus haut.

# TITRE XII.

## DE LA LOI QUI RÉGIT LES SUCCESSIONS.

—

### *Section* I^re^. — *Diversité des systèmes établis par les législations positives.*

453. — D'après diverses législations positives, notamment celles du Congo (loi du 20 février 1891, art. 4), de l'Italie (Code civil de 1865, art. 8), de l'Espagne (Code civil de 1889, art. 10, § 2), des cantons de Zurich (Code civil de 1887, § 4), de Soleure (Code civil de 1841, § 8) et des Grisons (Code civil de 1862, § 1), la succession est régie par la *loi nationale* du *decujus*. C'est le seul système qui nous paraisse admissible en théorie, pour les motifs que nous indiquerons plus loin. Il compte dans la science du droit international privé des adhérents de plus en plus nombreux. C'est à ce système que se sont ralliés l'Institut de droit international dans sa session d'Oxford, et la conférence de La Haye. Il est consacré dans le projet de revision du Code civil élaboré par la commission extra-parlementaire en Belgique (art. 6) aussi bien que dans le projet Laurent (art. 12, § 2), dans les projets officiels de Code civil allemand (1^re^ et 2^e^ lecture, § 21 et 2261) aussi bien que dans les projets Mommsen, Niemeyer, et Neumann ; enfin dans le projet de Code civil pour le Pérou (1868, art. 18 et ss.). — D'après un autre système, la succession est régie par la *loi du domicile* du défunt, et M. Neumann indique, comme ayant admis expressément ce système, le Code argentin (1871, art. 3283, 3611 et 3612), le Code civil du Chili (1855, art. 955), le Code civil de la Saxe (1863, § 17) et la loi fédérale suisse du

25 juin 1891 (art. 22 et ss.). Tel est le domaine incontesté de la loi du dernier domicile, sous cette réserve cependant que, d'après le Code chilien, les droits des sujets chiliens aux biens délaissés dans le Chili sont toujours réglés par le Code civil du Chili. Mais, bien qu'aucun texte ne résolve la question en termes exprès, la doctrine et la jurisprudence admettent presque unanimement en Prusse qu'au point de vue du droit positif actuel, la succession est encore régie dans ce pays par la loi du domicile, quelle que soit la situation des biens. C'est dans ce sens qu'est formulé le projet de loi bernois sur le droit des personnes et la capacité d'agir. Toutes ces législations consacrent le principe de l'universalité et de l'unité de la succession, mais les unes basent l'attribution de celle-ci sur la loi nationale du défunt, les autres sur la loi de son dernier domicile. Il est visible, d'après les indications que nous venons de donner, que la loi nationale tend à l'emporter.

454. — On ne peut guères citer à notre connaissance d'autre disposition positive que la convention de Montevideo, en faveur de l'application de la loi du lieu de la situation des biens, quelle que soit leur nature. Le Code du Chili, cité comme tel par M. Neumann[1], n'a pas cette portée et se borne à consacrer un privilège au profit des héritiers chiliens. Il est également inexact que les conventions entre la Suisse et les Etats-Unis d'Amérique (1850/55) et entre ces derniers et la Bavière (1845) soient basées sur le principe absolu *tot hereditates quot regiones*. La vérité est que, pour éviter des conflits insolubles, il a été stipulé que chacun des Etats contractants déciderait souverainement en dernière instance de l'attribution des biens situés sur son territoire. Mais il n'est nullement dit que la Suisse et la Bavière en décideront d'après la *lex situs*, en ce qui concerne notamment les successions mobilières.

455. — Un système plus répandu, et qui a de pro-

(1) *Internationales Privatrecht*, p. 271.

fondes racines dans l'ancien droit, consiste dans l'attribution de la succession mobilière, d'après la loi du dernier domicile du *decujus*, et dans celle de la succession immobilière, d'après la *lex situs*. Ce système est formellement consacré par le Code Maximilien de Bavière (1756, part. III, ch. 12, § 1) et par le droit civil des Provinces Baltiques (1884, art. 34). Le même principe est admis en Autriche, en Hongrie et même en Bosnie (§§ 21 et 22 du décret impérial du 9 août 1854 également en vigueur en Croatie, et ordonnance du gouvernement bosnien, *Landesregierung*, n° 2442, art. 2). Il en est de même en Russie, au témoignage de M. de Martens[1]. Mais il est à remarquer qu'il blâme ce principe, et, en ce qui concerne l'Autriche, qu'un traité récent conclu entre ce pays et la Serbie applique d'une manière générale la loi nationale du *decujus*[2]. D'autre part, la pratique anglo-américaine admet unanimement la répartition de la succession mobilière d'après la loi du dernier domicile du défunt, celle de la succesion immobilière d'après la loi de la situation. Ce système bizarre et fécond en inconvénients des plus graves a donc pour lui le droit positif dans un très grand nombre de pays. Il est encore admis en Hollande, et il régit en fait la Belgique et la France. Malgré toutes nos sympathies pour le principe de l'unité et de l'universalité de la succession, et pour l'application de la loi nationale du *decujus* en cette matière, nous croyons que c'est à bon droit qu'on y considère comme seule applicable dans ces pays, la vieille règle *tot hereditatis quot sunt bona (immobilia) in diversis territoriis sita*, en présence des lois existantes interprétées à l'aide de la tradition juridique. C'est ce que nous essaierons de mettre en lumière, tout en faisant ressortir les défectuosités de ce système en théorie. Mais nous ferons d'abord quelques observations générales, sur la mesure dans laquelle les étrangers peuvent succéder et transmettre leurs successions en Belgique.

(1) *Völkerrecht*, § 76, obs. 9.
(2) De Bar. Op. cit., T. 2, p, 304, note 20.

## *Section* II. — *Droits successoraux des étrangers en France et en Belgique.*

456. — Les anciens droits d'aubaine et de détraction, qui ont aujourd'hui disparu presque complètement des législations européennes, ont disparu également en France et en Belgique depuis fort longtemps. Obéissant à des idées généreuses, l'Assemblée constituante les a supprimés par un décret du 6 août 1790, et ces droits n'ont jamais été rétablis, contrairement à ce que l'on s'est parfois imaginé. Mais la suppression du droit d'aubaine avait seulement pour effet de mettre fin à la règle ancienne, d'après laquelle les successions des étrangers étaient attribuées à l'Etat. Elle ne rendait pas les étrangers capables de succéder en France à leurs parents français ou étrangers. Et, comme les étrangers n'ont souvent que des héritiers étrangers, l'incapacité de ceux-ci aux fins de succéder devait entraîner assez souvent l'attribution du patrimoine, délaissé par un étranger en France, à l'Etat, à titre de succession en déshérence. Un décret du 28 avril 1791 rendit les étrangers, même non domiciliés, capables de recueillir en France les successions de leurs parents, même sans réciprocité. Mais lors de la rédaction du Code civil, on crut nécessaire d'exiger la réciprocité comme condition de cette faveur, et telle est l'origine de l'art. 726 du Code civil, qui exige, en termes exprès, la réciprocité pour qu'un étranger puisse succéder aux biens délaissés en France, et qui, en se référant à l'art 11 du Code civil exige même une réciprocité constatée par des traités. La loi française des 14-17 juillet 1819, intitulée à tort *Loi relative à l'abolition du droit d'aubaine et de détraction* (qui n'avait jamais été rétabli), abrogea l'art. 726 en même temps que l'art. 912 du Code civil et disposa « que les étrangers auront le droit de disposer et de recevoir de la même manière que les Français dans toute l'étendue du royaume », tout en établissant, dans certains cas, un droit de prélèvement au profit des héritiers français en concours avec des héritiers étrangers. Cette loi ne dit pas

d'après quelle législation les biens doivent être repartis en général. Elle se borne à disposer que les étrangers succéderont de la même manière que les Français, dans toute l'étendue du royaume. Mais cela ne résout pas la question, puisque l'on peut toujours se demander de quelle manière les Français succèdent *à leurs parents étrangers* dans l'étendue du royaume.

Elle ne s'occupe même pas de la question de savoir où la succession s'est ouverte, où était le dernier domicile du défunt (art. 110, Code civil). Par *succéder* en France, elle entend évidemment le fait d'y recueillir à titre de succession des meubles ou des immeubles, d'y faire valoir leurs droits successoraux. « Ce n'est d'ailleurs, bien entendu, » dit Demolombe, « que conformément à la loi française que les étrangers succèdent en France : la raison même l'exige, puisqu'il est évidemment impossible qu'une succession ouverte en France soit régie par une autre loi que la loi française. » Evidemment impossible ! Pourquoi ?.... On peut soutenir que toute succession ouverte en France est régie, *d'après les lois actuelles*, quant aux meubles, et aussi quant aux immeubles qui y sont situés, par la loi française. Mais cela ne résulte, au point de vue de la théorie, d'aucune nécessité juridique, et Laurent qui partage, au point de vue du droit positif, l'opinion de Demolombe, telle que nous l'avons rapportée, est loin de s'y rallier au regard des vrais principes. Il préconise au contraire, *en théorie*, l'application de la loi nationale.

457. — La Belgique a été assez lente à suivre la France dans la voie relativement généreuse où elle s'était engagée. Elle s'est tout d'abord bornée à substituer la stipulation d'une simple réciprocité de fait, à celle d'une réciprocité constatée par des traités, et ce n'est que par la loi du 27 avril 1865 qu'elle a adopté le système français. Pas plus que la loi française, cette loi ne suppose nécessairement qu'il s'agisse d'une succession ouverte en Belgique. Elle parle d'une manière générale du droit de succéder en Belgique. Elle dispose que l'étranger succède de la même manière que le Belge. Il n'en résulte pas que la succession sera

régie dans tous les cas par la loi belge, et notamment par le Code Napoléon. La seule conséquence qui en résulte, c'est que le droit de succéder sera régi en Belgique par la loi belge, dans les cas où il le serait s'il s'agissait d'un héritier belge. Or, la loi de 1865 n'innove rien en ce qui concerne la détermination de la loi qui doit régir le droit de succéder des Belges en Belgique, lorsque le *decujus* est étranger ou domicilié en pays étranger. C'est donc dans d'autres dispositions qu'il faut chercher la solution légale de la difficulté. Nous jetterons seulement un coup d'œil sur les discussions des lois de 1819 et de 1865, pour examiner si les conclusions auxquelles nous serons conduit sont conformes ou non à l'opinion du législateur à cette époque. Et après avoir exposé les principes admis à cet égard par la jurisprudence, et par la plupart des auteurs, en France et en Belgique, *en droit positif*, après avoir tâché de démontrer qu'à ce point de vue ils sont exacts, nous les mettrons en regard de la théorie et des règles admises ailleurs. Quant aux questions de détail que soulève le système du prélèvement, elles seront examinées dans la partie spéciale du présent ouvrage.

### *Section* III. — *De la loi qui régit la succession, d'après les règles du droit international privé admises en France et en Belgique.*

458. — Nous entendons d'une manière générale par la loi qui régit la succession, la loi qui désigne les héritiers, et détermine leurs parts. Sans doute les dettes devraient être réparties, en principe, d'après les mêmes proportions; mais nous négligerons la question pour le moment, sauf à y revenir dans la partie spéciale de notre ouvrage. Nous rechercherons en termes généraux quelle est la loi qui préside à la répartition des fortunes. La solution de cette question a nécessairement un lien intime avec la conception de la nature du droit successoral, de son fondement rationnel. Il est important, à cet égard, d'examiner ce que l'on en a pensé dans le droit

ancien. Laîné reconnaît avec pleine raison que, dans le dernier état du droit romain, d'après la législation de Justinien notamment, ce droit reposait entièrement *sur des considérations de famille* (1). Et il cite cette appréciation de Montesquieu : « Justinien crut suivre la *nature même* en s'écartant de ce qu'il appela les embarras de l'ancienne jurisprudence. » Si la succession n'est qu'un droit de famille, si sa répartition n'est qu'un règlement de famille reposant essentiellement sur la conception que se fait le législateur des affections et des devoirs naissant des rapports de famille, la situation des biens est indifférente, et la loi successorale doit être personnelle, nationale.

459. — C'est bien ce que pensèrent plusieurs des plus anciens postglossateurs, entre autres, Albéric de Rosate et Salicet. Mais cette école, née en Italie, subit bientôt l'influence du régime féodal qui s'était développé en France, en Allemagne, en Angleterre, et qui avait profondément modifié la conception du droit successoral. C'est en effet sur l'organisation du régime des successions que la féodalité a surtout marqué son empreinte. Au risque d'être un peu long, nous croyons devoir reproduire ici quelques observations excellentes de M. Laîné (2) sur l'influence qu'exerça l'établissement de la féodalité en ce qui concerne l'organisation du régime successoral. « Les fiefs, base territoriale de la société au moyen-âge, avaient entre eux des relations d'importance capitale. Le fief servant devait au fief dominant des services de plusieurs sortes : avant tout le service militaire, en la personne du vassal, chef d'une troupe montée et équipée; puis le service de la justice, par l'intermédiaire encore de son maître qui devait prendre part aux plaids du seigneur; enfin, dans certains cas, des services pécuniaires. C'était comme une fonction dont devait s'acquitter le fief, et qui était la condition de son existence. Pour que le fief pût sans défaillance et constamment la remplir, il fallait qu'il se

(1) Laîné. Op. cit., T. II, p. 281.
(2) Op. cit., T. II, p. 283.

perpétuât dans son étendue, son unité, sa puissance militaire. C'est pourquoi, dès que s'établit l'hérédité des fiefs, certaines règles surgirent pour eux de la nature même des choses, moins inspirées par des sentiments moraux que par la nécessité d'assurer le fonctionnement du fief. En premier lieu, règles de succession : transmission du fief pour la totalité ou pour la plus grande part à l'un seulement des héritiers, afin que le fief ne fût pas par un démembrement funeste, affaibli, énervé, et transmission à celui des héritiers que l'on présumait le plus apte à continuer le rôle du défunt vassal; d'où les droits de masculinité, d'aînesse ou autres analogues. Puis, au cas où le fief était échu à une femme, obligation pour elle de se marier et droit pour le seigneur de lui choisir un mari. Et encore si le fief tombait aux mains d'un mineur, droit de garde pour le seigneur en compensation du préjudice par lui souffert. C'est ainsi que la loi successorale fut en grande partie détournée de sa destination naturelle, c'est-à-dire cessa d'être uniquement un règlement de famille pour devenir en même temps et surtout un rouage important de l'organisation foncière, servant à assurer l'intégrité et la perpétuité du fief. »

460. — On pourrait cependant objecter qu'à côté de la succession féodale, il y avait une autre succession, celle des biens alleux, et qu'il n'y avait aucune raison pour que la loi successorale fût réelle en ce qui la concerne. Mais, comme le fait remarquer avec raison M. Laîné, la féodalité dominait en France au XIII$^{e}$ siècle. «... Fort enclin aux solutions simples, aux règles et aux formules générales, le droit coutumier résolut le conflit des lois successorales en considération du caractère le plus saillant des successions les plus importantes. » Quoi qu'il en soit, les jurisconsultes qui suivirent en France la doctrine des postglossateurs, aussi bien que les jurisconsultes de l'école de D'Argentré, reconnurent unanimement la réalité des lois successorales. Il en fut de même en Allemagne et dans les Pays-Bas. Les lois successorales y étaient même considéres comme les lois réelles par excellence, et

l'on en exprimait la réalité par cette formule nette et précise : « *Tot patrimonia quot bona diversis territoriis obnoxia.* » C'est un principe universellement accepté lorsqu'apparaît le Code Napoléon. Bouhier, Froland, Pothier dans la doctrine duquel les auteurs du Code ont si largement puisé, le proclament sans hésitation. Et Boullenois lui-même, qui, dans son Discours préliminaire, en tête de ses *Dissertations*, publiées en 1733, fait ressortir les inconvénients extrêmes et le caractère irrationnel de ce système, reconnaît qu'il existe, par cela même qu'il propose de le modifier. Il n'y a donc aucun doute à cet égard : la tradition juridique est constante, ininterrompue, jusqu'au Code civil, et l'on ne peut guère signaler qu'une opinion discordante, celle de Cujas.

461. — La plupart des auteurs considèrent comme une dérogation au principe de la réalité des successions en matière mobilière, l'application de la loi en vigueur au lieu du décès ou au lieu du dernier domicile du défunt, en ce qui concerne la succession mobilière. Nous pensons qu'il faut y voir plutôt une espèce d'application fictive du principe de la réalité des successions, et nullement la proclamation de la règle qu'en matière mobilière la succession serait personnelle. C'est la conclusion qui se dégage de la longue et minutieuse étude historique à laquelle s'est livré M. Laîné, et qui l'emporte, nous paraît-il, sur tous les travaux qui ont été faits jusqu'à ce jour sur cette intéressante question. Nous disons que la question est intéressante ; et, en effet, elle présente une importance pratique considérable, car de sa solution dépend la détermination du droit positif actuel en ce qui concerne les meubles. Si les règles admises en cette matière reposent sur le principe, que la loi qui régit la succession aux meubles est une loi personnelle ; qu'en ce qui concerne les meubles, la succession est un droit de famille, il n'y a aucune raison pour que la loi nationale qui régit aujourd'hui l'état, la capacité et les rapports de famille de l'individu, ne régisse pas également la succession mobilière. Il en est autrement si l'on ne doit considérer les règles suivies, quant à la suc-

cession mobilière, que comme une application fictive du principe de la réalité des successions.

462. — Or, il est certain que ces règles étaient fondées sur la maxime très anciennement établie à propos du droit des successions que les meubles suivent la personne : *mobilia sequuntur personam*. Les meubles étaient donc considérés comme se trouvant là où se trouve la personne. Partant de cette maxime, certains auteurs et surtout certaines coutumes anciennes réglaient la succession mobilière d'après la loi de la mortuaire, c'est-à-dire d'après la loi du lieu où le *de cujus* était décédé. Mais on finit par admettre presque unanimement, dès le XVI^e^ siècle, qu'il fallait appliquer la loi du dernier domicile du défunt. Quel pouvait être le motif rationnel de la maxime *mobilia sequuntur personam ?* C'est évidemment que les meubles n'ont pas d'assiette fixe, que leur situation ailleurs qu'au domicile du propriétaire est temporaire et passagère. Sans doute divers auteurs, D'Argentré lui-même, se sont trompés sur la portée de la maxime. Mais elle avait été parfaitement aperçue par Dumoulin, et par quelques-uns des auteurs français qui ont suivi sa doctrine. Elle fut clairement exposée par Rodenburg dans ce passage significatif : « *Mobilia quippe illa non ideo subjacent statuto quod personale illud sit, sed quod mobilia certo ac fixo situ carentia ibi quemque situm velle habere ac existere intelligimus, ubi larem ac fortunarum fixit summam. Quare quodcunque judex de mobilibus statuerit non ideo in alibi existentibus obtinere dixeris, quod vires extra territorium porrigat statutum, nedum quod personale sit, sed quod in domicilii loco mobilia intelligantur existere*[1]. » Que cette fiction fut le véritable fondement de la règle *mobilia sequuntur personam*, nous en trouvons encore la reconnaissance dans Paul Voet [2]. Pourquoi les meubles sont-ils régis par la loi du domicile ?

« *Ut quae certum locum non habent, quia facile de*

(1) Lainé. Op. cit., T. II, p. 238. — Rodenburg. *De jure quod oritur ex statutorum diversitate*, T. II, ch. II, n° 1.
(2) *De statutis*, sect. IX, ch. I, n° 8.

*loco in locum transferuntur, adeoque secundum loci statuta regulantur, ubi domicilium habuit defunctus.* » Il déclare même expressément que la loi du domicile doit l'emporter sur la *lex originis* (1). Boullenois a très nettement adopté l'opinion de Rodenburg, et il en est de même de Merlin, malgré l'opposition de Bouhier et peut-être le dissentiment de Pothier, bien que celui-ci ne se soit pas exprimé en termes très clairs. Laîné a parfaitement démontré, à notre avis, que l'opinion de Rodenburg doit nécessairement être la vraie. Il l'a démontré par la genèse naturelle et logique de la maxime *mobilia sequuntur personam*, surgissant comme une espèce d'expédient pour remédier aux inconvénients extrêmes naissant du démembrement de la succession non-seulement en matière immobilière, mais en matière mobilière (2), sans qu'en cette matière ses inconvénients, plus onéreux encore, fussent compensés par aucun avantage. On répugnait naturellement à renverser le principe de la territorialité de la succesion. Il a dû paraître fort simple de ne pas s'attacher rigoureusement à la situation réelle des meubles, situation essentiellement changeante, et souvent difficile à fixer. On les a supposés situés là où ils doivent normalement, logiquement et ordinairement se trouver, c'est-à-dire là où se trouve le propriétaire. « Mais ce n'est pas assez précis, » dit Laîné, » où le défunt lui-même était-il? On hésite. En certains pays, on ne prend pas garde que les hommes ne meurent pas toujours là où ils sont domiciliés; on répute les meubles situés au lieu de la maison mortuaire. Ailleurs, on est plus attentif et plus judicieux; on répute les meubles situés au lieu où le défunt, au moment de sa mort, avait son domicile. Et c'est cette fiction qui finit par prévaloir. De la sorte, c'est bien toujours pour les meubles, comme pour les immeubles, la *lex rei situs* qui régit les successions; seulement, tandis que pour les immeubles, il y a autant de *leges rei situs* que de biens situés dans divers territoires, pour

(1) Eodem, nº 9.
(2) Op. cit., T. 2, p. 246.

les meubles la *lex rei situs*, étant fictive, demeure unique. »

463. — On ne saurait mieux dire, et il résulte de l'ensemble de ces observations qu'au moment de la promulgation du Code civil, la succession immobilière était régie par la loi de la situation réelle des immeubles, la sucession mobilière par la loi du domicile, comme loi de la situation fictive des meubles. En ce qui concerne les immeubles, l'art. 3, § 2, du Code civil nous paraît consacrer la tradition juridique ancienne, en proclamant que les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. Car c'était précisément en matière de successions immobilières que cette maxime avait reçu autrefois ses applications principales et pour ainsi dire typiques. Quant aux meubles, le fait que le législateur garde le silence, et n'affirme pas le même principe, nous paraît précisément indiquer l'adoption tacite de l'ancienne règle : que la succession mobilière est régie par la loi du domicile du défunt. On ne pouvait pas dire qu'ils sont régis par la loi de leur situation, parce qu'ils ne le sont pas, comme les immeubles, par la loi de leur situation réelle, au moins comme masse successorale, comme universalité. On ne pouvait pas dire davantage qu'ils fussent régis par la même loi que la personne, même comme masse successorale, en présence du principe nouveau que l'état et la capacité de l'individu sont régis par la loi nationale, tandis que les meubles sont censés se trouver au lieu du domicile et régis en conséquence par la loi du domicile. C'est probablement ce qui a déterminé les auteurs du Code à écarter à la fois et la rédaction primitive, d'après laquelle les biens en général (meubles comme immeubles par conséquent) étaient régis par la *lex situs*, et la proposition de Tronchet, aux termes de laquelle les meubles étaient régis par la même loi que la personne.

464. — Il est à remarquer du reste qu'en ce qui concerne les meubles comme les immeubles, pas une voix ne s'est élevée pour combattre la tradition juridique ancienne consacrée par l'art. 3, § 2, du Code. Elle nous paraît donc maintenue. On s'est demandé si elle l'était, même en ce

qui concerne l'étranger autorisé à établir son domicile en Belgique. Le doute ne nous paraît pas possible. Elle l'est évidemment en ce qui concerne l'étranger appelé à recueillir une succession dans notre pays. L'autorisation a seulement pour effet de le relever de l'incapacité édictée contre lui en sa qualité d'étranger par l'art. 726 du Code civil. Mais la question de savoir quelle est la loi, d'après laquelle son droit successoral doit être apprécié, n'a jamais dépendu de la nationalité du successible. Il n'en est pas autrement d'après la tradition juridique, confirmée dans le Code, pour ce qui concerne le *decujus*. Qu'il soit autorisé ou non à établir son domicile en Belgique dans le système du Code civil, l'application ou la non application du droit d'aubaine pourrait peut-être en dépendre, et encore croyons-nous que le droit d'aubaine n'a pas été rétabli par le Code civil. Mais la détermination de la loi qui doit régir sa succession ne saurait en découler, à moins que l'on ne soutienne, comme l'ont admis certains arrêts français, que la succession de l'étranger domicilié en France ne s'y ouvre que lorsqu'il y est domicilié avec autorisation du gouvernement. Et, dans ce système même, les principes énoncés plus haut ne subissent aucune atteinte ; l'application seule en est modifiée.

465. — Ces principes n'ont pas davantage été modifiés, soit par la loi belge du 20 mai 1837, soit par les nombreux traités conclus sous l'empire de cette loi ou même auparavant, soit par la loi du 27 avril 1865, ainsi que nous essaierons de le démontrer. La Belgique a été plus lente que la France à réagir contre les règles du Code civil qui subordonnaient la capacité de succéder des étrangers, à une réciprocité constatée par traités. Ce n'est qu'en 1837, qu'elle a fait pour la première fois un pas dans cette voie. Encore n'était-ce point un pas décisif. Elle se borna à supprimer, par la loi du 20 mai 1837, la disposition d'après laquelle l'étranger ne pouvait se prévaloir que d'une réciprocité *constatée par des traités*. La réciprocité de fait suffira désormais. La loi nouvelle consacre le principe que «l'étranger est admis à succéder aux biens que son

parent étranger ou belge possède dans le territoire du royaume, *dans les cas et de la manière* dont un Belge succède à son parent possédant des biens dans le pays de cet étranger ». Mais il ne faut pas s'exagérer la portée de ces expressions : *dans les cas et de la manière* dont un Belge succède etc... Elles ne signifient pas que la loi étrangère pourra régir une succession ouverte en Belgique, ou une succession à des immeubles situés en Belgique. Rien dans les discussions, rien dans les travaux préparatoires ne permet de supposer que le législateur ait entendu statuer, sur la question de savoir quelle serait la loi applicable à ces successions. Ces expressions signifient simplement que l'étranger ne subira, *comme étranger*, aucune exclusion, ni même aucune limitation ou restriction de son droit de succéder, autre que celle dont auraient à pâtir des Belges dans le pays auquel il appartient. Il ne suffisait pas de dire : *dans les cas* où un Belge succède ; il fallait ajouter : *de la manière*. Car, il existe des pays dans lesquels les étrangers peuvent succéder aux meubles, mais non aux immeubles. Ils succèdent, mais point de la même manière que les nationaux. Il se peut que le droit des étrangers admis en principe soit soumis à d'autres limitations encore. La loi de 1837 n'a évidemment eu d'autre but que d'écarter ces exclusions et ces limitations du droit de succéder des étrangers, en tant qu'étrangers, dans la mesure où les Belges ne les subissent point comme tels dans le pays de ces étrangers. Il ressort à l'évidence de l'exposé des motifs que le législateur n'a pas même songé à la question de savoir, d'après quelle loi la succession serait attribuée et répartie entre les parents belges ou étrangers.

466. — De très nombreux traités furent conclus sous le régime de la loi de 1837. Nous en avons compté jusqu'à cinquante-trois [1]. Les premières de ces conven-

(1) *En 1838* avec les Etats Pontificaux (8 août), la Sardaigne (15 déc.), la Suisse (id.), la Suède et la Norwège (21 juillet) ; *en 1839* avec l'Autriche (15 juillet), la Hollande (19 avril ; *en 1840*, avec Francfort (13 avril), Hesse au Rhin (15 avril) ; *en 1841* avec Anhalt-Bernbourg (17 sept.), Brunswick-Lunebourg (17 juillet), Hambourg (25 juin), Nassau (16 sept.), Saxe (12 nov.), Saxe-Weimar-Eisenach (19 mai) ; *en 1842* avec Anhalt-Coethem (16 avril), Hanovre (15 janvier), Saxe-

tions se bornent à une abolition, en termes assez généraux, des droits d'aubaine et de détraction au préjudice des citoyens des parties contractantes. La plupart des autres stipulent que les sujets belges *jouiront, dans le territoire de la nation étrangère, du droit de recueillir et de transmettre* les successions ab intestat et testamentaires à l'égal des sujets de celle-ci, *et sans* être assujettis *à raison de leur qualité d'étranger* à aucun prélèvement ou impôt *qui ne serait pas dû par les nationaux, et réciproquement*. Il n'y a pas la moindre trace dans les conventions d'une disposition déterminant la loi d'après laquelle seront réparties les successions des étrangers. La convention conclue avec l'Autriche le 9 juillet 1839 fait exception. Il y est dit formellement que les sujets autrichiens succéderont en Belgique *conformément aux lois en vigueur en ce royaume* et à l'égal des propres sujets belges, et que les sujets belges succèderont en Autriche avec les mêmes droits que les sujets autrichiens, *et conformément* aux lois de l'Autriche. Mais tout ce qui résulte de là c'est que chaque pays s'en réfère aux lois de l'autre, quant à la répartition des successions de ses nationaux qui s'y ouvrent, et stipule simplement un traitement égal pour ses nationaux et pour les indigènes. Les dernières conventions conclues avec certaines républiques de l'Amérique du Sud, le Nicaragua, le Vénézuéla, Costa Rica etc... semblent au premier abord aller plus loin en stipulant que les étrangers succéderont à l'égal des indigènes, *selon les lois du pays*, et sans être assujettis, à raison de leur qualité d'étranger, à aucun prélèvement qui ne serait pas

Altenbourg (21 avril), Saxe-Meiningen (28 février); *en 1848* avec le Guatémala (19 juillet), Oldenbourg (23 déc.); *en 1845* avec Parme (21 avril); *en 1846* avec la Russie (14 février), Lucques (31 oct.), le Wurtemberg (7 mars); *en 1851* avec la Bavière (25 novembre), Brême (25 juin), Lubeck (2 déc.); *en 1852* avec Lichtenstein et Lippe (20 déc.), Reuss (20 déc. et 28 déc.); *en 1853* avec le landgraviat de Hesse (20 février), Schaumbourg-Lippe (12 mars), Schwarzbourg-Rudolfstadt (25 juin), Uruguay (16 sept.), Wal-deck et Pyrmont (1er avril); *en 1854* avec Schwarzbourg-Sonderhausen (15 mars); *en 1858* avec Honduras (27 mars), Libéria (29 mars), Nicaragua (8 mai), Salvador (15 février), Vénézuela (8 fév.), Chili (31 août), Costa-Rica (31 août); *en 1860* avec la Bolivie (17 août), le Pérou (25 fév.); *en 1861* avec le Mexique (21 juillet); *en 1862* avec les Iles Hawaï (4 oct.), le Maroc (4 janvier).

dû par les nationaux. Mais au fond, elles n'en disent pas davantage, et stipulent seulement l'égalité de droits pour les successibles Belges et étrangers, s'en référant à la loi du pays quant au mode de répartition des successions des indigènes et des successions des étrangers. Sous l'empire d'aucune de ces conventions on ne pouvait soutenir que la succession d'un étranger fût nécessairement régie par la loi belge, en ce qui concerne les biens se trouvant en Belgique. En présence des règles traditionnellement admises, cela était vrai quant aux immeubles, mais on admettait, au contraire, quant à la succession mobilière qu'elle était régie par la loi du dernier domicile de l'étranger, où sa fortune mobilière était censée localisée en vertu de l'ancienne maxime : *mobilia sequuntur personam.*

Comme le lieu du dernier domicile est celui de l'ouverture de la succession, il s'en suit que la loi belge était en réalité seule applicable, s'agissant d'une succession ouverte en Belgique, non-seulement quant aux immeubles sis en Belgique, mais aussi quant aux biens meubles qui sont censés s'y trouver. Mais il en était sans doute différemment s'agissant d'une succession étrangère ouverte en pays étranger. On aurait sans doute dû appliquer la loi de la situation en ce qui concerne les immeubles, la loi du dernier domicile ou de l'ouverture de la succession en ce qui concerne les meubles, non pas comme loi personnelle, ainsi qu'on se le figure à tort, mais comme loi de la situation fictive de ceux-ci. On l'aurait fait en vertu des anciens principes, auxquels le Code ne paraît pas avoir dérogé, ainsi que nous croyons l'avoir démontré, qu'il a, au contraire, consacrés implicitement, en reproduisant l'ancienne maxime d'après laquelle les immeubles sont régis par la loi du lieu de la situation.

467. — C'est après toutes ces conventions que survient la loi du 27 avril 1865, dont l'art. 3, exactement calqué sur l'art. 1 de la loi française de 1819, dispose : « Les étrangers ont le droit de succéder, de disposer et de recevoir de la même manière que les Belges dans toute

l'étendue du royaume. » Lorsque l'on isole cette loi des discussions et des rapports qui l'ont précédés, il est impossible sans doute d'y trouver la consécration formelle du principe, que les successions des étrangers soient régies exclusivement par la loi belge quant aux biens à recueillir en Belgique. La loi ne dit pas qu'ils succèdent en Belgique de la même manière *que les Belges y succèdent aux Belges*. Elle se borne à dire qu'ils y succèdent de la même manière que les Belges. Et il semble, surtout lorsqu'on rapproche cette loi des nombreux traités de réciprocité, conclus sous le régime de la loi de 1837, que le seul but du législateur ait été de garantir aux étrangers, au point de vue de l'exercice de leurs droits successoraux en Belgique, un traitement non moins favorable aux Belges. La qualité d'étranger ne sera pas pour eux une cause de défaveur : on ne méconnaîtra pas pour cela leurs droits. Ils seront traités de la même manière que les Belges, c'est-à-dire, comme le disent nombre de traités, « à l'égal des Belges, et sans être assujettis, à raison de leur qualité d'étranger, à aucun prélèvement qui ne serait pas dû par les nationaux ». Mais le texte ne résout nullement la question de savoir quelle est la loi qui régit la répartition des successions étrangères, soit entre Belges, soit entre étrangers, et c'est ailleurs que la solution de la question paraît devoir être cherchée.

468. — Il faut bien reconnaître toutefois que les Chambres ont attribué une portée beaucoup plus absolue au projet qui leur était soumis. Et, en présence de l'ambiguité des termes : *de la même manière que les Belges*, on doit leur attribuer le sens dans lequel ils étaient visiblement interprétés par les auteurs de la loi. A la vérité, l'exposé des motifs ne contient rien qui soit de nature à éclairer l'esprit de la disposition, et il en est de même du rapport de M. Elias. Mais il a été prononcé, sans contradiction aucune, dans le cours de la discussion, des paroles importantes qui éclairent la pensée des législateurs. « Il faut faire attention » dit M. Bara, « que la succession en ce qui concerne l'étranger est une matière très difficile.... Il

s'agit de savoir si c'est un statut personnel ou bien si c'est un statut territorial. Voilà la grande question. *Or, l'art. 4* tranche cette controverse, et se prononce pour le statut réel; il décide que la succession d'un étranger qui meurt en Belgique *ou à l'étranger*, et dont les biens sont situés en Belgique, est un statut territorial belge. » C'était une erreur évidente : l'art. 4 ne peut recevoir application qu'aux successions étrangères dans lesquelles *des Belges et des étrangers* sont intéressés, et, comme il le dit en termes exprès. « dans le cas de partage d'une même succession entre des cohéritiers étrangers et belges ». Il est inspiré par une seule pensée, un seul désir : celui d'éviter une perte aux cohéritiers belges. Mais pas une voix ne s'est élevée pour protester contre ce langage. Le rapporteur M. Elias a déclaré au contraire se référer tout à fait aux explications données par M. Bara. Et il en a fait comme lui l'application dans le cas d'un testament étranger dépassant la quotité disponible fixée par la loi belge, sans exiger pour que la disposition fût nulle en ce qui concerne l'excédant, qu'un Belge soit intéressé dans la succession. De sorte que les lois belges sur la réserve devront être respectées, alors même qu'il s'agirait d'une succession dans laquelle des étrangers seuls sont intéressés, respectées peut-être au détriment des Belges? Est-ce là le but de l'art. 4? Evidemment non. Mais la discussion avait complètement déraillé, et c'est dans ce sens que la loi a été votée. Aucun des orateurs n'a du reste distingué entre les meubles et les immeubles.

469. — Mais malgré les paroles si nettes, si absolues de M. Bara, il nous est difficile d'admettre que la loi belge successorale soit exclusivement applicable aux successions étrangères ouvertes en pays étranger, quant à tous les biens se trouvant en Belgique, *meubles ou immeubles*. Il nous paraît que la loi de 1865 doit être mise en harmonie avec l'ancienne maxime, que les meubles sont censés se trouver au domicile du propriétaire, du moins au point de vue du droit successoral. Dès lors il n'y a point de meubles en Belgique, puisqu'on suppose que le lieu d'ouverture

de la succession, et par conséquent le domicile du propriétaire, du *decujus*, est en pays étranger. Dès lors la succession mobilière de l'étranger, dont la succession s'ouvre en pays étranger, sera régie par la loi étrangère, et les paroles de M. Bara n'ont de portée, lorsqu'il s'agit d'une succession ouverte en pays étranger, que relativement aux immeubles, les seuls biens qui puissent être situés en Belgique, dès que leur propriétaire a son domicile ailleurs, les seuls auxquels les héritiers puissent être considérés comme succédant en Belgique, alors que le *decujus* a son domicile en pays étranger. Ramené à ces proportions, le langage de l'éminent jurisconsulte n'est autre chose que la consécration des anciens principes. La succession est un statut réel, cela est exact; et il en résulte que la loi successorale belge régit tous les biens meubles ou immeubles qui se trouvent en Belgique. Mais les meubles ne sont censés se trouver en Belgique que si leur propriétaire s'y trouvait, y était domicilié; et dès lors, lorsque le défunt était, à l'époque de sa mort, domicilié en pays étranger, c'est la loi successorale étrangère qui règlera l'attribution de sa fortune mobilière, les immeubles continuant à être régis par la loi du lieu de leur situation.

470. — Nous plaçant au point de vue du droit positif belge, comme au point de vue du droit français, et les mêmes principes sont suivis dans les Pays-Bas, nous croyons donc devoir décider, sans hésiter, que la succession est régie, quant aux immeubles par la loi de leur situation réelle, quant aux meubles par la loi du dernier domicile du défunt, c'est-à-dire par la loi de la situation fictive des meubles. Telles sont les règles de droit international privé admises dans ces pays, celles qui découlent en cette matière de notre droit intérieur. En ce qui concerne la succession immobilière, la jurisprudence et la doctrine sont presque unanimes, bien que nous ne connaissions aucune décision judiciaire qui se soit prononcée en Belgique sur la question, tandis qu'elle a fait l'objet de très nombreux jugements et arrêts en France (1). Mais

(1) On en trouvera une énumération fort longue dans Vincent et Pénaud, v° *Suc-*

il y a quelques divergences en ce qui concerne la succession mobilière. La plupart des auteurs et des arrêts admettent, comme nous l'avons fait, qu'elle est régie par la loi du domicile. Toutefois, la jurisprudence française paraît admettre assez généralement que la succession mobilière de l'étranger domicilié en France n'est régie par la loi française que s'il y a son *domicile légal*, c'est-à-dire s'il a été autorisé à y établir son domicile. Cela n'est pas logique, dès que l'on admet, comme on le fait généralement aujourd'hui, que l'étranger n'a pas besoin de l'autorisation du gouvernement pour se fixer en France. Et ce système est également irrationnel, si l'on songe au motif sur lequel repose l'application de la loi du dernier domicile du *de cujus*, en ce qui concerne la succession aux meubles. Ce motif n'est-il pas tout simplement que ceux-ci sont censés n'avoir de situation permanente et normale qu'au lieu du domicile du propriétaire? Qu'il s'agisse d'un domicile autorisé, ou d'un domicile de fait, le motif sur lequel la fiction repose subsiste. Elle est inhérente au domicile réel, au lieu du principal établissement. La question de savoir si le domicile est autorisé n'influe, d'après l'art. 11, que sur la jouissance ou non jouissance de certains droits civils dont l'étranger ordinaire serait privé. Mais on ne voit nulle part qu'elle exerce son influence sur la question de savoir, quelle est la loi qui régira les droits dont la jouissance lui est reconnue. Dire que ces droits seront régis, dans tel ou tel cas, par la loi française, que sa succession sera réglée par cette loi, ce n'est pas au surplus conférer nécessairement un avantage un privilège à cet étranger ; ce n'est pas une faveur dépendant de la bonne volonté du gouvernement. Il n'y a qu'une chose, un point à examiner, s'agissant de résoudre cette question notamment : si d'après la nature des choses, d'après la raison, ce droit est régi oui ou non par la loi française, s'il rentre

*cession*, nº 6. On y trouve également l'énumération des auteurs qui se sont prononcés en ce sens. Il faut observer cependant que celle-ci n'est point complète. Ces auteurs rangent d'autre part à tort parmi les adversaires de cette opinion, des jurisconsultes qui, comme Laurent, Asser et Rivier, ne se sont prononcés en faveur de la loi nationale qu'au point de vue de la théorie, et de *la lex ferenda*.

dans la compétence législative du législateur français (1).

471. — MM. Vincent et Pénaud font remarquer encore (2) qu'en fait, pour les successions des étrangers, la loi du domicile légal n'est autre le plus souvent que la loi nationale, et que l'on rencontre plusieurs décisions qui, confondant ces deux lois, déclarent que la succession mobilière est régie par le statut personnel ou la loi nationale. La plus récente de ces décisions est l'arrêt de la Cour de Cassation du 22 février 1882 que nous avons déjà cité. Mais, si l'on entend par domicile légal, le domicile de l'étranger régulièrement autorisé par le gouvernement dans un Etat autre que celui dont il relève comme sujet, ce domicile ne peut guères se confondre avec la nationalité. Les auteurs auraient mieux fait de dire que le domicile s'identifie très souvent avec la nationalité, et alors on comprend que la loi nationale soit appliquée, puisqu'elle s'identifie avec la loi du domicile. Il est évident toutefois qu'ils entendent par domicile légal le domicile autorisé directement par la loi, aussi bien que le domicile autorisé par le Gouvernement en vertu de la loi. L'on applique du reste à la succession mobilière du Français domicilié en pays étranger la loi du domicile, comme on l'applique à la succession mobilière de l'étranger légalement domicilié en France; bien que l'on ait parfois soutenu que le Français ne peut aux yeux la loi française acquérir un domicile en pays étranger, cette opinion n'a été que rarement accueillie par la jurisprudence (3).

(1) De très nombreux arrêts français ont admis que la succession mobilière est régie par la loi du domicile (Vincent et Pénaud, v° *Succession*, n° 7). Voir notamment un arrêt de la Cour de Cassation du 22 février 1882. D. 82, 1, 301. La plupart des auteurs se prononcent en ce sens. Certaines décisions seulement se prononcent catégoriquement sur la question de savoir, s'il faut un domicile légal, autorisé par le gouvernement, ou si le domicile de fait suffit ; mais elles la résolvent dans le premier sens. Paris, 19 mars 1850. S. 51, 2, 791. — Id., 29 juillet 1872. D. 72, 2, 233. — Tr. Hâvre. 22 août 1872. S. 72, 2, 313. — Toulouse, 22 mai 1880. En sens contraire : Paris, 25 mai 1852. Divers auteurs exigent également un domicile légal, par exemple : Demolombe, T. I, n° 268bis; Aubry et Rau sur Zachariae, etc...

(2) Op. cit., verbo *Succession*, n° 9.

(3) Vincent et Pénaud énumèrent un certain nombre de décisions rendues dans l'un et l'autre sens (v° *Succession*, n° 69). Nous nous abstiendrons de les mentionner, *brevitatis causâ*. Pour ce qui nous concerne, nous estimons qu'on ne peut avoir égard qu'au domicile de fait, au domicile véritable.

472. — Nous venons de voir que la loi française n'est généralement appliquée qu'à la succession mobilière de l'étranger domicilié *légalement* en France, de celui qui y est domicilié avec autorisation du gouvernement. L'étranger qui n'a en France qu'un domicile de fait est considéré comme légalement domicilié dans son pays d'origine. Et on lui applique cette dernière loi, qui se confond alors avec sa la loi nationale. Rien ne justifie cette fiction, qui n'est écrite dans aucune loi. Pour que l'étranger ait un domicile légal dans son pays, il faut tout d'abord qu'il y ait son domicile véritable. Quoi qu'il en soit, la jurisprudence française subordonne ici les principes qu'elle pose à une autre modification, et admet que si la loi de ce prétendu domicile légal, c'est-à-dire la loi nationale de l'étranger, renvoie à la loi de son domicile de fait, cette dernière loi doit seule être appliquée [1]. C'est ainsi qu'il a été décidé que la loi française régit la succession mobilière d'un Bavarois domicilié de fait en France, parce que la législation bavaroise renvoie à la loi du domicile de fait du Bavarois pour le règlement de sa succession mobilière. MM. Labbé, Laurent et Despagnet critiquent vivement cette jurisprudence [2]. Nous n'avons pas à prendre parti dans cette controverse, en ce qui touche la matière qui nous occupe, parce que nous sommes d'avis que le principe de l'application exclusive de la loi du domicile légal tel qu'on l'entend, principe auquel cette jurisprudence apporte une exception, est actuellement faux, et n'a aucune base dans la loi, ni dans la raison. Nous ne croyons pas qu'il puisse prévaloir en Belgique.

473. — Nous avons exposé les principes généralement admis en France relativement à la question de savoir quelle est la loi qui doit régir la succession, et les quelques critiques auxquelles le système de la jurisprudence prête, même au point de vue du droit positif. Mais les

(1) V. entre autres Cass. Fr., 5 mai 1875 et 24 juin 1878. Sir. 75, I, 409 et 78, I, 429.

(2) Labbé. *J. de dr. int. pr.*, 1885, p. 5. — Laurent. Op. cit. — Laurent, note Sirey, 81, 4, 41. — Despagnet. Op. cit., p. 117.

auteurs ne sont pas unanimes. Quelques-uns soutiennent que, lorsqu'il s'agit d'une succession ouverte en pays étranger, c'est la loi nationale du défunt, et non la loi de son domicile, qui, d'après les principes de notre droit positif moderne, doit régir la succession mobilière, abstraction faite, bien entendu, de la question du prélèvement. C'est l'opinion de Laurent et elle a été admise par des auteurs récents (1). Nous la considérons comme absolument erronée. Elle repose essentiellement sur ce que la succession mobilière est de *statut personnel*, d'après la tradition ancienne implicitement admise par le Code, et sur ce que l'art. 3 du Code civil a substitué la loi nationale à la loi du domicile comme loi personnelle des parties. Mais le point de départ de cette théorie est inexact. Comme l'a fort bien démontré M. Laîné, ainsi que nous l'avons vu plus haut, il n'est pas exact de dire que la succession mobilière ait jamais été à proprement parler de statut personnel. Si l'on appliquait, en cette matière, la loi du domicile, c'est parce que, par une fiction légale ou coutumière, les meubles étaient censés s'y trouver : il s'agissait donc d'une application indirecte de la *lex rei sitae*. Mais il n'y a pas la moindre raison pour supposer que les meubles se trouvent dans le territoire de la nation à laquelle le défunt appartenait, si en fait il avait établi son domicile ailleurs. Tout ce que l'on peut dire, c'est qu'au point de vue de notre droit, si les immeubles sont régis par la loi de leur situation réelle, les meubles sont régis, quant au droit de succession du moins, par la loi de leur situation feinte ou supposée, laquelle est, d'après une maxime ancienne, au domicile du propriétaire. Mais il n'y a pas de motif d'étendre cette fiction, qui est la base de l'application de la loi du domicile, au territoire de la nation à laquelle appartient le propriétaire. Il y a bien un arrêt de la Cour de Paris (2)

(1) Laurent. *Drōit cîvil int.*, T. VI, p. 289. — Renault. *J. de dr. int. pr.*, 1875, p. 342. — Rougelot de Lioncourt. Op. cit., p. 292. — Conclusions de l'avocat général Aubépin à la Cour de Paris (*D. P.*, 1872, 2, 65).

(2) Paris, 13 mars 1850. *D. P.*, 1852, 2, 79.

qui semble au premier abord favorable à cette doctrine. Mais il est très important de remarquer qu'il s'agissait de la succession mobilière d'un individu qui n'avait pas obtenu le droit d'établir son domicile en France, bien qu'il y fût résidant. Et la Cour ne paraît avoir appliqué à sa succession mobilière la loi de son pays, qu'à défaut de pouvoir lui assigner un domicile.

474. — Si nous repoussons cette doctrine, à plus forte raison devons-nous repousser, *au point de vue du droit positif belge et français*, la théorie beaucoup plus absolue imaginée par M. Dubois, professeur à la faculté de droit de Nancy, défendue après lui par divers auteurs, mais énergiquement combattue par M. Laurent, malgré ses préférences nettement accusées pour l'application du statut personnel et national à la matière des successions (1). M. Weis a réuni tout ce que l'on peut dire en faveur de ce système auquel on oppose d'abord l'art. 3, § 2, du Code civil, ensuite la loi de 1819. L'art. 3, § 2, du Code civil ne lui paraît nullement décisif. Cet article signifie seulement, d'après lui, que l'Etat a sur tout immeuble un droit supérieur, une sorte de domaine éminent d'une nature particulière, dont l'étendue est limitée par les besoins de sa sécurité. Et il se borne à citer à l'appui de cette proposition la définition qu'à donnée Portalis du *domaine éminent*. En supposant, qu'en présence du sens traditionnel attribué à la maxime d'après laquelle les immeubles sont régis par la loi du lieu de leur situation, et en présence du fait que cette maxime a été reproduite dans le Code sans aucune réserve quant à sa portée, il soit permis de tirer parti d'une simple définition de domaine éminent, pour attribuer à la maxime en question un sens beaucoup plus restreint, nous croyons que cette définition ne prêterait encore aucun appui au système

(1) En faveur de ce système : Dubois. *J. d. dr. c. p.*, 1875, pp. 51-54. — Bertauld. Op. cit., T. I., pp. 65 et ss. — Antoine. Op. cit., pp. 55 et ss. — Trib. Le Hâvre, 28 août 1872 (*Journal de d. c. pr.*, 1874, p. 182). — Weiss. Op. cit., pp. 680 et ss. — Arntz. *Cours de droit civil*, T. I, nº 72. — Contra : Laurent. Op. cit., T. VI, pp. 228 et ss., etc., et toute la jurisprudence française.

de M. Weiss. Portalis dit en effet, dans l'exposé des motifs, que les mots domaine éminent expriment seulement le droit qu'a la puissance publique : « de régler *la disposition des biens par les lois civiles*, de lever sur ces biens des impôts, etc. » M. Weiss soutient que l'on prétendrait en vain conclure des mots *la disposition des biens*, que tout ce qui a trait à l'acquisition ou à la transmission des immeubles est du domaine de la *lex reï sitae*, parce qu'il faudrait alors régir exclusivement par cette dernière la capacité d'acquérir et celle d'aliéner un droit immobilier. Il se trompe, car le § 3 de l'art. 3 vient limiter la portée du § 2, en établissant le principe que la capacité est régie par la loi nationale. Au surplus, il ne faut pas confondre la règle établissant la portée du domaine éminent, les droits qui en découlent pour la puissance publique, avec la règle que les immeubles sont régis par la *lex situs*. Cette dernière trouve seulement *sa justification* dans le domaine éminent : c'est dans le domaine éminent que le législateur puise le droit de l'établir. Et quand à cette règle elle-même, quoi de plus naturel que de l'interpréter d'après une tradition constante, d'après l'ancien droit dans lequel elle a été puisée? Notons que M. Laurent, invoque précisément les déclarations formelles de Portalis ainsi que celles de Faure et de Grenier, dans le cours de la discussion, pour combattre le système de M. Weiss, et de M. Dubois.

A l'objection tirée de la loi de 1819, M. Weiss oppose sa propre interprétation de la loi de 1819, laquelle serait, d'après lui, étrangère au conflit des lois[1]. Le prélèvement dont il y est question ne serait établi que pour remédier aux exclusions qui seraient comminées par une loi locale étrangère contre le Français, à raison de sa nationalité. Mais le texte par sa généralité et les discussions protestent contre cette interprétation restrictive. En Belgique l'interprétation de notre loi du 27 avril 1865, d'après les discussions et les rapports dont elle a été l'objet, ne

(1) Weiss. Op. cit., pp. 109 et 583.

laissent pas l'ombre d'un doute. Et cette loi reproduit littéralement la loi française de 1819. Il n'en est pas autrement de cette dernière loi. M. de Serre, dans sa réponse aux orateurs qui critiquaient la loi nouvelle, a bien évidemment attribué à celle-ci, comme le faisaient du reste ceux qui l'attaquaient, une portée absolument générale. Partisans et adversaires du prélèvement s'accordaient parfaitement à y voir une mesure destinée à remédier aux inégalités, au dommage pouvant résulter pour le cohéritier français de l'application de la loi étrangère ou d'une coutume légale étrangère, quelle que fût la nature de cette loi. Nous reviendrons plus loin sur cette question.

475. — M. Dubois invoque deux autres arguments. Le premier est basé sur ce que la loi prussienne affirme également que les immeubles situés en Prusse sont régis par la loi prussienne[1], ce qui n'empêche nullement que les plus illustres jurisconsultes de ce pays, Savigny par exemple, n'admettent, avec la jurisprudence, que la succession immobilière, comme la succession mobilière, est régie par la loi personnelle du défunt, c'est-à-dire, d'après les idées dominantes à cette époque, par la loi de son dernier domicile. M. Laurent réplique que c'est précisément parce que la tradition juridique, quant à la portée de cette maxime, est absolument opposée en Allemagne à ce qu'elle est en France. En Allemagne on a toujours considéré la succession immobilière, aussi bien que la succession mobilière, comme régie par la loi du domicile, et jamais la maxime que les immeubles sont régis par la loi du lieu de la situation n'y a été considérée comme applicable en matière de successions[2]. En France et en Belgique c'est précisément le contraire. M. Dubois croit aussi pouvoir trouver un argument à l'appui de son opinion dans le Code italien dont l'art. 7 dispose, en son alinéa 2, que : « les immeubles sont régis par la loi en vigueur au lieu de leur situation », tandis que l'art. 8

(1) *Code prussien*, § 32.
(2) L'expression *jamais* nous paraît cependant trop absolue.

établit en termes généraux que : « les succesions légitimes et testamentaires, soit quant à l'ordre de succéder, soit quant à la mesure des droits successoraux et à la validité intrinsèque des dispositions, sont régies par la loi de la nation à laquelle appartient le défunt, quelle que soit la valeur des biens, et dans quelque pays qu'ils soient situés. » Mais qui ne voit la faiblesse de l'argument? L'art. 8 du Code italien n'est évidemment qu'une limitation, une restriction de l'art. 7. Non-seulement on ne rencontre aucune restriction, aucune limitation de ce genre dans notre Code, mais la tradition juridique démontre à l'évidence que la règle, d'après laquelle les immeubles sont régis par la loi du lieu de leur situation, textuellement reproduite par notre Code, trouvait son application principale dans la matière des successions. C'est à propos de cette matière que la distinction entre les meubles et les immeubles a été établie, et que pour la première fois on a affirmé le principe que les immeubles sont régis par la loi du lieu de leur situation, par opposition au principe : *mobilia sequuntur personam*.

476. — Certains auteurs ont préconisé un système qui est précisément le contre-pied de celui que nous venons d'examiner, et qui ne compte que peu d'adhérents (1). Ils soutiennent que la succession *mobilière* est exclusivement régie, comme la succession immobilière, par la loi de la *situation réelle* des biens. M. Bara, ancien ministre de la Justice de Belgique, a défendu cette thèse avec habil té dans un discours prononcé en 1861, à l'occasion dela rentrée de la Conférence du jeune barreau de Bruxelles. Mais elle nous paraît reposer essentiellement sur une erreur historique relativement à la portée de la maxime : *mobilia sequuntur personam*. Ce principe n'aurait pas été édicté, d'après lui, en vue des rapports internationaux; ce ne serait qu'une règle de droit civil, qu'on ne peut étendre au droit international privé. Cette fiction ne concernait pas les meubles possédés par des étrangers; elle

(1) Marcadé. T. I, nos 70 et 78. — Ducauroy, Bonnier et Roustain. T. I, no 25. — Bara. *Succession des étrangers en Belgique*, *B. j.*, T. XIX, p. 1473.

aurait été créée uniquement pour le pays. Mais il suffit de lire les écrits des anciens jurisconsultes, des postglossateurs, des jurisconsultes de l'école statutaire, jusqu'au XVIII^e^ siècle, pour se convaincre qu'ils ne s'occupaient pas seulement des conflits entre diverses coutumes ou lois d'un même pays, mais des conflits entre lois ou coutumes de nations différentes, naissant de la diversité des lois successorales. Lorsque l'on a établi le principe : *totidem hereditates quot sunt bona diversis territoriis obnoxia*, on s'est spécialement occupé, dès le principe, des difficultés résultant des différences existant entre la législation anglaise, par exemple, et les statuts des villes italiennes. Quand on a opposé à ce principe la maxime *mobilia sequuntur personam*, on en a nécessairement fait l'application non-seulement aux rapports nationaux, mais aux rapports internationaux. Tout cela est si universellement admis aujourd'hui, qu'il est vraiment inutile d'insister. Quant aux motifs pour lesquels on a distingué entre les meubles et les immeubles, et que M. Bara déclarait ne pas concevoir, nous nous en référons à ce que nous avons dit précédemment. Ce système est du reste presque universellement repoussé. Il l'est même en Angleterre et dans les Etats-Unis de l'Amérique du Nord, où l'on est demeuré le plus inébranlablement fidèle aux anciens principes.

En Angleterre on applique la loi de la situation en matière de succession immobilière, et la loi du dernier domicile du défunt en ce qui concerne la succession mobilière (1). C'est exactement la doctrine de l'ancien droit français et belge : il n'est donc fait qu'une part, en apparence du moins, peu importante à la loi personnelle ; et cette loi personnelle, c'est la loi du domicile et non la loi nationale. La plupart des jurisconsultes de ce pays approuvent sans restriction ce système. Tels sont aussi les principes admis dans les Etats-Unis de l'Amérique du Nord (2). Le chancelier Kent soutient même qu'il est

(1) Dicey et Stocquart. Op. cit., T. II, pp. 262 et 343.
(2) Dudley Field. Op. cit., n^os^ 585 et 586.

établi par les lois de tous les peuples civilisés que la propriété immobilière, en ce qui concerne la possession, la jouissance, la transmission ou la succession est régie par la *lex rei sitae*. Et de fait c'est encore la règle qui nous régit en Belgique et en France. On pourrait dire toutefois qu'en ce qui concerne la propriété mobilière, le droit de prélèvement établi par nos lois réagit contre l'ancien principe que la succession mobilière est régie par la loi du lieu du domicile du défunt, en tant que lieu de la situation fictive des meubles, puisqu'il est admis que ce droit de prélèvement peut être exercé sur les meubles se trouvant réellement dans notre pays, alors même qu'il s'agirait d'une succession ouverte dans un pays étranger où le défunt était domicilié. — Le Code autrichien consacre expressément la même distinction entre les meubles et les immeubles, en ce qui concerne les successions des étrangers; et M. Asser estime que l'art. 7 du Code néerlandais, en énonçant le principe relatif aux immeubles dans les termes les plus absolus, conduit à cette conclusion, qu'en ce qui concerne les immeubles sis aux Pays-Bas, les successions ouvertes en pays étranger sont régies par la loi néerlandaise [1]. C'est, dit Asser, le système qui prévaut dans la plupart des pays.

477. — L'opinion qui prédomine en Allemagne depuis le dix-huitième siècle, bien qu'elle ne soit pas consacrée jusqu'ici par des textes de loi formels sauf dans un petit nombre d'Etats, est : que la succession mobilière aussi bien que la succession immobilière est régie uniquement par la loi du dernier domicile du défunt [2], en tant que loi personnelle de ce dernier. Mais il se fait, en ce moment, en Allemagne un mouvement considérable en faveur de la substitution de la loi nationale à la loi du domicile comme loi personnelle. Le nouveau projet de Code civil allemand (n° 30) se prononce expressément en ce sens, et le principe de l'application de la loi nationale en matière de succes-

(1) Asser et Rivier. Op. cit., p. 135. V. toutefois la loi hollandaise du 17 avril 1868.

(2) Savigny. Op. cit., p. 298 et les autorités qu'il cite.

sions a déjà été consacré par plusieurs traités allemands(1). Nous avons indiqué plus haut les Codes qui ont admis cette règle en termes formels(2). M. Weiss ajoute qu'elle est également adoptée par les coutumes qui gouvernent la Tunisie(3). En Russie l'on admet le système, qui est encore appliqué en fait jusqu'ici dans la plupart des pays, celui de la distinction entre la succession mobilière et la succession immobilière(4). Il en est de même dans les Indes britanniques(5).

478. — Au point de vue des vrais principes, de la *lex ferenda*, nous croyons qu'il serait infiniment préférable que la succession fût régie en général par la loi nationale du défunt. Il existe un courant manifeste en ce sens. L'Institut de droit international s'est rallié à ce principe dans sa session d'Oxford en 1880, et a voté une résolution ainsi conçue : « Les successions à l'universalité d'un patrimoine sont, quant à la détermination des personnes successibles, à l'étendue de leurs droits, à la mesure ou quotité 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. » Il est vrai que quatre membres anglais de l'Institut ont fait acter leurs réserves quant à la succession immobilière, qu'il est d'après eux contraire à la souveraineté de faire régir par d'autres lois que la *lex rei sitae*. Ce sont Sir Travers Twiss, J. Lorimer, T. E. Holland et W. E. Hall. Mais d'autres jurisconsultes anglais y ont adhéré, par exemple M. Westlake et M. Mountague Bernard, et ces adhésions sont d'autant plus précieuses qu'en aucun pays le système d'après lequel la succession immobilière est exclusivement

(1) De Bar. *Lehrbuch* etc., p. 159.

(2) *Code civil italien*, art. 8; *Code civil de Zurich*, art. 3 § 2; *Code espagnol*, art. 10, etc.

(3) Weiss. Op. cit., p. 683 et les notes.

(4) V. Martens. *Dr. int*, p. 76, obs. 4. Il proteste au nom de la théorie contre ce système.

(5) Lyon. *The law of India*, 1873, ch. V, p. 5.

régie par la loi du lieu de la situation ne paraît avoir des racines plus profondes qu'en Angleterre.

Nous avons déjà dit que le projet du nouveau Code civil allemand admet les mêmes principes que le Code italien en cette matière. La commission de revision du Code civil belge a également adopté, sur le savant rapport de M. Van Berchem, conseiller à la Cour de Cassation, un article ainsi conçu : « Les successions sont réglées d'après la loi nationale du défunt. — La substance et les effets des donations et des testaments sont régis par la loi nationale du disposant. — L'application de la loi nationale du défunt ou du disposant a lieu quels que soient la nature des biens et le pays où ils se trouvent. » Ces dispositions consacrent avec une grande netteté le principe de l'application de la loi nationale en ce qui concerne la succession *ab intestat* aussi bien que la succession testamentaire. Le rapporteur reconnaît du reste que ce n'est pas le droit en vigueur sous l'empire du Code Napoléon, et n'a pu citer en faveur de son système, en fait de précédents législatifs, que le Code italien, le Code badois et le Code saxon. Encore faut-il reconnaître que les deux derniers entendent par la loi personnelle la loi du domicile. Mais nous avons constaté que le principe de la loi nationale a toutes chances de prévaloir dans le nouveau Code civil allemand. L'opinion des jurisconsultes se prononce de plus en plus en sa faveur.

479. — Les considérations qui nous paraissent mériter à cette opinion la préférence sont multiples. Elle est tout d'abord la seule qui se concilie avec le principe de l'unité, de l'universalité de la succession, avec le principe que l'héritier continue la personne du défunt, principe qui nous est venu du droit romain et qui a passé dans le Code. S'il en est ainsi, on en peut conclure que la succession n'est qu'une extension, une prolongation de la personnalité du défunt, qui s'incorpore après son décès dans d'autres individus, et il paraît logique de considérer la loi qui régit la succession comme un statut personnel. Nous n'irions pas jusqu'à dire avec Savigny : « qu'elle consiste

dans la transmission du patrimoine d'un défunt à d'autres personnes, *ce qui* constitue une extension de la puissance et de la volonté de l'homme au delà du terme de la vie ; et que cette volonté qui continue d'agir est tantôt expresse (succession testamentaire), tantôt tacite (succession *ab intestat*). » De Bar et d'autres auteurs ont fait observer que, dans le cas de réserve, la portion réservée est transmise aux héritiers, non pas en vertu de la volonté du défunt, mais indépendemment de sa volonté, et parfois contrairement à cette volonté formellement exprimée. Mais ce serait aller trop loin que de considérer, ainsi qu'on le fait quelquefois, la réserve comme la règle. Elle nous apparaît au contraire comme une exception, et il est certain qu'en thèse générale les dispositions sur l'attribution de la succession *ab intestat* apparaissent comme fondées sur les affections et les préférences présumées du défunt.

480. — Quant à l'institution de la réserve elle-même, elle n'est certes pas basée sur l'ordre public absolu, ni sur l'intérêt économique du régime des biens. La loi ne l'établit pas au profit de tous les héritiers légaux, mais seulement au profit des parents en ligne directe. Sur quoi repose-t-elle? Evidemment sur le droit de la famille, sur le droit de ses parents que le législateur considérerait comme dépouillés, si le défunt ne leur laissait une partie au moins de ce qu'il possède. Nous disons qu'elle repose sur le droit de la famille, nous ferions peut-être mieux de dire qu'elle repose sur les devoirs de famille. La voix de la nature commande à l'homme de ne pas priver de ses biens, après son décès, ceux auxquels il a donné le jour. Il est tenu, dans une certaine mesure, de laisser à ses enfants auxquels il doit aide et protection, plutôt qu'à des étrangers, ces ressources qui leur seront si utiles pour soutenir la lutte pour l'existence, pour élever cette famille qu'ils auront fondée à leur tour. Tel est le motif rationnel qui justifie la réserve, et que l'on invoquait déjà en somme pour justifier la légitime du droit romain, en disant qu'elle était fondée sur la raison naturelle : « *Quum ratio*

*naturalis, quasi lex quaedam tacita, liberis parentum haereditatem addiceret, velut ad debitam successionem convocando, propter quad et in jure civili suorum haeredum iis nomen indictum est* (1) ». Il est vrai que la réserve germanique et coutumière allait beaucoup plus loin que la légitime, puisqu'elle était due à tous les parents. Mais elle reposait encore sur d'autres considérations que celles énoncées ci-dessus, notamment sur la copropriété familiale (2). Les différents membres d'une même famille étaient considérés comme copropriétaires des immeubles que chacun d'eux avait recueillis dans les hérédités de leurs parents communs. On conçoit assez bien que cette idée ait pu naître chez des races primitives, étrangères à tout commerce pouvant entraîner un acroissement rapide de richesses pendant une seule génération. Les fortunes y étant le résultat d'accumulations successives faites pendant plusieurs générations pouvaient être considérées comme une espèce de dépôt, de fidéicommis entre les mains de ceux qui les détenaient. L'on peut dire au surplus que la volonté humaine n'était pas entièrement étrangère à leur transmission, même sous forme de réserve; cette transmission s'opérait peut-être en vertu de la volonté présumée des artisans de cette fortune, sinon en vertu de la volonté immédiate de son détenteur.

La réserve n'étant établie qu'au profit des proches parents d'après le Code civil, on peut dire qu'elle se rapproche plus de la légitime romaine que de la réserve coutumière, à côté de laquelle l'ancienne légitime avait, du reste continué à exister. Mais, qu'on la considère comme dérivant d'un véritable devoir des parents vis-à-vis de leurs enfants et vis-à-vis de leurs descendants, d'un véritable droit naturel de ceux-ci, ou comme ayant son fondement dans les idées développées plus haut, qui aboutissent en somme à en faire également un droit pour les enfants et les ascendants, un devoir pour le *de cujus*, il est certain que, lorsqu'il s'agit de la réserve le droit successoral est

(1) *D. de bon. damn.*, XLVIII, 20, fragment de Paul, 7.
(2) Zachariae (Aubry et Rau), T. IV, § 588, p. 156.

essentiellement fondé sur des rapports de famille, sur le droit de famille, sur l'intérêt de la famille du défunt. Or, on est généralement d'accord pour reconnaître que les droits et les rapports de famille sont régis par la loi personnelle, c'est-à-dire, d'après l'opinion qui tend à prévaloir, par la loi nationale. Par quelle loi personnelle, par quelle loi nationale? Evidemment par celle du défunt à la charge de qui retombe l'obligation morale, l'obligation naturelle sanctionnée par la loi, en vertu de laquelle s'exerce la réserve? Elle a seule, nous paraît-il, le pouvoir d'imposer des obligations à la personne, en l'absence de contrat, et en l'absence de motifs impérieux d'ordre public absolu.

481. — A ces arguments d'ordre positif on peut joindre les objections auxquelles les autres systèmes prêtent le flanc. Le système d'après lequel la succession est régie par la loi de la situation et réelle de tous les biens, meubles et immeubles, n'est, croyons-nous, admis que par la convention de Montevideo. Il donnerait lieu à des complications infinies par suite de la difficulté de déterminer, au point de vue de la matière qui nous occupe, le lieu de la situation des meubles. C'est précisément ce qui a donné naissance à la maxime: *mobilia sequuntur personam*. Il engendre en outre les mêmes difficultés que le système d'après lequel il faut distinguer entre les meubles et les immeubles, les meubles étant régis par la loi du domicile du défunt, quant au droit successoral, tandis que les immeubles seront régis d'après la loi du lieu de la situation. Comme le disait M. le Conseiller Van Berchem, dans l'excellent rapport qu'il a présenté à la Commission belge de revision du Code civil: « A la succession unique viennent se substituer plusieurs successions différentes, car il peut y avoir des immeubles dans divers pays, et dans chacun de ces pays une attribution à des persones différentes. De plus, la succession des meubles est susceptible d'être régie par une loi opposée à toutes ou à l'une ou l'autre des lois territoriales applicables aux immeubles. Quant aux dettes, cet élément essentiel de toute universalité,

quel sera leur sort, quelle sera la loi applicable? On n'ira pas jusqu'à dire, avec certains auteurs anciens, qu'elles ne doivent grever que les meubles. Il faudra donc arriver à la répartition des dettes, entre les divers héritiers, d'après une ventilation de la valeur respective des différentes parties de l'actif, dans différents pays, d'après des procédés souvent contradictoires. Quelles complications, quelles injustices, quels préjudices possibles pour les héritiers et pour les créanciers! » Ces observations sont fort justes. Il faudrait certes s'incliner, et accepter ces inconvénients, si l'application de la *lex situs* en la matière se fondait sur quelque bonne raison. Mais il n'en est aucune que l'on puisse invoquer. La raison dont on se prévaut le plus souvent est la raison politique, dit M. Van Berchem, ou pour mieux dire l'ordre public: car, on ne voit pas au juste en quoi l'ordre politique proprement dit peut être intéressé au régime des successions et à la répartition des patrimoines privés. En quoi l'ordre public peut-il être intéressé à ce que Pierre succède, plutôt que Paul, s'agissant d'une succession étrangère, à ce que la part de l'un ou de l'autre soit plus ou moins grande. Nous ne nions pas cependant qu'il n'y ait dans le droit héréditaire certaines dispositions touchant à l'ordre public, qu'il ne puisse y avoir dans les lois successorales étrangères des dispositions contraires à notre ordre public absolu, par exemple, comme le dit M. Van Berchem, celles qui consacreraient les biens féodaux, les majorats, les substitutions prohibées, les mains mortes illégales, et d'une manière générale toutes les dispositions qui méconnaîtraient les principes du droit belge sur la succession des biens et la liberté des héritages. Mais alors il ne s'agit plus de savoir, si les successions sont régies, en principe, par la loi de la situation des biens. Il s'agit de lois d'ordre public absolu qui s'opposent à l'application directe, dans notre pays, de toute loi étrangère contraire, et que M. Laurent qualifie improprement en termes généraux de lois réelles, parce qu'elles exercent un empire absolu dans notre territoire. Les unes, comme les lois de sûreté et les lois pénales, s'appliquent à

toutes les personnes qui se trouvent dans notre pays, les autres, comme les lois qui classifient les biens, qui déterminent les droits dont ils peuvent être grevées etc... s'appliquent à toutes les choses qui y ont leur situation. L'application de la loi nationale pourrait donc être limitée ou exclue par des lois de ce genre. Que l'on considère, comme loi régissant la succession, la loi nationale d'une manière générale, ou bien la loi de la situation réelle en matière immobilière, et la loi personnelle (loi du domicile ou loi nationale) en matière mobilière, il y aura toujours certaines questions qui échapperont à la loi qui régit la succession. La majorité et la minorité, les droits et obligations du tuteur, la puissance paternelle, la capacité de la femme mariée, etc..., seront toujours régis par la loi nationale, les formes proprement dites par la *lex loci actus*, et au-dessus de toutes les dispositions étrangères planeront les règles d'ordre public absolu qui s'opposeront toujours à l'application immédiate et directe, sur notre sol, d'un droit qui y ferait échec. Ce n'est pas un motif pour écarter en règle l'application de la loi nationale du *de cujus*, lorsque des motifs de cet ordre n'y font pas obstacle. Le jour où elle prédominera n'est peut-être pas éloigné, et nous appelons de nos vœux la réalisation de cette réforme. Mais en attendant, il faut bien prendre notre droit positif tel qu'il est, et tel qu'il a été interprété par une jurisprudence basée, à notre avis, sur les considérations les plus sérieuses. A ceux qui nous reprocheraient un respect excessif pour la tradition juridique sous ce rapport, nous répondrons qu'elle constitue la seule base solide pour l'interprétation de l'art. 3, al. 2, du Code civil.

# TITRE XIII

## DE LA LOI QUI RÉGIT LE CONTRAT DE MARIAGE, ET LES RAPPORTS DES ÉPOUX QUANT AUX BIENS, EN L'ABSENCE DE CONTRAT DE MARIAGE.

### § I. — Observations générales.

482. — Bien que le Code civil ne contienne au titre du *mariage* aucune disposition sur les effets qu'il produit relativement aux biens des époux, il est certain qu'en vertu d'autres dispositions, le fait seul du mariage, en l'absence de toutes conventions expresses, influe sur le régime de leurs biens. La loi détermine le régime sous lequel ils sont nécessairement censés se placer, à défaut d'un contrat en bonne forme (art. 1400, C. civ.). — De plus, tout en proclamant en principe la liberté des conventions matrimoniales, elle subordonne ce principe à certaines restrictions, dont quelques-unes sont puisées dans la nature même du mariage. A ce double point de vue, elle consacre indubitablement certains effets du mariage, soit lorsqu'elle limite la volonté des parties, soit lorsqu'elle la présume. Il n'est pas jusqu'aux formes mêmes du contrat anténuptial qui ne soient dictées, comme nous le verrons, par le désir de garantir davantage l'union personnelle entre les époux, contre les atteintes qu'elle pourrait subir par suite de sollicitations inspirées à l'un ou l'autre des époux par des sentiments de cupidité.

Il existe un lien plus intime qu'on ne se le figure à première vue entre les dispositions législatives qui concernent le régime des biens des époux, et la conception

plus ou moins élevée, plus ou moins diverse, que se fait le législateur de l'union personnelle entre les conjoints et de ses exigences. Nous ne nous en occuperons ici que d'une manière générale, sauf à examiner avec plus de détail, dans la partie spéciale de notre ouvrage, toute la matière des conventions matrimoniales.

Nous ne nous occuperons pour le moment que de quatre questions : 1° celle de la liberté des conventions matrimoniales, et de l'effet des dispositions qui imposent ou excluent un régime déterminé, nonobstant toute convention contraire; 2° celle de la forme du contrat de mariage; 3° celle de l'effet des lois qui exigent qu'il soit fait avant le mariage, et proclament l'immutabilité des conventions matrimoniales; 4° celle de l'application des lois qui présument l'adoption de tel ou tel régime, à défaut de manifestation d'une volonté contraire en forme solennelle.

### § II. — De la liberté des conventions matrimoniales et de l'application des lois qui imposent ou excluent un régime déterminé.

483. — Le mariage impliquant l'union des personnes, et une certaine subordination de la femme au mari, entraîne une communauté d'intérêts, et peut avoir, comme conséquence, d'après la plupart des législations, une certaine fusion de patrimoines, sinon pour la propriété au moins pour la jouissance. Dans le système du Code civil français qui régit encore la Belgique, les conventions matrimoniales sont libres (art. 1387 du Code civil), à la condition que les époux ne dérogent ni aux droits résultant de la puissance martiale ou de la puissance paternelle, ni à ceux qui appartiennent au mari comme chef, ni à ceux conférés à l'époux survivant par le titre de la puissance paternelle, et par le titre de la minorité de la tutelle et de l'émancipation, ni aux dispositions prohibitives du Code (art. 1388), ni aux lois qui règlent l'ordre légal des successions (art. 1389), et à la condition aussi que leurs conventions aient été faites avant le mariage, et par acte notarié (art. 1394 et 1396). Ces conventions ne peuvent être modifiées pendant le mariage.

Mais si notre loi proclame la liberté des conventions matrimoniales, il y a cependant un régime qui a ses préférences, c'est le régime appelé la communauté légale, puisque c'est le régime que les parties sont censées avoir adopté en l'absence d'un contrat. Sous ce régime une partie des biens seulement tombe en communauté pour la pleine propriété; d'autres restent propres à chacun des époux; tous entrent dans la communauté pour la jouissance; et l'administration en appartient au mari. Les dettes sont réparties d'après les mêmes bases (art. 1400 et ss. du Code civil). Mais les parties peuvent modifier ce régime de communauté, et la loi prévoit diverses formes de communautés conventionnelles. La loi prévoit en outre le régime exclusif de communauté qui, malgré son nom, n'exclut pas la communauté d'une façon complète, le régime de la séparation de biens qui l'exclut plus complètement, et le régime dotal. Sous ce dernier régime, comme on le sait, les immmeubles dotaux sont inaliénables pendant le mariage; et, sous tous les régimes, la femme a une hypothèque légale sur les biens de son mari (art. 47 et 64 à 72, loi hypothécaire), pour sûreté de sa dot et de ses conventions matrimoniales. L'hypothèque doit, il est vrai, être inscrite, mais l'inscription peut être requise à toute époque, pendant le mariage, par la femme et par ses parents et alliés jusqu'au 3e degré inclusivement. L'art. 2 additionnel assure cette hypothèque même à la femme étrangère, fût-elle mariée en pays étranger.

Si nous jetons un coup d'œil sur les législations étrangères, nous constatons que la liberté des conventions matrimoniales est admise presque partout en principe. Il en est ainsi en Angleterre, au témoignage de Dicey (1). Il en est de même, du moins en règle, en France, en Italie, en Espagne, dans les Pays-Bas, en Portugal, en Autriche, etc. Il n'y a guères que dans quelques cantons suisses, dans le Pérou et dans la République Argentine qu'il existe un régime obligatoire. Toutefois le régime de

(1) Dicey et Stocquart. *Loi du domicile*, T. II, pp. 226 et 236.

la communauté universelle est prohibé en Italie[1]. Et en Autriche le droit de l'époux survivant à l'usufruit des biens immeubles du prémourant, situés dans ce pays, est réglé par le droit autrichien (§ 22 patente du 9 août 1854), même quand cette prescription repose sur des conventions nuptiales faites entre étrangers en pays étranger[2]. C'est évidemment une application excessive et erronée du principe que les immeubles sont régis par la loi du lieu de leur situation.

484. — La loi qui impose ou exclut tel ou tel régime oblige évidemment, à notre avis, les nationaux, dans quelque pays qu'ils se trouvent, quel que soit leur domicile, quel que soit le lieu de la célébration du mariage. Pareille loi concerne en effet la capacité des futurs époux. Or, il est de principe généralement admis, sauf peut-être dans le droit des Etats-Unis, que les lois relatives à la capacité sont des lois personnelles, s'attachent à la personne, et la suivent en pays étranger. Il est vrai que, dans un assez grand nombre de pays encore, on considère la loi du domicile, et non la loi nationale comme loi personnelle, qu'il en est ainsi notamment en Angleterre, dans les cas où l'on admet la personnalité d'une loi, et même jusqu'ici en Allemagne. Mais dans notre pays comme en France, en Italie, dans les Pays-Bas, etc., la loi personnelle est la loi nationale, et nous avons noté plus haut que cette loi tend de plus en plus à se substituer à la loi du domicile même en Allemagne. Des conventions matrimoniales qui seraient nulles d'après la loi nationale des deux époux devraient être considérées comme telles dans notre pays, et le régime sous lequel leurs biens sont placés par l'autorité de leur loi nationale, nonobstant convention contraire, y serait tenu pour leur régime matrimonial, à moins que cette nullité même ou ce régime obligatoire, établi par la loi étrangère, ne soit en contradiction avec nos lois d'ordre public, auquel cas les tribunaux de notre pays ne pourraient prêter leur

(1) Weiss. Op. cit., p. 502.
(2) Weiss. Op. cit., p. 45.

appui à l'exécution forcée des dispositions étrangères, que dans la mesure où cette exécution même ne serait pas contraire à notre ordre public.

Mais on doit éviter soigneusement toute exagération en cette matière, et ne pas confondre des dispositions d'ordre public national, avec des dispositions d'ordre public absolu. Nos lois proclament la liberté des conventions matrimoniales. S'en suit-il que nous puissions considérer comme contraire à notre ordre public toute disposition légale étrangère, qui établirait un régime obligatoire? Sans nul doute, si son application était revendiquée en ce qui concerne des *époux belges*, fussent-ils domiciliés, et eussent-ils contracté mariage dans un pays où ces prohibitions sont établies. Mais il n'en serait pas de même, s'il s'agissait de deux époux étrangers. La loi qui consacre, sous des restrictions peu nombreuses, la liberté absolue des conventions matrimoniales est une loi qui concerne la capacité, et à ce titre semble appartenir à l'ordre public national. Le législateur belge n'a aucun intérêt à faire prévaloir son régime d'une manière absolue quand il s'agit d'une famille étrangère, et pourvu que le régime obligatoirement établi par une législation étrangère n'ait rien, en lui-même, qui blesse notre ordre public absolu, on ne voit pas pourquoi il méconnaîtrait la capacité ou l'incapacité qui en résulte pour certains étrangers.

485. — La question peut présenter cependant des difficultés, lorsqu'il s'agit de personnes appartenant à des nationalités différentes. Au premier abord il paraît fort simple de dire que chacune des parties devra être capable d'après sa propre loi. La communauté universelle, qui est le régime obligatoire à Bâle-ville, est prohibée en Italie. Supposons qu'un Italien épouse une Bâloise, ou qu'une Italienne épouse un bourgeois de Bâle. Nous choisissons l'hypothèse où le conflit est le plus aigu, où il existe entre les législations mêmes, abstraction faite de toutes conventions. Sous quel régime ces époux seront-ils mariés? D'après la loi bâloise, sous le régime de la communauté

universelle; d'après la loi italienne sous un régime qui se rapproche de la séparation de biens. Et ils ne pourront pas être mariés sous le premier régime d'après la loi italienne, sous le second d'après la législation de Bâle-ville. Dire qu'ils ne sont mariés sous aucun régime, c'est violer à la fois l'une et l'autre loi. Il n'est donc pas possible d'appliquer ici les règles qui régissent la capacité ordinaire. Il faut bien que les époux soient mariés sous un régime quelconque. La seule loi qui puisse être appliquée dans ces cas extrêmes est, nous paraît-il, la loi nationale du mari. La femme acquiert en effet la nationalité du mari par le mariage, suivant la plupart des législations, presque toutes. Or, bien que le contrat de mariage doive en général, suivant la plupart des législations également, précéder le mariage, il ne prend vie et corps que par le mariage. Jusque-là, il est lettre morte. De quoi s'agit-il en somme? D'une règle de capacité dans le sens large du mot, il est vrai, mais d'une règle essentiellement fondée sur l'intérêt de la bonne organisation du mariage, et des bons rapports entre époux, d'une règle dont les effets ne pourront se réaliser qu'après le mariage, lorsque la femme se trouvera soumise à une autre loi nationale. N'est-ce pas le législateur étranger qui a compétence pour régler l'organisation de la famille étrangère? N'est ce pas l'Etat dont cette famille fait partie qui y a intérêt? Poser la question, c'est, nous semble-t-il, la résoudre? On appliquera donc la loi nationale du mari (1). Cette solution nous paraît équitable, et de nature à éviter des conflits dangereux (1).

486. — Nous ne pouvons abandonner cette matière sans dire un mot des lois qui, sans imposer ou exclure un régime déterminé, limitent dans une certaine mesure la liberté des conventions matrimoniales, comme le font notamment les lois belge et française. Ici encore, nous estimons qu'il y a lieu d'appliquer la loi nationale à l'exclu-

(1) Il est à remarquer que cette prédominance de la loi nationale du mari est admise d'une manière beaucoup plus large encore par M. Van Berchem dans son *Rapport sur l'art. 14 du projet de revision belge.*

sion de toute autre, dès qu'il s'agit de dispositions fondées uniquement sur l'intérêt de la bonne organisation du mariage et de la famille nationale. Mais la question est souvent délicate. « La Cour de Cassation a cru pouvoir décider par arrêt du 20 février 1882, » dit Weiss, qui semble désapprouver cette décision, « que, lorsque dans un contrat de mariage passé devant un notaire français, une institution contractuelle est faite par un étranger dont la loi personnelle n'admet aucun pacte sur succession future, l'institution contractuelle n'en doit pas moins être tenue pour valable par les tribunaux français, surtout lorsque le bénéfice en est réclamé par un Français [1]. » Cette décision mériterait évidemment d'être désapprouvée dans sa généralité, s'il s'agissait de *deux étrangers* auxquels leur loi nationale interdirait toute stipulation de ce genre. En quoi cette prohibition de la loi étrangère pouvait-elle blesser en France l'ordre public absolu? Les institutions contractuelles y sont vues avec défaveur, et en général interdites. La faveur du mariage a pu seul les faire admettre exceptionnellement. Or, s'il s'agit d'époux étrangers, auxquels leur propre législation ne confère point ce privilège, quel intérêt le législateur belge a-t-il à le leur reconnaître, alors que l'organisation de la famille étrangère doit lui être en général indifférente, et relève logiquement de la législation nationale des époux qui le leur refuse? L'ordre public absolu, cet ordre public que l'on est convenu d'appeler international, est désintéressé dans la question. L'ordre des familles est seul en question, et celui-ci rentre ordinairement dans la compétence de la loi nationale; on pourrait même dire que c'est l'*intérêt* des familles qui est seul engagé. Il en serait tout autrement dans le cas inverse, si l'on prétendait faire reconnaître la validité d'une institution contractuelle entre époux dans un pays où l'on n'admet point cette exception à la règle de l'interdiction des donations des biens à venir. La *lex fori* prévaudrait sans nul doute.

(1) Weiss. Op. cit, p. 511, note 2, et *France judiciaire*, 1882, p. 367.

Mais telle n'était pas l'hypothèse. La question est de savoir quel est l'effet d'une pareille institution, qui constitue un pacte successoire véritable, dans un pays où elle est exceptionnellement autorisée entre futurs époux, lorsqu'elle a été faite par la future épouse appartenant à un Etat dans lequel elle est interdite, en faveur du futur époux appartenant à un pays dans lequel elle est autorisée. On ne pourra certes la considérer comme nulle en tant que contraire à l'ordre public absolu ou *international* (pour nous servir d'une expression courante), surtout si elle a été faite dans ce dernier pays. Pourra-t-elle l'être en vertu de la loi nationale de l'étranger ou de l'étrangère qui fait l'institution contractuelle? La question est excessivement délicate. Nous estimons qu'il y a lieu de distinguer. Si c'est la future épouse étrangère qui dispose de cette manière au profit d'un Belge ou d'un Français, nous estimons que la disposition doit être validée, parce qu'elle va devenir Française ou Belge par son mariage, parce que la famille qu'il s'agit de fonder sera française ou belge, parce que l'Etat auquel appartient cette famille est naturellement appelé à apprécier ce qu'exige sa bonne organisation, son intérêt. A la vérité, on peut objecter que les conventions matrimoniales précèdent le mariage, que la femme n'est dénationalisée que par celui-ci, et que jusqu'à l'acccomplissement du mariage elle reste étrangère et soumise à sa loi nationale quant à sa capacité. La réponse est que si ces conventions doivent précéder le mariage, elles ne prennent cependant vie et corps que par le mariage, que jusques là elles sont lettre morte si bien qu'elles restent stériles si le mariage ne suit pas, et que s'il en est ainsi, ce n'est point par une stipulation des parties, mais par l'effet de la loi, ce qui différencie essentiellement ces conventions des conventions conditionnelles. Dans ces circonstances, il paraît rationnel d'apprécier la capacité de la femme, pour la disposition de ses biens, d'après la loi qui va la régir au moment où ces dispositions deviennent effectives, c'est-à-dire à partir du moment de la célébration du mariage. Il n'en est pas de même quand il s'agit de la capacité de se marier.

Mais la question se présente tout autrement si c'est le mari instituant qui est incapable d'après sa loi nationale. Le mariage ne le fait pas changer de nationalité. Après comme avant, il restera sous le coup de l'incapacité établie par sa loi nationale. D'ailleurs, la famille qu'il s'agit de fonder n'est pas une famille française ou belge : c'est une famille étrangère, et le législateur belge ou français n'est point celui qui a l'intérêt principal à sa bonne organisation. Quant à ses lois d'ordre public absolu, elles ne sont lésées en aucune manière par le fait que de pareilles conventions seraient considérées comme nulles dans notre pays. C'est au contraire un retour à la règle générale, règle à laquelle la loi n'a apporté une exception que dans l'intérêt du mariage, des futurs époux, et à laquelle elle n'a plus aucun motif pour déroger lorsque la loi qui régit l'union conjugale repousse cette dérogation s'agissant d'époux étrangers.

Nous disons qu'il n'en est pas de même lorsqu'il s'agit de la capacité à l'effet de se marier. On ne peut plus alors, s'agissant de la capacité de la femme, se reporter à l'époque où le mariage vient d'être célébré, et apprécier sa capacité d'après sa loi nationale nouvelle. La question de savoir si la femme a acquis une nationalité nouvelle, et a perdu sa nationalité ancienne, suppose résolue la question préalable de savoir si l'acte ayant produit ce résultat est valable ou ne l'est pas. Et, en raisonnant ainsi, l'on tourne dans un cercle vicieux. — Nous n'en dirons pas davantage sur les limitations spéciales de la liberté des conventions matrimoniales, que nous étudierons plus minutieusement en traitant du contrat de mariage, dans la partie spéciale de notre ouvrage.

### § III. — De la loi qui règle la forme du contrat de mariage.

487. — Presque partout, sauf en Angleterre, dans certaines provinces espagnoles, en Castille, en Navarre, dans les Pays Basques (lorsque le contrat ne concerne pas des immeubles), dans quelques contrées de l'Allemagne régies par le droit commun, dans certains cantons

suisses, et probablement dans les Etats-Unis de l'Amérique du Nord, l'authenticité est requise pour la validité des conventions matrimoniales. Les éléments de cette authenticité sont du reste très divers (1). Une publicité spéciale est souvent requise en outre pour que les clauses du contrat puissent être opposées aux tiers, et les formes de publicité échappent, comme nous l'avons dit, à la règle *locus regit actum*. Mais pour le surplus on applique généralement, en cette matière, cette ancienne maxime, bien qu'il ne s'agisse pas de formes probantes, mais de formes substantielles requises pour l'existence ou tout au moins pour la validité de l'acte juridique. Il en résulte qu'un contrat de mariage fait par deux Français en Angleterre, conformément à la loi anglaise, serait parfaitement valable en France au point de vue de la forme. Il faudrait en décider de même du contrat de mariage fait par deux Belges en Angleterre, dans les formes autorisées par la loi locale. Mais on admet généralement qu'en pareille matière la règle *locus regit actum* est purement facultative, de sorte que deux Anglais pourraient faire leur contrat de mariage en Belgique dans les formes autorisées par la loi de leur nation (2). Il y aurait quelque doute cependant sur la justice de cette solution, s'il s'agissait de deux Anglais domiciliés en Belgique, puisque d'après leur loi nationale même, c'est la loi de leur domicile qui est leur loi personnelle. Or, le contrat ne serait valable dans ce cas ni d'après la loi locale, ni d'après la loi de leur domicile. M. Dicey (3) estime d'ailleurs qu'en se conformant aux prescriptions de la loi locale, les époux iront au devant de toutes les difficultés (4).

(1) Buzzati. Op. cit., pp. 297 et ss.

(2) Rennes, 4 mars 1880, et Douai, 13 janvier 1889. *D. P.*, 1887, II, 121, ainsi qu'une dissertation de M. De Boeck, professeur à la Faculté de droit de Toulouse au bas de ce dernier arrêt.

(3) T. II, p. 229.

(4) Le projet de revision du Code belge va plus loin. Il impose l'observation de la loi nationale quand elle prescrit des formes de solennité. En théorie nous approuvons cette doctrine à laquelle la conférence de La Haye a donné son adhésion, et qui est enseignée par des auteurs récents d'une grande valeur, par ex. par Laurent. Mais en fait elle n'est pas conforme à la pratique généralement suivie.

Cette conclusion est d'autant plus sage que la faculté pour les parties de choisir entre les formes locales, et les formes prescrites par leur loi personnelle, n'est pas admise unanimement. D'après M. Dicey lui-même (1), les tribunaux anglais considèrent la règle *locus regit actum* comme ayant un caractère obligatoire, impératif. C'est aussi l'opinion de Laurent, de Boullenois et d'autres auteurs. Pour ce qui nous concerne, nous sommes fort disposé à ne pas admettre cette faculté de choix, en principe, lorsqu'il s'agit des formes substantielles. D'après la jurisprudence de la Cour de Cassation de France, elle n'existe pas pour l'étranger qui fait un testament en France (2). Au point de vue de la loi française, ce testament ne sera valable que s'il est fait dans les formes prescrites par la loi française. En sera-t-il autrement quand il s'agit du contrat de mariage, qui se rattache au mariage, qui en est pour ainsi dire l'accessoire? Lorsqu'il s'agit du mariage on ne considère en règle, la célébration comme valable, que si elle a eu lieu dans les formes locales, ou devant les consuls et agents diplomatiques de la nation à laquelle appartiennent les deux époux. La règle est donc la force coactive, obligatoire de la maxime : *locus regit actum*. Nous nous abstenons de nous étendre plus longtemps sur ce point, l'ayant déjà examiné lorsque nous nous sommes occupé d'une manière générale de la maxime prémentionnée. La conclusion la plus pratique nous semble être que, si le contrat de mariage conforme à la loi personnelle des deux époux, non conforme à la loi locale, peut être valable en la forme dans le pays auquel ils appartiennent, il est très contestable qu'il en soit ainsi dans les autres pays, et notamment dans celui où le contrat a été passé. Observons enfin que si les deux futurs époux sont de nationalité différente, l'observation de la loi locale semble s'imposer d'une manière absolue. C'est même cette éventualité que les parties contractantes soient de nationalités différentes, qui a été l'un des motifs sur lesquels on s'est fondé pour

(1) Dicey et Stocquart. T. I, p. 262.
(2) Arrêt de 1853, précité.

prescrire l'observation, quant à la forme, de la loi du lieu du contrat.

### § IV. — Des lois qui prescrivent que les conventions matrimoniales soient antérieures au mariage, et proclament leur immutabilité.

488. — Un grand nombre de Codes prescrivent que les conventions matrimoniales soient faites antérieurement au mariage, et défendent d'y introduire des changements pendant le mariage. Mais, dans quelques Etats comme la Prusse, la Saxe, les pays germaniques régis par le droit commun, l'Autriche, le Mexique, les provinces Baltiques, en Angleterre, etc... [1], le contrat de mariage peut être fait après aussi bien qu'avant le mariage, ou modifié pendant le mariage. D'après quelques jurisconsultes, il s'agit ici d'une question de forme. C'est l'opinion exprimée par Troplong, Aubry et Rau sur Zachariae, Mailher de Chassat, Guillouard, par Laurent lui-même et par d'autres auteurs, mais ils ne sont pas d'accord, lorsqu'il s'agit de déterminer les conséquences de cette appréciation. La Cour de Cassation de France qui a consacré cette opinion applique la règle *locus regit actum* [2], et elle en conclut que des époux français mariés sans contrat, dans un pays où la loi n'exige pas que le contrat de mariage précède le mariage, peuvent parfaitement y faire des conventions matrimoniales pendant leur mariage. Cette opinion nous semble inadmissible, lorsque l'on envisage ses conséquences qui heurtent de front le but et l'esprit de la prohibition. Qu'on la considère comme établie dans l'intérêt de la famille future ou dans l'intérêt des parties, il paraît, dans tous les cas, peu rationnel que les nationaux échappent à la prohibition en agissant en pays étranger. Plusieurs auteurs ont cependant adopté ce système. Laurent le repousse, quoiqu'il considère également la prohibition dont il s'agit comme se rattachant à la forme. Fidèle à sa distinction entre les formes probantes et les formes solennelles, et considérant ces dernières

(1) Buzzati. Op. cit., p. 302.
(2) Cass., 11 juillet 1855 (Sirey 1855, 1, 699), et 21 décembre 1867 (Sirey, 1868, 1, 134).

comme établies dans un intérêt général, il décide en conséquence qu'elles devront être observées aussi bien par les Belges qui se trouvent à l'étranger, que par les étrangers en Belgique. Pour lui, ces dispositions touchent donc à l'ordre public absolu. Elles s'imposent même à l'étranger qui se trouve sur le territoire, elles s'imposent au Belge qui se trouve en pays étranger. Cette opinion peut se soutenir, et elle est certes plus logique que le système adopté par la jurisprudence et par une grande partie de la doctrine française. Elle nous paraît cependant extrêmement rigoureuse et peu exacte. L'immutabilité des conventions matrimoniales a peut-être été introduite non-seulement dans l'intérêt des époux, mais dans celui des tiers qui traitent avec eux, et partant dans l'intérêt général. Mais cet intérêt ne nous paraît avoir été pris en considération que d'une manière accessoire. Il eût suffi, pour le garantir, d'établir que les changements apportés aux conventions matrimoniales après le mariage ne pourront leur être opposés. Or, la loi va plus loin. Elle les considère comme nulles, comme n'ayant aucune valeur, même entre parties. Elle s'est donc déterminée d'après l'intérêt des époux. Elle a craint que, si les conventions matrimoniales pouvaient être modifiées après le mariage, l'un des époux ne cherchât à abuser de son influence sur l'autre pour lui arracher des modifications avantageuses pour lui; qu'il n'en résultât des froissements en cas de résistance ou des concessions injustes, et que la paix du ménage n'en fût troublée. C'est donc un motif du même genre que celui sur lequel se fonde la révocabilité des donations faites entre époux pendant le mariage. C'est dès lors dans l'intérêt de la famille que cette disposition a été établie. Or, comme nous l'avons dit, si le législateur a évidemment pour mission de régler l'organisation de la famille nationale, c'est au législateur étranger qu'incombe le devoir de régler celle de la famille étrangère. Il s'agit donc d'une question d'ordre public national, c'est-à-dire se rapportant à l'ordre public établi pour les nationaux, comme le sont presque toutes les questions de capacité. Il ne s'agit pas d'une

de ces questions touchant aux bonnes mœurs, intéressant l'ordre public absolu. Et par ces mots d'*ordre public absolu* nous n'entendons pas seulement les règles d'ordre public admises dans la plupart des pays civilisés, mais celles que l'on considère dans chaque pays comme intéressant l'ordre public absolu, à tel point que tous ceux qui se trouvent sur le territoire, les étrangers comme les nationaux sont soumis aux règles qui le concernent.

489. — Au fond, il ne s'agit dans l'espèce, comme le fait remarquer Demangeat sur Fœlix (T. I, p. 85, note B), que d'une question de capacité. La disposition qui limite le droit de faire des conventions matrimoniales, qui ne permet plus d'en faire *après la célébration* du mariage, ou de les modifier pendant le mariage, restreint véritablement la capacité dans l'ordre du temps. Elle ne se rattache pas à la forme de l'acte, puisqu'elle interdit l'acte. C'est le point de vue accepté également par l'arrêtiste, auteur de la note figurant sous l'arrêt de 1855 de la Cour de Cassation de France mentionné ci-dessus. Il critique l'arrêt, en ce qu'il a fait application, en la matière, de la règle *locus regit actum*. Ce n'est pas une question de forme, dit-il, c'est une question de capacité personnelle. Seulement il en tire une conclusion fausse : c'est que la matière serait réglée dans l'espèce par la loi du domicile, et que partant la décision rendue par la Cour de Cassation est exacte au fond, s'agissant d'un Français *domicilié en pays étranger*, bien qu'elle soit inexactement motivée. Il considère donc la capacité comme régie par *la loi du domicile*. L'art. 3 du Code civil la considère au contraire comme régie par la loi nationale. Là est l'erreur. Certes, il ne s'agit pas ici de la capacité, en tant qu'elle dépend du climat, de l'origine, du développement plus ou moins précoce de l'être humain suivant les lois de la nature. Mais on est d'accord pour ne pas attribuer une portée aussi restreinte à l'art. 3, et pour l'appliquer à tous les cas où la capacité de la personne dépend des lois du pays auquel elle appartient, pour reconnaître que la loi nationale a compétence aux fins de régler la capacité des personnes soumises à son

empire aux fins de faire telle ou telle convention (1). Ici encore la question est plus délicate, lorsqu'il s'agit de deux époux appartenant à des nationalités différentes, ce qui constitue une rare exception. D'après la loi nationale de l'un, il est permis de modifier après la célébration du mariage les conventions matrimoniales, d'après la loi nationale de l'autre, cela est interdit. D'après quelle loi appréciera-t-on la validité de ces modifications? S'il s'agit, comme nous le pensons, d'une question de capacité, il faut en conclure que pour que les modifications conventionnelles soient valables il faut que les deux parties soient capables d'après leur loi nationale. La solution ne serait pas douteuse s'il était question du mariage lui-même. Elle ne le serait pas davantage s'il s'agissait des conventions ordinaires. Mais comme la femme acquiert par le mariage, d'après la plupart des législations, la nationalité de son mari, elle sera en fait soumise à la même loi nationale que ce dernier relativement à la question de savoir si les conventions anténuptiales peuvent être modifiées ou non pendant le mariage, et par conséquent aussi relativement à celle de savoir si, lorsqu'elle s'est mariée sans contrat, elle peut encore faire des conventions matrimoniales pendant le mariage.

### § V. — De la loi qui règle le régime des biens des époux en l'absence de contrat.

490. — Il existe une grande diversité entre les législations, en ce qui concerne le régime auquel les biens des époux sont soumis en l'absence de conventions matrimoniales. En France, c'est, comme en Belgique, la communauté légale; dans les Pays-Bas, en Danemarck, en Suisse et en Norwège la communauté universelle; en Italie, semble-t-il, la séparation des biens (2). En Allemagne, le régime ordinaire est une communauté de biens plus ou moins étendue, suivant les dispositions très diver-

(1) Buzzati admet sans hésiter cette opinion qui est celle de la plupart des auteurs. Op. cit., p. 303.

(2) Weiss. Op. cit, p. 503.

ses des nombreux statuts locaux [1]. Cependant les jurisconsultes allemands s'accordent à considérer le régime dotal modifié *comme la règle*, dans toutes les contrées où le droit romain est appliqué à titre de droit subsidiaire. M. d'Olivecrona remarque spécialement que, parmi les nobles, la communauté n'est plus en usage depuis un temps considérable, et que le système dotal est encore la norme du régime de l'association conjugale entre personnes de cette classe. Les lois des divers Etats de la Confédération suisse admettent, soit le régime d'une communauté universelle ou restreinte, soit le régime dotal. Mais il est à observer que dans certains cantons (Appenzell, Argovie, Berne, Glaris, Grisons, Lucerne, Saint-Gall, Schwytz et Uri) le régime légal *obligatoire* est un régime assez analogue au régime exclusif de communauté de notre pays, bien qu'attribuant au mari des droits d'administration et de disposition plus étendus; que la communanté d'acquêts est obligatoire à Schaffhausen, et le régime légal dans les cantons de Fribourg, Neuchâtel, Thurgovie et Valais, que le régime dotal est au contraire de droit commun dans le canton de Vaud, et la communauté universelle obligatoire dans Bâle-Ville. En Autriche le régime de droit commun, en l'absence de conventions, est l'*union des biens* par laquelle le mari acquiert l'administration et la jouissance des biens personnels de sa femme. En Espagne, c'est la communauté réduite aux acquêts. Dans le Portugal, c'est la communauté universelle. En Russie, la séparation des biens, quoique la communauté de biens paraisse avoir prévalu dans les mœurs. En Pologne, le régime légal est l'union des biens, comme en Autriche. En Angleterre, on considère comme tel un régime analogue, dit M. Weiss, à celui de notre séparation de biens. Mais il y a des différences notables. Le mariage consommé, la femme devient ce que la terminologie légale des Anglais appelle *a feme covert*, c'est-à-dire qu'elle passe sous la tutelle du mari et ne peut plus en règle exercer des droits de propriété. Les

(1) D'Olivecrona. *De la communauté de biens entre époux*, p. 59.

revenus des *freeholds* (franches tenures) apportés par elle, appartiennent à lui seul. Il en est de même des *chattels real* de la femme lesquels deviennent la propriété de son mari, s'il survit à son épouse, et même des *chattels personal*, des biens meubles, à l'exception de ses vêtements, de ses objets de literies et de ses parures qui restent sa propriété exclusive. A la dissolution du mariage par la mort de l'époux, son seul droit dans la masse est le *dower* (douaire), c'est-à-dire le droit de viduité en vertu duquel elle reçoit, pour le temps de son veuvage, l'usufruit du tiers de tous les immeubles qui ont constitué à titre de *freeholds* la propriété du mari [1].

Les lois des divers Etats de l'Amérique du Nord sont en majeure partie basées sur le droit anglais. Dans quelques Etats, on a remplacé la communauté de biens par un douaire au bénéfice de la veuve, analogue à celui du droit anglais; dans d'autres, par une séparation de biens absolue entre époux. La communauté d'acquêts est cependant restée le droit commun dans la Louisiane, comme en Espagne. Et il en est de même dans le Mexique et dans l'île de la Trinité, jadis colonie espagnole, ainsi que dans la République Argentine et au Paraguay. Au Canada, le régime normal est encore le régime de la communauté, d'après la coutume de Paris.

Ce coup d'œil jeté sur les diverses législations suffit pour faire apprécier l'intérêt considérable que présente la solution de la question dont nous allons nous occuper. Etant donné que la plupart des législations, presque toutes, admettent la liberté des conventions matrimoniales, à quel régime seront soumis, en l'absence de contrat, les biens des époux étrangers qui se sont mariés en Belgique, ceux des Belges qui se sont mariés en pays étranger? Faudra-t-il prendre en considération le domicile des époux, ou leur nationalité, ou le lieu de la célébration, ou la loi de la situation, en tant qu'il s'agit d'immeubles? Et dans quelle mesure la solution admise en principe

(1) D'Olivecrona. Op. cit., p. 72.

doit-elle prévaloir en fait, devant les tribunaux des divers pays? Telles sont les diverses questions que nous aurons à examiner.

491. — Puisque la plupart des législations admettent en principe la liberté des conventions matrimoniales, il semble que, dans le cas du silence des parties, il faille rechercher leur intention d'après les circonstances. Leurs biens seront soumis à tel ou tel régime suivant leurs intentions. Rappelons en quelques mots la célèbre controverse qui a surgi à cet égard entre les deux plus célèbres jurisconsultes de l'école statutaire, Dumoulin et D'Argentré, et qui, après leur mort et pendant des siècles, a encore donné lieu à de nombreuses dissertations en sens opposés. Partant du principe que les conventions matrimoniales expresses étendent leur empire sur tous les biens des époux, quel que soit le lieu de leur situation, et qu'en l'absence de contrat, les époux sont régis par la coutume du lieu où ils établissent leur domicile, Dumoulin en concluait que, s'ils se marient sans contrat, ils acceptent tacitement ce régime par une espèce de convention tacite qui, comme la convention expresse, étend nécessairement son empire à tous les biens des époux. C'est ce dernier point qui avait été vivement contesté par D'Argentré. Ce n'est plus d'après lui, dans le cas de silence des parties, leur volonté qui agit; c'est la loi, c'est la coutume qui règle le régime auquel leurs biens sont soumis. Or, toute coutume est réelle et n'étend son empire qu'aux biens situés dans le territoire où elle est établie. La réponse était que, le régime normalement établi par la coutume n'étant pas obligatoire, et les parties étant maîtresses de s'y soustraire, ce régime doit être censé accepté par elles si elles n'en stipulent pas un autre, et qu'il est en réalité le résultat de leur volonté commune légalement présumée. En France, la doctrine de Dumoulin finit par prévaloir. La discussion fut reprise au XVII$^{e}$ siècle dans les Provinces-Unies. La Cour du Brabant hollandais se prononça dans le sens de l'opinion de D'Argentré. Cette décision, attaquée avec violence par Stockmans, fut défendue avec une rare

habileté par le conseiller Vander Meulen. Mais, au siècle suivant, le meilleur de nos anciens jurisconsultes, Jean Voet, adopte l'opinion de Dumoulin, bien qu'il fût en principe partisan de la réalité des coutumes. Au XVIII^e^ siecle, la querelle semble renaître en France. Froland penche assez visiblement pour l'opinion de D'Argentré. Alors même que les parties, en gardant le silence, seraient présumées s'en rapporter à la coutume, elles ne pourraient être censées s'y rapporter, d'apès lui, qu'avec le caractère de réalité qui lui est propre. Mais ce caractère de réalité est-il propre à une coutume qui ne fait qu'interpréter la volonté tacite des parties, et déterminer ce que sont censées comporter leurs conventions, alors que leurs conventions expresses s'étendraient au-delà du territoire, et à tous les biens quelle que soit leur situation ? La coutume, tenant alors lieu de la convention, semble avoir nécessairement la même force extra territoriale. Ou, en termes plus exacts peut-être, ce n'est pas à la coutume alors que s'attache la force extra territoriale, c'est à la convention tacite des parties qui l'admet. Boullenois, fort sympathique évidemment au système de Dumoulin, se fait cependant des objections, dont la principale est que ce système ne fournit pas de solution, au cas où le régime établi par la coutume du domicile est prohibé là où sont situés certains biens. Il croit que l'on préviendrait ces difficultés, en considérant ce régime, et spécialement le régime de communauté *comme une dépendance de l'état des personnes, ce qui rendrait le statut personnel*. Le président Bouhier adopte au contraire pleinement le système de Dumoulin. « Comme les conventions expresses sont personnelles, en ce sens qu'elles ont leur exécution sur tous les biens des contractants, quel que soit le lieu de leur situation, il en doit être de même des statuts qui supposent ces conventions, comme si elles avaient été réellement faites [1]. » Si toutefois le régime normal établi par la loi du domicile était prohibé dans le lieu de la situation des biens, il est

(1) Bouhier. *Coutumes de Bourgogne*, T. I, p. 713, ch. XXVI, nos 1 et 2.

clair, d'après Bouhier, que ce régime ne s'y appliquerait pas; et telle est également l'opinion de Pothier.

Mais, tout en admettant que la communauté légale repose en dernière analyse sur la volonté des parties, ce dont on pourrait conclure, comme l'ont fait d'assez nombreux jurisconsultes modernes, qu'il faut rechercher, d'après les circonstances, si les parties ont entendu se soumettre à la loi qui établit ce régime, Dumoulin, et les anciens auteurs qui l'ont suivi, ne tiennent compte que d'un seul élément pour déterminer cette intention : *le domicile*. En l'absence de contrat, on considérait les époux comme mariés sous le régime établi par la loi du domicile. Le lieu du contrat n'était pas pris en considération, pas plus qu'aucune autre circonstance. Il semble que l'on considérât comme chose évidente, que les parties se soumettent en cette matière à la loi du domicile.

Il n'y avait, il est vrai, pas unanimité dans l'ancien droit français sur le point de savoir s'il fallait s'en tenir à la loi du domicile du mari, ou à celle du domicile de la femme. Et cette dernière opinion semble avoir été d'abord prépondérante dans la jurisprudence. Elle était fondée sur ce que la plupart des avantages matrimoniaux concernaient la femme. Mais, dès le principe, Dumoulin s'était prononcé pour la loi du domicile du mari, et tel était le dernier état de la jurisprudence des parlements au siècle dernier. Cette opinion se fondait sur ce qu'en se mariant la femme acquiert le domicile du mari, sur ce qu'elle sait d'avance qu'elle va l'acquérir et est tenue de s'instruire de ce qui s'y pratique. La loi qui régissait les biens des deux époux en l'absence de conventions matrimoniales était donc celle du domicile du mari au moment du mariage. Mais Dumoulin admettait déjà, et Pothier a admis également, que, si le mari avait à ce moment même le dessein avéré d'établir son domicile ailleurs, par exemple à l'endroit où la femme a le sien, les biens des deux époux seront régis par la loi de ce dernier domicile. Toujours est-il qu'en pareille matière l'illustre jurisconsulte, qui a donné au système des postglossateurs sa forme la plus parfaite

et a corrigé quelques-unes de ses défectuosités, ne raisonne pas tout à fait de la même manière que pour les contrats ordinaires. C'est bien la volonté des parties qui détermine quelle est la loi d'après laquelle elles seront régies quant à leurs biens, mais il présume uniformément qu'elles entendent se soumettre à la loi du domicile.

492. — La jurisprudence et la doctrine de notre siècle ont commencé par suivre assez fidèlement la doctrine de Dumoulin, en France comme en Belgique. Puis elles s'en sont peu à peu écartées. Il importe de noter d'abord et séparément la transformation qui s'est produite dans la jurisprudence, parce que la doctrine n'a pas suivi une marche tout à fait parallèle, et que l'on y remarque plus de divergences. La jurisprudence française ne s'écarte guères, dans les arrêts les plus anciens, du système de Dumoulin. Elle applique la loi du domicile, sinon comme seule loi à laquelle les époux puissent être censés s'en référer en l'absence de conventions matrimoniales, au moins comme celle à laquelle ils ont le plus probablement donné la préférence. Le domicile est tout au moins, la principale des circonstances auxquelles il faille avoir égard pour conjecturer leurs intentions effectives ou éventuelles. Il est bien vrai cependant que dans certains arrêts, même anciens, l'influence de cet élément est atténuée. Ainsi, dans un arrêt du 11 thermidor an III[1], la Cour de Cassation de France établit une distinction un peu arbitraire. D'après cet arrêt, si les époux sont de même nationalité, mais domiciliés dans des coutumes différentes, on suit la loi du domicile matrimonial : sinon l'on observe les principes du droit des gens, c'est-à-dire, dit la Cour, la loi du lieu où le contrat a été passé. Cela est évidemment trop absolu, pour ne pas dire inexact. Il n'a jamais été admis universellement par le droit des gens, que l'on dût appliquer en cette matière la *lex loci contractus*, et la jurisprudence anglo-américaine elle-même n'y tend que dans une certaine mesure. Dans un arrêt de

(1) Merlin. *Rep.*, v° *Conv. matrimoniales*, p. 399.

rejet du 29 décembre 1836, (1) la même Cour applique la loi du lieu du domicile matrimonial, bien qu'il fût question d'un mariage *entre personnes de nationalités différentes*. Il est vrai que cette loi était en même temps celle du lieu du contrat. Et la Cour invoque en termes formels l'intention des parties de se marier sous l'empire de la loi espagnole, établie « par des faits nombreux, des actes et des circonstances que le juge du fond a souverainement appréciés ». C'est, d'après Laurent, « le vrai principe ». Elle le consacre encore dans un arrêt du 11 juillet 1855 (2). Un arrêt de la Cour de Paris du 3 août 1849 (3) a appliqué la loi du lieu de la résidence, alors qu'il s'agissait d'une résidence établie au moment même du mariage, continue, prolongée pendant une série d'années, de préférence à la loi du domicile, et à la loi de la nationalité. Il est vrai que c'était en même temps le lieu de la célébration du mariage; mais l'arrêt ne place le débat que sur le terrain de l'intention, et invoque toutes les circonstances propres à révéler celle-ci. Quand on examine de près les nombreux arrêts cités par les auteurs, comme ayant consacré le principe de la loi du domicile, en tant que réglant le régime matrimonial des biens, en l'absence de conventions, on constate que presque tous ne l'ont admis qu'à titre de présomption humaine de la volonté des parties, présomption importante, mais n'excluant pas d'une manière absolue d'autres présomptions. Quant au principe de la nationalité, nous ne le voyons apparaître que dans très peu d'arrêts, par exemple, dans un arrêt de rejet du 5 janvier 1876 (4). Il s'agissait d'indigènes Juifs algériens, qui s'étaient mariés à la mairie de Blidah sans contrat de mariage. Or, l'ordonnance du 26 septembre 1842 porte : « Les indigènes sont présumés avoir contracté entre eux selon la loi du pays, à moins qu'il n'y ait convention contraire. » La Cour de Cassation

(1) Sirey. 1836, 1, 131.
(2) Sirey. 1855, 1, 83.
(3) Sirey. 1849, 2, 13.
(4) Sirey. 1876, 1, 368.

reconnut la présomption légale, mais elle admit qu'on peut y déroger par convention tacite, et fit résulter la convention tacite de ce que les parties, quoique régies par la loi mosaïque, s'étaient mariées dans les conditions de la loi française. Tout est donc question d'intention. La Cour constatait, et un texte consacrait du reste expressément, pour ce cas spécial, la présomption naissant de la nationalité des parties. Si cette présomption est admise, sauf convention contraire, pour les indigènes algériens, qui sont des étrangers au regard de la France, ou peu s'en faut, on ne voit pas pourquoi elle n'aurait pas de valeur au regard des étrangers en général. On voit encore apparaître le principe de la nationalité, accolé d'une manière assez bizarre à celui du domicile, dans un arrêt de Bordeaux du 2 juin 1875[1]. « Il est de principe », dit la Cour, « que, lorsqu'un Français épouse hors de France une étrangère, sans contrat, c'est la nationalité du mari, et par conséquent, la loi de son domicile qui détermine le régime matrimonial, à moins qu'il ne soit démontré qu'au moment de la célébration, l'épouse avait l'intention formelle de se fixer à l'étranger, sans esprit de retour. » Cette décision est sans doute bizarre, en ce qu'elle représente l'application de la loi du domicile comme une conséquence de la nationalité. Mais il est important de remarquer que la nationalité apparaît dans cette décision au premier plan.

493. — Le caractère commun de toutes ces décisions, c'est que, tout en rendant pour la plupart hommage au principe de la liberté des conventions matrimoniales, elles semblent dominées par la tradition ancienne de la loi du domicile. On conçoit aisément que l'on attachât une importance considérable au domicile plutôt qu'à la nationalité, lorsque, presque partout en Europe, il y avait dans le même Etat nombre de législations différentes, et lorsque les conflits ne se produisaient guères qu'entre les diverses législations d'une même nation. Le

(1) Sirey. 1878, 2, 291.

principe de la nationalité n'aurait été d'aucune utilité pour les résoudre. Il fallait nécessairement recourir à la loi du domicile. C'est ce qui explique la prépondérance que le principe du domicile a conservée encore aujourd'hui, là ou la législation n'est pas unifiée. Mais, lorsqu'il s'agit de conflits entre législations d'Etats différents, et non entre diverses législations nationales, et qu'il y a lieu de recourir à la loi personnelle, il ne paraît pas rationnel de préférer le principe du domicile à celui de la nationalité, de reléguer ce dernier au second rang, ou, comme on le fait parfois, de n'en tenir même aucun compte. En supposant qu'il ne s'agisse pas ici de statut personnel à proprement parler, nous croyons que des considérations du même ordre, que celles sur le fondement desquelles on donne en cas pareil la préférence à la loi nationale, doivent faire considérer la nationalité comme de première importance pour la détermination de l'intention des parties, s'agissant des conventions expresses ou tacites relatives aux biens qui sont l'accessoire d'une convention relative aux personnes, du mariage lui-même, lequel est exclusivement régi par la loi nationale des parties.

La dernière jurisprudence française est décidément favorable au principe d'après lequel il faut rechercher dans les circonstances si, en l'absence de conventions matrimoniales, les époux ont entendu se soumettre à la loi de tel ou tel pays, quant au régime matrimonial de leurs biens. Un arrêt de la Cour de Paris du 7 décembre 1887 (1) a fait l'application de ce principe à deux époux *français* qui s'étaient mariés en pays étranger. Et un éminent professeur à la Faculté de droit de Toulouse, M. De Boeck, affirme, dans une longue dissertation reproduite sous le dit arrêt, que cela est de jurisprudence constante en Belgique et en France, ce qui n'est pas parfaitement exact, au moins pour la Belgique, ainsi que nous le verrons. La Chambre des requêtes de la Cour de Cassation de France, a consacré de nouveau le même

(1) Dalloz. 88. II, pp. 265 à 272.

principe par un arrêt du 9 mars 1891 (1) et décidé d'une manière très générale que « le régime matrimonial d'un Français qui a épousé une étrangère en pays étranger, est déterminé par la loi à laquelle les parties ont eu l'intention de se référer ».

494. — En Belgique, la jurisprudence a commencé par décider, d'une façon constante, que les époux qui se marient sans contrat étaient censés s'en référer à la loi du domicile matrimonial, en ce qui concerne le régime de leurs biens (2). Un arrêt de la Cour de Bruxelles du 11 avril 1838 (3) semble même considérer ce principe comme se rattachant au statut personnel, et il en fait l'application dans un cas où, d'après la Cour, il y avait conflit entre ce statut personnel et la maxime *locus regit actum*, comme si, dans le dernier état de la doctrine et de la jurisprudence, cette maxime visait autre chose que la forme. Il s'agissait du reste, dans l'espèce jugée par la Cour, de *deux Belges, domiciliés en Belgique*, qui s'étaient mariés et avaient fait leur contrat de mariage *en Prusse*, de sorte que la nationalité et le domicile concordaient. Aucun doute ne pouvait s'élever et le pourvoi fut rejeté (4) — Un arrêt de la Cour de Liège du 30 juin 1860 (5) a décidé de même, que les époux mariés sans contrat sont censés avoir adopté le régime établi par la loi du lieu, où ils ont fixé leur domicile après la célébration du mariage ; et cette fois, il n'est dit mot de la nationalité. Mêmes décisions du tribunal d'Anvers le 22 mars 1883, du tribunal de Bruxelles le 26 juin 1883 (6). En somme, la jurisprudence semble être restée beaucoup plus fidèle en Belgique qu'en France au système de Dumoulin. L'adoption de tel ou tel régime légal est bien le résultat d'une convention tacite, mais les époux son censés avoir adopté par con-

(1) *D. P.* XI, 1, 459.

(2) Bruxelles, 25 avril 1817. Pas. 1817, p. 316 ; Bruxelles, 11 mai 1818 et 24 juillet 1819. Pas. 1818, p. 94 et 1819, p. 445.

(3) Pas. 1838, II, 108.

(4) Cass. Rejet, 25 fév. 1839. Pas. 1839, I, 20.

(5) Pas. 1861, 2, 339.

(6) Port d'Anvers 1883, 1, 150 et *J. des Trib.*, 1883, p. 702.

vention tacite le régime établi par la loi de leur domicile, sans qu'on paraisse se préoccuper des autres circonstances pouvant établir une intention différente. Ce système est moins logique que celui de la dernière jurisprudence française, dès qu'on prend comme point de départ, que l'adoption de tel ou tel régime légal repose uniquement sur une convention tacite réelle, effective; mais ce dernier système engendre des difficultés pratiques extraordinaires, ainsi que nous le verrons.

495. — La doctrine est très partagée, et M. De Boeck[1] constate que trois grands courants se sont produits dans la doctrine et dans la jurisprudence. Il y en a peut-être davantage. D'après un premier système, celui de la jurisprudence et de la doctrine anglo-américaines, les immeubles des époux sont toujours régis, en l'absence de conventions matrimoniales, par la loi de leur situation, *lex rei sitae*. Quant aux meubles, c'est le régime matrimonial du domicile qui prévaut[2]. Story semble dire, il est vrai, aux §§ 158 et 1591, que l'effet du mariage, à ce point de vue, dépend de la loi du lieu de la célébration. Et cette opinion paraît plus conforme à la doctrine générale du droit anglo-américain, sur la question de savoir quelle est la loi qui régit les effets des contrats. Mais elle est peu en harmonie avec l'opinion exprimée par Story lui-même aux §§ 186-187, et Dicey affirme qu'elle n'est soutenue par aucun autre auteur. C'était cependant l'opinion enseignée en termes très nets par Huberus et par Kent [3], et MM. Vincent et Pénaud citent en ce sens un arrêt de la Haute Cour de justice d'Angleterre[4]. Quoi qu'il en soit, ni l'une ni l'autre théorie n'ont trouvé faveur sur le Continent européen. La distinction entre les meubles et les immeubles, s'agissant des effets des contrats, est nettement

(1) V. la dissertation sous l'arrêt du 7 déc. 1887. Dalloz. 88, 2, pp. 265 à 272.

(2) *Dict.*, v° *Conventions matrimoniales*, et *J. du dr. intern. privé*, 1875, p. 445.

(3) Dicey et Stocquart. *Loi du domicile*, T. II, p. 201. — Westlake. Op. cit., §§ 366 à 370. — Dudley Field. Op. cit., n° 675.

(4) Huberus. *De conflictu legum*, § 9. — Kent. *Comm. l.*, 39.

repoussée par la plupart des jurisconsultes modernes. Et, que l'on considère le régime légal des biens entre époux comme une conséquence du mariage même, ou d'une convention tacite qui se grefferait sur la convention d'union personnelle, qu'on le considère même comme l'effet direct de la loi, la distinction entre les meubles et les immeubles ne se conçoit pas, et l'application de la loi du lieu de la situation est injustifiable, à moins qu'il ne s'agisse de dispositions d'ordre public économique intéressant le régime des biens en général. Nous ne nous attarderons pas à rappeler tous les arguments par lesquels on a battu en brêche le système de l'application de la *lex rei situs*, en ce qui concerne les immeubles et le système de l'application nécessaire de la loi du lieu du contrat, en vertu d'une prétendue soumission tacite ou d'une soumission obligée. Nous ferons seulement observer que, si l'on admettait sans restriction le système de la convention tacite, le lieu du contrat pourrait être pris en considération par le juge, comme une des circonstances propres à révéler l'intention des parties.

496. — Le second système est celui de la jurisprudence française, vers lequel semble incliner la jurisprudence belge[1]. De nombreux auteurs se sont ralliés à ce système, aux termes duquel l'application, aux époux qui se marient sans contrat, de tel ou tel régime légal, n'est pas autre chose que le résultat d'une convention tacite[2]. Il faudrait rechercher, d'après les circonstances, à quelle loi les parties ont voulu se soumettre. Des arrêts ont tenu compte d'une résidence prolongée plutôt que du domcile. Le domicile a cependant en général été considéré comme la circonstance principale. Quelques arrêts ont eu égard à la nationalité des époux, et quelques auteurs ont attribué la prédominance à cet élément. Il leur a paru que considérer les époux comme mariés sous le régime établi par

(1) Nivelles, 19 févr. 1879. *B. j.*, 1880, p. 982.

(2) Aubry et Rau, T. V, p. 275. — Troplong. *Contrat de mariage*, T. I. — Demolombe, T. I, n° 87. — Rodière et Pont. *Contr. de mar.*, T. I, § 36. — Demangeat sur Fœlix, pp 208 et ss. — Weiss. Op. cit., p. 661. — Despagnet. Op. cit., pp. 440 et ss. — Laurent. *Dr. civ. int.*, T. 5, pp. 274 etc.

leur loi nationale, répondait le mieux à leur intention probable, en l'absence bien entendu de circonstances particulières, indicatives d'une volonté contraire. Au fond, c'est toujours le système de Dumoulin avec ses déductions logiques. Mais ce système longtemps accepté par la généralité de la doctrine, bien qu'il ait été énergiquement combattu par D'Argentré à l'origine, par d'autres jurisconsultes au siècle dernier, (Boullenois et Froland, par exemple), a rencontré dans des temps récents de plus rudes adversaires encore. (1)

497. — On fait à ce système une première objection assez spécieuse. Les parties qui ne font point de convention matrimoniales ne songent point au régime sous lequel seront placés leurs biens. Le plus souvent, elles n'en possèdent pas. Dans la plupart des cas elles ignorent complètement ce que c'est que biens acquêts, propres, récompenses, etc... D'où suit que l'hypothèse d'une convention tacite est une pure chimère, et qu'en vérité, c'est bien la loi qui règle le régime des biens, abstraction faite de toute convention. L'objection paraît sérieuse : elle ne l'est pas cependant autant qu'on pourrait le croire. Tout d'abord l'hypothèse d'une convention tacite n'implique nullement que l'on ait connu toutes les suites attribuées par la loi à telle ou telle convention. Il n'en est pas même ainsi pour les conventions expresses. Beaucoup de personnes qui font une vente, un louage, ne savent pas avec précision quels sont les effets légaux de la vente ou du louage dans certaines éventualités, et elles n'y ont peut-être pas songé; elles acceptent tacitement les effets que la loi leur attribue ; elles les acceptent pour ainsi dire les yeux fermés, s'en reposant sur le législateur. Est-il si extraordinaire de supposer que les personnes, qui se marient, acceptent tacitement les conséquences que le législateur fait produire au mariage, et cela d'une manière générale, lors même

(1) Durand. Op. cit., pp. 336 et ss. — Weiss. Op. cit., p. 514. — Despagnet. Op. cit., pp. 440 et ss. — Rougelot de Lioncourt, pp. 192 et 213. — Féraud Giraud. *J. de dr. int. pr.*, 1885, p. 386. — Aubry et Rau, T. 5, pp. 275 et ss. — Ces derniers admettent cependant la loi du domicile matrimonial, lorsqu'il s'agit de deux époux de nationalités diverses.

qu'elles n'auraient pas songé d'une manière spéciale à ses conséquences quant aux biens? On ajoute qu'il ne s'agit pas de discuter la valeur de la présomption. Il est certain qu'elle est établie par le législateur. Les personnes qui se marient sans contrat sont censées se marier sous le régime établi par le législateur, et adopter ce régime. Il était nécessaire d'établir une présomption à cet égard, leur situation ne pouvant rester incertaine. Et cette présomption était rationnelle, le législateur ayant nécessairement considéré comme le régime légal, celui qui répondait le mieux à l'union personnelle existant entre les époux d'après sa conception du mariage. Mais, si cette première objection n'est pas insurmontable, il en est d'autres qui sont beaucoup plus graves et qui, bien qu'elles ne soient pas absolument neuves, n'ont été mises par aucun auteur en aussi pleine lumière que par M. Renault, l'éminent professeur à la Faculté de droit de Paris (1). Il ne se borne pas à reproduire l'objection ci-dessus mentionnée, qui a déjà été rencontrée par Waechter, et que nous avons essayé de réfuter, bien que nous ne puissions-nous rallier à la thèse de la convention tacite telle qu'elle est généralement formulée. Il nous paraît bien difficile de rencontrer celles qu'il oppose au système de la jurisprudence, et l'embarras de M. De Boeck, qui défend celle-ci avec talent, dans la dissertation déjà mentionnée, est manifeste. La plus forte de ces objections, nous paraît être celle-ci. Il suppose que le mineur ait fait seul son contrat de mariage. Ce contrat sera nul. Sous quel régime les époux seront-ils placés? Sous le régime de la communauté (2). Or, cette communauté est établie par le fait de la loi, non par une convention tacite des époux. Car, comment le mineur, incapable de se donner expressément un régime matrimonial, pourrait-il en choisir un, en faisant ainsi indirectement ce qu'il ne saurait faire directement? Au lieu d'un contrat de mariage annulable pour incapa-

(1) *Revue critique*, 1883, pp. 730 et ss.

(2) Cela est incontestable dans le cas où aucune circonstance quelconque ne peut déterminer l'application d'une loi étrangère.

cité, on peut se trouver en présence de conventions matrimoniales nulles pour vice de forme; les époux, qui avaient adopté par hypothèse le régime de la *séparation de biens*, vont se trouver, *contrairement à leur volonté expresse et solennellement manifestée*, mariés sous le régime *de la communauté légale*. Peut-on dire que c'est par l'effet de leur volonté tacite, alors qu'ils ont *exprimé* une volonté contraire? (Renault. *Revue critique*, 1883, p. 730.)

498. — C'est cette dernière objection qui gêne particulièrement M. De Boeck. Il le confesse loyalement. « Dans le cas d'un contrat de mariage nul, ou annulable, » dit-il, « l'*objection est plus pressante*.. » Et sa réponse est presque dubitative. « Mais ne peut-on pas dire que les parties ont su qu'à défaut de contrat de mariage valable, elles seraient soumises au régime légal, et qu'elles l'ont implicitement adopté en vue d'une nullité éventuelle toujours possible ? » Il reconnait toutefois immédiatement après que la réponse peut paraître subtile, mais ce n'est pas assez dire. C'est un véritable artifice de raisonnement. Si les parties avaient prévu la nullité de leurs stipulations, elles n'auraient pas commis cette nullité. Supposer que les parties aient pensé : nous voulons la séparation de biens, mais si par hasard notre contrat était nul en la forme, nous voulons que le législateur place nos biens sous un régime qui est précisément le contraire, c'est faire une supposition qui se heurte contre le bon sens. M. De Boeck ajoute : « Si la réponse paraît subtile, on voudra bien convenir que le fait prévu est purement accidentel, et qu'il ne suffit pas pour imposer l'abandon absolu de l'idée de convention tacite, qui reste en somme complètement vraie pour la plupart des cas, et ne se trouve catégoriquement démentie dans aucun. » Mais c'est que malheureusement l'idée de la convention tacite, au moins d'une convention tacite absolument libre, est catégoriquement démentie par l'exemple que donne M. Renault. La vérité est que, si en principe les conventions matrimoniales sont libres, c'est à la condition que les parties les fassent dans les formes déterminées par la loi. Elles peuvent donc répudier le régime

légal ordinaire, et à cet égard, si elles ne le répudient pas, elles sont censées l'accepter par une convention tacite. Mais c'est par une présomption *juris et de jure*. C'est la loi qui indique d'où dérive cette convention tacite. Elle dérive d'un seul fait : du fait que les parties n'ont pas fait *en forme solennelle* des conventions contraires. Il n'est pas permis de rechercher dans d'autres circonstances l'intention de déroger au régime légal. La seule question à examiner est celle de savoir, si elle ne s'applique que dans le cas où deux Belges, tous deux domiciliés en Belgique, contractent mariage dans leur propre pays. Où voit-on que le législateur n'ait admis cette présomption que lorsque toutes ces conditions sont réunies? Où prend-on qu'elle ait exigé tout au moins qu'il s'agisse de Belges domiciliés en Belgique? Où prend-on qu'elle s'applique à tous ceux qui sont domiciliés en Belgique? Et d'après quels principes établit-on que, lorsqu'il s'agit de ces derniers, la présomption *juris et de jure* se transforme en présomption simple, ou même qu'il n'y a plus de présomption du tout, que tout est livré aux circonstances, c'est-à-dire aux hasards d'une interprétation essentiellement variable et arbitraire?

499. — La pensée du législateur semble avoir été que dès avant le mariage la situation des époux, quant à leurs biens, fût précisée d'une façon certaine et immuable. Elle l'est, d'après ses dispositions, soit par la loi, soit par leurs conventions qui, à cet effet, doivent être revêtues de formes solennelles. Ce but ne sera plus atteint, si l'on ne choisit pas entre les divers éléments d'où peut résulter la soumission des individus à la loi belge, si l'on exige la réunion de tous. Et le parti le plus rationnel nous paraît être de s'attacher à l'élément de la nationalité, d'abord parce qu'il s'agit d'une présomption ayant un certain caractère obligatoire, et s'imposant dès lors naturellement aux nationaux, ensuite parce que cet élément a en réalité plus d'importance qu'aucun autre, au point de vue de l'interprétation des conventions matrimoniales, enfin parce que le régime matrimonial des biens touche par des rapports étroits au régime personnel des époux, au

mariage, dont il n'est qu'un des effets, dans le cas de silence des parties, et que les effets du mariage, quant aux rapports personnels, sont régis partout par la loi nationale.

Les énormes inconvénients du système de la jurisprudence française au point de vue des tiers, au point de vue des époux eux-mêmes, sont manifestes. Comment les tiers auront-ils connaissance de toutes les circonstances de fait, qui pourront amener le juge à considérer les époux comme ayant eu l'intention de se marier sous tel ou tel régime? Comment les époux eux-mêmes seront-ils fixés à cet égard, puisque telle circonstance insignifiante aux yeux de l'un d'eux, peut-être même ignorée de lui, pourra exercer une influence considérable sur la conviction des tribunaux? Inutile, croyons-nous, d'insister.

500. — Nous croyons donc devoir nous ranger du côté des partisans du 3e système, qui se refusent à voir dans une convention tacite le fondement ou du moins le fondement *exclusif* de l'adoption de tel ou tel régime légal. L'idée de la convention tacite n'y est certes pas étrangère, mais cette convention tacite n'est pas aussi libre qu'on se plaît à le dire. Il n'y a qu'un seul régime que l'on puisse adopter par convention tacite, c'est celui qui a les préférences du législateur, c'est le régime légal. Quant à tous les autres, presque toutes les législations s'accordent à ne permettre de l'établir, même par convention expresse, que si cette convention est faite en forme solennelle. A plus forte raison ne peut-on l'instituer par convention tacite. Lorsque le législateur belge dit aux époux : « à moins que vous n'ayez fait des stipulations différentes par un acte authentique en bonne forme, vous serez mariés sous le régime de la communauté légale », il exprime ses préférences pour ce régime qu'il considère comme plus conforme à la nature du mariage. Il ne leur permet de se soumettre à un autre régime, ni par une convention tacite, ni même par une convention expresse, non solennelle. Il établit une espèce de présomption *juris et de jure*, à laquelle on ne peut opposer qu'un contrat

authentique en bonne forme et parfaitement valable. Toute la question est de savoir pour qui cette présomption *iuris et de jure* est instituée, quels sont les époux qu'elle enchaîne. Nous disons qu'il y a ici une présomption *juris et de jure* d'acceptation du régime établi par la loi, et il est évident, en effet, que les parties ne seraient point admises à prouver qu'elles ont eu une volonté différente, fussent-elles d'accord pour en offrir la preuve, fussent-elles en état de prouver une convention expresse, contraire, constatée par un acte sous seing privé dûment enregistré. L'adoption du régime légal ne repose donc qu'en apparence sur la seule volonté effective des parties, elle repose en réalité sur une présomption de volonté arbitraire créée par le législateur, et contre laquelle ne peuvent prévaloir les conventions expresses, à plus forte raison les simples circonstances d'où l'on prétendrait inférer un pacte implicite autre. Sous l'apparence du respect de la volonté commune des parties transparait la toute-puissance législative, et la vérité est que le législateur décrète que les époux mariés sans contrat de mariage en forme solennelle, sont placés *volentes seu nolentes* sous le régime de la communauté légale.

501. — Ces principes, qui nous paraissent les seuls vrais, tendent de plus en plus à s'accréditer dans la science française et étrangère. M. de Bar exclut, tout d'abord, d'une manière absolue, la *lex rei sitae*, même quant aux immeubles, et admet au contraire avec la jurisprudence et la doctrine prédominantes en Allemagne, et avec l'école franco-italienne, que l'on doit appliquer en cette matière le statut personnel des époux [1]. Et il ajoute que la loi personnelle n'est pas appliquée en cette matière comme conséquence d'une convention tacite, mais en vertu de la force immédiate d'une loi concernant le régime des biens, *et dans laquelle s'incorporent les conceptions nationales au*

(1) De Bar. *Lehrbuch des internationalen Privat- und Strafrechts*, p. 81. Il cite le § 19, sect. 1, du projet de Code civil allemand : Les droits des deux époux quant aux biens sont régis par la loi de l'Etat auquel appartenait l'époux au moment du mariage.

Voir aussi Brocher. *Nouveau traité de droit intern.*, pp. 225-227.

*sujet de la substance du mariage*. On ne peut pas admettre, dit-il, au moins d'après le statut personnel des époux, que les biens de ceux-ci situés en pays étranger soient, à raison de cette situation, exclus de la règle établie par le statut personnel ; et il observe que le législateur étranger, dans le ressort duquel les biens sont situés, n'a régulièrement pas d'intérêt à faire régir les relations personnelles des époux, quant à ces biens, par d'autres règles que par leur statut personnel. Il n'en excepte que le cas où il s'agirait de certains biens, dont la disposition est soumise à des règles particulières, et limitée dès lors par des lois d'intérêt général local. Ce sont notamment, dit-il, les conceptions de droit féodal, lesquelles dominent encore la théorie du droit anglo-américain en ce qui concerne les choses, mais perdront de plus en plus leur signification réelle, qui expliquent que la jurisprudence anglo-américaine apprécie encore aujourd'hui le régime auquel sont soumis les immeubles des époux d'après la *lex rei sitae*, comme le faisait autrefois la jurisprudence allemande.

502. — L'opinion d'après laquelle il s'agit ici d'une loi personnelle, se rattachant par des liens logiques à la loi qui règle la substance du mariage et ses effets quant aux personnes, est aujourd'hui fort répandue, non-seulement en Italie, mais en France et en Allemagne. Toutefois, ses partisans se divisent encore sur le point de savoir si c'est la loi du domicile ou la loi nationale des époux qui doit être appliquée à titre de loi personnelle [1]. Mais dès

(1) Dans le sens de la loi nationale : Fiore. Op. cit., *Dr. int.*, n° 325. — Mancini. *J. de dr. int. pr.*, pp. 274 et ss. — Salmeron. Même journal, 1882, p. 107. — Esperson. Op. cit, p. 151. — Brocher, précité. — De Bar, précité. — Renault, précité. — Asser, n° 49. — Frenoy. Thèse, pp. 180 et ss. — M. Asser ne s'explique pas en termes nets sur le point de savoir, s'il faut appliquer la loi nationale, comme loi régissant les effets du mariage, ou en vertu de l'intention vraisemblable des parties. Mais les termes dont il se sert doivent le faire classer parmi les partisans de ce système absolu. Son commentateur et traducteur, M. Rivier, se sépare ici de lui, et se prononce pour la loi du domicile, mais plutôt en vertu de la volonté probable des parties, qu'à raison d'une sujétion naturelle. Il en est de même de Savigny qui applique ici son système de la soumission volontaire. MM. Vincent et Pénaud le considèrent à tort comme partisans de l'application de la loi du domicile à titre de loi personnelle de même qu'ils se trompent en ce qui concerne de Bar. On ne peut guère considérer, à notre connaissance, comme partisans de l'application de cette loi à titre de loi personnelle, que Schaeffner, §§ 106 et 168, Teichmann. *Wandelbarkeit*, etc., p. 9, et Mommsen, *Archiv für die civil. praxis*, T. 61, pp. 151 et 182.

que l'on admet que la loi, qui établit la présomption dans des conditions qu'elle détermine, s'impose aux parties et constitue une espèce de loi personnelle se rattachant aux lois qui règlent les effets du mariage quant aux personnes, comme l'accessoire au principal, que cette loi qui établit tel régime, et non tel autre, en l'absence d'un acte authentique contraire, touche à la conception que s'est formée le législateur de ce qui est le plus désirable, au point de vue de la bonne organisation du mariage et des rapports personnels entre époux, l'application de la loi nationale de préférence à la loi du domicile semble commandée. « Le contrat de mariage » dit avec raison Fiore, « ne peut être assimilé aux autres conventions. Il embrasse des intérêts si élevés, qu'aucun autre rapport de la vie civile n'affecte sous tant d'aspects et si profondément l'individu, la famille et la société. » Cela est surtout vrai pour ce qui concerne la famille, et l'intérêt de la famille est un intérêt national. Il est non moins exact, comme le fait remarquer le même auteur, que la loi qui le régit doit pourvoir à la prospérité de l'économie domestique, au patrimoine des enfants qui naîtront, et harmoniser le tout avec les principes qui gouvernent le mariage lui-même. L'interêt des tiers que le même auteur fait ressortir ne vient ici toutefois qu'en ordre secondaire. Mais nous approuvons sa conclusion : qu'on ne saurait admettre que le contrat de mariage puisse être régi par une loi différente de celle qui règle le mariage lui-même, sauf à respecter la liberté des conventions dans la mesure où la loi nationale le permet. En somme, n'est-ce pas la loi nationale que l'on applique en général, lorsqu'il s'agit de savoir si tel ou tel régime est absolument interdit ou *absolument imposé* aux époux ; et la loi qui leur dit : « vous serez marié sous tel régime, à moins que vous n'ayez manifesté par acte authentique une volonté contraire », ne leur impose-t-elle pas ce régime sous la restriction indiquée ? Les époux pour lesquels cette règle est écrite pourront-ils se soustraire à ce régime en allant se marier ailleurs, en se faisant domicilier ailleurs ; et la manifestation très douteuse de volonté que l'on en indui-

rait vaudra-t-elle plus que ne vaudrait une manifestation expresse de volonté, à laquelle l'authenticité seule ferait défaut? Concluons donc que les époux belges qui se marient sans contrat seront censés mariés sous le régime de la communauté conjugale, quels que soient leur domicile et le lieu du contrat. C'est en ce sens que disposent les projets de Code civil allemand, le Code italien et le Code espagnol. C'est aussi en ce sens que s'est formellement prononcé M. Van Berchem dans son rapport sur le projet de Code civil belge (art. 7), et il semble bien qu'il y considère la loi qui établit la communauté légale, en l'absence de contrat de mariage, comme un véritable statut personnel, bien qu'il soit regrettable que cette pensée fort juste n'ait point trouvé son expression dans le projet lui-même. « Si la loi nationale des parties doit exercer une influence prépondérante, c'est bien lorsqu'il s'agit des conventions matrimoniales, car elles se rattachent intimement au mariage et à son but, à la famille et à ses intérêts, et ces objets dépendent essentiellement de la *loi personnelle*, de la loi nationale. » C'est reconnaître que la loi nationale ne puise pas ici sa force obligatoire dans l'acceptation tacite des parties, mais dans sa nature même, ce que le projet ne dit nulle part.

Si des étrangers se marient dans notre pays sans contrat, ils seront donc censés mariés également sous le régime légal établi par leur loi nationale, sauf à faire la preuve d'une intention contraire, si leur loi nationale les y admet. Certes, le régime établi par la loi, en l'absence de conventions, n'est pas en lui-même de statut personnel; mais ce qui est de statut personnel, c'est la règle qu'à défaut de conventions matrimoniales régulières, on est censé adopter le régime de droit commun établi par la loi. Et c'est la loi de la nation à laquelle appartiennent les deux époux qui définit ce régime. Autoriser la preuve d'une intention contraire par simples présomptions, ce serait s'inscrire en faux contre ce double principe : qu'en l'absence de conventions matrimoniales valables, on est censé adopter le régime légal, et que ces conventions

doivent être expresses et même dans la plupart des pays rédigées en forme authentique. Il n'y aurait d'exception à faire que si la loi nationale des époux étrangers s'en référait à la loi du domicile, ou à celle du lieu de la célébration, cas auquel nous n'aurions aucun intérêt à faire prévaloir nos principes, s'agissant d'une famille étrangère.

503. — La question devient beaucoup plus délicate si les époux sont de nationalités diverses. Appliquer dans ce cas la loi nationale de chacun des deux époux, conduirait à un conflit insoluble si le régime matrimonial est différent dans les deux Etats dont ils relèvent. Un Français épouse une Anglaise. En France le régime de droit commun en ce qui concerne les biens est la communauté légale ; en Angleterre c'est plutôt un régime qui se rapproche de la séparation de biens, quoiqu'il y ait des différences importantes. Dira-t-on qu'en France les époux seront considérés comme mariés sous le régime de la communauté légale, en Angleterre comme mariés sous le régime du droit anglais? Ce ne serait pas une solution : ce serait l'anarchie actuelle érigée en système. Il faut faire un choix. M. de Bar choisit sans hésiter la loi de la nationalité du mari, parce que cette loi est celle qui détermine les effets du mariage, *quant aux rapports personnels entre époux*(1). C'est un argument fort sérieux.

504. — On pourrait peut-être objecter que les effets de mariage, quant aux biens, ne sont pas déterminés par la

(1) *Lehrbuch* etc., p. 79. — Les projets officiels de Code civil allemand sont tous deux conçus en ce sens (1re lecture, § 11, 2e lecture, § 2250). Il en est de même des projets Gebhard, § 12, et Niemeyer, § 12, qui ont pour objet le règlement des questions de droit international privé, et même du projet Mommsen qui ne diffère des autres qu'en ce qu'il prend en considération la nationalité actuelle du mari, et non sa nationalité au moment du mariage, ce qui nous paraît une erreur. M. Mommsen s'est donc rallié méme en cette matière au principe de la nationalité, et de plus à l'application de la loi nationale du mari. M. Neumann applique également la loi nationale du mari au moment du mariage, sauf dans le cas où les époux changent de nationalité de commun accord. Dans cette hypothèse ils sont régis, quant à leurs biens, par leur nouvelle loi nationale commune. Mais il stipule que cette loi nationale est celle qui règle les effets de l'union conjugale dans leur pays, en droit international privé. C'est le droit international privé de leur nation que l'on appliquera. Il était peut-être utile de le dire pour éviter des conflits insolubles. (V. Neumann. Op. cit., p. 9, § 20.)

loi d'une manière aussi absolue que ses effets, quant aux relations personnelles entre époux. Mais il y a toujours une règle absolue : c'est que, si les époux ne font pas de conventions matrimoniales régulières, ils sont nécessairement mariés sous le régime que la loi détermine. A la vérité, la femme étrangère n'est pas encore soumise à cette loi, au moment des conventions anténuptielles, mais elle y sera soumise au moment où ces conventions prendront vie et corps. Et d'ailleurs, on suppose ici l'absence de conventions anténuptielles. Il s'agit alors de savoir quel est l'effet du mariage en lui-même quant aux biens, alors qu'on sait qu'un de ses effets, quant aux personnes, est l'acquisition par la femme de la nationalité du mari. Il n'y aura pas lieu, dans ce cas, de scruter l'intention des parties ; il y a un régime qui leur est imposé par la loi, à défaut d'avoir formulé une intention contraire en termes exprès, et d'une manière régulière. Nous ne pouvons donc, en principe, approuver un arrêt de la Cour de Paris en date du 3 août 1849, que nous avons mentionné plus haut, et qui est rapporté par Laurent. Voici l'espèce : « Un homme de race anglaise, mais d'origine inconnue vint, à sa majorité s'établir en France ; il y conserva pendant de longues années, et sans interruption, une habitation à la ville et des maisons de campagne ; il plaça la totalité de sa fortune en rentes françaises ; il n'avait jamais eu un établissement en Angleterre. Pour légitimer des enfants naturels, il se maria avec leur mère, conformément aux lois françaises. Ses affections, comme ses intérêts, étaient dans sa patrie d'adoption, tandis qu'en Angleterre il ne connaissait ni lieu de naissance, ni foyer domestique, ni famille. Malgré ces circonstances, le tribunal de la Seine avait décidé que ces époux n'étaient pas mariés sous le régime de la communauté légale, et appliqué la loi du domicile matrimonial, lequel rendait applicable la loi anglaise, les époux ayant établi leur domicile en Angleterre après le mariage. Cette décision fut infirmée en appel. Le mari n'avait pas, il est vrai, de domicile légal en France, d'après la jurisprudence française, puisqu'il ne s'y était pas établi

avec l'autorisation du gouvernement. Mais qu'importe le domicile? C'est l'intention qui décide. Or, le mari avait promis à la femme de l'épouser sous le régime de la communauté; il s'était conformé à la loi française pour légitimer ses enfants; la probabilité était certes qu'il voulait aussi donner à sa femme les avantages de la communauté.» Une décision semblable pourrait être approuvée si la nationalité n'était pas connue, et nous lui refuserons d'autant moins notre approbation qu'en pareille matière c'est au fait du domicile qu'il faut s'attacher, d'après nous, lorsqu'on prend pour base le domicile, sans égard à la question de savoir s'il est autorisé ou non. Mais il n'en est plus de même s'il s'agissait d'un individu de nationalité incontestablement anglaise, ce qui n'est pas suffisamment précisé. Lorsque la nationalité est déterminée, il faut s'attacher à la loi nationale du mari. C'est à celle-ci qu'il appartient de déterminer la situation des époux en droit international privé. Ils ne peuvent se dérober au régime légal établi par cette loi, que dans la mesure, de la manière, et sous les conditions qu'elle détermine. Peut-être du reste, s'agissant d'époux domiciliés de fait en France, et de biens probablement situés dans ce pays, la conclusion eût-elle été à peu près identique.

Il peut arriver que deux Belges se trouvant en Italie, par exemple, aient fait des conventions matrimoniales en se bornant à adopter en termes généraux la communauté légale. La communauté qu'ils ont adoptée est-elle la communauté d'acquêts, c'est-à-dire la communauté légale, telle que l'entend la loi italienne, ou la communauté établie par la loi belge? Si elles s'étaient expliquées formellement à cet égard, leurs conventions devraient être respectées. C'est en vain que M. Fiore soutient que l'autonomie des parties ne peut pas aller jusqu'à subordonner leurs conventions matrimoniales aux prescriptions d'une loi étrangère. En principe la plupart des législations, les lois belge et italienne entre autres, proclament la liberté des conventions matrimoniales. Pourquoi les parties ne pourraient-elles reproduire textuellement dans leur contrat les

dispositions qui règlent les effets de tel ou tel régime d'après une loi étrangère? Elles le pourraient sans nul doute. Et, si elles peuvent le faire d'une manière expresse, pourquoi ne pourraient-elles pas le faire implicitement, en déclarant qu'elles adoptent le régime établi par une loi étrangère? En stipulant que leur situation, quant aux biens, est établie d'après ce régime, elles stipulent simplement qu'elle sera régie par des règles semblables à celles d'une loi étrangère; mais c'est en définitive à leurs conventions matrimoniales qu'elles se soumettent. Elles se bornent à s'en référer *brevitatis causa*, pour la détermination de leurs conventions, à un document authentique qui les précise aussi bien qu'elles pourraient le faire elles-mêmes.

505. — Mais il peut arriver qu'elles n'aient pas exprimé leur volonté à cet égard, qu'elles n'aient pas dit si elles s'en référaient au régime légal italien, ou au régime légal belge. Dans ce cas il faut bien, comme le fait remarquer M. Weiss, recourir à des présomptions. D'après les uns, il faut s'attacher à la loi du lieu du contrat, d'après d'autres, à la loi du lieu où il doit produire ses effets, c'est-à-dire à celle du domicile matrimonial, à celle du lieu qui doit être le siège futur de l'association conjugale. C'est l'opinion la plus généralement admise, et M. Weiss cite en ce sens de nombreuses autorités. Mais, d'après Asser, il faut s'en rapporter à la loi nationale du mari (1). Quelque prédilection que nous ayons pour la loi nationale en général, nous pensons que cela est trop absolu. Il est à noter qu'il y a un contrat de mariage; or, dès qu'il y a un contrat de mariage, les parties rentrent dans leur liberté complète, absolue. Il ne s'agit plus que d'interpréter cette convention, ou plutôt d'en déterminer les effets : et ici l'on ne se trouve plus en présence d'une disposition impérative, aux termes de laquelle, en l'absence de contrat, elles sont censées adopter le régime de droit commun.

(1) Asser. Op. cit., p. 115. Il faut toutefois remarquer que M. Rivier se sépare ici, comme lorsqu'il s'agit de déterminer quelle est la loi applicable en cas d'absence de conventions matrimoniales, de l'opinion de M. Asser.

Il nous paraît indubitable qu'il y a lieu d'appliquer les principes généraux en ce qui concerne les effets des conventions, tels que nous les avons exposés plus haut. L'élément de la nationalité, et spécialement celui d'une nationalité commune, aura cependant plus de poids encore, lorsqu'il s'agit du contrat de mariage, que lorsqu'il s'agit d'une convention ordinaire, à cause de ses rapports étroits avec le mariage lui-même, lequel est régi quant à ses effets personnels par la loi de la nationalité, au moins en France, en Belgique, dans les Pays-Bas, en Italie, en Autriche et dans d'autres pays. Mais cet élément ne sera pas absolument décisif, si d'autres circonstances viennent combattre invinciblement son influence. Supposons que les deux Belges dont nous parlions plus haut soient domiciliés depuis longtemps en Italie, qu'ils s'y soient mariés d'après la loi italienne, que leurs biens y soient situés, qu'ils aient continué à y résider, cet ensemble de circonstances sera de nature à faire décider (à plus forte raison s'il s'agit du mariage d'un Belge avec une Italienne) qu'en stipulant le régime de communauté, ou même la communauté légale, ils ont entendu se marier sous le régime de la communauté d'acquêts, si c'est le régime normal et légal d'après le Code italien.

506. — Il est un point sur lequel la plupart des auteurs sont généralement d'accord, soit qu'ils admettent la loi du domicile, soit qu'ils admettent la loi de la nationalité comme loi régulatrice des effets du mariage quant aux biens. C'est que le régime auquel ils sont soumis à cet égard est immuable, et n'est pas à la merci d'un changement de domicile ou de nationalité. Il est évident qu'une naturalisation obtenue par le mari seul en pays étranger ne pourrait y apporter aucune modification. Quant au changement de domicile, la femme étant obligée de suivre son mari, et ce changement pouvant toujours n'être pas libre et volontaire de sa part, il en est exactement de même. Il ne peut pas dépendre de la volonté de l'une des parties, en se déplaçant ou en changeant de nationalité, de modifier les conventions matrimoniales

quant aux biens. Mais nous admettons le même principe, dans le cas où les deux époux auraient acquis simultanément et volontairement une nationalité nouvelle, dans le cas où il serait certain qu'un domicile nouveau a été acquis par la volonté commune des deux époux. Il serait trop facile d'éluder ainsi la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales établie non-seulement dans l'intérêt des époux, mais jusqu'à un certain point dans l'intérêt des tiers, bien que dans une mesure accessoire, et admise par la plupart des législations. L'intérêt des époux, celui du mariage, suffit du reste pour la justification de ce principe, et pour l'appliquer en cas de changement de nationalité même d'un commun accord. Les obsessions, les sollicitations indiscrètes et indélicates en vue d'arriver à ce résultat seraient toujours à redouter, et pourraient amener des froissements entre les époux, qu'elles aboutissent ou n'aboutissent pas.

# TITRE XIV.

## DE CERTAINES QUESTIONS RELATIVES A L'APPLICATION DE LA LOI ÉTRANGÈRE.

---

### *Section* I. — *Du pourvoi en cassation fondé sur la non application de la loi étrangère.*

507. — La Cour de Cassation de Belgique a constamment admis le principe que la fausse interprétation, la fausse application ou violation d'une loi étrangère, ne pouvait donner lieu à pourvoi; que le juge du fond interprête souverainement les lois étrangères (1). Il n'en résulte pas cependant que l'on ne puisse baser un pourvoi en cassation sur la non application d'une loi étrangère. Déjà, par un arrêt du 21 janvier 1848, la Cour de Cassation en déclarant que la violation des principes du droit des gens ne peut donner ouverture à cassation, que quand ils sont consacrés par un texte précis, avait admis implicitement que le refus d'application d'une loi étrangère, lorsqu'elle est ordonnée par un texte précis, peut donner ouverture à cassation (2). Mais le nombre des textes précis qui ordonnent d'appliquer les lois étrangères est relativement fort restreint. On pourrait même à la rigueur dénier ce caractère à l'art. 3, al. 3, du Code civil, lequel ne dispose pas en termes précis que les lois étrangères concernant l'état et la capacité, régissent les étrangers

(1) Cass. Belg., 25 février 1839. Pas. 1839, 20. — 11 mai 1855. Pas. 1855, 1, 256. — 28 juillet 1870. Pas. 1870, 1, 432. — 9 mars 1882. Pas. 1882, 1, 62. — 7 septembre 1883. Pas. 1883, 1, 338. — 23 mai 1889. Pas. 1889, 1, 229.

(2) Pas. 1848, 1, 277.

même résidant en France. Mais l'arrêt du 28 mai 1889, qui a cassé un jugement du tribunal de commerce d'Alost, parce qu'il n'avait pas eu égard au statut personnel d'un Hollandais failli, lequel avait obtenu un concordat dans son pays, prouve, à notre avis, que la Cour suprême n'irait point jusques là, et qu'elle recevrait au besoin le pourvoi fondé sur la violation d'un principe implicitement admis par le législateur belge. Il semble en résulter qu'elle recevrait également un pourvoi fondé sur la violation ouverte de la règle *locus regit actum*, implicitement admise par l'art. 47 du Code civil et par d'autres dispositions ; et c'est ce que reconnaissait un de nos éminents jurisconsultes, M. Dolez, dans sa réponse au pourvoi sur lequel est intervenu l'arrêt prémentionné du 11 mai 1855. Mais il faut, d'après les principes de la Cour, une violation de la loi belge, un refus formel d'application de la loi étrangère. L'erreur sur le sens de cette loi ne justifierait point le pourvoi.

Et cependant, ce n'est pas sans une restriction que la Cour a proclamé ces principes. Mais cette restriction est vague, et nous avouons que nous n'en saisissons pas bien la portée. Dans son arrêt de 1839, elle se bornait à déclarer le pourvoi recevable pour violation de la loi étrangère, lorsque cette violation *se combine et se confond avec celle de la loi belge*. Cela était un peu nuageux, et l'on peut se demander si la violation évidente d'une loi étrangère ne se combine pas, ne se confond pas avec la violation d'une loi belge, lorsque celle-ci ordonne de l'appliquer. Ou bien, suffit-il, pour que le juge du fond échappe à la cassation, qu'il déclare appliquer la loi étrangère, tout en lui faisant dire le contraire de ce qu'elle dit? Il faut reconnaître que ce système serait extrêmement déplorable par ses conséquences. Mais la Cour suprême a accentué sa restriction dans des arrêts subséquents, et elle y est formulée dans les termes suivants qui paraissent empruntés à des conclusions de M. le procureur-général Leclercq : « à moins que l'erreur sur le sens de la loi étrangère *ne soit la source et le principe*

*d'une violation de la loi belge* » (1). Qu'est-ce que cela peut bien signifier au juste? Est-ce que l'erreur sur le sens de la loi étrangère ne conduit pas à une violation de la loi belge, lorsque celle-ci ordonne expressément de l'appliquer? Sinon pourrait-on bien nous dire quand l'erreur sur le sens de la loi étrangère peut conduire à une violation de la loi belge? Et, puisqu'on reconnaît que la Cour de Cassation peut recevoir un pourvoi fondé sur la violation d'un principe implicitement consacré par la loi belge, tel que le principe d'après lequel l'état et la capacité d'un individu sont régis en général par sa loi nationale, pourquoi ne pourrait-elle le recevoir, lorsqu'il est fondé sur une erreur d'interprétation de la loi étrangère qui conduit à la violation d'un de ces principes? Mais alors il n'est pas vrai de dire que le juge du fond apprécie souverainement le sens de la loi étrangère, et il serait plus rationnel de subordonner ce principe à une restriction nettement conçue comme suit : à moins que l'application de la loi étrangère ne soit explicitement ou implicitement prescrite par la loi belge.

508. — Telle ne paraît cependant pas être la pensée de notre Cour suprême, à en juger d'après un argument au moins étrange invoqué par M. le procureur général Mestdagh, à l'appui du principe que la Cour ne pourrait casser une décision judiciaire pour interprétation erronée d'une loi étrangère : « Comme dans l'espèce, la loi britannique sur laquelle on se fonde n'est pas écrite, » disait-il, dans les conclusions sur lesquelles a été rendu l'arrêt prémentionné du 9 mars 1882, « comme elle se compose d'un corps de doctrine et d'opinions de jurisconsultes difficiles à saisir, jamais la Cour de Cassation ne saurait être à même de se prononcer sur l'observation plus ou moins exacte qui en aurait été faite. » L'éminent magistrat se figure-t-il que les juridictions de fond, les juridictions inférieures soient plus à même de se prononcer sur ces questions difficiles que la Cour suprême? N'ont-elles pas

(1) Arrêt du 11 mai 1855 précité.

cependant, dans certains cas, le devoir d'appliquer la loi et les coutumes légales étrangères? Et, puisqu'elles l'ont fait et ont dû le faire, pourquoi la Cour suprême serait-elle impuissante à examiner et à résoudre des questions qu'elles ont nécessairement résolues? Il nous paraît oublier au surplus que, dans la doctrine même de notre Cour suprême, elle doit se prononcer sur le vrai sens de la loi étrangère, quelque difficile qu'il soit de le pénétrer, *si l'erreur commise sur la portée de cette loi conduit à une violation de la loi belge*. Il est facile, du reste, d'imaginer des cas où l'erreur serait flagrante, par exemple si l'on s'était fondé sur un texte de loi abrogé par une loi postérieure, ou si l'on avait pris le contrepied de la loi étrangère. Il serait, nous semble-t-il, d'un formalisme presque ridicule, de soutenir que, dans un cas de ce genre, le juge belge n'aurait pas violé la loi belge, qui lui ordonne de faire application de la loi étrangère. Et l'erreur sur la loi étrangère conduit bien à la violation d'une loi belge. En est-il autrement, lorsque l'erreur n'est pas évidente *primâ facie*, lorsqu'il faut un certain travail d'interprétation pour la faire ressortir?

509. — La Cour de cassation de France semble avoir adopté un système identique à celui de notre Cour suprême, et l'on peut citer dans le même sens des arrêts de celle de Turin et du *Reichsgericht* de Leipzig (1). Mais cette opinion n'a pas été adoptée par l'unanimité de la doctrine. Et si l'on peut mentionner en faveur de cette jurisprudence Asser et Rivier, Lyon-Caen, Boitard, Colmet-Daage et Glasson (2), on peut citer en sens contraire Weiss, de Bar, Renault et Colin (3). Dans une excellente monographie qu'il a consacrée à cette question, M. Colin, professeur agrégé à la Faculté de droit de Caen, analyse avec un soin minu-

(1) Cass. fr., 25 mai 1868. Sirey, 1868, I, 365; 29 avril 1885, S. 86, I, 119. — 11 nov. 1885. S. 89, I, 70. — 26 févr. 1890. *J. de dr. int. privé*, 1890, p. 117. — Turin, 23 avril 1884. *J. de dr. int. privé*, 1886, p. 746. — *Reichsgericht* de Leipzig, 26 sept. 1883. *J. de dr. int. privé*, 1886, p. 606.

(2) Asser et Rivier. Op. cit., nº 14. — Lyon-Caen, Sir., 81. 1. 409. — Boitard, Colmet-Daage et Glasson. *Procédure*, 14e édit., T. II, nº 167, p. 152.

(3) Weiss. Op. cit., 2e édit., p. 300. — De Bar. *T. de dr. int. privé*, 1888, p. 7. — Colin. Idem, 1890, pp. 106 et 794. — Renault. *evue critique*, 1882, p. 715.

tieux la doctrine consacrée par les arrêts, et s'efforce avec succès, d'après nous, d'en démontrer l'inconsistance. Nous n'essaierons pas de refaire sa longue démonstration, et nous nous bornerons à en relever les points principaux. Il établit d'abord que, si le juge français se réfère à une autre législation, « ce n'est que sur l'ordre de la sienne, et parce qu'elle s'est approprié en quelque sorte telle ou telle règle de droit contenue dans un texte étranger ». Il est à remarquer que c'est à peu près la théorie de Wachter, renforcée peut-être. En principe, tout juge est tenu d'obéir à la loi de son pays, d'en faire l'application. Il ne peut appliquer une loi étrangère qu'en vertu de l'ordre ou de l'autorisation du législateur national. Mais, comme il n'est guère admissible que la loi laisse au juge le choix entre ses propres dispositions et celles de la loi étrangère, il semble que lorsque le juge doit appliquer celle-ci, il le fasse toujours en vertu d'un ordre exprès ou implicite du législateur national.

510. — Quels sont les arguments auxquels on peut recourir pour justifier la thèse de l'irrecevabilité du pourvoi fondé sur ce que la loi étrangère a été dénaturée, mal interprétée et partant violée? On pourrait soutenir que le juge n'est pas tenu d'appliquer la loi étrangère, et que lorsqu'il le fait, c'est par courtoisie internationale. Mais, outre que le système de la courtoisie internationale a fait son temps, on peut bien en induire un pouvoir discrétionnaire pour le législateur, mais nullement pour le juge, lorsqu'en vertu de cette courtoisie, la loi lui ordonne explicitement ou implicitement d'appliquer la loi étrangère. M. Colin réfute ce premier système par un autre argument d'une justesse également incontestable. Il en résulterait en effet que le pourvoi ne serait pas recevable, même pour refus formel d'appliquer la loi étrangère. La Cour de Cassation ne va pas jusques là, au moins en cas d'un renvoi à la loi étrangère formulé dans un texte exprès; et, après avoir vacillé pendant quelque temps, la jurisprudence a fini par admettre qu'il en est de même en cas de renvoi implicite. Mais, d'après le système qui

a prévalu en dernier lieu, on distingue entre la non-application ou le refus d'application d'une part, et la violation d'autre part. M. Colin le résume très exactement ainsi qu'il suit : « Les juridictions de jugement désobéiraient, il est vrai, à la loi française, si elles ne se reportaient pas au droit étranger, quand cela leur est expressément ou tacitement commandé. Mais tout ce que l'on peut exiger d'elles, c'est de fonder leurs décisions sur la loi étrangère. Du moment qu'elles s'y réfèrent, elles ont obéi : aucun pourvoi n'est recevable, alors même que par ignorance ou erreur, elles auraient violé cette loi. »

La distinction est fort spécieuse. Mais, comme le fait remarquer M. Colin, « elle heurte l'équité et la raison. Il est clair que violer une loi ou ne pas l'appliquer, c'est en bon sens absolument la même chose ». Il le prouve surabondamment par des exemples ; nous pouvons nous référer à ceux que nous avons donnés plus haut. Cette réponse ne nous satisfait cependant pas pleinement. Le juge du fond ne viole-t-il pas aussi la loi implicitement, lorsqu'il en fait une application inexacte, *parce qu'il se trompe manifestement en fait?* Ne peut-il pas considérer comme suffisamment prouvés par témoins des faits qui ne le sont pas, ou inversement? Et cependant le pourvoi ne sera pas recevable. Le législateur dit bien que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (1134). La fausse interprétation de ces conventions ne donne cependant pas ouverture à cassation.

Nous croyons donner à l'objection sa forme la plus spécieuse, et il ne nous paraît pas que M. Colin l'ait suffisamment rencontrée. Elle ne nous semble cependant pas irréfutable. Tout d'abord l'impuissance ou l'incompétence de la Cour de Cassation en cette matière n'est pas absolue. Et si le juge du fond avait reproduit inexactement les termes d'un acte authentique, ou même sous seing privé, sa décision pourrait être attaquée pour violation de la foi due aux actes authentiques. Il semble déjà en résulter que, si la teneur d'une loi étrangère

était prouvée par des attestations officielles, présentant dans le pays où elles sont fournies tous les caractères de l'authenticité, le juge ne pourrait, sans violer la foi due à des actes authentiques en altérer le texte même, leur faire dire le contraire de ce qu'elles disent. De plus, l'analogie que l'on prétend établir entre le cas où la loi renvoie aux conventions des parties, et proclame ainsi leur autonomie, et celui où elle renvoie à une disposition légale étrangère est trompeuse. Elle n'existerait tout au plus que s'il s'agissait de droit supplétif, c'est-à-dire de dispositions dont le seul objet serait de suppléer au silence des parties sur les effets de leurs conventions. On pourrait soutenir avec quelque raison, dans ce cas, que le juge qui interprète une loi étrangère ne fait pas autre chose qu'interpréter une clause tacitement comprise dans leurs conventions, comme il interpréterait une clause expresse. Mais il n'en est plus ainsi, lorsqu'il s'agit soit d'une loi régissant impérativement la convention, soit d'une loi relative à la forme ou au statut personnel, aux rapports de famille, etc. Dans ce cas il est bien vrai de dire que le législateur s'approprie pour ainsi dire la loi étrangère, en ordonnant implicitement ou explicitement de l'appliquer, et que toute erreur sur le sens de cette loi entraîne une violation de la loi belge. Ce n'est plus dans la soumission volontaire et libre des parties que la loi étrangère puise sa force ; elle ne s'impose pas aux parties par un effet de leurs conventions tacites ; elle puise sa force en elle-même, et cette force impérative est reconnue par la *lex fori*.

511. — Quels sont donc les autres motifs que l'on pourrait faire valoir à l'encontre de la recevabilité du pourvoi fondé sur la violation de la loi étrangère par fausse interprétation ou fausse application de celle-ci ? M. Colin rencontre l'objection consistant à dire que la loi étrangère n'a pas été publiée au Bulletin des Lois, et il répond que si elle n'y figure pas, les textes français y figurent, qui ordonnent de l'appliquer. On peut, il est vrai, objecter encore, que cela n'est pas exact dans tous les cas, que l'application obligatoire de la loi étrangère ne repose pas toujours sur

un texte formel. M. Colin réplique que la Cour de Cassation s'attribue parfaitement le pouvoir de casser pour inapplication de la loi étrangère, non-seulement lorsque l'application en est prescrite par un texte formel, mais aussi lorsqu'elle ne l'est que d'une façon implicite, et pour ainsi dire sous entendue; et « qu'on n'a jamais pensé à lui dénier toute liberté d'interprétation, toute faculté de considérer comme légales et de faire respecter comme telles, des solutions qui ne figurent qu'à l'état latent dans les textes, mais qui en découlent rationnellement. » L'observation est juste, et elle conduit, semble-t-il, à exclure toute distinction entre le cas où l'application de la loi étrangère est expressément prescrite, et celui où elle ne l'est que d'une manière implicite. Reste à savoir s'il n'y a pas lieu de faire une autre distinction dont nous avons déjà dit un mot plus haut, et sur laquelle nous aurons à revenir.

512. — M. Asser invoque un autre motif contre la recevabilité du pourvoi dans des pays « tels que la France, la Belgique et les Pays-Bas », c'est que la cassation y est destinée « à suppléer et à compléter l'unité de la législation par l'unité de la jurisprudence ». C'est, d'après lui, « l'idée fondamentale du droit français en cette matière ». Et il ajoute : « La distinction qui sert de base au recours est moins celle du fait et du droit, que plutôt celle entre l'application de la loi nationale d'une part, et tout ce qui est en dehors de la loi nationale, fait ou droit, d'autre part. » Notre auteur rencontre cette objection, et cette définition du rôle de la Cour de Cassation ne lui paraît qu'à moitié exacte. Tout en reconnaissant que la Cour de Cassation a pour mission de maintenir l'unité de la jurisprudence, il fait remarquer qu'elle n'accomplirait pas cette mission dans toute son étendue, si elle s'interdisait de critiquer l'interprétation faite des lois étrangères par la Cour d'Appel, et qu'il pourrait s'établir, dans ce cas, des divergences de jurisprudence tout à fait préjudiciables aux intérêts privés et certainement contraires au vœu du législateur. Cela est incontestable. Mais on insiste en

soutenant que la Cour de Cassation ne peut porter remède au mal, sa mission étant exclusivement de garantir l'*unité de la France*, ou de la législation française, et c'est en cela que la définition du rôle de la Cour suprême semble avoir été arbitrairement restreinte, dit M. Colin. Il fait remarquer que, dans les séances de la Constituante, où s'est élaboré le décret des 27 novembre-1er décembre 1790 instituant le Tribunal de cassation, cette idée n'a été exprimée qu'une seule fois, et par un seul orateur, Barnave. Tous les autres orateurs définissent, d'une manière bien plus générale, la mission de la Cour de Cassation, et voient en elle le *gardien suprême de la loi, le régulateur du pouvoir judiciaire, le lien des tribunaux d'appel, le pouvoir appelé à réprimer les écarts des juges*. Et il cite les discours de Barrère, de Merlin, Goupil de Prefeln, Robespierre, Clermont-Tonnerre, Chabroux et Garat. — Le texte dément-il cette impression? Non, car l'art. 3 du décret porte : « que le Tribunal de Cassation annulera toutes procédures dans lesquelles les formes auront été violées, et tout jugement qui contiendra une contravention expresse au texte de la loi ». L'art. 17 de notre loi du 4 août 1832 ne dispose pas en termes différents, sauf en ce qui concerne la cassation pour vices de formes : « Elle casse les arrêts et jugements qui contiennent quelque contravention expresse à la loi ou qui sont rendus sur des procédures dans lesquelles les formes, soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité, ont été violées. » On remarquera même que, dans sa première partie, cette formule est légèrement plus large que la formule française. La Cour de Cassation ne casse pas seulement pour contravention expresse *au texte* de la loi, mais pour contravention expresse *à la loi*. « A la loi, dit simplement le législateur, à la loi applicable à la matière, et non pas à tels et tels textes à l'exclusion des autres. » S'il avait voulu restreindre le pouvoir de la juridiction qu'il instituait, il n'eût eu qu'à s'en expliquer. Nous avouons ne rien trouver à reprendre à ce raisonnement. En vain prétendrait-on qu'il ne peut être question,

en tout cas, que de la loi nationale, que la loi étrangère n'est pas la loi aux yeux des autres Etats, que son autorité expire à la frontière. Cela n'est plus vrai lorsque le législateur renvoie expressément ou implicitement à la loi étrangère : il lui confère alors l'autorité qui lui manque à l'origine, qu'elle n'a point par elle-même. M. Colin invoque avec raison à son appui la jurisprudence allemande. Elle n'admet pas le pourvoi pour violation d'une loi civile étrangère, parce que l'art. 11 du Code de procédure civile ne le permet que pour violation *d'une loi de l'Empire*. Elle l'admet parfaitement pour violation d'une loi pénale étrangère, parce que l'art. 13 du Code de procédure pénale l'autorise en termes généraux (1).

513. — On ne saurait vraiment considérer comme sérieuse cette objection : que, si le pouvoir était recevable pour violation d'une loi étrangère, la Cour suprême pourrait être amenée à se placer en contradiction avec les autorités étrangères instituées précisément pour règler et fixer l'interprétation du droit à apprécier. Les Cours d'Appel ne sont-elles pas exposées à le faire, et au surplus, notre Cour suprême ne se ralliera-t-elle pas en fait le plus souvent à la jurisprudence des Cours étrangères, s'agissant d'une loi étrangère ? N'est-il pas vrai du reste, que, comme le fait remarquer M. Colin, si une divergence venait à se produire, il vaudrait mieux « qu'elle s'abritât, si elle était nécessaire, derrière la haute autorité de notre Cour suprême et non derrière celle d'une Cour d'Appel naturellement plus suspecte aux yeux du plaideur déçu » ? Quant à l'objection de M. Mestdagh de Ter Kiele, procureur-général près la Cour de Cassation de Belgique, fondée sur la difficulté que peut présenter pour la Cour suprême l'interprétation de la loi étrangère, alors que les Cours d'Appel l'ont interprétée et ont dû l'interpréter, nous l'avons rencontrée plus haut, et elle est beaucoup moins sérieuse encore.

514. — Nous avons vu que notre Cour suprême déclare le pourvoi recevable, lorsque l'erreur sur le sens de la loi

(1) *Revue de dr. int. privé*, 1885, p. 331.

étrangère entraîne une contravention à la loi belge, *ou lorsqu'elle est la source et le principe d'une violation de la loi belge*, et nous avons cherché à pénétrer la portée de ce principe, dont nous n'avons pas trouvé d'application dans les arrêts belges. On trouve dans la jurisprudence française une règle analogue, ou si l'on veut, une restriction analogue du principe de la non-recevabilité du pourvoi pour fausse interprétation ou violation de la loi étrangère. Mais on y trouve aussi des applications de cette restriction. Nous ne pouvons dans un traité général analyser et examiner tous les arrêts dans lesquels on les rencontre [1]. L'auteur dont nous avons étudié la savante et si complète dissertation sur la question, a fait ce travail de main de maître, et démontré, selon nous, qu'elles conduisent toutes directement à la recevabilité du pourvoi fondé sur la violation de la loi étrangère, lorsque son application est commandée par un texte exprès et formel, et qu'il en est de même de deux arrêts des Cours de Cassation de Florence et de Turin [2]. Il a démontré de plus les contradictions dans lesquelles la Cour de Cassation de France est tombée en consacrant cette distinction, qu'elle repousse en général, lorsqu'il s'agit du refus d'application de la loi étrangère, lorsque le juge du fond n'a pas seulement commis une erreur sur le sens de cette loi, mais s'est abstenu d'y recourir. On ne peut pas se dissimuler, en outre, que la jurisprudence française se rapproche de plus en plus, comme entraînée par un courant irrésistible, de la théorie préconisée par M. Colin. En voici des exemples. Un sujet français, M. de Sancy, obtient du Bey de Tunis un *Amra* ou décret de concession portant sur une certaine étendue de terrain, décret qui réservait le droit de propriété du gouvernement tunisien. La Cour d'Aix décida par interprétation de ce décret que M. de Sancy avait pu faire apport de l'intégralité de cette concession à une société, tandis que ces terrains étaient placés par leur nature hors du commerce. Cet arrêt fut annulé. Or, le juge du fond

(1) Cass., 11 décembre 1881. S. 81, 1, 265. — 12 février 1879. S. 79, 1, 123.
(2) 25 avril 1881. S. 84, 4, 24.

n'avait commis d'erreur que sur le sens d'un acte gouvernemental étranger, auquel il n'était tenu de se référer, s'agissant d'immeubles situés en pays étranger, par aucun texte formel, l'art. 3 du Code civil portant seulement que les immeubles possédés en France par des étrangers sont régis par la loi française. Dans une autre affaire, l'affaire Forgo, un arrêt de la Cour de Bordeaux ayant décidé que la succession mobilière d'un Bavarois décédé en France, où il avait établi son domicile, était régie par la loi bavaroise, cet arrêt fut cassé *pour violation de la loi bavaroise* : « Attendu qu'en décidant le contraire (en admettant les collatéraux), l'arrêt attaqué a faussement appliqué les lois bavaroises, et violé l'art. 768 du Code civil. » On pourrait répondre que dans ce cas l'erreur sur le sens de la loi étrangère conduisait à une violation de la loi française. Mais il n'y a aucun texte formel qui ordonne de recourir à la loi étrangère s'agissant de l'attribution de la succession mobilière d'un étranger. Et ici encore la distinction établie par la Cour succombe.

515. — Dès que l'on admet que la Cour suprême peut casser, dans certains cas, pour violation de la loi étrangère, dès qu'on reconnaît qu'elle peut le faire lorsque l'application de cette loi est prescrite par un texte formel, on est pris, étreint dans l'engrenage. Il est impossible de s'arrêter, et il faut aller jusqu'au bout, jusqu'à reconnaître qu'elle le peut également lorsque l'application de cette loi est commandée d'une manière implicite par le législateur national. Il est admis, en effet, que la Cour suprême peut annuler une décision, parce qu'on s'est abstenu d'appliquer la loi étrangère dans ce dernier cas comme dans le premier. Et si l'on est d'accord qu'elle le peut dans le premier pour fausse application, aussi bien que pour absence d'application, il faut concéder qu'il en est de même dans le second. Nous croyons qu'il en sera ainsi même en matière de contrats, même dans les cas où l'application de la loi étrangère ne s'imposerait que comme droit supplétif, à moins que le juge du fait interprétant souverainement la volonté des parties, d'après les circonstances du fait, n'ait décidé qu'il

n'y a pas lieu de recourir à la loi étrangère. Mais s'il décide qu'il y a lieu d'y recourir, la décision du juge du fond pourrait être cassée pour erreur sur le sens et sur la portée de cette loi, parce qu'il est permis de s'y soumettre, parce que la loi étrangère devient alors la loi régulatrice du contrat, parce que le législateur national se l'approprie pour ainsi dire. La seule objection que l'on pourrait faire, c'est que la loi étrangère devient alors une des clauses tacites de la convention. Mais la réponse nous paraît être que l'on pourrait dire la même chose des lois supplétives nationales, que les dispositions législatives étrangères n'en gardent pas moins une force impérative générale, étant édictées non pour tel contrat *in specie*, et pour telles personnes déterminées, mais pour toutes celles qui contractent dans des conditions données. Ce sont toujours des lois. Qu'importe que la soumission à ces lois dépende des conditions dans lesquelles la convention s'est formée, et qui sont indicatives de la volonté des parties? Quoi qu'il en soit, le courant des idées nous paraît conduire à une conception plus large et plus élevée des devoirs et de la mission de la Cour de Cassation en cette matière; et Laurent, qui n'accepte pas le système auquel nous nous sommes rallié au point de vue du droit positif, le considère comme préférable au point de vue de la théorie.

*Section* II. — *Lorsqu'il y a lieu d'appliquer une loi étrangère, elle doit être appliquée même d'office.*

516. — Comme le fait observer avec raison M. Asser : « l'office du juge est de juger chaque procès selon le droit qui le régit ». En pareille matière, il ne saurait y avoir, en principe, rien de facultatif. L'application de telle ou telle loi ne saurait dépendre de l'arbitraire des tribunaux, ni du caprice des parties. Quand même celles-ci n'invoqueraient point la loi étrangère, que le juge estime applicable au différend, le juge doit baser sa décision sur cette loi. Telle est certainement l'opinion dominante et

de plus en plus dominante actuellement. De Bar[1], qui s'y rallie, fait observer que l'on doit ranger parmi ses partisans tous ceux qui, ainsi que Savigny, Mittermaier, Scuffert et Unger, envisagent et traitent le droit étranger comme une espèce de droit coutumier. C'était déjà l'opinion de Waechter[2], et elle a été admise également par Laurent[3]. Lorsque le juge applique la loi étrangère, il le fait en réalité en vertu de certaines dispositions expresses ou implicites de la *lex fori*. C'est la *lex fori* qui le renvoie à la loi étrangère. Il n'est pas au pouvoir des parties de lui imposer l'application de la loi locale, même par des conclusions formelles, et moins encore par leur silence. L'application de la loi étrangère ou de la *lex fori* ne peut dépendre de leur caprice. Un auteur cité par de Bar[4] est d'avis que l'application de la loi étrangère est une faculté, et non une obligation pour le juge. Mais cette opinion qui n'a guères rencontré de partisans est en contradiction avec la notion vraie de la mission du juge. Elle lui attribue un pouvoir arbitaire, en l'élevant, dans une certaine mesure, au rang de législateur, tandis que sa mission sociale se borne à dire le droit, c'est-à-dire à déterminer, dans chaque cas particulier, quelle est la loi qui doit être appliquée, et à en faire l'application. Lui permettre, dans des circonstances identiques, de choisir arbitrairement entre deux lois différentes, c'est lui permettre de faire la loi, d'empiéter sur une fonction du législateur, c'est laisser les particuliers dans l'ignorance de la loi qui pourra être appliquée à leurs rapports juridiques, au grand dommage de la sûreté de ces rapports, de la bonne administration de la justice, et de la bonne foi.

517. — Nous disons qu'il ne peut dépendre de la volonté des parties de se soumettre à telle ou telle loi, de manière que le juge soit obligé de se conformer à leur

(1) Op. cit., T. I, p. 133.
(3) Op. cit., T. 1. p. 310.
(2) Laurent. Op. cit., T. II, nº 262.
(4) Kori. *Erörterungen*, 3, p. 29.

volonté. Il faut s'entendre cependant. Lorsqu'il s'agit de pur droit supplétif, de dispositions légales qui ne font que suppléer aux lacunes des conventions des parties, en prévoyant des éventualités qu'elles n'ont pas prévues, ou dont elles les dispensent de s'occuper, la question de savoir quelle est la loi applicable dépend certainement de leur volonté originaire. Et lorsqu'elles déclarent devant le juge accepter telle loi déterminée comme règle de leurs conventions, nous ne comprendrions pas que le juge fût obligé de leur appliquer une loi différente, par exemple celle de leur nationalité commune, ou du lieu du contrat, plutôt que celle du lieu de l'exécution. Il nous semble qu'ici encore leur autonomie doit être respectée. Or, si elles concluent formellement à l'application de la *lex fori*, on y doit voir la manifestation de leur volonté commune, et il ne serait pas permis au juge de leur appliquer d'office une loi étrangère. Mais il n'en résulte aucune exception au principe. Car alors la seule loi vraiment applicable aux rapports juridiques des parties est précisément celle dont elles réclament de commun accord l'application. On ne pourrait voir cependant, dans le seul fait qu'une partie ne se serait pas prévalue expressément d'une loi autre que celle dont il lui a été fait application, l'expression assez formelle de ce consentement; et la Cour de Cassation de Lubeck a décidé à bon droit, comme l'observe de Bar, que si elle a négligé d'invoquer cette loi, c'est tout simplement par erreur ou ignorance[1].

De Bar fait cependant une concession aux partisans de l'opinion contraire. Lorsque les conclusions des parties sont basées sur la *lex fori*, et si le juge ne sait pas avec certitude que, d'après le droit étranger sur lequel la décision devrait être basée suivant la rigueur des principes, la demande serait dépourvue de fondement, il peut présumer que la loi étrangère est d'accord avec la loi locale sur la question litigieuse, et négliger, dans son jugement, comme indifférente, la question de savoir s'il y a lieu

(1) 30 janvier 1880, cité par de Bar. Op. cit., T. I, p. 134.

d'appliquer la loi étrangère, et quelle loi étrangère. De Bar cite à l'appui de son opinion un grand nombre de décisions allemandes (1), et fait observer que bien des règles de droit ne contiennent que des dispositions fondées sur la nature des choses, et se rencontrent en conséquence dans les législations de la plupart des peuples d'une civilisation analogue, que cet accord peut donc être présumé par le juge, lorsque les conclusions des parties sont conformes à la *lex fori*, et lorsque d'ailleurs on n'a point invoqué la loi étrangère. Cette restriction du principe, d'après lequel il y a lieu d'appliquer même d'office la loi étrangère, nous paraît prudente et sage. Elle est conforme à la pratique anglaise, et se justifie par des considérations d'utilité pratique. Elle ne constitue, au surplus, qu'une dérogation apparente au principe. En appliquant, en pareil cas, la *lex fori*, le juge applique en réalité les principes qu'il peut avec raison considérer comme consacrés par la loi étrangère.

518. — Puisque la loi étrangère peut et doit être appliquée même d'office, il s'en suit que les parties peuvent s'en prévaloir dans toutes les phases de la procédure, même devant la Cour de Cassation. « Peu importe ici » dit M. Asser, « que le pouvoir du juge soit limité ou non, aux moyens que les parties font valoir. » Il veut dire, sans doute, que, si la *lex fori* prescrit aux parties de faire valoir leurs moyens, et défend au juge de baser sa décision sur des moyens non invoqués, il n'y a pas lieu d'avoir égard à cette défense, s'agissant de l'application d'une loi étrangère, puisqu'il ne faut pas appliquer la *lex fori* mais bien la loi étrangère. En principe, cela nous paraît rationnel. Mais, s'il s'agissait cependant d'une loi de procédure, ne faudrait-il pas appliquer la loi du for? Nous opinons pour l'affirmative, et telle est peut-être la pensée de M. Asser, car il prévoit plus loin la possibilité que le juge ne soit autorisé à tenir compte que des moyens *proposés* par les parties, ce qui peut être le cas en matière

(1) Op. cit., T. I, p. 135, notes 10 et 11.

de prescription ; et il se borne à dire que le juge doit toujours examiner et apprécier ces moyens conformément au droit *qu'il estime applicable*. Ceci est incontestable mais manque un peu de précision, et ne fournit pas la solution d'une question soulevée par de Bar. Il suppose qu'il s'agisse d'une véritable exception, dont les bases sont déterminées par la loi étrangère. Cette exception doit, comme les autres, être proposée préalablement, et l'on n'aura pas égard au moyen de nullité fondé sur ce que la loi étrangère n'a point été appliquée, lorsque la partie intéressée a négligé de proposer l'exception fondée sur cette loi, dans les instances inférieures (1). Ces questions présentent cependant de grandes difficultés, mais nous estimons que cette solution est exacte, parce que la loi qui ordonne, par exemple, de proposer les exceptions proprement dites *in limine litis* est une loi touchant aux formes de la procédure ; et il est de règle qu'en matière de procédure proprement dite, c'est-à-dire s'agissant des formes de la procédure, l'observation de la *lex fori* s'impose. Mais la *base* du moyen, par exemple s'il s'agit de la prescription, ne doit pas être appréciée nécessairement et dans tous les cas d'après la *lex fori*. Il faut examiner dans chaque espèce particulière quelle est la loi qui la régit.

### *Section* III. — *De la preuve des lois étrangères.*

519. — La preuve des lois étrangères n'incombe pas nécessairement à celui qui s'en prévaut, et l'on ne peut appliquer en cette matière la maxime : *Actor probat actionem, le demandeur doit prouver le fondement de son action*, laquelle signifie simplement que celui qui réclame un droit doit établir les circonstances de fait sur lesquelles se base sa prétention. La loi étrangère, dès qu'elle est reconnue applicable, n'est pas un simple fait, comme le remarque à bon droit Laurent ; elle n'est pas plus un pur

(1) De Bar. Op. cit., T. I, p. 136. Il cite en ce sens Goldschmidt, *Handelsrecht*, § 38, obs. 18.

fait que la *lex fori* (1). Le législateur en admettant l'applicabilité de la loi étrangère se l'approprie pour ainsi dire, et consacre sa force légale dans le territoire pour lequel il légifère. Il ne serait pas plus juste, pas plus raisonnable, en principe, d'imposer à celui qui l'invoque, l'obligation d'en subministrer la preuve, que de lui imposer la charge de prouver la teneur et la portée de la loi nationale. Le juge a le droit de vérifier par lui-même cet élément du fondement de la réclamation. Il a le droit de fonder sa décision sur la connaissance personnelle qu'il peut en avoir acquise, et même sur la notoriété. Il serait absurde qu'il obligeât la partie à rapporter la preuve du principe qu'elle invoque, comme consacré par la loi étrangère, si le fait qu'il en est ainsi est notoire, généralement connu, et connu des magistrats eux-mêmes, devant lesquels on l'allègue.

On ne peut cependant appliquer en cette matière le principe *Jura novit Curia* d'une manière absolue. La raison et la nature des choses s'y opposent. Il est impossible d'exiger des juges qu'ils connaissent la teneur exacte des lois étrangères. On s'explique donc qu'en vertu non pas d'un principe absolu, mais d'une espèce de nécessité de fait (*Nothbehilf*) (2), d'une assistance nécessaire, les parties aient à prêter leur concours au juge pour lui éviter des peines et des recherches excessives. Mais il ne faut pas en conclure que le juge soit dispensé pour cela de tout effort personnel, pour s'assurer de la teneur des lois étrangères, ni qu'il lui soit interdit de mettre à profit les résultats de ses propres investigations, aussi bien que ceux des investigations de la partie intéressée, et nous approuvons fort l'observation de M. de Bar : que les termes et délais fixés ne sauraient être de rigueur et absolument péremptoires en pareille matière, pas plus que lorsqu'il s'agit de prouver un droit coutumier intérieur (3).

(1) Laurent. Op. cit., T. II, nº 269.
(2) De Bar. Op. cit., T. I, p. 136.
(3) De Bar. Op. cit., T. I, p. 137. Il cite en note un arrêt de la Cour d'Appel supérieure de Lubeck du 23 octobre 1868.

520. — Les moyens de preuve auxquels le juge peut avoir recours ne sont évidemment pas limités, et il peut puiser sa conviction là où il le juge convenable, même dans la notoriété, puisqu'il peut baser son jugement sur sa connaissance personnelle de la loi à appliquer. Il est incontestable toutefois que les moyens de preuve les plus appropriés, les plus sûrs, consistent dans le témoignage ou dans des attestations de tribunaux étrangers, ou de jurisconsultes éminents du pays dont la loi est invoquée. La connaissance du texte de la loi, lors même qu'il s'agirait d'une loi proprement dite, officiellement publiée, ne suffit pas, car elle peut donner lieu à des difficultés d'interprétation, et le juge saisi du litige n'a pas à sa disposition tous les éléments nécessaires pour les résoudre. Il se peut que la loi étrangère ait reçu d'une façon constante une interprétation en désaccord apparent avec le texte, mais justifiée peut-être par les travaux préparatoires et par la tradition juridique. Il se peut qu'il s'agisse d'un simple droit coutumier étranger. Des enquêtes supplémentaires sont alors indispensables. M. Pierantoni, professeur à l'Université de Rome et membre du Sénat italien, insiste en outre, dans une brochure publiée en 1883(1), sur les dangers pouvant provenir de la traduction inexacte d'actes étrangers. On ne devrait pas recourir pour la traduction des lois étrangères à des personnes qui n'ont aucune connaissance du droit qu'elles règlent, moins encore à celles qui ne connaissent rien du droit en général.

521. — Ces difficultés inspirèrent à l'Institut de droit international l'idée de proposer la constitution d'un comité international permanent, pour faciliter aux gouvernements et aux citoyens de chaque pays la connaissance des lois étrangères actuellement en vigueur: Dans la session de Bruxelles, en 1885, il émit un vœu en ce sens, sur les propositions de MM. Norsa et Pierantoni, modifiées par M. Asser. Mais, dans la session de Heidel-

(1) *Della prova delle leggi stranieri nei giudizii civili.*

berg, en 1887, l'Institut revint sur cette décision, et condamna formellement l'idée d'un comité international chargé de centraliser, de conserver et de classer systématiquement les lois étrangères[1]. Il lui parut plus simple, et de nature à éviter des lenteurs, des complications et des frais inutiles, que les gouvernements prissent l'engagement de se communiquer réciproquement les lois qui sont en vigueur « et qui seront promulguées ultérieurement dans leurs Etats respectifs ». Il ne s'agit en somme que d'une question d'opportunité et d'utilité, et les mesures proposées successivement par l'Institut de droit international tendent absolument au même but. Nous croyons que celles définitivement adoptées à Heidelberg, ne seront pas sans intérêt pour le lecteur, et nous les reproduisons ci-dessous[2].

522. — De Bar pense que l'on ne peut admettre comme preuves les éléments dont la force probante ne repose que sur le consentement commun des parties, et il exclut en conséquence l'aveu et la délation de serment, à moins qu'ils ne portent sur des faits de nature à démontrer l'existence d'un droit coutumier étranger. L'admission de ce genre de moyens de preuve pourrait contraindre, le cas échéant, le juge à juger contrairement à sa conviction,

(1) *Annuaire*, T. IX, p. 305.

(2) L'Institut émet les vœux suivants :

1° Que les gouvernements s'engagent à se communiquer les lois qui sont en vigueur, et qui seront promulguées ultérieurement dans leurs Etats respectifs, conformément à ce qui suit :

2° Que parmi les lois à communiquer, on comprenne principalement :

*a*) Les Codes, les lois et les règlements qui concernent le droit civil et commercial, le droit pénal, la procédure civile et pénale, y compris ceux qui regardent la faillite ou le concours des créanciers, et l'organisation judiciaire;

*b*) Les lois et les règlements qui se rapportent au droit administratif et public intérieur, quand ils auront un intérêt général pour les Etats ou pour les citoyens des diverses nations;

*c*) Les traités, les conventions et les accords internationaux, ou les dispositions y contenues, concernant les rapports de droit civil ou d'intérêt économique;

*d*) Les lois et les règlements édictés par suite des dits accords internationaux, de quelque forme qu'ils soient, ou traités d'union avec divers Etats, ou conventions internationales spéciales avec l'un d'eux.

3° Que, dans chaque Etat, ces divers documents soient réunis dans un dépôt central accessible au public.

d'après des lois qui n'existeraient même pas. L'observation est exacte, en ce sens que l'aveu, la délation du serment et l'accord des parties, quant à l'existence et à la portée d'une loi étrangère, ne peuvent avoir pour effet de lier le juge, d'enchaîner sa liberté d'appréciation. Mais, comme le savant auteur le reconnaît en note, si le juge n'est pas obligé d'accepter ces moyens de preuve, il peut le faire, quand en réalité ils forment sa conviction. Il résulte du § 410 de l'ordonnance de procédure civile allemande que la délation directe du serment sur l'existence d'une loi étrangère est interdite. Mais on pourrait admettre une délation de serment faite par une partie sur des actes de son adversaire, ou par des personnes dont il est l'ayant droit, lorsque la preuve de ces actes tend à établir un droit coutumier existant en pays étranger (1).

Peut-être y aurait-il lieu ici encore de faire une distinction. Lorsqu'il s'agit d'une loi étrangère, qui s'impose aux parties, et dont l'applicabilité ne dépend, en aucune façon, de leur volonté commune, il semble qu'il faille se montrer très réservé dans l'admission d'un mode de preuve de ce genre. Mais, lorsqu'il s'agit de droit supplétif, le juge pourrait sans inconvénient se montrer beaucoup plus large. La question dominante est, dans ce cas, de savoir ce que les parties ont voulu, et si cette question ne peut être résolue, ce qu'elles auraient dû rationnellement vouloir. Si les parties sont d'accord sur le point de savoir à quelle loi elles se sont soumises, et sur la portée de cette loi, elles n'ont qu'à s'en prendre à elles-mêmes des conséquences que le juge en déduit. On ne s'expose pas tout au moins à commettre une injustice vis-à-vis d'elles, en leur appliquant la loi étrangère qu'elles ont elles-mêmes déclarée applicable au différend, avec le sens qu'elles lui attribuent. Ajoutons qu'en fait, il est bien difficilement admissible que les parties s'accordent pour reconnaître l'existence et la portée d'une loi étrangère, si cette existence et cette portée ne sont point constantes. Le juge, en présumant la

(1) De Bar. Op. cit., 1, p. 138, et Seuffert. *Commentar zur deutschen Civil processordnung*, § 265.

vérité de leurs déclarations communes, abrégera et simplifiera sa tâche, et réalisera probablement ainsi le but dans lequel les parties auront fait une déclaration de cœ genre.

FIN DU PREMIER VOLUME.

# Table des matières du premier volume.

## INTRODUCTION.


| | Pages. |
|---|---|
| CHAPITRE Ier. — Notions générales | 1 |
| § 1. Objet et définition du droit international privé | 3 |
| § 2. Droit international privé théorique, et droit positif. — Droit général, et droit spécial | 13 |
| § 3. Droit international pénal | 16 |
| CHAPITRE II. — Aperçu historique | 21 |
| § 1. L'antiquité | 22 |
| § 2. La Grèce et Rome | 24 |
| § 3. Les Germains | 32 |
| § 4. Période de transition et période féodale | 40 |
| § 5. Les Postglossateurs | 54 |
| § 6. La doctrine statutaire | 67 |
| § 7. Les doctrines modernes | 89 |


## PREMIÈRE PARTIE.

## Principes généraux du droit international privé.

### TITRE Ier. — *Fondement du droit international privé.*


| | | |
|---|---|---|
| N° | 1. — La doctrine de la courtoisie est délaissée | 131 |
| | 2. — On reproche à tort à Savigny de l'avoir admise | 132 |
| | 3. — Fondement véritable de ce droit | 133 |

PAGES.

Nº 4 — Réponse aux objections . . . . . 134
5. — Autre objection et réponse . . . . . 135
6. — La réponse doit être complétée . . . . . 135
7. — Objection tirée du défaut de sanction . . . . . 137
8. — Sources du droit international privé . . . . . 137

TITRE II. — *De la condition des étrangers.*

SECTION Ie. — EN THÉORIE.

9. — Assimilation quant aux droits civils, aux citoyens, mais non quant aux droits politiques et civiques . . . . . 139
10. — Ils sont assimilés aux citoyens quant aux droits publics, ou droits de l'homme . . . . . 140

SECTION II. — DE LA CONDITION DES ÉTRANGERS ORDINAIRES EN DROIT POSITIF ET SPÉCIALEMENT EN DROIT POSITIF BELGE.

§ I. — *Droits civiques et politiques.*

11. — Exclusion en Belgique. . . . . 141

§ II. — *Droits publics.*

12. — Différences existant à cet égard entre l'étranger et le Belge, en Belgique. . . . . 144
13. — Leurs droits ne peuvent être restreints par un simple arrêté royal . . . . . 145
14. — Extradition et expulsion . . . . . 147
15. — Situation de l'étranger en général . . . . . 148

SECTION III. — DES DROITS PRIVÉS OU DROITS CIVILS.

§ I. — *En Belgique et en France.*

16. — Principe général quant aux droits civils de l'étranger en Belgique et en France. . . . . 150
17. — Abolition du droit d'aubaine etc. . . . . 151
18. — Droits civils qu'on ne reconnaît pas aux étrangers . . . 152
19. — Autres droits qu'on doit leur refuser en Belgique . . . 154

SECTION IV. — DROITS CIVILS DES ÉTRANGERS DANS D'AUTRES PAYS.

20. — Tendance générale. Leurs droits en Angleterre. . . . 156
21. — Aux Etats-Unis . . . . . 158
22 — En France . . . . . 159
23. — En Allemagne . . . . . 159
24. — En Autriche-Hongrie, en Serbie . . . . . 161
25. — En Italie, en Espagne, dans les Pays-Bas, en Portugal, en Roumanie . . . . . 162
26. — En Russie . . . . . 163

SECTION V. — DES PERSONNES MORALES ÉTRANGÈRES.

§ I. — *En théorie.*

PAGES.

Nº 27. — Principe général. . . . . 164
28. — Des personnes juridiques nécessaires, ou personnes publiques étrangères . . . . . 166

§ II. — *Leur situation en Belgique.*

29. — Des Etats étrangers, et de leurs subdivisions ou fractionnements. . . . . 167
30. — Jurisprudence belge en ce qui les concerne. . . . . 169
31. — Des personnes morales privées, et spécialement des sociétés commerciales étrangères. Dissentiment avec Laurent . 170
32. — Sociétés étrangères formées pour l'exploitation des mines. Dissentiment avec M. Guillery . . . . . 172
33. — Condition nécessaire pour que les sociétés commerciales étrangères aient la personnification civile. . . . . 173

§ III. — *Situation des personnes juridiques étrangères dans les autres pays.*

34. — En Angleterre et dans les Etats-Unis . . . . . 174
35. — Suite . . . . . 176
36. — En France . . . . . 177
37. — Dans l'empire Allemand, en Autriche, en Espagne, etc. 178
38. — En Roumanie et en Russie . . . . . 181

SECTION VI. — DES ÉTRANGERS PRIVILÉGIÉS.

§ I. — *Observations générales.*

39. — Sources du privilège. Théorie de l'incolat . . . . . 182

§ II. — *Des étrangers autorisés à établir leur domicile en Belgique.*

40. — Condition du privilège. . . . . 183
41. — L'autorisation ne doit pas être expresse. . . . . 185
42. — En quoi consiste le privilège . . . . . 185
43. — Situation de ces étrangers en ce qui concerne le droit de succession. Ils ne subissent pas le prélèvement . . . 186
44. — Ils ne peuvent l'exiger. . . . . 187

§ III. — *Des étrangers prévilégiés en vertu des traités.*

45. — Leurs droits sont variables . . . . . 188
46. — Il ne faut pas distinguer entre les traités et les conventions ou les déclarations internationales . . . . . 188
47. — Objets divers des traités. Traités *d'amitié, de commerce et de navigation ;* traités *d'établissement* . . . . . 189
48. — Conventions *consulaires* ; traités *de commerce, et de navigation* . . . . . 190

PAGES.

N° 49. — Traités de *commerce*, et traités de *navigation* . . . . . 190
50. — Conventions plus spéciales quant à leur objet : Berne, Paris etc. . . . . 191
51. — Conventions sur le droit de succéder des étrangers. Elles subsistent en général . . . . . 192
52. — Leur effet quant au droit de prélèvement . . . . . 193
53. — Suite . . . . . 194

§ IV. — *De certains étrangers privilégié à raison de leur qualité.*

54. — Observations générales . . . . . 195
55. — Critique de la fiction de l'exterritorialité . . . . . 196
56. — Fondement du privilège . . . . . 197
57. — Inconvénient de la fiction . . . . . 197
58. — Division de la matière . . . . . 198

**N° 1. — Des souverains étrangers.**

A. INVIOLABILITÉ.

59. — Usages internationaux . . . . . 198
60. — Différence avec les agents diplomatiques . . . . . 200
61. — Conséquences de l'inviolabilité . . . . . 200
62. — Restrictions quant à la demeure du souverain étranger . 202
63. — Exclusion du privilège quant aux immeubles ne servant pas à son habitation . . . . . 204

B. IMMUNITÉS DE JURIDICTION.

64. — Il faut faire abstraction ici de celles dont il jouit toujours quel que soit le lieu, ou il se trouve. Ces immunités ont été exagérées. . . . . 205
65. — Tendance de la jurisprudence à ces exagérations. Distinctions . . . . . 208
66. — Opinions de Bluntschli, de Phillimore . . . . . 209
67. — La fiction de l'exterritorialité ne peut d'ailleurs produire plus d'effet que l'exterritorialité réelle . . . . . 211
68. — Résolutions de l'Institut. Il admet des distinctions importantes et rationnelles . . . . . 212
69. — Réponse à l'objection tirée de l'indépendance respective des Etats, et examen de diverses difficultés ; emprunts d'Etats etc. . . . . 215
70. — Actes accomplis *jure imperii*, et *jure gestionis* . . . . . 219

C. EXEMPTIONS D'IMPOTS.

71. — Usages suivis dans divers pays, en Belgique et en France spécialement . . . . . 220

**N° 2. — Des agents diplomatiques.**

PAGES.

N° 72. — Observations générales . . . . . 221

A. INVIOLABILITÉ.

73. — Le privilège est plus ancien, et plus justifié encore que quant aux souverains . . . . . 221

B. IMMUNITÉS DE JURIDICTION.

74. — On les admet généralement en principe même en matière civile. La question est douteuse au point de vue du droit positif . . . . . 222
75. — Il serait rationnel de les restreindre . . . . . 224
76. — Opinion prédominante, et résolutions de l'Institut. . . 225
77. — En théorie il faudrait distinguer nettement entre le droit d'action et les mesures d'exécution . . . . . 226
78. — L'extension de l'immunité est inutile et nuisible. . . . 227
79. — Appréciation d'un précédent historique . . . . . 228

C. EXEMPTIONS DES IMPOSITIONS.

80. — L'exemption n'est pas complète. — Règles et usages suivis en Belgique et en France . . . . . 229
81. — Raison d'être et limites naturelles de l'exemption . . . . 231

**N° 3. — Des consuls.**

82. — Immunités beaucoup plus restreintes variables suivant les pays et les traités . . . . . 231
83. — Immunités consacrées par quelques traités belges . . . 233

## TITRE III. — *De la loi qui régit l'état, la capacité et les rapports de famille.*

84. — Plan de cette étude . . . . . 235
85. — La règle résulte de l'art. 3. du Code civil . . . . . 235
86. — Les travaux préparatoires prouvent que le Code a aussi maintenu la distinction des statuts personnel et réel. . 236
87. — La loi nationale régit par voie de conséquence les droits et rapports de famille . . . . . 237
88. — Accord entre les auteurs . . . . . 236
89. — Divergences quant aux conséquences. Système arbitraire de la jurisprudence française . . . . . 238
90. — Critique de ce système au point de vue du droit positif. . 239
91. — Affaire Lizardi. Examen critique . . . . . 240
92. — La jurisprudence française s'est rapprochée des vrais principes par des décisions plus récentes. . . . . 242

PAGES.

N° 93. — Suite. Argument de l'art. 1307 du Code civil . . . . . 244
94. — L'avant-projet de la commission belge, et l'Institut appliquent d'une manière absolue la loi nationale . . . 245
95. — La jurisprudence belge, après avoir vacillé, s'est ralliée à l'application de la loi nationale . . . . . 246
96. — Elle l'a fait par application de l'art. 3 du Code civil . . 248
97. — L'application de la loi personnelle aux droits de famille en est la conséquence et est presque universellement admise. . . . . 248
98. — On s'attachait autrefois et l'on s'attache encore dans certains pays à la loi du domicile . . . . . 250
99. — Motifs que l'on fait valoir pour la loi nationale et pour la loi du domicile . . . . . 251
100. — Motifs pour lesquels il faut préférer la loi nationale . . 252
101. — Cas où la nationalité est inconnue. . . . . 254
102. — Application subsidiaire de la loi du domicile . . . . . 255
103. — Cas d'absence de nationalité. Loi du domicile . . . . . 256
104. — Cas de double nationalité. Distinction . . . . . 257
105. — Cas où la loi nationale prescrit l'application de la loi du domicile . . . . . 258
106. — Capacité à l'effet d'aliéner des immeubles. Loi nationale. 259
107. — Distinction entre la capacité de droit et la capacité d'agir 261
108. — En théorie il serait peut-être sage d'admettre des exceptions, quant à certaines incapacités particulières . . . 262
109. — Elles ne sauraient être admises dans notre droit positif, mais le sont par plusieurs législations étrangères. . . . 263
110. — De la capacité d'acquérir et de posséder des immeubles . 265
111. — Il est impossible d'appliquer ici uniformément la loi nationale . . . . . 266
112. — Des motifs d'ordre public en excluent l'application dans ce cas . . . . . 268
113. — Savigny applique en général la loi personnelle même quant à l'incapacité de droit. Weiss distingue entre les incapacités résultant de l'âge ou d'une infériorité intellectuelle, et celles résultant de condamnations pénales etc. Critique de cette distinction . . . . . 268
114. — Des effets d'un jugement civil étranger relatif à la capacité . . . . . 269
115. — Effets des jugements en matière répressive . . . . . 271
116. — Suite. . . . . 273
117. — Cas où la famille n'est pas homogène . . . . . 275

# TITRE IV. — *De l'ordre public.*

PAGES.

N° 118. — Difficulté de trouver une formule satisfaisante. Vices de diverses définitions . . . . . 276
119. — Comparaison de la formule de la commission belge, avec celle de l'Institut de droit international . . . . . 277
120. — Ordre public touchant à la capacité et à l'organisation de la famille . . . . . 278
121. — Ordre public national ou international, particulier ou universel, relatif ou absolu, général ou spécial. Critique de plusieurs de ces termes . . . . . 279
122. — Formule de Laurent : lois relatives aux droits de la société. Critique . . . . . 279
123. — Critique de la formule de M. de Bar . . . . . 280
124. — Mais il fait ici une distinction très juste . . . . . 281
125. — Application de la distinction en matière d'esclavage . . 282
126. — Idem en matière de polygamie. . . . . 283
127. — De l'exception de jeu. Système rigoureux de Laurent . 284
128. — Système de Savigny : loi du for . . . . . 285
129. — Système de M. De Bar . . . . . 285
130. — Opinon de MM. Asser et Rivier. Critique de cette opinion et de l'opinion générale . . . . . 287
131. — L'exception de jeu non établie par la loi du for ne doit pas être nécessairement accueillie par cela seul que la *lex loci actus* l'admet. . . . . 288
132. — Examen de la législation positive sur l'inapplicabilité de la loi étrangère par suite de lois d'ordre public . . 290
133. — Portée de l'art. 3, al. 1, Code civil comparé à l'art. 3 du Code pénal . . . . . 291
134. — Erreur de Laurent. Ce qu'il faut entendre par lois de police . . . . . 292
135. — Actes des étrangers en pays étranger . . . . . 293
136. — Effets de ces actes dans notre pays si ces effets ne sont pas en eux-mêmes contraires à nos lois . . . . . 294
137. — Exemples. Prohibitions de mariage . . . . . 296
138. — Incapacités non reconnues par notre ordre public . . . 298
139. — Actes accomplis en pays étranger et contraires à nos lois. 299
140. — Actes accomplis en pays étranger en violation de l'ordre public étranger. . . . . 301
141. — Incapacité quant aux droits patrimoniaux non reconnue par notre ordre public . . . . . 302

PAGES.

N° 142. — Spécialement en ce qui concerne les Belges . . . . . 303
143. — Contrebande. Distinction . . . . . 304
144. — Controverse à ce sujet . . . . . 306
145. — Pactes sur succession future . . . . . 307
146. — Formule de M. de Bar. Observations critiques. Distinction. 308
147. — Devoirs réciproques des Etats quant aux lois d'intérêt social moral . . . . . 310
148. — Leurs devoirs respectifs quant aux lois d'intérêt social économique . . . . . 311
149. — Force extensive des lois d'ordre public. . . . . 312
150. — Système de M. Antonio De Bustamente. . . . . 313
151. — L'ordre public ne s'oppose pas à l'application de la loi du domicile en vertu de la loi nationale étrangère . . . 315
152. — De quelques autres lois se rattachant à l'ordre public. . 318

TITRE V. — *De la loi qui régit les biens*

153. — Propositions générales . . . . . 321
154. — Portée de l'art. 3, al. 2, C. civ. Erreur de Laurent. . . 321
155. — Observations générales sur la distinction entre les meubles et les immeubles. . . . . 322
156. — La distinction n'avait plus guère d'importance, dans le dernier état de l'ancien droit, que relativement au droit successoral . . . . . 323
157. — Elle semble avoir été maintenue sous ce rapport . . . 326
158. — Mais elle est fausse au point de vue de la théorie . . . 327
159. — La distinction n'a point été maintenue sous d'autres rapports . . . . . 328
160. — Portée de la maxime ancienne : *mobilia sequuntur personam* . . . . . 330
161. — La distinction est condamnée par la doctrine étrangère. 332
162. — Question relative au droit de gage . . . . . 333
163. — L'application de la maxime *mobilia sequuntur* etc... conduit à appliquer encore aujourd'hui la loi du domicile et non la loi nationale à la succession mobilière . . . 334
164. — Conclusion . . . . . 336

TITRE VI. — *De la forme des actes et de la règle locus regit actum.*

§ I. — *Observations générales.*

165. — Ancienneté de la règle. Conflit avec la *lex situs*. Motifs invoqués . . . . . 338

PAGES.

N° 166. — Elle n'est point affirmée d'une manière générale, mais implicitement admise par le Code . . . . . 343
167. — Applications plus ou moins complètes de la règle . . . 344
168. — Certaines lois étrangères la consacrent expressément. Exceptions . . . . . 346
169. — Il n'y a pas accord sur sa portée exacte. Dispositions de divers projets . . . . . 348
170. — Des motifs que l'on peut invoquer pour la justifier. . . 351
171. — Ces motifs sont insuffisants pour dispenser de toutes formes les actes pour lesquels des formes solennelles sont exigées . . . . . 353

§ II. — *1re Observation. — La maxime ne concerne que les formes extrinsèques.*

172. — Elle ne concerne pas les conditions de validité substantielle, etc. . . . . 357
173. — Le lieu de l'acte peut ne pas être indifférent au point de vue de la validité substantielle . . . . . 358
174. — Elle ne concerne pas les formes habilitantes . . . . . 358

§ III. — *2e Observation — La règle s'applique aux actes sous seing privé.*

175. — Elle est presque universellement admise même pour ces actes, mais moins justifiée et moins ancienne . . . . 359
176. — La doctrine et la jurisprudence sont presque unanimes. 360

§ IV. — *3e Observation. — La règle locus regit actum n'est pas facultative, etc.*

177. — La règle, facultative dans le principe, est devenue plus tard impérative. . . . . 361
178. — Son caractère impératif est presque universellement reconnu dans certains cas . . . . . 363
179. — Dans d'autres, les auteurs se prononcent en majorité pour son caractère facultatif . . . . . 364
180. — Il est rationnel de ne la considérer que comme facultative pour les actes sous seing privé. . . . . 366

§ V. — *4e Observation. — La règle ne s'applique pas aux formes prescrites dans l'intérêt des tiers.*

181. — Unanimité des auteurs, et motifs de cette restriction. . 368
182. — Des formes requises pour la transmission des droits réels entre parties. . . . . 368
183. — Du cas où elle ne s'opère pas en vertu d'une convention. 370

PAGES.

N° 184. — Difficultés particulières en ce qui touche les transmissions de droits réels sur des choses mobilières. Opinion de M. de Bar. . . . . 370
185. — Critique de sa solution . . . . . 371

§ VI. — 5e *Observation. — Le règle s'applique, dans la pratique, aux actes solennels. Restrictions recommandables en théorie.*

186. — Doctrine prépondérante et jurisprudence. Tendances nouvelles . . . . . 372
187. — Esprit de la maxime dans le droit ancien. Son origine . 373
188. — Sa portée ancienne à cet égard est douteuse dans la matière des donations . . . . . 375
189. — Le Code est muet, sauf en certaines dispositions spéciales qui s'expliquent . . . . . 376
190. — Il n'est pas rationnel que la *lex loci actus* règle si des formes sont nécessaires ou non . . . . . 377
191. — Réponse aux objections d'Asser, etc. . . . . 378
192. — Réponse aux objections de Savigny . . . . . 379
193. — Examen de l'argumentation de M. de Bar . . . . . 380
194. — Examen de quelques autres objections. . . . . 382
195. — Des actes de l'état civil en particulier . . . . . 384
196. — Des formes du mariage. L'application absolue de la règle s'explique . . . . . 385
197. — Forme de la reconnaissance des enfants naturels. Loi qui les régit . . . . . 386
198. — Possession d'état . . . . . 387
199. — Légitimation. La condition de la reconnaissance antérieure au mariage est-elle une question de forme ? . . 389
200. — De la donation. Diversité des lois quant à leurs formes . 390
201. — Motifs pour lesquels le législateur exige la forme authentique . . . . . 391
202. — Suite. . . . . 391
203. — Conclusion. *La lex loci actus* ne doit pas seule être consultée . . . . . 392
204. — Réponse aux objections . . . . . 393
205. — Diversité des opinions en ce qui concerne l'adoption. . 394
206. — Caractère de l'adoption et nature de ses formes. . . . 395
207. — Opinion générale des auteurs . . . . . 397
208. — Formes des testaments. Lacunes de l'art. 999 . . . . 399
209. — Testament des Belges en pays étranger. Portée limitative de l'art. 999 . . . . . 400
210. — La jurisprudence est en ce sens, mais fort large dans l'appréciation de l'authenticité . . . . . 402

PAGES.

Nº 211. — Le testament mystique d'un Belge en pays étranger est valable . . . . . 403
212. — De la valeur internationale du testament olographe d'un Belge en pays étranger . . . . . 404
213. — Testaments des étrangers en pays étranger. Obligations logiques du législateur belge . . . . . 405
214. — Controverse, et opposition entre la jurisprudence belge et la jurisprudence française . . . . . 406
215. — Effets du changement de nationalité . . . . . 407
216. — Formes du testament d'un étranger en Belgique, d'après la pratique . . . . . 408
217. — Discussion en théorie . . . . . 409
218. — Une réforme est souhaitable . . . . . 410
219. — Formes du contrat de mariage. Diversité des législations 411
220. — Sur ce point spécial l'ancien droit est muet . . . . . 411
221. — On reconnaît le compétence législative des Etats en ce qui concerne leurs nationaux à cet égard. . . . . 412
222. — Raison d'être des formes prescrites . . . . . 413
223. — Cette raison existe aussi lorsque les nationaux se marient en pays étranger . . . . . 414
224. — La jurisprudence française applique sans réserve la règle *locus regit actum* . . . . . 415
225. — Il en est de même en Belgique . . . . . 416
226. — Mariage des étrangers en Belgique. Formes du contrat de mariage . . . . . 416
227. — Formes du contrat d'hypothèque. Dispositions expresses en Belgique . . . . . 417
228. — Contrats d'hypothèque entre étrangers en France ou en Belgique . . . . . 419

## TITRE VII. — *Observations générales.*

229. — Confusion souvent faite entre l'interprétation et l'effet des contrats . . . . . 421
230. — Affinités et différence entre les deux questions. . . . 422
231. — Portée des règles d'interprétation admises dans certains pays. . . . . 423
232. — Laurent a reconnu la distinction, avec Savigny, mais n'en a pas déduit toutes les conséquences . . . . . 425

### SECTION I. — DE L'INTERPRÉTATION DES CONVENTIONS.

233. — Indications pour l'interprétation des termes relatifs aux mesures, poids, monnaies, etc. Lieu de l'exécution . . 426

PAGES.

N° 234. — Termes exprimant les délais, les distances. Idem. . . 427
235. — Détermination du lieu de l'exécution . . . . . 428
236. — La règle n'est pas absolue. Exemples . . . . . 429
237. — Autres exemples . . . . . 429
238. — Ce n'est pas seulement la loi, mais l'usage du lieu de l'exécution que l'on consulte . . . . . 430
239. — L'examen de la jurisprudence prouve qu'il en est ainsi en fait . . . . . 431
240. — Mais le lieu du contrat doit parfois être pris en considération. Exemple . . . . . 432
241. — Observations très justes de M de Bar à cet égard . . . 433
242. — Jurisprudence anglo-américaine favorable au fond à notre système . . . . . 434
243. — Il en est de même de la doctrine . . . . . 434

SECTION II. — DE LA LOI QUI RÉGIT L'EFFET DES CONVENTIONS.

§ I. — *Dans quelle mesure la détermination de cette loi dépend de la volonté des parties contractantes.*

244. — Leur autonomie est le principe . . . . . 436
245. — Le choix de la loi qui doit régler les effets de leurs conventions dépend donc d'elles en général . . . . . 437
246. — Il n'en est ainsi que de l'effet entre parties. . . . . 438
247. — Indication de certains effets de la convention vis à vis des tiers. . . . . 438
248. — Il n'en est pas de même de l'effet translatif de droits réels entre parties . . . . . 439
249. — Il n'y a pas lieu de distinguer entre les meubles et les immeubles . . . . . 441
250. — Suite . . . . . 442
251. — Entraves que subit l'autonomie des parties . . . . . 443

§ II — *Aperçu historique et appréciation des divers systèmes.*

252. — Ancienne distinction des postglossateurs entre les effets et les suites. Système de Dumoulin . . . . . 444
253. — Esprit de la doctrine de D'Argentré, mais lacunes qu'on y rencontre . . . . . 445
554. — Burgundus et son système en somme assez éclectique. Importance de la *lex situs* . . . . . 446
555. — Autres jurisconsultes statutaires. Loi du lieu du contrat, combinée avec celles de l'exécution et du *situs* . . . . 448
256. — Influence du système des postglossateurs sur les doctrines modernes . . . . . 449

**1er Système. — Loi du lieu du contrat, combinée avec celle du lieu de l'exécution.**

PAGES.

N° 257. — La distinction entre les effets et les suites reprise par Fœlix et d'autres, modifiée par Asser . . . . . 450
258. — Examen de cette distinction. . . . . 451
259. — L'influence de la loi du lieu du contrat a été exagérée . 452
260. — Elle peut conduire à des conséquences singulières s'agissant de contrats par lettres. . . . . 453
261. — Les questions de monnaie, poids, mesures, etc.. touchent à l'interprétation plutôt qu'aux effets . . . . . 454
262. — Il est inexact que la jurisprudence française applique toujours la loi du lieu du contrat . . . . . 455
263. — On y a toujours admis des exceptions . . . . . 456
264. — Elle a cependant une importance évidente . . . . . 457
265. — Elle est une *lex communis* pour les parties, mais il peut y en avoir d'autres. . . . . 457

**2e Système. — Loi du lieu de l'exécution.**

266. — On entend ici par cette expression celle du lieu où l'exécution doit se faire. Système de Savigny . . . . . 458
267. — Détermination de ce lieu . . . . . 459
268. — Elle se confond parfois avec celle du domicile . . . . 460
269. — Faveur dont ce système a joui. . . . . 461
270. — Très logique en apparence, il se heurte souvent contre l'équité et la bonne foi . . . . . 462
271. — Pluralité de lieux d'exécution, et insuffisance du système dans ce cas . . . . . 463

**3e Système. — De la loi du domicile du créancier.**

272. — Il n'est pas soutenable et n'a pour ainsi dire pas d'adhérents . . . . . 464

**4e Système. — Loi du domicile du débiteur.**

273. — On le fonde à tort sur l'autorité de Dumoulin . . . . 465
274. — Arguments de M. de Bar à l'appui de ce système. . . . 465
275. — Réfutation de ces arguments . . . . . 466
276. — Examen de quelques autres objections . . . . . 467
277. — Points de contact des diverses théories . . . . . 469
278. — Suite. . . . . 470
279. — Incertitudes, variations, restrictions et leurs causes réelles . . . . . 471

§ III. — *De la loi qui régit le contrat obligatoirement.*

280. — Nature diverse de ces lois . . . . . 472

A. De certains éléments de la forme.

PAGES.

N° 281. — On peut y rattacher certaines prohibitions relatives au lieu. . . . . 473
282. — Il en est de même de certaines prohibitions ou prescriptions relatives au temps . . . . . 474
283. — Ces prohibitions peuvent encore se présenter aujourd'hui . . . . . 475

B. Des lois qui régissent impérativement la substance et les effets du contrat.

284. — Des lois qui mettent certaines choses hors du commerce . . . . . 476
285. — Il faut distinguer cette hypothèse de celle où il est seulement interdit à certaines personnes d'en disposer. 477
286. — Des droits dont les biens peuvent être grevés, *lex situs* . 477
287. — De certaines choses incorporelles inaliénables . . . . . 478
288. — Des droits de la personne humaine . . . . . 479
289. — Des universalités et de la loi qui interdit en certains cas de les céder ou d'y renoncer . . . . . 480
290. — La loi ne met pas une chose hors de commerce, lorsqu'elle interdit seulement *certaines* stipulations au sujet de cette chose . . . . . 480
291. — Les effets du dol, de la violence, etc... ne dépendent point de la loi que les parties ont acceptée . . . . . 481
292. — Application concurrente de la loi nationale et de celle du lieu du contrat . . . . . 482
293. — Conventions sur successions futures. Dispositions du Code, et motifs de ces dispositions . . . . . 483
294. — Suite. La convention est nulle, si la loi du lieu du contrat la frappe de nullité . . . . . 485
295. — Elle peut l'être aussi en vertu de la loi nationale des deux parties. . . . . 486
296. — Opinion de Brocher. Influence de la loi qui régit la succession . . . . . 487
297. — Réponse, aux objections. . . . . 488
298. — Nullité des engagements de services à vie. Quand elle reçoit application . . . . . 488
299. — Des lois qui limitent le taux de l'intérêt légal. Opinions extrêmement diverses . . . . . 489
300. — Système de M. de Bar. Une distinction s'impose . . . 490
301. — Autre hypothèse relativement à cette question . . . . 491
302. — Les lois relatives à la résolution ou à la révocation des

PAGES.

conventions restreignent souvent l'autonomie des parties. Il en est ainsi en matière de donations . . . . . 492
Nº 303. — Force extensive des dispositions de cette espèce, appréciée d'après leurs motifs . . . . . 493
304. — De la révocation pour survenance d'enfant en particulier. 494
305. — De la révocation pour cause d'ingratitude . . . . . 495
306. — Importance de la *lex situs* en tant que régissant la succession immobilière . . . . . 496
307. — Révocation pour inexécution des conditions. Loi applicable . . . . . 497
308. — Rescision pour cause de lésion. Loi applicable . . . . 498
309. — Action en réduction. Loi applicable. . . . . 499
310. — Conclusions générales. . . . . 499

§ IV. — *De la loi qui régit les obligations contractuelles en tant que leur effet dépend de la volonté des parties.*

311. — En quoi consiste essentiellement l'autonomie des parties. 500
312. — Il ne suffit pas de rechercher la volonté effective des parties ; il faut rechercher parfois leur volonté éventuelle . . . . . 501
313. — S'agissant des contrats de bienfaisance, l'intention de l'une des parties doit l'emporter . . . . . 504
313bis. — Cette règle souvent perdue de vue, et parfois faussement appliquée, tend à s'accréditer . . . . . 505
314. — Il n'en est pas ainsi de tous les contrats unilatéraux . . 506
315. — La loi applicable dans les contrats de bienfaisance n'est cependant pas nécessairement la loi nationale du bienfaiteur . . . . . 507
316. — Dans les autres contrats la loi du lieu du contrat a de l'importance comme loi commune . . . . . 508
317. — La loi nationale commune, et la loi du domicile commun paraissent avoir autant d'importance . . . . . 509
317bis. — Les partisans de la loi nationale commune devraient reconnaître au moins à celle du domicile une autorité subsidiaire . . . . . 510
318. — Il n'y a même pas de motifs rationnels pour que la loi nationale l'emporte ici sur la loi du domicile . . . . 511
319. — Réfutation du système de Laurent . . . . . 512
320. — Il est dangereux au point de vue de la justice et de la bonne foi d'établir des présomptions légales générales en cette matière . . . . . 513
321. — La commission de revision belge a adopté en grande partie le système de Laurent . . . . . 514

PAGES.

N° 322. — Elle ne tient aucun compte du domicile commun. Cela est irrationnel . . . . . 515
323. — La réserve à laquelle elle subordonne ses présomptions est insuffisante . . . . . 516
324. — Une formule plus large serait préférable . . . . . 518
325. — Il est injuste de limiter la liberté des parties lorsque l'ordre public n'est pas engagé . . . . . 519
326. — Réponse aux objections . . . . . 520
327. — On ne doit point exclure toute prise en considération de la *lex situs* . . . . . 521
328. — La soumission à la loi d'un pays déterminé peut résulter de la qualité des parties. . . . . 522
329. — On ne peut formuler de règle générale qu'en tenant compte de toutes ces restrictions. . . . . 523
330. — La loi qui régit les effets du contrat régit aussi toutes ses suites en principe, spécialement son exécution, sauf les formes . . . . . 524
331 — Il en est de même des conséquences de l'inexécution en principe, sauf les formes . . . . . 527
332. — De la novation, des offres, et de la consignation, en particulier . . . . . 528
333. — Diversité des opinions en ce qui concerne la prescription libératoire . . . . . 528
334. — Système transactionnel de M. de Bar . . . . . 530
335. — Suite. . . . . 531
335bis. — Opinion de Laurent pour la loi du lieu de contrat, de Lehr pour le lieu de l'exécution . . . . . 532
336. — La loi du domicile du débiteur prévaut dans la jurisprudence et la doctrine françaises quant à la prescription. Observations critiques de M. de Bar. . . . . 533
337. — Critique du système de ce dernier . . . . . 536
338. — Il faut pour déterminer la loi applicable rechercher la base de la prescription libératoire. Elle est en général d'ordre public . . . . . 537
339. — Mais certaines courtes prescriptions peuvent reposer sur d'autres motifs . . . . . 539
340. — D'autres courtes prescriptions sont d'ordre public, comme la longue prescription libératoire. . . . . 540
341. — Les prescriptions reposant sur une présomption de paiement ne sont pas gouvernées par la loi du for . . 542
342. — Certaines prescriptions sont régies par la loi qui régit la fonction des débiteurs . . . . . 544

PAGES.

N° 343. — De la prescription des actions en nullité ou en rescision. Distinction . . . . . 545
344. — Importance considérable de la loi du lieu du contrat en pratique, et explication de l'autorité qu'on y attache. 547
345. — Cette importance est moindre dans le contrat par correspondance . . . . . 548
346. — Observations sur les contrats conclus *inter praesentes*, entre commerçants spécialement. . . . . 550
347. — Contrats par correspondance entre commerçants. Importance de la nationalité commune, du domicile commun . 551
348. — Examen de la jurisprudence . . . . . 552
349. — Réserves en ce qui concerne le contrat de mariage. . . 556

TITRE VIII. — *De la loi qui régit les quasi-contrats.*

350. — Projet de la commission belge : *loi du lieu du quasi-contrat*, du délit, du quasi-délit. Incertitudes de la doctrine. Généralisations excessives . . . . . 557
351. — Il faut distinguer les quasi-contrats des faits illicites. Le paiement indû n'est pas un vrai quasi-contrat . . . . . 558
352. — En matière de quasi contrat on applique ordinairement la *lex loci actus* sans raisons bien sérieuses . . . . . 559
353. — Dissentiment de Laurent. . . . . 560
354. — Il assimile trop le quasi-contrat au contrat . . . . . 561
355. — De Bar voit en cette assimilation un fond de vérité, mais juge avec raison son système trop absolu . . . . . 561
356. — Du paiement indû spécialement et de la loi qui en régit les conséquences . . . . . 562
357. — Différence profonde entre le paiement indû et la gestion d'affaires . . . . . 563
358. — On appliquera en général, mais non d'une manière absolue la loi du lieu de la gestion. Exception. . . . . 564
359. — Il est excessif de considérer cette loi comme une loi de police . . . . . 565
360. — La loi du lieu du paiement indû determine le minimum des obligations de celui qui reçoit. La loi nationale doit aussi être prise en considération. . . . . 566
361. — Suite. . . . . 567
362. — Conclusion . . . . . 568

## TITRE IX. — *Des obligations qui naisssent des délits et des quasi-délits.*

PAGES.

363. — La loi du lieu de l'acte doit être suivie, quand elle impose l'obligation . . . . . 569
364. — Mais l'obligation peut résulter aussi de la loi nationale. Etat de la doctrine . . . . . 570
365. — Combinaison des deux lois. Espèces diverses. . . . . 574

## TITRE X. — *Des obligations qui résultent de la loi.*

366. — La question de savoir quelle est la loi applicable dépend de la nature de l'obligation. . . . . 582
367. — Quelle loi régit les obligations dérivant d'une tutelle. . 583
368. — On ne peut poser de règles générales et absolues . . . . 584

## TITRE XI. — *Détermination de la nationalité, du domicile, du lieu du contrat.*

369. — Observations générales . . . . . 585

### SECTION I. — DE LA NATIONALITÉ.

### § I. — *De la nationalité d'après les lois belges.*

370. — Ancien droit. Lieu de naissance joint au domicile . . . . 585
371. — Attribution ou acquisition de la nationalité belge . . . 586
372. — Nationalité des enfants naturels, adultérins ou incestueux d'un Belge . . . . . 587
373. — Ils sont Belges dès qu'ils sont reconnus par un père ou par une mère belge . . . . . 589
374. — Il suffit que la mère soit Belge pour que l'enfant, né en légitime mariage soit Belge. Doctrine contraire . . . 590
375. — Démonstration . . . . . 591
376. — L'effet du changement de nationalité du père par la conquête dépend des conventions internationales . . . . . 593
377. — Il n'y a pas lieu d'appliquer la maxime : *infans conceptus*, etc.... Pourquoi . . . . . 593
377bis. — Droit d'option admis par Laurent sans aucun texte à l'appui. . . . . 594
378. — Il y a des inconvénients sérieux à s'attacher à l'époque de la conception . . . . . 595

PAGES.

N° 379. — Variations de la jurisprudence en Belgique spécialement . . . . . 596
380. — Enfant issu d'un ex-Belge qui n'a pas acquis une nationalité nouvelle. . . . . 597
381. — La majorité dont il est question dans l'art. 9 est la majorité belge . . . . . 597
382. — Suite. . . . . 599
383. — Laurent étend, sans texte à l'appui, l'application de l'art. 10, al. 2. . . . . 599
384. — L'adoption est sans influence . . . . . 600
385. — Comment s'effectue l'option. . . . . 601
386. — La femme étrangère qui épouse un Belge, devient Belge, mais ne change pas nécessairement de nationalité avec lui . . . . . 601
387. — Distinction entre la naturalisation ordinaire et la grande naturalisation. Mais les naturalisés ordinaires sont Belges. . . . . 603
388. — Leurs enfants sont donc Belges. Dessentiment de Laurent . . . . . 604
389 — La grande naturalisation a été facilitée par la loi du 6 août 1881. Mais la naturalisation du mari n'entraine pas celle de la femme. . . . . 605
390. — Un système différent serait préférable. . . . . 606
391. — La naturalisation collective est admise dans plusieurs pays. . . . . 607
392. — Effet rationnel de l'annexion ou du fractionnement de territoire sur la nationalité. . . . . 607
393. — Règles différentes suivies en Belgique après 1830 à raison de circonstances spéciales. . . . . 608
394. — Décision singulière de la Cour de Cassation critiquée par Laurent . . . . . 509
395. — Systèmes divers quant aux effets de l'annexion . . . . 610
396. — Le droit d'option doit être réservé . . . . . 611
397. — Droit d'option résultant de l'art. 133 de la Constitution . 612
398. — Solutions diverses que ces questions ont reçues dans d'autres pays . . . . . 613
399. — Toutes reconaissent le droit d'option, mais parfois sous la condition de changement de résidence. . . . . 614
400. — Comment se perd la qualité de Belge . . . . . 615
401. — Effet de la naturalisation étrangère du mari sur la nationalité de la femme. . . . . 615

PAGES.

N° 402. — Son effet quant à la nationalité des enfants . . . . . 617
403. — Naturalisation de la femme en pays étranger avec l'autorisation de son mari . . . . . 618
404. — Naturalisation de la femme séparée de corps en pays étranger sans l'autorisation de son mari. Affaire de Bibesco . . . . . 619
405 à 408. — Suite . . . . . 620
409. — Examen de l'art. 13 du projet belge sur la rétroactivité de la naturalisation . . . . . 625
410. — Spécialement quant à la faculté de divorcer . . . . . 626
411. — Le droit d'option doit être assimilé à la naturalisation . 627

### §. 2. — *Législations étrangères.*

412. — Législations de divers pays. Combinaison en général du *jus soli* et du *jus sanguenis*. Résolutions de l'Institut. . 627
413. — La combinaison des deux éléments est imposée par des nécessités pratiques . . . . . 629
414. — Le domicile de 10 ans dans la loi italienne . . . . . 631
415. — Conclusion. Divergences extrêmes et danger de conflits. 631
416. — Il en est de même quant à la naturalisation . . . . . 632
417. Effets du changement de domicile ou d'établissement. . 634
418. — Liberté d'émigration. Incident Brougham . . . . . 636
419. — Dans certans pays deux espèces de naturalisations . . 637
420. — Naturalisation collective ou de famille. . . . . 638
421. — Conditions très diverses de la naturalisation . . . . 639
422. — Du congé de nationalité comme condition de la naturalisation . . . . . 640
423. — Du congé de nationalité comme condition de la perte de la nationalité . . . . . 640
424. — Traités Bancroft . . . . . 641

### § 3. — *Solution des conflits.*

425. — Source des conflits. . . . . 643
425bis. — Conflits positifs et conflits négatifs Solution de questions diverses . . . . . 643
426. — Obligations des Etats désintéressés dans les conflts positifs . . . . . 646
427. — Conflits négatifs. Questions diverses . . . . . 647
428. — Cas de nationalité inconnue. Solution vicieuse du projet belge . . . . . 648

SECTION II. — DU DOMICILE AU POINT DE VUE DU DROIT INTERNATIONAL.

PAGES.

N° 429. — Importance de la question . . . . . 649
430. — Lorsque la loi du domicile est appliquée en vertu de la loi nationale, c'est par cette dernière que le domicile est déterminé . . . . . 650
431. — Définitions diverses du domicile . . . . . 652
431 bis. — Divergences quant à la détermination du domicile originaire et du domicile légal . . . . . 652
432. — Jurisprudence française. Elle applique uniformément mais à tort la *lex fori*. . . . . 654
433. — Mais c'est cette loi qu'il faut consulter pour déterminer le domicile en matière de procédure et de compétence. 655
434. — De la détermination du domicile au point de vue du droit de succession . . . . . 656
435. — De la détermination du domicile au point de vue de la faillite . . . . . 657
436. — De la détermination du domicile lorsqu'il influe sur l'interprétation et les effets des contrats . . . . . 658
437. — Application des principes . . . . . 659
438. — Difficultés en présence des divergences des législations. 660
439. — De la pluralité des domiciles . . . . . 662
440. — Suite. . . . . 665
441. — Domicile inconnu . . . . . 666
442. — Capacité de changer de domicile . . . . . 667
443. — De quelques dispositions du projet de révision belge. . 667
444. — La jurisprudence française n'attache tous les effets du domicile qu'au domicile autorisé. . . . . 670
445. — Domicile ou nationalité des personnes juridiques publiques. . . . . 670
446. — Détermination du domicile des sociétés commerciales, etc. Elles ne peuvent avoir qu'un domicile . . . . . 672

SECTION III. — DÉTERMINATION DU LIEU DU CONTRAT.

447. — En cas de contrat par correspondance (offre et acceptation), le contrat se forme là où l'acceptation est reçue. 676
447bis. — Suite . . . . . 678
448. — Contrats par messagers . . . . . 679
449. — Contrats *inter praesentes* sous condition d'essai, etc. . . . 680
450. — Conventions expresses ou tacites sur le lieu où se forme le contrat. . . . . 681

PAGES.

451. — Lieu du quasi-contrat, et du délit ou du quasi-délit. Difficultés sur ce dernier point et distinctions . . . . . 683
452. — Controverses spéclalement en Allemagne : de Bar et Listz. Discussion . . . . . 687

TITRE XII. — *De la loi qui régit les successions.*

SECTION I. — DIVERSITÉ DES SYSTÈMES ÉTABLIS PAR LES LÉGISLATIONS POSITIVES.

453. — La loi nationale du *de cujus* l'emporte dans les projets nouveaux, mais non dans beaucoup de législations actuelles . . . . . 693
454. — L'application de la loi du *situs* effectif à *toute la succession*, est presque universellement repoussée. . . . . 694
455. — Presque partout on distingue en fait entre les meubles et les immeubles . . . . . 694

SECTION II. — DROITS SUCCESSORAUX DES ÉTRANGERS EN FRANCE ET EN BELGIQUE.

456. — Effet réel des articles 726 et 912 du Code civil, et loi française de 1819 . . . . . 696
457. — Loi du 27 avril 1865 en Belgique . . . . . 697

SECTION III. — DE LA LOI QUI RÉGIT LA SUCCESSION D'APRÈS LES RÈGLES DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, ADMISES EN FRANCE ET EN BELGIQUE.

458. — Fondement du droit de succession en droit romain : considérations de famille. . . . . 698
459. — La conception de ce droit se modifie sous l'influence du régime féodal . . . . . 699
460. — Le droit devient réel même pour les alleux, la succession des fiefs étant principale. . . . . 700
461. — Il n'y a eu qu'une dérogation apparente à ce principe en matière mobilière . . . . . 701
462. — On applique en cette matière la loi de la situation ordinaire, et présumée générale . . . . . 702
463. — C'était l'état de la doctrine au moment où parait le Code. 703
464. — Cette tradition juridique constante a été maintenue . . 704
465. — Elle l'a été aussi en Belgique sous le régime des lois de 1837 et de 1865 . . . . . 705

PAGES.

N° 466. — Les traités conclus sous le régime de la 1re n'y dérogent point . . . . . 706
467. — La loi de 1865 pas davantage bien qu'elle ne la consacre pas textuellement . . . . . 708
468. — Au surplus elle a été reconnue dans la discussion de cette loi . . . . . 709
469. — Mais la loi du *situs* réel n'est pas applicable à la succession mobilière . . . . . 710
470. — La distinction entre le domicile légal et le domicile de fait bien qu'admise par la jurisprudence française n'a aucune base. . . . . 711
471. — La loi du domicile de fait, appliquée en France à la succession mobilière d'un étranger, en vertu de sa loi nationale . . . . . 713
472. — Suite. . . . . 714
473 — Certains auteurs prétendent que la succession doit être régie, même en droit positif français, par la loi nationale du défunt. Discussion . . . . . 714
474. — Réfutation de ce système en droit positif . . . . . 716
475. — Suite. . . . . 718
476. — Réfutation du système d'après lequel toute la succession est régie par la loi du *situs* réel. Jurisprudence étrangère. . . . . 719
477. — Tendances actuelles en Allemagne . . . . . 721
478. — Résolutions de l'Institut et projet belge dans le même sens. . . . . 722
479. — Motifs de préférer en théorie la loi nationale du *de cujus* . . . . . 723
480. — Il en est ainsi notamment en ce qui concerne la réserve . 724
481. — Objections graves contre les autres systèmes. . . . . 726

## TITRE XIII. — *De la loi qui régit le contrat de mariage, et les rapports des époux quant au biens, en l'absence de contrat de mariage.*

### § I. — *Observations générales.*

482. — Du lien qui existe entre les dispositions relatives au régime pécuniaire et celles qui règlent les relations personelles . . . . . 729

§ II. — *De la liberté des conventions matrimoniales et des lois qui imposent ou excluent un régime déterminé.*

PAGES.

483. — La liberté est la règle presque partout, mais partout elle subit certaines restrictions. Parfois même tel régime est imposé ou exclu . . . . . 730
484. — Les lois qui restreignent la liberté des époux s'imposent aux nationaux . . . . . 732
485. — La loi nationale du mari doit l'emporter en général . . 733
486. — De l'institution contractuelle spécialement . . . . . 734

§ III. — *De la loi qui règle la forme du contrat de mariage.*

487. — Diversité des législations. On applique en général la règle *locus regit actum*, en lui reconnaissant force impérative . . . . . 737

§ IV. — *Des lois qui prescrivent que les conventions matrimoniales soient antérieures au mariage et proclament leur immutabilité.*

488. — Cette double règle ne concerne pas la forme. Elle limite la capacité des époux, et enchaîne les nationaux . . . 740
489. — Suite et critique de la jurisprudence . . . . . 742

§ V. — *De la loi qui règle le régime des biens des époux en l'absence de contrat.*

490. — Diversité des législations . . . . . 743
491. — On a admis longtemps avec Dumoulin que le régime légal résultait en réalité de la volonté des parties, mais en appliquant toujours, en vertu de cette volonté, la loi du domicile matrimonal . . . . . 746
492. — La jurisprudence suit ce système assez fidèlement, dans la 1re partie de ce siècle . . . . . 749
493. — Elle a fini par s'en écarter fort logiquement, en admettant qu'il faut rechercher la volonté des époux d'après les circonstances . . . . . 751
494. — La jurisprudence belge applique avec plus de constance la loi du domicile . . . . . 753
495. — Controverses très vives dans la doctrine. Système anglais *lex situs* . . . . . 754
496. — Système de la jurisprudence française : domicile, résidence, autres circonstances . . . . . 755
497. — Réfutation de ce système. Motifs à l'appui du 3e système . . . . . 756

PAGES.

498. — Suite. . . . . 758
499. — L'application de la loi nationale est commandée par l'esprit de l'ensemble des dispositions relatives à cette matière . . . . . 759
500. — La convention tacite n'est pas libre. Il n'y a qu'un seul régime qui puisse être adopté par convention tacite. . 760
501. — La doctrine est de plus en plus favorable à ce système . 761
502. — Il en est de même en pays étranger. . . . . 762
503. — Cas de nationalités diverses. . . . . 765
504. — Il faut appliquer la loi nationale du mari. Mais il peut en être autrement quand il y a des conventions matrimoniales . . . . . 767
505. — Détermination de la portée des conventions matrimoniales dans des cas douteux . . . . . 768
506. — Cas de changement de nationalité . . . . . 769

## TITRE XIII. — *De certaines questions relatives à l'application de la loi nationale étrangère.*

### SECTION I. — DU POURVOI EN CASSATION FONDÉ SUR LA NON APPLICATION DE LA LOI ÉTRANGÈRE.

507. — Observations générales. Principe admis par notre Cour de cassation . . . . . 771
508. — Singulière raison invoquée par M. le procureur général Mestdagh . . . . . 773
509. — La jurisprudence étrangère est dans le même sens. Mais il y a de graves dissentiments dans la doctrine. . . . 774
510. — Il est inadmissible que les tribunaux satisfassent à la loi qui leur prescrit l'application d'une loi étrangère, lorsqu'ils violent manifestement celle-ci tout en prétendant l'appliquer . . . . . 775
511. — Objection déduite de ce que la loi étrangère ne figure pas au Bulletin des lois . . . . . 777
512. — Objection tirée du rôle de la Cour de Cassation en général . . . . . 778
513. — Objection déduite de ce qu'elle pourrait être amenée ainsi à se mettre en contradiction avec la jurisprudence étrangère. . . . . 780
514. — Tendances récentes de la jurisprudence française. Elles conduisent invinciblement au principe que le pourvoi peut être annulé pour violation d'une loi étrangère . . 780

PAGES.

N° 515. — Ce système est dans tous les cas préférable en théorie . 682

SECTION II. — LORSQU'IL Y A LIEU D'APPLIQUER UNE LOI ÉTRANGÈRE, ELLE DOIT ÊTRE APPLIQUÉE MÊME D'OFFICE.

516. — Le principe est généralement admis. Et il n'appartient pas aux parties de réclamer l'application d'une autre loi. 783
517. — Leurs déclarations ont de l'importance quand il ne s'agit d'appliquer la loi étrangère que comme droit supplétif 784
518. — On peut s'en prévaloir en tout état de cause . . . . . 786

SECTION III. — DE LA PREUVE DES LOIS ÉTRANGÈRES.

519. — Elle n'incombe pas en principe à celui qui les invoque. mais elle peut lui être imposée par des nécessités pratiques . . . . . 787
520. — Moyens de preuve. Ils ne sont pas limités. . . . . 789
521. — Projet de l'Institut de droit international . . . . . 789
522. — De l'aveu et de la délation du serment. . . . . 790

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE IMPRIMÉS

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES DU PREMIER VOLUME.

INTRODUCTION.
CHAPITRE I^er. - NOTIONS GENERALES
§ 1. Objet et définition du droit international privé
§ 2. Droit international privé théorique, et droit positif. - Droit général, et droit spécial
§ 3. Droit international pénal
CHAPITRE II. - APERCU HISTORIQUE
§ 1. L'antiquité
§ 2. La Grèce et Rome
§ 3. Les Germains
§ 4. Période de transition et période féodale
§ 5. Les Postglossateurs
§ 6. La doctrine statutaire
§ 7. Les doctrines modernes
PREMIERE PARTIE. Principes généraux du droit international privé.
TITRE I^er. - Fondement du droit international privé
N° 1. - La doctrine de la courtoisie est délaissée
N° 2. - On reproche à tort à Savigny de l'avoir admise
N° 3. - Fondement véritable de ce droit
N° 4 - Réponse aux objections
N° 5. - Autre objection et réponse
N° 6. - La réponse doit être complétée
N° 7. - Objection tirée du défaut de sanction
N° 8. - Sources du droit international privé
TITRE II. - De la condition des étrangers
SECTION I^e. - EN THEORIE.
N° 9. - Assimilation quant aux droits civils, aux citoyens, mais non quant aux droits politiques et civiques
N° 10. - Ils sont assimilés aux citoyens quant aux droits publics, ou droits de l'homme
SECTION II. - DE LA CONDITION DES ETRANGERS ORDINAIRES EN DROIT POSITIF ET SPECIALEMENT EN DROIT POSITIF BELGE.
§ I. - Droits civiques et politiques.
N° 11. - Exclusion en Belgique
§ II. - Droits publics.
N° 12. - Différences existant à cet égard entre l'étranger et le Belge, en Belgique
N° 13. - Leurs droits ne peuvent être restreints par un simple arrêté royal
N° 14. - Extradition et expulsion
N° 15. - Situation de l'étranger en général
SECTION III. - DES DROITS PRIVES OU DROITS CIVILS.
§ I. - En Belgique et en France.
N° 16. - Principe général quant aux droits civils de l'étranger en Belgique et en France
N° 17. - Abolition du droit d'aubaine etc
N° 18. - Droits civils qu'on ne reconnaît pas aux étrangers
N° 19. - Autres droits qu'on doit leur refuser en Belgique
SECTION IV. - DROITS CIVILS DES ETRANGERS DANS D'AUTRES PAYS.
N° 20. - Tendance générale. Leurs droits en Angleterre
N° 21. - Aux Etats-Unis
N° 22 - En France
N° 23. - En Allemagne
N° 24. - En Autriche-Hongrie, en Serbie
N° 25. - En Italie, en Espagne, dans les Pays-Bas, en Portugal, en Roumanie
N° 26. - En Russie
SECTION V. - DES PERSONNES MORALES ETRANGERES.
§ I. - En théorie.
N° 27. - Principe général
N° 28. - Des personnes juridiques nécessaires, ou personnes publiques étrangères
§ II. - Leur situation en Belgique.
N° 29. - Des Etats étrangers, et de leurs subdivisions ou fractionnements
N° 30. - Jurisprudence belge en ce qui les concerne
N° 31. - Des personnes morales privées, et spécialement des sociétés commerciales étrangères. Dissentiment avec Laurent
N° 32. - Sociétés étrangères formées pour l'exploitation des mines. Dissentiment avec M. Guillery
N° 33. - Condition nécessaire pour que les sociétés commerciales étrangères aient la personnification civile
§ III. - Situation des personnes juridiques étrangères dans les autres pays.
N° 34. - En Angleterre et dans les Etats-Unis
N° 35. - Suite
N° 36. - En France
N° 37. - Dans l'empire Allemand, en Autriche, en Espagne, etc.
N° 38. - En Roumanie et en Russie
SECTION VI. - DES ETRANGERS PRIVILEGIES.
§ I. - Observations générales.
N° 39. - Sources du privilège. Théorie de l'incolat
§ II. - Des étrangers autorisés à établir leur domicile en Belgique.
N° 40. - Condition du privilège
N° 41. - L'autorisation ne doit pas être expresse
N° 42. - En quoi consiste le privilège
N° 43. - Situation de ces étrangers en ce qui concerne le droit de succession. Ils ne subissent pas le prélèvement
N° 44. - Ils ne peuvent l'exiger
§ III. - Des étrangers prévilégiés en vertu des traités.
N° 45. - Leurs droits sont variables
N° 46. - Il ne faut pas distinguer entre les traités et les conventions ou les déclarations internationales
N° 47. - Objets divers des traités. Traités d'*amitié, de commerce et de navigation;* traités *d'établissement*
N° 48. - Conventions *consulaires;* traités *de commerce, et de navigation*
N° 49. - Traités de *commerce,* et traités de *navigation*
N° 50. - Conventions plus spéciales quant à leur objet: Berne, Paris etc.
N° 51. - Conventions sur le droit de succéder des étrangers. Elles subsistent en général
N° 52. - Leur effet quant au droit de prélèvement
N° 53. - Suite
§ IV. - De certains étrangers privilégié à raison de leur qualité.
N° 54. - Observations générales
N° 55. - Critique de la fiction de l'exterritorialité
N° 56. - Fondement du privilège
N° 57. - Inconvénient de la fiction
N° 58. - Division de la matière
N° 1. - Des souverains étrangers.
A. INVIOLABILITE.
N° 59. - Usages internationaux
N° 60. - Différence avec les agents diplomatiques
N° 61. - Conséquences de l'inviolabilité
N° 62. - Restrictions quant à la demeure du souverain étranger
N° 63. - Exclusion du privilège quant aux immeubles ne servant pas à son habitation
B. IMMUNITES DE JURIDICTION.
N° 64. - Il faut faire abstraction ici de celles dont il jouit toujours quel que soit le lieu, ou il se trouve. Ces immunités ont été exagérées
N° 65. - Tendance de la jurisprudence à ces exagérations. Distinctions
N° 66. - Opinions de Bluntschli, de Phillimore
N° 67. - La fiction de l'exterritorialité ne peut d'ailleurs produire plus d'effet que l'exterritorialité réelle
N° 68. - Résolutions de l'Institut. Il admet des distinctions importantes et rationnelles

N° 69. - Réponse à l'objection tirée de l'indépendance respective des Etats, et examen de diverses difficultés; emprunts d'Etats etc.
N° 70. - Actes accomplis *jure imperii,* et *jure gestionis*
C. EXEMPTIONS D'IMPOTS.
N° 71. - Usages suivis dans divers pays, en Belgique et en France spécialement
N° 2. - Des agents diplomatiques.
N° 72. - Observations générales
A. INVIOLABILITE.
N° 73. - Le privilège est plus ancien, et plus justifié encore que quant aux souverains
B. IMMUNITES DE JURIDICTION.
N° 74. - On les admet généralement en principe même en matière civile. La question est douteuse au point de vue du droit positif
N° 75. - Il serait rationnel de les restreindre
N° 76. - Opinion prédominante, et résolutions de l'Institut
N° 77. - En théorie il faudrait distinguer nettement entre le droit d'action et les mesures d'exécution
N° 78. - L'extension de l'immunité est inutile et nuisible
N° 79. - Appréciation d'un précédent historique
C. EXEMPTIONS DES IMPOSITIONS.
N° 80. - L'exemption n'est pas complète. - Règles et usages suivis en Belgique et en France
N° 81. - Raison d'être et limites naturelles de l'exemption
N° 3. - Des consuls.
N° 82. - Immunités beaucoup plus restreintes variables suivant les pays et les traités
N° 83. - Immunités consacrées par quelques traités belges
TITRE III. - De la loi qui régit l'état, la capacité et les rapports de famille.
N° 84. - Plan de cette étude
N° 85. - La règle résulte de l'art. 3. du Code civil
N° 86. - Les travaux préparatoires prouvent que le Code a aussi maintenu la distinction des statuts personnel et réel
N° 87. - La loi nationale régit par voie de conséquence les droits et rapports de famille
N° 88. - Accord entre les auteurs
N° 89. - Divergences quant aux conséquences. Système arbitraire de la jurisprudence française
N° 90. - Critique de ce système au point de vue du droit positif
N° 91. - Affaire Lizardi. Examen critique
N° 92. - La jurisprudence française s'est rapprochée des vrais principes par des décisions plus récentes
N° 93. - Suite. Argument de l'art. 1307 du Code civil
N° 94. - L'avant-projet de la commission belge, et l'Institut appliquent d'une manière absolue la loi nationale
N° 95. - La jurisprudence belge, après avoir vacillé, s'est ralliée à l'application de la loi nationale
N° 96. - Elle l'a fait par application de l'art. 3 du Code civil
N° 97. - L'application de la loi personnelle aux droits de famille en est la conséquence et est presque universellement admise
N° 98. - On s'attachait autrefois et l'on s'attache encore dans certains pays à la loi du domicile
N° 99. - Motifs que l'on fait valoir pour la loi nationale et pour la loi du domicile
N° 100. - Motifs pour lesquels il faut préférer la loi nationale
N° 101. - Cas où la nationalité est inconnue
N° 102. - Application subsidiaire de la loi du domicile
N° 103. - Cas d'absence de nationalité. Loi du domicile
N° 104. - Cas de double nationalité. Distinction
N° 105. - Cas où la loi nationale prescrit l'application de la loi du domicile
N° 106. - Capacité à l'effet d'aliéner des immeubles. Loi nationale
N° 107. - Distinction entre la capacité de droit et la capacité d'agir
N° 108. - En théorie il serait peut-être sage d'admettre des exceptions, quant à certaines incapacités particulières
N° 109. - Elles ne sauraient être admises dans notre droit positif, mais le sont par plusieurs législations étrangères
N° 110. - De la capacité d'acquérir et de posséder des immeubles
N° 111. - Il est impossible d'appliquer ici uniformément la loi nationale
N° 112. - Des motifs d'ordre public en excluent l'application dans ce cas
N° 113. - Savigny applique en général la loi personnelle même quant à l'incapacité de droit. Weiss distingue entre les incapacités résultant de l'âge ou d'une infériorité intellectuelle, et celles résultant de condamnations pénales etc. Critique de cette distinction
N° 114. - Des effets d'un jugement civil étranger relatif à la capacité
N° 115. - Effets des jugements en matière répressive
N° 116. - Suite
N° 117. - Cas où la famille n'est pas homogène
TITRE IV. - De l'ordre public.
N° 118. - Difficulté de trouver une formule satisfaisante. Vices de diverses définitions
N° 119. - Comparaison de la formule de la commission belge, avec celle de l'Institut de droit international
N° 120. - Ordre public touchant à la capacité et à l'organisation de la famille
N° 121. - Ordre public national ou international, particulier ou universel, relatif ou absolu, général ou spécial. Critique de plusieurs de ces termes
N° 122. - Formule de Laurent: lois relatives aux droits de la société. Critique
N° 123. - Critique de la formule de M. de Bar
N° 124. - Mais il fait ici une distinction très juste
N° 125. - Application de la distinction en matière d'esclavage
N° 126. - Idem en matière de polygamie
N° 127. - De l'exception de jeu. Système rigoureux de Laurent
N° 128. - Système de Savigny: loi du for
N° 129. - Système de M. De Bar
N° 130. - Opinion de MM. Asser et Rivier. Critique de cette opinion et de l'opinion générale
N° 131. - L'exception de jeu non établie par la loi du for ne doit pas être nécessairement accueillie par cela seul que la *lex loci* actus l'admet
N° 132. - Examen de la législation positive sur l'inapplicabilité de la loi étrangère par suite de lois d'ordre public
N° 133. - Portée de l'art. 3, al. 1, Code civil comparé à l'art. 3 du Code pénal
N° 134. - Erreur de Laurent. Ce qu'il faut entendre par lois de police
N° 135. - Actes des étrangers en pays étranger
N° 136. - Effets de ces actes dans notre pays si ces effets ne sont pas en eux-mêmes contraires à nos lois
N° 137. - Exemples. Prohibitions de mariage
N° 138. - Incapacités non reconnues par notre ordre public
N° 139. - Actes accomplis en pays étranger et contraires à nos lois
N° 140. - Actes accomplis en pays étranger en violation de l'ordre public étranger
N° 141. - Incapacité quant aux droits patrimoniaux non reconnue par notre ordre public
N° 142. - Spécialement en ce qui concerne les Belges
N° 143. - Contrebande. Distinction
N° 144. - Controverse à ce sujet
N° 145. - Pactes sur succession future
N° 146. - Formule de M. de Bar. Observations critiques. Distinction
N° 147. - Devoirs réciproques des Etats quant aux lois d'intérêt social moral
N° 148. - Leurs devoirs respectifs quant aux lois d'intérêt social économique
N° 149. - Force extensive des lois d'ordre public
N° 150. - Système de M. Antonio De Bustamente
N° 151. - L'ordre public ne s'oppose pas à l'application de la loi du domicile en vertu de la loi nationale étrangère
N° 152. - De quelques autres lois se rattachant à l'ordre public
TITRE V. - De la loi qui régit les biens
N° 153. - Propositions générales
N° 154. - Portée de l'art. 3, al. 2, C. civ. Erreur de Laurent
N° 155. - Observations générales sur la distinction entre les meubles et les immeubles
N° 156. - La distinction n'avait plus guère d'importance, dans le dernier état de l'ancien droit, que relativement au droit successoral
N° 157. - Elle semble avoir été maintenue sous ce rapport
N° 158. - Mais elle est fausse au point de vue de la théorie
N° 159. - La distinction n'a point été maintenue sous d'autres rapports
N° 160. - Portée de la maxime ancienne: *mobilia sequuntur personam*
N° 161. - La distinction est condamnée par la doctrine étrangère

N° 162. - Question relative au droit de gage
N° 163. - L'application de la maxime *mobilia sequuntur* etc... conduit à appliquer encore aujourd'hui la loi du domicile et non la loi nationale à la succession mobilière
N° 164. - Conclusion
TITRE VI. - De la forme des actes et de la règle locus regit actum.
§ I. - Observations générales.
N° 165. - Ancienneté de la règle. Conflit avec la *lex situs.* Motifs invoqués
N° 166. - Elle n'est point affirmée d'une manière générale, mais implicitement admise par le Code
N° 167. - Applications plus ou moins complètes de la règle
N° 168. - Certaines lois étrangères la consacrent expressément. Exceptions
N° 169. - Il n'y a pas accord sur sa portée exacte. Dispositions de divers projets
N° 170. - Des motifs que l'on peut invoquer pour la justifier
N° 171. - Ces motifs sont insuffisants pour dispenser de toutes formes les actes pour lesquels des formes solennelles sont exigées
§ II. - 1re Observation. - La maxime ne concerne que les formes extrinsèques.
N° 172. - Elle ne concerne pas les conditions de validité substantielle, etc
N° 173. - Le lieu de l'acte peut ne pas être indifférent au point de vue de la validité substantielle
N° 174. - Elle ne concerne pas les formes habilitantes
§ III. - 2e Observation - La règle s'applique aux actes sous seing privé
N° 175. - Elle est presque universellement admise même pour ces actes, mais moins justifiée et moins ancienne
N° 176. - La doctrine et la jurisprudence sont presque unanimes
§ IV. - 3e Observation. - La règle locus regit actum n'est pas facultative, etc.
N° 177. - La règle, facultative dans le principe, est devenue plus tard impérative
N° 178. - Son caractère impératif est presque universellement reconnu dans certains cas
N° 179. - Dans d'autres, les auteurs se prononcent en majorité pour son caractère facultatif
N° 180. - Il est rationnel de ne la considérer que comme facultative pour les actes sous seing privé
§ V. - 4e Observation. - La règle ne s'applique pas aux formes prescrites dans l'intérêt des tiers.
N° 181. - Unanimité des auteurs, et motifs de cette restriction
N° 182. - Des formes requises pour la transmission des droits réels entre parties
N° 183. - Du cas où elle ne s'opère pas en vertu d'une convention
N° 184. - Difficultés particulières en ce qui touche les transmissions de droits réels sur des choses mobilières. Opinion de M. de Bar
N° 185. - Critique de sa solution
§ VI. - 5e Observation. - Le règle s'applique, dans la pratique, aux actes solennels. Restrictions recommandables en théorie.
N° 186. - Doctrine prépondérante et jurisprudence. Tendances nouvelles
N° 187. - Esprit de la maxime dans le droit ancien. Son origine
N° 188. - Sa portée ancienne à cet égard est douteuse dans la matière des donations
N° 189. - Le Code est muet, sauf en certaines dispositions spéciales qui s'expliquent
N° 190. - Il n'est pas rationnel que la *lex loci actus* règle si des formes sont nécessaires ou non
N° 191. - Réponse aux objections d'Asser, etc.
N° 192. - Réponse aux objections de Savigny
N° 193. - Examen de l'argumentation de M. de Bar
N° 194. - Examen de quelques autres objections
N° 195. - Des actes de l'état civil en particulier
N° 196. - Des formes du mariage. L'application absolue de la règle s'explique
N° 197. - Forme de la reconnaissance des enfants naturels. Loi qui les régit
N° 198. - Possession d'état
N° 199. - Légitimation. La condition de la reconnaissance antérieure au mariage est-elle une question de forme?
N° 200. - De la donation. Diversité des lois quant à leurs formes
N° 201. - Motifs pour lesquels le législateur exige la forme authentique
N° 202. - Suite
N° 203. - Conclusion. *La lex loci actus* ne doit pas seule être consultée
N° 204. - Réponse aux objections
N° 205. - Diversité des opinions en ce qui concerne l'adoption
N° 206. - Caractère de l'adoption et nature de ses formes
N° 207. - Opinion générale des auteurs
N° 208. - Formes des testaments. Lacunes de l'art. 999
N° 209. - Testament des Belges en pays étranger. Portée limitative de l'art. 999
N° 210. - La jurisprudence est en ce sens, mais fort large dans l'appréciation de l'authenticité
N° 211. - Le testament mystique d'un Belge en pays étranger est valable
N° 212. - De la valeur internationale du testament olographe d'un Belge en pays étranger
N° 213. - Testaments des étrangers en pays étranger. Obligations logiques du législateur belge
N° 214. - Controverse, et opposition entre la jurisprudence belge et la jurisprudence française
N° 215. - Effets du changement de nationalité
N° 216. - Formes du testament d'un étranger en Belgique, d'après la pratique
N° 217. - Discussion en théorie
N° 218. - Une réforme est souhaitable
N° 219. - Formes du contrat de mariage. Diversité des législations
N° 220. - Sur ce point spécial l'ancien droit est muet
N° 221. - On reconnaît le compétence législative des Etats en ce qui concerne leurs nationaux à cet égard
N° 222. - Raison d'être des formes prescrites
N° 223. - Cette raison existe aussi lorsque les nationaux se marient en pays étranger
N° 224. - La jurisprudence française applique sans réserve la règle *locus regit actum*
N° 225. - Il en est de même en Belgique
N° 226. - Mariage des étrangers en Belgique. Formes du contrat de mariage
N° 227. - Formes du contrat d'hypothèque. Dispositions expresses en Belgique
N° 228. - Contrats d'hypothèque entre étrangers en France ou en Belgique
TITRE VII. - Observations générales.
N° 229. - Confusion souvent faite entre l'interprétation et l'effet des contrats
N° 230. - Affinités et différence entre les deux questions
N° 231. - Portée des règles d'interprétation admises dans certains pays
N° 232. - Laurent a reconnu la distinction, avec Savigny, mais n'en a pas déduit toutes les conséquences
SECTION I. - DE L'INTERPRETATION DES CONVENTIONS.
N° 233. - Indications pour l'interprétation des termes relatifs aux mesures, poids, monnaies, etc. Lieu de l'exécution
N° 234. - Termes exprimant les délais, les distances. Lieu de l'exécution
N° 235. - Détermination du lieu de l'exécution
N° 236. - La règle n'est pas absolue. Exemples
N° 237. - Autres exemples
N° 238. - Ce n'est pas seulement la loi, mais l'usage du lieu de l'exécution que l'on consulte
N° 239. - L'examen de la jurisprudence prouve qu'il en est ainsi en fait
N° 240. - Mais le lieu du contrat doit parfois être pris en considération. Exemple
N° 241. - Observations très justes de M de Bar à cet égard
N° 242. - Jurisprudence anglo-américaine favorable au fond notre système
N° 243. - Il en est de même de la doctrine
SECTION II. - DE LA LOI QUI REGIT L'EFFET DES CONVENTIONS.
§ I. - Dans quelle mesure la détermination de cette loi dépend de la volonté des parties contractantes.
N° 244. - Leur autonomie est le principe
N° 245. - Le choix de la loi qui doit régler les effets de leurs conventions dépend donc d'elles en général
N° 246. - Il n'en est ainsi que de l'effet entre parties
N° 247. - Indication de certains effets de la convention vis à vis des tiers
N° 248. - Il n'en est pas de même de l'effet translatif de droits réels entre parties
N° 249. - Il n'y a pas lieu de distinguer entre les meubles et les immeubles
N° 250. - Suite
N° 251. - Entraves que subit l'autonomie des parties
§ II - Aperçu historique et appréciation des divers systèmes.
N° 252. - Ancienne distinction des postglossateurs entre les effets et les suites. Système de Dumoulin

N° 253. - Esprit de la doctrine de D'Argentré, mais lacunes qu'on y rencontre
N° 554. - Burgundus et son système en somme assez électrique. Importance de la *lex situs*
N° 555. - Autres jurisconsultes statutaires. Loi du lieu du contrat, combinée avec celles de l'exécution et du *situs*
N° 256. - Influence du système des postglossateurs sur les doctrines modernes
Ier Système. - Loi du lieu du contrat, combinée avec celle du lieu de l'exécution
N° 257. - La distinction entre les effets et les suites reprise par Foélix et d'autres, modifiée par Asser
N° 258. - Examen de cette distinction
N° 259. - L'influence de la loi du lieu du contrat a été exagérée
N° 260. - Elle peut conduire à des conséquences singulières s'agissant de contrats par lettres
N° 261. - Les questions de monnaie, poids, mesures, etc... touchent à l'interprétation plutôt qu'aux effets
N° 262. - Il est inexact que la jurisprudence française applique toujours la loi du lieu du contrat
N° 263. - On y a toujours admis des exceptions
N° 264. - Elle a cependant une importance évidente
N° 265. - Elle est une *lex communis* pour les parties, mais il peut y en avoir d'autres
2e Système. - Loi du lieu de l'exécution.
N° 266. - On entend ici par cette expression celle du lieu où l'exécution doit se faire. Système de Savigny
N° 267. - Détermination de ce lieu
N° 268. - Elle se confond parfois avec celle du domicile
N° 269. - Faveur dont ce système a joui
N° 270. - Très logique en apparence, il se heurte souvent contre l'équité et la bonne foi
N° 271. - Pluralité de lieux d'exécution, et insuffisance du système dans ce cas
3e Système. - De la loi du domicile du créancier.
N° 272. - Il n'est pas soutenable et n'a pour ainsi dire pas d'adhérents
4e Système. - Loi du domicile du débiteur.
N° 273. - On le fonde à tort sur l'autorité de Dumoulin
N° 274. - Arguments de M. de Bar à l'appui de ce système
N° 275. - Réfutation de ces arguments
N° 276. - Examen de quelques autres objections
N° 277. - Points de contact des diverses théories
N° 278. - Suite
N° 279. - Incertitudes, variations, restrictions et leurs causes réelles
§ III. - De la loi qui régit le contrat obligatoirement.
N° 280. - Nature diverse de ces lois
A. DE CERTAINS ELEMENTS DE LA FORME.
N° 281. - On peut y rattacher certaines prohibitions relatives au lieu
N° 282. - Il en est de même de certaines prohibitions ou prescriptions relatives au temps
N° 283. - Ces prohibitions peuvent encore se présenter aujourd'hui
B. DES LOIS QUI REGISSENT IMPERATIVEMENT LA SUBSTANCE ET LES EFFETS DU CONTRAT.
N° 284. - Des lois qui mettent certaines choses hors du commerce
N° 285. - Il faut distinguer cette hypothèse de celle où il est seulement interdit à certaines personnes d'en disposer
N° 286. - Des droits dont les biens peuvent être grevés, *lex situs*
N° 287. - De certaines choses incorporelles inaliénables
N° 288. - Des droits de la personne humaine
N° 289. - Des universalités et de la loi qui interdit en certains cas de les céder ou d'y renoncer
N° 290. - La loi ne met pas une chose hors de commerce, lorsqu'elle interdit seulement *certaines* stipulations au sujet de cette chose
N° 291. - Les effets du dol, de la violence, etc... ne dépendent point de la loi que les parties ont acceptée
N° 292. - Application concurrente de la loi nationale et de celle du lieu du contrat
N° 293. - Conventions sur successions futures. Dispositions du Code, et motifs de ces dispositions
N° 294. - Suite. La convention est nulle, si la loi du lieu du contrat la frappe de nullité
N° 295. - Elle peut l'être aussi en vertu de la loi nationale des deux parties
N° 296. - Opinion de Brocher. Influence de la loi qui régit la succession
N° 297. - Réponse, aux objections
N° 298. - Nullité des engagements de services à vie. Quand elle reçoit application
N° 299. - Des lois qui limitent le taux de l'intérêt légal. Opinions extrêmement diverses
N° 300. - Système de M. de Bar. Une distinction s'impose
N° 301. - Autre hypothèse relativement à cette question
N° 302. - Les lois relatives à la résolution ou à la révocation des conventions restreignement souvent l'autonomie des parties. Il en est ainsi en matière de donations
N° 303. - Force extensive des dispositions de cette espèce, appréciée d'après leurs motifs
N° 304. - De la révocation pour survenance d'enfant en particulier
N° 305. - De la révocation pour cause d'ingratitude
N° 306. - Importance de la *lex situs* en tant que régissant la succession immobilière
N° 307. - Révocation pour inexécution des conditions. Loi applicable
N° 308. - Rescision pour cause de lésion. Loi applicable
N° 309. - Action en réduction. Loi applicable
N° 310. - Conclusions générales
§ IV. - De la loi qui régit les obligations contractuelles en tant que leur effet dépend de la volonté des parties.
N° 311. - En quoi consiste essentiellement l'autonomie des parties
N° 312. - Il ne suffit pas de rechercher la volonté effective des parties; il faut rechercher parfois leur volonté éventuelle
N° 313. - S'agissant des contrats de bienfaisance, l'intention de l'une des parties doit l'emporter
N° 313bis. - Cette règle souvent perdue de vue, et parfois faussement appliquée, tend à s'accréditer
N° 314. - Il n'en est pas ainsi de tous les contrats unilatéraux
N° 315. - La loi applicable dans les contrats de bienfaisance n'est cependant pas nécessairement la loi nationale du bienfaiteur
N° 316. - Dans les autres contrats la loi du lieu du contrat a de l'importance comme loi commune
N° 317. - La loi nationale commune, et la loi du domicile commun paraissent avoir autant d'importance
N° 317bis. - Les partisans de la loi nationale commune devraient reconnaître au moins à celle du domicile une autorité subsidiaire
N° 318. - Il n'y a même pas de motifs rationnels pour que la loi nationale l'emporte ici sur la loi du domicile
N° 319. - Réfutation du système de Laurent
N° 320. - Il est dangereux au point de vue de la justice et de la bonne foi d'établir des présomptions légales générales en cette matière
N° 321. - La commission de revision belge a adopté en grande partie le système de Laurent
N° 322. - Elle ne tient aucun compte du domicile commun. Cela est irrationnel
N° 323. - La réserve à laquelle elle subordonne ses présomptions est insuffisante
N° 324. - Une formule plus large serait préférable
N° 325. - Il est injuste de limiter la liberté des parties lorsque l'ordre public n'est pas engagé
N° 326. - Réponse aux objections
N° 327. - On ne doit point exclure toute prise en considération de la *lex situs*
N° 328. - La soumission à la loi d'un pays déterminé peut résulter de la qualité des parties
N° 329. - On ne peut formuler de règle générale qu'en tenant compte de toutes ces restrictions
N° 330. - La loi qui régit les effets du contrat régit aussi toutes ses suites en principe, spécialement son exécution, sauf les formes
N° 331 - Il en est de même des conséquences de l'inexécution en principe, sauf les formes
N° 332. - De la novation, des offres, et de la consignation, en particulier
N° 333. - Diversité des opinions en ce qui concerne la prescription libératoire
N° 334. - Système transactionnel de M. de Bar
N° 335. - Suite
N° 335bis. - Opinion de Laurent pour la loi du lieu de contrat, de Lehr pour le lieu de l'exécution
N° 336. - La loi du domicile du débiteur prévaut dans la jurisprudence et la doctrine françaises quant à la prescription. Observations critiques de M. de Bar
N° 337. - Critique du système de ce dernier
N° 338. - Il faut pour déterminer la loi applicable rechercher la base de la prescription libératoire. Elle est en général d'ordre public
N° 339. - Mais certaines courtes prescriptions peuvent reposer sur d'autres motifs
N° 340. - D'autres courtes prescriptions sont d'ordre public, comme la longue prescription libératoire
N° 341. - Les prescriptions reposant sur une présomption de paiement ne sont pas gouvernées par la loi du for
N° 342. - Certaines prescriptions sont régies par la loi qui régit la fonction des débiteurs
N° 343. - De la prescription des actions en nullité ou en rescision. Distinction

N° 344. - Importance considérable de la loi du lieu du contrat en pratique, et explication de l'autorité qu'on y attache
N° 345. - Cette importance est moindre dans le contrat par correspondance
N° 346. - Observations sur les contrats conclus *inter praesentes,* entre commerçants spécialement
N° 347. - Contrats par correspondance entre commerçants. Importance de la nationalité commune, du domicile commun
N° 348. - Examen de la jurisprudence
N° 349. - Réserves en ce qui concerne le contrat de mariage
TITRE VIII. - De la loi qui régit les quasi-contrats.
N° 350. - Projet de la commission belge: *loi du lieu du quasi-contrat,* du délit, du quasi-délit. Incertitudes de la doctrine. Généralisations excessives
N° 351. - Il faut distinguer les quasi-contrats des faits illicites. Le paiement indû n'est pas un vrai quasi-contrat
N° 352. - En matière de quasi contrat on applique ordinairement la *lex loci actus* sans raisons bien sérieuses
N° 353. - Dissentiment de Laurent
N° 354. - Il assimile trop le quasi-contrat au contrat
N° 355. - De Bar voit en cette assimilation un fond de vérité, mais juge avec raison son système trop absolu
N° 356. - Du paiement indû spécialement et de la loi qui en régit les conséquences
N° 357. - Différence profonde entre le paiement indû et la gestion d'affaires
N° 358. - On appliquera en général, mais non d'une manière absolue la loi du lieu de la gestion. Exception
N° 359. - Il est excessif de considérer cette loi comme une loi de police
N° 360. - La loi du lieu du paiement indû determine le minimum des obligations de celui qui reçoit. La loi nationale doit aussi être prise en considération
N° 361. - Suite
N° 362. - Conclusion
TITRE IX. - Des obligations qui naissent des délits et des quasi-délits.
N° 363. - La loi du lieu de l'acte doit être suivie, quand elle impose l'obligation  PAGES.
N° 364. - Mais l'obligation peut résulter aussi de la loi nationale. Etat de la doctrine
N° 365. - Combinaison des deux lois. Espèces diverses
TITRE X. - Des obligations qui résultent de la loi.
N° 366. - La question de savoir quelle est la loi applicable dépend de la nature de l'obligation
N° 367. - Quelle loi régit les obligations dérivant d'une tutelle
N° 368. - On ne peut poser de règles générales et absolues
TITRE XI. - Détermination de la nationalité, du domicile, du lieu du contrat
N° 369. - Observations générales
SECTION I. - DE LA NATIONALITE.
§ I. - De la nationalité d'après les lois belges.
N° 370. - Ancien droit. Lieu de naissance joint au domicile
N° 371. - Attribution ou acquisition de la nationalité belge
N° 372. - Nationalité des enfants naturels, adultérins ou incestueux d'un Belge
N° 373. - Ils sont Belges dès qu'ils sont reconnus par un père ou par une mère belge
N° 374. - Il suffit que la mère soit Belge pour que l'enfant, né en légitime mariage soit Belge. Doctrine contraire
N° 375. - Démonstration
N° 376. - L'effet du changement de nationalité du père par la conquête dépend des conventions internationales
N° 377. - Il n'y a pas lieu d'appliquer la maxime: infans conceptus, etc... Pourquoi
N° 377 bis. - Droit d'option admis par Laurent sans aucun texte à l'appui
N° 378. - Il y a des inconvénients sérieux à s'attacher à l'époque de la conception
N° 379. - Variations de la jurisprudence en Belgique spécialement
N° 380. - Enfant issu d'un ex-Belge qui n'a pas acquis une nationalité nouvelle
N° 381. - La majorité dont il est question dans l'art. 9 est la majorité belge
N° 382. - Suite
N° 383. - Laurent étend, sans texte à l'appui, l'application de l'art. 10, al. 2
N° 384. - L'adoption est sans influence
N° 385. - Comment s'effectue l'option
N° 386. - La femme étrangère qui épouse un Belge, devient Belge, mais ne change pas nécessairement de nationalité avec lui
N° 387. - Distinction entre la naturalisation ordinaire et la grande naturalisation. Mais les naturalisés ordinaires sont Belges
N° 388. - Leurs enfants sont donc Belges. Dessentiment de Laurent
N° 389 - La grande naturalisation a été facilitée par la loi du 6 août 1881. Mais la naturalisation du mari n'entraine pas celle de la femme
N° 390. - Un système différent serait préférable
N° 391. - La naturalisation collective est admise dans plusieurs pays
N° 392. - Effet rationnel de l'annexion ou du fractionnement de territoire sur la nationalité
N° 393. - Règles différentes suivies en Belgique après 1830 à raison de circonstances spéciales
N° 394. - Décision singulière de la Cour de Cassation critiquée par Laurent
N° 395. - Systèmes divers quant aux effets de l'annexion
N° 396. - Le droit d'option doit être réservé
N° 397. - Droit d'option résultant de l'art. 133 de la Constitution
N° 398. - Solutions diverses que ces questions ont reçues dans d'autres pays
N° 399. - Toutes reconaissent le droit d'option, mais parfois sous la condition de changement de résidence
N° 400. - Comment se perd la qualité de Belge
N° 401. - Effet de la naturalisation étrangère du mari sur la nationalité de la femme
N° 402. - Son effet quant à la nationalité des enfants
N° 403. - Naturalisation de la femme en pays étranger avec l'autorisation de son mari
N° 404. - Naturalisation de la femme séparée de corps en pays étranger sans l'autorisation de son mari. Affaire de Bibesco
N° 405 à 408. - Suite
N° 409. - Examen de l'art. 13 du projet belge sur la rétroactivité de la naturalisation
N° 410. - Spécialement quant à la faculté de divorcer
N° 411. - Le droit d'option doit être assimilé à la naturalisation
§. 2. - Législations étrangères.
N° 412. - Législations de divers pays. Combinaison en général du *jus soli* et du *jus sanguenis.* Résolutions de l'Institut
N° 413. - La combinaison des deux éléments est imposée par des nécessités pratiques
N° 414. - Le domicile de 10 ans dans la loi italienne
N° 415. - Conclusion. Divergences extrêmes et danger de conflits
N° 416. - Il en est de même quant à la naturalisation
N° 417. Effets du changement de domicile ou d'établissement
N° 418. - Liberté d'émigration. Incident Brougham
N° 419. - Dans certans pays deux espèces de naturalisations
N° 420. - Naturalisation collective ou de famille
N° 421. - Conditions très diverses de la naturalisation
N° 422. - Du congé de nationalité comme condition de la naturalisation
N° 423. - Du congé de nationalité comme condition de la perte de la nationalité
N° 424. - Traités Bancroft
§ 3. - Solution des conflits.
N° 425. - Source des conflits
N° 425 bis. - Conflits positifs et conflits négatifs Solution de questions diverses
N° 426. - Obligations des Etats désintéressés dans les confits positifs
N° 427. - Conflits négatifs. Questions diverses
N° 428. - Cas de nationalité inconnue. Solution vicieuse du projet belge
SECTION II. - DU DOMICILE AU POINT DE VUE DU DROIT INTERNATIONAL.
N° 429. - Importance de la question
N° 430. - Lorsque la loi du domicile est appliquée en vertu de la loi nationale, c'est par cette dernière que le domicile est déterminé
N° 431. - Définitions diverses du domicile
N° 431 bis. - Divergences quant à la détermination du domicile originaire et du domicile légal
N° 432. - Jurisprudence française. Elle applique uniformément mais à tort la *lex fori*
N° 433. - Mais c'est cette loi qu'il faut consulter pour déterminer le domicile en matière de procédure et de compétence
N° 434. - De la détermination du domicile au point de vue du droit de succession
N° 435. - De la détérmination du domicile au point de vue de la faillite
N° 436. - De la détermination du domicile lorsqu'il influe sur l'interprétation et les effets des contrats
N° 437. - Application des principes

N° 438. - Difficultés en présence des divergences des législations
N° 439. - De la pluralité des domiciles
N° 440. - Suite
N° 441. - Domicile inconnu
N° 442. - Capacité de changer de domicile
N° 443. - De quelques dispositions du projet de révision belge
N° 444. - La jurisprudence française n'attache tous les effets du domicile qu'au domicile autorisé
N° 445. - Domicile ou nationalité des personnes juridiques publiques
N° 446. - Détermination du domicile des sociétés commerciales, etc. Elles ne peuvent avoir qu'un domicile
SECTION III. - DETERMINATION DU LIEU DU CONTRAT.
N° 447. - En cas de contrat par correspondance (offre et acceptation), le contrat se forme là où l'acceptation est reçue
N° 447bis. - Suite
N° 448. - Contrats par messagers
N° 449. - Contrats *inter praesentes* sous condition d'essai, etc
N° 450. - Conventions expresses ou tacites sur le lieu où se forme le contrat
N° 451. - Lieu du quasi-contrat, et du délit ou du quasi-délit. Difficultés sur ce dernier point et distinctions
N° 452. - Controverses spécialement en Allemagne: de Bar et Listz. Discussion
TITRE XII. - De la loi qui régit les successions.
SECTION I. - DIVERSITE DES SYSTEMES ETABLIS PAR LES LEGISLATIONS POSITIVES.
N° 453. - La loi nationale du *de cujus* l'emporte dans les projets nouveaux, mais non dans beaucoup de législations actuelles
N° 454. - L'application de la loi du *situs* effectif à *toute la succession,* est presque universellement repoussée
N° 455. - Presque partout on distingue en fait entre les meubles et les immeubles
SECTION II. - DROITS SUCCESSORAUX DES ETRANGERS EN FRANCE ET EN BELGIQUE.
N° 456. - Effet réel des articles 726 et 912 du Code civil, et loi française de 1819
N° 457. - Loi du 27 avril 1865 en Belgique
SECTION III. - DE LA LOI QUI REGIT LA SUCCESSION D'APRES LES REGLES DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE, ADMISES EN FRANCE ET EN BELGIQUE.
N° 458. - Fondement du droit de succession en droit romain: considérations de famille
N° 459. - La conception de ce droit se modifie sous l'influence du régime féodal
N° 460. - Le droit devient réel même pour les alleux, la succession des fiefs étant principale
N° 461. - Il n'y a eu qu'une dérogation apparente à ce principe en matière mobilière
N° 462. - On applique en cette matière la loi de la situation ordinaire, et présumée générale
N° 463. - C'était l'état de la doctrine au moment où parait le Code
N° 464. - Cette tradition juridique constante a été maintenue
N° 465. - Elle l'a été aussi en Belgique sous le régime des lois de 1837 et de 1865
N° 466. - Les traités conclus sous le régime de la 1re n'y dérogent point
N° 467. - La loi de 1865 pas davantage bien qu'elle ne la consacre pas textuellement
N° 468. - Au surplus elle a été reconnue dans la discussion de cette loi
N° 469. - Mais la loi du *situs* réel n'est pas applicable à la succession mobilière
N° 470. - La distinction entre le domicile légal et le domicile de fait bien qu'admise par la jurisprudence française n'a aucune base
N° 471. - La loi du domicile de fait, appliquée en France à la succession mobilière d'un étranger, en vertu de sa loi nationale
N° 472. - Suite
N° 473 - Certains auteurs prétendent que la succession doit être régie, même en droit positif français, par la loi natiotionale du défunt. Discussion
N° 474. - Réfutation de ce système en droit positif
N° 475. - Suite
N° 476. - Réfutation du système d'après lequel toute la succession est régie par la loi du *situs* réel. Jurisprudence étrangère
N° 477. - Tendances actuelles en Allemagne
N° 478. - Résolutions de l'Institut et projet belge dans le même sens
N° 479. - Motifs de préférer en théorie la loi nationale du *de cujus*
N° 480. - Il en est ainsi notamment en ce qui concerne la réserve
N° 481. - Objections graves contre les autres systèmes
TITRE XIII. - De la loi qui régit le contrat de mariage, et les rapports des époux quant au biens, en l'absence de contrat de mariage.
§ I. - Observations générales.
N° 482. - Du lien qui existe entre les dispositions relatives au régime pécuniaire et celles qui règlent les relations personelles
§ II. - De la liberté des conventions matrimoniales et des lois qui imposent ou excluent un régime déterminé.
N° 483. - La liberté est la règle presque partout, mais partout elle subit certaines restrictions. Parfois même tel régime est imposé ou exclu
N° 484. - Les lois qui restreignent la liberté des époux s'imposent aux nationaux
N° 485. - La loi nationale du mari doit l'emporter en général
N° 486. - De l'institution contractuelle spécialement
§ III. - De la loi qui règle la forme du contrat de mariage.
N° 487. - Diversité des législations. On applique en général la règle *locus regit actum,* en lui reconnaissant force impérative
§ IV. - Des lois qui prescrivent que les conventions matrimoniales soient antérieures au mariage et proclament leur immutabilité.
N° 488. - Cette double règle ne concerne pas la forme. Elle limite la capacité des époux, et enchaîne les nationaux
N° 489. - Suite et critique de la jurisprudence
§ V. - De la loi qui règle le régime des biens des époux en l'absence de contrat.
N° 490. - Diversité des législations
N° 491. - On a admis longtemps avec Dumoulin que le régime légal résultait en réalité de la volonté des parties, mais en appliquant toujours, en vertu de cette volonté, la loi du domicile matrimonal
N° 492. - La jurisprudence suit ce système assez fidèlement, dans la 1re partie de ce siècle
N° 493. - Elle a fini par s'en écarter fort logiquement, en admettant qu'il faut rechercher la volonté des époux d'après les circonstances
N° 494. - La jurisprudence belge applique avec plus de constance la loi du domicile
N° 495. - Controverses très vives dans la doctrine. Système anglais *lex situs*
N° 496. - Système de la jurisprudence française: domicile, résidence, autres circonstances
N° 497. - Réfutation de ce système. Motifs à l'appui du 3e système
N° 498. - Suite
N° 499. - L'application de la loi nationale est commandée par l'esprit de l'ensemble des dispositions relatives à cette matière
N° 500. - La convention tacite n'est pas libre. Il n'y a qu'un seul régime qui puisse être adopté par convention tacite
N° 501. - La doctrine est de plus en plus favorable à ce système
N° 502. - Il en est de même en pays étranger
N° 503. - Cas de nationalités diverses
N° 504. - Il faut appliquer la loi nationale du mari. Mais il peut en être autrement quand il y a des conventions matrimoniales
N° 505. - Détermination de la portée des conventions matrimoniales dans des cas douteux
N° 506. - Cas de changement de nationalité
TITRE XIII. - De certaines questions relatives à l'application de la loi nationale étrangère.
SECTION I. - DU POURVOI EN CASSATION FONDE SUR LA NON APPLICATION DE LA LOI ETRANGERE.
N° 507. - Observations générales. Principe admis par notre Cour de cassation
N° 508. - Singulière raison invoquée par M. le procureur général Mestdagh
N° 509. - La jurisprudence étrangère est dans le même sens. Mais il y a de graves dissentiments dans la doctrine
N° 510. - Il est inadmissible que les tribunaux satisfassent à la loi qui leur prescrit l'application d'une loi étrangère, lorsqu'ils violent manifestement celle-ci tout en prétendant l'appliquer
N° 511. - Objection déduite de ce que la loi étrangère ne figure pas au Bulletin des lois
N° 512. - Objection tirée du rôle de la Cour de Cassation en général
N° 513. - Objection déduite de ce qu'elle pourrait être amenée ainsi à se mettre en contradiction avec la jurisprudence étrangère
N° 514. - Tendances récentes de la jurisprudence française. Elles conduisent invinciblement au principe que le pourvoi peut être annulé pour violation d'une loi étrangère
N° 515. - Ce système est dans tous les cas préférable en théorie
SECTION II. - LORSQU'IL Y A LIEU D'APPLIQUER UNE LOI ETRANGERE, ELLE DOIT ETRE APPLIQUEE MEME D'OFFICE
N° 516. - Le principe est généralement admis. Et il n'appartient pas aux parties de réclamer l'application d'une autre loi
N° 517. - Leurs déclarations ont de l'importance quand il ne s'agit d'appliquer la loi étrangère que comme droit supplétif
N° 518. - On peut s'en prévaloir en tout état de cause
SECTION III. - DE LA PREUVE DES LOIS ETRANGERES.
N° 519. - Elle n'incombe pas en principe à celui qui les invoque, mais elle peut lui être imposée par des nécessités pratiques
N° 520. - Moyens de preuve. Ils ne sont pas limités
N° 521. - Projet de l'Institut de droit international

N° 522. - De l'aveu et de la délation du serment

FIN DE LA TABLE DES MATIERES DU PREMIER VOLUME