498

COURS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

rédigé d'après la sténographie et avec l'autorisation

DE

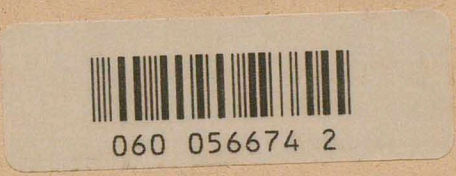
M. NIBOYET

Professeur à la Faculté de Droit de Paris

✷

LICENCE 3ME ANNÉE

1943-1944



LES COURS DE DROIT
158, rue Saint-Jacques
PARIS-V

Source : BIU Cujas

Source : BIU Cujas

DROIT INTERNATIONAL PRIVE

(3ème Année)

Définition provisoire du Droit International privé .

Il importe, en abordant la matière nouvelle du Droit International privé, d'en donner une définition provisoire, définition qui aura besoin d'être reprise plus complètement par la suite. Le Droit international privé est "la branche du Droit français qui s'occupe de la vie juridique des personnes en fonction du phénomène de la frontière ".

Le phénomène de la frontière

Cette expression de phénomène de la frontière sera le terme que constamment nous rencontrerons d'un bout à l'autre de l'étude du Droit international privé. Elle signifie que l'existence d'Etat différents dans lesquels sont en vigueur des législations plus ou moins variables les unes par rapport aux autres, soulève pour la vie juridique des individus un certain nombre de problèmes graves et qui appellent des solutions comme une technique particulières.

La vie juridique de l'individu peut se dérouler sur le plan national d'abord, ensuite sur le plan international; pour l'immense majorité des hommes, leur vie se déroule essentiellement, exclusivement peut-on dire, dans le plan national. Voici un exemple : un commerçant d'une ville de France passe un contrat avec un commerçant d'une autre ville, tout se dérou-

Source : BIU Cujas

lo dans le plan national et il n'y a naturellement aucun problème qui se pose pour nous. Mais la vie juridique des individus, parce que telles sont les exigences de la vie économique et industrielle, ne peut pas être purement nationale et il faut que des rapports juridiques soient noués entre des individus de pays différents. Bien que ce ne soit pas le cas le plus fréquent, c'est tout de même une hypothèse extrêmement répandue, et de plus en plus : Supposons qu'un commerçant de France passe un contrat avec une clientèle qui se trouve dans un autre pays, ici vient s'intercaler entre nos deux co-contractants supposons que ce soit un contrat de vente - entre le vendeur et l'acheteur , qui appartiennent à des pays différents, le phénomène de la frontière politique et juridique qui sépare les deux Etats. Voici les conséquences qui en résultent : l'année dernière ont été étudiées les règles du contrat de vente ; ces règles sont celles du Droit français, mais si un commerçant de France passe un contrat avec un acheteur qui est dans un pays étranger, a priori il n'y a pas de raison spéciale d'appliquer uniquement les règles du Droit français ; dans le pays étranger il y a des règles sur le contrat de vente qui sont peut-être différentes. C'est ce phénomène de la frontière qui est spécifique du Droit international privé. Lorsque dans la vie juridique d'un individu vient s'intercaler précisément cette séparation entre deux Etats, une situation toute nouvelle se présente ; elle constitue l'objet de notre étude.

Intérêtsde l'étude du Droit international privé.

Nous allons d'abord voir quels sont les intérêts de l'étude du Droit international privé.

Il y a deux sortes d'intérêts ; il y a d'abord des intérêts immédiats, qu'on peut qualifier encore d'intérêts pratiques ; il y a aussi des intérêts plus lointains, qui sont peut-être les plus importants au point de vue de l'étude du Droit, les intérêts médiats ou de caractère culturel.

I - Les intérêts immédiats ou pratiques.

L'intérêt immédiat consiste à rechercher et à donner, dans la mesure du possible, la solution de problèmes qui se rattachent à la vie juridique quotidienne des individus dans les rapports internationaux. Il est facile de montrer cet intérêt en parcourant rapidement les grandes têtes de chapitre du Droit civil, la trilogie des biens, des personnes et des actes juridiques qui constituent les trois étapes de ce Droit.

Source : BIU Cujas

La matière des biens

A - Si nous prenons d'abord la matière des biens, il sera facile de montrer comment les problèmes avec le phénomène de la frontière naissent, et quel est leur intérêt pratique, c'est-à-dire leur importance immédiate.

La propriété des meubles corporels

Voici d'abord la question de la propriété : une personne a acheté un meuble - cet exemple ne peut jouer que pour des meubles, les immeubles ne pouvant être transportés d'un pays à un autre - dans un pays et après cela elle le transporte dans un autre. Est-ce que celui qui a acheté cet objet dans un pays étranger et qui le transporte en France par exemple, va en être reconnu comme propriétaire ? On se trouve en effet en présence d'un dilemme : la loi étrangère en vertu de laquelle ce meuble a été acheté ne s'applique pas en France, son pouvoir expire aux limites de la frontière du pays étranger et, si l'on veut appliquer la loi française à cette acquisition qui a été faite à l'étranger, il est possible qu'on arrive à des résultats qui ne soient pas satisfaisants. Voilà un problème d'un intérêt pratique considérable : il faut qu'ayant acheté un bien dans un pays et le transportant dans un autre, on puisse y faire reconnaître sa propriété.

Les titres au porteur

La question s'est présentée dans le passé, notamment pour des titres au porteur, les titres au porteur, à une époque où les cambrioleurs s'attachaient moins aux bijoux qu'à l'époque actuelle, ont été un grand objet de tentation avant que des mesures de garantie ne soient intervenues à leur égard, et ceux qui avaient volé des titres au porteur dans une banque, chez un particulier, dans un convoi postal, les transportaient dans un pays étranger parce qu'il leur était plus facile de les négocier hors de France qu'en France. En France il y a des garanties de publicité ; dès que les titres ont été volés, ils deviennent inaliénables, mais cette législation spéciale qui protège les propriétaires des titres volés est faite pour la France, avec une publicité dans un journal qui paraît en France et, naturellement, elle n'a aucune valeur en pays étranger ; si on veut aliéner ces titres hors de France on n'aura pas à respecter les dispositions du droit français ; ainsi les titres volés étaient négociés auprès de Bourses étrangères.

De temps à autre, ces titres rentraient en France par les hasards de la spéculation, ou bien parce qu'il s'agissait de titres français et qu'à un moment donné, par suite de leur amortissement, pour des recouponnements ou d'autres raisons, les titres étaient renvoyés dans notre pays ; à ce moment-là l'ancien propriétaire, s'il venait à le savoir, les saisissait et la question se posait de savoir à qui ils appar-

Source : BIU Cujas

tenaient.

Voilà donc un problème d'un intérêt immédiat très grand touchant la propriété. Toutes les fois que des biens comme les titres volés auront été acquis dans un pays étranger où il était licite de les acquérir, est-ce que l'inaliénabilité prescrite par la loi française continuera à jouer ?

Le régime des biens

Voici un deuxième exemple emprunté à la matière des biens: le régime des successions, qui n'est qu'un aspect de la matière des biens. Il y a des personnes qui meurent, laissant des biens dans plusieurs pays. Or, notre droit successoral, c'est le droit français ; peut-on appliquer le droit successoral français aux biens qui ne sont pas en France ? Et, d'autre part, il parait désirable qu'il n'y ait pas unité du droit applicable à la succession d'une seule et même personne. Voilà encore un problème d'un intérêt pratique immédiat : la façon d'assurer la dévolution des biens d'une personne qui laisse soit des meubles, soit des immeubles dans un certain nombre de pays.

Le régime matrimonial

Si nous abordons maintenant le régime matrimonial, nous voyons des personnes qui sont mariées, mais qui ont des biens dans plusieurs pays ; elles sont mariées sous un régime matrimonial français, le régime de la communauté par exemple, or elles peuvent avoir des biens dans un pays étranger et, surtout dans les mariages mixtes entre Français et étrangères, l'un des époux peut avoir des biens dans un pays étranger et il se trouve que, dans ce pays étranger le régime qui doit s'appliquer à eux est le régime de la séparation de biens. Ces deux régimes sont, en principe, assez peu conciliables, or, il est choquant que les époux ne soient pas mariés sous le même régime pour tous leurs biens. Intérêt par conséquent immédiat de tâcher de résoudre cette difficulté qui naît encore du phénomène de la frontière, parce que les biens ne sont pas tous dans le même pays.

Les marques de fabrique

Nous emprunterons quelques exemples à la matière de la propriété intellectuelle; une personne est propriétaire, titulaire d'une marque de fabrique. Une marque de fabrique présente aujourd'hui dans certains cas une valeur pécuniaire considérable, elle est la base de certains commerces ou de certains industries. Or, dans le commerce international, ce qui est essentiel c'est d'assurer à la protection de cette marque une valeur internationale : si une maison française a une marque très connue, très réputée et due à la valeur des produits vendus, il ne faut pas qu'à l'étranger n'importe qui puisse utiliser cette même marque pour vendre des produits tout à fait diffé-

Source : BIU Cujas

rents comme origine, fabrication, garantie et qualité. Or, la législation française sur les marques de fabrique n'a pas de valeur en pays étranger ; est-ce que le pays étranger va vouloir protéger une marque française ? Est-ce que nous allons, nous en France, protéger une marque étrangère ? Il y a là des intérêts considérables parce qu'ils sont une source de richesse de toute l'économie d'un pays.

Le champagne et le cognac nous fournissent une illustration de cette idée. Le champagne est vraiment une industrie nationale française, il n'y a pas un pays au monde où l'on fasse ce qui correspond au champagne français ; mais dans tous les pays du monde on cherchait à vendre des imitations de notre champagne, c'est-à-dire qui n'étaient pas faites avec le même raisin que le champagne français, ni avec les mêmes procédés de fabrication ; il en résultait pour le commerce français des vins de Champagne une concurrence désastreuse au point de vue de la qualité de ce qu'on vendait, et de la facilité de prix inférieurs. L'intérêt considérable qui se présentait était d'obtenir qu'on n'ait pas le droit à l'étranger de vendre sous le nom de champagne des vins qui n'en étaient pas. On appelle en gros Vins de champagne des vins faits avec du raisin récolté dans la région délimitée de Champagne et avec les procédés de fabrication en vigueur.

Petit à petit on est arrivé à obtenir une protection mondiale, à savoir que dans bien des pays étrangers, on n'a pas le droit de vendre, sous le nom de champagne, le vin qui n'a pas été effectivement fait en France et qui, par conséquent, n'a pas droit à l'appellation d'origine française de Champagne.

Le même intérêt pratique s'est présenté pour une autre boisson française, le cognac. On vendait dans bien des pays étrangers du cognac qui n'avait aucun rapport avec le cognac français qui, là encore, au point de vue appellation d'origine, est réservé à la liqueur qui est faite avec des raisins d'une certaine région et une fabrication dans cette même région de la Charente; Il a donc fallu obtenir que, dans les pays étrangers, on interdise d'appeler cognac ce qui ne venait pas de la région française de Cognac.

Mais si nous avons lutté, essayé et fini par obtenir la protection à l'étranger de nos vins de champagne et de notre cognac, ce qui est immense comme résultat commercial, il faut que nous fassions de même à l'égard des produits étrangers, il faut que nous aussi nous interdisions en France de vendre sous un certain nom des contrefaçons, des imitations plus ou moins frauduleuses avec utilisation de noms génériques.
Et c'est ainsi que petit à petit on est arrivé, sur la base de la réciprocité, non seulement à protéger nos appellations d'origine hors de France, mais à protéger en France des appellations d'origine étrangère : par exemple on n'aura pas le droit de vendre sous le nom de vin du Rhin un vin qui effecti-

Source : BIU Cujas

vement ne vient pas des régions délimitées du Rhin, ou de vi de Tokay qui ne vienne pas de Hongrie, etc... Il y a là des intérêts immédiats considérables.

La propriété

Si nous abordons maintenant une autre mati de la propriété intellectuelle, nous prendrons celle des oeuvres dites de l'art et de l'esprit. Voilà un au teur qui a composé, dans un certain pays, une oeuvre lyrique est-ce que cette oeuvre va pouvoir être représentée libremen dans d'autres pays ? Nous protégeons, nous en France, depuis 1793, les oeuvres théâtrales ou les oeuvres lyriques, c'est-à-dire que l'auteur a un droit absolu d'interdire la reprodu tion, la représentation de son oeuvre ou tout au moins de ne l'autoriser qu'avec des garanties morales et pécuniaires. Mais notre loi n'a aucun valeur à l'étranger, elle expire au frontières et il est arrivé pendant longtemps que les auteur français aient été exécutés dans des théâtres à l'étranger sans participer en quoi que ce soit aux avantages pécuniaires de cette reproduction. Inversement, des auteurs étrangers pouvaient être victimes du même procédé en France. Mais on es arrivé petit à petit, en raison des intérêts considérables qui existaient, à protéger, dans un nombre de pays qui aujour d'hui est très grand, les oeuvres dramatiques, lyriques et, d'une manière générale, les écrits et la musique qui ont été composés par des étrangers ou dans d'autres pays, comme si la chose avait été faite par des nationaux.

La matière des personnes.

B - Passons maintenant à la matière des personnes, pour montrer, par quelques exemples, les intérêts immédiats ou d'ordre pratique que soulève le phénomène de la frontière. Si les individus restaient tous dans leur pays, il n'y aurait évidemment pas de problème, mais ce serait un monde impossible, les individus circulent et de tout temps, il y a eu ce qu'on a appelé des migrations de populations plus ou moins importantes et considérables. Le phénomène moderne, depuis quelque vingt ou vingt-cinq ans, en ce qui concerne la France, est l'intensité, le caractère massif pris par l'immigration de population, à tel point qu'au terme d'une enquête qui a été faite en 1927, la France peut être considérée comme étant devenue momentanément le pays d'immigration le plus important du monde, ayant dépassé de beaucoup les terres d'élection de l'immigration, c'est-à-dire les trois Amériques.

Ce phénomène soulève donc des intérêts considérables puisque, toutes les fois qu'un étranger se trouve de l'autre côté de sa frontière, il continue à vivre, il fait des actes juridiques, sa vie se déroule ; or, sous l'empire de quelle loi cette vie va-t-elle pouvoir précisément se dérouler ?

Source : BIU Cujas

le mariage

Prenons l'exemple du mariage : un étranger qui vient en France veut se marier, quelle loi allons-nous appliquer à son mariage ? Allons-nous le marier sous la loi française ou allons-nous lui dire : il faut que vous respectiez la loi de votre propre pays. Il y a là un problème d'un intérêt immédiat, il faut lui trouver une solution satisfaisante. Parfois même, si les deux futurs époux ne sont pas de la même nationalité, le problème se complique, car on ne peut pas consulter une seule loi puisqu'ils appartiennent chacun à un pays différent ; d'où nécessité de résoudre cette difficulté et de déterminer la loi sous l'empire de laquelle le mariage sera célébré valablement vis-à-vis de chacun d'eux.

Les effets du mariage ne sont pas moins importants toutes les fois que les époux ont besoin de développer leur vie juridique dans un autre pays que le leur ; voilà une femme mariée étrangère qui est en France. Il y a un problème très important qui se posait et qui est simplifié maintenant depuis que nous avons enfin adopté la capacité de la femme mariée. Reportons-nous par la pensée avant 1938, époque où la femme n'était pas capable : voilà une étrangère qui était en France, elle voulait faire un acte juridique, dans son pays - et il y en avait un très grand nombre dans ce cas - la femme mariée avait sa pleine capacité civile, elle se présentait au guichet d'une banque ou d'un agent de change pour vendre une valeur et elle disait : "je suis de tel pays, je suis capable et n'ai pas besoin de l'autorisation de mon mari ". L'intérêt immédiat est très grand pour une femme mariée qui se trouve dans un pays étranger, soit à demeure, soit momentanément et qui a besoin de faire un acte juridique ; comment apprécier sa capacité ? Est-ce que ce sera la capacité de son pays d'origine, est-ce que ce sera la capacité qui est en vigueur dans le pays où elle veut faire un acte ? Et lorsque aujourd'hui une femme française mariée, qui est capable, se trouve dans une pays étranger et a besoin de faire des actes juridiques, est-ce que sa capacité est déterminée par la loi du 22 Septembre 1942 combinée avec la loi de 1938, ou bien faudra-t-il tenir compte de la capacité en vigueur dans le pays étranger ? Ce sont là des problèmes d'un intérêt immédiat considérable et dont les tribunaux ont eu à s'occuper.

Une des dernières affaires, qui remonte à dix ans, concernait une vedette parisienne bien connue, dont le mari était un richissime étranger ; ce dernier entendait lui interdire de continuer et à figurer sur l'affiche d'un music-hall et à paraître sur la scène. Les interdictions du mari - ce qui arrive souvent - n'avaient pas été suivies d'efficacité et celui-ci saisit le tribunal de la Seine. Devant le tribunal, l'intéressée d'origine française, mais devenue la femme d'un étranger extrêmement riche et qui, par là même étrangère en

Source : BIU Cujas

vettu du droit en vigueur à cette époque disait : "je ne suis plus française, et l'incapacité de la femme mariée par conséquent ne me concerne plus ; j'appartiens actuellement par ma nationalité à un pays où la femme mariée a sa pleine capacité par conséquent j'ai le droit d'exercer une profession nonobstant l'interdiction de mon mari". Le tribunal de la Seine devait donc décider si on appliquerait la loi française, c'est-à-dire à cette époque l'interdiction d'exercer une profession sans l'autorisation du mari, ou si on appliquerait la loi de cet Etat étranger où la femme avait sa pleine et entière capacité.

La filiation. Passons maintenant au problème de la filiation. Le problème de la filiation soulève, lui aussi, des difficultés toutes les fois que les intéressés de la filiation, c'est-à-dire ceux qui réclament une filiation et ceux auxquels on prétend l'imputer - en ce qui concerne surtout la filiation naturelle, parce qu'on est rarement d'accord sur celle-ci - n'ont pas la même nationalité. L'enfant qui réclame son père est Français parce qu'il est né en France, ou n'a pas été reconnu ; il intente une action en recherche de paternité contre son père qui est un étranger et qui n'a pas, comme nous, l'article 340 nouveau du Code civil, ou qui a l'ancien article 340 antérieur à 1912 qui interdit toute recherche de filiation : le père par conséquent entend rompre le combat en disant "pas de recherche de filiation dans mon pays" ; l'enfant, lui, invoque l'article 340. On voit l'intérêt immédiat pour les deux puisque, selon la solution qu'on donnera, il y aura ou non filiation établie. Il faut par conséquent résoudre la difficulté qui naîtra ici du phénomène de la frontière, c'est-à-dire du fait que les deux intéressés n'appartiennent pas à la même nationalité.

Les personnes morales Nous n'avons parlé encore à propos des personnes que des personnes physiques; mais les personnes morales soulèvent à l'heure actuelle dans la vie juridique internationale des problèmes très nombreux et dont l'importance n'est pas moindre. En effet, c'est un phénomène économique de la vie moderne de tous les pays que la substitution croissante de la forme sociale ou collective pour l'activité des individus à l'ancienne forme individuelle : petit à petit dans l'économie interne française, les grandes entreprises qui étaient des affaires familiales ont dû céder devant des sociétés à raison des besoins de capitaux tellement considérables aujourd'hui dans une entreprise, qu'une simple affaire familiale peut difficilement les fournir. Bref, déjà dans l'économie purement interne française, on constate que l'activité des individus se déroule de plus en plus par des sociétés ou par des associations. Si l'activité des individus se déroule

Source : BIU Cujas

déjà dans la vie interne de plus en plus par des sociétés ou des associations, ces sociétés ou ces associations sont forcées de faire, dans la même forme, du commerce international et dès lors se pose pour elles, chaque fois qu'elles cherchent à exercer leur activité dans un autre pays, le phénomène de la frontière. Il va naître ici dans des conditions beaucoup plus graves. Sans entrer dès à présent dans le détail, il importe tout de même de montrer l'intérêt de la question :

On suppose par hypothèse qu'une société existe valablement dans un pays étranger ; elle fait des affaires avec des Français et elle a des difficultés, elle saisit un tribunal français. L'adversaire, qui cherche moins à exécuter ses contrats qu'à se débarrasser de son co-contractant, va soulever un moyen juridique extrêmement fort, qui d'ailleurs a longtemps réussi et qui consistera à dire ceci au représentant de cette société : "mais qui êtes-vous ? Je ne vous connais pas, qu'est-ce qu'une personne morale ? Vous tenez votre personnalité morale - personnalité tout à fait artificielle et fictive - d'une loi étrangère, vous ne la tenez que de la volonté du législateur étranger et le législateur étranger n'a aucun pouvoir pour vous la donner en France, vous n'êtes pas personne morale en France, vous n'êtes rien et vous ne pouvez par conséquent pas agir en justice en vertu d'une règle fondamentale de procédure : "nul ne plaide par procureur". Une personne morale peut plaider parce qu'elle a la personnalité juridique, mais un groupement qui n'a pas la personnalité morale ne peut plaider qu'individuellement, chacun de ses membres doit faire le procès".

ù l'on arrive-ait

On se rend compte de l'impossibilité pratique si une société étrangère comportant par exemple 200.000 actionnaires, ne pouvait plaider qu'à la condition que ses 200.000 actionnaires soient mis en cause dans le procès. Il y aura donc des difficultés à résoudre et ce problème de la personnalité morale a été l'un des plus délicats qui se soient présentés dans les rapports des divers pays.

La matière des actes juridiques

C - Passons maintenant au troisième aspect du droit civil : les actes juridiques. Les biens sont l'objet de l'activité des individus et ceux qui en profitent sont les personnes physiques ou morales. Encore faut-il un moyen de lier entre eux les individus ; ce moyen est l'acte juridique, et pratiquement le contrat.

es contrats

Or, dans les rapports internationaux, l'on fait constamment des contrats d'un pays à un autre, puisque c'est tout le commerce international que l'on développe, parce qu'il est la richesse même d'un pays. Tous ces contrats ont besoin d'une règlementation.

Source : BIU Cujas

Si une maison de France passe un contrat avec une maison d'un pays étranger, il faut que ce contrat obéisse à une loi et à une seule ; on ne peut pas soumettre le contrat à la fois à la loi française et à la loi étrangère, parce qu'on aboutirait à quelque chose de tout à fait monstrueux. Pourquoi faire prévaloir plutôt une loi qu'une autre ? Il y a un intérêt pratique considérable à trouver une solution qui ne permette de ne soumettre ce contrat qu'à une des deux lois, soit la loi française dans certains cas , soit la loi étrangère dans d'autres.

Les payements internationaux

Une des matières qui a soulevé le plus grand nombre de procès depuis vingt ou vingt-cinq ans dans le domaine des contrats dits internationaux, est celle des paiements. Elle les a soulevés pour une raison d'ordre économique ; le franc ayant subi pas mal de fluctuations depuis 1914, on a cherché constamment dans les contrats à échapper aux conséquences de ces fluctuations et à prendre comme base des monnaies étrangères, telle que le dollar, ou des matières plus stables. Ainsi les contractants auraient souvent voulu prendre comme monnaie de compte du métal, contracter en valeur or, c'est-à-dire une valeur stable, ou bien certaines monnaies étrangères qui, pendant longtemps, furent considérées comme ayant une stabilité absolue. Nos tribunaux ont eu à en connaître dans de très nombreuses hypothèses. L'intérêt était considérable parce que, selon que le créancier touchait du franc français ou une autre monnaie, la situation était très différente.

Supposons un contrat fait en 1910 à l'époque où le franc avait encore la valeur de l'or ; on avait stipulé du franc, mais l'on n'avait pas pensé à ce moment-là ni à la guerre, ni à la dévaluation du franc. Arrive la guerre de 1914 avec son cortège de dévaluations du franc français ; vers 1920, moment où la créance est exigible, qu'est-ce que le créancier pourra exiger ? Qu'est-ce que le débiteur devra lui payer ? Le débiteur cherche à payer le moins possible et le créancier à obtenir le plus possible. Le créancier dit :"nous avons stipulé du franc, ce peut être du franc suisse ". Pourquoi ? Parce que le franc suisse n'a pas été dévalué. Mais le débiteur dira "c'est du franc français ou du franc belge" parce que c'est celui qui a conservé une moindre valeur. Tout cela nécessite dans les contrats internationaux de déterminer exactement quelle est la monnaie du paiement et de quelle liberté les parties jouissent.

En Droit français aujourd'hui on n'a pas le droit dans un contrat de stipuler un paiement en autre chose qu'en francs et qu'en francs français, à peine de nullité. Ceci n'est pas discutable, nous sommes sous le régime du cours forcé qui remonte à la loi du 1er Octobre 1936 ; toute clause

Source : BIU Cujas

dans un contrat français qui, d'une manière directe ou indirecte a pour but d'échapper à cette idée que le franc-papier a une valeur indélébile est frappée de nullité. Mais il est bien évident que si l'on fait un contrat dans la vie internationale, on ne peut pas imposer cette conception sur les marchés étrangers ; nous ne pourrions donc pratiquement rien acheter ni souvent rien vendre, et ce serait la paralysie complète du commerce international.

Il y a donc un intérêt à ce que cette exigence économique très grave du cours forcé soit un peu assouplie au contact de certaines nécessités du commerce international et précisément la Cour de cassation a été amenée à consacrer une thèse extrêmement intéressante d'après laquelle, dans un contrat international, les parties disposent de la liberté des clauses monétaires à des conditions déterminées, qu'il serait prématuré d'indiquer actuellement.

Conclusion sur l'intérêt pratique

Cette rapide revue avait simplement pour but de vous montrer l'intérêt immédiat et non pas du tout théorique de nos problèmes ; ils sont pris dans la vie courante, dans la vie quotidienne et soulèvent des problèmes essentiels à l'économie mondiale. C'est en somme un intérêt que l'on rencontre toutes les fois qu'une institution du droit interne est mise en contact avec celle d'un pays étranger, d'où cette formule que l'on peut donner et qui, techniquement, est exacte bien qu'elle semble quelque peu abstraite :

"L'intérêt immédiat est celui que donne l'ensemble du droit interne, c'est-à-dire tout le droit français, lorsqu'il est projeté dans l'espace", c'est-à-dire lorsqu'il est mis en rapport avec le droit des divers autres pays.

2 - L'intérêt médiat ou culturel.

Ce second intérêt n'apparait pas aussi nettement que l'intérêt pratique. Mais du point de vue de l'enseignement, du point de vue des études juridiques, il est peut-être et de beaucoup, le plus important des deux : c'est l'intérêt culturel de l'étude du Droit international privé.

En effet, cette étude contribue indiscutablement - et c'est pourquoi elle existe comme enseignement obligatoire - au développement de l'esprit juridique. Ce n'est d'ailleurs pas un enseignement extrêmement ancien, il a été créé en France seulement par un décret du 28 Décembre 1880; il était à cette époque annuel. Il est devenu, en 1895, un enseignement semestriel, cependant que le même arrêté ministériel qui le rendait semestriel en triplait à peu près les matières ; et la nécessité de la vie internationale l'a peut-être décuplé depuis lors. C'est pourquoi il y a une extrême difficulté à faire tenir

Source : BIU Cujas

l'ensemble des matières du Droit international privé dans un petit nombre de leçons.

Triple intérêt culturel.

D'où vient donc son intérêt culturel ? Il vient d'abord de ses sources ; il vient en second lieu de sa technique et il vient en troisième lieu du rôle qu'y joue le facteur politique. Reprenons rapidement ces trois éléments qui constituent l'intérêt médiat et culturel du Droit international privé.

Les sources du Droit international privé

La coutume en Droit international privé.

A - Il vient d'abord de ses sources. La particularité du Droit international privé, tout au moins dans l'une de ses matières les plus importantes, celle des conflits, est d'être encore aujourd'hui un droit essentiellement coutumier. La France depuis déjà bien longtemps, a cessé d'être en principe un pays de droit coutumier ; il suffit de rappeler la difficulté que l'on éprouve à trouver, en droit civil, des applications nouvelles de la coutume ; on en indique peut être une ou deux et c'est tout. Notre droit civil est devenu un droit écrit et ce qui a été fait pour le droit civil a été étendu à l'ensemble des branches de notre Droit. La particularité et l'intérêt par là même, de l'étude du Droit international privé provient de ce qu'il est encore, lui, un droit presque totalement coutumier dans une de ses parties importantes. L'étude de la coutume, non plus seulement sous l'angle de l'histoire d'une coutume morte, mais d'une coutume applicable, ce qui nous met donc en présence d'une forme particulière de l'examen des sources du droit et, étant donnée sa rareté, c'est là précisément ce qui, du point de vue de la formation complète, du développement complet de l'esprit juridique, présente un très grand intérêt : retrouver vraiment une coutume encore applicable.

Les traités diplomatiques

Un autre intérêt, qui se rattache à l'étude des sources du Droit international privé, est l'intérêt d'une certaine source, que l'on ne peut pas rencontrer en droit interne, qui n'est pas extrêmement répandue en droit international privé, mais qu'on y rencontre et qu'on ne peut trouver que là : ce sont les traités diplomatiques. En droit interne, la seule source écrite de droit, c'est la loi ; en Droit international privé il y a deux sources possibles de droit écrit : la loi d'abord, car le législateur règlemente certaines matières pour les rapports internationaux, et puis des accords entre les Etats. Cette source a pour but précisément d'assurer des possibilités à la vie juridique des individus, de donner des satisfactions pratiques à ces intérêts immédiats dont nous avons parlé et qui, sans cela, ne seraient pas possibles. Si

Source : BIU Cujas

aujourd'hui nos champagnes, nos cognacs sont protégés dans le monde entier, si aujourd'hui les oeuvres de l'art et de l'esprit français sont également protégés dans de nombreux pays, c'est qu'il est intervenu une entente entre un très grand nombre de pays par voie d'unions pour assurer cette protection. Nous avons donc là une source particulière toute différente de la loi interne, sans rapport avec elle, et dans la confection même de cette source, dans ses procédés d'élaboration et dans ses effets, parce que le traité diplomatique ne peut évidemment en rien être comparé à une loi.

Voilà le premier intérêt culturel qui vient de l'étude des sources du Droit international privé, sources coutumières et source écrite qu'on ne rencontre pas ou plus en droit interne, et qui est constituée par les traités diplomatiques.

La technique du Droit international privé

B - Deuxième intérêt culturel : la technique.

La technique du Droit international privé est essentiellement distincte de celle des autres branches du droit et c'est en cela qu'elle sera complètement nouvelle pour des étudiants de 3ème année. Son originalité provient de la nature des problèmes à résoudre : il se produit un choc entre la législation des divers pays, il faut accorder entre elles ces législations, il faut assurer le passage possible de l'une à l'autre, il faut réaliser une sorte de compénétration de l'une et de l'autre des diverses législations en présence. Or, pour faire cette espèce d'accrochage, d'interpénétration des diverses législations l'une avec l'autre - par exemple si une personne achète un objet mobilier à l'étranger pour que sa propriété soit reconnue en France - il faut accorder entre elles la loi du pays étranger et la loi française. Il faut qu'il y ait entre elles un certain nombre de points communs ; or cela exige, du point de vue technique, un examen de chacune des législations internes sous un angle très particulier, ce qui ne peut être comparé qu'à ce que peut être par exemple un éclairage indirect pour un objet que l'on veut bien mettre en relief.

Le D.I.P. oblige de préciser les notions du Droit civil

L'étude du Droit international privé force à envisager chaque problème du droit civil sous un angle entièrement nouveau. L'on peut s'en rendre compte au moyen de deux ou trois exemples que nous allons prendre pour montrer quelle est la particularité et la nouveauté de cette technique.

Nature de la communauté légale

Prenons la communauté légale entre époux : on étudie en droit civil, bien entendu en détail comme il convient, la communauté, comment elle se constitue, de quoi elle est composée, etc.... Mais il y a un problème qu'en droit

Source : BIU Cujas

civil on ne se pose pas, qu'on ne s'est jamais posé parce qu'on n'a pas à se le poser, et qui ne surgit que lorsqu'on examine la question à propos du phénomène de la frontière, car en droit interne il n'a aucun intérêt pratique, c'est le problème de la nature juridique exacte de cette communauté légale.

Au point de vue du Droit international privé, il y a deux thèses opposées : l'une consiste à dire : la communauté légale est un effet légal, impératif du mariage, en l'absence de contrat de mariage, le mariage entraînera la communauté ; comme il produit un certain nombre d'effets personnels il produit cet effet réel. Cette conception, d'après laquelle le régime légal des époux mariés sans contrat est un effet légal du mariage, est celle des codes étrangers les plus récents : si vous ouvrez un code fait depuis 30 ou 40 ans, vous constaterez que le régime légal des pays étrangers qui ont ces codes se trouve dans la matière non pas des contrats, comme dans le Code français, mais dans la matière du mariage.

A cela s'oppose une autre conception qui est évidemment la conception traditionnelle française et à laquelle les auteurs du Code se sont conformés : le régime de la communauté légale, et nos régimes matrimoniaux sont règlementés au milieu des contrats, dans le Livre III du Code civil, après la responsabilité délictuelle, avec l'article 1387 commencent les régimes matrimoniaux. Cela provient d'une certaine conception qui remonte à Dumoulin dont il est nécessaire de dire un mot. Dumoulin a imaginé, au XVIème siècle, une doctrine qui s'est ancrée en France et qui est la conception positive consacrée actuellement par les tribunaux, d'après laquelle la communauté légale n'est pas du tout un régime légal - le mot est de trop mais un régime conventionnel comme les autres. Les époux sont libres de faire un contrat de mariage, mais s'ils n'en font pas, a dit Dumoulin, c'est qu'ils ont voulu se placer sous l'empire du régime dit légal, du régime qui se trouve dans la loi. Dumoulin raisonnait d'ailleurs pour le régime de la communauté de la coutume de Paris. Et il ajoutait : la communauté légale est un régime conventionnel tacite ; les époux l'ont voulu parce qu'ils n'ont pas adopté un autre régime.

Nous ne discuterons pas la question de savoir si cette conception est exacte ou non, c'est la conception traditionnelle française depuis le XVIème siècle.

Voilà donc un choc entre les conceptions françaises et celles de divers pays étrangers : le régime légal est-il un régime vraiment conventionnel ou n'est-il pas un régime imposé par le législateur ? Cette question a un intérêt essentiel, fondamental pour la solution des conflits, on comprendra très facilement pourquoi :

Si la communauté légale est un régime vraiment légal comme le mot l'indique, c'est-à-dire un effet imposé du mariage dans les rapports internationaux, quand les époux se marient

Source : BIU Cujas

sans faire de contrat, - ce qui arrive le plus souvent, surtout chez les immigrants qui n'ont pas grand-chose et qui ne pensent guère à faire un contrat, on peut dire que les 99/100 des immigrants qui sont en France ne font pas de contrat de mariage - si le régime légal est un régime imposé par la loi, on consultera la loi qui s'applique aux effets de leur mariage, quelle qu'elle soit, loi X; pourquoi ? Parce que c'est un effet du mariage. Si, au contraire, on prend la conception française d'après laquelle c'est un régime conventionnel tacite on dira : il faut rechercher non pas ce que dit la loi qui régit les effets de leur mariage, mais ce qu'ont voulu les époux ; on va donc rechercher quelle a été leur intention en fait : ont-ils voulu se placer sous l'empire de la loi française ? Ils avaient le droit de se placer sous la loi de leur choix.

On voit l'importance considérable du problème ; il faut prendre parti sur cette question essentielle, c'est ce qu'on appelle une qualification : savoir si le régime des époux mariés sans contrat est vraiment un régime légal ou un régime conventionnel.

La nature de la lésion

Prenons un deuxième exemple pour montrer comment on aborde les questions du droit civil en Droit international privé. Nous avons parlé plus haut de l'éclairage indirect, je pourrais prendre une autre comparaison, c'est celle de la photographie aérienne qui permet de voir les choses avec une particularité que ne donnait pas la photographie prise dans le sens, non pas vertical ou oblique, mais horizontal.

Prenons la lésion dans les ventes d'immeubles : les textes sur la lésion dans les ventes d'immeubles sont dans le Code civil français au Titre de la vente, la lésion se trouve dans les règles sur les contrats. Or, en Droit international privé, on ne peut pas se contenter de cette constatation, il faut examiner la lésion sous un autre angle; en effet, si elle est une règle purement contractuelle, alors on soumettra la lésion à la loi qui régit le contrat ; mais on peut aussi se faire de la lésion une autre conception, et c'est la conception que la Cour de cassation a fait prévaloir en France : la lésion, dans les ventes d'immeubles n'est pas une règle de protection des contractants, la lésion ou plutôt la rescision pour lésion, c'est une règle de protection de la propriété immobilière ; ce n'est donc pas une protection du contractant, c'est une protection de la terre, une protection de l'immeuble pour éviter l'avilissement de la propriété immobilière, et sur ce point les travaux du Code sont très précis. Voilà donc une conception tout à fait différente de la lésion.

Reproduction interdite

Source : BIU Cujas

Le Droit international privé exige que l'on prenne parti sur cette question qui, en droit interne, n'a pas d'intérêt pratique et est de la pure spéculation juridique. C'est qu'en effet, si la rescision pour cause de lésion est une protection de la propriété immobilière, on n'aura pas à consulter la loi qui régit les contrats, on devra chercher la loi qui s'applique à la protection de la propriété immobilière et qui, par hypothèse, n'est pas nécessairement la même. D'où l'intérêt d'examiner chaque problème du droit civil sous un angle qui n'est pas celui sous lequel on l'examine en droit interne.

Il y a une sorte de dissection des institutions à faire, et c'est là un travail très spécial pour le juriste, qu'aucune autre discipline ne l'oblige à faire.

Le facteur politique dans D.I.P.

C - Troisième intérêt : c'est l'importance qu'y joue le facteur politique.

Les problèmes du Droit international privé - et c'est un mot qui souvent reviendra parce qu'il est essentiel - sont évidemment dans une large mesure des problèmes juridiques, mais ils ne sont pas que cela, ils sont essentiellement dominés, déterminés, commandés par le facteur politique, au sens véritable, traditionnel, historique, disons-le aristotélien de l'expression. En effet, nous l'avons dit, ce qui caractérise le Droit international privé, c'est l'importance de l'intervention du phénomène de la frontière : mais si le phénomène de la frontière est le signe spécifique, le déclic qui fait surgir le problème de Droit international privé, c'est qu'il y a de chaque côté de la frontière des Etats différents et des intérêts politiques opposés. Donc, pour résoudre les problèmes du Droit international privé, on est forcé non pas de raisonner en juriste simplement, mais de tenir compte du facteur de l'intérêt politique de l'Etat. Lorsque la France donne ou ne donne pas sa nationalité à telle ou telle catégorie d'individus, ce ne sont pas du tout des conceptions juridiques qui la guident, ce sont des conceptions d'intérêt politique français. Lorsque la France décide que les étrangers en France auront ou n'auront pas la jouissance de tel ou tel droit, ce sont encore des facteurs politiques qui interviennent ; et lorsque nous décidons d'appliquer ou de ne pas appliquer les lois étrangères, ce sont toujours des facteurs d'intérêt politique qui jouent un rôle.

Ce droit dominé par un facteur politique diffère donc du Droit privé qui reste très largement en dehors de ce facteur politique ; ici le facteur politique est vraiment l'hypothèque qui grève l'ensemble du droit international privé et plus nous avancerons, plus l'on se rendra compte qu'à vouloir faire abstraction de ce facteur politique, comme malheureusement on l'a fait pendant longtemps, - mais on ne le fait plus aujourd'hui - on risque de fausser complètement l'ensemble des so-

Source : BIU Cujas

lutions à rechercher et les besoins des Etats qui y sont intéressés.

Telle est donc la valeur culturelle du Droit international privé, d'une haute valeur éducative. Sans lui, un certain muscle de l'esprit ne serait pas exercé. Ainsi se trouve parachevée l'éducation complète du juriste, et le bienfait s'en ressent pour l'ensemble des branches juridiques.

isions de l'in-duction

Sous le bénéfice de ces quelques observations préalables, nous allons maintenant aborder plus complètement notre matière par une Introduction qui comportera trois chapitres. Ces trois chapitres répondent à trois questions logiques qui s'imposent à l'esprit.

Et d'abord de quoi se compose le Droit international privé, quelles sont les matières qu'on y rencontre, quelles sont les questions que l'on aura à y résoudre ? En un mot :

Chapitre I - Quel est l'objet du Droit international privé ?

Nous verrons ensuite de quoi est constitué le Droit international privé, comment il se fabrique:

Chapitre II - Quelles sont les sources du Droit international privé ?

Enfin, pour terminer cette introduction, nous verrons quelle est la branche du droit à laquelle se rattache le Droit international privé, ce sera le problème de sa nature.

Chapitre III - Quelle est la nature du Droit international privé ?

Source : BIU Cujas

INTRODUCTION

Chapitre I

L'OBJET DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE

Triple objet du Droit international privé

Trois matières constituent l'objet du Droit international privé, trois matières qui se commandent respectivement : la répartition géographique des individus, la détermination de leur statut, la création et l'efficacité des droits.

Premier objet : Le problème de la répartition géographique des individus.

Dans la maison du Droit international privé, il y a un rez-de-chaussée, un premier et des étages supérieurs ; ce rez-de-chaussée est constitué par une sorte de classement nécessaire et indispensable des individus d'après leur origine.

Les trois liens

Or, dans l'espace international, un individu peut être rattaché à un Etat par l'un des trois liens suivants :

- soit par un lien purement politique : la nationalité,
- soit par un lien de caractère spécialement juridique le domicile,
- soit enfin par un lien de pur fait : la résidence.

Source : BIU Cujas

I - Problème du lien politique.

On donne à ce lien politique l'expression maintenant reçue, consacrée, de nationalité ; mais on trouve encore aujourd'hui fréquemment, dans des traités diplomatiques, un autre terme qu'il est bon de connaître, celui de ressortissant; les ressortissants des Etats contractants, ce sont les nationaux, ceux qui ont la nationalité des Etats signataires du traité. L'expression de nationalité n'est d'ailleurs pas très ancienne ; dans l'ancien droit on ne l'employait pas, d'abord parce que l'idée de la nation elle-même ne s'était pas encore dégagée, l'expression reçue était celle de regnicole , relevant du royaume.

Définition de la nationalité

Quelle définition donner à la nationalité ? La nationalié est un lien à la fois politique et spirituel qui unit un individu à un Etat déterminé.

Lien politique

Un lien politique tout d'abord, ce qui évoque une idée de puissance, d'autorité, de souveraineté dans l'ordre international : un Etat réclame certains individus comme lui appartenant, comme ayant par conséquant des droits vis-à-vis d'eux et ces individus ont des obligations vis-à-vis de lui. Cette idée de lien politique montre que précisément la nationalité est un des éléments de la puissance internationale de l'Etat. Comme l'a dit un auteur du XIXème siècle, Prudhon, c'est l'appel nominal des individus, c'est une sorte de dénombrement par l'Etat de ceux qui le constituent ; c'est, en somme, la localisation dans le monde des individus qui dépendent de telle ou telle souveraineté internationale.

Il n'est pas besoin d'insister sur la nécessité du concept de nationalité, puisque, sans nationalité, il n'y aurait pas de nationaux, et que sans nationaux il n'y aurait pas d'Etat. L'Etat implique au moins nécessairement deux éléments : un territoire sur lequel s'exerce son pouvoir et des personnes qui sont liées par ce pouvoir. Donc les individus nationaux sont un des deux éléments strictement nécessaires à la configuration de l'Etat. On peut donc dire que la nationalité est une notion constitutive de l'Etat, elle est la substance même de celui-ci.

Lien spirituel

C'est aussi un lien spirituel, un lien immatériel en quelque sorte, qui groupe entre eux tous ceux qui ont une sorte d'idéal commun : on pourrait faire une comparaison avec les adeptes d'une religion qui sont unis entre eux par ce lien immatériel.

Voilà donc une matière extrêmement importante que nous allons rencontrer dans l'étude du Droit international et

Source : BIU Cujas

à laquelle il faudra consacrer un assez grand nombre de
Il s'agira de déterminer comment on devient Français ou
ment aussi on peut cesser de l'être.

II - Problème du lien juridique.

Le deuxième lien de rattachement des individus n
plus un lien politique, c'est un lien purement juridiqu
le domicile ; et il ne serait pas mauvais, pour bien mar
de quoi il s'agit, d'ajouter un qualificatif ; il ne s'a
du domicile étudié en 1ère année, du domicile en pur droi
interne, en pur droit civil ; le domicile que nous allon
contrer ici est une autre notion qui peut coïncider avec
première, mais qui peut aussi en être très distincte ; c
qualificatif qui marque la différence serait celui de do
"international, c'est-à-dire domicile en fonction des be
de la vie interne.

Définition du domicile international

Le domicile international est
détermination du pays auquel un indiv
est rattaché par le centre de ses int
temporels. Il faut ajouter le mot "te
rels" pour distinguer le domicile de la nationalité, lie
politique et immatériel : le domicile est un rattachemen
un certain Etat, à cet Etat par un lieu en raison de ses
térêts temporels qui sont le centre de la personnalité j
que de l'individu.

C'est donc une localisation de l'individu, mais d
rente de celle de la nationalité; c'est une localisation
sens exact du mot, dans un lieu, tandis que la nationali
n'est pas une localisation dans un lieu, mais une locali
par rapport à un Etat.

Rapports entre nationalité et domicile

Quels rapports y a-t-il entre l
nationalité et le domicile : ils peuven
coïncider dans le même pays, il en est
pour la majorité des Français qui sont
ciliés en France, qui ne sont jamais sortis de France et
n'ont jamais eu d'intérêts en pays étranger. Mais ce n'e
pas une nécessité ; dans la vie internationale il en est,
contraire très différemment : on peut avoir son domicile
un pays et être le national d'un autre ; un étranger aura
domicile en France, dans certains cas, s'il remplit les c
tions de notre domicile, mais il n'aura pas notre nationa
Il y a des Français qui sont domiciliés à l'étranger : un
Français commerçant dans une ville étrangère peut y être
cilié mais il est national français. La nationalité et le
domicile ne coïncident donc pas, ils peuvent être dans de
pays différents.

Il est important de savoir si l'on est en présenc
d'un national ou simplement d'un domicilié, parce que les

Source : BIU Cujas

droits et obligations qui en résultent varient : il y a les droits et obligations subordonnés à un domicile, il y en a pour lesquels le domicile ne suffit pas et pour lesquels il faut la nationalité.

Après l'étude de la nationalité, nous étudierons donc avec plus de détail la matière du domicile pour voir de quelle façon on acquiert et on perd le domicile dans les rapports internationaux.

III - Problème du lien de pur fait.

Résidence et domicile en D.I.P.

Le troisième rattachement est un rattachement purement de fait : la résidence. La résidence correspond à une nécessité physique ; l'individu est nécessairement dans un certain lieu, il réside donc là où il se trouve. Mais cette résidence n'a pas du tout la signification, la portée, la valeur juridique, les conséquences du domicile. De même qu'en droit civil, on peut avoir son domicile dans un lieu, à Paris par exemple, et résider dans une autre ville : le mineur a son domicile de droit chez son tuteur et peut résider ailleurs ; de même dans les rapports internationaux un individu peut avoir son domicile dans un pays, et sa résidence dans un autre, avec cette différence qu'on sera bien plus fréquemment en présence de résidence que de domicile. C'est ce qui va apparaître par un ou deux exemples qui vont vous montrer avec quelle difficulté on accorde le domicile à un étranger.

Il y a une affaire célèbre, affaire Forgo, qui concernait un jeune enfant naturel, d'origine bavaroise, qui était venu en France avec sa mère à l'âge de 4 ans. Il n'avait plus jamais quitté la France depuis cet âge, il y avait vécu et il était mort ayant largement dépassé la soixantaine, à Pau, ayant amassé une certaine fortune, ce qui souleva un procès important de caractère successoral (Nous aurons à en parler plus tard à ce point de vue).

Or, une question très importante se posait à propos de la succession de Forgo : était-il ou non domicilié en France ? On pourrait croire qu'un individu qui est venu en France à 4 ans, est mort à 66 ans et n'a jamais quitté notre pays, y avait un domicile, ou alors le concept de domicile ne signifie rien. Pourtant, pour des raisons de textes alors applicables, il fut jugé que Forgo n'avait jamais été domicilié en France. Il n'y avait eu qu'une résidence : les droits qui dépendaient du domicile n'étaient donc pas soumis à la loi française, on ne pouvait pas appliquer la loi française toutes les fois que l'on devait appliquer la loi de son domicile.

Ce texte qui était l'ancien article 13 du Code civil, a été abrogé en 1927 seulement. Jusque là les étrangers fixé

Source : BIU Cujas

en France n'avaient presque jamais de domicile, car les con tions en étaient très strictes. Il y avait peut-être quelqu centaines d'étrangers qui avaient leur domicile en France. A partir de l'abrogation de l'article I3 les étrangers ont pu avoir leur domicile en France librement. Et puis, nouvel réaction sous l'empire de laquelle nous vivons, il est inte venu un décret-loi du I2 Novembre I938, dont nous parlerons fréquemment. Nous y faisons allusion dès maintenant pour montrer que, dans la vie internationale, le concept de résid ce correspond à des choses qui, dans le droit civil, seraie du domicile et qui, dans les rapports internationaux ne son que de la résidence. En application de ce décret un étrange aujourd'hui, ne peut avoir de domicile en France que s'il e porteur d'une carte d'identité d'une durée de validité de pl d'un an. On sait que la carte d'identité n'est pas encore obligatoire pour tous les Français mais, pour les étrangers depuis la guerre de I9I4-I9I8, la carte d'identité est obli gatoire ; le défaut de carte d'identité est sanctionné par des peines, par l'expulsion du territoire. Ce qui est impor tant à retenir, c'est que ces cartes n'ont pas toutes la mê durée de validité : alors que la carte d'identité des Fran çais est valable indéfiniment en principe, sous réserve de son renouvellement à certaines époques, la carte d'identité des étrangers a des durées variables selon les individus et selon le bon plaisir de l'administration - et c'est son droi qui la confère : seuls ont un domicile en France les étrang qui ont obtenu une carte d'identité valable non pas un an, plus d'un an.

Donc, toutes les fois qu'un étranger, par exemple u travailleur, obtient une carte d'identité valable un an et qu'on lui renouvelle chaque année, il n'a qu'une résidence il n'a jamais eu de domicile, parce qu'il n'a jamais eu de carte valable plus d'un an : ce n'est pas la totalité du sé jour qui compte, c'est la durée de validité de la carte. Ce qu'on appelle la carte de validité normale est la carte val ble trois ans, mais beaucoup d'étrangers n'obtiennent pas c te carte, ils n'ont donc pas de domicile, bien qu'ils n'aie peut-être aucune attache avec un pays étranger et que la France, au point de vue de l'article I02, soit vraiment le de leur domicile : elle l'est au point de vue du droit inte mais pas au point de vue des rapports internationaux ; et c montre que le concept de domicile n'est pas le même que cel du droit civil.

Nous aurons aussi à nous demander quelles sont le conséquences qui sont attachées à une résidence en France.

Bref, voilà les trois éléments de rattachement d'u individu à un pays : sa nationalité, son domicile, sa résid ce, trois rattachements qui peuvent être dans le même pays, dans deux pays, dans trois pays différents.

Source : BIU Cujas

Il y a donc des individus d'origine variable ; il y en a qui sont des nationaux, il y en a qui sont des domiciliés et pas des nationaux, il y en a qui ne sont ni l'un ni l'autre, qui ne sont que de simples résidants. Convient-il de faire des discriminations entre eux quand à leur condition sociale ? Va-t-on les traiter tous de la même façon, va-t-on traiter mieux le national que le domicilié, mieux le domicilié que le résidant, ou va-t-on les traiter tous de la même façon ?

Ce problème constitue la deuxième matière ou le deuxième objet du Droit international privé que nous avons appelé le statut des personnes.

Deuxième objet : Le problème du statut des personnes.

Terminologie

Il faut connaître également une autre expression, qui est généralement consacrée, pour définir cette branche du Droit international privé, notamment dans les livres, et qui d'ailleurs dans son ensemble, sauf un certain nombre de cas, est exacte : c'est ce qu'on appelle le problème de la condition des étrangers.

Le problème de la condition des étrangers consiste à se demander quels sont les droits dont on va concéder la jouissance, en fonction du phénomène de la frontière. Ce n'est pas le problème de la jouissance des droits en général, qui est un problème de droit interne, nous n'allons pas nous demander à quelles conditions un mineur aura la jouissance du droit de tester par exemple ; mais nous allons nous demander, en fonction du phénomène de la frontière, lorsqu'il y a un élément international qui se présente dans une question, s'il y a des cas dans lesquels il faudra être national, d'autres dans lesquels il faudra être domicilié ou simplement résidant pour jouir d'un droit.

Problème du statut des individus ou problème de la condition des étrangers ; une troisième expression serait préférable : problème de la jouissance des droits en fonction du phénomène de la frontière.

En effet, il y a des droits qui concernent les étrangers, mais il y a aussi certaines incapacités qui frappent les Français eux-mêmes : par exemple, dans la matière du commerce et de l'industrie, on protègera quelquefois non pas le national, mais la maison de commerce parce qu'elle est en France. On ne s'occupera pas de savoir quelle est la nationalité du commerçant, on se demandera dans quel pays est sa maison de commerce: si sa maison est établie en France, il sera protégé ; si sa maison de commerce est à l'étranger, bien qu'il soit Français, il ne sera pas protégé.

Source : BIU Cujas

Donc, il y a des incapacités qui frappent même les Français, et c'est pourquoi l'expression condition des étrangers n'est pas toujours exacte, toutefois les neuf dixièmes des discriminations frappent des individus parce qu'ils ne sont pas des nationaux.

En vertu d'une législation récente qui remonte à I des discriminations sont établies même entre des individus français au point de vue de la jouissance de certains droi Il faut signaler notamment le fait que pour exercer aujour d'hui un certain nombre de fonctions publiques, il faut êt Français de naissance et il faut être né d'un père lui-mêm Français ; donc deux conditions depuis la loi de 1940 pour exercer des fonctions publiques, en principe : être Françai dès le moment de sa naissance et, au moment de sa naissanc avoir un père qui possède la nationalité française. Voilà donc un problème de la jouissance des droits qui ne concer pas les étrangers, qui concerne le Français et l'expressio condition des étrangers cesse alors d'être exacte dans la mesure où les discriminations sont établies entre des indi dus même français, mais à raison de leur origine étrangère

Définition du problème

Comment définir notre problème ? I faut attacher une grande importance aux pressions, parce qu'on s'y trompe souve le problème de la jouissance des droits consiste à déter l'aptitude à être sujet d'un droit, toutes les fois que se produit le phénomène de la frontière.

Ouvrons ici une parenthèse pour rappeler qu'on ne jamais exercer un droit si la loi ne nous en a pas conféré au préalable la jouissance : avant de savoir comment on fa un contrat il faut savoir si on a le droit de faire un con avant de savoir comment on fera son testament il faut savo si la loi vous permet de faire son testament. Dans toutes institutions juridiques, il y a deux questions dont l'une précède nécessairement l'autre et qu'on ne peut pas interv tir : il faut d'abord avoir la jouissance d'un droit et il faut ensuite le mettre en oeuvre, il faut exercer ce droit.

Le facteur démographique et la jouissance des droits

Dans les rapports internationau il faut avoir l'aptitude à être le suje d'un droit, à posséder un droit, que l' soit une personne physique ou une perso morale. Ce problème de la jouissance de droits a pris, à l'époque moderne, une importance croissan elle provient de la situation démographique de la France, c'est-à-dire de l'état de sa population.

Notre pays est malheureusement, malgré toutes les tatives jusqu'ici, en diminution très grande et incessant de sa population. Pour la première fois, le dernier recens ment qui remonte à 1936 a montré la gravité de la situatio puisque la population avait diminué d'un certain nombre de

Source : BIU Cujas

centaines de milliers de personnes par rapport au recensement précédent. Cela crée un problème très grave : il y a toutes sortes d'activités qui doivent s'exercer et pour lesquelles nous manquons de main-d'oeuvre ; d'où la nécessité depuis longtemps mais surtout depuis quelque 20 ou 25 ans, de faire appel à de la main-d'oeuvre étrangère, saisonnière, mais aussi permanente. Aux environs de l'année 1930 le flot d'immigration vis-à-vis de la France était le plus fort qui existât dans le monde entier et il avait depuis longtemps dépassé celui qui paraissait pourtant le plus important, le courant d'immigration vers l'Amérique.

Or, plus se développe le nombre des étrangers, plus il devient nécessaire de prendre un certain nombre de mesures de défense, de mesures protectrices de la vie, de l'intégrité nationales ; d'une part on ne peut pas se passer de la main-d'oeuvre étrangère - on a fait une expérience il y a quelques années, avant la guerre de 1939, comme il y avait beaucoup de chômage dans certaines formes de l'industrie, on a voulu renvoyer des étrangers qui travaillaient dans les mines, mais on n'a pas trouvé de Français, même chômeurs, pour les remplacer. On a fait des expériences pour l'agriculture, on a essayé de recruter certains chômeurs, mais pratiquement ils ne donnaient aucun rendement. Cela pose donc une équation presque insoluble : d'une part, la nécessité de faire appel à la main-d'oeuvre étrangère, encore pendant longtemps, et, d'autre part, de prendre des mesures de sécurité.

Le problème de la condition des étrangers a donc pour but d'indiquer les mesures qui sont considérées comme indispensables, les mesures de discrimination, les incapacités qui frapperont les étrangers parce qu'ils sont des étrangers, pour éviter qu'ils ne jouent dans la vie du pays un rôle qui pourrait être considéré comme dangereux.

Troisième objet : Le problème de la création et de l'efficacité des droits.

La théorie des conflits

Le troisième objet du Droit international qui est la conséquence logique du précédent est la mise en oeuvre des droits dont les individus ont la jouissance ; nous l'avons appelé le problème de la création et de l'efficacité des droits. Il ne suffit pas d'avoir la jouissance d'un droit, il faut le créer ; or cela pose des problèmes autres que le problème de la jouissance des droits, que l'on a l'habitude d'appeler les conflits ou encore la théorie des conflits.

Le conflit ou cette théorie des conflits n'ont abso-

Source : BIU Cujas

lument de commun que le mot avec l'institution étudiée l'année dernière en Droit administratif. Lorsqu'il y a conflit entre les juridictions judiciaires et administratives et qu'va devant un tribunal spécial appelé le Tribunal des conflits celui-ci décide si le litige est de la compétence du tribunal judiciaire ou non.

Définition du conflit

En Droit international privé on veut dire par cette expression de conflits qu'il s'agit de mettre en oeuvre un droit alors que se présente le phénomène de la frontière. Un droit ne peut naître que si une loi le crée; nous n'avons pas la force, malgré toutes les théories volontaristes qui ont pu être imaginées par les philosophes, de créer des droits si le législateur n'a pas dit : j'autorise la création de ce droit et je le sanctionne ; c'est la loi qui crée le droit et la volonté n'est qu'un des éléments, des adjuvants de cette création. Dans les rapports internationaux il faut donc une loi pour créer des droits, quels qu'ils soient, et leur assurer une efficacité. Mais la loi de quel pays, puisque nous avons le phénomène de la frontière ?

Exemple de la tutelle

Reprenons un exemple ou deux : un enfant mineur se trouve en France et perd ses parents dans un accident, le voilà orphelin. On ne peut pas le laisser sans protection. En droit interne français, lorsqu'un enfant perd un de ses parents, il tombe sous la tutelle du survivant et s'il n'a plus de parents, il tombe sous la tutelle de quelqu'un que lui désigne soit le testament, soit la loi, soit le conseil de famille ; il faut qu'il y ait un tuteur, il y a des rouages, une organisation, il y a un mécanisme prévus. Mais notre enfant est un étranger, il faut une tutelle pour lui, mais quelle tutelle ? Quelles sont les institutions auxquelles nous allons faire appel ? Est-ce que nous allons lui appliquer les règles de la tutelle française, va-t-on réunir un conseil de famille ? Il appartient peut-être à un pays où la tutelle appartient de droit à telle personne, où il n'a pas de conseil de famille, etc.... Comment faire fonctionner cette tutelle ? Nous sommes en présence d'un conflit, il faut déterminer le pays dont on suivra la loi, soit le pays de l'enfant, soit celui où il a son domicile ou sa résidence.

Exemple du mariage

Autre exemple : une personne étrangère veut se marier en France avec un de ses compatriotes. Va-t-on permettre à ces deux étrangers de se marier et si on le leur permet, comment vont-ils se marier ? Peuvent-ils aller, comme les Français, à la mairie ? Mais il se peut que dans leur pays le mariage à la mairie n'existe pas ; il y a des pays dans lesquels on ne peut se marier qu'à l'église, sous la forme confessionnelle, com

Source : BIU Cujas

cela se passait chez nous jusqu'à la Révolution. Dans ces conditions, un mariage purement laïque n'y a aucune valeur, parce que dès l'instant où l'on exige dans le pays étranger une célébration religieuse, entre en jeu une idée de sacrement qui, par conséquent, exclut toute possibilité de validité du mariage en dehors de cette célébration religieuse. Va-t-on tenir compte de leur législation ou pourront-ils valablement se marier d'après notre loi ? Voilà un problème qui naît du problème de la frontière. Si des Français veulent se marier à l'étranger, la même question va se poser : il y avait, il n'y a pas bien longtemps encore, un Etat dans lequel on pouvait se marier par simple consentement, comme chez nous il y a bien longtemps car il faut remonter avant le Concile de Trente. Jusqu'au Concile de Trente, dans la préhistoire du mariage catholique, pour ainsi dire, dans la véritable doctrine historique de l'Eglise catholique qui était la notion même de sacrement, le mariage résultait d'un simple échange de consentements en un lieu quelconque ; ce n'est que plus tard que l'on a dû, pour des raisons de droit, compléter cela par d'autres exigences. Or, il y avait un Etat qui avait conservé cette législation il n'y a pas encore bien longtemps, et des Français s'étaient mariés dans cet Etat par simple échange de consentements. Nos tribunaux ont été saisis de la question de savoir si les époux étaient ou non valablement mariés. Lorsque ces questions se posent, il y a des intérêts pécuniaires et moraux considérables, par exemple parce que des enfants sont nés de cette union.

e postulat du droit nternational

Ici nous nous trouvons alors en présence du postulat du Droit international. Deux attitudes sont possibles. La première, chaque pays n'appliquera jamais que ses lois sur son territoire. La seconde, on fera sur son territoire application plus ou moins large des lois des pays étrangers.

Si l'on suivait la première branche de l'alternative, si l'on disait : jamais nous n'appliquerons en France une loi étrangère, il n'y aurait pas de vie internationale possible. Mais le pays qui aurait cette attitude se mettrait absolument en dehors de la communauté internationale. Il y en a eu un certain nombre qui, pour des raisons de caractère religieux, ont dû avoir cette politique, mais nous dirons immédiatement comment on a pallié cet inconvénient. Ainsi l'Islam ; pendant des siècles l'Islam a été complètement coupé de ce qui n'était pas lui, puisque le reste se composait de ce qu'on appelait les infidèles, c'est-à-dire le christianisme, et aucune communication n'était possible parce que l'Islam était quelque chose de beaucoup trop absolu. La conséquence était qu'aucun rapport juridique n'était possible, aucun chrétien ne pouvait aller faire du commerce en Islam, c'était une source

Source : BIU Cujas

de perte à la fois pour les uns et pour les autres.

Et c'est ainsi que dès le XVI ème siècle, des ententes intervinrent entre les rois de France, puis les souverains des autres pays et les sultans de Turquie pour établir une sorte de terrain d'accommodement; c'est ce que l'on a appelé le régime des capitulations - ainsi appelé parce que c'étaient des traités très longs, divisés en chapitres - . Ces capitulations sont restées en vigueur jusqu'au début du XXème siècle : en vertu de celles-ci les Européens qui étaient en Turquie ou dans l'empire ottoman restaient intégralement soumis à leur loi propre sous l'autorité de leurs consuls ; il y avait là une concession faite par l'Islam, parce que sans cela aucune vie juridique n'aurait été possible. C'est une situation qui, à l'heure actuelle, a disparu à peu près complètement et, en tout cas, a disparu depuis de nombreux siècles dans les pays de la chrétienté.

Nécessité de faire place aux lois étrangères

Il y a donc un point de départ, un postulat qui ne se discute pas et qui est admis : il est entendu que pour rendre possible la vie juridique, chaque pays consent à tenir compte des institutions des pays étrangers, dans une mesure qu'il fixe lui-même, car il n'y a aucune obligation internationale précise, chaque pays fait une place plus ou moins large aux lois étrangères.

Ainsi, pour reprendre un des exemples précédents, lorsque des Français se sont mariés en pays étranger d'après les formes qui sont en vigueur dans ce pays - si dans ce pays le mariage solo consensu est possible ou si dans ce pays on se marie religieusement, ou si on se marie devant le célèbre forgeron de Gretna-Green à la frontière d'Ecosse qui fit fortune en unissant les couples - , ces mariages seront reconnus valables en France. La raison en est simple : c'est que l'on a suivi la forme du mariage en vigueur dans le pays où le mariage a lieu, et qu'on ne pouvait pas demander à des Français qui se trouvaient à l'étranger ou de renoncer à se marier ou de rentrer en France pour se marier ; il fallait donc qu'ils puissent se marier dans les formes en vigueur là où ils se trouvent. Inversement, on admet que des étrangers qui sont en France peuvent se marier dans la forme française, sans tenir compte de ce qui se passe dans leur pays étranger, et ce mariage sera très généralement reconnu dans leur pays étranger.

On voit l'application du postulat : on fait une place aux lois étrangères et une place plus ou moins large. Seulement, quelle place fait-on exactement à ces lois, et d'après quel critère ?

Nous avons pris des exemples très simples : la vie en crée de beaucoup plus complexes et parfois même d'insolubles. C'est de cela qu'est née toute cette branche du Droit international privé qu'on appelle la théorie générale des conflits.

Source : BIU Cujas

destinée précisément à accorder entre elles les lois françaises et les lois des pays étrangers.

s du mot flit

On l'appelle théorie des conflits, mais il ne faut pas prendre l'expression au pied de la lettre : il n'y a aucun conflit entre les lois parce que les lois ne se battent pas entre elles et la loi étrangère n'a aucune force sur le territoire français, si ce n'est celle que l'on veut bien lui reconnaître, et vice-versa. Ce qu'on exprime par cette expression, qui n'est pas très exacte, c'est qu'il y a une opposition entre les lois des divers pays et qu'il faut choisir.

lits dans l'es- et conflits le temps

Un rapprochement vient immédiatement à l'esprit, car nous avons une opposition de ce genre dans le droit interne, c'est le conflit entre deux lois successives de la France. Toutes les fois qu'une nouvelle loi entre en vigueur, elle modifie, elle ajoute, elle retranche quelque chose d'une loi antérieure, et de là est né un redoutable problème, moins redoutable aujourd'hui qu'il y a cinquante ans, grâce à la jurisprudence qui s'est élaborée sur un texte assez énigmatique, l'article 2 du Code civil. Il s'agit là aussi d'une théorie des conflits, mais d'une théorie des conflits dans le temps.

Il y a en effet, deux sortes de conflits : des conflits dans le temps, conflits temporaux qui existent entre deux lois d'un même pays pour savoir ce qui restera sous l'empire de la loi ancienne et ce à quoi s'appliquera la loi nouvelle, pour savoir à quel moment la loi nouvelle se substituera à la loi ancienne : conflit dans le temps. Notre conflit à nous est tout différent, c'est le conflit dans l'espace, parce que c'est un conflit entre des institutions juridiques qui existent dans des pays différents, non pas dans la chronologie des évènements, mais dans l'espace territorial : un conflit entre la loi française et la loi suisse par exemple est un conflit entre l'espace français et l'espace suisse à quoi s'applique chacune des deux lois.

Ainsi, cette branche du Droit international privé, la plus délicate, la plus difficile, consiste en une recherche d'un choix entre les institutions de divers pays.

Deux questions se posent à cet égard : quels sont les conflits susceptibles de se présenter quant à leur objet, et quels sont les milieux dans lesquels ils se produisent ?

t des divers lits

A - Quels sont les conflits susceptibles de se présenter quant à leur objet ?

Source : BIU Cujas

Il y en a trois types : jusqu'ici on n'en avait dégagé que deux, mais la science commence à en dégager un troisième En effet, il y a bien trois types de conflits différents quant à leur objet. Ces trois types de conflits sont : les conflits de lois, les conflits d'autorités et les conflits de juridictions.

I°- Conflits de lois.

On dit qu'il y a conflits de lois lorsque l'on a besoi de rechercher pour la création d'un droit une loi compétente qualifiée pour faire cette création ; par exemple deux personnes veulent faire un contrat, une maison de France veut passer une commande à un fournisseur de matières premières d'un pays étranger ; il faut choisir quel est le pays dont la loi va s'appliquer à ce contrat ; il y a conflit de lois parce qu'il y a deux lois en présence, la loi du pays étranger et la nôtre Laquelle allons-nous choisir ?

Définition du conflit de lois

Il y a donc conflit de lois toutes les fois que l'on a besoin de déterminer la loi qui est applicable.

Autre exemple à propos des appellation d'origine. Une marque de fabrique, la Grande Chartreuse par exemple existait en Espagne, à Tarragone et le titulaire de cette marque venait saisir nos tribunaux . Il disait : "Je veux faire saisir tel produit qu'on fabrique en France sous mon nom, je veux interdire cette contrefaçon, je demande la protection des lois françaises". Quelle est la loi que l'on va appliquer pour savoir s'il a droit à la protection ? Il y a une recherche entre les diverses lois qui peuvent être en vigueur, la nôtre ou la loi du pays d'origine de cette appell tion, il y a conflit de lois.

Encore un exemple : la capacité requise pour se marier Des étrangers qui sont en France veulent se marier ; il faut tout de même avoir la capacité de se marier, il faut avoir les conditions d'âge, de consentement, etc.... Quelle loi allons-nous appliquer ? Il faut choisir entre les lois en présence : est-ce la loi française parce qu'ils se marient en France, est-ce la loi de leur pays d'origine, est-ce la loi de leur domicile ? Il y a donc un choix à exercer, une loi à recherch Dans tous ces cas il y a donc des conflits de lois.

On appelle encore les conflits de lois conflits de compétence législative, c'est-à-dire recherche du pays dont la l est applicable.

Toutes les lois soulèvent des conflits

Quelles sont les lois qui peuvent soulever des conflits ? Toutes sans exception. Pendant longtemps on a cru que seule les lois de droit privé pouvaient soulever

Source : BIU Cujas

des conflits. Mais loin de là, n'importe quelle loi peut, dans les rapports internationaux, poser une question de conflit, c'est-à-dire qu'on ait à faire un choix, à déterminer quel sera le pays dont la loi sera applicable.

lois iles

Et d'abord toutes les lois civiles, toutes les lois relatives aux personnes, aux biens, aux actes juridiques, soulèveront dans les rapports internationaux la recherche du pays dont la loi doit s'appliquer.

lois commerciales

Mais ce ne sont pas seulement les lois civiles: les lois commerciales elles aussi peuvent soulever des conflits. Les sociétés sont essentiellement des éléments de commerce international : quelle est la loi qui va régir une société qui veut se constituer, à la loi de quel pays doit-elle se conformer ? Il y a des règles très strictes : est-ce qu'on peut créer une société dans le pays que l'on veut, choisir la loi de son choix, ou est-on forcé de créer une société dans un certain lieu plutôt que dans un autre ? Quelle sera la loi qui régira la société ?

Si on émet un chèque, une lettre de change, qui sont essentiellement des instruments de transactions internationales, cette lettre de change qui va être créée dans un pays va circuler dans cinq, huit, dix pays peut-être jusqu'à son échéance, dans quelle mesure chacun des pays va-t-il mordre sur la règlementation de cette lettre de change ?

Il y aura donc une cascade de conflits de lois, et ainsi pour toutes les lois commerciales : la faillite, pour une maison de commerce qui a des agences dans beaucoup de pays ; est-ce que cette faillite va être reconnue dans les autres pays où se trouvent les succursales ? Et ainsi tout le droit commercial est susceptible de donner des conflits de lois.

s lois de océdure

Les lois de procédure : par exemple quelles sont les formes à suivre pour appeler quelqu'un devant un tribunal ? Un Français veut faire un procès en France à un étranger qui n'habite pas en France, comment va-t-il procéder ? On trouve dans la loi française des règles sur la façon d'appeler l'adversaire devant le tribunal, ce qu'on appelle une assignation ou une citation : l'assignation doit être faite d'après des formes strictes, rigoureuses. Mais il y a des pays dans lesquels les formes sont beaucoup plus larges. Si le défendeur éventuel habite l'étranger, comment l'appeler ? En France, c'est très simple, on remet l'assignation ou la citation à un officier ministériel dont la fonction est de porter à domicile les assignations : l'huissier. Comme il est officier ministériel, il donne l'authenticité à ce qu'il fait, il peut certifier qu'il a bien

Reproduction interdite
Source : BIU Cujas

remis l'assignation à telle personne. Mais les huissiers ne franchissent pas la frontière et, à partir du moment où ils franchi les limites de leur ressort, ils ne sont plus que de simples mortels, ils n'ont plus qualité pour remettre un pli quelqu'un et lui donner l'authenticité. Voilà encore une que tion délicate : comment assigner devant un tribunal français une personne qui est domiciliée dans un pays étranger ?

Laissons de côté les lois de droit privé ou de procé les lois de droit public elles-mêmes soulèvent des conflits.

Lois administratives

Prenons les lois administratives par exemple une personne qui vit en Fran un étranger qui a une fortune plus ou mo importante, lorsqu'il meurt, fait un legs à sa commune d'ori lui laisse tout ou partie de ses biens. Les autorités de cett ville averties, vont venir réclamer la délivrance de ce legs, mais on va dire au maire qui réclame cette délivrance : vous M. X...., vous n'avez pas qualité pour être légataire. Il va répondre : j'ai qualité parce que, d'après la loi de mon pay je représente régulièrement telle ville, j'ai le droit d'agi au nom de celle-ci. Il faut bien que nous consultions la loi administrative étrangère pour savoir quels sont les pouvoirs de ce maire : est-ce qu'une ville étrangère est une personne morale ? En France, la commune est une personne morale, mais est possible qu'à l'étranger la commune ne soit pas une pers morale, ou qu'il y ait un fractionnement, qu'un quartier soi personnalisé. Nous allons appliquer la loi administrative étrangère.

Inversement, voilà une ville française, la ville de Paris par exemple - et cela lui arrive constamment - qui re des libéralités pour faire fonctionner tel ou tel service, p créer des prix, des dispensaires, etc..... La ville de Paris donc réclamer dans le pays étranger la délivrance des biens on va lui répondre : mais est-ce que vous pouvez être sujet droit, est-ce que vous avez la personnalité morale ? C'est loi administrative française qu'il va falloir consulter à l'é tranger pour savoir si la ville de Paris est bien une person morale. Il y a donc des conflits de lois administratives.

Les lois constitutionnelles

Il y a aussi des conflits de lois constitutionnelles, voici en quoi : suppo par hypothèse que nous soyons dans un ca où nous devons, où nous voulons applique une loi étrangère. L'un des intéressés vient dire : "c'est u affaire entendue, dans mon pays et il y a une loi qui dit ce mais cette loi n'est pas régulière, elle est inconstitutionn elle n'a jamais été régulièrement publiée ". En France une l non publiée au Journal Officiel n'est pas exécutoire.

Nos tribunaux auront donc, quand on soulèvera devant eux cette question, à rechercher à la lumière de la loi const tutionnelle du pays étranger si la loi étrangère dont on leur

Source : BIU Cujas

demande l'application et qui, en effet, est applicable en principe, existe dans le pays étranger, si elle a été votée par les pouvoirs qui avaient le droit de le faire, etc....

Enfin, les lois pénales soulèvent des conflits : aux termes des articles 5 et 7 du Code d'instruction criminelle, nous sommes forcés de tenir compte des lois pénales étrangères, notamment parce que l'intéressé qui a commis un crime à l'étranger tombe en principe sous l'empire de la loi pénale française, à moins, dit le Code, qu'il ne justifie avoir déjà été jugé en pays étranger. Et pour la récidive ou dans d'autres hypothèses, on tient compte des lois étrangères.

Les lois pénales

Par conséquent, pour conclure sur ce point, quant à leur objet toutes les lois quelles qu'elles soient, peuvent, le cas échéant, soulever un problème de la frontière, c'est-à-dire donner lieu à un conflit de lois dont la solution implique la recherche de celle des lois en présence que l'on appliquera.

2°- Les conflits d'autorité.

Nous arrivons maintenant à un deuxième type de conflits, qu'il ne faut pas confondre avec le premier, c'est le conflit d'autorités. Dans ce conflit, on ne se demande pas du tout quel est le pays dont il convient d'appliquer la loi ; on recherche quelle est l'autorité publique devant laquelle il convient de se présenter pour qu'elle fasse un certain acte juridique . Il y a un choix à exercer entre des autorités qui peuvent appartenir à des pays différents : quelle est donc l'autorité, et de quel pays, à laquelle on doit s'adresser ?

Distinction des compétences législatives et instrumentaires

Cette distinction de la loi applicable et de l'autorité qui peut faire un acte existe déjà en droit interne. Lorsqu'en pur droit interne deux Français veulent faire un contrat, quelles sont leurs préoccupations ? Ils doivent se préoccuper des dispositions de la loi française et faire un contrat valable ; il ne faut pas qu'ils aillent à l'encontre des dispositions de notre droit. Mais il y a des actes juridiques pour lesquels il ne suffit pas de se demander quelles sont les dispositions de la loi mais pour lesquels il faut se dire : quelle est l'autorité devant laquelle je dois me présenter pour faire cet acte, pour faire dresser un acte d'état-civil, par exemple, quel est l'officier public compétent; pour un acte notarié, quel est le notaire devant lequel je peux me présenter pour faire cet acte ? Cette distinction existe donc déjà en droit interne entre le cas où l'on a à appliquer une loi et celui où on recherche une autorité compétente.

La distinction en droit interne

Source : BIU Cujas

La distinction en Droit international (mariage)

Prenons maintenant un exemple dans les rapports internationaux ; deux personnes veulent se marier dans un pays autre que le leur. Devant quelle autorité peuvent-elles le faire ? Il ne s'agit pas de se demander quelle est la loi applicable à leur mariage, mais de déterminer quelle est l'autorité compétente pour les marier, devant quelle autorité doivent-elles se présenter pour que celle-ci fasse un acte de mariage valable ? Il y a un conflit des autorités de divers pays, il faudra exercer un choix entre elles pour déterminer celle ou celles qui seront compétentes pour célébrer ce mariage.

Testament

La même question se présentera si un Français est en pays étranger et veut faire un testament public, c'est-à-dire un testament dressé par une autorité publique qui lui donne les garanties de l'authenticité. Est-ce qu'il peut faire son testament dans une forme publique et est-ce qu'un officier public étranger peut donner l'authenticité à son testament ? Inversement, si un étranger se trouvant en France veut faire son testament, peut-il le faire dans la forme publique du Code civil, peut-il aller chez un notaire français en lui demandant de dresser son testament comme pour les Français ; est-ce qu'un notaire français est compétent pour dresser le testament d'un étranger ou l'étranger doit-il aller devant un fonctionnaire de son propre pays ? Il y a conflit entre les autorités de pays différents, il faut donc choisir une autorité : conflit d'autorités.

Etat-Civil

Le même problème se pose pour tous les actes de l'état civil. Pour les Français, il y a un certain nombre d'actes qui doivent faire l'objet d'une déclaration à un service public que l'on appelle le service de l'état civil : acte de naissance, acte de décès, reconnaissance d'enfant naturel, et des mentions doivent intervenir en marge des actes. Est-ce que ces règles sur le fonctionnement du service public de l'état civil s'appliquent aux étrangers comme aux Français ? Est-ce qu'un étranger qui nait en France doit être déclaré comme les autres ? Et quand les Français sont en pays étranger, si un enfant français naît hors de France, est-ce le régime français d'état civil qui doit jouer pour lui ou le régime du pays dans lequel il se trouve ? Il faudra déterminer l'autorité du pays que l'on doit choisir pour dresser cette preuve d'un fait.

Matières fiscales

Si nous prenons maintenant l'exemple des matières fiscales dans les rapports internationaux, il faut tout de même savoir quel est le pays qui a le droit d'émettre des rôles pour faire payer tel ou tel impôt. Il y a donc conflit entre les autorités fiscales de plusieurs pays . La question, étant donné l'âpreté accrue du fisc de tous les pays, est très importante ; les con-

Source : BIU Cujas

tribuables n'ont pas de chance d'échapper aux impôts d'un pays en tombant sous ceux d'un autre ; et il y a des cas très fréquents où il peut y avoir conflit d'autorités, en ce sens que les autorités fiscales de deux pays veulent faire payer le même impôt.

Voici un cas très simple, très courant, qui vise les frontaliers : il y a des dizaines de milliers d'ouvriers qui, à la frontière belge, franchissent chaque jour et parfois deux fois par jour, la frontière ; ils vont travailler de Belgique en France. Or, il y a en France un impôt qui s'appelle l'impôt sur les salaires et traitements ; quiconque perçoit un salaire doit payer un impôt, cet impôt est retenu à la base par l'employeur qui en est responsable vis-à-vis de l'Etat. Donc l'industriel français qui emploie des travailleurs belges devra, pour respecter les ordres du fisc français, faire payer à tous ses travailleurs l'impôt. Mais en Belgique on va leur dire ceci: vous nous devez, vous aussi, l'impôt sur les salaires et traitements, parce que vous êtes domiciliés en Belgique, et vous êtes obligés de payer cet impôt comme tout domicilié. Quel sera le critère, quelle sera l'autorité compétente, sera-ce celle du lieu du travail, ou celle du lieu du domicile du contribuable ? Si on ne fait rien, l'ouvrier paiera deux fois l'impôt, il faut donc résoudre ce conflit d'autorités. On y est, d'ailleurs, parvenu en vertu d'une entente entre les deux pays d'après laquelle un seul des deux pays fait payer l'impôt.

C'est ainsi encore que, dans une autre matière où l'accord n'a pas pu s'établir, le conflit d'autorités reste à peu près insoluble, c'est la matière des successions : l'impôt successoral est assez lourd, parfois il peut dans certaines successions atteindre facilement la moitié et quelquefois même plus dans celles quelque peu importantes. Or, il arrive que deux pays réclament le même impôt pour une seule succession : par exemple un pays le réclamera parce que le défunt avait son domicile chez lui ; voici par exemple un défunt, domicilié en France, qui avait une grande fortune mais répartie dans plusieurs pays ; comme il est mort domicilié en France, il doit l'impôt successoral sur la totalité à la France. Mais les pays dans lesquels sont situés les divers biens, les divers fonds de commerce par exemple, vont dire : je fais payer l'impôt parce que cet individu a un fonds de commerce chez moi. D'ailleurs dans le cas contraire, lorsqu'un étranger n'est pas domicilié en France mais qu'il a des valeurs mobilières en France, nous faisons la même chose. Et il même arrivé que dans une succession, l'impôt atteigne et dépasse le montant total de la succession, tant et si bien que le malheureux héritier qui a accepté la succession se trouve obligé de payer plus d'impôt qu'il ne recueillera de biens.

Vous verrez en étudiant le droit successoral, qu'un héritier peut se mettre à l'abri des dettes du défunt par une

Source : BIU Cujas

acceptation sous bénéfice d'inventaire ; dans ce cas il est assuré de ne payer les dettes que jusqu'à concurrence de ce qu'il prend, il ne gagnera rien mais il ne perdra rien ; mai en matière d'impôts, cela n'existe pas et sur une succession de 100.000 francs vous pouvez avoir 125.000 francs d'impôts à payer, et il sera obligatoire de les payer aux deux Etats en présence. Il n'y a pas moyen d'y échapper si on ne résout p ce conflit entre les autorités fiscales.

Ces conflits sont donc très importants, très graves et malheureusement souvent insolubles, parce que rien n'est plus difficile que d'obtenir d'un pays qu'il renonce à donne un certain pouvoir à ses autorités ; il considère qu'il y a une émanation de sa souveraineté et, après tout, il n'y a pa de raison qu'il cède aux prétentions d'un autre Etat sur ce point. On arrive ainsi à des situations qui, pratiquement, s très désavantageuses pour ceux qui en subissent les conséque ces.

Les fonctions des consuls

Dans le conflit des autorités, il convient de signaler l'intervention d'une institution très répandue, c'est celle des attributions et des pouvoirs des consuls. On appelle consuls des fonctionnaires publics français envoyés par le gouverneme français dans les pays étrangers pour y exercer certaines fon tions dans l'intérêt de la France ; le consul ne doit pas êt confondu avec l'agent diplomatique qui a une fonction différe te. Il y a ainsi des consuls de France dans la plupart des pays et dans un certain nombre de villes de chaque pays, et il y a des consuls étrangers dans un certain nombre de ville de France. Ces consuls sont des fonctionnaires publics ; ils ont une certaine autorité, un certain pouvoir. Dans quels ca peuvent-ils agir, quels sont les actes qu'on leur permet de faire, quelle est la validité de ces actes ? Conflits d'auto rités.

Pour montrer l'intérêt pratique de la question, sig lons, en passant, que des étrangers qui sont en France et qui veulent se marier ont le choix entre la forme française - il peuvent se marier à l'état civil comme tous les Français - e la forme étrangère - ils peuvent aller devant le consul de l nationalité qui peut célébrer leur mariage ; de même les con suls de France à l'étranger ont le pouvoir de célébrer les mariages des Français. Il faut savoir dans quels cas, à quelle conditions ce pouvoir du consul pourra être exercé, dans quel cas, au contraire, il n'existera pas ; il y a des consuls q ont célébré des mariages entre deux individus dont un seul était leur national, est-ce que ces mariages étaient valable Les tribunaux ont dit non, ils sont frappés de nullité.

Voilà donc un chapitre très important des conflits d'autorités, la détermination des pouvoirs des consuls et l'

Source : BIU Cujas

fet des actes qu'ils ont dressés.

Pour définir cette partie du cours, c'est la recherche du pays dont une autorité publique est qualifiée pour dresser un acte.

3°- Le conflit des juridictions.

La compétence judiciaire

Définition

C'est le troisième et dernier type de conflits que l'on appelle encore et le plus souvent, problème de compétence judiciaire. Nous avons parlé à propos des conflits de lois, du problème de compétence législative, ici il s'agit du problème de compétence judiciaire.

Avec le problème de conflits de juridictions, il ne s'agit plus ni de rechercher une loi applicable à un acte qu'on veut faire, ni de déterminer une autorité devant laquelle on pourra se présenter pour faire cet acte, mais de choisir un tribunal qui pourra connaître d'un procès dans lequel se présente, naturellement, le phénomène de la frontière, c'est-à-dire dans lequel il y a un élément étranger, international.

Les problèmes de compétence sont déjà difficiles à résoudre dans le pur droit interne, ils le sont encore plus dans les rapports internationaux, parce qu'il y a le phénomène de la frontière : un Français est en litige avec un étranger, les tribunaux français sont-ils compétents pour juger cet étranger, ou bien le procès doit-il se dérouler dans le pays de l'étranger ? Voilà deux étrangers qui vivent en France, deux époux, ils ne s'entendent plus, ils veulent divorcer ou être séparés de corps ; peuvent-ils s'adresser au tribunal français ou bien doivent-ils faire statuer sur leur contestation un tribunal de leur propre pays ? Il y a en pareil cas un conflit entre des juridictions, soit parce que plusieurs pays déclarent qu'ils doivent connaître de ce procès, soit parce qu'aucun pays ne veut en connaître ; dans le premier cas, il y a excès de biens , dans le second on se trouve en présence d'une situation essentiellement négative.

Il y a donc des conflits très importants en pratique, car à quoi sert le droit si on ne peut pas saisir un tribunal pour le faire sanctionner. S'il n'y a pas une juridiction pour faire appliquer un droit, ce droit disparaît. Il n'est donc pas étonnant que dans la statistique des décisions de Droit international privé, le nombre de celles qui sont intervenues sur des questions de conflits de juridictions, soit infiniment plus important que les autres.

Voilà donc les trois problèmes qui constituent la théorie des conflits : conflits de lois, conflits d'autorités, conflits de juridictions.

Source : BIU Cujas

Voyons maintenant les conflits quant aux milieux dans lesquels ils peuvent se présenter.

B - Milieux dans lesquels les conflits peuvent naît

Les conflits internationaux

Les conflits de lois, d'autorités de juridictions naissent du phénomène de frontière ; c'est parce qu'il y a des pays différents les uns des autres, ayant chacun des institutions propres qu'il y a des oppositions entre les lois, des oppositions entre l'organisation des services publics et des différences entre les règles sur la compétence des tribunaux ; elles sont inévitables, sans quoi le droit serait uniforme, ce qui ne peut pas se produire. Nos conflits naissent donc de l'existence de frontières politiques entre les Etats, d'où leur nom de conflits internationaux ; ils naissent de frontières internationales, c'est-à-dire de frontières entre des Etats indépendants les uns des autres.

Mais l'existence d'une frontière entre les Etats est-elle nécessaire à l'existence d'un conflit, ou bien les conflits ne peuvent-ils pas se produire à l'intérieur même d'un seul Etat ? Il y a encore des conflits de ce genre à l'heure actuelle, mais moins qu'autrefois. Il y en a eu surtout pendant de nombreux siècles, et c'est seulement au XIXème siècle qu'a commencé le déclin de ce type de conflits que l'on appelle des conflits interprovinciaux.

Les conflits interprovinciaux

Ces conflits proviennent de ce que, dans certains pays, le droit n'est pas unifié; si nous prenons simplement l'exemple de la France, nous savons que l'unité politique de la France qui s'est faite dans les derniers siècles de la monarchie n'a pas été doublée de l'unité législative ; dans l'ancien droit on n'a jamais considéré que l'unité législative fût nécessaire à l'exercice de la souveraineté du royaume et c'est ainsi que chaque région avait son droit. Le pays était divisé en un certain nombre de coutumes, et tout le monde connaît la phrase de Voltaire : "On change de coutume aussi rapidement que de chevaux de chaise de poste". Il y avait environ 150 coutumes différentes sur l'étendue du royaume, et surtout quelques très grandes coutumes marquées dans leurs différences sur des points tout à fait importants : la coutume de Paris différait essentiellement de la coutume de Normandie. Par exemple, la coutume de Paris était une coutume de communauté entre époux mariés sans contrat, la coutume de Normandie était une coutume sans communauté ; or, des gens de Paris allaient constamment en Normandie ou avaient des biens de chaque côté des limites des coutumes ; sous quel régime étaient-ils mariés ?

Source : BIU Cujas

Les successions n'avaient pas non plus du tout le même régime ; sur un point par exemple, le testament, dans la coutume de Paris on pouvait faire son testament à n'importe quel moment; la coutume de Normandie était plus sévère, et peut-être même plus raisonnable, elle exigeait que l'on ait fait son testament un certain temps minimum avant la mort, pour éviter peut-être certaines impressions, des influences qui auraient pu se manifester au moment d'une maladie ; bref, sous l'empire de la coutume de Normandie il fallait faire son testament trois mois avant la mort. Ainsi, lorsqu'un testament avait été fait, s'il fallait appliquer la coutume de Paris , le testament était valable et si l'on appliquait la coutume de Normandie, il fallait rechercher s'il était intervenu au moins trois mois avant la mort du testateur.

On appelait ces conflits, conflits interprovinciaux. Il y en avait d'innombrables sous l'ancien Régime ; ils provenaient de ce que les provinces avaient conservé leur autonomie, autonomie complète au point de vue juridique, avec leurs lois, leurs autorités publiques, leurs tribunaux ; il n'y avait pas de tribunal suprême du royaume, le tribunal de cassation n'a été créé qu'au début de la Révolution.

Ces conflits interprovinciaux ont été le berceau de la théorie des conflits ; nous aurons plus tard à en parler assez longuement car c'est de là qu'on est parti pour étendre la théorie aux rapports internationaux qui, à cette époque, étaient assez peu importants. Pendant un certain nombre de siècles les conflits sont nés de ce qu'il y avait indépendance juridique à l'intérieur du royaume entre les diverses provinces. Ces conflits ont disparu en France avec le Code civil qui a assuré l'unité du droit de la France ; mais ils se sont maintenus hors de France dans un très grand nombre de pays, jusqu'à ce l'unité du droit privé ait été réalisée : ainsi en Allemagne, ce n'est qu'en 1900 que l'unité du droit privé a été réalisée, et jusqu'en 1900 chaque province de l'Allemagne avait encore sa législation, notamment la nôtre, car le Code civil français était resté en vigueur dans une bonne partie de l'Allemagne du Sud. La Suisse qui est divisée en cantons, n'a eu son unité de droit privé qu'en 1881 pour les obligations et, pour l'ensemble du Code civil, qu'en 1907 - la Suisse a, en effet, un code spécial pour les obligations, et un code civil qui comprend toutes les autres matières sauf les obligations. L'Italie ne l'a faite qu'en 1865, et d'autres pays tels que la Pologne, la Tchécoslovaquie, la Roumanie, la Yougoslavie, ne l'avaient pas encore réalisée à la veille de la guerre actuelle.

Les pays où ces conflits existent à l'état peut-être le plus important, ce sont les Etats-Unis d'Amérique, où chaque Etat a son autonomie législative et judiciaire à peu près complète ; il y a donc 48 législations différentes les unes des autres, puisque chacun des Etats qui constituent les Etats-

Source : BIU Cujas

Unis a son propre droit ; ce sont des conflits interprovinciaux.

Mais les conflits dont nous aurons à parler au cours de cette année seront uniquement les conflits internationaux ; nous ne parlerons des conflits interprovinciaux que dans la mesure où l'histoire en sera nécessaire pour connaître les solutions qui sont données aux conflits internationaux.

Ces deux conflits, conflits internationaux et interprovinciaux sont, les uns et les autres, des conflits dans l'espace, mais ce n'est pas le même espace ; ce qui est important, ce n'est pas l'étendue de cet espace, mais le caractère politique de l'espace. Les conflits interprovinciaux ont lieu à l'intérieur de l'espace national, les conflits internationaux ont lieu entre l'espace national et l'espace d'un autre Etat.

Le conflit colonial Il y a enfin un dernier type de conflits, conflit très spécial, très différent du nôtre à tous égards, c'est le conflit dit colonial qui existe aussi bien dans les colonies françaises que dans celles de tous les pays colonisateurs, conflit né de la situation (ethnique particulière) d'un milieu très spécial, très distinct et souvent très lointain de celui des métropoles colonisatrices.

Il n'est pas possible, en effet, - à aucun moment les pays colonisateurs n'y ont songé - d'étendre aux colonies le droit de la métropole purement et simplement, parce qu'il ne conviendrait pas : il y a des peuplades ou des groupements indigènes qui doivent rester et veulent rester soumis à leur coutume indigène. Le cas le plus important, le plus symptomatique, est celui de l'Islam, puisqu'il n'est pas seulement une religion, mais un ensemble indivisible d'une religion et d'un droit temporel, le Coran règlementant à la fois la religion, la famille, les successions, les régimes matrimoniaux, etc.... Un musulman ne peut pas obéir à un autre droit civil que le droit du Coran ; les choses qui, pour un grand nombre d'autres religions, sont séparées, sont ici liées. Aussi, les puissances colonisatrices, France ou autres, n'ont pas touché au droit musulman sous l'empire duquel demeurent les peuples indigènes, c'est-à-dire les populations autochtones.

Mais si, pour des raisons confessionnelles, politiques ou ethniques, il était commandé de maintenir les populations des colonies sous leurs coutumes indigènes, on ne pouvait pas placer sous l'empire de ces coutumes indigènes les Français et, d'une manière plus générale, les Européens qui viendraient s'établir dans ces colonies à titre temporaire ou même à titre définitif, pour y faire souche, comme c'est le cas par exemple en Algérie où toute une population petit à petit s'est constituée.

Aussi, a-t-on résolu le problème d'une manière très particulière : on a décidé que les individus resteraient soumis à toutes leurs lois selon leur groupe d'origine : en Algérie par

Source : BIU Cujas

exemple, le citoyen français reste soumis au droit français, mais les indigènes, qui ne sont pas citoyens français mais sujets français, les musulmans, sont soumis au droit musulman pour la famille, les régimes matrimoniaux, les successions, quelquefois même pour la propriété immobilière. Dans ce conflit colonial, le territoire qui, pour notre conflit, est le signe le plus important qui soit, ne joue pas de rôle, parce que tout se passe à l'intérieur d'un même pays où chacun reste sous la loi de son groupe ethnique.

On a encore appelé parfois ce conflit, le conflit des lois personnelles ; dans un même lieu, dans une même ville il y a toute une série de lois applicables selon les groupes d'origine des individus ; et dans certains territoires du sud d'Algérie par exemple, il y a des lois plus nombreuses parce que les Israélites sont restés soumis à la coutume israélite et ne sont pas soumis aux lois françaises.

Il ne sera pas question de ces conflits et il suffit de savoir qu'ils existent.

Ayant ainsi terminé l'étude du Chapitre I qui était une sorte de tour des matières qui constituent l'objet du Droit international privé, il faut aborder maintenant le Chapitre II relatif aux sources du Droit international privé.

Source : BIU Cujas

Chapitre II

LES SOURCES DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE

Définition

Le mot source est un terme qui est pris dans le sens géographique du mot, c'est-à-dire d'où viennent les matériaux qui constituent la règlementation de telle ou telle branche du Droit. Quels sont les matériaux constitutifs du droit et en particulier - c'est la question qui nous intéresse - du Droit international privé ?

Importance de leur étude

L'étude des sources est très importante. On ne peut bien connaître une branche du Droit que si l'on sait comment elle s'est formée historiquement et de plus si l'on en fait l'analyse même. Une deuxième raison, c'est que si l'on veut améliorer, perfectionner, développer une branche du droit, il faut s'en prendre à la source du mal ; d'où vient le mal ? De ce que la règlementation n'est pas satisfaisante, ce sont donc les sources du droit qu'il faut modifier.

Dualisme des sources du Droit international privé

En Droit international privé, il y a un dualisme de sources qu'on ne rencontre pas en droit interne. En droit interne, il n'y a qu'une seule catégorie de sources, ce sont les sources françaises ; lorsqu'on étudie les sources du droit civil ou du droit commercial, on recherche quelles sont les règles qui constituent le droit civil français ou le droit commercial français ; ici, en Droit international, il y a deux catégories de sources : des sources internes ou nationales et des internationales, au sens large du terme.

Les sources internes ou nationales, ce sont les sources uniquement françaises et que la souveraineté française, le législateur français ont créés librement. Il y a ainsi des sources nationales françaises, belges, suisses, italiennes, etc... chaque pays a ses sources internes ou nationales de droit international privé.

Les sources internationales, au contraire, ce sont des sources, c'est-à-dire des matériaux qui sont communs à un certain nombre de pays, qui résultent d'une entente plus ou moins large entre divers pays ; elles ne sont pas nationales puisqu'elles sont communes à plusieurs pays et qu'elles sont à cheval sur plusieurs pays.

Source : BIU Cujas

Nous allons examiner dans deux sections l'importance et le rôle des sources internes ou nationales, et l'importance et le rôle des sources internationales.

Section I

Les sources internes ou nationales du Droit international privé français.

En Droit français, les sources de toutes institutions sont ou la loi, ou la coutume, ou la jurisprudence. Tant que nous n'avons pas eu la codification napoléonienne, c'est la coutume qui a été la source principale ; depuis la codification, depuis le début du XIXème siècle, c'est la loi écrite qui est devenue la source la plus importante, la jurisprudence n'ayant plus le même rôle créateur qu'elle avait autrefois et ayant surtout le rôle d'une interprète des textes.

Comment les choses se présentent-elles pour nous en Droit international privé ? Reprenons nos matières les unes après les autres pour voir quelles sont les sources qui les régissent.

A - La nationalité.

Les sources de la nationalité sont écrites

En France, à l'heure actuelle, la nationalité est une matière très règlementée, de nombreuses lois complexes sont intervenues, notamment à l'époque moderne, et en particulier celle qu'il nous faudra commenter, la loi du IO Août 1927. C'est, qu'en effet, la matière de la nationalité, à raison de l'intérêt politique qu'elle présente, a besoin d'une règlementation très stricte et minutieuse. La coutume est nécessairement très lente dans sa formation et, d'autre part, elle est incertaine : or, en raison de l'intérêt politique qu'il y a à savoir qui est national ou ne l'est pas, l'Etat ne peut pas laisser au hasard la règlementation de la nationalité ; il la règlemente très étroitement et, à l'heure actuelle, c'est une matière essentiellement de droit écrit en France. Il n'en a pas toujours été ainsi et, sous l'ancien Régime, où ilsemble qu'on n'apportait pas tant d'importance à ces choses que maintenant, il n'y eût jamais, du moins à la connaissance des historiens, un droit uniforme du royaume pour déterminer quels étaient ceux qui étaient ou non regnicoles ; c'était une question qui relevait de la coutume et qui s'était établie petit à petit.

Les Etats modernes ayant donc règlementé avec beaucoup de détails la matière de la nationalité, on peut dire que la

Source : BIU Cujas

nuances ; la jurisprudence part d'une solution et aboutit au bout d'un temps long à une solution très différente, mais elle arrivera par étapes. Or, en matière de jouissance des droits, on se trouve en présence d'une difficulté à laquelle il faut donner des solutions immédiates. Aussi le problème de la condition des étrangers devient-il à l'époque moderne essentiellement réglementaire ; alors qu'il y a trente ou quarante ans il n'y avait pas de textes sur les étrangers en France ou à peu près, aujourd'hui il y en a un nombre considérable et le législateur sans cesse augmente le nombre de ces textes ; il intervient rarement dans une matière sans se poser le problème ; quelle solution dois-je donner pour les étrangers ?

Ainsi, en ce qui concerne cette matière du droit international, la coutume qui, pendant longtemps, a été la seule source, reste encore, dans une certaine mesure, une source du droit, mais elle est de plus en plus évincée par la loi qui tend à devenir ici comme pour la nationalité la règle.

Quant à la jurisprudence elle a un rôle important qui est celui d'interpréter les textes, comme dans l'ensemble des matières du droit français. Nous allons voir qu'il en est autrement dans la dernière matière du Droit international privé, la matière des conflits.

D - La matière des conflits.

Reprenons nos trois sources du droit et voyons comment elles se comportent pour la solution des conflits.

Carence du droit écrit

La loi, c'est-à-dire le droit écrit : malgré l'importance pratique du problème dans une vie internationale intense où les intercommunications commerciales et industrielles deviennent très nombreuses, il n'y a pour ainsi dire pas de droit écrit et nous en sommes au même point qu'à l'époque du Code civil, ce qui n'est pas beaucoup, car les auteurs du Code civil n'ont consacré à cette matière que quelques rares articles. C'est un phénomène presque universel : très peu de pays ont consacré des dispositions nombreuses, suffisantes et complètes à la matière des conflits.

Raisons de ce fait

Quelle est la raison de cette absence de règlementation écrite non seulement en France, mais dans beaucoup de pays étrangers ? Elle provient de ce qu'il s'agit là d'une matière extrêmement fuyante et très difficile à emprisonner dans des formules.

Dans le projet de Code civil de l'an VIII, il y avait quelques textes sur les conflits ; or, ces textes ont disparu à peu près tous et les auteurs du Code ont pris la peine de nous en dire la raison : dans son exposé des motifs Portalis déclare (3 Frimaire an X) : "Il nous a paru sage de faire la part de la science et la part de la législation ; tout ce qui

Source : BIU Cujas

source interne de la matière de la nationalité sera le droit écrit ; il n'y a aucune place pour la coutume ; nous en avons donné les deux raisons : la coutume est trop incertaine et elle est trop lente dans sa formation ; nous parlons de la coutume quand il s'agit du passé, mais il faut des dizaines et des dizaines d'années pour qu'une coutume se forme ; or, quand on fait une loi sur la nationalité, c'est qu'il y a un besoin immédiat et que l'on ne peut pas attendre 50 ou 60 ans qu'une coutume se forme ; d'ailleurs, entre le moment où une coutume est formée et celui où elle a débuté, il y a des étapes intermédiaires.

Quel est maintenant le rôle de la jurisprudence dans la nationalité ? La jurisprudence, dont les décisions ont été autrefois assez nombreuses en matière de nationalité et deviennent plus rares parce qu'il semble que les textes sont maintenant plus parfaits, a simplement pour but d'interpréter les textes, de les appliquer, de les faire respecter, elle n'a pas de rôle créateur dans la nationalité.

B - Matière du domicile.

État chaotique des sources du domicile

Il n'y a pour ainsi dire pas de textes pour le domicile dans la matière des rapports internationaux : il n'y a pas de droit écrit mais, d'autre part, il n'y a pas de coutume. La jurisprudence a donc dû interpréter les textes du droit civil pour les étendre à nos rapports internationaux, mais nous verrons en étudiant cette matière que beaucoup de solutions sont incertaines ; la jurisprudence n'est pas encore bien établie.

C - Matière de la jouissance des droits ou problème de la condition des étrangers.

De la coutume au droit écrit.

Ici s'est produit toute une évolution ; durant l'ancien droit, cette matière était essentiellement une matière coutumière, mais le Code civil qui a règlementé tant de points a dit fort peu de chose sur la matière de la condition des étrangers, et nous verrons que ce fut une grande difficulté de son interprétation ; ce fut le cas de l'art. II du Code civil qui dit moins de choses qu'il ne soulève de difficultés juridiques.

La jurisprudence du XIXème siècle a donc eu le rôle très important de combler les vides du Code civil ; mais une jurisprudence, malgré sa valeur, malgré la bonne volonté des juges, ne peut pas aller aussi vite que les besoins de la société ; or, les besoins qui se sont manifestés dans le problème de la condition des étrangers dans les vingt-cinq dernières années ont été des besoins pressants.

Une jurisprudence se forme par couches successives, par

Source : BIU Cujas

est définition, enseignement, doctrine est du ressort de la science".

Au fond, l'explication donnée n'était pas exacte, parce que la règlementation des solutions positives n'était pas une question de définition, de science, c'était une question de loi comme toutes les matières qui sont dans les lois écrites ; mais la véritable idée était la suivante : les auteurs du Code se sont trouvés extrêmement embarrassés pour choisir une solution au milieu du fatras des discussions éperdues des auteurs de l'ancien Régime sur nos matières. Ils n'avaient pas réussi là, à la différence de ce qui s'est produit dans bien d'autres domaines , à présenter un ensemble cohérent qui fût susceptible d'être codifié, car l'oeuvre des auteurs du Code civil a surtout été de mettre dans des formules prestigieuses le droit dans l'état auquel il était arrivé après plusieurs siècles de coutumes. Or, le Droit international privé était très en retard, on en était encore à la période des controverses, chacun avait son système, son opinion, cela variait à l'intérieur même d'une province et, à plus forte raison, d'une province à l'autre. En présence de toutes ces discussions que ni Merlin, ni Pothier n'avaient réussi à éclairer, les auteurs du Code ont reculé, effrayés, et ont dit : nous allons laisser la matière des conflits dans l'état où elle se trouve actuellement.

Prédominance de la coutume

Le droit est donc resté, et il est encore aujourd'hui après près d'un siècle et demi de codification, un droit non écrit, il est toujours un droit coutumier.

C'est ce qui fait précisément la particularité et aussi l'intérêt de l'étude du droit des conflits dans la formation générale de l'intelligence du juriste, c'est qu'il est une branche du droit, où la coutume est encore restée en vigueur alors qu'ailleurs elle ne joue plus qu'un rôle historique ; ici la coutume s'applique, elle est du droit actuel, du droit positif et constamment la Cour de cassation applique des coutumes qui remontent au XIIIème, au XIVème siècle, qui ne sont écrites nulle part, qui sont seulement des coutumes et ont une autorité positive aussi forte que si elle était écrite dans un article de loi ; ainsi nous sommes en présence d'un droit coutumier, d'un droit mouvant qui peut être sans cesse en transformation.

Cette coutume pourrait avoir pour le Droit international privé un certain nombre d'avantages ; ces avantages sont ceux que l'on se plait en général à reconnaître à la coutume, bien qu'on ne discute plus beaucoup la question, puisque la cause de la codification est entendue dans tous les pays. La codification est un phénomène presque mondial, la codification n'est en régression nulle part et, au contraire, elle est en progrès presque partout dans le monde. L'avantage de la coutume, c'est évidemment son transformisme possible : théoriquement, la cou-

Source : BIU Cujas

tume est ce qu'il y a de plus parfait; puisqu'elle est souple elle doit pouvoir prendre le contour des besoins et des évènements au fur et à mesure qu'ils se manifestent ; donc théoriquement, la loi est quelque chose qui emprisonne de façon rigide et qui ne correspond pas aux nécessités. Voilà donc l'avantage de la coutume et, dans notre branche, la coutume permettrait d'adapter les solutions aux besoins des rapports internationaux. Rappelons à cet égard la célèbre controverse qui eut lieu au XIXème siècle : au lendemain du Code, il y avait des personnes qui discutaient âprement sur les avantages et les inconvénients de la coutume et des codes ; il y eut en particulier une grande controverse entre deux jurisconsultes allemands, Savigny et Thibault : Savigny, chef de l'Ecole historique, était adversaire de la codification parce que, pour lui, le droit était un produit de l'histoire et que la codification était un verrou qui arrête l'histoire ; tandis que Thibault cherchait à montrer les avantages pratiques de la codification.

a coutume ici s'est igée

Malheureusement, notre droit des conflits est resté un droit coutumier, mais un droit coutumiersans les avantages de la coutume. La coutume est un droit qui se forme spontanément et qui finit, au bout d'un certain temps, par avoir une force invétéré et obligatoire ; la coutume est donc une source du droit et elle peut modifier une coutume antérieure. Son inconvénient est que son action est très lente ; quand on regarde la coutume au point de vue historique, les siècles défilent très vite, mais quand on est contemporaitn et qu'on assiste à la transformation possible de la coutume, on voit que c'est très lent.

Mais en notre matière - et c'est un phénomène très particulier - par le fait de la codification, la jurisprudence française a complètement perdu le rôle qu'elle avait sous l'ancien Régime qui était de dire la coutume, de contribuer à la formation de la coutume, à sa sanction, car c'est le juge qui consacre la coutume. Or, par suite du phénomène de la codification française, notre droit est devenu en principe un droit écrit, les tribunaux français ont donc pris la coutume du droit international privé dans l'état où elle se trouvait à l'époque du Code, mais depuis cette époque elle n'a plus évolué ; c'est en somme un droit coutumier qui est encore en vigueur, qui est un droit positif, mais c'est une coutume privée du trait spécifique de la coutume, c'est-à-dire de son transformisme possible. Nos tribunaux ne se sont laissés entamer sur aucun point, malgré les besoins nouveaux, les transformations sociales, et la coutume que l'on applique est toujours la coutume ancienne, c'est donc en somme la coutume mais une coutume qui a été arrêtée, fixée à un moment donné, au début du Code et qui ne se modifie

Reproduction interdite
Source : BIU Cujas

plus, ce qui ne nous laisse la coutume que dans un certain sens, avec ses inconvénients, mais sans ses avantages.

Rôle de la jurisprudence

La troisième source du Droit international privé est la jurisprudence : nous n'aurons pas grand chose à en dire, ce n'est de rappeler que son rôle est de dire la coutume toutes les fois que le droit est coutumier, de dire le droit, de sanctionner le droit. Comme il y a peu textes en Droit international privé, il y a beaucoup plus d'certitude qu'ailleurs, et il y a beaucoup de procès, et comme les intérêts sont généralement considérables, les tribunaux sont très souvent saisis de nos questions ; il y a donc une masse volumineuse de jurisprudence sur nos matières.

C'est donc dans la jurisprudence et dans la jurisprude seule qu'il faut chercher les solutions positives, puisqu'elle sont coutumières et que la coutume n'a jamais été rédigée ; c'est dans les arrêts de la Cour de cassation qu'on trouve la justification des solutions coutumières.

Pour conclure sur cette dernière branche du droit, tr accessoirement, très accidentellement, nous aurons des source écrites, quelques rares textes du Code civil et, à titre prin cipal, ce sera la coutume ancienne reconnue, consacrée par la jurisprudence, qui constituera la source du droit.

Les recueils de jurisprudence

Nous indiquerons en passons des recueils dans lesquels se trouve cette jurisprudence, ne serait-ce que pour adopter des abréviations que nous emploierons par la suite : en outre du Sirey et du Dalloz qui ont toujours publié les décisions importantes de ces matières, il y a des recueils spécialisés.

Le plus ancien est le Journal du Droit international créé par un avocat célèbre, Me Clunet. Il a été fondé en 187 et il parait toujours - depuis 1939 sa publication a été arrêtée. On le cite sous le nom Clunet.

Un deuxième recueil parait depuis une trentaine d'années, depuis 1905, c'est la Revue de Droit international priv elle est née d'un divorce ; Clunet s'étant brouillé avec un de ses collaborateurs, celui-ci a été fonder une maison concurren Cette revue a changé de nom en 1934, elle s'appelle maintenant la Revue critique de Droit international, mais c'est toujours la même revue (Elle est également arrêtée depuis 1939) . Citation : Revue.

Enfin, une dernière revue plus récente est née en 19 C'est la Nouvelle Revue de droit international privé. Citation Nouvelle revue.

Source : BIU Cujas

Rôle de la doctrine

Pour en terminer avec l'étude des sources du Droit international privé, il convient maintenant de faire allusion, avant d'arriver aux sources internationales, à un élément qui n'est pas vraiment une source du droit, mais qui tout de même joue un rôle positif, un rôle pratique et efficace, là comme ailleurs et peut-être là plus qu'ailleurs, parce qu'il n'y a pas de droit écrit et que tout, ou trop de choses sont incertaines : c'est la doctrine.

Son influence est indirecte

Incontestablement, la doctrine n'est pas une source de droit ; la doctrine c'est l'opinion des auteurs ; chaque individu peut avoir son opinion, son système, mais il n'a pas la prétention de pouvoir l'imposer. Mais, si la doctrine n'est pas une source positive du droit, tout au moins dans le droit moderne, la doctrine - et ce serait une erreur à commettre en sens contraire que de le nier - est indiscutablement une source indirecte du droit ; la doctrine agit sur la formation du droit, en ce sens qu'elle contribue à faire la conviction de ceux qui ont le pouvoir d'affirmer le droit ; la doctrine peut donc exercer une action sur le législateur, et surtout sur la jurisprudence.

En effet, que fait la jurisprudence? Elle fait, dans chaque cas, prévaloir une des opinions parmi les nombreuses opinions qui ont été défendues : lisons un rapport de conseiller à la Cour de cassation, c'est une discussion des systèmes principaux, des opinions diverses et la Cour de cassation se prononce pour l'une des opinions émises ; il y a donc une opinion qui a influé sur la jurisprudence.

Ainsi la doctrine, dans une matière comme la nôtre, a été très importante, parce qu'il n'y a pas de droit écrit, et elle agit indiscutablement sur la formation de la jurisprudence; elle agit par le livre, et il y a une littérature volumineuse dans laquelle la France a, dans le monde, peut-être la place la plus importante : la théorie des conflits a eu comme berceau la France, et c'est de là que sont parties les opinions dont beaucoup sont suivies et sanctionnées dans les pays étrangers.

La doctrine agit encore - c'est désirable et c'est également vrai - par la voie de l'enseignement. Les juristes qui appliquent le droit comme législateurs ou magistrats, n'ont pas inventé le droit, ils l'ont appris ; or ce serait nier complètement la valeur et la vertu de l'enseignement que de penser qu'ils n'ont pas pu en conserver un certain nombre d'influences ou d'expressions. la doctrine exerce ce rôle indirect par la voie de l'enseignement.

Mais, et c'est en ce sens qu'on risque de se tromper, une opinion de l'enseignement ne peut pas toujours prévaloir car il y a souvent diverses opinions qui ne sont pas toujours

Source : BIU Cujas

concordantes, et d'autre part, elle ne peut pas prévaloir immédiatement parce qu'elle s'adresse à un public jeune qui pas encore le moyen de la faire prévaloir ; la doctrine de l'seignement agit, mais avec un retard qui est en général celu d'une génération ; il faut attendre que ceux qui ont reçu l'seignement fassent prévaloir les idées qui leur ont été incul quées ; chacun vit sur son passé, sur ce qu'il a appris, la doctrine qui influence la magistrature est la doctrine d'hier ou d'avant-hier, celle d'aujourd'hui influera plus tard, lor que ceux qui la reçoivent seront en mesure de dire le droit de l'appliquer.

Les associations scientifiques

Enfin, une influence de la doctrine négligeable s'exerce par la voie des associations scientifiques ; nos associations françaises se sont fréquemment occupées de problèmes importa et parmi elles il faut citer notamment la Société d'Etudes législatives. Une autre est spécialement consacrée aux problè du Droit international privé ; elle est très jeune, déjà arrê tée dans sa carrière par la guerre, c'est le Comité français de Droit international privé qui n'a été créé qu'en 1934 en vue de donner naissance à une Ecole française de Droit interna tional privé qui s'inspire des seuls besoins de notre pays. Ainsi conçue, la tâche de ce Comité apparait très supérieure à celle des Congrès internationaux où les intérêts nationaux sont irrémadiablement destinés à être sacrifiés.

Section II

Sources dites internationales .

Ce sont les sources communes à un certain nombre d'Etat c'est pour cela qu'elles sont qualifiées de sources internatio nales. Il vaudrait mieux parler de sources dites internationa les ; il faut, en effet, apporter immédiatement une précision car le sens du mot international est assez vague. Il peut êtr susceptible de deux sens différents : d'abord dans un sens strict, technique qui est rigoureusement exact, il signifie : sources créatrices du Droit international ou droit des gens, c'est-à-dire le droit commun à l'ensemble de l'humanité ; mais il y a un autre sens dans lequel on prend aussi le mot inter national, sens qui est infiniment moins exact et plus large, un sens que l'on pourrait appeler profane : cela veut dire tout ce qui est source commune à un certain nombre d'Etats, sans être pour cela du droit international ; le signe spécifi-

Source : BIU Cujas

que du droit international, c'est d'être le droit de l'ensemble des pays civilisés ; or, il y a des sources qui sont communes seulement à deux ou trois pays qui ne constituent pas vraiment du droit international. Aussi y a-t-il lieu, dans l'étude que nous allons faire maintenant, de les distinguer dans deux paragraphes :

§ I - Sources communes à quelques Etats ou sources de droit supra-national.

§ 2 - Véritables sources internationales, c'est-à-dire sources créatrices du droit international, ou droit des gens.

§ I - Sources supra-nationales ou communes à plusieurs Etats.

Ici comme pour le droit interne, nous rencontrons la trilogie habituelle des sources écrites, coutumières ou jurisprudentielles. Voyons comment elles se comportent :

D'abord en ce qui concerne leur importance quantitative, elle est proportionnellement encore très faible ; dans leur principe, les sources du droit international sont des sources surtout nationales ou internes, elles ne sont encore qu'accessoirement et exceptionnellement des sources communes à un certain nombre d'Etats. Donc, sur le terrain quantitatif, il y en a infiniment moins et cela s'explique ; toute source commune à plusieurs Etats implique un sacrifice de ceux-ci pour abandonner leur point de vue, se mettre d'accord sur une formule qui puisse être satisfaisante pour les uns et les autres ; or, ce sacrifice les Etats le font difficilement, d'où ce résultat que les sources supranationales sont beaucoup moins nombreuses que les sources internes que l'Etat est libre d'édicter comme il le veut.

Si l'on se pose le problème de la hiérarchie respective de ces trois sources dans notre matière, on constate que les principales sources supra-nationales sont les sources écrites ; il y a beaucoup moins de sources coutumières et encore moins de sources jurisprudentielles.

I - Sources écrites.

-es traités diplomatiques

Dans leur forme, les sources écrites que nous rencontrons maintenant sont celles qui correspondent aux sources écrites du droit interne et que l'on appelle en droit interne des lois ; ce sont des lois pour les rapports d'un certain nombre de pays, elles portent un nom : traités diplomatiques. La loi écrite pour les rapports entre plusieurs Etats, c'est-à-dire l'entente sur un texte, c'est donc le traité diplomatique. Le traité diplomatique est en somme, par rapport à la liberté du pays qui le signe,

Source : BIU Cujas

analogue à ce qu'est en droit privé un contrat par rapport à la volonté unilatérale des individus : quand les individus ont signé un contrat, leur volonté n'a plus toute sa liberté.

Nature du droit des traités. Droit conventionnel

Quelle est la nature du droit qui résulte des traités diplomatiques ? Ce n'est pas vraiment du droit international parce que c'est simplement le droit applicable dans les rapports des pays qui ont signé le traité ; la France signe un traité avec un pays, dans lequel elle dit une certaine chose ; elle peut, dans un traité avec un autre pays, statuer autrement, cela ne peut pas être du droit international, puisque le droit international est forcément, par hypothèse, commun à l'ensemble des Etats.

Aussi y a-t-il une expression qu'il est bon de connaître qui marque que l'on se rend compte de la nature du droit des traités ; il vaut mieux dire : c'est du droit conventionnel, qui tire sa seule force de la convention des Etats, qui n'en a pas dehors d'elles et au-delà d'elles, les parties ont décidé ce qu'elles voulaient, elles peuvent le modifier, mais les autres Etats n'ont aucun droit à ce traité, absolument comme, dans un contrat de vente, les conventions ne produisent d'effet qu'entre les parties et non pas à l'égard des tiers.

Les deux types de traités

Il y a deux types de traités diplomatiques qui, au point de vue quantitatif, ne se répartissent pas du tout de la même façon : les traités bilatéraux et les traités plurilatéraux. Les plus nombreux sont les traités bilatéraux, pour la raison très simple qu'il est plus facile de faire un traité à deux qu'à trois, cinq ou dix. Il en est de même, en droit interne, pour les contrats.

Le traité bilatéral est le traité qui intervient entre la France et un pays étranger. Les traités qui groupent un nombre plus grand de signataires sont les traités plurilatéraux ou traités d'union : il y a ainsi certaines unions qui peuvent grouper cinq, dix, quinze pays, il y en a même qui groupent cinquante Etats ou plus, ainsi l'Union pour la Propriété industrielle, l'Union postale universelle, l'Union télégraphique internationale.

Posons-nous, au sujet des traités diplomatiques, quatre questions :

A - Quel est leur domaine ?
B - Quelle est leur hiérarchie dans les sources du droit ?
C - Quelle est leur force ?
D - Comment les interprète-t-on ?

Source : BIU Cujas

A - Domaine des traités diplomatiques.

Le but des traités

Le but des traités, par hypothèse, est d'atténuer les inconvénients qui résultent de la juxtaposition des droits différents des pays respectifs ; on veut s'entendre sur certains points, absolument comme, en droit privé, on veut mettre un terme à des difficultés avec un voisin et on fait une convention pour régler celles-ci. Le but du traité diplomatique est donc de diminuer les difficultés, de porter une certaine atteinte à l'indépendance des Etats, puisqu'ils ne sont plus absolument libres. La différence qui existe entre la loi et le traité diplomatique peut se comparer à la différence qui existe, en droit interne, entre la donation et le testament : la personne qui a fait une donation n'est plus libre, tandis que celle qui a fait son testament peut toujours le déchirer tant qu'elle vit, il ne s'agit que d'une volonté unilatérale ; ainsi l'Etat qui a signé un traité n'est plus libre, il est forcé de l'exécuter tant que dure le traité.

Les traités diplomatiques ne répondent pas toujours à leur attente et notamment en ce qui concerne les traités de la France, il y en a quelques-uns qui ont suscité beaucoup plus de difficultés dans leur application que ce qui se serait produit s'ils n'avaient pas existé : ainsi une fameuse convention franco-belge de 1899 sur la compétence des tribunaux a soulevé les pires problèmes, et il est probable qu'en l'absence de celle-ci, des difficultés auraient été évitées.

Le traité implique des sacrifices réciproques

En tout cas, le but des traités est d'améliorer les rapports entre les Etats signataires, et cela implique que l'on abandonne quelque chose de ses droits et de ses prétentions respectives.

Prenons l'exemple des traités douaniers ; nous avons un tarif douanier interne; mais nous ne pouvons pas, si nous faisons une convention douanière avec un pays étranger, dire : vous allez nous faire des avantages mais nous, nous allons garder notre tarif. Il y aura forcément sacrifice réciproque qu'il faudra équilibrer le mieux possible.

Nos traités reposeront donc sur un intérêt soit politique, soit économique, de façon à mettre un terme à des difficultés qu'éprouvent les individus dans la vie juridique internationale. Mais n'oublions pas que les traités sont toujours des sources anormales, et que le procédé normal de règlementation de nos matières, c'est encore l'action indépendante de chaque Etat ; l'intervention du traité ne peut donc être qu'accessoire, et il ne faut jamais en abuser.

Les limites de l'action possible des traités

Ceci nous met en présence d'un très grave problème que nous allons maintenant examiner et qui est précisément celui des limites de l'action possible des traités. Il s'agit de savoir dans quelles matières

Source : BIU Cujas

matières il convient d'en faire, et ce qu'il convient d'y mettre ; ce problème qui se pose à propos des sources conventionnelles internationales est exactement parallèle à celui qui se présente dans l'ordre interne pour l'action législative : quelles sont les matières dans lesquelles le législateur peut intervenir et quelles sont ses possibilités ?

Les bornes du pouvoir du législateur interne

Le législateur théoriquement est souverain pour légiférer mais, en réalité, le pouvoir du législateur est délimité par deux bornes, l'une beaucoup plus rigide et impénétrable, l'autre, élastique et variable. La première est l'élément de technicité dans le droit, la seconde est l'élément d'opportunité.

D'abord l'élément de technicité : malgré son pouvoir souverain, le législateur est lié par un certain nombre d'exigences techniques, contre sa volonté même ; il ne peut pas aller au-delà de celles-ci, par exemple, dans le droit civil, la matière des preuves on peut avoir un droit, mais un droit nu, un droit platonique qu'on ne pourra pas faire valoir parce qu'on ne pourra pas le prouver si on n'en a pas conservé ou fait établir un moyen de preuve, ou si on l'a perdu. Cela ne voudra pas dire qu'on n'ait pas ce droit, mais ce droit sera amputé de toute efficacité pratique, parce que, si on n'a pas un écrit, notamment qui prouve un engagement, si le débiteur auquel on défère le serment fait un faux serment, le droit ne pourra pas être invoqué. Le législateur aurait beau dire : tout créancier sera payé, il donnerait un coup d'épée dans l'eau, parce que, techniquement parlant, il faut pouvoir faire la preuve de son droit et, d'autre part, les preuves ne sont jamais que des approximations, des probabilités. Il y a encore une autre preuve qui est, elle aussi, une approximation et devant laquelle le législateur a reculé, et parfois même beaucoup trop, c'est la preuve de la filiation paternelle. Evidemment la filiation est un fait physique qui existe et crée des droits et des obligations, mais on sait les difficultés de sa preuve et les législateurs de divers pays doivent se servir d'adjuvants, de probabilités, notamment dans la filiation naturelle. Le législateur aurait beau dire : tout enfant naturel aura droit à des aliments de la part de son père, il se heurterait à un mur technique ; il faut prouver sa filiation avec le père.

L'autre limite est plus élastique, c'est la question d'opportunité : des lois sont faites dans un pays parce qu'on les juge, à tort ou à raison, bonnes, opportunes, leur adoption dépend d'un certain élément d'appréciation variable d'un pays à l'autre, variable dans un même pays selon les époques et les régimes.

A titre pratique, signalons la légitimation des enfants adultérins ; il n'y a aucun empêchement technique, du moment que la légitimation existe, à admettre la légitimation des en-

Source : BIU Cujas

fants adultérins comme la légitimation des autres enfants. Certains pays disent : non, nous ne voulons pas qu'on légitime les enfants adultérins, et d'autres pays étrangers sontplus larges.

De même la question du divorce : le divorce existe dans certains pays , dans d'autres pays il n'existe pas ou bien les causes ne sont pas les mêmes. Il ne s'agit pas là d'une question de technicité, mais d'appréciation ou d'opportunité.

Il n'y a qu'à prendre toutes les lois, elles se ramènent toutes à cette double idée, l'une rigide, l'idée de technicité, l'autre, plus souple,l'idée d'opportunité dans le droit.

Les limites du domaine des traités

Revenons maintenant à la matière du droit des traités ; nous y retrouvons ce double élément de base, l'élément de technicité et l'élément d'opportunité. Mais nous le retrouvons multiplié à un coefficient plus élevé.

Elément de technicité.- On aura beau vouloir s'entendre avec un pays étranger, le cadre des deux législations sera souvent tellement distinct l'un de l'autre que ce qu'on voudrait s'accorder respectivement se heurtera à des impossibilités provenant du mécanisme juridique lui-même.

Ainsi supposons qu'un pays étranger nous dise : accordez-nous la reconnaissance, en France, des droits de gage constitués sur des effets mobiliers qui se trouvent transportés dans votre pays. Or, il se trouve que, dans ce pays étranger, le gage n'exige pas la dépossession du débiteur ; il se trouverait donc en France, si l'on admettait cela, qu'il y aurait un gage sans dépossession ; il y a là une impossibilité technique car notre droit de gage ne peut se construire qu'avec l'idée de la dépossession du débiteur ; il ne peut donc y avoir entente entre les deux pays ; et toutes les fois qu'une situation analogue se présente, il y a limite de l'action des traités ; nous ne pouvons pas faire un traité sur un point toutes les fois que les deux législations ne peuvent pas correspondre l'une avec l'autre lorsqu'elles sont techniquement parlant trop lointaines l'une de l'autre.

Autre exemple : il y a des pays qui ont dans leur législation civile l'hypothèque mobilière ; vous savez que nous n'avons pas l'hypothèque mobilière, nous l'avons créée pour des cas particuliers comme les navires, mais nous n'avons pas, en principe, l'hypothèque mobilière, "meubles n'ont pas de suite par hypothèque" , c'est une vieille règle séculaire. Pouvons-nous faire un traité diplomatique pour reconnaître les hypothèques mobilières avec un pays étranger ? Non, puisqu'il n'y a pas d'hypothèque mobilière en France ; il faudrait commencer par créer une législation sur celle-ci. Il y a donc impossibilité technique à reconnaître une hypothèque mobilière à l'étranger puisque nous n'avons pas de droit d'hypothèque mobilière ;

Source : BIU Cujas

voilà donc une limite encore à l'action des traités diplomatiques.

Elément d'opportunité.- Cette limite est encore beaucoup plus grande si l'on se place sur le terrain de l'opportunité ; quelles sont les matières sur lesquelles les Etats jugent opportun de faire un traité ? Lorsque l'action du législateur est fonction de lui-même, il peut faire plus ou moins de lois, selon sa hardiesse, mais dans les rapports internationaux, les Etats ne sont pas très hardis, ils ne sont pas très enclins à considérer qu'il soit opportun de faire des traités sur bien des matières ; c'est qu'en effet, chaque fois qu'il se décident pour un traité diplomatique, ils abdiquent une partie de leur liberté, de leur indépendance dans l'application de cette matière.

Il y a donc deux limites à la possibilité des traités : l'idée de technicité et l'idée d'opportunité qui sont parallèles à ce que l'on rencontre dans le droit interne.

L'existence des traités crée un dualisme de droits

Cela étant, dans la mesure où l'on peut faire un traité diplomatique, dans la mesure où, techniquement parlant et sur le terrain de l'opportunité, on croit pouvoir faire un traité diplomatique, quelle est la conséquence qui va résulter de la conclusion par la France d'un traité avec l'étranger ? Ce sera un dualisme de droits ; il y aura le droit applicable à la France, le droit interne, et le droit applicable dans les rapports des deux pays ; il y aura donc sur une même matière un dualisme de droits qui ne s'appliqueront pas aux mêmes personnes certes, mais qui existeront dans le même pays, à un même moment, pour une seule et même institution.

Ce dualisme de droits crée une opposition entre les deux sources que sont le droit interne et le droit conventionnel ; ce dualisme peut être comparé à celui qui existe dans notre vie privée lorsque nous nous sommes liés par un contrat : il y a dualisme dans nos rapports étant donné que nous sommes liés par le contrat avec telle personne, mais que, vis-à-vis de toutes les autres personnes, nous conservons notre autonomie de volonté.

Limites de ce dualisme

Or, ce dualisme est-il illimité ? Il y a des bornes qu'il ne faut pas franchir. Ce serait une erreur de croire, comme on l'a fait parfois, à l'indépendance absolue de ces deux sources de droit, les sources internes et les sources communes à plusieurs Etats, de se dire que, dans les rapports avec l'un nous déciderons telle chose et que dans les rapports avec l'autre, nous statuerons autrement. En réalité, ces deux sources de droit sont faites pour coexister dans le même pays - par exemple la France - et il y a une tendance à

Source : BIU Cujas

ce que l'on pourrait appeler une sorte de physique juridique, à un système de vases communicants, qui fait que ces deux sources du droit ne pourront pas rester indifférentes l'une par rapport à l'autre ; l'une aura une tendance à agir sur l'autre, parce qu'en effet, il n'est pas très pratique d'avoir deux règlementations différentes. Faisons une comparaison avec une maison de commerce. Si elle a un certain mode de règlement de ses ventes, il ne sera pas facile qu'elle passe des contrats avec des personnes qui ont un autre règlement pour les ventes, car cela créera un malaise dans le fonctionnement économique de l'entreprise.

Il en sera de même dans les rapports internationaux et une action réciproque va s'exercer ; le système des vases communicants se fera sentir tantôt dans un sens, tantôt dans l'autre. Il y a deux forces qui vont lutter l'une contre l'autre, et que l'on peut appeler une force centripète et une force centrifuge. La force centripète est celle qui essaie d'attirer tout vers le droit français, de minimiser le droit du traité diplomatique, d'exercer comme une action d'érosion sur le traité ; l'autre sera la force centrifuge et cette force tendra au contraire à s'éloigner du droit interne vers le droit du traité ; il y aura dans chacune une action du traité sur le droit interne, mais il y aura une tendance au nivellement, de telle sorte qu'à un moment donné les deux droits seront identiques.

Examinons ces deux influences : l'influence du traité sur la loi interne et l'attraction de la loi interne par le droit du traité. Dans ce cas, lorsque le mouvement sera terminé, le droit interne aura été grignoté complètement.

La loi du maximum de différence

On se trouve, en effet, en présence ici de ce qu'on peut appeler une loi expérimentale ; elle est d'une importance considérable pour la compréhension des traités et pour éviter des erreurs dans la composition de ceux-ci : c'est la loi du maximum de différence possible entre le droit interne et le droit international.

L'attraction du droit interne par le traité

Envisageons d'abord la force centrifuge : le traité va réussir à imposer son système non seulement dans ses rapports avec la France, mais en France même où le droit interne va disparaître.

Ex.: les brevets d'invention

Voici quelques exemples expérimentaux : en matière de brevets d'invention, nous avons un droit commun (loi du 5 Juillet 1844) en vertu duquel un inventeur qui a pris un brevet d'invention dans un pays étranger peut solliciter un brevet en France, mais ce brevet qu'il sollicite et qu'il peut obtenir en France n'est qu'une sorte de satellite du brevet étranger, il n'est pas indépendant

Source : BIU Cujas

par rapport à ce brevet, c'est en quelque sorte le prolongement du brevet étranger en France. Or, voici un point précis qui nous montre le résultat auquel aboutit le droit interne français : la durée du brevet. Puisque le brevet français n'est qu'un satellite du brevet étranger, il n'aura pas plus de durée que le brevet pris dans un pays étranger, par exemple cinq ans, alors même qu'en France le brevet durerait davantage ; il ne pourra pas durer au-delà de sa durée initiale, parce que c'est le brevet étranger qui se prolonge en France. Voilà le système de notre droit interne.

Or, il existe une Union entre un grand nombre de pays, aujourd'hui une cinquantaine, Union pour la propriété industrielle, qui, au cours d'une des révisions, en 1900, a décidé que lorsqu'un inventeur ayant déjà été breveté à l'étranger voudrait solliciter un brevet dans son pays, il disposerait, tout d'abord, d'un délai de priorité, c'est-à-dire d'un délai d'un an pendant lequel personne d'autre ne peut s'emparer de son invention, ce qui est un immense avantage qui n'existe pas dans le droit interne français. Deuxième avantage considérable de la convention : c'est l'indépendance des brevets, c'est-à-dire que le brevet français tirera sa force de la loi française, et en aura la durée quelle que soit la durée donnée par la loi étrangère. L'union a donc admis l'indépendance des brevets alors que, d'après notre loi de 1844, il y a solidarité des divers brevets entre eux.

Le système de l'Union est donc beaucoup plus avantageux pour un inventeur que le système de la loi de 1844, puisque les brevets pris dans divers pays seront indépendants, et que l'inventeur pourra avoir dans chaque pays le maximum de protection. Or, ce système de l'Union avait abouti à la conséquence suivante : c'est que les ressortissants des pays de l'Union jouissaient en France de ces avantages, mais que les Français en étaient exclus, parce que les traités diplomatiques ne sont pas faits pour les Français en France qui sont soumis à la loi française, et ils protestaient en disant : mais nous sommes moins bien traités que les ressortissants de l'Union, nous n'avons pas de droit de priorité, etc..

Que fallait-il faire ? Il y avait un malaise provenant de l'existence de ces deux sources qui n'étaient pas les mêmes; aussi le législateur a-t-il résolu la question d'une manière assez neuve, assez singulière d'ailleurs, par une loi du 1er Juillet 1906 qui décide : les Français peuvent revendiquer l'application de la convention d'Union dans la mesure où elle leur est plus favorable. Pratiquement, la loi française ne s'applique donc plus dans un très grand nombre de ses dispositions. Voilà un cas où le phénomène du traité a exercé son action de destruction du droit interne, les Français utilisant le droit de l'Union, maintenant que le législateur le leur permet, toutes les fois que le droit de l'Union est supérieur au

Source : BIU Cujas

droit interne.

On peut donc en tirer la conclusion suivante : lorsque de deux sources parallèles, l'une interne et l'autre par traité diplomatique, la seconde est très supérieure à l'autre, c'est certainement elle qui tôt ou tard l'emportera et le droit interne suivra l'évolution.

Voici dès lors un inconvénient à faire un traité, dans lequel il y a des dispositions trop avantageuses, c'est que, tôt ou tard, on sait que son droit interne sera sacrifié; donc si on veut le conserver pour une raison ou pour une autre, il ne faut pas créer trop d'avantages par des traités diplomatiques. C'est là une loi très pratique pour la conduite de la politique d'un pays. Lorsque l'on fait un traité avec un Etat, si on ne veut pas que le Droit français s'efface dans le creuset du traité diplomatique, et si on tient à le conserver, il convient de se montrer prudent.

Les effets de commerce

Autre exemple, emprunté aux Unions récentes sur les effets de commerce, lettres de change et billets à ordre et sur le chèque. Il existe deux très importantes unions signées le 7 Juin 1930 et le 19 Mars 1931, applicables aux lettres de change, billets à ordre et chèques ; ces unions, qui sont le fruit de longs travaux, constituent le dernier cri de la technique bancaire et de la pratique internationale dans ces matières ; il est donc certain qu'elles se trouvaient très supérieures aux législations des divers pays. On ne pouvait pas concevoir un seul instant que les divers pays - la France notamment - garderaient leurs dispositions sur ces problèmes alors qu'on avait reconnu, en faisant un traité, qu'elles n'étaient pas bonnes. Mais cette fois on ne peut plus employer le mot d'érosion, car ce n'est pas une érosion qui s'est faite : on a immédiatement décidé que, lorsqu'on mettrait en vigueur l'Union, qu'on modifierait le Droit français et qu'on adopterait, dans le Droit français, toutes les dispositions de l'Union ; c'est ce qu'on appelle l'uniformité du Droit. Ainsi les divers pays, assez nombreux, qui ont signé ces deux unions, en même temps qu'ils mettaient en vigueur ces unions ont modifié leurs lois et les ont rendues identiques à l'union ; voilà donc un phénomène de destruction instantanée. Ainsi, en France, le décret-loi du 30 Octobre 1931 a remplacé les dispositions du Code de commerce sur les lettres de change et abrogé la loi sur les chèques pour en adopter une nouvelle, qui est la reproduction de l'Union. Voilà donc un résultat immédiat.

L'abordage, l'assistance et le sauvetage

Enfin, nous emprunterons un exemple de la matière de la navigation maritime : dans ce milieu très spécial qu'est la haute mer, aucune législation n'est en vigueur. La souveraineté de chaque

Source : BIU Cujas

Etat se termine à trois milles marins des côtes, environ six kilomètres ; au-delà c'est la haute mer qui n'appartient à personne. Or, beaucoup d'évènements se produisent en haute mer, ne serait-ce que des cas d'abordage, ou d'assistance et de sauvetage maritimes. On a mis un terme à des difficultés absolument cruciales en cette matière par deux conventions d'union qui groupent toutes les puissances maritimes du monde (Convention de Bruxelles, 23 Septembre 1910).

Mais une difficulté se posait : lorsque par exemple un abordage aurait lieu à l'entrée d'un port entre des navires étrangers, on appliquerait la convention d'union, mais si l'abordage avait lieu entre navires français on n'appliquerait plus cette convention d'union ; c'était peu pratique, et on peut même dire injuste. Aussi le même phénomène s'est-il produit : au moment où l'on mettait en vigueur les deux conventions de Bruxelles de 1910, on modifia le droit français pour l'unifier avec la Convention de Bruxelles ; si l'on ouvre le Code de commerce à propos de l'abordage, on s'aperçoit que ces textes sont la reproduction intégrale de la Convention internationale de Bruxelles.

Un autre exemple montrera qu'il fallait unifier le droit : en matière de sauvetage maritime, le droit commun qui remontait à l'ordonnance de Colbert était que le sauveteur devenait propriétaire d'une partie des biens sauvés ; ceux qui avaient sauvé un navire, une cargaison, avaient un droit de propriété sur une partie du navire ou de la cargaison. La Convention de Bruxelles de 1910 a supprimé ce droit de propriété pour le remplacer par un droit de créance ; c'est infiniment plus juste et plus pratique ; on n'aurait pas compris pourquoi, si on sauvait tel navire, on avait un droit de propriété et si on sauvait tel autre navire, un droit de créance. L'unité s'est donc établie mais, là encore, le droit interne a dû céder devant le droit du traité diplomatique, parce qu'il était considérablement préférable et supérieur au droit interne.

Une loi de 1916 a donc intégré dans le droit interne les dispositions de la Convention.

L'attraction du traité par le droit interne

Le phénomène contraire peut aussi se produire, phénomène de la force centripète, le droit interne résiste et le traité diplomatique doit céder devant lui ; et céder, pour un traité diplomatique veut dire cesser de s'appliquer. Quand en sera-t-il ainsi ? Il en sera ainsi toutes les fois que les auteurs du traité ont commis une erreur dans sa négociation et que, pour son application pratique, ils se heurtent à des difficultés ou des impossibilités techniques telles qu'il faut nécessairement en revenir au droit interne.

Prenons un cas historique, mais tout de même inté-

Source : BIU Cujas

Les contrats de mariage princiers

ressant : pendant longtemps les contrats de mariage des membres des familles princières, des familles régnantes - c'étaient presque toujours des mariages mixtes - étaient faits non pas sous la forme de tout le monde, mais sous la forme d'un traité diplomatique. Mais il était bien difficile dans un traité diplomatique de règlementer dans le détail complet un régime matrimonial, on se contentait donc d'une formule un peu vague. Par exemple le contrat de mariage du roi Léopold II de Belgique avec une princesse d'Autriche en 1853, stipulait : "les deux époux adoptent la séparation de biens". Et c'est tout. Mais quelle séparation de biens, celle de la Belgique, celle de l'Autriche ? Le régime de séparation de biens peut être, dans deux pays, règlementé de façon différente quant à la capacité de la femme, quant aux preuves, etc... Voilà un cas où fatalement le droit interne reprend ses droits : la séparation de biens, ici, ce ne pouvait être que la séparation de biens de l'un des deux Etats et pratiquement, celle de l'élément prépondérant, celle du mari, donc la séparation de biens du droit belge. Ainsi le traité se trouve attiré vers le droit interne.

L'hypothèque maritime

Autre exemple, emprunté à des raisons d'ordre technique : nous avons une convention d'union de 1924, en vigueur, sur la reconnaissance internationale des hypothèques maritimes, convention qui s'imposait, car il serait tout de même choquant que, lorsqu'un navire français est dans un port étranger, ou vice-versa, on puisse dire : nous ne reconnaissons pas l'hypothèque qui le grève ; ce serait tuer le crédit maritime. Il y a donc une convention d'union récente, qui décide que les hypothèques ou droits réels qui grèvent un navire seront reconnues en France.

Voilà tout ce que dit la convention dans une seule disposition ; mais la mise en oeuvre de cette hypothèque implique le déclanchement de tout un organisme juridique qui ne peut être que notre droit hypothécaire général combiné avec le droit de l'hypothèque maritime. On ne peut faire autrement, ou bien il aurait fallu que le traité fût un Traité, au sens dogmatique du mot, un livre complet sur les hypothèques, ce qui était impossible. Donc l'application du traité diplomatique conduit à dire : nous reconnaîtrons les hypothèques maritimes sur les navires étrangers, mais elles se trouvent intégrées dans le droit hypothécaire français, pour des raisons techniques.

Les limites d'action des traités, à propos desquelles s'exercera l'érosion ou l'action brutale de la loi se manifestent encore plus sur le terrain de l'opportunité, car il est, en effet, rare de faire un traité en faisant abstraction des exigences techniques, mais il est plus fréquent qu'on fasse des traités pour des raisons politiques ; on croit qu'il est

Source : BIU Cujas

bon d'accorder tel ou tel avantage. Or, on peut se tromper, et l'on s'en aperçoit à l'entrée en vigueur du traité .

La Convention de 1902 sur le mariage

Voici un exemple classique, emprunté à une convention, signée en 1902 par la France et quelques États européens, sur le mariage. Par cette convention il semblait bien que l'on eût admis que les conditions de validité d'un mariage étaient soumises à la loi de la nationalité des futurs époux. Or, ces lois nationales étaient plus variables qu'on ne le pensait ; du côté de certains pays, comme la France, on croyait que, par cette formule, on englobait seulement les conditions de validité du mariage envisagé sous l'angle du droit privé ; notre esprit cartésien est ainsi fait que nous avons besoin d'établir des catégories juridiques alors que dans certains pays étrangers on en éprouve moins le besoin ; pour nous les conditions de validité de mariage étaient les conditions de droit privé : âge, liberté consentement des parents, etc... Mais il y a des pays étrangers qui n'ont pas cette distinction : pour eux une condition de validité de mariage, c'est une condition quelconque, quelle qu'en soit la cause, et notamment il y avait certains pays dans lesquels les fonctionnaires publics n'avaient pas le droit de se marier sans l'autorisation de leur administration ; ou encore les militaire, spécialement les déserteurs, étaient privés du droit de se marier sans une autorisation de leur autorité militaire qui, bien entendu, ne la donnait pas. Lorsque ces individus étaient en France et voulaient se marier, devions-nous leur appliquer la convention ? Si oui, nous ne pouvions pas les marier quand ils étaient des fonctionnaires ou des déserteurs ; si on estimait au contraire que la convention ne recouvrait que les conditions de validité de mariage selon le droit privé, nous pouvions les marier.

Il y a eu une telle difficulté d'application de cette convention qu'on s'est aperçu qu'elle allait beaucoup plus loin que notre droit interne, et l'état de malaise qui en est résulté s'est résolu parce que le traité a cessé de s'appliquer il a été dénoncé en se conformant aux règles prévues par le traité : en effet, ce traité disait qu'il était mis en vigueur pour cinq ans et qu'il pourrait être continué par tacite reconduction ; au bout de la première période quinquennale, un certain nombre de pays ont dénoncé le traité, pour manifester qu'il était en trop grande opposition avec leur droit interne ; en effet, chez nous, les empêchements qui atteignent le mariage des militaires sont des empêchements prohibitifs, qui ne peuvent pas agir sur la validité du mariage.

Il y a donc un maximum à l'action des traités; toutes les fois que ce traité déroge trop au droit interne, il y a une certaine tolérance possible, une marge de tolérance ; à partir

Source : BIU Cujas

du moment où l'on dépasse celle-ci, il se produit la situation centrifuge ou centripète, c'est-à-dire que l'une des sources tend à détruire l'autre de façon à ce qu'il n'y en ait plus qu'une seule.

Action réciproque des divers traités d'un même Etat

Mais voici un autre aspect du même problème : est-ce qu'un Etat peut signer avec plusieurs autres des traités diplomatiques différents les uns des autres ? Peut-il y avoir opposition du droit des traités ? Pourrons-nous, avec la Belgique, signer un traité différent de celui que nous signerons avec la Suisse ?

C'est exactement la même chose ; il y a une certaine marge de tolérance sans laquelle les traités seraient identiques, mais si on dépasse cette marge de tolérance, on éprouve une sorte de malaise général . Une maison de commerce aura un type de contrat ; une compagnie d'assurances aura un type de police ; il n'est pas pratique pour l'Etat d'avoir des traités diplomatiques qui varient avec l'ensemble des contractants.

Tendance à l'uniformité

Or, ici aussi on constate un phénomène expérimental ; il n'est, d'ailleurs, pas propre à la France ; c'est une tendance à l'uniformité dans son ensemble du droit des traités d'un seul et même pays. Si celui-ci signe dix, vingt, trente traités particuliers, on constate, en lisant dans un recueil de traités l'ensemble des conventions de commerce ou de navigation signées par lui dans une période quelconque, une certaine identité entre elles sur de nombreux points. D'ailleurs, il y a un procédé qui, même lorsque les traités sont différents les uns des autres, les ramène à l'unité, de sorte qu'il y a une loi qu'on peut appeler la loi de maximum de différence des traités diplomatiques entre eux. Ce procédé qui tend à ramener à l'unité les traités diplomatiques, même quand elle n'existe pas à l'origine, c'est la clause de la nation la plus favorisée.

Cette clause était de plus en plus de style dans les traités modernes ; or, quel en est le résultat ? C'est que chaque pays faisait mettre dans son traité de commerce ou de navigation une clause stipulant que quoi qu'il advint, il aurait le traitement de la nation la plus favorisée, de sorte qu'ipso facto, automatiquement, les traités plus avantageux signés par d'autres Etats lui étaient applicables. Alors de deux choses l'une, quand on fait un traité diplomatique, ou bien on veut vraiment limiter le bénéfice à un certain Etat et on fera le traité à un niveau plus inférieur en se disant : si nous accordons davantage à cet Etat, il y en a vingt cinq qui vont demander la même chose parce qu'ils bénéficient de la clause de la

Source : BIU Cujas Reproduction interdite

nation la plus favorisée. Cette clause a donc tendu à constituer un système de conformisme international entre les traités diplomatiques, et cela au plan inférieur.

Pour conclure sur ce point, ne perdons jamais de vue cette loi qui est fondamentale, loi d'expérience : la loi du maximum de différence des traités par rapport à la loi interne et loi du maximum de différence des traités entre eux.

Bilan des traités de la France

Quel est maintenant le bilan des traités diplomatiques de la France ? Il est utile, sous forme de synthèse très rapide, de marquer quel est le résultat auquel nous sommes arrivés ; le plus sage sera de prendre les matières du Droit international privé, les unes après les autres.

En matière de nationalité

D'abord la matière de la nationalité. Le bilan est vite fait. Nous avons deux conventions qui sont de 1928 et ont été signées avec la Belgique pour régler des questions de nationalité. Avant ces conventions, nous n'en avions qu'une de 1891. On peut encore signaler une convention signée avec la Suisse en 1879.

Dans la matière du domicile, il n'existe à vrai dire, aucun traité diplomatique, sauf sur le terrain du domicile fiscal.

En matière de jouissance des droits

Par contre, dans le deuxième objet du Droit international privé, le problème du statut des individus, ou problème de la jouissance des droits, qu'on appelle encore problème de la condition des étrangers, il y a divers traités : c'est sur cette partie du Droit international privé que vient agir le traité diplomatique. Nous sommes liés avec beaucoup d'Etats étrangers par des accords qui donnent à leurs ressortissants, lorsqu'ils sont en France, tels ou tels droits. Voici les noms que l'on donne généralement à ces divers traités : ce sont des traités de commerce ; les traités de commerce contiennent des choses très variables, des clauses douanières, économiques, mais on trouve parfois, en dehors de ces clauses, quelques articles qui statuent sur la jouissance des droits, par exemple la faculté d'aller et venir, de faire le commerce, etc.... Il y a un deuxième type de traité pour la navigation maritime : on les appelle les traités de navigation. Il y a quelquefois des traités qui sont communs et qu'on appelle des traités de commerce et de navigation.

Puis encore une autre forme de traités : les traités d'établissement ; ce sont des traités dans lesquels on statue sur l'établissement des étrangers en France ; ils sont limités uniquement à ce point, ils sont donc plus étroits que les traités de commerce ; c'est d'ailleurs une formule plus moderne ; la

Source : BIU Cujas

formule traités de commerce et de navigation correspond plutôt au milieu du XIXème siècle ; aujourd'hui, quand on fait des traités pour statuer sur les droits des étrangers en France, ce sont en général des traités d'établissement.

Enfin, les traités consulaires. On donne le nom de traités consulaires aux conventions ou aux accords sur les pouvoirs des consuls. Il y a dans ces conventions consulaires bien des matières qui sont de pur droit des gens, mais aussi parfois on trouvera des dispositions importantes de Droit international privé sur la jouissance des droits. C'est pourquoi si nous avons une convention consulaire avec un pays, il faut la lire d'un bout à l'autre parce qu'on peut y trouver quelque chose sur nos problèmes.

Tels sont les principaux accords survenus entre la France et les pays étrangers.

Conflits de juridictions

Quelques traités ont été signés par la France avec la Belgique, la Suisse, l'Italie, la Grande-Bretagne, Monaco, etc..

Remarque terminologique

Quand emploie-t-on l'expression de traité et l'expression de convention ? Il n'y a aucune règle, c'est une affaire d'habitude. En général le mot de convention est plutôt employé pour les traités entre deux pays et d'une importance relative, et le mot de traité est employé pour les accords qui règlementent des points plus importants.

B - Hiérarchie des traités dans les sources de droit.

Nature contractuelle du traité.

Le traité diplomatique est une sorte de pont jeté entre les Etats qui l'ont signé ; il est une source supra-nationale qui relie les deux nations. On ne saurait mieux le comparer qu'au contrat qui relie deux personnes entre elles ; le traité diplomatique a donc plus de force, par hypothèse même, que la loi interne, absolument comme un contrat peut et doit avoir plus de force qu'une simple volonté unilatérale. Mais ceci soulève un problème sur lequel il a régné - car les idées sont mieux fixées aujourd'hui - une confusion très grande.

Le traité est différent de la loi

On a dit souvent : le traité diplomatique est une loi comme une autre, seulement il a un objet différent ; c'est un problème de droit constitutionnel en même temps que de droit international. En réalité, il ne faut pas dire que le traité est une loi, le traité est une source de droit, mais il n'est pas une loi ; il est une loi au sens large du mot, puisqu'il règlemente le droit, mais nous le prenons dans son sens constitutionnel, comme émanation de la volonté législative du

Source : BIU Cujas

pays. Il y a deux sources parallèles, mais distinctes : la l qui est l'oeuvre et qui ne peut être l'oeuvre que du législat interne, le traité diplomatique qui est l'oeuvre non pas du législateur interne, mais des chefs des deux Etats, ou des di ou vingt Etats qui participent au traité. Les procédés de fab cation du traité ne sont pas les mêmes que ceux de la loi ; la loi a un caractère purement interne, le traité diplomatiqu est, comme le contrat, un accord qui, dans ses procédés consti tifs, est différent.

La conclusion des traités

Cela s'est traduit par des différen constitutionnelles ; ainsi la plupart de nos traités actuellement en vigueur ont été réalisés sous l'empire de la Constitution de 1875 ; or, que disait celle-ci ? Que le chef de l'Etat négo ciait et ratifiait les traités diplomatiques mais que, pour certains traités diplomatiques énumérés à la Constitution, le chef de l'Etat devait, avant de les ratifier, se faire autori ser par le Parlement ; le Parlement votait alors une loi qui paraissait à l'Officiel et dont le titre était le suivant "Loi autorisant le Président de la République à ratifier tel ou tel traité diplomatique". C'est de là qu'était venue la confusion; on disait : le Parlement vote une loi, donc le traité est une loi. Cette loi jouait exactement le même rôle que celui que peut jouer une délibération d'un conseil de famille qui autori le tuteur à faire un acte, mais qui ne fait pas cet acte ; le tuteur est autorisé à faire l'acte mais peut-être ne le fer t-il pas s'il change d'avis ;il n'est pas forcé de le faire. De même la loi qui a autorisé le Président de la République à ratifier le traité n'était qu'une formalité interne et habilitante du Président de la République ; ce qui mettait le traité en vigueur, c'était la ratification faite dans les rapports de pays signataires ; le traité n'était pas plus une loi que la vente faite par le tuteur ne se confondait avec une délibération du conseil de famille.

Publication du traité

En outre, tandis que la loi est promul guée par le chef de l'Etat, le traité diplo matique n'est pas promulgué. En effet, qu'est-ce que la promulgation en matière constitutionnelle ? C'est la décision du chef de l'Etat qui crée le droit. Or, le traité diplomatique n'est pas créé par le chef de l'Etat, mais par les chefs d'Etat de plusieurs pays qui l'ont négocié. Pour les traités diplomatiques, il y a une autre formalité qu'il ne faut pas confondre avec la promulgation, c'est la ratification par les pays intéressés. Lorsqu'elle est intervenue, on doit procéder à la publication du traité. Il faut bien qu'on connaisse le traité. Lorsqu'un traité qui est en vigueur, doit être appliqué, le chef de l'Etat, par décret, le publie au Journal Officiel pour le porter à la

Source : BIU Cujas

connaissance du public, et pour ordonner qu'on en respecte les dispositions. Mais tandis que la promulgation de la loi est la création de la loi, pour le traité diplomatique, l'acte du chef de l'Etat est tout autre chose.

C - Force du traité diplomatique.

Elle découle de sa nature même: d'une part, c'est un engagement international, ou plus exactement commun à deux pays, donc le traité diplomatique engage les Etats qui l'ont signé, comme le contrat de vente engage l'acheteur et le vendeur, qui ne sont plus libres. Mais, d'autre part, il faut bien que le traité soit appliqué dans chaque pays et intégré dans l'ordre interne.

Ainsi, il y a deux problèmes de force du traité diplomatique : la force du traité dans les rapports avec les signataires, force conventionnelle, et la force interne du traité.

Prenonsune comparaison : un industriel qui passe un contrat ; il y a d'abord la force contractuelle de l'engagement qu'il a pris avec le co-contractant, et la force interne dans l'entreprise ; il faut bien que le chef de la maison donne les ordres à ses ingénieurs, à ses directeurs, à ses services pour exécuter le contrat et s'y conformer.

Nous allons examiner successivement la force conventionnelle du traité et ensuite sa force interne ou nationale.

Force conventionnelle du traité

Force conventionnelle.- L'Etat qui a signé un traité est obligé de l'exécuter et de le respecter comme un contractant doit respecter le contrat qu'il a signé ; il est responsable vis-à-vis de l'autre Etat de l'inexécution du traité, quelle qu'en soit la cause ; c'est ce qu'on appelle le principe de la primauté du traité sur la loi.

Supposez cependant que le traité ne puisse pas s'appliquer parce que le législateur a voté une loi empêchant d'appliquer le traité ou bien a refusé les crédits nécessaires à son application, ou bien que les tribunaux violent le traité diplomatique en l'appliquant mal. L'Etat étranger va se plaindre et dire ; vous n'appliquez pas le traité. Est-ce que le Gouvernement français peut répondre : mais je ne peux pas, il y a une loi qui m'en empêche, ou bien le Parlement m'a refusé le crédit nécessaire, ou bien la Cour de cassation a statué en contradiction avec le traité. Cela n'a aucune valeur internationale, pas plus que la décision d'un contre-maître ou d'un ingénieur dans une entreprise n'a de valeur sur l'exécution des contrats passés avec une maison différente.

Sanction : responsabilité contractuelle

La sanction sera donc la responsabilité internationale de l'Etat qui ne peut pas dire que l'action du législateur ou des

Source : BIU Cujas

tribunaux constitue des cas de force majeure ; non, ce sont des rouages internes de l'Etat, c'est l'Etat qui est engagé, or, l'Etat n'a qu'une personnalité, il sera donc, devant une juridiction internationale condamné - et le cas s'est déjà produit.

Ex. : Arbitrage franco-espagnol

Signalons une application qui date d'une vingtaine d'années et qui concerne les rapports de la France et de l'Espagne. A la suite de la guerre 1914-1918, beaucoup de personnes s'étant enrichies, il y eut une loi sur les bénéfices de guerre, or, une puissante société d'automobiles, société espagnole, la société Hispano-Suiza, se trouvait avoir à payer un nombre coquet de millions pour les bénéfices de guerre qu'elle avait réalisés notamment dans la fabrication des moteurs d'avions. Cette société espagnole prétendit qu'en vertu d'un traité franco-espagnol de 1862, les Espagnols doivent payer les mêmes impôts que les Français, sauf les impôts de guerre. Est-ce que l'impôt sur les bénéfices de guerre était ou non un impôt de guerre ? En réalité, c'était une contribution directe comme les autres, qu'on avait maladroitement appelée impôt de guerre. Le Conseil d'Etat, saisi de la question avait dit : il n'y a qu'à appliquer la loi. La question a été portée devant un arbitre international faisant l'office de juge, le Président de la Confédération helvétique, choisi d'accord entre les deux Etats. Il a décidé (sentence rendue le 15 Juin 1922, Clunet 1923, p. 217, par M. Ador, président de la Confédération helvétique) que le traité franco-espagnol de 1862 dispensait les Espagnols de tout paiement d'un impôt de guerre, que, par conséquent la société en question n'avait pas à payer l'impôt sur les bénéfices de guerre.

Ceci montre la force internationale du traité ; alors même que le législateur décide le contraire, l'Etat est responsable de l'application du traité.

D - Force interne du traité.

Le problème qui va maintenant se trouver soulevé vient de ce que l'existence d'un traité crée un parallélisme de droit, à partir du moment où il y a un traité, il existe deux sources de droit à l'intérieur du pays : le droit interne et le traité diplomatique. Ce problème n'est pas du tout le même que celui que nous avons discuté à propos de la loi du maximum de différence des traités et du droit interne. Le problème que nous examinions alors se posait en effet sur le plan législatif: dans quelle mesure fallait-il faire des traités dérogeant au droit interne, et qu'arrivait-il si l'on avait passé outre ? Nous supposons aujourd'hui que la question se pose sur le terrain des rouages d'exécution, notamment devant le juge : lorsque la loi française décide une chose et qu'un traité diplomatique en décide une autre, quelle

Source : BIU Cujas

est celle de ces deux sources que le juge doit appliquer ? C'est le problème que l'on a l'habitude d'appeler problème du conflit de la loi et du traité diplomatique.

e problème du conflit
e la loi et du trai-
é diplomatique

Supposons, par exemple, que la loi française - et c'est le cas - dise : les étrangers ne jouissent pas en France, comme les Français, du bénéfice de la législation sur les loyers, sur les locaux d'habitation ou encore sur la propriété commerciale ; ou bien elle déclare qu'ils n'en jouiront qu'à des conditions déterminées. Supposons maintenant qu'il y ait un traité diplomatique concédant à certains étrangers, par exemple aux Suisses, l'ensemble des droits en question sur le territoire français. Quelle est celle de ces deux sources qui va s'imposer devant le juge ? Le juge peut-il dire : je suis en présence d'une loi française qui pose des conditions différentes de celles du traité et, tant que cette loi ne sera pas abrogée, je suis forcé de l'appliquer et, dans l'opposition qui existe entre la loi et le traité, c'est la loi que je dois appliquer.

Quelle est la nature du problème ? C'est un problème purement constitutionnel ; on ne peut donc lui donner une solution universelle et nous l'examinerons en fonction du droit français lui-même.

olution en législa-
tion

En bonne législation, on devrait décider que la primauté appartient toujours nécessairement au traité diplomatique ; en effet le traité diplomatique est une source contractuelle, il doit donc être plus fort qu'une source unilatérale, le droit interne n'étant que du droit unilatéral ; à partir du moment où une personne a lié sa volonté par un engagement, elle a aliéné une partie de sa liberté, elle est tenue par l'engagement qu'elle a contracté et doit le remplir. Donc, on devrait affirmer que le traité est nécessairement plus fort que la loi, et il serait désirable que la constitution - car c'est une constitution qui pourrait affirmer cela - le décidât comme cela se rencontre dans quelques pays étrangers. Ainsi, on pourrait concevoir, pour notre future Constitution, d'y trouver une clause à peu près du genre de celle-ci : "les traités, en raison de leur caractère supra-national, possèdent une autorité supérieure à celle des lois internes qui ne peuvent porter atteinte à leurs dispositions". Ainsi, le législateur serait forcé en droit de respecter les traités diplomatiques, puisque ce serait une disposition constitutionnelle.

Cela suppose donc une règle dans la Constitution, mais en outre - et c'est ce qui nous a toujours manqué, à la différence de certains pays étrangers - une juridiction constitutionnelle pour résoudre les problèmes de violation, de dépassement

Source : BIU Cujas

des règles de la constitution par le législateur.

Solution en droit positif

Quel est le droit positif actuel ? La question a été très discutée, mais, en général, la plupart des constitutionalistes sur le terrain de notre droit constitutionnel, décident que, dans le choc de la loi et du traité, c'est la loi qui a la primauté ; le traité n'existe qu'autant que le législateur le veut bien, le subit, ne l'empêche pas de s'appliquer. Tout en reconnaissant que ce n'est peut-être pas une bonne solution, les constitutionalistes sont bien obligés de faire remarquer qu'il n'y a pas de garantie constitutionnelle dans le droit français et de juridiction constitutionnelle. Le juge serait donc forcé d'obéir à la loi.

En réalité, pour bien étudier cette question, il faut distinguer un certain nombre d'hypothèses, partant du connu pour aller vers l'inconnu. Car nous allons trouver une première situation très simple et qui ne soulève pas de difficulté, c'est celle où aujourd'hui, le gouvernement français vient, par exemple, à négocier un traité diplomatique avec un pays : le traité diplomatique est mis régulièrement en vigueur, il va à l'encontre des dispositions d'une loi, par exemple la loi des accidents du travail de 1898 frappait les ouvriers étrangers et leur famille de certaines incapacités. Dans un traité signé depuis cette loi, on décide que "les ouvriers étrangers ou leurs familles seront traités exactement comme les ouvriers français". En présence de ces deux sources parallèles, quelle est celle des deux que le juge doit appliquer ?

Hypothèse d'un traité postérieur à une loi

Faut-il appliquer le traité, ou dire : tant qu'on n'aura pas modifié la loi sur les accidents du travail, le juge est obligé de respecter la loi malgré le traité .

Cette question a toujours été résolue par application de l'article 2 du Code civil. On retrouve ici les idées précédemment rencontrées et d'ailleurs critiquées, que le traité doit être assimilé à une loi ; on doit donc raisonner comme entre deux lois successives. Le traité, postérieur à une loi, modifie la loi antérieure ; le texte récent l'emporte sur le texte le plus ancien. Un traité plus récent qu'une loi ancienne peut donc y déroger expressément ou tacitement ; dans la mesure où il y a incompatibilité, celui des deux textes qui est le plus récent l'emportera sur le plus ancien, et c'est en somme l'application du droit commun.

La solution est bonne et donne de bons résultats puisqu'elle assure la primauté du traité toutes les fois qu'on fait un nouveau traité. Il en résulte - c'est un point sur lequel la jurisprudence est bien établie - qu'il n'est jamais nécessaire de modifier les lois pour que s'appliquent les traités diplomatiques que l'on vient à négocier et qui dérogent à celles-ci .

Source : BIU Cujas

Le traité se suffit à lui-même : dès l'instant où un traité est régulièrement négocié et publié par un décret du chef de l'Etat, il a la même force, la même valeur vis-à-vis de tous que si c'était une loi ; il n'est pas nécessaire au préalable de faire une loi qui en intégre les dispositions dans l'ordre interne, comme c'est le cas de certains pays, ainsi la Grande-Bretagne. Il n'était donc pas nécessaire, pour en revenir à notre exemple, de toucher à la loi sur les accidents du travail. Elle reste intangible, mais chaque fois qu'il y a un traité entre deux pays, c'est ce traité qu'on va appliquer s'il déroge à la loi sur les accidents du travail.

Mais si la solution est bonne et a de bons résultats, le cheminement suivi pour y parvenir est discutable : en effet, on ne peut pas assimiler le traité à la loi ; la règle de l'article 2 du Code civil est faite pour des lois successives, nous n'avons pas ici des lois successives, mais deux sources différentes, parallèles, qui ne se rencontrent ni dans leurs procédés d'élaboration, ni dans leurs procédés d'extinction, et chacune a son domaine propre : appliquer l'article 2 du Code civil, c'est poser un postulat, à savoir qu'on envisage le traité comme une loi, ce qui n'est pas le cas à aucun point de vue.

Il y a une autre raison qui justifie cette solution, c'est celle de laprimauté du traité sur la loi, de la force plus grande du traité, parce que c'est un engagement supra-national et qu'il en est de lui comme du contrat : un contrat est plus fort qu'une volonté unilatérale, puisqu'une volonté unilatérale peut toujours se reprendre, tandis qu'un contrat lie ceux qui ont voulu le passer, tant qu'il restera en vigueur.

Hypothèse d'une loi postérieure au traité

Nous en arrivons ici à une autre hypothèse qui est vraiment le terrain névralgique de la discussion, car là, les solutions varieront du tout au tout selon le parti que l'on adoptera ; c'est celle où une loi nouvelle est élaborée régulièrement, d'après les règles du droit constitutionnel français de l'époque, mais déroge à un traité antérieur.

L'opinion de la plupart des constitutionalistes français est que le traité n'a pas plus de force qu'une loi, qu'il n'est qu'une forme de loi ; donc, quand une loi nouvelle va à l'encontre d'un traité diplomatique, tout se produit exactement comme si le législateur modifiait une loi antérieure ; entre deux lois successives, c'est la plus récente qui chasse la plus ancienne ; ceci est indiscutable entre deux lois, mais beaucoup plus discutable si l'on n'admet pas que le traité soit assimilé à une loi pure et simple.

Ici, la primauté de la loi se trouve donc affirmée.

Exemple pratique : la loi du 30 Juin 1926 sur la propriété commerciale a décidé que les étrangers n'en jouiraient

Source : BIU Cujas

pas en France à moins que, dans leur propre pays, les Français ne jouissent exactement du même droit ; il y a donc là une restriction à la capacité de l'étranger d'avoir droit à la propriété commerciale.

Or, il y avait des traités signés par la France avec les pays étrangers, par exemple un traité pour les rapports de la France et de la Suisse, remontant à 1882 disait que les Suisses en France seraient traités comme les Français, qu'ils auraient le droit d'acheter, de vendre, de louer, donc qu'à cet égard ils auraient le même traitement que les nationaux. Est-ce que la loi du 30 Juin 1926 pouvait priver les Suisses en France d'un droit qu'ils étaient supposés tenir d'un traité antérieur ? Ici, l'article 2 ne pouvait pas nous donner la solution. L'opinion la plus courante est que, s'il y a eu une violation par l'Etat français, par le Parlement, des obligations internationales de l'Etat, cette violation engage certes, la responsabilité de la France vis-à-vis du pays co-contractant, mais le juge français n'a pas à statuer sur ce point ; le juge est forcé de respecter la volonté législative, il doit donc appliquer le texte le plus récent. Il doit obéissance à la loi.

Par là même le législateur a le moyen , assez étonnant, assez choquant, de rompre par voie unilatérale des engagements réciproques pris par traité ; absolument comme si l'un des contractants d'un contrat pouvait dire : à partir de maintenant je modifie les conditions du contrat, ou je le dénonce unilatéralement.

Solution de la jurisprudence

Cette thèse malheureusement, dans une certaine mesure s'impose sur le terrain de notre droit constitutionnel, et c'est elle qu'a nettement consacrée un arrêt de la Chambre civile du 22 Décembre 1931 (Revue 1932 p. 83 et conclusions de M. le procureur général Matter) à propos de la propriété commerciale dans les rapports de la France et de l'Espagne. Il y avait une convention franco-espagnole de 1862 qui semblait avoir reconnu aux Espagnols le droit à l'égalité avec les Français en matière de location de lieux commerciaux; la loi du 30 Juin 1926 avait-elle pu retirer aux Espagnols le droit que leur donnait le traité qui était toujours en vigueur ? La Cour de cassation a décidé que dans le conflit de la loi plus récente et du traité plus ancien, c'était le traité qui était évincé par l'application des principes généraux du Droit.

Distinctions à faire

En réalité, il faut faire des distinctions et trois hypothèses sont à séparer les unes des autres : la première est celle où la loi qui va à l'encontre d'un traité diplomatique antérieur, ne dit rien sur notre conflit, elle est

Source : BIU Cujas

silencieuse sur le point de savoir si on devra ou non respecter le traité, et contient des dispositions autres que celles du traité. Comment résoudre cette antinomie ? Ici, on pourrait considérer - c'est la solution la plus raisonnable - que la volonté tacite du législateur a été de maintenir le traité car s'il ne l'avait pas voulu il s'en serait exprimé d'une manière nette.

Donc, et c'est une solution qui a prévalu dans bien des pays étrangers, dans le silence du législateur qui fait une nouvelle loi antinomique avec un traité antérieur, on suppose qu'il n'a pas voulu déroger au droit du traité dans les pays qui l'ont signé, et nous avons là tout un domaine déjà assez important qui se trouve écarté du débat, celui des lois dans lesquelles il n'y a pas une volonté expresse du législateur. On ne saurait en exagérer l'importance car c'est certainement le cas le plus général.

Une deuxième hypothèse également nette, c'est celle où le législateur a bien pensé à la question, mais où il a dit expressément que, dans les rapports des puissances signataires, le traité continuera à s'appliquer. Ici donc la loi ne va pas à l'encontre du traité antérieur ; c'est ainsi qu'on trouve souvent cette formule dans certaines lois "sous réserve des traités diplomatiques","sous réserve des engagements internationaux" ou "dans la mesure où les traités diplomatiques le permettent, il est décidé que.....".

C'est alors très simple, le droit commun ne s'applique que lorsqu'un traité diplomatique n'y déroge pas ; en pareil cas, la loi plus récente ne va pas à l'encontre du traité diplomatique, mais elle le consacre, au contraire.

Voilà donc une hypothèse non négligeable qui disparait du terrain de la discussion et où le conflit ne se présente pas.

Mais voici la seule hypothèse de difficulté, hypothèse d'ailleurs fort rare, c'est celle où un texte exprès de la loi dirait : nonobstant tout traité diplomatique antérieur, les règles suivantes s'appliqueront à tous les étrangers. Ce serait évidemment une faute de la part du législateur que de s'exprimer ainsi, mais, dans le cas où le législateur aurait commis cette faute, il serait bien difficile de dénier au juge l'obligation de faire prévaloir la loi ; soutenir le contraire serait faire du juge un élément de sanction des textes constitutionnels. Mais ce cas est excessivement rare.

On voit donc l'importance qu'il y a à séparer les hypothèses : celle du silence de la loi que l'on peut interpréter comme une volonté de conserver le traité, celle où le législateur a dit "je veux que le traité antérieur s'applique" ; et il ne reste plus que la dernière hypothèse dans laquelle le législateur a eu la volonté de mettre de côté les traités diploma-

Source : BIU Cujas

tiques , quand il en est ainsi, il faut coute que coute que la loi s'applique à l'encontre du traité, mais c'est assez regrettable, reconnaissons-le.

Pourquoi cela se produit-il aussi rarement ? Pour des raisons de fait. Plaçons-nous sous l'empire de la Constitution de I875, puisque c'est sous celle-ci que la plupart de nos traités ont été négociés, ratifiés et rendus obligatoires ; le traité était soumis au Parlement, or, si on avait voulu faire une loi qui allât à l'encontre du traité, en fait le gouvernement s'y serait opposé, parce que le gouvernement savait quels étaient ses engagements ; il aurait attiré l'attention du Parlement sur ce qu'on n'avait pas le droit de faire une loi sur ce point, et de retirer sur tel ou tel point les avantages accordés par traité aux étrangers. C'est ainsi qu'il y a une vingtaine d'années, le Parlement voulut voter un impôt spécial sur les transactions immobilières concernant les étrangers ; le gouvernement de l'époque fit remarquer au Parlement que cet impôt spécial allait à l'encontre de très nombreux traités que nous avions signés avec les pays étrangers et qui contenaient tous la clause suivante : "les ressortissants des Etats contractants paieront exactement les mêmes impôts que les nationaux", ce qui rendait impossible de leur en faire payer davantage à raison de leur qualité d'étrangers. Le gouvernement, et c'était son devoir, s'opposait à l'adoption d'une pareille disposition. Le Parlement a bien été forcé de reconnaître qu'il ne pouvait pas empêcher le traité d'être un engagement.

Mais enfin, si le Parlement voulait passer outre, ou si, en présence d'une carence gouvernementale, une loi était allée à l'encontre d'un traité diplomatique d'une façon formelle, dans l'état actuel du droit français de la Constitution, c'est évidemment la loi qui aurait eu la primauté.

Interprétation des traités diplomatiques.

Position du problème

C'est le problème de la détermination, du sens des dispositions des traités. Le problème est exactement le même que pour une loi, c'est de dire : quelle est la signification du terme, d'une phrase, d'un article d'un traité ? Comment faire cette interprétation ? Qui peut interpréter les traités diplomatiques ? Quelle est l'autorité qui, en France a ce pouvoir ?

Les procédures d'interprétation des lois.

Comment les choses se présentent-elles pour les lois ? Le pouvoir d'interpréter les lois et aussi l'obligation de les interpréter appartient au juge. Le juge ne peut jamais se refuser à interpréter un texte sous

Source : BIU Cujas

prétexte qu'il y a obscurité de la loi. Seulement, l'interprétation d'une loi que donne le juge a deux caractères qui, en somme, s'enchaînent mutuellement ; c'est d'abord une interprétation subjective, c'est la conception que le juge se fait du texte de la loi, elle peut être juste, elle peut ne pas l'être ; d'autre part - et c'est l'application d'un principe fondamental du droit français déjà rencontré en Droit civil et retrouvé en Procédure (art. 1351 C. civ.) - cette interprétation n'a que l'autorité relative de la chose jugée, l'interprétation que donne le juge d'une loi est valable entre les personnes qui sont jugées, mais le juge peut, dans la même audience, donner trois interprétations différentes du texte : l'interprétation est liée aux individus en cause.

Il y a une deuxième forme d'interprétation beaucoup plus avantageuse, mais beaucoup plus compliquée à obtenir et par là même beaucoup plus rare, mais dont le législateur moderne a usé davantage ; lorsque les lois soulèvent une cascade de décisions judiciaires, c'est vraiment qu'on ne sait pas ce qu'elles disent, et le législateur intervient au bout d'un certain temps pour les interpréter. Il l'a fait notamment pour les lois sur les loyers : alors intervient une loi interprétative, par application de la règle fondamentale que celui qui a le pouvoir de faire la loi a le pouvoir de l'interpréter. L'interprétation donnée par le législateur a la même force que la loi, c'est-à-dire quelle est objective d'une part, donnée une fois pour toutes, tandis que l'interprétation du juge ne l'est pas, et que, d'autre part, elle a une autorité absolue, comme ce qui est dans la loi ; elle ne variera pas avec les tribunaux et les procès.

L'interprétation législative est donc supérieure à l'interprétation judiciaire, mais par son appareil elle est plus lourde à mettre en mouvement et l'on ne peut pas constamment saisir le Parlement de tous les procès qui se livrent entre les parties.

Les procédures d'interprétation des traités

Servons-nous de ces données générales pour voir comment le traité diplomatique peut s'interpréter. Et d'abord le législateur interne ne doit pas, selon nous interpréter un traité diplomatique. Sur ce point, tout le monde est bien d'accord, le législateur peut faire des lois, mais il ne peut pas faire des interprétations de traités, puisqu'il n'a pas fait les traités eux-mêmes. On ne comprendrait pas que l'on fasse une loi pour interpréter un traité, ce serait comme si le vendeur dans un contrat de vente, voulait faire à lui seul et après coup, la loi du contrat. Sur ce point, l'accord est général. Le législateur n'a pas le pouvoir de faire des lois interprétatives pour les traités, et, jusqu'ici, il ne l'a jamais fait. Evidemment, s'il le faisait,

Source : BIU Cujas

cette loi s'imposerait toutefois au juge, quelque inopportune qu'elle puisse être pour cette raison que le juge doit obéir à la loi. Jusqu'ici il n'y en avait pas eu de précédent, mais la loi du 28 Mai 1943 vient de le faire assez malencontreusement. Elle décide, dans son art. 2 que les traités diplomatiques qui admettent l'assimilation aux nationaux, sont considérés comme dispensant de la réciprocité législative. Cette interprétation favorable aux étrangers, ne soulève certes, aucune protestation de la part de leur pays ; mais supposons une loi qui eut, au contraire, admis une interprétation restrictive. Elle serait certes sans valeur internationale, mais au point de vue interne le juge ne pourrait pas s'en affranchir, ceci par application de cette idée qu'il n'est pas juge de la constitutionnalité des textes. Comme on le voit, tout arrive, et le législateur s'immisce là dans des domaines qui devraient pourtant lui rester étrangers. Il est vrai que la loi étant actuellement l'oeuvre du Gouvernement seul, on peut identifier cette interprétation avec celle de l'auteur du Traité.

L'interprétation gouvernementale bilatérale

Qui peut interpréter le traité diplomatique ? D'abord plaçons-nous sur un plan parallèle à celui de la loi : le législateur peut interpréter les lois, parce que c'est lui seul qui fait les lois, d'où il résulte que ceux qui font les traités ont le pouvoir de les interpréter ; donc les gouvernements qui ont le pouvoir de négocier les traités ont également le pouvoir de les interpréter, c'est un adage "qui a le pouvoir de faire une règle de droit a aussi celui d'en dire le sens".

C'est absolument comme en droit privé ; les contractants qui ont le pouvoir de faire un contrat ont aussi, et ont seuls, quand ils sont d'accord, le pouvoir d'interpréter leur contrat ; et constamment on se met d'accord pour faire des additifs, des avenants à des contrats, afin d'interpréter certaines clauses du contrat de telle façon.

Donc, de même que les contractants d'un contrat de droit privé ont le pouvoir de l'interpréter, les Etats qui ont signé un traité diplomatique ont incontestablement le pouvoir de l'interpréter, et c'est la meilleure interprétation, parce qu'elle est synallagmatique, elle lie les deux Etats, et désormais le traité recevra la même interprétation dans les deux pays.

En quelle forme pratique cette interprétation peut-elle se faire de façon à intervenir assez rapidement et assez facilement ? Dans les dernières années qui ont précédé la guerre actuelle, le gouvernement français avait choisi une procédure qui s'est révélée assez pratique, et qui était fort simple : c était un échange de lettres entre le ministre des

Source : BIU Cujas

Affaires étrangères et les représentants diplomatiques des Etats intéressés, lettres que l'on s'envoyait mutuellement et qui étaient identiques dans leur libellé et dans lesquelles on s'entendait sur la signification d'un traité.

Par exemple, il y eut un échange de lettres entre la France et l'Espagne pour dire que la Convention franco-espagnole de 1863 devait être interprétée comme assurant aux Espagnols en France le bénéfice des lois sur les loyers, comme aux Français eux-mêmes. A partir de ce moment, le traité était interprété comme étant de nature à assimiler les Espagnols aux Français.

Ces lettres étaient publiées au Journal Officiel. Mais on a eu quelque doute après la publication de ces lettres au Journal Officiel, on s'est dit que ce n'était pas très régulier. Aussi a-t-on fait une nouvelle publication de ces lettres en la forme d'un décret : le chef de l'Etat a pris un décret et dans ce décret il a inséré les lettres qu'il a ainsi publiées. C'est une question de droit public ; évidemment une simple publicité des lettres était un avis dont ne ne savait pas la valeur ; il n'y a que le chef de l'Etat qui négocie les traités, il n'y a que lui qui peut dire : nous avons interprété le traité dans ce sens, voici l'interprétation qui devra être suivie.

On s'est alors demandé si cette inerprétation devait être reconnue par les tribunaux. Il y a bien eu une certaine hésitation et, sans entrer dans le détail, nous en donnerons immédiatement le résultat ; par un arrêt très important de 1936, la Chambre civile a décidé que cette interprétation bilatérale sous forme de lettres publiées par un décret du chef de l'Etat, obligeait les tribunaux à la respecter, quelle que fût la date de cette interprétation. Dans l'espèce en question, en effet, l'interprétation était intervenue alors qu'un pourvoi était pendant devant la Cour suprême ; par conséquent après l'arrêt d'appel. Or, il y a une règle de saisine judiciaire ; en principe la Cour de cassation doit statuer sur l'état du droit non pas au moment où l'affaire lui arrive, mais au moment de l'ouverture du procès. Or, dans cette hypothèse, la Cour de cassation a admis la valeur de l'interprétation du traité, alors que l'interprétration était intervenue postérieurement à l'intervention du pourvoi en cassation. Comme les lois interprétatives sont rétroactives, les interprétations des traités diplomatiques sont, elles aussi, rétroactives.

L'interprétation unilatérale gouvernementale

Les gouvernements intéressés peuvent, s'ils sont d'accord, interpréter le traité diplomatique et les juges français sont liés par cette intreprétation.

Est-ce que le gouvernement français peut, à lui tout seul, interpréter le traité ? Pourquoi pas ?

Source : BIU Cujas

Supposons un grand industriel français qui a passé des contrats, il doit fabriquer des machines et journellement se pose pour lui la question d'interprétation de son traité ; quelle quantité doit-il faire, dans quel délai, dans quelle matière première, d'après quelles conditions ? C'est lui que cela regarde, il faut bien qu'il puisse donner des ordres à ses subalternes pour exécuter le contrat.

Il est donc normal que le gouvernement français puisse donner, lui aussi, des interprétations de traités qui lient les magistrats ; cela ne liera pas le pays étranger mais, au point de vue intérieur français, est-ce que cette interprétation sera obligatoire pour le juge ?

La question s'est présentée à propos des lois sur les loyers; on a soutenu que le gouvernement qui n'a pas le pouvoir de faire des lois n'a pas davantage le pouvoir de donner des instructions aux tribunaux. La chancellerie peut donner des instructions au ministère public pour qu'il conclue, par écrit, dans un certain sens - puisque, oralement, le ministère public est libre - mais le tribunal n'est pas lié par une interprétation que donne le gouvernement, celui-ci n'est qu'un négociateur des traités, il n'a donc pas ce pouvoir.

Les distinctions jurisprudentielles

Cependant, ce n'est pas cette thèse qui a prévalu, ni la thèse opposée, mais une thèse intermédiaire ; on n'a pas reconnu au gouvernement le droit d'interpréter les traités, pas plus qu'on ne le lui a dénié. La Cour de cassation, dans une série d'arrêts, a formulé la distinction suivante et qui parait d'ailleurs critiquable : elle a dit qu'il fallait distinguer les traités diplomatiques selon qu'ils résolvaient des problèmes d'intérêt public ou des problèmes d'intérêt privé. Lorsque l'intérêt soulevé par le traité diplomatique qu'il faut interpréter est un problème d'intérêt public, cela intéresse les rapports internationaux de l'Etat français comme tel, et, comme il s'agit de l'Etat français lui-même, le gouvernement a le droit de dire : voilà le sens du traité, et ce serait un acte de gouvernement au sens administratif du mot, acte qui fait partie du pouvoir discrétionnaire du gouvernement. Par conséquent, les tribunaux de droit commun sont forcés de l'entériner purement et simplement. Cette interprétation est alors une interprétation abstraite, et le tribunal saisi n'a plus qu'à en faire l'application concrète au cas dont il est saisi.

Quand il s'agit d'un intérêt privé, il n'y a plus de problème de droit public, on serait en dehors de la notion de l'acte de gouvernement, et ce serait le droit commun qui jouerait, c'est-à-dire les tribunaux qui interprèteraient les traités. Voici des exemples d'interprétationsqui seraient faites par le gouvernement et d'interprétations qui, au contraire, seraient abandonnées aux tribunaux.

Source : BIU Cujas

Serait abandonnée au gouvernement l'interprétation d'une convention consulaire : il s'agit de savoir si, d'après une convention consulaire les consuls d'un certain pays ont le droit de célébrer des mariages en France ; cela dépend des pouvoirs qui ont été conférés aux consuls par le traité diplomatique. Ou bien il s'agit de savoir si un consul étranger sera dispensé de payer les impôts ou de savoir si on aura le droit d'arrêter le consul en cas de contravention aux lois en vigueur en France. Il y a des traités qui accordent des faveurs aux consuls de certains pays.

En pareil cas, s'il y a difficulté d'interprétation, les tribunaux doivent en référer aux pouvoirs publics ; le gouvernement fera connaître par la voie du ministère des Affaires étrangères et du Parquet, la façon dont il faut interpréter le traité et les juges seront obligés de s'y conformer.

Voilà maintenant un intérêt de droit privé : il s'agit de la législation sur les loyers ; est-ce que tel traité accorde à un étranger la jouissance de ce droit ? Ici, les intérêts en présence ne sont pas des intérêts publics, ce sont des intérêts de particuliers : il y a conflit entre propriétaire et locataire, et le gouvernement n'a pas le pouvoir d'interpréter le traité diplomatique. Donc les tribunaux sont entièrement juges de l'interprétation qu'ils donnent.

Critique de la jurisprudence

Telle est la jurisprudence bien établie. On peut cependant élever des doutes au sujet de sa légitimié : il serait plus juste semble-t-il, d'admettre que le gouvernement peut, dans tous les cas, interpréter les traités, quels que soient les intérêts en présence, car un traité diplomatique, quoi qu'il dise, est un engagement international du pays et qui soulève la responsabilité du co-contractant vis-à-vis de l'Etat étranger. Il y a donc toujours, par hypothèse, un intérêt de droit public en jeu entre autres : la bonne exécution du traité.

En outre, cette distinction des intérêts du droit public et du droit privé est vraiment très scolastique ; d'abord le pays étranger peut l'ignorer ; et chez nous-mêmes cette classification des problèmes éclate de plus en plus, car les compartiments qui les séparent sont extrêmement flous dans leurs limites ; dire que les problèmes de loyers soulèvent des problèmes d'intérêt privé, c'est presque aller à l'encontre même de toute la législation des loyers parce que, depuis 25 ans, le législateur a sans cesse fait des interventions pour modifier les règles du droit civil ; c'est qu'il y avait - et il ne s'est pas fait faute de le dire - des intérêts de droit public essentiels à déroger momentanément à cette législation.

Source : BIU Cujas Reproduction interdite

La réalité, les traités diplomatiques, quelles que soient leurs dispositions, lorsqu'il s'agit de les interpréter soulèvent toujours un intérêt de droit public : on devrait donc décider que c'est le gouvernement qui a toujours le droit d'interpréter et d'imposer son interprétation.

On aurait pu concevoir qu'à l'extrême rigueur, les juges disent : mais le gouvernement n'a pas d'ordres à donner aux tribunaux ; c'était une attitude qui pouvait se défendre, mais dès l'instant où la Cour de cassation, par des arrêts répétés de ses trois Chambres, admet le pouvoir du gouvernement d'interpréter un certain nombre de traités en raison de l'incertitude de la distinction intérêts privés et intérêts publics, il faut généraliser cela à tous les traités et dire : le gouvernement peut interpréter tout traité, quel qu'il soit.

Nous aurons beaucoup moins de choses à dire sur les deux autres sources de droit supra-national : la coutume et la jurisprudence.

2) - La Coutume.

Elle est un usage invétéré qui a fini par obtenir force obligatoire : on commence par faire quelque chose qui déroge à ce qui se faisait jusqu'alors et puis on la répète pendant si longtemps que cet usage devient un jour invétéré, et cela dure tellement longtemps que dans la conscience populaire descend cette idée qu'on ne pourrait pas faire autrement ; et quand cette idée est bien entrée dans toutes les consciences populaires, la coutume est formée : on est en présence d'une règle de droit obligatoire. La coutume est aussi forte que la loi.

Rôle minime de la coutume

Ce que nous venons de vous dire montre assez que la coutume n'aura pas beaucoup d'applications dans les rapports entre Etats ; en effet, il faudrait admettre un usage tellement invétéré qu'il ait fini par acquérir dans la conscience des deux Etats l'idée qu'ils sont obligés de s'y conformer précisément cela ne se produit jamais. Admettons même que dans deux Etats, la France et un autre, on suive les mêmes règles depuis très longtemps. Encore faudrait-il arriver à prouver que la force obligatoire de cet usage est entrée dans la conscience des Etats : or, précisément les Etats n'ont jamais cette volonté. On en a eu des preuves souvent.

Supposons qu'une solution soit suivie en France et dans un pays étranger depuis longtemps et un jour on dit : puisque nous faisons la même chose depuis cinquante ans, nous n'avons qu'à l'inscrire dans un traité. Mais immédiatement on répond : rien à faire, nous ne voulons pas nous engager à cela. C'est la preuve que l'usage n'était pas encore une coutume, parce que s'il eût été obligatoire, il eût été une coutume ; or, pour passer du

Source : BIU Cujas

droit possible au droit obligatoire, il y a tout de même, un certain fossé à franchir.

Par exemple, prenons l'art. 3 al. 3 du Code civil : "L'état et la capacité des Français sont soumis à la loi française". Le même texte existe en Belgique, puisque la Belgique a notre Code : "l'état et la capacité des Français sont soumis à la loi belge". Il y a donc dans les deux pays la même règle depuis le Code civil ; ce n'est pas encore une coutume commun à la France et à la Belgique, c'est une règle qui existe dans chacun des pays, mais que l'un ou l'autre pourrait modifier à tout moment s'il le voulait - sur ce point tout le monde est d'accord - parce que l'idée du caractère obligatoire ne s'est jamais manifestée. Il ne faut pas confondre, dans les rapports internationaux, l'identité des solutions avec la coutume.

En droit interne, quand une chose s'est faite pendant un temps immémorial on considère qu'elle devient une coutume, mais dans les rapports internationaux, ce n'est pas parce qu'on fait la même chose dans deux, trois ou quatre pays que cela devient une coutume ; pour que cela devienne une coutume, il faut non seulement qu'on fasse la même chose dans divers pays, mais que l'idée du caractère obligatoire existe dans tous les pays, parce que la coutume dont nous parlons en ce moment n'est pas la juxtaposition de coutumes nationales, mais une coutume supra-nationale, une coutume existant entre plusieurs pays ; l'identité des solutions n'est donc pas une coutume.

Autre exemple : une solution est identique dans le monde entier aujourd'hui : les immeubles sont soumis à la loi du lieu où ils sont situés (art. 3 al. 2 du Code civil). Cette règle est suivie dans le monde entier ; ce n'est pourtant pas une règle coutumière internationale, parce que si un Etat voulait y déroger, il entend ne pas être lié par elle ; l'idée du caractère obligatoire de cette solution ne s'est jamais manifestée.

Il est presque impossible de signaler une règle coutumière de caractère supra-national ; peut-être qu'à l'époque où existaient les capitulations dans les rapports de la chrétienté et de l'Islam il y avait un certain nombre de coutumes ; encore n'est-ce pas bien certain. Mais dans les rapports normaux des Etats, on serait incapable de signaler une règle coutumière qui fasse partie du Droit international privé

3)- La jurisprudence.

Organisation judiciaire internationale

La jurisprudence c'est ici non pas la jurisprudence nationale, mais supra-nationale. C'est une jurisprudence qui est au-dessus des Etats, qui a reçu le pouvoir de statuer dans les litiges entre deux Etats. L'organisation de cette justice rentre dans l'objet de l'étude du droit des gens, du Droit international public, mais depuis longtemps il existe des juridictions

Source : BIU Cujas

internationales ; lorsque deux Etats ont une difficulté, ils peuvent s'entendre pour la faire trancher ou par une personne, ou par un tribunal que l'on constituera spécialement.
Nous avons parlé d'une difficulté que nous avions eue avec l'Espagne qui avait été réglée par un arbitrage que l'on avait confié (absolument comme en droit interne les particuliers peuvent, au lieu d'aller devant le tribunal, demander à une personne d'arbitrer leur difficulté) au président de la Confédération helvétique. Depuis très longtemps les Etats ont pris l'habitude de choisir des personnalités comme un chef d'Etat, ou le Pape pour rendre un arbitrage.

Depuis, on a perfectionné l'instrument, à la fin du XIXème siècle et au début du XXème, en créant de véritables tribunaux plus ou moins permanents dont le dernier cri, créé en 1920 était la Cour Permanente de Justice internationale qui siégeait à La Haye et dont les magistrats étaient empruntés à un grand nombre de nationalités.

Quel peut être le rôle de ces tribunaux supra-nationaux dans la création d'un droit commun aux Etats ? Leur rôle est, en cas de difficulté de donner une interprétation du traité qui soit commune aux Etats. Que font deux particuliers lorsqu'ils ont fait un contrat ? Ils vont commencer par négocier entre eux s'il y a des difficultés ; s'ils ne s'entendent pas, l'un d'entre eux saisit un tribunal français qui va rendre un jugement pour dire : voilà ce que signifie le contrat, ou bien ils iront devant un arbitre français qui donnera l'interprétation du contrat.

Dans les rapports internationaux, il existe bien une interprétation par échange de lettres entre les Etats, mais elle suppose que l'on puisse se mettre d'accord. Si l'on n'est pas d'accord il y a un moyen d'arriver à une thèse uniforme, c'est de dire : nous allons saisir une juridiction qui va dire ce que signifie notre traité. C'est ainsi que les tribunaux supra-nationaux ont eu à un certain nombre de reprises l'occasion d'interpréter les traités. Le Président Ador a interprété la convention franco-espagnole de 1862 pour dire si, d'après sa rédaction, elle visait ou ne visait pas l'impôt sur les bénéfices de guerre.

Il faut qu'une justice supra-nationale existe, sans quoi il manque un rouage essentiel à la valeur des traités diplomatiques. On l'avait tellement bien compris que, depuis dix ou quinze ans, il n'était signé aucun traité sans qu'y figurât une clause dite de juridiction, en vertu de laquelle les parties contractantes déclaraient que, s'il y avait une difficulté d'interprétation sur une clause du traité et qu'elles n'arrivent pas à l'amiable à s'entendre, on saisirait telle ou telle juridiction, en général la Cour permanente de Justice internationale. C'était automatique. Si des clauses soulevaient des difficultés, l'Etat qui prétendait que le traité était mal interprété saisissait la Cour permanente de Justice internationale qui rendait son

Source : BIU Cujas

arrêt ou donnait son avis sur l'interprétation du traité

S'il n'existait pas pour les traités diplomatiques un procédé d'interprétation commune, il y aurait la même lacune que s'il n'existait pas des tribunaux dans l'ordre interne pour donner une interprétation commune, et obligatoire des contrats.

§ 2 - Sources vraiment internationales c'est-à-dire sources créatrices du Droit international

Il faut entendre par là les sources qui ont pour but de créer un droit obligatoire à toute l'humanité civilisée.

Reprenons nos trois sources : les sources écrites, les sources coutumières et les sources jurisprudentielles, et voyons si elles alimentent le Droit international privé d'un droit qui est vraiment un droit obligatoire dans le monde entier en principe.

I - Sources écrites. - Elle sont inexistantes et, bien entendu, pour qu'elles existent il faudrait supposer un traité qui fût signé entre presque tous les Etats du monde, ce qui n'est presque pas concevable. Dans le droit des gens proprement dit, on trouve certains traités diplomatiques, - mais ils ne concernent pas les matières du Droit international privé - qui sont intervenus entre un si grand nombre d'Etats qu'ils sont considérés comme constituant des fragments, des éléments de l'édifice du droit des gens : on peut signaler la déclaration de Paris de 1856, les actes du Congrès de Vienne de 1815, les conventions de La Haye de 1899 sur les lois de la guerre, les règles sur la traite des négres. Mais dans nos matières, il n'y a point de traité diplomatique qui groupe tellement de membres que l'on puisse dire que véritablement il constitue un droit applicable dans l'ensemble de l'humanité.

Inexistence

Par contre, on en trouvera un peu plus en ce qui concerne la coutume internationale

2 - La coutume internationale est une règle qui s'est formée petit à petit tout le long des siècles, et qui a fini par acquérir valeur obligatoire dans les rapports de tout le monde civilisé. Il en existe quelques exemples qu'il ne faut pas confondre avec l'identité des solutions.

Rareté de la coutume internationale

Pour nous rendre compte de son rôle, passons en revue très rapidement les divers objets de notre Droit international privé.

D'abord la matière de la nationalité : l'inventaire peut se traduire par un état à peu près néant ; la question a précisément été portée en 1923 devant la Cour permanente de Justice

Source : BIU Cujas

internationale de La Haye ; le Conseil de la Société des Nations lui avait demandé son avis sur une question de nationalité qui séparait deux Etats et, dans cet avis, la Cour de La Haye a décidé que la matière de la nationalité était une matière presque entièrement réservée à la liberté de chaque Etat. On ne peut pas dire qu'il y ait, en matière de collation ou de retrait de la nationalité, de règles qui soient des règles coutumières, c'est-à-dire obligatoires aux états. Tout au plus peut-on dire qu'on peut dénier, dans l'état actuel du droit des gens, qu'un Etat puisse donner une nationalité à des individus qui ne seraient pas fixés sur son territoire : par exemple la France viendrait dire actuellement que tant de ressortissants d'un Etat qui vivent à des milliers de kilomètres sont devenus français ; il y aurait là une violation des règles de la souveraineté étrangère, mais c'est là d'ailleurs une hypothèse purement théorique et inexistante en pratique, ou encore statuer sur une nationalité autre que la sienne. Nous pouvons donner la nationalité à quelqu'un, mais nous ne disposons pas des nationalités étrangères, nous ne pouvons pas dire à un individu : vous êtes espagnol, vous êtes italien, etc.... Cela ne dépend pas de nous, mais de chaque Etat.

Voilà donc, dans le droit des gens, une coutume internationale, mais dans un cas purement théorique.

Dans la matière du domicile, l'imperfection est encore plus grande sauf de rares clauses, notamment dans les traités fiscaux.

Rôle certain en matière de jouissance des droit

Par contre, dans la matière du statut des individus, de la condition des étrangers, la coutume internationale joue un rôle d'une certaine importance : en effet, petit à petit les tribunaux internationaux ont admis qu'il existait une coutume internationale en vertu de laquelle les étrangers, quand ils sont dans un pays, ont droit à un minimum de traitement - on appelle aussi cette coutume droit commun international. Cela ne veut pas dire qu'on soit obligé de les traiter comme les nationaux, parce qu'il n'y aurait plus de discrimination possible, mais tout de même, en certaines matières, ils doivent être traités aussi bien que les nationaux et en tout cas, il doit toujours y avoir un minimum en deçà duquel on ne peut pas descendre.

Mais quel est ce minimum ? Là évidemment la question devient plus délicate ; si l'on jette un coup d'oeil sur les décisions arbitrales intervenues au XIXème siècle, on constatera qu'il a été décidé que le fait d'arrêter un étranger et de ne pas lui accorder les mêmes garanties pour sa défense, ou de ne pas lui appliquer une même pénalité qu'aux nationaux, serait considéré comme une mesure restant en deçà du minimum.

Source : BIU Cujas

si une loi décidait : jamais l'étranger n'aura droit aux circonstances atténuantes, ou au bénéfice du sursis ce serait descendre au-dessous du minimum. Mais il est délicat de savoir exactement comment fixer ce minimum, si du moins le principe est certain.

Le domaine dans lequel le droit commun international ou la coutume internationale a joué le plus est celui qui concerne les agents diplomatiques ; il y a une coutume internationale bien établie, en vertu de laquelle l'agent diplomatique qui se trouve dans un pays en mission ne peut subir aucune des incapacités qui frappent les nationaux ; cela découle du respect que se doivent mutuellement les Etats ; d'ailleurs c'est parfaitement réciproque puisque les avantages qui sont reconnus à l'agent d'un pays sont également reconnus à l'agent de l'autre pays. L'agent diplomatique dispose donc d'un certain nombre de faveurs, notamment de celle-ci qui n'est pas négligeable, qu'il ne peut pas être arrêté quelle que soit sa culpabilité ; un agent diplomatique qui commet un crime ne peut pas être arrêté, encore moins déféré devant les tribunaux ; tout ce que l'on peut faire - et on n'y manquera pas lorsque le cas se présentera - c'est de prier le gouvernement qui a envoyé cet agent diplomatique de bien vouloir le rappeler. Un Etat ne s'opposera jamais à ce rappel, car on envoie un agent diplomatique pour avoir quelqu'un qui ait l'audience du chef du gouvernement ; si donc il n'est plus persona grata auprès de ce gouvernement, on le rappellera. Mais on ne peut ni l'arrêter, ni le juger. C'est là une coutume bien établie.

Passons maintenant au dernier objet du Droit international privé, la matière de l'exercice des droits, c'est-à-dire la théorie des conflits ; ici également, le bilan est entièrement négatif, sous réserve de l'application des lois pénales qui ne se fait pas aux agents diplomatiques comme aux autres. Mais sous cette réserve il n'y a aucune coutume, et c'est ce qu'a dit la Cour de La Haye en 1929 dans deux grosses affaires qui furent portées devant elle (arrêts 14 et 15 relatifs aux emprunts serbes et aux emprunts brésiliens).

Les porteurs de ces emprunts se plaignaient de la monnaie dans laquelle ils étaient payés, et la Cour permanente fut saisie par les deux Etats : France-Brésil d'une part et France-Yougoslavie de l'autre, qui réclamaient l'interprétation de certaines clauses des contrats ; dans ces deux arrêts, la Cour de La Haye a dit la même chose : la théorie des conflits et les solutions qu'il convient de donner à ces conflits relèvent de l'omnipotence de chaque Etat ; il n'y a aucune coutume dans la situation actuelle des faits.

Le bilan de la coutume internationale pour le Droit international privé, c'est-à-dire d'une coutume commune à l'ensemble des Etats, est presque complètement négatif.

Source : BIU Cujas

3 - La jurisprudence internationale Par là même, il faut en dire autant de la jurisprudence internationale c'est-à-dire de la jurisprudence qui statue sur les procès dans les rapports des Etats entre eux. Quel est le rôle de la jurisprudence internationale ? C'est de contribuer, en somme à former la coutume, de dire ce qu'est la coutume et de sanctionner cette coutume, absolument comme en droit interne le juge contribue à la formation de la coutume, dit la coutume et la sanctionne.

S'il n'y a pas de coutume, le juge international n'a pas à contribuer à son élaboration, à en donner le contenu et encore moins à la sanctionner.

Il faut dire, en conclusion, que les sources internationales véritablement créatrices de droit international, c'est-à-dire de droit commun à l'ensemble de l'humanité sources que l'on trouve dans le droit des gens, sont à peu près étrangères, à l'heure actuelle, au Droit international privé qui est, dans une mesure extrêmement faible, un droit commun aux nations, puis dans une mesure un peu plus large, un droit commun à quelques Etats, c'est-à-dire un droit supra-national (surtout par voie de traités), et dans une beaucoup plus grande mesure reste un droit national. D'où l'expression tant de fois employée qui, dans le fond des choses, est exacte mais qui dans la terminologie est paradoxale, de Droit international privé français, en effet, le droit international privé est, comme le droit civil, comme le droit commercial, le droit français et chaque pays possède son droit international privé.

Source : BIU Cujas

Chapitre III

NATURE DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE

C'est le problème de la localisation de cette branche du droit par rapport à l'ensemble des sciences juridiques Chaque fois que l'on aborde une nouvelle branche du droit, on doit se poser le problème de son rattachement, de sa nature juridique ; il est donc normal qu'ici nous nous demandions quel est le compartiment dans lequel vient prendre place le Droit international privé

D'après son titre, d'après son vocable le Droit international privé correspondrait à une double classification : il serait du droit international d'une part, et il serait du droit privé de l'autre.

Origine du terme : Droit international privé

Avant d'aller plus loin, demandons nous, au point de vue historique d'où vient ce vocable ; il n'est pas extrêmement ancien, et remonte au milieu du XIXème siècle C'est en 1843 qu'un avocat, Foelix, a intitulé un livre tout à fait classique aujourd'hui "Traité du Droit international privé". Jusqu'à lui personne n'avait jamais fait usage de ce vocable, il en a été l'initiateur, initiateur heureux peut-on dire puisque petit à petit, ce vocable s'est répandu, s'est généralisé non seulement en France mais dans la plupart des pays où ce terme a été traduit dans les langues respectives (Private International law Internationales Privatrecht - Diritto internazionale privato)

L'idée qui guidait Foelix était la suivante : il y avait un autre vocable, connu depuis de nombreux siècles "droit des gens" ou encore "droit international public" ; Foelix voulait établir une sorte de symétrie entre les rapports des Etats - droit des gens ou droit international public - et les rapports des particuliers entre eux dans la vie internationale - droit international privé. Les deux faisaient alors un ensemble.

C'est ainsi que cette expression s'est généralisée opposant au droit des gens public, jus gentium publicum, le jus gentium privatum, c'est-à-dire le droit des gens pour les questions de caractère privé.

Que faut-il penser de cette terminologie qui implique une position prise sur la nature du droit international privé ?

Source : BIU Cujas

S'agit-il donc bien d'un droit international privé, comme le vocable le laisserait supposer ? En réalité, il semble qu'il ne soit ni l'un ni l'autre.

Section I

Caractère national du Droit international privé

Le droit spécifiquement international n'est pas très répandu encore à l'heure actuelle : c'est le droit commun à l'ensemble des Etats. Or, le Droit international privé n'a pas ce caractère. C'est à la fin du XIXème siècle qu'un certain nombre de publicistes, parmi lesquels il faut citer Antoine Pillet, ont soutenu que le Droit international privé, par cela seul qu'il s'occupait des rapports internationaux, devait être une branche, un élément du droit des gens lui-même. Mais en réalité, ce qu'ils ont voulu, en faisant du droit international privé un droit international, c'est essayer de réagir contre un certain état anarchique de sa règlementation et construire davantage de lege ferenda que de lege lata. Ils se sont dit qu'en faisant un droit international, c'est-à-dire commun à l'ensemble des Etats, il y aurait une certaine unité dans les solutions, un certain universalisme dans cette règlementation.

Mais ce ne fut là chez eux qu'une véritable construction de l'esprit, une idéologie, car pour que le droit international privé fût vraiment du droit international, il eût fallu qu'il pût comporter des solutions communes à l'ensemble des Etats, et il paraît bien que les auteurs qui se sont rattachés à cette conception - conception qui avait pour but de mettre un peu plus d'ordre dans les rapports internationaux - ont confondu deux choses pourtant si distinctes et parfois si lointaines : le désirable et le possible.

Or, que faudrait-il pour que le droit international privé fût du droit international ? Il faudrait qu'un certain nombre de conditions soient remplies, c'est-à-dire qu'il fût commun dans ses solutions à l'ensemble des pays. Or, nous savons fort bien par ce que nous avons vu précédemment qu'il ne l'est pas.

Le droit international a des sources nationales

Il y a un procédé très simple, assez terre à terre peut-être, de résoudre le problème de la nature du droit international privé, qui est commandé par le problème des sources : le droit international privé ne

Source : BIU Cujas

pourrait être du droit international que si ses éléments constructifs, c'est-à-dire ses matériaux, ses sources en un mot, étaient des sources internationales, puisqu'elles seules pourraient en faire un droit commun aux Etats. Tant que les sources du droit international privé sont nationales, à moins d'un hasard extraordinaire, elles ne peuvent pas aboutir à un résultat convergent. Or, elles ne sont pas internationales puisque chaque pays peut, en cette matière, élaborer les règles qui lui conviennent. Dans leur immense majorité les sources du droit international privé sont nationales ou internes. Il n'y a à peu près pas de sources internationales, mais il y a un certain nombre de sources - qu'il ne faut pas confondre avec les sources internationales - conventionnelles ou communes à quelques Etats, ce qui n'en fait pas encore des sources internationales ; mais la grande partie des sources sont des sources propres à chaque Etat.

Le Droit international privé dans ses sources est donc un droit national ; il est ce que chaque pays conçoit qu'il doive être ; chaque Etat règlemente cette matière avec la même liberté, avec la même indépendance qu'il règlemente son droit civil, son droit commercial, sa procédure ou son droit administratif. Et dès lors, on aboutit dans le monde à une juxtaposition d'un très grand nombre de droits nationaux dans cette matière comme dans toutes les autres : c'est un point aujourd'hui bien admis et bien consacré, aussi indiscutable que possible que chaque Etat est libre d'élaborer son droit international privé.

Les solutions du Droit international privé varient de pays à pays

Il en résulte que les solutions sont suffisamment variables d'un pays à l'autre ; il n'y a qu'à prendre un ou deux exemples pour le montrer.

Prenons le problème de la capacité des personnes : quel est, dans les rapports internationaux, le pays dont la loi va régir la capacité d'un individu pour faire un acte juridique ? Le monde se sépare au moins en deux systèmes : il y a un groupe de pays qui soumettent la capacité à la loi de la nationalité des individus, ce que l'on appelle la loi nationale, c'est-à-dire loi du pays dont l'individu est le national et, parmi ces pays se trouve la France. Donc un étranger qui se trouve en France est soumis, pour sa capacité, à la loi de son pays ; un Français qui est à l'étranger reste soumis, vis-à-vis de la France, à la loi française qui régit la capacité ; c'est d'ailleurs une solution écrite dans l'article 3, al. 3 du Code civil.

Mais il y a un très grand nombre de pays, dépassant de beaucoup au point de vue de la population, le premier groupe, qui décident que la capacité n'est pas du tout liée à la nationalité de l'individu, mais à la loi du pays où il a son domicile.

Source : BIU Cujas

avec ce système tous les étrangers fixés en France se trouveraient régis par la loi française pour leur capacité s ils y avaient leur domicile et inversement les Français domiciliés à l'étranger cesseraient d'obéir à la loi française

Dans ce cas si important si pratique puisque toute vie juridique suppose des actes et qu à chaque fois que nous faisons des actes il y a un problème de capacité qui se pose le monde se sépare au moins en deux systèmes. Vous voyez donc qu'il n'y a pas de droit international, puisque celui-ci supposerait l'unité de solution dans l'humanité civilisée.

Prenons la matière des successions ; il y a encore dans le monde un certain nombre de systèmes dont deux principaux : l'un soumettra les successions - et c'est un système plus moderne, ce qui ne veut pas dire qu'il soit le meilleur - à la loi nationale de l'individu, c'est-à-dire à la loi du pays dont il a la nationalité ; on ne s'occupera pas de savoir quelle est la nationalité du défunt et on ouvrira le Code de ce pays pour savoir à qui va sa succession.

Mais il y a un autre groupe de pays, non moins important, dont fait partie la France, qui n a jamais admis ce système et qui décide que les successions sont soumises à la loi du pays où sont situés les biens héréditaires ; supposons qu'il s'agisse d'immeubles par exemple, si un individu vient à mourir laissant des immeubles dans trois ou quatre pays il y aura trois ou quatre successions qui vont s'ouvrir aussi indépendantes que si trois ou quatre personnes étaient mortes.

Voilà encore une opposition fondamentale qui montre que notre droit n'est pas un droit international puisque chaque pays peut suivre son système

L'arrêt de la C.P.J.I. (1929)

La plus haute juridiction qui existe, la Cour permanente, a décidé il y a quelques années, en 1929, que la matière des conflits était entièrement réservée à l'indépendance des Etats et, comme le disait un auteur "on ne peut pas dans les fastes du droit international, montrer le moindre froncement de sourcils d'un homme d'Etat ou d'un diplomate à propos d un problème de droit international privé" ce qui prouve qu ils ne rentrentpas vraiment dans l'orbite des problèmes du droit des gens

En réalité il y a autant de droits internationaux que de pays ; théoriquement, il y a autant de droits différents que de pays et leur connaissance impliquerait donc l'examen de toutes ces législations, comme si l on voulait connaître le droit civil, le droit commercial des divers pays ; et c'est une branche du droit qui s'appellerait le droit international privé comparé, de même qu'il y a droit civil comparé ou droit commercial comparé.

Nous ne pourrons ici nous occuper que du droit international privé de la France, c'est-à-dire du droit international

Source : BIU Cujas

privé français c est à dire du droit de la France pour les rapports internationaux, à propos de la vie juridique des individus

La théorie du "dédoublement fonctionnel" et sa critique

A cela on a cependant fait récemment une objection à laquelle nous devons essayer de répondre Certains spécialistes du droit des gens ont dit , c'est une affaire entendue, les sources du droit international privé sont encore nationales mais de ce que ces sources soient nationales il ne résulte pas que le droit international privé soit lui-même un droit national

On ne conçoit pas très bien sans doute comment n étant que national dans ses sources il puisse être international dans sa construction une maison construite avec de la pierre ne peut pas être en marbre

Voici comment on essaie de présenter les choses on dit qu actuellement les Etats ont reçu une délégation de la ommunauté internationale de sorte que quand ils règlementent ce droit, ils le font comme agents de la collectivité internationale et c'est tout de même du droit international qu'ils font Certains auteurs ont appelé cela la loi du dédoublement fonctionnel.

Mais il semble qu'il soit facile de répondre que s il en était ainsi, le résultat à tout le moins devrait être international ; on ne voit pas comment chaque Etat, s il a reçu cette délégation, peut trancher nos questions de la façon qui lui convient et non pas d'une façon convergente avec les divers Etats étrangers. Et puis enfin, cette pseudo délégation n est qu une affirmation, le monde est encore dans un état d inorganisation à peu près complète dont la seule tentative d'organisation qui fut faite pendant quelques années n'avait d'ailleurs pas été fort heureuse, avec la S.D.N , de sorte qu on peut dire que l'avenir créera peut-être un système de délégation aux Etats nationaux mais, dans la situation actuelle des choses, nous sommes encore dans un système purement national.

Voilà la première proposition : dans l'ordre actuel des faits, le droit international privé reste encore l'oeuvre de chaque Etat. Comme nous l'avons déjà dit , jamais il n y eut de froncement de sourcils pour des règles de droit international, ce qui prouve qu'il n'y a aucune obligation vis-à-vis de la collectivité internationale. Il est donc du droit interne, au même titre exactement que les autres branches du droit il est du droit interne pour une certaine mission, en fonction d'un certain objet, pour les rapports internationaux, mais il n'est que l'une des branches du droit interne qui règlemente cet aspect de la vie juridique française. Le résultat n'est évidemment pas convergent, nous avons donné deux exemples, il y en a bien d'autres . Nous allons bientôt entamer la matière de la nationalité. Or il y a des individus qui se trouvent dans cette situation de posséder

Source : BIU Cujas

deux nationalités. Pourquoi ? Parce que faute d'une entente entre les Etats, faute d'une règle qui puisse s'imposer à eux, deux Etats disent "moi je fais de tel individu mon national" ; l'individu sera donc réclamé à la fois par l'un et par l'autre et selon qu'il se trouvera dans l'un ou l'autre, il faudra qu'il se comporte comme un national. Une autre conséquence nous met en présence d'un phénomène un peu endémique de la vie contemporaine, c'est qu'il y a des individus dont personne ne veut plus ; ils n'auront aucune nationalité, aucun Etat ne pourra dire à l'autre "il faut que vous leur donniez votre nationalité". Ils vivront dans un Etat, parce qu'il faut bien qu'ils vivent quelque part, mais ils n'auront aucune nationalité, ils seront ce qu'on appelle des apatrides, et l'émigration moderne a créé depuis quelque vingt ou trente ans, avec notamment la révolution russe et d'autres circonstances, de grands groupes de populations privés de toute nationalité.

Section II

Le Droit international privé est du Droit public

Si notre droit est du droit interne, quelle est donc la branche du droit interne dont il fait partie ? Est-il, comme son nom le laisserait croire, du droit privé ou n'est-il pas plutôt du droit public ? Il y a à cela un double intérêt, d'abord un intérêt de méthode pour bien le classer où il convient, et il y a aussi un intérêt pratique.

La conception classique

La thèse que personne ne discutait il y a encore trente ou quarante ans, thèse qui est encore admise dans un certain nombre de pays étrangers d'ailleurs, mais qui est de plus en plus attaquée en France, était que le droit international privé était, comme son nom l'indiquait, du droit privé. On l'avait bien qualifié de ce qu'il devait être ; c'était la thèse suivie à peu près universellement, on en donnait comme raison qu'il s'occupait de la vie juridique des individus qui s'opposait à la vie des Etats ; c'était bien là l'objet du droit privé.

Critique de cette conception

Mais cette conception est de plus en attaquée en France, depuis un certain nombre d'années, en tout ou en partie, elle a de moins en moins de défenseurs. Pour nous rendre compte de sa valeur, il faut que nous

Source : BIU Cujas

reprenions successivement pour discuter la question les trois objets du droit international privé :

La répartition géographique des individus
- le problème de la condition des étrangers.
- enfin le problème de la création et de l'efficacité des droits, c'est-à-dire le problème des conflits.

§ I - Le problème de la répartition des individus relève du Droit public

La thèse de la nationalité - droit privé et sa critique

La nationalité fait-elle partie du droit public ou du droit privé ? On a donné trois arguments pour dire qu'elle ferait partie du droit privé. Le premier argument est que la nationalité est un des éléments de l'état des personnes. C'est indiscutable ; les Romains avaient l'habitude de ramener le status de l'individu -état de l'individu à trois compartiments, le status civitatis, le status libertatis (qui a totalement perdu son intérêt, c'est la question de l'esclavage) et le status familiae, c'est-à-dire le statut du droit de la famille. La nationalité concerne l'état des personnes donc elle est bien de leur vie privée ; mais cet argument est loin d'être péremptoire, car de ce qu'il s'agit de l'état des personnes il ne résulte pas que tout l'état des personnes fasse partie du droit privé ; et si on veut remonter au Droit romain le status libertatis, le status de l'esclavage, ne faisait pas partie du droit privé et si on rétablissait l'esclavage, ce serait une discrimination de caractère administratif. L'état des personnes qui faisait partie du droit privé, c'était l'état familial, le status familiae, mais non le status libertatis, et encore moins le status civitatis qui était le rattachement de l'individu à un point géographique déterminé de l'empire romain, ce qui faisait partie de ce que nous appellerions aujourd'hui droit administratif.

Voici encore un exemple emprunté au droit actuel ; il montre que l'état des personnes n'est pas, même quand il s'agit des questions familiales, toujours du droit privé. Certaines personnes condamnées sont frappées d'incapacités dans leurs droits purement privés. Il y a notamment un article du Code pénal, art. 42, qui dit que, dans certains cas, le tribunal pourra prononcer la privation en tout ou en partie de certains droits civiques, civils et de famille. Il y a donc des individus qui sont privés de certains droits purement familiaux ; il faudrait dire que l'art. 42 du Code pénal, qui édicte une peine, fait partie du droit privé, sous prétexte qu'il concerne des relations de droit privé. Or personne ne l'a soutenu ; les peines font partie du droit public bien qu'elles puissent concerner l'état

Source : BIU Cujas

des personnes

L'argument selon lequel la nationalité concerne l'état des personnes et par là même serait du droit privé est un argument qu'il est donc facile de retourner contre ceux qui l'invoquent

Deuxième argument : on faisait valoir autrefois que la nationalité était du droit privé pour une raison purement formelle qui a d'ailleurs aujourd'hui complètement perdu sa signification : on disait "c'est du droit privé et la preuve ce sont les articles 8 et suivants du Code qui règlementent la matière de la nationalité ; donc puisqu'elle est dans le Code civil elle est du droit privé En disant cela on pose un postulat : tout ce qui est dans le Code civil est nécessairement du droit privé

Mais nous n'en sommes plus, depuis bien longtemps heureusement, à juger de la nature d'une institution d'après sa place dans un code ou dans un autre, il n'est pas difficile de cueillir dans le Code civil des dispositions qui sont indiscutablement des règles de droit public L'art. 1 sur la publication des lois, qui d'ailleurs ne s'applique pas depuis le décret de Septembre 1870 est un texte de droit constitutionnel Les articles 4 et 5 sur l'obligation du juge de statuer à peine de faute de sa part et sur l'interdiction de procéder par voie de règlement général de peur de voir se reproduire la tentative des anciens Parlements d'autrefois sont certainement des règles de droit constitutionnel et de droit d'organisation judiciaire Si nous allons un peu plus loin le fonctionnement du service de l'état civil est un service public et un service public n'a jamais appartenu au droit privé Et si nous allons encore un peu plus loin nous trouvons dans la matière des biens des textes sur le domaine public sur les ports, havres etc... qui n'appartiennent à personne c'est du droit administratif Dans les successions nous rencontrons le droit de l'Etat sur les successions en déshérence etc...

On peut donc trouver dans le Code civil pas mal de règles qui sont indiscutablement des règles de droit public et dans les autres Codes notamment dans le Code de commerce on en trouverait également d'autres

Par conséquent la place d'une institution dans le Code ne peut pas, à elle seule, donner sa nature D'ailleurs dans les pays étrangers, la matière de la nationalité n'est à peu près jamais dans les Codes civils elle fait l'objet presque partout de lois spéciales et souvent même la matière de la nationalité - et nous nous rallierons nous-mêmes tout à l'heure à cette conception se trouve en partie pour les principes fondamentaux et généraux, dans la Constitution du pays ; il en a été ainsi chez nous à un moment donné, pendant la période intermédiaire où les Constitutions se suivaient à un rythme accéléré : un certain nombre de Constitutions dans la période inter-

Source : BIU Cujas

médiaire (I789-I804) contenaient des règles sur la matière de la nationalité. Voilà qui prouve que la place ne signifie absolument rien.

Mais - et c'est là en somme le coup de grâce pour cet argument - aujourd'hui, depuis I927 et à dessein le législateur français a retiré la matière du Code civil. Le rapporteur devant la Chambre, qui était un excellent juriste, professeur de droit administratif, M. Mallarmé a déclaré : la matière de la nationalité n'est pas à sa place dans le Code civil, parce qu'elle est une matière de droit public,

Aujourd'hui elle n est plus dans le Code civil, mais dans une loi à part la loi de base, la loi du I0 Août I927. Nous avons donc à notre tour suivi le mouvement que l'on constate dans presque tous les pays étrangers.

Troisième argument que l'on a donné en faveur de l'idée d'après laquelle la nationalité serait du droit privé ; on a dit: elle produit indiscutablement des effets de droit privé.

Evidemment elle produit un certain nombre d'effets de droit privé, puisque, avec l'art. 3 du Code civil, on soumet l'état privé et la capacité des individus à la loi de leur nationalité ; puisque la nationalité détermine l'état et la capacité du Français ou de l'étranger, c'est donc qu'elle produit des effets de droit privé et, par suite, elle fait partie du droit privé.

Mais il n'est pas moins certain qu'elle produit des effets de droit public : électorat, éligibilité, obligations militaires et, d'une manière générale, les obligations civiques, et bien d'autres. Voilà donc au moins autant d'effets de droit public et positif que d'effets de droit privé. Il faudrait donc aller jusqu'à dire - certains auteurs l'on fait - que c'est une matière mixte, qu'elle a un pied dans le droit privé et un pied dans le droit public ; c'est un minimum qu'il faut reconnaître car, dans la mesure où la nationalité entraîne les effets de droit public, elle ne peut pas être considérée comme une matière de droit privé,

Mais ce pied dans le droit privé est de trop ; en effet, qu elle produise des effets de droit privé, c'est évident ; mais cela ne prouve pas que, par nature, elle soit une institution de droit privé ; autre chose est de connaître la cause de la nationalité, autre chose de savoir les conséquences qu'elle peut produire.

Or, quelle est l'analyse intrinsèque de la matière de la nationalité ? la nationalité selon une expression heureuse d'un auteur, qui remonte à un demi-siècle, est la substance de de l Etat. En, en effet, un Etat ne peut pas exister sans natio-

Reproduction interdite

Source : BIU Cujas

maux pas plus que sans territoire ; elle est donc une des deux forces constructrices, constitutives de l'Etat, si elle est telle, si elle est à la base même de la structure de l'Etat, comment peut-elle être une matière de droit privé ? Puisque l'Etat ne peut se faire et ne peut durer que par ses nationaux, que par la façon dont il crée ceux-ci, la matière de la nationalité est essentiellement par conséquent une matière du droit organique de l'Etat. Elle est non seulement du droit public, mais - en essayant de la cataloguer dans les branches du droit public du droit constitutionnel; puisque la nationalité sert à constituer l'Etat, c'est bien du droit constitutif.

C'est ce qui explique que, dans un certain nombre de constitutions étrangères, comme il a déjà été dit, et à certain moment de notre histoire, les textes de la nationalité ont été dans la Constitution. Et en France où, dans un avenir indéterminé la Constitution devra être révisée, refaite, il serait à recommander que l'on y insérât un certain nombre de principes fondamentaux sans entrer dans le détail parce qu'il faut beaucoup de souplesse et que les lois sur la nationalité ont besoin de réajustements assez fréquents; or, les modifications constitutionnelles sont lourdes il serait bon d'y mettre un certain nombre de principes fondamentaux qui pussent avoir une durée plus grande et, dans une loi ordinaire, de règlementer la matière de la nationalité.

La Cour de cassation a consacré la thèse de la nationalité droit public

Quelle est donc la conclusion à laquelle nous arrivons ? C'est que la matière de la nationalité est une matière de droit public et c'est elle que la Cour de cassation a consacrée il y a un peu plus de vingt ans dans une affaire solennelle, par un arrêt des Chambres réunies du 2 Février 1921 (Revue 1921, p. 251), où elle s'est exprimée ainsi - et là encore l'arrêt avait été rédigé par ce jurisconsulte tout à fait accompli qu'était Ambroise Colin - : "la nationalité, bien qu'elle soit inscrite au Code civil, relève du droit public". Dans la même affaire l'arrêt de la Chambre civile avait dit "relève surtout du droit public" ; les Chambres réunies ont été plus loin, elles ont supprimé ce terme et elles ont dit "relève du droit public".

Conséquence : autorité absolue de la chose jugée

Depuis lors, un certain nombre d'arrêts de la Cour de cassation sont intervenus en ce sens. Une conséquence pratique s'est présentée il y a deux ans devant la première Chambre de la Cour d'appel de Paris et l'arrêt qui a été ainsi rendu a une assez grande autorité doctrinale, - la Cour de cassation ne s'est pas encore prononcée sur ce point (1ère chambre de la Cour de Paris, 31 Mars 1941, Semaine juridique, 1941, n° 41 et note de M. Maury).

Source : BIU Cujas

Il s'agissait de savoir quelle était la portée des décisions judiciaires rendues en matière de nationalité : l'opinion absolument admise il y a encore trente ou quarante ans, avant que cette idée que la nationalité était une matière de droit public ne se fut dégagée et imposée, était que les décisions judiciaires rendues en matière de nationalité n'étaient que des décisions comme les autres d'où il résultait qu'elles obéissaient à ce principe fondamental écrit dans l'article 1351 du Code civil, principe de l'autorité purement relative de la chose jugée.

En France, les jugements sont déclaratifs ; le juge dit le droit entre les parties, et il ne dit que le droit qui concerne les parties ; il y a très peu de jugements constitutifs : le divorce et la séparation de corps sont des jugements constitutifs. Mais la plupart des décisions en France, notamment en matière de filiation sont des jugements simplement déclaratifs ; on peut être un enfant légitime à l'égard d'une personne, naturel à l'égard d'une autre, ou adultérin par rapport à une troisième.

Il en était ainsi quand un jugement avait dit d'un individu qu'il était français. On ne pouvait pas opposer ce jugement à un autre plaideur que celui qui était intervenu dans l'affaire et il était exposé à recommencer des procès ; et il se pouvait qu'une autre juridiction française vint à statuer dans un sens différent puisqu'elle n'était pas liée par la décision précédente.

Si la matière de la nationalité est une matière de droit public, et même de droit politique, puisqu'elle est du droit constitutionnel, on ne peut pas, sans forcer le sens de la décision, lui étendre une règle qui a été donnée pour les litiges purement privés des individus, la règle de l'article 1351. Ce sont précisément ces conséquences nouvelles qui montrent tout ce qu'il y a de dynamisme possible dans cette conception de la nationalité, matière de droit public, et c'est une conséquence que la Cour de Paris, dans son arrêt de 1941, a dégagée : l'autorité relative de la chose jugée (art. 1351 du Code civil) n'est pas applicable en matière de nationalité. Les décisions en matière de nationalité produisent l'autorité absolue de la chose jugée, à certaines conditions, notamment que le ministère public ait été mis en cause ; mais lorsque cette condition est remplie, la décision statue une fois pour toutes.

Le domicile appartient au droit public

La matière du domicile.- C'était un problème qui ne se posait pas jusqu'ici ; il paraissait évident que la matière du domicile fut une matière de droit privé. Les arguments que l'on pouvait en donner étaient les suivants : la place des textes dans le Code civil (art. 102 et s.) ; ensuite le domicile con-

Source : BIU Cujas

cerne l'état des personnes, enfin le domicile produit des effe de droit privé.

Or, là encore, ces trois arguments sont loin d'être péremptoires. En ce qui concerne sa place dans le Code civil, nous ne reviendrons pas sur ce qui a déjà été dit. En ce qui concerne l'état des personnes, cela ne suffit pas que la matièr soit de droit privé ; et enfin qu'elle produise des effets de droit privé, c'est bien certain, mais elle produit beaucoup de conséquences de droit public, notamment la conséquence du domicile au point de vue fiscal, au point de vue du domicile de secours, au point de vue électoral. Voilà des effets de droit public au même titre que le domicile peut produire des effets de droit privé.

En réalité, quelque révolutionnaire que cela puisse paraître, le domicile, même en droit interne, n'est pas du droi privé, et, en tous les cas, en admettant qu'il soit du droit privé en droit interne, le domicile dont nous avons à nous occuper, c'est-à-dire dans les rapports internationaux, en France et hors de France, est certainement, lui, du droit publi

Cela est vrai du domicile interne

Reprenons ces deux termes de la proposition : le domicile interne, celui du Code civil, n'est pas un concept de droit privé, mais un concept de droit public. En effet, d'où découle le domicile ? Le domicile a une filiation et il a ses armoiries fort anciennes : le domicile découle de la civitas romaine de la cité ; à vrai dire il s'est produit une dissociation au cours de l'histoire et beaucoup plus près de nous que de l'Antiquité. La cité antique était une sorte de synthèse de deux notions qui se sont séparées pour être aujourd'hui distinctes et qui sont la nationalité d'une part et le domicile de l'autre. L'Antiquité n'a pas connu cette dissociation, on ne pouvait pas avoir un domicile autre que sa nationalité et une nationalité autre que le domicile, on faisait partie d'une cité et, quand on ne faisait plus partie de la cité, on n'était plus rien par rapport à celle-ci, on n'avait plus de lien juridique ou politique avec elle.

Aujourd'hui la dissociation s'est produite, mais le domicile ne reste pas moins l'élément de rattachement dans l'espace des individus par rapport à un certain lieu d'un Etat, et il se ressent toujours de cet élément. Il est donc une sorte de localisation administrative des individus qui produira les effets du droit privé, mais en lui-même, dans sa contexture, le domicile est un concept de rattachement administratif des individus. Il a fallu qu'il en fut ainsi jusqu'à la Révolution, et il faut encore qu'il en soit ainsi maintenant. Dans l'ancien Régime l'unité s'est faite lentement, petit à petit; or, qu'est ce qui rattachait les individus à une portion du territoire national plutôt qu'à une autre, qu'est-ce qui faisait d'un

Source : BIU Cujas

individu le sujet d'un duc de Bourgogne ou un ressortissant de la province de Normandie ou de l'Ile de France ? C'était son domicile. L'individu domicilié dans le ressort de l'Ile de France était un sujet de cette province ; l'individu domicilié dans le ressort de la coutume de Bourgogne était un sujet du duc de Bourgogne. Et lorsque l'unité politique du royaume fut complètement réalisée, comme l'unité législative ne le fut jamais sous l'ancien Régime, qu'est-ce qui permettait de distribuer les Français entre les diverses coutumes ? C était le domicile. C'était donc un concept administratif. Et si demain comme on en a parlé parfois, on voulait créer ou rétablir la région notamment, qu'est-ce qui ferait le rattachement d'un individu à une région ? Ce serait encore son domicile.

Une réforme toute récente vient à l'appui de cette conception d'après laquelle le domicile serait un concept de droit public : l'art. 105 du Code civil a été modifié par une loi de Février 1943 : à l'heure actuelle, tout Français qui change de domicile est astreint à une double déclaration à son lieu de départ et à son lieu d'arrivée, déclaration sanctionnée par des peines ; le domicile se trouve donc sanctionné administrativement ; et c'est, en effet, parce qu'il est un concept administratif qu'il doit faire l'objet d'une double déclaration administrative avec une sanction administrative.

Si nous parcourons les textes des articles 102 et suivants, nous en voyons qui sont tout à fait fait étrangers au droit privé ; c'est le domicile de droit de certains fonctionnaires publics, ceux qui sont nommés à une carrière à vie ont nécessairement leur domicile là où ils exercent leur profession, mais cela ne peut pas être du droit privé, c'est du droit organique de la profession de ces individus.

Ainsi, on peut soutenir avec une certaine apparence de raison que, déjà en droit interne, le domicile (art. 102 et s. du Code) est une institution de droit public. Mais admettons qu'il ne le soit pas, il le serait en tout cas pour les rapports internationaux, ce qu'il faut appeler le domicile interne.

Cela est surtout vrai du domicile international

En effet, qu'est-ce que le domicile dans les rapports internationaux ? C'est la circonstance dans laquelle un Etat décide qu'il accorde ou qu'il impose le domicile sur son territoire à un individu déterminé. L'Etat qui statue dans cette matière règlemente en somme une société, la société des individus fixés sur son territoire ; il détermine les conditions d'entrée et de sortie dans cette société, qui n'est pas une société de droit privé, mais une société essentiellement de caractère administratif. Aussi a-t-on pu dire que le domicile était en réalité, quelque chose comme une sous-nationalité, une vice-nationalité. Le rattachement de l'individu dans la vie internationale comporterait deux antennes : la

Source : BIU Cujas

nationalité et le domicile ; l'un et l'autre éléments constitutifs d'un Etat, et ces considérations de caractère politique qui interviennent dans l'adoption de domicile pour les individ prouvent qu'il ne peut pas être matière du droit privé.

Ainsi, pendant tout le XIXème siècle, à quelles conditions un étranger pouvait-il avoir son domicile en France ? Il ne pouvait l'avoir que s'il était intervenu une mesure administrative, un décret du chef de l'Etat ; lorsque ce décret du chef de l'Etat était intervenu il avait son domicile en France par la vertu seule de ce décret ; c'était donc un acte administratif qui créait le domicile. On voit combien nous sommes loin, avec cette institution - qui était dans l'art. 13 du Code aujourd'hui abrogé - d'un domicile de droit privé.

Actuellement depuis le décret-loi de 1938 les étrangers ne peuvent pas avoir de domicile en France s'ils n'ont ob enu au préalable la carte d'identité valable plus d'un an ; au fond, c'est l'ancien décret dégradé ; au lieu d'un acte pompeux et solennel du chef de l'Etat, nous trouvons une décision du préfet, qui agit par délégation ; c'est un acte administratif. Donc, pour avoir son domicile en France, l'étranger doit faire l'objet d'un acte administratif, ce qui montre que c'est bien une institution de droit public, et, puisqu'il faut la cataloguer, le domicile, qui est du droit public, doit entrer dans le droit administratif, droit administratif international, c'est-à-dire droit administratif pour les rapports internationaux.

§ 2 - Caractère de Droit public de la condition des étrangers.

Passons maintenant à la matière de la condition des étrangers, problème de la jouissance des droits.

Il s'agit de savoir quels sont les divers droits privés dont les étrangers jouiront en France : peuvent-ils faire des contrats, se marier, laisser des successions ? Mais là encore nous trouvons et l'argument et la réponse qu'on peut y faire : c'est que le problème de la jouissance des droits pour les étrangers se pose aussi bien sur le terrain du droit public : est-ce que l'étranger peut entrer en France ? Ce n'est pas une question de droit privé. Peut-il circuler en France librement ? Peut-il demeurer en France ? Peut-on l'expulser du territoire français ? Quelles sont les professions qu'il peut exercer ? Ce ne sont pas là des questions de droit privé. Il y a ainsi des quantités d'intérêts de pur droit public qui se présentent.

En réalité, le problème de la jouissance des droits, c'est-à-dire de la condition que l'on fera dans un pays aux étrangers, est un problème essentiellement politique ; c'est

Source : BIU Cujas

pour des considérations politiques que le pays accordera ou refusera tel droit à un étranger. Si l'on refuse aux étrangers le bénéfice de la législation sur les loyers ou de la propriété dite commerciale, c'est précisément parce qu'ils sont étrangers. Donc, il y a une question d'appréciation de politique internationale de l'Etat. Or, une matière qui est entièrement dépendante de l'appréciation de politique internationale de l'Etat, touche de si près à la conduite des choses publiques qu'elle ne peut pas être une matière du droit privé ; elle est une matière du droit public et spécialement, puisqu'elle a pour but de règlementer la condition des individus dans la vie internationale, elle est une matière de droit administratif comme le domicile.

§ 3 - Caractère de droit public du Droit des Conflits

Arrivons enfin à la dernière branche de notre matière, pour voir si elle est du droit privé ou du droit public : la matière générale des conflits, conflits de lois, conflits d'autorités et conflits de juridiction.

I) Conflits de lois

Conflits de lois, c'est-à-dire recherche d'une loi applicable : la thèse classique, encore suivie par certains de ceux qui admettent que la nationalité fait partie du droit privé, est que la matière des conflits de lois ferait partie du droit privé au moins dans la mesure où les lois en présence sont des lois de droit privé : par exemple les lois sur le contrat de mariage, sur la succession, sur la filiation. D'après ces auteurs, la recherche de la solution de ces conflits de droit privé ne peut pas faire partie du droit public.

Il faut immédiatement jeter du lest et reconnaître que si l'argument est exact, tous les conflits qui se posent à propos des lois de droit public ne peuvent pas faire partie du droit privé, notamment le conflit des lois administratives. Nous avons dit précédemment que toutes les lois pouvaient donner lieu à des conflits : conflits des lois administratives, constitutionnelles, fiscales, pénales, etc.... tout cela serait donc du droit public.

Distinction de l'objet de la loi et de la technique du conflit

En réalité, la théorie des conflits est toujours du droit public, même lorsqu'elle se réfère à des lois de droit privé. Il est, en effet, essentiel de distinguer deux choses : l'objet d'une loi, et d'autre part la technique destinée à résoudre les conflits. Peu importe qu'une loi ait pour objet une institution du droit public. Pour nous, il s'agit de résoudre un conflit de lois. Or, la technique nécessaire à la solution des conflits ne

Source : BIU Cujas

fait pas partie du droit privé. Et en effet, nous trouvons une comparaison facile dans le début même du Code : prenez le redouté et le redoutable art. 2 - qui sera remplacé cette année par un redoutable et redouté art. 3 qui sera un des textes les plus importants de la matière des conflits, justement parce qu'il ne dit à peu près rien. Sur l'art. 2 on a construit toute une doctrine des conflits dans le temps, alimentée par une jurisprudence considérable, et on voit maintenant à peu près clair dans cette matière ; or, personne ne soutiendra que la question du conflit dans le temps entre deux lois françaises, le fameux problème de la rétroactivité ou non-rétroactivité des lois, soit un problème de droit privé lorsque la loi concerne le droit privé et un problème de droit public lorsque la loi concerne le droit public. Ce serait faire d'une même technique, d'une même méthode, quelque chose d'entièrement hybride : la technique de la solution du conflit de lois dans le temps entre deux lois françaises est toujours la même. Evidemment, elle s'appliquera aujourd'hui à une loi administrative, demain à une loi pénale, etc...., mais la notion même de conflit de lois dans le temps est toujours semblable à elle-même et les règles qui dominent sa solution sont invariables.

Donc la théorie du conflit des lois dans le temps fait partie d'une branche de droit rencontrée précédemment et en réalité, c'est là qu'on devrait l'étudier ; la théorie de l'art 2 fait partie de la théorie des lois, elle fait partie du droit constitutionnel, c'est là qu'elle a sa place logique, parce qu'elle a pour but de déterminer l'empire des lois, à partir de quel moment la loi s'applique ; c'est une question d'organisation même du matériel législatif.

Or, si la théorie des lois dans les rapports internes est une matière de droit public, la théorie des lois dans les rapports internationaux est exactement de la même nature : c'est une matière de droit public, parce qu'elle a pour but de délimiter les compétences des Etats respectifs. Il s'agit de savoir à quoi s'appliquera la compétence française, dans quel cas nous ne ferons pas jouer la compétence française. Quand nous disons à des commerçants "si vous faites un contrat dans tel pays étranger, il sera soumis à la loi de ce pays", nous décidons que la compétence française ne s'appliquera pas à ce contrat. Nous délimitons l'empire des lois, non plus dans le temps, mais dans l'espace et c'est cela qui fait l'objet de notre conflit des lois. Or, délimiter ainsi l'empire des lois dans l'espace, c'est-à-dire fixer les souverainetés en présence, dire à quoi s'appliquera ou ne s'appliquera plus la souveraineté française, c'est essentiellement faire oeuvre de droit public. La matière du conflit des lois est donc une matière qui fait partie de la théorie générale des lois ; par là même elle fait partie du droit constitutionnel, si l'on veut dans le droit public interne lui donner son compartiment.

Source : BIU Cujas

Les conflits d'autorités et de juridictions

Il est encore plus facile de le montrer pour les conflits d'autorités et de juridictions : qu'est-ce en effet qu'un conflit d autorités ? C'est déterminer l autorité publique, le fonctionnaire public, l'officier ministériel etc... devant lequel on doit se présenter et qui peut et doit faire un acte déterminé Cela se rattache à l'organisation d'un service public ou d une certaine profession ; les pouvoirs d'un notaire, d'un officier d'état civil font partie de l'organisation de la fonction, et l'organisation de la fonction ne peut pas être du droit privé, cela ne peut être que du droit public et spécialement, dans le droit public, c'est du droit administratif : tous les actes publics ou faits par des personnes qui remplissent une fonction publique au sens large du mot, tout ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement de cette fonction ne peut pas faire partie du droit privé.

Quant aux conflits de juridictions, on admet aujourd'hui qu'ils rentrent dans la procédure civile, c'est-à-dire qu'ils concernent l'organisation des tribunaux : la compétence des juridictions fait partie du droit public, notamment avec l'important principe de la séparation des pouvoirs. Qu'est-ce que la détermination de la compétence dans les rapports internationaux ? C'est la séparation des pouvoirs français par rapport aux pouvoirs étrangers. Ce principe n'est pas un principe de droit privé.

CONCLUSION.- Nous conserverons l'expression de droit international privé, tout en sachant qu'elle ne recouvre ni du droit international, ni du droit privé, mais au contraire du droit national et du droit public.

Pour terminer cette introduction, il convient de donner maintenant une définition plus complète de cette branche du droit, qu'il aurait été prématuré de présenter plus tôt :

Le Droit international privé est la branche du Droit public français, consacrée à la répartition internationale des individus, au moyen de la nationalité et du domicile, en vue de déterminer les droits dont ils jouissent dans les rapports internationaux et la façon dont ils les acquièrent ou les perdent sous l'empire des lois compétentes, avec le concours des autorités ou des juridictions qualifiées.

Source : BIU Cujas

Première Partie

LA REPARTITION INTERNATIONALE DES PERSONNES

Titre I Nationalité des individus.
Titre II - Domicile des individus.
Titre III- Règles spéciales aux personnes morales

Titre I

NATIONALITE DES INDIVIDUS

Sous-titre préliminaire - Considérations d'ordre général.
Sous titre I - Acquisition de la nationalité.
Sous-titre II - Perte de la nationalité et sa récupération.
Appendice - Preuve de la nationalité.

Source : BIU Cujas

Sous-titre préliminaire

CONSIDERATIONS GENERALES SUR LA NATIONALITE

Trois questions vont nous retenir :

I - Quels sont les problèmes soulevés par la matière de la nationalité ? (Chap)

II - Quelles sont les sources du droit de la nationalité en France et les autorités compétentes pour statuer sur cette matière ? (Chap II)

III - Evolution de la législation française en matière de nationalité (Chap. III)

Chapitre I

QUELS SONT LES GRANDS PROBLEMES SOULEVES PAR LA MATIERE DE LA NATIONALITE

Définition

Rappelons la définition déjà donnée : la nationalité est un lien politique et spirituel entre un individu et un Etat.

On peut donner une définition un peu plus complète en disant : c'est le lien en vertu duquel un individu fait partie des éléments constitutifs permanents de l'Etat.

Quels sont les éléments techniques qui, précisément, entrent dans la configuration de cette institution de la nationalité ? Ici, nous n'avons qu'à faire un rapprochement avec la matière de l'obligation : l'obligation est un lien de droit entre deux personnes ; elle suppose donc deux supports, en quelque sorte, ce sont les deux sujets de droit ; il n'y a pas d'obligation sans, au minimum, deux sujets de droit, le sujet actif et le sujet passif. En outre, il faut un procédé technique pour unir entre elles par un lien ces deux personnes.

Source : BIU Cujas

Dans deux sections nous allons voir, pour la nationalité quels sont les sujets de droit de la nationalité, et comment s'établit le lien entre ces deux sujets de droit.

Section I

Les sujets de droit de la nationalité

Il y a nécessairement deux sujets personnalisés qui sont celui qui donne la nationalité, d'une part, et, d'autre part celui qui la reçoit. Prenons successivement ces deux sujets de droit.

§ I - Celui qui donne la nationalité.

Principe Seul l'Etat donne et peut donner la nationalité. La nationalité est le rattachement politique d'un individu et, par là même, c'est le côté inverse de la même question, son détachement à l'égard d'autres Etats. C'est donc une fonction internationale de l'Etat de se délimiter ; il se délimite, il se définit dans son territoire et dans ses personnes ; c'est pourquoi la nationalité est un lien politique constitutif de l'Etat lui-même. Il faut un Etat ; en dehors de lui il peut y avoir des notions différentes, mais ce ne sera jamais la notion de la nationalité.

Notion de l'Etat en droit des gens Il est nécessaire de définir l'Etat. l'Etat est la personne morale de droit public reconnue par les autres Etats comme représentant officiellement une population fixée sur un territoire déterminé.

En fait, la notion d'Etat est régie par le droit des gens, c'est-à-dire par la coutume internationale ; le criterium expérimental de l'Etat est d'être reconnu comme tel par les autres, par les membres de la collectivité internationale. A partir du moment où un Etat a réussi à être reconnu par les autres, il est le seul représentant officiel vis-à-vis de tous les autres, de la population fixée sur son territoire et dont il a fait ses nationaux.

La grandeur territoriale de l'Etat ne fait absolument rien ; sur le terrain de la nationalité l'Etat le plus petit donne la nationalité à sa population comme l'Etat le plus grand. Parmi les Etats donnant une nationalité - on n'emploie pas généralement le mot d'Etat à leur égard, mais c'est la même chose -

Source : BIU Cujas

les deux groupements les moins importants sont évidemment la Principauté de Monaco qui a sa nationalité, ses nationaux qui donne la nationalité monégasque à un certain nombre d'individus ; et, depuis les accords de Latran qui ne sont pas anciens, la cité du Vatican qui est indépendante territorialement de l'Italie et qui dispose d'une nationalité ; il y a donc des nationaux de la Cité du Vatican. L'importance territoriale ne fait donc rien à l'affaire, ce qui est essentiel ce qui est le trait spécifique, c'est la reconnaissance internationale par les autres Etats comme Etat ; quiconque a eu cette reconnaissance peut donner la nationalité.

D'où il résulte alors, négativement, que ne peuvent pas donner la nationalité parce qu'ils ne sont pas des Etats au sens international du mot tout d'abord les Etats particuliers qu'on pourrait appeler les Etats internes, et la nation ou les nations.

Les Etats internes

Les Etats internes : il y a des Etats qui sont des conglomérats, qui sont formés d'une juxtaposition d'un certain nombre d'Etats. Le type classique, le type ancien bien connu et bien catalogué est l'Etat fédéral ; c'est, comme le mot l'indique, une association, une fédération formée entre un certain nombre d'Etats qui jusqu'alors étaient de véritables Etats au sens international du mot et qui, à un moment donné, se réunissent entre eux, se fédèrent, mais conservent au sein de cette fédération leur existence propre ; ils se fédèrent pour la vie internationale et alors il y a création, au-dessus des Etats particuliers - c'est pourquoi nous employons l'expression d'Etats internes - d'une nouvelle personne morale. La fédération des Etats forme un nouvel Etat supérieur, à fins limitées, compartimentées, qui est l'Etat fédéral. Cet Etat fédéral donne une nationalité, mais les Etats qui en font partie n'en donnent pas, ou n'en donnent plus, ils n'existent plus au point de vue international, ils ne sont plus que des sous-Etats à l'intérieur de l'Etat fédéral.

Comme application des Etats fédéraux il faut citer tout d'abord les Etats-Unis, Etat fédéral de 48 Etats groupés. Il n'y a qu'une seule nationalité des Etats-Unis, les autres Etats membres de l'Etat fédéral des Etats-Unis ne peuvent pas donner de nationalité internationale.

Un autre cas, c'est le cas de la Suisse qui est une confédération de cantons indépendants, ayant leur autonomie, mais qui ne donnent pas de nationalité : on n'est pas Zurichois, Bâlois, Genevois, on est membre de la Confédération suisse, on a la nationalité donnée par la personne morale placée au-dessus des cantons et qui est la Confédération helvétique.

Cette situation a été également, pendant longtemps, celle de l'Allemagne, tant qu'exista l'Etat fédéral. Tout cela a disparu de nos jours et il n'y a plus que le Reich qui est un Etat unitaire. Jusqu'en 1919, l'Allemagne était un Etat fédéral composé

Source : BIU Cujas

de plusieurs Etats, mais au point de vue international il n'y avait qu'une nationalité, la nationalité d'Empire.

Ces trois exemples montrent que dans les Etats composés seul l'Etat international peut donner la nationalité

Les Unions personnelles et réelles

Il ne faut cependant pas confondre l'Etat fédéral avec une certaine forme d'Etat qui, d'ailleurs a tendance à disparaître mais qui a existé qui existe encore dans une certaine mesure et où il y a vraiment indépendance d'un certain nombre d'Etats ayant un seul lien commun qui est la Couronne, un souverain commun ; mais sous réserve du souverain commun, les Etats ont leur indépendance totale. Il y en a eu deux exemples qui ont disparu au début du XXème siècle.

Le premier est la monarchie de Suède et Norvège qui existait sous une couronne commune ; leur séparation s'est effectués au début de ce siècle depuis lors il y a deux Etats indépendants ayant chacun un souverain, mais jusque là il y avait le Royaume de Suède et Norvège, avec un souverain unique En réalité, il y avait deux Etats c'est-à-dire qu'il y avait deux nationalités : on avait ou la nationalité suédoise, ou la nationalité norvégienne, ce n'était pas un Etat fédéral, c'étaient deux Etats indépendants, mais qui avaient le même souverain.

Même situation jusqu'en 1918 au sein de l'Empire des Hasbourg ; c'était ce qu'on appelait l'union réelle, c'est-à-dire deux Etats gardant leur indépendance mais sous une monarchie commune et certains services communs. Sous ce régime, que l'on appela le dualisme et qui a fonctionné pendant la fin du XIXème siècle, il y avait deux nationalités complètement indépendantes: la nationalité autrichienne et la nationalité hongroise, ce n'était donc pas un Etat fédéral.

Aujourd'hui encore, on retrouve cette situation au sein de l'Empire britannique car, entre la Grande-Bretagne et un certain nombre de ses anciens Dominions qui ont conquis leur presque totale indépendance, il n'y plus qu'un seul lien de communauté qui est le Roi, la communauté de couronne. Dans ces conditions ce n'est pas un Etat fédéral : il y a une nationalité britannique, il y a une nationalité irlandaise une nationalité canadienne, une nationalité hindoue ; ce sont des Etats indépendants mais qui ont un seul souverain commun, Etats qui d'ailleurs ont leur représentation diplomatique dans le monde puisque non seulement la Grande-Bretagne mais le Canada et d'autres dominions ont leur représentation diplomatique.

Il faut faire une distinction entre l'Etat fédéral qui est le seul à donner sa nationalité et les Etats à union personnelle ou réelle qui conservent leur indépendance interne et qui donnent la nationalité

Source : BIU Cujas

La nation

La nation - due avec l'Etat

La nation ne doit pas être confon Evidemment il est désirable qu il y ait coïncidence de fait et, dans bien des pays comme la France, cette coïncidence est réalisée depuis longtemps Mais, au point de vue de l'analyse la nation est une notion ethnique et non pas politique tandis que l'Etat est une notion essentiellement politique La nation selon la définition que l on en trouve dans le vocabulaire juridique de Capitant est "le groupement d'hommes ayant une unité de race de langue de religion, qui crée à ses membres des aspirations des traditions et des souvenirs communs qui se caractérisent par un vouloir-vivre collectif" C'est là le trait essentiel de la nation le vouloir vivre collectif c est-à-dire la volonté de vivre et de durer ensemble sous la forme d'un même Etat

Toute l nistoire du XIXème siècle a été cette tendance d'un certain nombre de nations, de groupes, à réussir à s'émanciper pour devenir des Etats qui coïncident avec la nation Mais la coïncidence peut très bien ne pas exister ; or, ce qui compte au point de vue de la nationalité c'est l'Etat, la nation n'y joue aucun rôle. Alors même qu'un Etat serait composé de groupes hétérogènes au point de vue ethnique, sa nationalité n'en est pas moins la seule qui existe et on ne veut pas consulter la nation pour l'excellente raison d'abord que la nation n'est pas un sujet de droit : c'est une velléité à devenir un sujet de droit au point de vue international, mais ce n'est pas déjà elle-même un sujet de droit.

Remarques terminologiques : nationalité, nation

D'où alors une double observation étymologique importante à faire : c'est que tandis que notre expression de nationalité vient indiscutablement, au point de vue étymologique, de la nation, elle n'a aucun rapport juridique avec elle; notre expression, la nationalité signifie non pas le rattachement à une nation, mais le rattachement à un Etat. Pendant tout le XIXème siècle, par exemple, il n'y a pas eu de nationalité polonaise, parce qu'il n'y avait pas d'Etat polonais : il pouvait y avoir des velléités de groupement polonais, et par conséquent pas de nationalité au sens politique du mot.

Nationalité et nationalités

On doit faire une deuxième observation de vocabulaire ; ici la différence entre un singulier et un pluriel prend une importance de premier ordre ; on ne doit pas confondre la nationalité au singulier, celle dont nous aurons à parler, avec le même terme au pluriel, les nationalités. Les nationalités, principe qui remonte à la Révolution française et a joué un si grand rôle pendant le XIXème siècle, c'est précisément l'histoire du mouvement des groupements ethniques qui, voulant acquérir leur indépendance, C'est ainsi qu'il y a toutes

Source : BIU Cujas

sortes de nationalités qui, au XIXème siècle, ont préludé à la formation d'un certain nombre de grands Etats : l'Etat italien, l'Etat allemand. On voit que ce n'est pas dans ce sens que nous avons à prendre l'expression et il ne faut jamais employer le pluriel lorsqu'il s'agira de la nationalité ; il ne faut pas se tromper dans le sens de chacun de ces termes.

Ainsi et pour conclure ce premier terme du rapport de droit, le sujet qui donne la nationalité nous dirons : donnent seuls la nationalité les Etats qui sont reconnus comme tels dans la vie internationale.

Aptitude de toute personne physique à la nationalité

2 - Qui reçoit la nationalité ?

Ce sont évidemment les individus. toute personne physique peut aujourd'hui recevoir la nationalité. Dans l'Antiquité, il y avait des individus qui n'étaient pas sujets de droit, bien qu'ils fussent des personnes vivantes, c'étaient les esclaves. Aujourd'hui dans le monde, il est admis que tout individu peut recevoir la nationalité et que l'on n'exclut plus aucun individu de celle-ci. A cet égard, par conséquent il faut faire une distinction entre le national et les droits du national ; il y a des nationaux qui n'ont pas les mêmes droits que les autres, mais ils sont tout de même des nationaux, ils ont tout de même la nationalité.

Prenons un condamné à une peine afflictive et infamante, il est frappé d'un certain nombre d'incapacités ; ces incapacités font qu'il n'a pas tous les droits des nationaux, mais il est un national ; sauf quelques cas exceptionnels le condamné n'est pas frappé d'une perte de nationalité.

Les femmes

Si l'on prend l'ensemble des droits dont jouissent les individus, il y en a qui ont plus de droits les uns que les autres ; mais les uns comme les autres sont des nationaux. Prenons les femmes par exemple: les femmes n'ont jamais eu les droits politiques, mais si elles n'ont pas tous les droits des nationaux elles ont bien entendu la nationalité comme les autres.

Citoyens et sujets

Si l'on prend maintenant l'opposition des sujets et des citoyens, propre à notre droit colonial, des indigènes des diverses colonies françaises sont, au même titre que les autres nationaux de la métropole, des Français, mais ils n'ont pas tous les mêmes droits, d'où la distinction entre les citoyens et les sujets : les indigènes ne sont que des sujets et pas des citoyens mais, au point de vue international, il n'y a aucune différence à faire entre un sujet et un citoyen vis-à-vis d'un pays étranger, qu'ils soient sujets ou citoyens, ils ont la nationalité française, tout au moins à l'heure actuelle. Dans l'état actuel de la règlementation la nationalité française ne connait pas de compartimentages, de sorte que la lé-

Source : BIU Cujas

lation qui sera exposée sera la législation commune à tous les individus de la métropole et de l'Empire.

Quels sont les sujets de droit de la nationalité ? Nous avons vu que ce sont l'Etat qui la donne et l'individu qui la reçoit.

Mais de même qu'il ne suffit pas de deux personnes physiques pour faire une obligation et qu'il convient de jeter de l'une à l'autre ce lien qui s'appelle le lien d'obligation puisque la nationalité est un lien entre un individu et un Etat comment va s'organiser ce lien ? De même qu'il y a un lien de créancier à débiteur, il faut donner naissance à ce lien de nationalité entre l'individu et son national.

Section II

Le fait juridique constitutif de la nationalité

Définition du terme "fait juridique"

Chacun sait ce qu'est un fait et ce qu'est un fait juridique ; on appelle fait juridique toute circonstance à laquelle la loi attache des conséquences. Quels sont donc les faits auxquels la loi attache pour conséquence l'acquisition ou la perte de la nationalité ?

Quels sont les faits juridiques qui interviennent dans la matière de la nationalité ?

Nature juridique de la nationalité

Une observation préalable s'impose : quelle est donc la nature du lien qui existe entre l'Etat qui donne la nationalité et l'individu qui la reçoit ? Ce lien est-il un lien contractuel, y a-t-il un contrat entre l'individu et l'Etat ?

Thèse de la nationalité, lien contractuel

On l'a soutenu dans le passé et naturellement on retrouve ici une trace des doctrines de Rousseau ; puisque tout découle d'un contrat, pourquoi la nationalité elle-même ne s'y rattacherait-elle pas ? Mais indépendamment de ces idées, beaucoup de juristes du XIXème siècle et même du début du XXème ont considéré que la nationalité serait la consécration d'un contrat entre l'Etat et l'individu. Que faut-il en penser ?

Reproduction interdite

Source : BIU Cujas

Critique de cette idée

Tout d'abord un contrat suppose, par hypothèse même, à peine de ne pas être, et c'est une idée de bon sens, des contractants c'est à dire des personnes qui veulent contracter. Il a été établi au cours de 2ème année qu'il faut distinguer les obligations conventionnelles et les obligations non-conventionnelles ne sont pas d'un contrat l'obligation qui nait en dehors du consentement des deux contractants. Or, il y a beaucoup de cas d'acquisition de la nationalité, l'immense majorité de ces cas, dans la proportion certainement au moins de 99 sur 100, qui sont des cas imposés par le législateur ; le législateur dit à un certain nombre d'individus : vous êtes des Français, vous êtes des nationaux ou vous ne l'êtes pas ; il ne leur demande pas leur avis, il n'y a aucun échange de consentements. Donc la nationalité déjà dans certaines de ses branches, et dans la principale ne peut pas être contractuelle, puisque c'est une nationalité qui est imposée à l'ensemble des individus.

Si nous prenons maintenant la minorité des cas, nous constatons qu'il y a en effet un certain nombre d'hypothèses dans lesquelles la nationalité n'est pas imposée par l'Etat, en particulier par l'Etat français, mais elle est offerte par lui à des individus qui l'acceptent ou ne l'acceptent pas ; ou bien, hypothèse inverse, elle est sollicitée par un certain nombre d'individus qui s'adressent à l'Etat qui la leur confère ou qui la leur refuse. Dans ces deux hypothèses d'une offre de nationalité ou d'une requête de nationalité, il y a évidemment une part de volonté humaine à la base, mais même dans ce cas ce n'est pas encore un contrat.

Quelle est, en effet, la définition du contrat ? Dans le vocabulaire de Capitant, nous lisons : "accord des volontés de deux ou plusieurs personnes en vue de créer entre elles des rapports d'obligation". Définition qui est bonne, mais qui pourrait être aisément complétée par l'adjonction d'un terme qui la caractériserait bien : "en vue de créer entre elles des rapports patrimoniaux d'obligation". La théorie des obligations est une théorie patrimoniale, d'ailleurs sa place dans le Code le montre : l'obligation n'est pas dans le droit de la famille, elle est dans le livre III du Code et dans tous les contrats, c'est-à-dire au milieu d'une source de liens pécuniaires. Or, bien que certaines personnes puissent solliciter la nationalité, la nationalité n'est pas une matière patrimoniale; voilà déjà une raison de l'exclure du domaine du contrat. En outre, admettant même que la matière des contrats puisse déborder du droit du patrimoine, qu'il puisse y avoir contrat en dehors de questions purement pécuniaires, il ne faut pas confondre le contrat, qui est la réunion de deux volontés en vue de créer une obligation, et l'intervention d'une volonté humaine à la base d'une institution : lorsque l'Etat offre la nationalité

Source : BIU Cujas

à certains individus, il leur laisse évidemment une option, mais de là ne résulte pas encore qu'il y ait un contrat. La contrat est la convergence des volontés en vue d un certain résultat, cette convergence des volontés ne se rencontre pas ici. Lorsqu'un individu sollicite la nationalité, il n'y a pas plus de contrat que lorsqu un individu présente une requête à un magistrat pour obtenir de lui une ordonnance ; dira-t-on qu il y a un contrat entre le tribunal et le plaideur ? On ne l'a jamais soutenu, il y a simplement un grand nombre de droits qui supposent une manifestation de volonté mais toute manifestation de volonté n est pas contractuelle

Il y a - et c est une distinction que l'on doit faire essentiellement - la différence du contrat et de l acte juridique ; il y a des actes juridiques qui ne sont pas des contrats, le contrat est une forme, un type d acte juridique ; une manifestation de volonté est un acte juridique, mais toute manifestation de volonté n'est pas un contrat. Dira t-on notamment qu'il y a un contrat lorsqu'on sollicite sa carte d'alimentation ou ses tickets de rationnement, ou une carte d'identité ou encore dira-t-on, comme certains l'ont soutenu, que le mariage civil est un contrat ?

La nationalité est un statut légal

La nationalité n'est rien de cela, elle est un statut créé par l'Etat, à des conditions qu'il détermine dans lesquelles il peut tenir compte plus ou moins de la volonté exprimée par les individus, mais sans qu on soit dans le domaine du contrat qui est une institution surtout du droit privé.

D'ailleurs à quoi servirait-il de dire que la nationalité est un lien contractuel, puisque rien, absolument rien du droit des contrats ne s'y appliquerait, ni dans son essence, c'est-à-dire dans sa formation ni dans ses effets, ni dans ses règles d'extinction. Il n'y a pas une disposition du droit des contrats qui s'appliquerait à ce lien de nationalité ; alors ce serait dans tous les cas, un contrat à type bien particulier qui n'aurait aucun rapport avec le droit général des contrats.

Laissons donc de côté cet aspect du problème et concluons : le lien de nationalité, lien essentiellement politique, est une émanation de la puissance de l'Etat et rien de plus.

Comment va alors s'établir ce lien qui est nécessaire entre les deux sujets de droit, entre l'Etat qui donne la nationalité et l'individu qui l'obtient ? Un certain nombre de faits juridiques vont concourir à ce résultat

Classons ces faits : il y a une situation de principe qui est celle de l'immense majorité des individus et il y a des situations exceptionnelles.

Source : BIU Cujas

I - Principe : la nationalité découle de la naissance

La situation de principe est le fait qui doit déterminer la nationalité qui doit être pris en considération par la loi pour en faire découler la nationalité, est un simple fait au sens le plus exact du terme, un fait matériel un fait physique que la loi va prendre en considération c'est la naissance.

(Rappelons qu'un fait juridique est un fait auquel la loi attache des conséquences ; il y a des quantités de faits auxquels la loi n'attache pas d'importance ; par exemple un automobiliste fait un excès de vitesse mais il n'occasionne aucun accident, c'est un fait, ce n'est pas un fait juridique ; ce n'est qu'autant qu'il aura occasionné un accident que ce fait occasionnera des conséquences juridiques et que l'auteur de l'accident sera condamné à des dommages-intérêts parce qu'il a causé un dommage ; au point de vue civil, la faute n'est retenue par la loi que si elle a causé un dommage).

L'homme doit donc avoir une nationalité déterminée par sa naissance ; il faut qu'il ait sa nationalité dès sa naissance, parce que s'il l'avait plus tard, il y aurait une sorte de hiatus dans sa situation de national ; il faut que, dès le moment où un individu vient au monde, il fasse partie d'une certaine collectivité. En principe, c'est bien ainsi que les choses se passent dans le monde ; l'individu, à de rares exceptions près, possède une nationalité avec un Etat déterminé qui la lui a conférée dès le moment de sa naissance.

Au point de vue terminologie, comment appellera-t-on cette nationalité déterminée par le fait de la naissance ? On l'appellera nationalité d'origine ou nationalité de naissance. Dire qu'un individu est français d'origine, c'est dire qu'il a eu sa nationalité à sa naissance ; si on dit d'un individu qu'il n'est pas un Français d'origine, c'est qu'il ne l'a pas eue dès sa naissance. Donc, toutes les fois que, dès le moment de sa naissance, on est national d'un certain pays, on a la nationalité d'origine ou de naissance.

2 - Exception : nationalité dérivée

Mais il y a des individus qui auront une nationalité déterminée non pas seulement par le fait de leur naissance, mais par des éléments qui pourront, le cas échéant, s'y ajouter, ce sont des modifications au cours de leur existence ; c'est la situation exceptionnelle, situation de la minorité des individus de n'importe quel pays. La nationalité de l'homme n'est pas indélébile, elle peut changer au cours de la vie ; de même en droit interne, on peut changer de domicile, mais l'immense majorité des Français n'en ont pas changé. Il y a cependant une population mouvante, quelques unités pour cent, qui change de nationalité ; il y a donc un deuxième élément qui intervient, ce sont des faits

Source : BIU Cujas

qui se déroulent au cours de l'existence

Toute la matière de la nationalité est orientée autour de ces deux catégories de faits : le fait de naissance qui concerne la plupart des individus et d'où résulte la nationalité d'origine ; et des faits qui se produisent au cours de l'existence et qui ne concernent qu'une petite minorité d'individus et d'où résultera un changement de la nationalité : c'est là ce que nous appellerons la nationalité dérivée, de même qu'on oppose en droit civil les modes originaires d'acquisition aux modes dérivés d'acquisition de la propriété.

§ I - Nationalité d'origine ou de naissance.

Le double but à atteindre

Un double but doit être atteint dans une législation bien conçue, c'est que le fait de naissance doit devenir un fait juridique. Le premier but est que tout individu possède une nationalité à partir de sa naissance, qu'il n'y ait pas dans le monde d'individus qui, parce qu'ils sont nés dans telles ou telles conditions, dans tel ou tel pays, n'ont aucune nationalité, sont ce que l'on appelle d'une expression aujourd'hui consacrée des apatrides, c'est-à-dire qui n'ont pas de patrie. Au XIXème siècle, on employait une autre expression, que l'on trouve encore dans certains livres et dans les pays étrangers, c'est un mot allemand francisé, le Heimatlose ce qui veut dire l'individu sans patrie. Il est désirable qu'il n'y ait pas d'individus apatrides de naissance, c'est-à-dire d'individus qui n'aient pas de nationalité.

D'autre part, le deuxième but est que, autant que possible, un individu n'ait pas plusieurs nationalités. Ce but désirable encore n'est pas toujours facile à atteindre. Il y a en effet des individus qui se voient octroyer dès leur naissance, à raison des circonstances de celle-ci, sans que leur volonté ait été consultée, sans qu'on veuille en tenir compte, deux nationalités. Deux Etats différents les réclament et disent "je vous fais mon national et je vous considère comme lié à moi avec les droits qui en résultent et les obligations qui en découlent". On dit alors qu'il y a un cas de double nationalité. Il pourrait y avoir nationalité plurale, mais c'est vraiment l'exception ; mais les cas de double nationalité se produisent encore de temps à autre, à raison des concepts différents que suivent les pays pour donner la nationalité de naissance. Il est donc désirable, autant que possible, bien que ce but ne soit pas atteint par toutes les législations et ne puisse pas d'ailleurs être atteint, que tout individu ait une nationalité dès sa naissance et qu'il n'en ait qu'une seule.

Source : BIU Cujas

Double caractère de la nationalité d'origine

Quels sont alors les critères qui s'offrent pour transposer ce fait matériel de naissance en fait juridique au profit d'un Etat plutôt que d'un autre ? Un individu nait dans le monde, quel est donc l'Etat qui peut et doit lui donner la nationalité et, inversement, quels sont les Etats qui ne peuvent et ne doivent pas lui donner la leur pour éviter la double nationalité et pour éviter l'apatridie ?

Il y a deux critères possibles : le critère familial et le critère territorial.

A - La nationalité de filiation

Le critère familial est celui qui donne à l'individu la nationalité de sa famille ; d'où critère familial, d'où encore nationalité qu'on peut appeler nationalité de filiation : l'enfant prend la nationalité de ceux dont il est issu, il a donc une nationalité de filiation ; si ses ascendants ont la nationalité d'un pays il l'aura, sinon il ne la prendra pas.

Il est à remarquer qu'au point de vue du langage, c'est à celle-ci que se rattache le terme de patrie, qui est souvent pris dans un sens plus large. Le mot patrie vient du grec et aussi du latin pater, père ; donc l'individu a pour patrie celle de son père, il prend la nationalité de son père. On appelle cette nationalité la nationalité par le sang, ou encore le jus sanguinis, le droit du sang, c'est l'expression la plus consacrée. Cette expression n'est pas exacte, il vaut mieux dire nationalité de filiation, parce qu'on peut parfaitement prendre la nationalité de ses parents sans prendre pour cela celle qui découle de leur sang ; supposons qu'un Chinois naturalisé français ait des enfants, ces enfants prendront la nationalité française puisque, au moment de leur naissance, le père est un Français ; mais on ne peut pas dire qu'au point de vue jus sanguinis ils soient vraiment de race française. Il vaut donc mieux employer l'expression de nationalité de filiation qui est une expression juridique plus exacte.

Donc ne seront pas englobés dans cette nationalité de filiation deux catégories d'individus : les enfants naturels non reconnus d'abord. L'enfant naturel non reconnu n'a pas de filiation, alors même qu'en fait on connaitrait ses parents, alors même qu'on n'aurait aucun doute à cet égard, alors même qu'ils élèveraient l'enfant ; cet ensemble de faits ne constitue pas en droit civil une filiation. A seul une filiation l'enfant naturel reconnu soit volontairement, soit judiciairement, jusque là c'est un enfant de parents inconnus ; l'enfant de parents inconnus n'ayant pas de filiation en droit n'a pas en droit de parents, il ne peut pas avoir de nationalité de filiation.

Une deuxième catégorie d'individus qui ne peuvent pas avoir de nationalité de filiation, ce sont ceux dont les parents

Source : BIU Cujas

n'ont eux mêmes pas de nationalité les enfants d'apatrides. Et, à l'heure actuelle, les apatrides, par suite des migrations de populations, notamment de réfugiés, sont devenus assez nombreux ; les enfants ne peuvent pas prendre la nationalité de leurs parents, puisqu'ils n'en ont pas à leur donner.

B La nationalité territoriale

Voyons maintenant la nationalité ayant une base territoriale. C'est quelque chose d'entièrement différent : ici on fait abstraction du lien de filiation qui unit un enfant à ses parents et qui fait qu'il prendra la nationalité de ses parents. Le fait dont la loi va faire un fait juridique constitutif de nationalité est le lieu de naissance ; d'où les expressions de base territoriale ou encore nationalité territoriale s'opposant à nationalité de filiation.

La nationalité territoriale est celle par laquelle l'enfant deviendra le national de l'Etat du lieu de sa naissance. Là encore il faut connaître l'expression consacrée : le jus soli, droit du sol, la nationalité par le sol, c'est la nationalité du lieu de naissance d'un individu ; il y a donc deux concepts très différents, le lieu de naissance et la filiation.

Il suffit d'imaginer que deux pays suivent chacun un de ces systèmes pour qu'un enfant possède à sa naissance deux nationalités : voici un exemple très simple. Une famille française est fixée à l'étranger aux Etats Unis et il naît un enfant. Cet enfant possède, à partir de sa naissance, deux nationalités ; pourquoi ? Parce que la France s'attache - dans une certaine mesure, car elle emprunte à peu près à tous les systèmes - à la nationalité de filiation : cet enfant est un enfant de Français, donc c'est un Français vis-à-vis de la France. Mais aux Etats-Unis on déclare citoyen des Etats-Unis tout individu qui naît sur le territoire, par conséquent on va lui donner la nationalité des Etats-Unis. Il a donc la nationalité française à raison de sa filiation, et la nationalité des Etats-Unis à raison de sa naissance sur le territoire des Etats-Unis. C'est ainsi que les individus peuvent avoir deux nationalités dès leur naissance.

II Valeur respective des deux critères

Mais ici demandons-nous sur le terrain doctrinal quelle est la valeur respective de ces critères : la filiation et le lieu de naissance. Quel est celui de ces deux rattachements qui est le meilleur et qu'il convient de suivre ?

Présentons tout d'abord une observation pour marquer que la question n'a d'intérêt que pour un petit nombre d'individus parce que l'immense majorité des individus naît dans le pays de la famille. Il n'y a qu'un faible pourcentage d'individus qui naissent dans un autre pays : cela suppose des expatriés. Or, en particulier, il y a relativement très peu d'enfants qui

Source : BIU Cujas

naissent hors de France, parce qu'il y a très peu de Français dans le monde ; il n'y a probablement pas plus d'un demi million de Français répandus dans le monde, c'est donc une minorité par rapport à l'ensemble des Français. Il y a cependant pour les pays étrangers qui sont les pays exportateurs d'hommes des nombres importants, mais quelle que soit la nationalité, elle ne vise jamais qu'une minorité d'individus.

Cela dit quel est le critère préférable ?

En faveur de la nationalité de filiation on a fait valoir trois arguments : un argument politique, un argument ethnique et un argument moral ou sentimental.

Les arguments pour la nationalité de filiation

Argument politique. - Quel est l'Etat intéressé à donner sa nationalité ? C'est l'Etat auquel appartient la famille d'un individu, parce que sans cela l'expatriation de ses nationaux va être pour lui une cause d'appauvrissement, d'anémie, si toutes les fois qu'un national s'expatrie, l'Etat perd les enfants de ce national, il y a là pour lui une cause de faiblesse. Cela ne joue pas pour les pays comme la France qui ont peu d'expatriés, mais pour les pays de forte expatriation comme étaient les pays d'Europe centrale, l'Allemagne ou l'Italie perdre les enfants d'émigrés c'était évidemment se diminuer et s'affaiblir. Donc l'Etat a un intérêt politique indiscutable à garder pour lui les enfants de ses nationaux. En outre, l'émigration est pour certains Etats une cause d'expansion ; or, cette expansion ne peut bien se réaliser, ne peut produire tous ses fruits que si ceux qui la font restent attachés à l'Etat d'origine, voilà encore un intérêt politique évident.

Argument ethnique. - Au point de vue ethnique, un Etat est fait d'un certain nombre d'éléments moraux et psychologiques dans lesquels entrent trois éléments essentiels qui sont ceux déjà indiqués comme faisant partie de la définition de la nation qui avait un vouloir-vivre collectif, or, la nation devrait coïncider avec l'Etat ; ces trois éléments sont la religion, la langage et la race. Par conséquent, dit-on, les individus qui naissent de nationaux d'un Etat seront et de la même religion, et de la même langue, et de la même race que ces nationaux, donc ils doivent être rattachés à la même nationalité que leurs parents.

Argument moral ou sentimental. - C'est la notion de communauté historique, une sorte de mentalité nationale qu'un long atavisme a forgée petit à petit, faite d'apports successifs qui évidemment ne s'improvise pas, et qui fait que, par conséquent, c'est bien de sa famille et de la nationalité de sa famille que l'enfant se rapproche le plus.

Voilà les trois arguments principaux invoqués en faveur de la nationalité de filiation ; voyons maintenant les arguments que l'on donne en faveur de la nationalité territoriale.

Source : BIU Cujas

Les arguments pour la nationalité de filiation

Trois arguments sont invoqués : un argument démographique, un argument politique et enfin un argument juridique.

Argument démographique. - C'est l'argument tiré des exigences du facteur population. Le monde se partage en deux groupes de pays : les uns ont un trop-plein; on les appelle des pays d'émigration, les autres ont une insuffisance de population pour remplir tous les postes de leur activité, et ce sont alors des pays d'immigration.

Voilà donc deux groupes très marqués et les chiffres illustreront mieux que toutes les phrases l'opposition de ces deux groupes de pays.

Prenons un pays comme la France : la France à la fin du XVIIIème siècle n'était pas vraiment un pays d'immigration ; le chiffre des étrangers qui étaient en France aux environs de 1775 était de 50.000, parmi lesquels, chose curieuse car cette proportion s'est entièrement déplacée, la moitié se trouvaient être des Britanniques, alors qu'aujourd'hui, l'élément britannique joue un rôle tellement infime qu'il ne figure même pas dans les statistiques. En 1850, la population étrangère était passée à 379.000, et en 1936, elle était de 2.454.000 étrangers.

Si l'on veut se rendre compte de l'importance de ce chiffre, il ne faut pas perdre de vue qu'au fur et à mesure, depuis une cinquantaine d'années, que se constituent en France des noyaux d'étrangers, par le jeu des lois sur la nationalité, ce noyau d'étrangers est sans cesse résorbé et diminué. Il se reconstitue à tout moment. En 1936, malgré le jeu des lois sur la nationalité qui absorbent sans cesse et avec un assez grand rendement les étrangers dans la nationalité française, il y avait encore 2.454.000 véritables étrangers ; nous sommes donc en présence d'un pays d'immigration.

Or, à la même époque un pays voisin, l'Italie, qui est un pays d'émigration, avait exactement 83.000 étrangers chez lui, chiffre tout à fait infime par rapport à l'ensemble du pays. Il y a donc des pays dans lesquels il y a peu d'étrangers, d'autres dans lesquels il y en a énormément.

Quels sont les événements qui sont cause de ces mouvements de populations ? Sans entrer dans les détails, indiquons qu'on peut les ranger, au point de vue de leur cause, dans deux grands groupements, d'ailleurs de valeur numérique variable :

Au cours du XIXème siècle, il y a eu un certain nombre de courants d'immigration en France d'origine politique, ce furent les réfugiés quittant divers pays du Nord ou de l'Est, Pologne, Hongrie, Allemagne, dans des circonstances de mouvements plus ou moins révolutionnaires et venant chercher un refuge en France. Mais cette immigration doit être caractérisée immédiatement par cette observation : au point de vue quantitatif elle n'était pas très importante ; au point de vue qualitatif elle portait en général sur des éléments appartenant aux

Source : BIU Cujas

couches plutôt supérieures de la société.

Aujourd'hui l'immigration française qui existe depuis une cinquantaine d'années a, en grande partie, changé de caractère : si l'immigration de réfugiés est restée, elle est devenue beaucoup plus massive quant au chiffre, elle a baissé beaucoup au point de vue qualitatif. Elle s'est augmentée d'une autre immigration qui est d'une très grande importance, qui ne se faisait pour ainsi dire pas autrefois : l'immigration de la main-d'oeuvre étrangère. Des étrangers viennent travailler en France pour y chercher un gagne-pain étant donné qu'ils ne peuvent pas trouver de quoi vivre dans leur propre pays.

D'après les statistiques - mais il faut toujours mettre un point d'interrogation en face des statistiques - de 1801 à 1936, 3.960.000 individus seraient devenus Français à la suite de leur immigration, et l'on estime que, si l'on tient compte des enfants qu'ils ont eus depuis leur francisation, cela ferait un chiffre de 5.500.000 environ d'individus devenus Français par le jeu des lois sur la nationalité.

Des évènements récents ont encore aggravé cette situation, en particulier deux évènements - et peut-être pourrait on en ajouter d'autres : le premier, c'est la guerre de 1914-1918, cette guerre nous a coûté 1.530.000 morts, auxquels on pourrait ajouter beaucoup de grands blessés, et une moins-value de naissance par suite de l'absence des hommes, des prisonniers, de 1.780.000 ; la guerre de 1914-1918 aurait donc coûté au point de vue population 3.310.000 hommes. C'est là le premier facteur qui a joué sur le problème de l'immigration. Or, tous ces hommes il a fallu les remplacer par des individus venant de l'étranger puisque si les étrangers n'avaient pas été là, des postes importants de l'économie nationale auraient été déficitaires, par exemple le travail dans les mines, le travail dans l'agriculture.

Un deuxième facteur qui va croissant dans sa gravité est la crise de la dénatalité qui s'est traduite pour la première fois dans le recensement de 1936 par une diminution sur les recensements antérieurs ; pour la première fois, le bilan de la naissance en France a été en diminution par rapport à tous ceux du XIXème siècle et du début du XXème ; et depuis la crise s'est aggravée à ce point que les naissances sont moins nombreuses que les décès, ce qui est exactement la situation d'une maison de commerce qui perd plus qu'elle ne gagne ou d'un individu qui tous les jours dépense plus d'argent qu'il n'en a dans son porte-monnaie. Voilà la situation qui explique la position d'immigration de la France.

Quelques chiffres montrent la courbe différente et descendante que nous avons suivie par rapport à d'autres pays depuis 150 ans ; le Royaume-Uni de Grande-Bretagne a eu depuis le début du XIXème siècle une augmentation de population de 200 %, sa population étant passée de 16 millions à 49 millions. L'Allemagne a une augmentation encore plus forte de 222 % avec

Source : BIU Cujas

une population passée de 20 millions à 64 millions (limites du traité de Versailles)

L Italie a une augmentation de I35 % sa population étant passée de I7 millions à 4I millions

Or, au début du XIXème siècle, et même encore en I870, la France était un des grands pays d'Europe celui qui avait la plus forte population Mais de combien avons-nous augmenté dans l'intervalle ? Notre population n'a pas augmenté de 50 % ; elle est passée de 27 millions que nous étions au début du XIXème siècle à 4I millions, ce qui montre la déperdition.

Influence de la démographie sur la nationalité

Il va de soi que les pays de forte expatriation, sur le territoire desquels il y a peu d'étrangers et, par conséquent peu de naissance de familles d expatriés n'ont pas besoin de faire appel à la nationalité de territoire et qu'ils se contenteront de donner la nationalité aux individus qui naissent de leurs nationaux Mais inversement, les pays d'immigration sur le territoire desquels il y a beaucoup d étrangers et par conséquent où il nait un assez grand nombre de fils de familles étrangères seront par suite de la diminution de leur population, incités à donner la nationalité de naissance à ceux qui naissent sur leur territoire Nous disons "incités" et l'expression n'est peut être pas assez forte pour un certain nombre de pays Il est en effet certain que sans la nationalité de territoire il y a un très grand nombre de pays qui pratiquement n'existeraient pas Ce sont toutes les terres dites de colonisation d'où sont sortis un certain nombre d'Etats modernes : pratiquement les 22 Républiques des trois Amériques du Nord, du Centre et du Sud se sont intégralement constituées par l'immigration, immigration anglo-saxonne pour les Etats-Unis, française et anglaise pour le Canada espagnole et portugaise pour l'Amérique du Centre et du Sud au cours des siècles la population indigène ayant été petit à petit complètement refoulée. Si ces Etats n avaient pas au cours des siècles, donné sans cesse la nationalité à tous ceux qui naissaient sur leur sol, il en serait résulté que la population aurait été toujours étrangère et qu'ils ne se seraient pas eux mêmes constitués.

Le problème démographique prime donc la solution à donner : un pays qui a besoin des apports de population étrangère pour se constituer ou se continuer sera forcé de donner la nationalité à ceux qui naissent sur son sol

Argument politique - Pour un Etat sur le territoire duquel il y a beaucoup d'étrangers, c'est une nécessité et un devoir politique, un devoir de conservation de sa part, de dissoudre, de résorber sans cesse l'important noyau d étrangers qui se constitue à tout moment par les immigrations successives

Source : BIU Cujas

en admettant que les immigrants restent étrangers. l'intérêt politique du pays est que la première génération qui suivra ceux-ci, c'est-à-dire tous ceux qui seront issus de ces immigrants soient intégrés dans le pays ; sans cela il se développerait à l'intérieur de celui-ci des colonies étrangères extrêmement importantes et qui pourraient mettre en danger l'unité nationale elle même. Il y a donc s'ajoutant à l'intérêt démographique qui est à lui seul primordial et suffisant un intérêt politique indéniable pour un fort pays d'immigration à diminuer les éléments étrangers, intérêt qui s'est présenté pour un pays comme la France en raison de l'importance prise par l'immigration depuis vingt ou vingt-cinq ans. Entre deux maux il a fallu choisir le moindre qui était d'essayer de diluer ce noyau d'étrangers pour essayer de les intégrer plutôt que de les conserver dans leur homogénéité primitive.

En outre, autre argument politique : l'Etat a besoin de compter sur les habitants de son territoire pour ses services publics et notamment pour les obligations militaires ; or, il ne peut pas y astreindre les étrangers, c'est une règle admise, consacrée ; donc il faut bien qu'il s'intégre les individus qui naissent sur son sol pour en faire des nationaux et pour pouvoir les astreindre aux divers services publics dont il a besoin.

C'est un deuxième argument qui vient jouer dans les pays d'immigration au profit de la nationalité du lieu de naissance.

Argument ethnique. - C'est la question de savoir si ce qui crée l'individu c'est le lien de naissance, de filiation, du sang avec ses ancêtres ou si c'est le milieu dans lequel il est né, où il a été élevé, où il a vécu et dont il a reçu toutes ses influences premières ; question extrêmement discutée et discutable.

Le moine Francisco de Vittoria, au XVIème siècle, disait que l'homme, qu'il comparait à un animal, était un produit du sol, civis soli, le citoyen du lieu ; tout dépend évidemment des qualités absorbantes du pays, celles-ci ne sont pas les mêmes pour tous les pays, cela dépend de la situation géographique et du facteur population.

Ce qui est certain c'est qu'au point de vue de l'histoire, et depuis des siècles, la France a reçu de nombreux apports venant de l'étranger et qui, dans l'ensemble se sont toujours très bien fondus pour constituer cette unité nationale absolument parfaite et indiscutable que constitue notre pays. Or, un auteur, Mathorez, a dit, parlant des étrangers en France sous l'Ancien Régime "la population française est essentiellement une population alluvionnaire de toutes parts elle a reçu des apports étrangers". Il en résulte donc, si l'on admet cette opinion, que le milieu dans lequel l'individu vit jouerait un rôle plus important que l'origine à laquelle il pourrait appar

Source : BIU Cujas

tenir par sa famille.

Voilà les divers arguments dans les deux sens, les uns en faveur de la nationalité de filiation, les autres en faveur de la nationalité du lieu de naissance ; quel est le critère qui doit des deux l'emporter ?

Caractère politique du choix à faire

La question a été discutée et pourra être discutée indéfiniment à perte de vue sans qu'on puisse lui donner une solution qui s'impose, c'est-à-dire que ce problème ne comporte pas de solution rationnelle, en d'autres termes, de solution qui soit bonne pour tous les pays. La question est essentiellement une question d'ordre politique; chaque pays doit l'envisager et la résoudre selon ses besoins, ses intérêts et ses nécessités, il n'y a pas de solution passe-partout, parce que les intérêts sont essentiellement opposés comme sont opposés ces deux types de pays, les pays d'émigration et les pays d'immigration.

Aussi l'expérience prouve que les pays d'émigration s'attachent à la nationalité de filiation, ce qui leur permet de suivre leurs nationaux fixés à l'étranger et de garder pour eux les enfants qui naissent de ces nationaux, tandis que les pays d'immigration ont été conduits à suivre la politique diamétralement inverse c'est-à-dire à prendre et à s'agglomérer les individus venus sur leur territoire ; ils ont, en effet, peu de nationaux à l'étranger. Par exemple le nombre des sujets américains qui vivent en dehors de l'Amérique est infinitésimal par rapport à la population, tandis que les éléments étrangers dans les trois Amériques ont été considérables ; ils ont donc été conduits à s'agglomérer les individus nés sur leur territoire. C'est, pour les pays d'immigration, une question absolument vitale : voilà pourquoi il n'y a pas de solution qui puisse être admise pour tous les pays.

Aussi la seule solution à donner est celle qui est bonne pour chaque pays particulier ; les uns doivent suivre la nationalité de filiation, les autres la nationalité territoriale, et nous verrons bientôt quel est le système auquel la France s'est attachée.

Combinaison possible des deux critères

Il y a d'ailleurs des moyens termes ; on peut combiner entre eux ces deux critères, la nationalité de filiation et la nationalité de territoire ; par exemple, on peut décider, comme le font certains pays, que l'on ne donnera pas la nationalité à l'individu par cela seul qu'il est né dans un certain pays, il faudra quelque chose de plus, par exemple que sa famille soit domiciliée sur le territoire, ce qui prouve qu'il y a autre chose qu'un simple lieu fugitif de naissance. C'est ce que soutenait déjà au XVIIIème siècle le publiciste Wolff lorsqu'il disait que la nationalité devait être donnée à l'individu né de parents domiciliés. Proudhon, au XIXème siè-

Source : BIU Cujas

cle reprit cette thèse dans la doctrine de l'incolat : la nationalité devrait être donnée à tout individu né en France lorsque ses parents seraient fixés définitivement sur le territoire

Conséquence de la dualité des critères

Quelles sont les conséquences de cette situation aux termes de laquelle il n'y a pas d opinion qui puisse s'imposer ? L'expérience et les besoins prouvent que pour chaque pays les intérêts politiques étant en jeu chaque pays ayant son système, les conséquences seront parfois des doubles nationalités parce que deux Etats donneront leur nationalité : l Etat du lieu de naissance la donnera tandis que l'Etat national des parents la donnera également ; ce sont là des conséquences inéluctables de l indépendance des Etats et aussi de ce que les intérêts des Etats sont essentiellement opposés en pareille matière.

Ou parfois ce sera le contraire : aucun Etat ne voudra prendre un certain individu, et on sera en présence d individus apatrides de naissance.

§ 2 Nationalité accessoire ou nationalité dérivée

Il s'agit de la nationalité qui est acquise postérieurement à la naissance. Le nombre des individus qui changent de nationalité ou qui acquièrent une nationalité au cours de leur existence est infime par rapport à l'ensemble ; ce sont des cas accidentels, mais nous devons nous arrêter sur ces cas exceptionnels qui soulèvent d'assez grosses difficultés pour un pays comme le nôtre.

Quelles sont donc les circonstances de fait en vertu desquelles un individu peut être amené à changer de nationalité ou à acquérir (nous pensons à ceux qui sont nés sans nationalité, les apatrides) une nationalité ? Quelles sont les circonstances de fait qui peuvent influer sur la nationalité d'un individu postérieurement à sa naissance ?

Trois circonstances possibles

Trois circonstances :

- Une circonstance positive, un établissement en pays étranger.
- une circonstance négative : une déchéance qui vient sanctionner une attitude répréhensible.
- une troisième hypothèse épisodique, celle qui se présente à la fin de toutes les guerres où il y a des mouvements dans les territoires comme dans les populations ; ce sont les changements de souveraineté sur un territoire qui ont nécessairement une influence sur la nationalité.

Source : BIU Cujas

I - Etablissement en pays étranger.

S'établir en pays étranger -c'est un terme que nous rencontrerons plus d'une fois - consiste à se fixer sur un territoire pour y dérouler son existence et spécialement pour y exercer son activité. Or, il y a trois formes possibles d'établissement pour une personne dans un autre pays que celui dont elle a la nationalité :

- le premier établissement est ce qu'on peut appeler l'établissement de naissance.

le second c'est un établissement indépendant de la naissance,

- le troisième est un établissement un peu spécial c'est l'établissement par voie de mariage.

A - Etablissement de naissance.

Il suppose qu'un enfant est né dans un autre pays que celui dont ses parents sont les nationaux. De deux choses l'une, ou bien le pays de naissance lui a donné la nationalité parce qu'il pratique la nationalité de territoire, ou bien il se peut fort bien, -et beaucoup de pays le font- que l'on ne donne pas à l'individu la nationalité uniquement parce qu'il est né sur le territoire (c'est notamment le cas de la France ; il ne suffit pas de naître sur le territoire français pour être Français); cet enfant a tout de même un lien déjà avec ce pays, un lien provenant de ce qu'il est né dans ce pays. Or, cette attache, qui n'est pas encore une nationalité, peut être complétée, confirmée, consolidée par d'autres éléments qui vont venir la continuer, la parachever et aboutir à la nationalité. Si à cette naissance dans un territoire vient s'ajouter autre chose, les éléments réunis contribueront à donner la nationalité à l'individu.

Nationalité par le bienfait de la loi

Cette nationalité sera alors une nationalité simplifiée, une nationalité facilitée, ce que l'on peut appeler encore une nationalité de faveur, parce qu'on fera une différence entre l'individu qui est né dans le pays et celui qui va y venir au cours de son existence ; on facilitera grandement la nationalité de celui qui a pris naissance sur le sol. Il y aura ainsi des formes particulièrement avantageuses que nous aurons à examiner bientôt à propos du droit français et auxquelles correspond une expression de vocabulaire : on dit qu'il y aura acquisition d'une nationalité par le bienfait de la loi ; cela veut dire que l'individu est d'une catégorie privilégiée, comportant ceux qui sont nés en France ; ils ne sont encore Français, mais vont pouvoir très facilement le devenir, moyennant telle ou telle condition : une simple manifestation de volonté suffira de la part de la famille de l'enfant : on dit alors qu'il devient Français par le bienfait de la loi.

Source : BIU Cujas

c'est une faveur que la loi lui offre.

B - Etablissement postérieur à la naissance

C'est le cas de ceux qui n'avaient aucun lien antérieur avec le pays dans lequel ils se rendent, c'est le cas de l'immigrant, au cours de son existence il se rend dans un pays étranger, il va en Amérique ou il vient en France pour y chercher du travail. Cet individu n'a aucun lien de naissance et par conséquent il n'y a pas lieu de lui faire une situation privilégiée.

Mais va-t-on l'agglomérer dans la collectivité nationale, va-t-on lui donner la nationalité ? Donnera-t-on la nationalité à un individu qui n'a aucun lien avec un territoire exceptè sa présence pour y exercer son activité ? Ici il y a un fait d'expérience - nous ne disons pas que c'est une coutume puisque chaque pays entend conserver sa liberté, mais il y a tout de même là un usage universel - presque tous les Etats du monde ont l'institution de la naturalisation.

La naturalisation

Le mot naturalisation signifie - et il signifie exclusivement, il faut insister sur ce point parce que, dans beaucoup de documents administratifs on l'emploie dans un sens générique qui n'est pas le bon - la dévolution de la nationalité au cours de l'existence d'un individu qui n'a aucun lien avec ce pays autre que sa présence. Par conséquent on n'emploiera jamais le mot de naturalisation pour les individus nés dans le pays ; ceux-là sont Français par le bienfait de la loi, ils ne sont pas des naturalisés au sens exact de l'expression.

Historique de la nationalité

C'est donc un fait d'expérience que tous les pays admettent la naturalisation; aucun ne dit : je n'accepterai jamais dans ma nationalité un étranger. Sous l'ancien Régime, les rois ont sans cesse usé très largement de cette faculté d'attacher définitivement au pays des étrangers qui étaient fixés sur son sol, qui avaient apporté des talents particuliers, des valeurs économiques, sociales ou autres. Le terme consacré était celui de lettres de naturalité ; c'était la décision du roi par laquelle un étranger acquérait la qualité de regnicole, devenait un Français.

Etymologiquement, d'où vient le mot de naturalisation ou de naturalisé ? Il vient du terme naturel, et il s'est formé sur l'idée d'une fiction ; l'étranger n'est pas un national, c'est une évidence, comment alors en faire un national ? Il faut qu'il devienne quelqu'un comme le national, c'est-à-dire qu'il soit un naturel du pays, comme on dira qu'un produit naturel est un produit véritable du pays ; il faut que l'étranger, pour devenir un national, soit transformé en naturel du pays. Il y aura une fiction par laquelle on le rendra, alors qu'il ne l'est pas vraiment, naturel du pays, cette fiction c'est la naturalisation. Voilà pourquoi le mot étymologiquement veut dire :

Source : BIU Cujas

rendre naturel.

C'est encore ce qu'exprimait le jurisconsulte Hugo Wolff au XVIIIème siècle : c'est une fiction de droit par laquelle on fait la collation de la nationalité à un étranger comme s'il était né de parents du pays, c'est-à-dire de parents indigènes.

En réalité, il est tout à fait inutile de faire appel à une fiction ; le souverain est parfaitement maître de dire : je donne ma nationalité ou je la refuse ou je la retire ; il n'y a pas besoin d'une fiction pour supposer que le naturalisé deviendra un naturel du pays ; nous n'avons pas besoin d'une fiction pour justifier l'institution et en expliquer les résultats.

Donc tous les pays admettent aujourd'hui la naturalisation, mais à des conditions variables et plus ou moins sévères. Le problème présente un double aspect, aspect positif et aspect négatif : aspect positif vis-à-vis du pays qui donne la naturalisation et aspect négatif vis-à-vis du pays que l'on quitte et dont on avait été jusqu'à présent le national.

La naturalisation est une faveur sollicitée

Aspect positif du problème vis-à-vis du pays nouveau qui va donner la nationalité, c'est-à-dire qui va naturaliser.

La naturalisation a spécifiquement deux traits caractéristiques et c'est pourquoi il ne faut jamais la confondre avec un autre mode d'acquisition de la nationalité, notamment le bienfait de la loi dont nous avons parlé ; quand ces deux traits sont réunis, on est en présence d'une naturalisation ; quand il en manque un des deux ou qu'il manque les deux, il ne peut pas s'agir d'une naturalisation.

Ces deux traits sont : que c'est une faveur que l'Etat octroie, et que cette une faveur sollicitée.

C'est une faveur octroyée : la naturalisation n'a jamais été, à aucun moment de l'histoire, si ce n'est peut-être de façon épisodique sous la période intermédiaire, un droit pour qui que ce soit; c'est un pouvoir régalien, qu'on appellerait aujourd'hui en droit administratif un acte de gouvernement, qui est abandonné au pouvoir discrétionnaire de l'Exécutif, de savoir si l'on accordera ou non la naturalisation, parce qu'il y a à la base une appréciation qui doit échapper à toute discussion, à tout recours, à tout besoin de justification. La naturalisation a donc été toujours chez nous, comme elle est à peu près dans tous les pays une faveur que l'Etat accorde dans la mesure où il le juge opportun selon son intérêt. Ce n'est pas dans l'intérêt du naturalisé que cette opé-

Source : BIU Cujas Reproduction interdite

ration intervient, c'est dans l'intérêt de l'Etat ; mais l'Etat considère qu'il n'a pas besoin de laisser repartir certaines catégories d'étrangers et qu'au contraire, par la naturalisation, il peut parfois s'enrichir.

Il est certain notamment que l'on peut glaner dans le catalogue des gloires françaises de l'Ancien Régime un certain nombre de naturalisés : on peut citer parmi les militaires le maréchal Ranzau qui, au cours de son existence, avait eu soixante blessures, tant et si bien que lorsqu'on l'enterra on aurait pu écrire une épitaphe disant que ce n'était pas dans sa tombe qu'il avait laissé la plus grande partie de son corps ; le maréchal Lowendal fut un naturalisé. Dans le domaine des sciences on peut citer Franklin et Cassini et aussi dans le commerce et l'industrie un assez grand nombre d'étrangers étaient appelés en France pour y apporter des commerces ou des industries qui pouvaient être utiles ; notamment la politique de Colbert à l'égard des étrangers était de les attirer vers la France pour profiter de leur industrie ; il y a des industries qui paraissent essentiellement françaises et qui ont été créées par les étrangers, notamment l'industrie si connue des toiles de Jouy qui a été créée jadis par un bavarois Okerkampf.

Mais c'était une naturalisation à cette époque, d'un caractère différent par rapport à l'époque actuelle, une naturalisation qualitative donnée à des personnages d'élite qui constituaient indiscutablement un enrichissement pour le pays, puisque, sollicités de venir vers la France, ils apportaient leur talent et on cherchait ensuite à les conserver.

Depuis lors la naturalisation, pour certains pays comme la France, a changé de caractère, de qualitative elle est devenue, pour des raisons démographiques, quantitative, c'est-à-dire que c'est le nombre qui importe. Si l'Etat français a naturalisé depuis les cinquante dernières années, c'est pour un besoin de population, à raison de la sous-natalité française, de la nécessité d'une part d'appeler des étrangers et d'autre part, de les diluer autant que possible, le moins mal possible dans la collectivité nationale. Quoiqu'il en soit, la naturalisation reste toujours à la base une faveur que l'Etat accorde s'il le juge opportun.

Deuxième trait, c'est une faveur sollicitée, ce qui veut dire que la nationalité n'est jamais imposée par l'Etat ; en fait c'est plutôt le contraire qui se produit, l'Etat refusant plus de naturalisations qu'il ne peut ou ne veut en concéder. Il est assez rare que les individus fixés depuis très longtemps sur un territoire ne finissent pas par solliciter la naturalisation ; mais l'Etat n'impose pas à un étranger, si long que soit son séjour sur un territoire, ou de solliciter la naturalisation ou de quitter le territoire.

Il y a notamment un milieu dans lequel on est moins enclin que dans d'autres à solliciter la naturalisation :

Source : BIU Cujas

c'est le milieu dans lequel il y a une forte population étrangère en France : l'agriculture. Les agriculteurs d'origine étrangère sont les moins enclins à le faire parce que les conditions de leur vie n'en seront pas modifiées, tandis que pour l'homme de la ville, selon qu'il sera Français ou non, il aura un certain nombre de droits ou supportera un certain nombre d'incapacités qui pourront le gêner. Pour les agriculteurs, ces incapacités pratiquement ne jouent pas et c'est pourquoi on a constaté que c'était dans le milieu agricole que les étrangers demandaient le moins la naturalisation.

Cela n'a, d'ailleurs, qu'un intérêt temporaire, car si ces individus, qui ne sollicitent pas la naturalisation demeurent étrangers, leurs enfants seront certainement Français, pour des raisons que nous rencontrerons bientôt, parce qu'ils naîtront en France, et qu'à cette naissance s'ajouteront d'autres éléments qui en feront assez rapidement des Français.

Voilà donc les deux traits de la naturalisation : une faveur concédée et sollicitée.

Aspect négatif du problème

Comment se présente la naturalisation vis-à-vis de l'Etat ancien ? Est-ce qu'un individu qui s'est expatrié a le droit, au moment qu'il choisit, quand il veut, comme il veut, de rompre son lien de nationalité avec le pays auquel il appartient ? L'admettre serait faire un contresens sur la signification même de la nationalité qui est un lien politique, un lien de puissance d'un Etat sur les individus ; n'oublions pas que l'Etat se fait avec ses nationaux. Or, il serait excessif de penser que le national ait la liberté de dire "moi je ne veux plus de la nationalité" ; il a reçu ce lien d'une puissance, il ne dépend pas de lui seul d'y mettre un terme, non plus qu'il ne dépend de nous, quand nous avons des obligations légales, de nous en affranchir, elles nous sont données, imposées par la loi ; la loi seule peut dire à quelles conditions nous en serons débarrassés. C'est donc le législateur, le souverain de chaque pays qui peut seul dire : je relève ou non à telle ou telle condition mes nationaux de leur lien de nationalité.

Ainsi il y a des pays d'émigration qui admettent la rupture du lien de nationalité au profit de l'émigrant qui s'expatrie définitivement : il sollicite un certificat d'émigration ou d'expatriation qui, d'après la législation de ces pays, rompt la nationalité ; il n'est plus national, mais ce n'est pas parce que l'individu l'a voulu, c'est parce que l'Etat a admis cela dans sa législation, et l'Etat serait parfaitement libre - le nôtre n'a d'ailleurs jamais accepté cela - de dire : l'expatriation n'est **pas à elle seule la cause** de rupture de la nationalité.

Source : BIU Cujas

La question de l'allégeance perpétuelle

Ainsi chaque pays, d'après ses intérêts, d'après ses conceptions - car notre matière est une matière politique - d'après les éléments d'opportunité politique nationale, estimera s'il doit ou non rompre l'allégeance de ceux de ses nationaux qui sollicitent cette rupture. En général, la plupart des pays admettent, en principe, cette rupture d'allégeance, c'est-à-dire que lorsqu'un de leurs nationaux se fait naturaliser à l'étranger, automatiquement ils considèrent qu'il y a rupture du lien national ; une des causes de perte de la nationalité, c'est l'acquisition d'une nationalité étrangère.

Beaucoup d'Etats ont une législation en ce sens ; cependant cela ne s'est pas généralisé immédiatement. Pendant longtemps certaines Etats ont connu ce que l'on appelait l'allégeance perpétuelle ; ils n'admettaient pas, sous aucun prétexte, qu'un de leurs nationaux puisse perdre sa nationalité ; il se produisait alors que ce national expatrié acquérait la nationalité du pays d'immigration, mais gardait sa nationalité primitive, tout au moins dans ses rapports avec son pays d'origine.

Les deux derniers Etats qui ont conservé longtemps encore, très avant dans le XIXème siècle, cette allégeance perpétuelle sont la Russie et l'Empire ottoman. Mais petit à petit même dans ces deux pays on a fini par admettre la possibilité, à des conditions que fixe la loi, de la rupture du lien d'allégeance.

L'évolution de la loi française

En France, et c'est un point qu'il faut signaler en passant, nous avons eu une politique assez libérale à cet égard pendant longtemps, parce qu'il n'y avait aucun danger ; le nombre des Français non seulement qui s'expatriaient mais qui acquéraient une nationalité étrangère étant infime, il n'y avait aucun inconvénient national à leur rendre leur liberté. Mais à l'époque moderne, notre loi devient sans cesse plus sévère : les hommes ne peuvent obtenir la ruptude de leur allégeance vis-à-vis de la France à moins d'y être autorisés par le gouvernement français, autorisation qui sera donnée à bon escient et s'il y a vraiment des raisons importantes ; sous réserve de cette autorisation le Français du sexe masculin ne peut pas actuellement rompre son allégeance avant l'âge de 50 ans, c'est-à-dire pendant la plus grande partie de sa vie. Il n'y a donc que les femmes qui aient encore sur ce point une liberté beaucoup plus grande que celle des hommes, et l'on en comprend la raison : c'est une raison tirée des obligations du service militaire des individus. Certains chercheraient, sans cela, à s'expatrier ou à acquérir une nationalité étrangère, pour échapper aux obligations militaires.

Quoi qu'il en soit, c'est l'intérêt purement poli-

Source : BIU Cujas

Caractère politique de la rupture d'allégeance

tique de chaque Etat qui déterminera sur ce point ce qu'il doit décider. Généralement les intérêts des divers Etats seront inconciliables : faut-il dire alors qu'on ne doit jamais donner la nationalité à un étranger si son état d'origine ne le relève pas de sa nationalité ? En effet, la conséquence de cet état de choses est la double nationalité, qui est un fléau de la vie internationale. Ce serait certes désirable de ne pas donner la nationalité à un individu si, dans son pays d'origine on ne le relève pas de sa nationalité d'origine, mais ce serait purement et simplement sacrifier les pays d'immigration à la thèse des pays d'émigration. Il suffirait que les pays d'émigration viennent dire : "je conserve mes nationaux" pour que les pays d'immigration ne puissent jamais, - et ce n'est pas possible pour eux - donner la naturalisation à ceux qui se sont fixés définitivement sur leur sol. Or, chaque pays est libre - et c'est la doctrine consacrée - de donner sa nationalité par naturalisation, sans se soucier de ce que l'on décide dans le pays d'origine de l'intéressé ; tantpis si le pays d'origine de l'intéressé conserve ses nationaux, s'il en résulte des inconvénients pour lui ; mais le pays d'immigration est souverain et peut donner sa nationalité.

Il y a là des intérêts politiquement inconciliables et, comme il n'y a pas d'organisme international qui ait le pouvoir d'accorder entre eux ces intérêts inconciliables, c'est le régime de liberté qui joue dans chaque pays.

3 - Etablissement par voie de mariage.

Troisième forme d'établissement, établissement spécial qui se présente dans des conditions différentes des deux premières formes : établissement par voie de mariage.

Cet établissement naît du fait du mariage entre personnes de nationalités différentes, ce que l'on appelle les mariages mixtes.

Ce problème de nationalité est dominé par un problème préalable qui, à peine posé, est résolu ; c'est le suivant : faut-il permettre ou interdire les mariages mixtes ? Si l'on décide d'interdire les mariages mixtes, le problème de nationalité disparait. Si, au contraire, on admet la possibilité de mariage entre personnes de nationalités différentes, dans ce cas seulement se posera la question de savoir quelle sera la conséquence du mariage sur la nationalité réciproque des époux.

Possibilité du mariage mixte

Du premier problème, il n'y a qu'à le poser pour savoir qu'il est résolu dans le sens de l'affirmative dans tous les pays. On admet en France comme presque

Source : BIU Cujas

partout que le mariage mixte est un mariage valable. Un publiciste du XVIème siècle, Grotius, cherchait même ses exemples dans l'Antiquité en rappelant que les Romains allaient chercher leurs femmes ailleurs parce qu'ils n'en trouvaient pas chez eux suffisamment ; par exemple l'enlèvement des Sabines. Ce qui fut autrefois un enlèvement est devenu une inclination du coeur, puisque ces mariages mixtes sont dûs à la liberté des futurs époux et il s'en fait un certain nombre. Par rapport à l'ensemble, ce n'est pas très important, mais chaque fois qu'un mariage mixte se produit, il se présente une question de nationalité.

Pour la France la question est d'autant plus pratique qu'au lendemain de la guerre de 1914-1918, par suite des morts il y a eu un nombre de femmes proportionnellement beaucoup plus grand que celui des hommes, d'où une politique qui a consisté à pousser au mariage mixte entre des Françaises et des immigrés dans un but démographique ; la tendance de la législation française depuis lors a été de pousser précisément à ces mariages, de façon à accroître la population française.

Unité ou dualité de nationalités dans le mariage ?

En tout cas la question ne se discute pas ; les mariages mixtes sont actuellement valables. Mais si ces mariages sont valables, lorsqu'un Français épouse une étrangère, lorsqu'un étranger épouse une Française, lorsque, d'une manière générale, les deux époux n'ont pas la même nationalité, quelle doit être la conséquence du mariage sur la nationalité des deux époux ? Est-ce que l'un doit prendre la nationalité de l'autre ? Est-ce que la femme doit prendre la nationalité du mari, est-ce que le mari doit prendre la nationalité de la femme, ou bien est-ce que chacun doit garder sa nationalité ?

Pour bien discuter ce problème, il faut le prendre à deux moments différents ; il faut le prendre d'abord au moment du mariage, et il faut le prendre ensuite au cours du mariage.

Le premier problème est ce que nous appellerons le problème de la nationalité initiale ; au moment du mariage les deux futurs époux n'ont pas la même nationalité. Mais supposons ensuite qu'au cours de l'existence l'un des deux époux change de nationalité, par exemple le mari se fait naturaliser à l'étranger, est-ce que la femme doit, elle aussi, changer de nationalité parce que son mari a changé de nationalité ? Ce sont deux problèmes très différents.

A - Problème de la nationalité initiale.

C'est un problème qui a été très discuté, surtout à l'époque moderne, et le développement des idées féministes n'a pas été sans avoir sa répercussion sur celui de la nationalité de la femme mariée.

Source : BIU Cujas

Quatre opinions en présence

Quatre conceptions peuvent ici être envisagées : conception philosophique - conception pratique - conception juridique - conception politique.

Conception philosophique.- Sous ce nom de philosophie, nous faisons rentrer évidemment l'influence de facteurs tels que la religion. La conception philosophique conduit à dire qu'il faut l'unité de nationalité au sein du ménage et il est plus normal que la femme prenne la nationalité de celui qui est le chef du foyer, parce que l'unité de nationalité au sein de la famille est un des éléments de son unité spirituelle et par conséquent un des facteurs de solidité de ce foyer. Seule elle correspond à la conception chrétienne du mariage, où les deux époux doivent constituer une unité totale.

Il n'y a pas d'union véritable en présence d'époux qui n'ont pas la même nationalité, qui appartiennent à des pays différents, qui ont donc des obligations politiques différentes.

Conception pratique.- C'est que le dualisme de nationalité au sein d'une famille crée des complications extrêmes et des inconvénients considérables pour les époux. En effet, la femme sera considérée comme une étrangère dans le pays de son mari, elle subira donc toutes les incapacités plus ou moins lourdes qui frappent les étrangers ; elle pourra notamment être expulsée du territoire tandis qu'on n'expulse pas un national. Voilà donc un foyer dans lequel on peut prendre un des membres, la femme, et l'expulser et, par suite, détruire pratiquement la famille. S'il y a une guerre et que la femme appartienne par sa nationalité à une des puissances cobelligérantes, elle sera - et le fait s'est produit dans le passé - traitée comme une ennemie, ses biens seront mis sous séquestre, ils seront liquidés comme des biens ennemis, elle pourra être mise dans un état de surveillance dans un camp et les choses se sont ainsi passées dans différents pays et à diverses reprises.

On voit par conséquent les inconvénients très grands qui se présentent sur le terrain pratique pour une femme qui n'a pas la nationalité de son mari, inconvénients qui viennent s'ajouter à ce manque d'unité morale de la famille, la mère n'ayant pas la même nationalité que ses enfants, ce qui est contraire à la notion même de famille.

Conception juridique.- Ici nous allons nous heurter à une idée toute contraire : la femme, dit-on, ne doit pas changer de nationalité si elle ne le veut pas. De ce qu'une femme veuille se marier d'une part, et se marier avec un étranger, il ne résulterait pas que, voulant cet étranger, elle

Source : BIU Cujas

veuille sa nationalité ; le changement de nationalité ne rentrerait pas dans la volonté de se marier. Donc la femme ne doit changer de nationalité que si elle le veut ; on pourra lui faciliter le changement, mais on ne devra pas le lui imposer. Vouloir se marier n'implique pas la volonté de changer de nationalité.

Ici intervient cette thèse volontariste, toutes les idées bien connues déjà, toutes les idées de caractère féministe sur l'émancipation, sur l'indépendance de la femme, sur ce que l'on a appelé l'idée d'égalité des sexes : puisque le mari ne change pas de nationalité par son mariage et que les femmes sont égales aux hommes, pourquoi l'homme imposerait-il sa nationalité à la femme ?

C'est une idée qui a été proclamée par de nombreux congrès féministes, basée sur le respect de l'indépendance de la femme, et notamment une conférence diplomatique qui s'était tenue à La Haye en 1930, avait émis une recommandation aux divers gouvernements pour savoir s'il ne serait pas possible de consacrer dans leur législation le principe de l'égalité des sexes en matière de nationalité, en prenant particulièrement en considération - ce qui est un peu paradoxal - l'intérêt des enfants. Il semble, en effet, que l'unité de nationalité au sein de la famille présente un intérêt plus grand pour les enfants que celui d'appartenir à une famille nationalement bicéphale.

Ce sont les idées qui avaient grandement cours en France et à l'étranger, dans beaucoup de pays, depuis une quinzaine d'années. L'on avait, disait-on, attenté depuis assez longtemps à la dignité de la femme en lui imposant de prendre la nationalité de celui dont elle avait fait le compagnon de sa vie et que dès lors il convenait de lui rendre sa liberté non pas conjugale, mais nationale.

Conception politique.- Celle-ci est tout à fait étrangère aux considérations et philosophiques,et religieuses, et juridiques ; elle n'envisage qu'une chose, comme cela doit être : l'intérêt de l'Etat. Chaque Etat règlemente la matière de la nationalité selon ses nécessités, comme nous l'avons dit jusqu'à présent, et il n'a pas à se perdre dans des conceptions purement philosophiques ou morales.

Or, ici il faut reconnaitre que l'intérêt de tous les Etats n'est pas le même : un Etat d'immigration dans lequel viennent beaucoup d'étrangers peut avoir un intérêt politique à dire d'une part : je veux pousser mes nationales à épouser des immigrants ; et d'autre part, je veux les garder comme miennes. Ceci, nous le verrons, a été à la base de la politique française récente : pousser, puisqu'il y avait trop de femmes et beaucoup d'immigrants, les femmes à épouser les immigrants, et ne pas leur donner la nationalité des immigrants.

Source : BIU Cujas

L'intérêt politique était, au contraire, d'assimiler les hommes, de donner aux hommes la nationalité de la femme. Il y a là essentiellement un problème politique propre aux intérêts de chaque pays.

Quant aux nationales qui s'expatrient, qui vont se fixer dans un pays étranger et y fondent un foyer dont les enfants seront étrangers, celles-là, on peut leur rendre la liberté et dire : elles prendront la nationalité de leur mari, il n'y a aucune raison de leur maintenir la nationalité d'origine puisqu'elles ne seront plus une force pour l'Etat national.

Il est nécessaire de bien comprendre que la solution de ces problèmes est une solution de pure opportunité pour chaque Etat ; il n'y a pas de solution mondiale qui puisse sortir d'un congrès de féministes ou d'antiféministes et qui puisse être bonne pour tous les Etats ; il y a des intérêts à satisfaire dans chaque Etat.

Le sens de l'évolution du droit positif

Quelle a été l'évolution dans le monde ? Ici il s'est produit une évolution dans un sens et quand on est arrivé au but une sorte de choc en retour s'est produit et on est en train de refaire le chemin en sens inverse.

Pendant le XIXème siècle, petit à petit, les législations des divers pays ont tendu à cette unité de nationalité au sein de la famille et le nombre de celles qui n'admettaient pas cette unité diminuait sans cesse : de rares Etats, comme les Etats-Unis, admettaient encore au début de ce siècle, que la femme ne devait pas prendre la nationalité de son mari, avaient fini par modifier leur législation. Or, depuis lors, un phénomène inverse s'est produit. Tout à coup, depuis 20 ou 25 ans, le mouvement contraire a recommencé et le nombre des pays qui ont admis la liberté de la femme, liberté tempérée d'ailleurs en ce qui concerne sa nationalité, n'a cessé de croître. Les Etats-Unis eux-mêmes ont abandonné leur système la France aussi, et un certain nombre d'autres pays. Pourquoi ? Pour des raisons d'ordre variable, surtout parce que les circonstances politiques ayant changé la solution elle aussi changeait ; elle était essentiellement fonction du besoin politique à tout moment.

B - La nationalité au cours du mariage.

Position du problème

Supposons que les deux époux aient la même nationalité ; au cours du mariage le mari change de nationalité pour une cause quelconque, la femme doit-elle ipso facto, sans être consultée, prendre la nationalité du mari ?

Les conceptions en présence

Philosophiquement parlant on dira que l'unité de nationalité doit être permanente

Source : BIU Cujas

on ne conçoit pas qu'elle soit rompue et si le mari change de nationalité il faut que la femme change aussi de nationalité, puisque si l'unité est fondamentalement nécessaire, elle n'est pas cantonnée dans le temps, elle doit exister d'un bout à l'autre du mariage.

Si l'on prend l'aspect juridique, on arrivera à un résultat contraire ; on dira que si l'on peut concevoir à la rigueur que la femme se voie imposer la nationalité du mari au moment du mariage, c'est parce qu'elle a voulu épouser quelqu'un qui avait une certaine nationalité, elle a su qu'il avait cette nationalité ; peut-on dire que la femme a accepté à l'avance n'importe quelle nationalité que son mari aurait à prendre pendant le mariage ? Ici il y a un argument juridique à faire valoir : le mariage a été fait sur une certaine base et il n'appartient peut-être pas à l'un des époux de modifier cette base du mariage par sa seule et unique volonté ; on peut donc, tout en étant partisan de l'unité de nationalité dans le mariage, dire : la femme n'est pas astreinte à prendre la ou les nationalités successives que son mari voudrait prendre au cours du mariage. Ce changement serait en quelque sorte sans cause.

On peut ajouter d'ailleurs un argument : ce serait peu équitable, en raison des conséquences - nous ne parlons même pas du point de vue moral et sentimental - qui pourraient en résulter pour les intérêts de la femme.

Mais politiquement parlant, l'Etat qui donne la nationalité à un individu n'a pas intérêt à prendre cet individu seul ; ce sera un foyer qui ne sera pas vraiment nationalisé chez lui si la femme reste une étrangère ; il sera donc incité à étendre sa nationalité à la femme, soit obligatoirement, soit peut-être à l'offrir seulement à encourager la femme à la solliciter avec son mari ; les deux systèmes existent ainsi dans le monde.

Certains pays disent à des maris : "tâchez que votre femme demande la nationalité en même temps que vous ". On leur fait comprendre que si la femme ne se joint pas au mari le mari n'obtiendra pas la nationalité. C'est un procédé indirect, mais qui obtient un bon résultat.

D'autres Etats ont un système un peu dogmatique : nous n'avons pas à consulter la femme, nous donnons la nationalité au mari et nous l'imposons par cela seul à la femme et aux enfants mineurs ; c'est le système politique de l'unité de nationalité imposée par certains Etats.

Variété des solutions pratiques

Là encore on ne peut pas dire qu'il y ait une solution pour tous les pays ; chaque Etat doit prendre la sienne. Cependant il est un peu rigoureux d'imposer à une femme la nationalité qu'elle ne pouvait pas prévoir et que prendrait son mari, et il serait désirable qu'un Etat ne

Source : BIU Cujas

donne la nationalité à un individu qu'après s'être assuré au préalable que sa femme est, elle aussi, désireuse de la prendre. Il y a tout de même un argument d'équité qui a son poids, car il existe une grande différence entre le changement de nationalité au moment du mariage, que l'on a pu prévoir, et celui qui se présentera durant le mariage.

Telles sont les trois circonstances qui se groupent autour de cette première hypothèse de l'établissement en pays étranger : établissement de naissance, naturalisation, mariage.

II - La déchéance de la nationalité.

L'hypothèse

Le fait supposé est une attitude par hypothèse fautive et dont l'Etat tire la conséquence qu'il doit rompre l'allégeance de son national : il estime la conduite de celui-ci incompatible avec la qualité de national. Il s'agit là en somme d'une sanction non pas de crime de droit commun, mais de crime de caractère politique ; une des sanctions du crime politique sera donc, en outre d'autres peines possibles, la dénationalisation de l'intéressé.

Ce problème présente un triple aspect : juridique, pratique et politique.

Licéité en droit des gens de la déchéance

Aspect juridique.- Dans l'état actuel des faits aucune règle de droit international positive n'interdit à un Etat de dénationaliser certains de ses membres. Si l'Etat le fait, il lance dans le monde des apatrides, car les autres Etats ne sont pas forcés de leur donner une nationalité. C'est peut-être inopportun, mais en tous cas, on ne peut certainement pas, malgré toutes les tentatives qui ont été faites en ce sens par des congrès scientifiques, affirmer qu'il y ait actuellement une règle de droit des gens qui interdise la dénationalisation sur le terrain du droit positif. Chaque Etat donne sa nationalité souverainement, librement et arbitrairement, or, puisque lui seul peut la donner, lui seul aussi peut la retirer.

Nous avons exposé récemment que l'on ne pouvait pas considérer le lien de nationalité comme un lien contractuel, mais admettons même qu'il soit un lien contractuel, les contrats sont résolus dans le domaine du droit privé par l'inexécution des obligations de l'une des parties , par une rupture de leur équilibre; donc le national qui rompt l'équilibre de ce lien qui le relie à l'Etat peut être la cause d'une résolution du lien de nationalité.

En somme, sur le terrain juridique, la rupture de nationalité apparait comme la sanction de la faute, de l'inexécution des obligations du national.

Source : BIU Cujas

La déchéance est pratiquement fâcheuse

. Aspect pratique.- Il faut reconnaître que le résultat de la déchéance n'est pas très heureux. Certes, s'il se limite à quelques individualités, il ne produit pas des conséquences bien nocives, mais à partir du moment où il s'étend à des masses importantes d'individus il se crée une véritable catégorie de parias dans le monde, qui n'ont la nationalité d'aucun Etat, mais qui, d'autre part, ne peuvent pas faire autrement que de vivre quelque part sur terre. Ils vivent donc nécessairement dans un Etat dont ils ne sont pas les nationaux, que ce soit leur pays d'origine ou un pays dans lequel ils se sont réfugiés, car ce sont des évènements d'ordre politique qui aboutissent généralement à ces résultats. Il en résulte pour eux d'abord qu'ils n'ont aucun droit, puisque aucun Etat n'a à les protéger; ils ne sont les nationaux d'aucun Etat, ils ne peuvent invoquer aucun traité diplomatique, ils ne peuvent invoquer que de rares principes du droit des gens ; d'autre part, et c'est l'hypothèse inverse, ils n'ont aucune obligation. L'Etat par conséquent ne tire d'eux aucun des droits qu'il peut espérer de ses nationaux. C'est donc une situation qui est particulièrement inopportune ; du moins sur le terrain du droit elle peut indiscutablement intervenir.

La dénationalisation est question d'opportunité

Aspect politique.- Sur le terrain politique, la question de savoir si les individus seront ou non dénationalisés par leur Etat est une pure question d'opportunité, c'est une question de politique au sens véritable du mot. L'Etat est libre de décider selon son opportunité, il peut le faire à tort, mais c'est une question d'appréciation de sa politique générale. Tout ce que l'on peut espérer, suggérer ou conseiller, c'est que cette sanction ne soit vraiment donnée qu'à bon escient, dans des cas certains, et d'autre part, qu'elle soit vraiment bien dosée.

Evidemment si l'on prend par exemple l'hypothèse des Etats dont une partie de la population émigre à l'étranger parce qu'elle ne veut pas accepter un certain régime politique -c'est l'exemple assez massif et non encore résorbé de l'émigration russe à la suite de la révolution de la guerre précédente, émigration qui a porté sur plusieurs centaines de milliers d'individus qui se sont répartis en Europe et en Amérique. Il est difficile évidemment de demander à un Etat de continuer à considérer comme étant ses nationaux des individus qui, d'une part, ont émigré et qui, d'autre part, se refusent à tout rattachement avec lui, notamment à toute inscription dans les consulats. Il y a là évidemment pour l'Etat la possibilité de déclarer que l'allégeance est rompue et qu'il ne les reconnait pas comme ses nationaux.

Source : BIU Cujas

Accroissement moderne de l'apatridie

C'est une sorte de maladie de la vie internationale, c'est malheureusement un mal qui s'accroît à la période moderne, car le nombre des apatrides, qui est consécutif au mouvement des réfugiés, n'a cessé de croître.

Quel a été sur cette question de la dénationalisation le mouvement des idées au cours du XIXème siècle ?

Pour s'en rendre compte, il faut tout d'abord se souvenir d'un élément important, c'est l'élément quantitatif : de tout temps il y a eu des réfugés politiques à la suite d'évènements qui se déroulaient dans tel ou tel pays. Mais au cours du XIXème siècle, le nombre des réfugiés qui cherchaient un asile dans un autre Etat, que l'on considérait comme un devoir de leur accorder, n'était pas grand. C'est une considération importante : les réfugiés n'étaient pas nombreux et, en second lieu, au point de vue qualitatif, ils appartenaient généralement à l'élite intellectuelle de leur pays. Aussi le mouvement des idées, en fonction de cet élément quantitatif et de cet élément qualitatif, était-il nettement défavorable à la déchéance de nationalité de ces individus. En fait il faut reconnaître que les déchéances étaient peu nombreuses. Tous les congrès scientifiques qui s'étaient réunis avaient dit : frappez de peines vos condamnés politiques, mais vous ne devez pas leur retirer la nationalité ; et ils ajoutaient : un condamné de droit commun, si grave soit sa culpabilité, n'est pas déchu de sa nationalité, pourquoi le condamné politique le serait-il? Le mouvement des idées fut donc unanime à déplorer les déchéances de nationalité.

Malheureusement le mouvement des faits n'a pas suivi le mouvement des idées : durant le XIXème siècle les Etats ont continué à frapper, la France comme d'autres, de déchéance de nationalité certains individus avec cette caractéristique que le nombre était faible ; malheureusement, depuis vingt ou vingt-cinq ans le nombre des réfugiés s'est accru dans des proportions énormes, et le mouvement de dénationalisation a suivi la même progression, ce qui fait qu'il a été créé vraiment dans le monde un malaise très grand.

Les chiffres de l'émigration russe sont assez douteux, les statistiques ne sont pas toujours très concordantes, mais on est certainement dans la vérité en disant qu'il y a au moins 60.000 Russes blancs qui ont quitté leur pays pour la France. De même les Arméniens ont quitté en assez grand nombre l'empire ottoman pour des raisons d'ordre politique et se sont réfugiés dans les pays voisins. Puis, plus récemment, les émigrés juifs venus des divers pays de l'Europe centrale, toujours pour des raisons de caractère politique. Or, les pays auxquels ces émigrés appartenaient autrefois, les ont souvent déchus en général de leur nationalité. Le mouvement

Source : BIU Cujas

des faits est donc en croissance constante des cas et du nomb des réfugiés dénationalisés.

Mouvement législatif.- Le mouvement législatif au XIXème siècle avait été dans tous les pays conçu de façon à aboutir à l'élimination au fur et à mesure qu'elle se reconstituait de l'apatridie due à des déchéances de nationalité ; presque toutes les législations, la nôtre comme celles des pays voisins, s'efforçaient de faciliter l'acquisition de la nationalité et, par suite, de diminuer le nombre des apatrides à la suite de la déchéance de nationalité. Sur ce point, la législation des divers pays, dont la nôtre, s'est renforcée depuis la loi de 1927, dans le sens de la sévérité et de l'augmentation du nombre ds cas de déchéances de la nationalité ; c'est un fait regrettable, mais que l'on ne peut évidemment que constater. Il n'y a pas de remède puisque c'est une question de pure appréciation politique. Nous verrons, quand nous étudierons la législation française, l'accroissement de ces cas de déchéance de la nationalité.

Enfin, la troisième hypothèse, que nous avons appelée le fait épisodique, est celle des changements de souveraineté sur un territoire.

III - Le changement de souveraineté territoriale.

Définition de l'annexion

La caractéristique de l'Etat est d'avoir la souveraineté sur un territoire et sur une population ; ce sont là les deux éléments de structure d'un Etat. Toutes les fois qu'un changement de souveraineté se produit sur un territoire - neuf fois sur dix c'est à la suite d'une guerre - ce territoire se trouve détaché d'un Etat et rattaché à un autre ; on appelle cela une annexion ou une cession de territoire.

La cession de territoire étant admise par le droit des gens et consacrée par les traités de paix, quels sont donc les êtres vivants qui vont être frappés par elle ? Est-ce que l'Etat va recevoir un territoire avec toute la population qui s'y trouve mais sans qu'elle change de nationalité ? Ce n'est pas possible. L'Etat qui s'annexe une population est évidemment obligé de lui donner sa nationalité, ou il ne serait pas lui-même, puisque la nationalité de la population est un des deux éléments de structure de l'Etat.

Deux procédés possibles

Dès lors, s'est posé depuis des siècles le problème de savoir quelles seraient exactement les personnes qui seraient frappées par le changement de nationalité ou si celui-ci leur serait imposé. Il y a un premier procédé, qui a été le procédé classique et séculaire, et peut-être dans l'avenir les traités l'emploie-

I) Procédé de la dénationalisation

Source : BIU Cujas

ront-ils encore - auquel s'est ajouté à l'époque toute contemporaine un autre procédé, beaucoup plus énergique et dur, mais aussi, il faut le reconnaitre, beaucoup plus efficace.

Le procédé consiste à dire : la population du territoire annexé va prendre la nationalité de l'Etat annexant, c'est-à-dire de l'Etat cessionnaire ; cette conception, qui est séculaire, très antérieure à la Révolution, qui se trouve dans les divers traités de l'ancien Régime, repose sur cette idée que les peuples n'ont pas de droits par eux-mêmes, ils appartiennent au souverain, à celui qui commande sur le territoire.

Naturellement, il y a une série de critères pour fixer exactement les personnes visées; nous n'entrerons pas dans les détails mais, en gros, on peut considérer que seront frappés les individus qui sont originaires du territoire cédé, et on entend plutôt par là ceux qui sont nés sur le territoire. Ce système évidemment a l'avantage de ne frapper que ceux qui appartiennent au territoire par leur naissance, mais bien des individus ont pu quitter ce territoire depuis un temps plus ou moins long ; est-il alors juste de les dénationaliser, s'ils ont perdu tout contact avec ce territoire sur lequel ils sont nés ? On a parfois songé - des traités ont appliqué ce système - à ne pas faire attention au lieu de naissance et à s'attacher au domicile au moment de l'annexion : la population prise en considération est celle qui est domiciliée sur le territoire cédé. Le domicile est une sorte d'attache avec un lieu, ceux qui ont leur établissement dans le territoire annexé sont ceux qui seront frappés par le changement de nationalité. Parfois même on a jumelé entre eux ces deux moyens, et cette troisième combinaison est la plus extensive : on dira que changent de nationalité, d'une part, tous ceux qui sont domiciliés au moment où entre en vigueur le traité de cession de territoire, et en outre, ceux-là même qui n'y sont pas domiciliés mais qui sont nés sur le territoire.

Il y a donc divers critères pour déterminer la population, et cela donne toujours lieu à de graves difficultés au lendemain de la mise en vigueur des traités, pour résoudre un certain nombre de cas qui se présentent.

La dénationalisation est facultative

Mais supposons que nous soyons en présence d'individus qui sont visés par le traité : ils sont, par exemple, domiciliés sur le territoire cédé. Est-ce que la dénationalisation leur est imposée ? Ici la pratique la plus courante des traités d'annexion, depuis déjà très longtemps est de ne pas imposer le changement de nationalité ; mais d'autre part on peut craindre que la population du territoire ne dise : nous gardons notre nationalité antérieure, avec l'espoir - que l'histoire n'a pas toujours déjoué - d'un changement ultérieur des évènements et des souverainetés fai-

Source : BIU Cujas

sant revenir le territoire au pays qui l'a perdu. Ce n'est pas possible pour l'Etat cessionnaire, puisqu'il garderait une population essentiellement irrédentiste qui serait pour lui une cause de beaucoup trop de difficultés ; ils ne l'accepteront pas.

Voici alors la solution qui a été admise depuis longtemps : le changement de nationalité n'est pas imposé ; la population peut donc opter, d'où le système de l'option. Seulement, si elle ne veut pas prendre la nationalité du territoire nouveau, si elle opte pour la conservation de sa nationalité ancienne, il y a une condition, une exigence stricte qui souvent paralyse les velléités, la possibilité ou la réalisation de l'option: il faut partir, il faut quitter le territoire. Ceux qui n'ont pas d'attaches profondes, autres que familiales, avec le territoire, pourront encore aisément le faire, ce n'est qu'une question de sentiment, de souffrance personnelle, ils pourront aller dans le reste du pays auquel ils appartenaient jusqu'alors. Mais il y a le commerçant, il y a l'industriel, il y a tous ceux dont l'activité est liée au territoire l'option sera donc en fait très difficile pour la majeure partie de la population.

2) Procédé du transfert de population

Deuxième procédé, procédé moderne dont il est difficile de savoir si l'avenir le généralisera. Il est sévère, très dur, mais il faut reconnaître qu'il supprime tout foyer d'irrédentisme ; en effet, dans le cas précédent la majeure partie de la population ne peut pas opter, en fait et l'histoire des annexions prouve que ce n'est jamais qu'une minorité de la population qui opte - ceci dit sans mettre en doute les sentiments patriotiques de la majorité des habitants du territoire détaché - mais à cause des difficultés, et d'autant plus que l'on exigera que toute la famille opte - les enfants ne pourront pas opter si les parents n'optent pas, etc.... ce qui rend plus difficile encore l'option. Cette population a donc reçu une nationalité nouvelle qu'elle ne veut pas ; elle lui est en fait imposée, elle la subit malaisément et ainsi subsistent des foyers de résistance qui ne s'éteindront qu'à très longue échéance et qui quelquefois ne s'éteindront même pas et qui seront toujours pour l'Etat annexant une source de préoccupations.

Le procédé alors le plus sûr est le suivant : c'est de traiter la question sur le terrain etchnique. On ne donne pas la nationalité à la population du territoire, on ne la lui offre pas, on ne la lui impose pas, il faut qu'elle quitte le territoire, qu'elle rentre dans le pays d'origine, tout au moins les éléments qui ne sont pas partie du pays cessionnaire. Mais il faut alors disposer d'une population suffisante pour remplacer celle qu'on expulse. Cela suppose que l'anne-

Source : BIU Cujas

xant est un pays de forte population. A partir de ce moment il n'y a plus sur le territoire que des éléments autochtones vis-à-vis du pays cessionnaire.

C'est certes très dur, on pense par quelles souffrances et quelles ruines cela se traduit ; il faut un exode de population. Un échange de population de ce genre a eu lieu au lendemain de la Grande guerre de I9I4 dans les rapports de la Grèce et de la Turquie ; il y avait, en effet, certains territoires relativement peu importants cédés à la Turquie, mais dont la population était grecque, et inversement, certains territoires cédés à la Grèce dont la population était turque. Alors on a dit : on ne va pas maintenir en Grèce une population turque et en Turquie une population grecque, on va faire un échange de population, c'est-à-dire obliger les uns et les autres à permuter. Plus récemment, à la veille de la guerre actuelle, on peut citer des accords, notamment pour des Allemands qui se trouvaient dans la vallée du Haut Adige ou dans le Tyrol. En vertu d'une convention germano-italienne du 23 Juin I939 l'exode de toute la population allemande, d'accord entre les deux pays, a été décidé pour ne maintenir dans le Haut Adige qu'une population strictement autochtone. On peut encore citer des exemples de ce genre pour les provinces baltes, la Bessarabie, la Bukovine.

L'avantage pratique est qu'évidemment, à partir du moment où la population indigène, mais qui ne se rattache pas au pays cessionnaire, a quitté le territoire, toute crainte d'irrédentisme a disparu.

Il est certes difficile de savoir dans quel sens on s'orientera dans l'avenir ; nous avons simplement indiqué quels étaient les deux systèmes. La règle de principe demeure encore celle dont nous avons parlé en premier, c'est-à-dire de prendre la population sous réserve de la faculté d'option, et elle est plus humaine ; l'autre conception plus moderne, est plus sûre dans ses résultats au point de vue de l'Etat cessionnaire, en ce qu'elle oblige les populations non autochtones à regagner leur territoire du pays d'origine.

Reproduction interdite

Source : BIU Cujas

Chapitre II

SOURCES DU DROIT DE LA NATIONALITE EN FRANCE

Les autorités compétentes pour régler ces questions.

Section I

Les sources.

Avant de vous les indiquer il est indispensable de traiter en quelques mots une question préalable fort simple, mais très importante et sur laquelle il ne faut jamais avoir d'hésitation.

Compétence exclusive de chaque Etat en matière de nationalité

La législation sur la nationalité qui sera maintenant exposée - et ce que nous allons dire de la France doit se dire de n'importe quel pays - est la législation de la nationalité française, c'est-à-dire les conditions auxquelles la loi française donne la nationalité française ou la retire. Il a déjà été dit que dans notre matière il n'y avait presque pas de principes du Droit international public ou du droit des gens. En voici un cependant qu'il faut souligner au passage - on peut considérer que c'est un principe du droit des gens, consacré par la coutume internationale - que si tout Etat est souverain pour statuer sur sa nationalité, il ne peut statuer que sur sa nationalité. En d'autres termes, la loi française peut dire à quelles conditions on sera Français ou à quelles conditions on ne le sera pas, mais elle ne peut pas dire à quelles conditions on sera autre chose : Italien, Allemand, Belge, etc.... Cela sort entièrement de sa compétence, et ce serait certainement aller à l'encontre des principes consacrés du droit des gens que d'attribuer à un individu une nationalité d'un pays étranger, que ce pays ne donnerait pas lui-même. Sur ce point tout le monde est bien d'accord, les textes sur la nationalité ne sont que dans le sens acquisition ou perte de la nationalité française, ou négation de cette nationalité ; l'Etat français

Source : BIU Cujas

dira : vous n'êtes pas Français, quant à savoir ce que vous êtes ce n'est pas à nous à le dire, vous avez la nationalité du pays étranger qui veut bien de vous, et c'est à vous à prouver que tel pays vous accorde sa nationalité ; mais nous ne pouvons pas utiliser les textes français sur la nationalité pour dire, a contrario ou par réciprocité ou analogie, que l'individu possède telle nationalité étrangère.

D'ailleurs, les textes sur la nationalité sont toujours unilatéraux, ils disent : Est Français, n'est pas Français , ou perd la nationalité française. Il y avait cependant un texte aujourd'hui abrogé, de la loi de I889, qui était mal rédigé, c'était l'ancien article 8, I° du Code civil dans la rédaction qu'il avait reçue en I889. Il disait que l'enfant naturel prenait la nationalité de celui de ses deux parents qui l'avait reconnu le premier. C'était une faute ; on pouvait dire : prend la nationalité française si celui de ses deux parents qui l'a reconnu le premier est un Français, mais si celui qui l'avait reconnu était un étranger, nous ne pouvions pas dire qu'il prenait la nationalité de son père. Sur le fond on n'a jamais eu de doute, mais en prenant le texte au pied de la lettre, il avait l'air de statuer sur la nationalité étrangère. On l'a, d'ailleurs, fait remarquer et les auteurs de la loi actuelle ont eu soin de donner à celle-ci une rédaction purement unilatérale.

Donc on prouvera sa qualité de Français en utilisant le droit français ; on prouvera sa qualité d'étranger en se servant des moyens dont dispose la loi étrangère.

Bibliographie

Il faut signaler au point de vue bibliographique les deux ou trois études les plus importantes sur ce sujet : Maury, dans le Répertoire de Droit international, qui a déjà une dizaine d'années, étude excellente, très approfondie ; l'ouvrage de M. Louis Lucas, sur la Nationalité française ; et une étude statistique du plus haut intérêt qui a paru récemment, faite par le service de la Statistique générale de la France, intitulée "Les naturalisations de I870 à I940", parue sous le titre "Etude démographique n° 3" à l'Imprimerie nationale, en I942 ; c'est une révision générale, sous l'angle de la statistique, du problème de la nationalité française depuis I870.

Les textes de base

Quels sont les textes en vigueur actuellement sur cette matière en France ? Le texte de base est la loi du I0 Août I927 : elle constitue la charte de la nationalité ; on trouve, en tête des petits codes Dalloz, cette loi. Cette loi qui date de près de I6 ans, a été modifiée exactement par I6 lois jusqu'ici, soit intégrées dans son texte, soit restées en dehors.

Source : BIU Cujas

Voici exactement la liste des textes qui régissent actuellement la matière de la nationalité :

Les articles I à 5 de la loi du I0 Août I927 ont été assez fortement touchés par un très important décret-loi du I2 Novembre I938,

L'article 6 a été modifié 5 fois, d'abord par une loi importante du I9 Juillet I934, puis par deux lois qui paraissent bien n'avoir visé que des cas très particuliers et qui n'ont plus d'intérêt pratique, une loi du 20 Août I936 et une loi du 20 Mai I937 ; enfin par un décret-loi du I2 Novembre I938 et une loi du I5 Septembre I943.

L'article 7 de la loi a été modifié par le décret du I2 Novembre I938, lequel a ajouté à la loi un article 7 bis,

L'article 8 a été modifié deux fois par le décret-loi du I2 Novembre I938 et par un décret-loi du 9 Septembre I939, texte de guerre. Il a été ajouté un article 8 bis par le décret-loi du I2 Novembre I938.

L'article 9 de la loi a été modifié et par le décret-loi du I2 Novembre I938 et par un décret-loi important du 9 Mars I940.

L'article I0 a été modifié par le décret-loi du I2 Novembre I938 et par la loi du I6 Juillet I940.

Enfin l'article I4 a été modifié par le décret-loi du I2 Novembre I938 et par le décret-loi du I9 Octobre I939.

Les textes complémentaires

Voici maintenant divers textes qui sont restés en dehors, ce sont des lois complémentaires et qui règlementent notre matière sur tel ou tel point : les uns sont des textes valables pour la durée de la guerre, les autres s'appliqueront d'une manière permanente.

D'abord l'application de l'article I de la loi pendant la guerre, a été fixée par le décret-loi du I9 Octobre I939 ; puis l'application permanente de l'article 3 modifié par un décret-loi du 25 Août I937 qu'on aurait été plus avisé d'insérer dans la loi. Puis un texte sur l'adoption, l'article 345 du Code civil modifié par le décret-loi du 29 Juillet I939, portant Code de la famille, et l'article I06 du Code, contiennent des dispositions sur la nationalité de l'enfant adoptif.

Voici maintenant des textes sur les délais en matière de nationalité pendant la guerre actuelle : une loi du 28 Octobre I940 et une autre du I9 Mai I94I sur la suspension de certains délais ; ensuite trois lois sur la révision des acquisitions de nationalité faites depuis I927 : loi du 22 Juillet I940, complétée par deux lois du I3 Novembre I940 et 2I Mars I94I. Puis une série de lois sur la déchéance de la nationalité, exactement 7 lois ; la loi de base du 23 Juillet I940, une deuxième du I0 Septembre I940, une 3ème du I3 Septembre I940, une 4ème du 28 Février I94I, une 5ème du 8 Mars I94I,

Source : BIU Cujas

une 6ème du I7 Octobre I942 et une 7ème du I9 Avril I943.

Enfin, une série de textes sur l'exercice des fonctions publiques ou professions plus ou moins assimilées à celles-ci : loi du I7 Juillet I940 pour les fonctions publiques, remplacée par la loi du 3 Avril I94I complétée à son tour par la loi du I9 Août I942 ; la profession de médecin, loi du I6 Août I940 remplacée par une loi du 26 Mai I94I ; la profession d'avocat, une loi du I0 Septembre I940, remplacée par une loi du 6 Novembre I94I ; la profession d'officier ministériel, loi du 6 Novembre I94I.

Telle est la liste à peu près complète des textes qui règlementent la nationalité. Nous avons donc la loi de base de I927 et, pour des points spéciaux, soit pendant la guerre soit même d'une façon permanente, il faudra tenir compte des textes que je vous ai indiqués.

Législation applicable aux colonies

Cette législation ne concerne que la métropole ; quelle est la législation applicable dans les colonies ?

A cet égard, il faut distinguer deux sortes de colonies. Il y a des colonies que l'on pourrait appeler les colonies métropolitaines, bien que l'expression paraisse peu exacte ; ce sont celles qui, d'habitude, sont régies par la même loi que la métropole. Ainsi notre loi sur la nationalité contient un article final disant : "la présente loi est applicable à la Guadeloupe, la Martinique, la Réunion et l'Algérie". Quant aux autres colonies, elles sont, au point de vue législatif, soumises à ce que l'on appelle le régime des décrets ; la loi française ne s'y applique que lorsque l'introduction en est faite dans les colonies par les décrets et avec les adaptations nécessaires.

Un décret général est intervenu, décret du 5 Novembre I928. Il suffit donc de savoir que le droit de la métropole ne s'applique pas de plano à l'ensemble des colonies, mais qu'il faut, pour certaines, qu'il fasse dans chacune l'objet d'une introduction.

Voyez pour les Colonies, le Répertoire Droit international V°.Nationalité aux colonies.

Unité de la nationalité française

D'où une question qui se pose, question dogmatique importante : puisque les règles de la nationalité ne sont pas les mêmes dans toutes les colonies et dans la métropole, y a-t-il pluralité de nationalités ? Y a-t-il une nationalité française, une nationalité malgache et une nationalité des diverses colonies, etc...

Non, alors même que les conditions de fonctionnement des lois sur la nationalité ne sont pas les mêmes dans la métropole et dans toutes les colonies, la nationalité elle, est la même, elle est universelle. On l'atteint ou on en sort

Source : BIU Cujas

par des portes différentes, mais quand on l'a, c'est toujours une seule et même nationalité ; ce qui veut dire qu'un colon ou un Français de la métropole ont, dans un pays étranger, la même nationalité, il n'y a pas des nationalités françaises et des nationalités coloniales ; un individu possède et ne peut posséder que la nationalité de la France.

A cet égard, il y a une erreur encore trop répandue contre laquelle il convient de se mettre en garde, car elle correspond à quelque chose qui est faux et qui est, d'autre part, blessant et choquant pour cette partie de la France que constituent nos colonies. C'est de dire que les indigènes des colonies ne sont pas des Français, parce qu'ils n'ont pas les droits politiques.

Caractère interne de la distinction entre citoyens et sujets

La distinction des sujets et des citoyens est en effet à la base du droit public des colonies, nous y avons déjà fait allusion. C'est une distinction de droit public administratif purement interne, qui n'a pas de valeur externe. Hors de France, un Algérien ou un Malgache ou un individu quelconque originaire d'une colonie est traité comme un Français, au même titre que les autres. Politiquement parlant, la distinction du sujet et du citoyen n'a pas d'aspect international.

Cette question se posa notamment lors des travaux du Code. Un des orateurs, Siméon, en présence de Bonaparte qui présidait la séance du Conseil d'Etat, s'était posé la question de savoir si les indigènes des colonies françaises étaient ou non des Français. Et Bonaparte qui, s'il n'était pas juriste, avait, dans tous les cas, beaucoup de bon sens et indiscutablement du génie, sentit immédiatement ce qu'il y avait d'inadmissible dans cette question et s'emportant, demanda s'il avait bien sa tête sur ses épaules pour entendre une pareille question. Bien entendu, déclara-t-il, les indigènes des colonies sont, comme les autres, des Français.

Depuis lors, des textes ont consacré cette solution : pour l'Algérie un senatus consulte de 1865, art. I : "l'indigène musulman est Français". On ne peut donc pas dire que les sujets indigènes des colonies ne possèdent pas la nationalité française.

Tout récemment le Conseil d'Etat a été appelé à donner son avis, le 27 Décembre 1934 (Revue 1936, p. 441), dans lequel il s'exprime de la façon la plus nette : "Considérant que les indigènes de l'Algérie et des colonies sont sujets français (et non étrangers) et que dès lors leur admission dans les droits de citoyens ne peut pas s'appeler une naturalisation" ; puisqu'ils sont déjà français, on ne peut pas naturaliser quelqu'un qui n'est pas étranger.

Donc, pour conclure sur ce point, bien que les règles d'acquisition de la nationalité puissent varier selon les ter-

Source : BIU Cujas

ritoires de l'Empire français, la nationalité acquise ou perdue, le cas échéant, est politiquement et internationalement la même.

Il ne sera exposé ici, pour des questions de temps que la nationalité de la métropole.

Avant de terminer cette première section, il faut dire un mot des protectorats et des territoires sous mandat.

Nationalité des pays de protectorat

Le territoire sous protectorat français, comme tous les protectorats en général, diffère essentiellement de la colonie c'est une règle bien consacrée du droit des gens. La colonie fait partie du territoire national, le ressortissant de la colonie est un Français ; le protectorat n'est pas un territoire national. S'il s'agit d'un protectorat français, le territoire sous protectorat français n'est pas un territoire français, il devient une souveraineté locale. Ces territoires ont encore à leur tête un souverain : la Tunisie a son souverain, le bey de Tunis; le Maroc a son souverain qui est le Sultan . Il existe donc - et ceci n'est pas du domaine de la controverse, c'est incontestable - une nationalité tunisienne et les Tunisiens en France sont des étrangers ; on peut leur faire un traitement de faveur sur tel ou tel point, c'est d'ailleurs particulièrement opportun, mais ce sont des étrangers ; il en est de même pour les Marocains, il existe une nationalité marocaine.

Il faut donc savoir que dans ces territoires il y aura une nationalité indigène et aussi une nationalité française qui a été créée pour les Français et en général pour les Européens qui s'y fixent et qui y font souche ; en effet, l'Européen qui se fixe en Tunisie ou au Maroc ne peut pas devenir un Tunisien ou un Marocain, il ne peut pas recevoir la nationalité indigène, parce qu'il serait pris par l'ensemble des institutions indigènes et confessionnelles.

Les territoires sous mandat

Quant aux territoires sous mandat, ils sont encore plus étrangers que les territoires sous protectorat : ce sont des territoires qu'un certain nombre de grandes puissances ont reçu mandat d'administrer pendant un certain temps. Touchant spécialement la Syrie et le Liban, il y a une nationalité syrienne, une nationalité libanaise, édictées par des arrêtés du Haut-Commissaire de 1925, et qui n'ont aucun point commun avec la nationalité française ; c'est ce qu'on appelle les mandats du groupe A.

Quant aux autres mandats du groupe B et du groupe C il y a une législation édictée par la puissance mandataire pour déterminer quels sont ceux qui sont ressortissants du territoire. On n'emploie pas l'expression de nationalité, on dit "administrés français" pour les mandats B et C.

Source : BIU Cujas

Section II

Autorités qui s'occupent en France des questions de nationalité.

Rôle de la Chancellerie

La matière de la nationalité relève, au point de vue administratif, du ministère de la Justice ; on entend parler sans cesse de la Chancellerie, de la jurisprudence, de la pratique de la Chancellerie. C'est un autre mot pour désigner le ministère de la Justice ; c'est lui qui, en France, a parmi ses attributions la question de nationalité. Si on a une contestation avec l'Etat à ce sujet, c'est le ministre de la Justice qu'on actionne pour faire statuer, il est le représentant de l'Etat français en matière de nationalité, sauf en matière de recrutement militaire ou, exceptionnellement, c'est le préfet.

Le service de la nationalité, qui est un service du ministère de la Justice, s'appelle le Bureau du Sceau. En réalité, il ne s'occupe plus beaucoup des questions de sceau, il s'occupe surtout des questions de nationalité ; c'est une sous-direction rattachée à la direction des affaires civiles.

Compétence en matière de nationalité

Ce service du ministère de la Justice, bureau du sceau, n'est, quelle que soit son importance, qu'un service administratif; il n'a donc que l'autorité que peut avoir l'administration et ceci nous conduit à un autre problème, celui du contentieux de la nationalité. En France, qui a le pouvoir de trancher les contestations en matière de nationalité ? Ce n'est certainement pas un bureau administratif, car l'administration ne rend pas la justice, c'est une question déjà vue en Droit administratif ; on parle quelquefois de la jurisprudence de la Chancellerie, l'expression n'est pas exacte si l'on entend par là la pratique de la Chancellerie, la Chancellerie a ses règles qu'elle suit et qu'on appelle sa jurisprudence, mais ce n'est pas vraiment une jurisprudence et la Chancellerie ne peut pas trancher une contestation.

Comment se tranchent donc les contestations en matière de nationalité ? Il faut distinguer deux hypothèses.

Première hypothèse : les décisions déclaratives.

Deuxième hypothèse : les décisions constitutives.

Nous les définirons d'un mot : les décisions déclaratives sont celles qui tranchent la question de savoir quelle est

Source : BIU Cujas

en ce moment la nationalité d'un individu, comme un tribunal tranche la question de savoir si c'est Durand ou Dupont le créancier ; il tranche l'état actuel du droit, il déclare le droit actuel.

Il y a une deuxième catégorie de décisions, moins importantes, qui sont constitutives : elles ne disent pas quelle est la nationalité d'un individu, elles créent une nationalité ou elles la retirent ; elles sont constitutives comme un jugement de divorce est constitutif.

§ I - Décisions déclaratives.

Comment elles interviennent à titre d'incident

Elles se présenteront toutes les fois qu'il y aura une contestation accessoire à propos de la nationalité. Par exemple, l'article 3 du Code dit que la capacité des individus est soumise à leur loi nationale ; donc dans un procès sur une question de capacité peut se greffer une question de nationalité. Des questions préjudicielles de nationalité se présenteront ainsi à propos de quantités de procès civils, toutes les fois que le problème de la nationalité commandera la solution. Il faut donc une juridiction qui puisse trancher ces cas.

A titre principal

Il se peut aussi qu'en dehors de toute contestation un individu ait besoin de savoir quelle est sa nationalité ; il peut s'adresser à l'administration, mais celle-ci ne lui donnera jamais qu'un avis et il voudrait vraiment être fixé. Peut-il demander l'avis d'un tribunal ? Les tribunaux ne donnent pas d'avis, ils tranchent les contestations mais ils ne donnent pas de consultations, ils rendent des jugements. On verra que la difficulté a pu être tournée.

Compétence du tribunal civil

Tout cela soulevait beaucoup de difficultés mais aujourd'hui, petit à petit, une grande clarté a fini par s'y introduire: toutes les fois qu'une question contentieuse de nationalité se présente d'une façon directe ou indirecte, le seul tribunal compétent en France est le tribunal de droit commun ; l'on entend par là le Tribunal de première instance, c'est-à-dire le tribunal civil ou, ce qui revient au même, le tribunal correctionnel ; souvent les questions de nationalité sont accessoires à une affaire correctionnelle : un étranger a été expulsé, il n'est pas parti, on le poursuit devant le tribunal correctionnel parce qu'il a encouru une peine pour être resté en France ; et là il vient dire "je suis Français". S'il est Français on ne peut pas l'expulser et il n'a pas pu commettre une faute en restant en France.

Source : BIU Cujas

Le tribunal doit donc statuer sur la question préjudicielle de nationalité.

Par contre, sont radicalement incompétents et d'une incompétence ratione materiae:

Incompétence de la juridiction administrative

I)- tous les tribunaux administratifs, Conseil d'Et compris. Le Conseil d'Etat ne peut pas statuer dans les questions de nationalité ; elles se sont souvent présentées devant lui, pour savoir si une personne pourra exercer une fonction publique, si un individu a pu s'engager dans l'armée française, si un individu a été justement incorporé. La question de nationalité surgissant devant le Conseil d'Etat, celui-ci ne peut pas en connaître ; il y a une question préjudicielle ; la juridiction sursoit à statuer jusqu'à ce que le Tribunal de droit commun que l'on devra saisir, ait rendu sa décision.

Donc jamais une juridiction administrative actuellement ne peut rendre un jugement déclaratif en matière de nationalité, à moins que - c'est la seule réserve que le Conseil d'Etat ait faite - le moyen soulevé soit tellement faux et apparaisse tellement dilatoire à première vue que l'on soit en présence d'un procédé inadmissible ; il est alors inutile d'aller devant le tribunal de droit commun.

Incompétence des juridictions d'exception

2)- Parmi les tribunaux judiciaires n'auront jamais le droit de statuer sur la nationalité, les divers tribunaux suivants ; le Tribunal de commerce - il se peut que, pour une question commerciale quelconque on ait besoin de savoir la nationalité de l'individu ; le tribunal de commerce va surseoir à statuer jusqu'à ce que le tribunal civil ait rendu sa décision-.

Les tribunaux de paix et les conseils de prud hommes sont incompétents pour statuer dans les questions de nationalité.

Enfin, les tribunaux d'exception au sens le plus large du mot, en matière pénale, c'est-à-dire les tribunaux militaires, maritimes, ne peuvent pas connaître des questions de nationalité qui sont du ressort du tribunal civil.

Possibilité d'assigner le ministère public

Il y a des individus qui auraient intérêt à être fixés sur leur nationalité mais, pour cela, il faut un procès. Evidemment on pourrait trouver une personne de bonne composition qui accepte de jouer le rôle de comparse dans le procès, mais ce n'est pas très pratique. Aussi, certains ont-ils pensé que, sans demander des consultations aux tribunaux, on pourrait faire un procès au ministère public en disant : je prétends que je suis Français; est-ce que vous me déniez cette qualité de Français ? On a commencé par protester, par dire "ce n'est pas possible, c'est

Source : BIU Cujas

une consultation déguisée". Puis, on s'est rendu compte de l'immense intérêt que cela pouvait présenter et aujourd'hui, sans que l'on puisse affirmer que la question soit bien tranchée, il y a des tribunaux, et notamment le Tribunal de la Seine dont la jurisprudence est bien établie en ce sens ; on peut saisir le tribunal non pas d'une manière concrète, à propos d'un procès déterminé, mais d'une manière abstraite, en actionnant le ministère public, et le ministère public accepte de défendre ; il intervient comme partie principale, il représente l'Etat français et il conteste ou accepte la demande de nationalité. Il y a donc là quelque chose de très pratique pour ceux qui ont besoin d'avoir un titre, car la décision ainsi rendue a une autorité absolue ; en effet, un arrêt de la Cour d'appel de Paris que nous connaissons a décidé en 1941 que "la matière de la nationalité étant une matière de droit public, les jugements rendus, au moins lorsque le ministère public est mis en cause, ont l'autorité absolue". C'est là une pratique extrêmement heureuse qui a été inaugurée d'une façon purement prétorienne et qui peut être considérée comme consacrée à Paris.

Justification de la compétence du tribunal civil

Sur le terrain de l'argumentation, que faut-il penser de cette thèse d'après laquelle les tribunaux civils sont seuls compétents ? Elle s'impose d'abord en vertu de la tradition ; en second lieu parce qu'il s'agit d'une question d'état des personnes et que l'état des personnes relève des tribunaux civils. Mais il n'y a pas de texte de principe, il n'y a que quelques textes d'exception qui confirment la règle : article 5 de la loi de 1927 sur un point précis, qui dit que l'on aura recours devant le tribunal civil. Ce texte n'édicte pas une solution de dérogation, mais au contraire, fait l'application d'un principe général que la loi n'a formulé nulle part. Puis la loi sur le recrutement, aux termes de laquelle toutes les contestations sur la nationalité nées à propos du recrutement militaire doivent être, par dérogation, portées devant le tribunal civil, le conseil de révision ne pouvant pas statuer sur elles. Ici, il y a une dérogation au droit commun : les contestations de nationalité, qui surgissent à propos des conseils de révision, doivent être intentées contre le préfet, ou par le préfet contre l'individu. C'est un cas exceptionnel.

La jurisprudence française est constante et la question ne se discute donc pas : seul le tribunal civil peut connaître des questions de nationalité.

§ 2 - Décisions constitutives.

Ce sont les décisions qui, au lieu de dire, comme les décisions déclaratives, à un individu "vous avez la nationa-

Source : BIU Cujas

Position du problème

lité française" ou "vous ne l'avez pas" donnent la nationalité ou la retirent. Il y a peu de décisions constitutives en droit civil. Peut-on confier aux tribunaux le rôle de statuer sur la création ou sur la déchéance de la nationalité française ? Certainement non, parce que, à moins qu'il ne s'agisse d'un pur point de droit, l'obtention de la nationalité française, toutes les fois qu'elle soulève une question d'appréciation, et le retrait de celle-ci, sont des questions de caractère politique. Or, le juge est fait pour statuer sur des textes, sur des questions de droit et non pas sur des points d'appréciation politique. C'est donc ici à l'un des rouages administratifs, le cas échéant, à une juridiction administrative qu'il appartient de statuer, puisqu'il y a là un problème d'opportunité politique qui est bien dans le rôle de l'administration ; sur ce point notre législation a suivi une évolution.

Hésitations de notre législation

La question ne se pose pratiquement que pour la déchéance de la nationalité française : à qui doit-on confier le soin de prononcer cette déchéance ? La loi de 1915 a confié ce soin au Conseil d'Etat, ce qui était la solution logique, le Conseil d'Etat apparaissant ici comme un rouage de l'Etat ; mais rapidement on a pensé qu'il n'y aurait pas suffisamment de garanties au profit des intéressés et une loi de 1917 a dessaisi le Conseil d'Etat pour charger le tribunal civil de statuer sur ce point. C'est ce qu'avait maintenu la loi de 1927. Or, pratiquement, le nombre de déchéances était infinitésimal et, d'autre part, on s'est aperçu à l'usage que, malgré tout, les tribunaux judiciaires étaient gênés pour prononcer ces déchéances lorsqu'il s'agissait d'apprécier une attitude politique d'un individu, lorsqu'il appartenait à un parti ou à un autre ; dès lors, les tribunaux ne prononçaient pas ou presque pas de déchéances de la nationalité. On est donc revenu, depuis 1938, à une solution plus logique : c'est le Conseil d'Etat qui donne un avis - il ne tranche pas la question - au gouvernement, car c'est une mesure de haute politique dont le gouvernement doit avoir le droit et la haute responsabilité ; parfois il est lié par l'avis du Conseil d'Etat, parfois il n'est pas lié.

Source : BIU Cujas

Chapitre III

EVOLUTION DE LA LEGISLATION FRANCAISE

Etant donné que la matière de la nationalité est un élément constitutif de l'Etat, il va de soi que les circonstances politiques agissent sur la configuration de cette législation, de cette règlementation. Comme les circonstances politiques varient suivant les périodes de l'histoire, il y a ici une évolution toujours liée à des circonstances politiques au sens large du mot. Le mieux est de suivre un peu l'histoire suivant les diverses périodes.

§ I - l'ancien Droit.

Nationalité d'origine à base territoriale

Dans l'ancien Droit, si nous envisageons la nationalité d'origine, la nationalité de naissance, le système suivi est, à peu près invariablement , celui de la nationalité territoriale : l'individu prend la nationalité du lieu ou il est né. Le lien du sang, c'est-à-dire l'idée de filiation, n'est pas retenu et cela se comprend. A l'époque féodale, qu'est-ce qui importe au seigneur ? C'est de donner la nationalité à ceux qui naissent sur la seigneurie sur lesquels il pourra exercer ses droits et qui auront vis-à-vis de lui des obligations, tandis que l'individu dont la famille est partie, s'est fixée sur une autre seigneurie ne l'intéresse plus puisqu'il ne pourra en tirer aucun service féodal à son profit. La féodalité entraînait nécessairement à dire que ce qui compte, c'est le lieu de naissance. A cette hypothèse, on peut appliquer la parole du moine Francisco de Vittoria : "L'enfant est un citoyen du sol", il est vraiment rattaché au lieu de sa naissance.

Ce système a subsisté au-delà de la féodalité, jusqu'à la Révolution française. Sous la période monarchique, si les frontières intérieures ont disparu, si l'unité s'est établie au profit du royaume, c'est toujours le lieu de naissance qui a déterminé la nationalité, c'est-à-dire la qualité de regnicole. Bacquet, l'auteur bien connu du XVIIème siècle, nous dit : "Quiconque nait hors de France est un aubain". Le mot

Source : BIU Cujas

"aubain" que nous rencontrons pour la première fois, est une expression employée en ancien droit pour désigner les non-français, les étrangers. Au contraire, quiconque nait en France est un régnicole et, par conséquent, il jouit de tous les droits du ressortissant du roi. Voilà l'opinion suivie sans discussion encore au XVIIème siècle.

On aurait pu penser que, dès la fin de l'ancien Régime cette situation s'atténuerait un peu, qu'on assouplirait la notion de territoire et qu'on ferait intervenir un peu la notion de filiation. Il ne semble pas cependant qu'il en soit ainsi, bien qu'on ne connaisse pas très bien la législation de la nationalité sous l'ancien Régime ; Pothier, à la veille du Code nous dit encore : la seule naissance dans le royaume donne les droits de régnicole indépendamment de l'origine des parents. Voilà l'opinion de Pothier, qui représente l'opinion courante de la fin de l'ancien Régime. Il semble donc que l'on puisse affirmer que tout l'ancien droit n'a connu qu'une seule nationalité d'origine, la nationalité du lieu de naissance, pour des raisons de caractère politique, parce que l'individu qui s'était expatrié n'était plus intéressant pour l'autorité publique, parce qu'il ne pouvait plus lui rendre les services qu'elle en attendait.

La nationalité dérivée

Quant à la nationalité dérivée, c'est-à-dire acquise au cours de l'existence, l'individu qui quitte le territoire dont il a la nationalité, - à l'époque féodale celui qui quitte la seigneurie pour se fixer dans une autre - rompt son allégeance avec le seigneur et cela entraîne une rupture de son allégeance de droit. Il y a même eu une époque où tout individu d'une autre seigneurie était considéré, non seulement comme n'ayant pas de nationalité, mais comme esclave, c'est-à-dire comme serf. En se rendant dans une autre seigneurie il perdait jusqu'à sa qualité d'homme libre. Donc l'individu qui quitte la seigneurie n'appartient plus à l'ancienne seigneurie et le nouveau seigneur peut se l'agréger.

C'est la règle qui fut généralisée sous l'ancien Régime, et le roi accordait assez libéralement la qualité de regnicole à des étrangers soit individuellement, à raison de leur valeur, soit quelquefois à des groupes, une fois pour toutes : toute personne venant de telle province, ou tout individu venant de telle ville étrangère dans le royaume sera de plein droit considéré comme regnicole. On appelait ces documents royaux les lettres de naturalité. Sur cette question un jour nouveau vient d'être projeté par une très bonne étude des documents de l'ancien Droit, une thèse de M. Boizet, Paris, 1943 : "les lettres de naturalité".

Bref, l'établissement définitif d'un individu abou-

Source : BIU Cujas

tissait tôt ou tard, et presque inévitablement à ce que l'individu prit la nationalité du pays où il était ainsi fixé; normalement tout étranger fixé dans le royaume recevait tôt ou tard les lettres de naturalité et le Français établi à demeure à l'étranger était considéré comme ayant perdu la nationalité française à raison de son établissement sans aucun esprit de retour, et ses enfants n'étaient pas Français.

Les traités diplomatiques

Il y avait même des traités diplomatiques qui consacraient cette solution ; par exemple un traité intervenu le 28 Juin 1672 entre le roi de France et la régence de Tunis, d'où résultait que tous les Français qui allaient se fixer dans le domaine de la régence de Tunis perdaient la nationalité française et devenaient ressortissants de Tunis et qu'inversement, les sujets du bey de Tunis qui venaient s'établir en France, automatiquement, devenaient Français, se voyaient conférer la qualité de régnicole. Il n'y avait donc pas besoin de lettres de naturalité, le traité avait décidé une fois pour toutes, dans les rapports de la France et de la Tunisie, que les individus fixés définitivement sur l'un des deux territoires en prendraient la nationalité.

On peut donc conclure de cette rapide revue que l'ancien Droit pratiquait la nationalité territoriale ; il la pratiquait de façon absolue pour la nationalité de naissance et, pour la nationalité dérivée, grâce aux lettres de naturalité, il absorbait assez rapidement les individus qui venaient se fixer sur son territoire.

Tel fut l'état du Droit jusqu'à la Révolution française.

§ 2 - Période intermédiaire.

Les transformations de la nationalité dans le Droit intermédiaire

Nous avons commencé ce chapitre en remarquant que la matière de la nationalité est fonction des idées politiques. Il va de soi que la période intermédiaire, qui est un grand remous d'idées politiques diverses, ne peut pas ne pas avoir influé sur la matière de la nationalité. Cette influence se manifeste par de nombreux textes; il y a eu une grande activité constitutionnelle à ce moment et les diverses constitutions de la période intermédiaire contiennent des dispositions sur la matière de la nationalité. Sans entrer dans les détails, nous chercherons à dégager l'esprit d'ensemble de cette période où l'on voit, pour la première fois, intervenir, à côté d'un élément territorial qui est maintenu, un deuxième élément qui vient s'y adjoindre parallèlement en quelque sorte, l'élément de famille. Ce qui caractérise la législation de la période intermédiaire, c'est qu'elle fait appel à deux notions pour déterminer le Français; la notion de territoire et la notion de famille.

Source : BIU Cujas

I - Maintien de la nationalité territoriale.

La période intermédiaire conserve la nationalité territoriale, c'est-à-dire que l'individu qui naît en France est Français ; il n'y a donc rien de nouveau comme solution. Mais si la solution n'est pas nouvelle, la construction est entièrement modifiée et c'est cela qu'il est important de retenir. Sous l'ancien Régime, l'individu prend la nationalité du lieu de sa naissance pour des raisons se rattachant au service féodal d'abord, au service du roi ensuite; l'individu appartient au sol parce que c'est de cette manière qu'on peut l'utiliser, c'est une considération de caractère politique. La Révolution gardera le résultat mais le construira tout autrement, sur une base politique issue des conceptions nouvelles : l'individu qui naît en France prendra la nationalité française, non pas du tout comme une charge qu'on lui impose, - car c'était la conception de l'ancien Régime, on prenait l'individu qui naissait sur le territoire de la seigneurie ou du royaume et on lui imposait la nationalité dans l'intérêt du souverain - mais il la prendra dans son intérêt. Dès l'instant où il est né sur une terre où un certain nombre d'idées nouvelles ont germé et se développent, il a le droit au bénéfice de la nationalité du pays dans lequel il a vu le jour.

Maintien des solutions anciennes sur des arguments nouveaux

On peut donc considérer que la nationalité du lieu de naissance, nationalité territoriale, découle cette fois des droits de l'Homme, des droits de l'individu. C'est dans l'intérêt de l'individu, parce qu'il a eu la bonne fortune, la chance de naître sur une terre où un certain nombre d'idées se sont développées, qu'il a le droit d'en prendre la nationalité.

C'est ainsi que les divers textes de cette période accordent à l'individu, par cela seul qu'il est né sur le territoire français, la nationalité française. On cite en ce sens un voeu qui a été émis sur la proposition de Danton, ainsi conçu "Tous les hommes qui sont nés en France sont Français", et c'est ce voeu qui fut ensuite réalisé.

Le résultat n'est pas changé, mais la construction est tout à fait différente.

2 - Apparition de la nationalité à base familiale.

Celle-ci est entièrement nouvelle, puisque l'ancien Régime ne l'a pas pratiquée. Pour la première fois nous allons voir un individu prendre la nationalité française à sa naissance, abstraction faite du lieu où il est né. On ne tiendra pas compte du territoire, mais parce que sa famille est une famille française, l'enfant sera Français. Naturellement, cette disposition ne jouera pas au profit de l'individu qui naît en

La solution nouvelle

Source : BIU Cujas

France, puisqu'il est Français à raison du droit qu'il tire de sa naissance en France ; il s'agit de l'enfant d'une famille française qui naît à l'étranger. Pendant tout l'ancien Régime l'enfant d'une famille française qui naît à l'étranger est un aubain, ce n'est pas un Français, ce n'est pas un régnicole. Maintenant, et pour la première fois, l'individu qui naît hors de France d'une famille française, qui est par sa filiation rattaché à des Français, possède la nationalité française.

La construction doctrinale

Comment en est-on venu à cette idée entièrement nouvelle, quelle en a été la construction ? Elle est tout entière dans la logique des idées de l'époque. Une des grandes données de politique internationale qui a dominé et influé sur tout le XIXème siècle est le principe des nationalités, c'est-à-dire que tous les groupements d'une certaine ethnie, ayant communauté de race, de langue, et de religion, doivent être élevés au rang d'Etat. Au nom de ce grand principe de la Révolution française, les unités nationales de divers pays d'Europe se sont constituées au cours du XIXème siècle.

Tel étant le point de départ, c'est-à-dire une certaine idéologie, il en résulte que l'individu d'une famille française appartient à un groupe ethnique qui est le groupe français. Si on lui donne la nationalité du pays dans lequel il vient à naître, il sera le ressortissant politique d'un groupe auquel il ne correspond pas par ses caractères ethniques ; or, c'est le caractère ethnique qui doit seul donner la nationalité de l'individu ; il prendra donc la nationalité de sa famille. Cette nationalité familiale est donc une sorte d'auto-défense de la famille française expatriée qui ne fut jamais très nombreuse. C'est une idée nouvelle car, sous l'ancien Régime, on n'avait pas cette conception ethnique, le droit des peuples n'avait jamais été reconnu ni consacré, l'individu qui s'expatriait ne comptait plus. Maintenant on vient dire, au contraire : l'individu expatrié appartient à son groupe ethnique, parce qu'il ne peut pas rompre son caractère ethnique, il prend donc la nationalité française.

La politique explique la combinaison des deux critères

Comment combiner ces deux critères qui paraissent contradictoires ? On dit d'une part : l'enfant d'un Français qui naît à l'étranger prend et garde la nationalité de ses ascendants et, d'autre part, l'enfant d'un étranger qui naît en France prend la nationalité française parce qu'il tire de sa naissance en France le droit aux avantages, aux garanties , aux libertés françaises.

Cette contradiction ne s'explique que parce que nous sommes dans une matière essentiellement politique. Si on les

Reproduction interdite

Source : BIU Cujas

prend, non pas sous l'angle juridique, mais sous l'angle politique, les deux notions s'harmonisent parfaitement. L'intérêt politique est, d'une part, de conserver ceux qui font partie de l'ethnie française ; l'intérêt politique est également de donner la nationalité à ceux qui sont nés sur le territoire français. Ce qui paraissait une contradiction au premier abord s'explique parfaitement, et nous verrons que c'est encore le régime de la législation française actuelle de faire appel à deux principes en apparence contradictoires mais convergents dans leur résultat final qui est de travailler dans l'intérêt politique du pays.

Grande extension de la nationalité dérivée

Quant à la nationalité dérivée, on s'est montré à cette période extrêmement large pour donner la nationalité toujours par application d'un même concept idéologique. L'individu qui, de l'étranger, vient se fixer en France au cours de l'existence, est dans un pays qui, par hypothèse, est tellement supérieur à tous les autres par ses institutions, par ses bienfaits, qu'il faut qu'on les lui accorde, puisqu'il vient s'y fixer définitivement. C'est ainsi que l'on a très largement accordé la naturalisation aux étrangers, en fixant des conditions faciles.

§ 3 - Le Code civil.

Comment le Code civil, qui règlementera la matière pour la plus grande partie du XIXème siècle, a-t-il résolu le problème qui, dans cette matière comme dans tant d'autres, a consisté à faire la soudure de l'ancien Régime et de ce qui pouvait être conservé du Droit Intermédiaire.

Le Code consacre en principe la nationalité familiale

Le Code a pris de la période intermédiaire pour en faire désormais, et pour la première fois dans notre histoire, la condition de principe du droit de la nationalité, la conception familiale. Le Code civil abandonne la nationalité de territoire : on n'est pas Français parce qu'on naît en France. Il abandonne cette idée qui se rattachait aux droits de l'individu : quiconque naît en France a droit aux bienfaits des institutions de ce pays. Par contre, c'est le régime de la nationalité familiale qu'il prend, qu'il conserve et dont il fait le principe exclusif. Il n'y a , dans le Code civil français de 1804, qu'une catégorie d'individus qui sont Français de naissance, ce ne sont plus ceux qui sont nés en France, ce sont ceux qui naissent d'une famille française. C'est ce que dit l'art. 10 al. 1, aujourd'hui abrogé : "Est Français tout enfant qui est né d'un

Source : BIU Cujas

Français même en pays étranger". Donc tout individu né d'un parent français, que ce soit en France ou hors de France, est Français. C'est l'idée ethnique de la période révolutionnaire qui est conservée, parce qu'elle est l'idée politique de la France depuis cette époque, et elle se traduit dans le droit de la nationalité.

On constate à quel point le lien est étroit et nécessaire entre les conceptions politiques et la règlementation de la matière de la nationalité : la considération d'après laquelle la nationalité doit être déterminée par le groupe auquel l'individu appartient est à la base du régime du Code civil de 1804.

Raisons de l'attitude du Code

Un certain nombre de circonstances expliquaient cette solution. D'abord la période où se fait le Code civil n'est pas particulièrement une période de calme ; il y a évidemment des répits, mais nous sommes sans cesse en période de guerre et les périodes de guerre ne sont jamais celles où l'on voit favorablement, en matière de nationalité, l'apport de l'étranger. D'ailleurs, il n'y a pas beaucoup d'étrangers en France à cette époque par suite des circonstances de guerre. Le nombre des étrangers à la fin de l'ancien Régime, était environ de 50.000, chiffre infime, dont moitié de Britanniques qui avaient disparu par suite des guerres de la période révolutionnaire. Donc, il y a peu d'étrangers et le nombre d'individus étrangers naissant sur le territoire français à raison de leur famille n'est pas bien grand. D'autre part, par suite de ce caractère renforcé du nationalisme qui existe toujours aux périodes de guerre, il en résulte qu'on sent la valeur plus grande de la nationalité française, qu'on ne veut pas la donner trop facilement à d'autres. On veut, au contraire, la maintenir à ceux qui la possèdent, défendre par conséquent la famille française.

Mais aussi une autre considération intervient, car tout cela est fort complexe, considération très importante. C'est qu'à cette époque, la population française est de beaucoup la plus forte de tous les pays d'Europe, la France compte 27 millions d'habitants à cette époque alors que le Royaume-Uni n'en a que 16 et que l'Allemagne, dont l'unité politique est loin d'être réalisée, ne compte environ qu'une vingtaine de millions d'habitants, l'Italie beaucoup moins. Un pays de très forte population n'a pas besoin, comme les pays de population faible, de s'agglomérer des individus hétérogènes ; à raison de sa forte population, la France peut être encore sévère, difficile sur les conditions d'entrée dans la nationalité française.

Les appréhensions de Bonaparte

Cependant, au cours des travaux du Code, nous voyons déjà poindre une préoccupation qui plus tard deviendra réalisation,

Source : BIU Cujas

et qui émane du chef de l'Etat, de Bonaparte. Bonaparte, bien que le nombre d'étrangers résidant en France ne soit pas considérable, a toujours derrière la tête l'idée du recrutement, l'idée du nombre de soldats. Il essaie au cours des travaux du Code devant le Conseil d'Etat d'obtenir que, sans toucher au principe que la nationalité française sera une nationalité de famille, que l'on complète le système en donnant aussi la nationalité à ceux qui sont nés en France. Ce n'est plus du tout dans l'intérêt des individus, c'est la politique de l'ancien Régime qui reprend, c'est le service féodal transformé, c'est une préoccupation de recrutement militaire. Mais cette tentative de Bonaparte, qui n'avait pas grand intérêt pratique parce qu'il y avait vraiment très peu d'étrangers dans le royaume, fut rejetée par le Tribunat et, en définitive, le Code de I804 ne connait qu'une nationalité dans l'article IO, la nationalité de filiation.

Ce n'est pas à dire qu'il ne tienne aucunement compte du fait de la naissance d'un individu sur le territoire français. Il dit à cet individu : "vous avez beau être né en France, vous n'êtes pas Français, vous n'êtes cependant pas un étranger comme les autres puisque vous êtes né sur le territoire français, nous allons vous offrir, si vous le voulez, de devenir français". Mais, et ce sont là les deux idées essentielles : "nous vous offrons et si vous le voulez". Par conséquent, l'individu naît étranger et, s'il profite de l'offre qui lui est faite de devenir Français, après sa naissance, il devient Français. Il n'y a donc le Code de I804 aucune dérogation au principe de la nationalité familiale, il n'y a qu'une catégorie de personnes qui naissent françaises, et ce sont celles qui sont nées d'une famille française.

§ 4 - L'évolution postérieure au Code.

Le système du Code civil qui traversera le XIXème siècle jusque dans son dernier quart, finira à son tour par être profondément modifié, remanié, pour des raisons toujours de caractère politique, c'est-à-dire pour des raisons de caractère militaire. Il convient d'en rechercher les causes .

La diminution relative de la population et les nécessités du recrutement

Si, en I804, la population française est la plus forte d'Europe, avec ses 27 millions d'habitants, elle n'a cessé depuis lors de décroître. Il y a en effet des augmentations relatives et des augmentations absolues au point de vue population. Evidemment, la population française est aujourd'hui de 40 millions, donc elle s'est accrue, mais elle n'a pas augmenté de 50 % tandis que la popula-

Source : BIU Cujas

tion de la plupart des pays d'Europe a augmenté de 150, 200, 250 % pendant la même période. La population française a donc diminué par rapport à celle des pays étrangers; des Etats qui n'existaient pas se sont constitués au cours du XIXème siècle et le service militaire obligatoire ayant été institué dans un grand nombre d'Etats alors que jusqu'alors la majeure partie de la population ne combattait pas, il en est résulté que la force d'un Etat s'est mesurée au nombre de ses habitants. La population française étant devenue plus faible que celle des Etats voisins, le nombre d'hommes qu'elle pouvait mettre en ligne pour la défense de l'intégrité du territoire baissait sans cesse par rapport aux pays étrangers ; d'où la nécessité de combler les vides.

Poussée vers la territorialité pour combler les vides

Nous allons alors assister à une ascension , une montée, qui deviendra une poussée massive à un moment donné, vers la territorialité, parce que la nationalité de famille ne donne plus assez. Il n'y a pas beaucoup de Français à l'étranger, il y en a peut-être 500.000, par conséquent les enfants de ces Français sont un nombre infime, mais plus il y a d'étrangers en France, plus ceux-ci viendront augmenter la masse de la population française et, par là même, la masse des soldats, si on parvient à l'absorber. Notre droit de la nationalité est hypothéqué depuis quelque 75 ans - c'est une idée qu'il faut avoir sans cesse à l'esprit, autrement on se perd dans ce qu'on croît être des contradictions mais qui n'est qu'un développement très harmonieux si on voit l'idée directrice qui est celle du recrutement - toute réforme du droit de la nationalité est donc hypothèquée par cette idée : augmenter le nombre des hommes susceptibles d'être appelés par le recrutement militaire.

Il est indispensable de revenir sur un point de statistique parce qu'il ne faut pas qu'à cet égard il existe le moindre doute dans les esprits : la population française était de 27 millions au début du siècle dernier, elle est maintenant de 40 à 41 millions ; il est donc bien évident qu'elle n'a pas crû dans la même proportion que celle des pays étrangers, et c'est ce qui compte. Mais il y a une autre considération qui est au moins aussi grave, qui résulte des travaux, très poussés, faits dans les dernières années par les démographes, c'est que l'accroissement d'environ 14 millions de la population française n'est qu'un accroissement très relatif. Dans ces 14 millions, environ 4 millions 500.000 sont dus essentiellement à l'apport étranger depuis le début du XIXème siècle et surtout depuis 1870. D'où il résulte que, sans l'immigration et le jeu de nos lois sur la nationalité, nous serions déjà environ 4 millions de moins et les 14 millions ne seraient déjà plus que 10 millions. Deuxième considération : les 10 millions subsistant ne sont nullement une force vive pour le

Source : BIU Cujas

pays, mais proviennent d'une constatation dont les démographes se lamentent avec raison, c'est le vieillissement de la population. Ce n'est pas un accroissement de forces jeunes, c'est le fait que l'on vit plus longtemps qu'au début du XIXème siècle, pour de nombreuses raisons , raison d'hygiène notamment, les grandes calamités sociales ayant été dans une certaine mesure jugulées. Mais c'est un fait que l'on vit plus tardivement, et l'observation des tableaux de la longévité humaine et de la répartition de la population française depuis quelque I5 ou 20 ans, d'année en année démontre que le nombre des anciens augmente et que le nombre des jeunes diminue. Ce phénomène dans les tableaux très bien faits de l'Alliance nationale contre la dépopulation française, est marqué par des épaules de jeunes qui sont forcées de porter un nombre de plus en plus grand d'anciens. D'après les statistiques ces I0 millions qui s'ajoutent aux étrangers proviennent du vieillissement de la population. Voilà donc une grande cause de faiblesse de la population française aujourd'hui. Au point de vue valeur spécifiquement française et utile, nous en sommes à peu près au même point qu'il y a I50 ans si nous supprimons les 4 millions d'étrangers qui ont été englobés et le vieillissement de la population, c'est-à-dire les gens qui ne sont plus aptes au service des armes, au service de la défense du pays et qui fatalement ne sont plus productifs et sont devenus un poids pour l'ensemble des plus jeunes qui doivent en supporter la charge.

Voilà la gravité du problème,qui vous explique que les nécessités pour la population française de pallier au mal ont dû faire accroître sans cesse la part de la nationalité de territoire dans la nationalité française. C'est ainsi que, sur ce chemin de descente de la population française, extrêmement grave, il y a au point de vue légal deux dates d'une très grande importance qui le jalonnent : la première c'est I889 et la seconde, c'est I927.

La loi de I889. Ses origines

En I889, c'est la date de la première loi militaire française, loi du I5 Juillet, qui a institué le service militaire obligatoire pour tous les Français, la nation vraiment armée. Jusqu'à la loi de I889, tout le monde ne servait pas, en I870, c'était la minorité de la population qui avait porté les armes, bien que la France de I870 ait eu une population infiniment plus forte que les Etats voisins, mais le service militaire n'était pas organisé comme il convient. De I870 à I889 il y a encore trop de personnes qui peuvent ne pas servir, le tirage au sort avait à cette époque une signification. En I889, pour la première fois dans notre histoire militaire, tout Français apte physiquement est astreint à un service de trois ans, sauf

Source : BIU Cujas

deux catégories : les étudiants, qui ne sont astreints qu'à un an de service militaire à la condition d'avoir obtenu certains diplômes avant un certain âge, et les soutiens de famille qui, eux aussi, font seulement un an de service militaire.

Cette loi du 15 Juillet 1889, loi dure pour la nation puisqu'elle a mis tout le monde sous les armes, ne pouvait pas laisser, en dehors de cette obligation considérée comme très lourde, d'abord parce qu'on en avait besoin et aussi parce que cela paraissait équitable, ceux qui, nés sur le territoire, y vivaient et en profitaient. Déjà, l'on avait été très choqué, pendant la guerre de 1870 de voir les fils d'étrangers nés en France, qui n'avaient jamais quitté le territoire et n'avaient pas envie de le quitter, s'être abstenus de participer à la défense du pays. On voulut cette fois, non pas leur faciliter la nationalité, mais la leur imposer dans un certain nombre de cas, et définitivement . Aussi les travaux de la loi sur la nationalité et ceux de la loi sur le recrutement, sont-ils menés parallèlement avec des contacts constants ; la loi de recrutement et la loi de nationalité sont travaillées ensemble, les interférences sont sans cesse établies de l'une à l'autre, l'autorité militaire tendant sans cesse la main pour demander des hommes et le rôle du législateur de la nationalité étant de tâcher de ramener dans le pays tout ce qu'il pourra trouver.

De la sorte ont paru deux lois fondamentales à quelques jours d'intervalle : la loi du 15 Juillet, loi de recrutement, et la loi du mois de Juin, loi de nationalité qui restera en vigueur jusqu'en 1927.

Le but de cette loi a été d'imposer la nationalité de naissance à toute une série d'individus ; nous retombons sous le système de l'ancien Régime pour des raisons qui ne sont plus les mêmes, mais toujours dans un but politique. On estime en effet que cette loi a répondu quantitativement à l'appel et aux espoirs qu'on fondait sur elle, et qu'on lui doit environ 3 millions d'individus devenus Français grâce à cette nationalité de naissance depuis cette époque, ce qui est évidemment non négligeable au point de vue effectifs.

La loi de 1889 conserve les cas du Code et en ajoute de nouveaux

Ainsi la loi de 1889, qui fut insérée dans le Code a mis presque sur le même plan deux principes en apparence contradictoires. On conserve le principe de la nationalité de famille : "est Français tout individu qui naît d'une famille française, quel que soit le pays où il naît", et en outre, "sont Français certains individus parce qu'ils naissent en France ; ils sont parfois d'une famille étrangère, on n'en tient pas compte.

Cette contradiction apparente, répétons-le, disparaît si l'on cherche l'idée générale, qui est l'intérêt politique du pays qui a besoin d'individus et qui les prend dans les compartiments où il croit pouvoir les trouver. Cette loi a donc

Source : BIU Cujas

donné beaucoup de nouveaux Français, dans un pays où l'immigration se faisait de plus en dense à la fin du XIXème siècle.

Les conséquences des pertes de I9I4

Une circonstance nouvelle allait montrer que ce mouvement de territorialisation avait besoin d'être poussé encore plus loin, c'est la guerre de I9I4-I9I8. La guerre de I9I4-I9I8 a coûté fort cher en hommes, d'abord les tués, puis les blessés, et les inaptes pour l'existence qui, par conséquent, ont été de médiocres reproducteurs ; puis le manque de population pendant les quatres années de la guerre. Tout cela constitue un déficit considérable, en présence duquel le pays s'est trouvé, une fois la guerre de I9I4 terminée.

Les nécessités de main d'oeuvre

D'autre part, il y a eu en France un besoin énorme de main d'oeuvre, comme il arrive toujours après une guerre qui a duré un certain temps, où il y a beaucoup de travaux, beaucoup de ruines à relever, beaucoup d'occupations. Or, lorsqu'il y a ainsi besoin de main d'oeuvre, il se produit une sorte de mouvement de la population des emplois les moins bons, les plus bas, les plus difficiles, les plus pénibles vers les emplois supérieurs, une sorte d'ascension de la population ; et il reste à la base ces emplois pénibles, fatigants que personne ne veut plus remplir et ce sont ceux-là auxquels il faut pourvoir, car ils sont essentiels. Nous en citerons deux qui montreront la nécessité vitale de cette main-d'oeuvre : l'agriculture et le travail des mines ; il faut manger et il faut se chauffer. Or, ce sont là les deux derniers compartiments dont tout le monde s'évade sans cesse, au fur et à mesure que l'on peut aller faire quelque chose qui parait moins dur et moins pénible. D'où, dans les années qui suivirent la guerre de I9I4-I9I8, un formidable besoin de main-d'oeuvre étrangère en France, mais d'oeuvre que l'on va chercher dans les pays qui peuvent la fournir et que l'on introduit dans notre pays.

Les problèmes qui se posent

Mais alors des problèmes extrêmement complexes se heurtent, en quelque sorte, à partir de ce moment-là, les uns aux autres : problème économique, problème démographique et problème politique.

Problème économique.- Si l'on voulait traiter le problème à la lumière de la simple économie politique, il consisterait à dire : il nous faut tant de centaines de milliers ou tant de millions de travailleurs étrangers, nous allons les chercher où nous les trouverons et quand nous aurons fait le travail, nous les renverrons ; quand nous aurons de nouveau du travail nous irons en rechercher. C'est la loi économique de l'offre et de la demande ; voilà le problème économique.

Source : BIU Cujas

Malheureusement on ne fait pas des mouvements de population comme on fait des mouvements de marchandises ; quand on a fait venir une population étrangère avec armes et bagages, qu'elle s'est fixée sur le territoire, il est très difficile de la faire repartir pour une courte période de temps. C'est d'autant plus difficile lorsque des mariages mixtes se sont produits entre immigrants et Françaises. C'est non seulement difficile, mais impossible, injuste et impolitique lorsque, comme cela se produit - car c'est encore un fait démographique bien connu que ce sont les gens les plus malheureux qui ont le plus d'enfants - c'est chez les immigrants qu'on trouve la plus forte natalité ; ces enfants sont nés Français, c'est une mauvaise opération par conséquent de refouler les familles puisqu'on refoule les enfants avec elles, on s'appauvrit d'un certain nombre de Français.

Le problème économique se lie immédiatement à un autre problème : le problème de la population. Nous avons besoin de ces étrangers, hélas ! par la force des choses, par notre responsabilité devant l'histoire de la famille, nous ne pouvons nous en passer. Alors un autre problème vient primer le problème économique, c'est le problème démographique. Nous ne pouvons pas rejeter les travailleurs étrangers au fur et à mesure que nous n'en avons plus besoin parce que nous perdrions cette population. Ce qui fait le caractère presque insoluble de la question, c'est que les nécessités économiques cadrent avec les nécessités démographiques.

L'oeuvre du législateur de 1927

Le législateur de 1927 s'est trouvé en présence de ce problème ; il a cherché à le résoudre, en se disant : forte immigration en France, dénatalité française persistante, pertes dues à la guerre, il faut remplir les vides par des éléments qui ne valent pas spécifiquement les éléments français, car rien ne peut valoir des éléments indigènes.

Toute la loi de 1927 a été une loi de suralimentation nationale, en quelque sorte, pour des raisons essentielles, elle a donc poussé sans cesse à accroître le nombre des nationaux, d'abord en renforçant la nationalité territoriale. La loi de 1889 avait déjà englobé dans la nationalité de naissance un certain nombre d'individus, la loi de 1927 va encore en prendre d'autres. C'est le système des lois fiscales qui donnent à chaque fois un tour de vis supplémentaire.

On augmente ensuite les facilités de la naturalisation de façon à donner la nationalité le plus facilement et le plus rapidement possible au plus grand nombre de ceux qui sont venus, de peur qu'ils ne s'en aillent et pour les garder, car en les gardant on gardera leur descendance. Jamais on n'avait été aussi loin dans la facilité de la naturalisation que ne le fit, non pas de gaîté de coeur mais pour des raisons nationales le

Source : BIU Cujas

législateur de 1927. Il le fit pour des nécessités politiques, car toujours les nécessités du service militaire s'imposent ; plus la population française fléchissait, plus la population étrangère croissait, il fallait songer aux exigences du recrutement militaire.

Enfin la loi de 1927 a fait une réforme profonde de la matière du mariage, de façon à garder à la France, au nom de principes qui, pour le devant de la scène étaient des principes philosophiques mais qui étaient tout simplement des principes politiques - les femmes qui épousent des étrangers ; en les conservant à la France on pensait, non sans raison, conserver leur descendance et par conséquent toujours défendre dans son point de vue quantitatif le problème de la population.

Ainsi renforcement de la nationalité territoriale, renforcement de la naturalisation et transformation complète des effets du mariage sur la nationalité de la femme, voilà les trois traits de la loi de 1927.

La nationalité en 1927 est sortie du Code civil

Au point de vue de la forme, un trait d'une importance énorme : la matière de la nationalité a été retirée du Code civil pour constituer une loi à part, comme dans la plupart des pays étrangers. Quand nous avons traité de la nature de la nationalité, nous avons dit pourquoi. Le rapporteur de la Chambre, qui était un excellent jurisconsulte, sachant la valeur des mots qu'il employait, disait : la matière est une matière de droit public, sa place n'est pas dans le Code civil, et c'est pour cela que nous la retirons. C'est pourquoi maintenant elle est dans la loi à part, loi du 10 Août 1927.

L'évolution depuis 1927 marche en arrière

Mais l'évolution n'est pas terminée. Depuis 1927 nous sommes entrés dans une nouvelle phase et la loi de 1927 ayant été aussi loin qu'il était humainement possible de le faire dans le sens de l'assimilation des éléments étrangers dans la nationalité française, un choc en retour n'allait pas tarder à se produire, dont les causes sont variées.

Quel était l'état social en 1927 ? L'état social qui présidait à cette loi de 1927 était un état assez heureux, il pouvait se manifester par trois caractères : d'abord un état de calme international, un état de paix ; une deuxième caractère conséquence d'abord de cet état de paix mais aussi du lendemain de la guerre, était une euphorie comme jamais on n'en avait connue dans le monde des affaires ; ce fût une époque où l'on ne rencontrait jamais en France ni un chômeur ni même presque un mendiant ; tout le monde trouvait à travailler, il y avait du travail pour tout le monde. Enfin, troisième et dernier ca-

Source : BIU Cujas

ractère, conséquence de ce qu'il y avait beaucoup à faire, euphorie de l'immigration, puisqu'il avait fallu faire venir par quantités massives des étrangers pour occuper toutes les activités pour lesquelles nous n'étions plus assez nombreux.

Renversement de la situation en 1930

Aux environs de l'année 1930, un renversement de la situation va se produire, phénomène économique, phénomène politique et phénomène social ; tels sont les trois éléments de ce renversement de situation.

Le chômage

Phénomène économique : il commence par le fameux "boom" de Wall street de 1929, qui a marqué le commencement de la secousse économique dont, même abstraction faite de la guerre de 1939, le monde n'a jamais réussi à se remettre complètement. Ce fut le début du malaise économique du monde, malaise qui eut pour conséquence en France comme dans tous les pays de l'Europe - et si nous fûmes touchés, nous ne le fûmes pas les plus - le chômage d'un certain nombre de centaines de milliers de Français. Dans les pays étrangers, que ce fut l'Amérique ou l'Allemagne ou d'autres, le chômage atteignit des millions de travailleurs : période d'insuffisance pour toute la main-d'oeuvre. D'où immédiatement et fatalement un resserrement de l'immigration : puisqu'il y a chômage en France, puisqu'il y a des compartiements où il y a trop de monde, on limite le filtrage de l'immigrant, on ne le laisse plus venir aussi facilement, on ne laisse plus rentrer que les immigrants qui sont nécessaires ou indispensables. Il en faut toujours dans l'agriculture et dans les mines car, à peine arrivés, les immigrants se faufilent ailleurs et on manque toujours de bras dans ces deux compartiments.

On avait pensé à une solution facile ; un homme influent en France avait trouvé ce rapprochement : il y a 800.000 chômeurs en France, c'est très simple, il n'y a qu'à renvoyer 800.000 étrangers. Il n'y a qu'un malheur, c'est que les 800.000 chômeurs ne tenaient pas à prendre l'emploi des 800.000 étrangers, et on avait fait l'expérience pour certains travaux lorsque l'on avait offert des emplois aux chômeurs français dans l'agriculture ou dans les mines. Pour donner un exemple, le cinéma parlant a supprimé immédiatement les orchestres qui existaient dans tous les cinémas de France ; du jour au lendemaint ces musiciens n'eurent plus d'emploi ; on ne pouvait pourtant pas leur demander d'aller cultiver la terre, ils n'y étaient nullement préparés. Il s'agit donc là de solutions faciles, mais irréalisables.

A partir donc des environs de l'année 1930 le malaise économique et le chômage ont montré que nous n'avions plus besoin d'autant d'immigrants et que par conséquent la machine à dévorer les immigrants et à les transformer en nationaux pouvait marcher autrement et ralentir. Voici quelques chiffres, qui montrent la baisse de l'immigration: tandis que de 1921 à

Source : BIU Cujas

1926 il est entré en France 1.150.000 immigrants constatés ; de 1926 à 1931 ils ne sont plus que de 660.000 ; et de 1931 à 1936 ils ne sont plus que de 80.000. C'est dire que l'immigration a été presque arrêtée à partir de l'année 1930.

Voilà donc le premier phénomène, phénomène économique qui va jouer un rôle sur le fonctionnement de la nationalité en France.

L'afflux des réfugiés

Phénomène politique.- Il s'est produit depuis 1927 un phénomène politique qui a influé sur la législation de la nationalité, c'est le mouvement des réfugiés qui s'est singulièrement accentué. Il s'est accentué en s'aggravant sur le double terrain quantitatif et qualitatif. Sur le terrain quantitatif d'abord, beaucoup trop de réfugiés sont venus en France, parce qu'ils ne savaient pas où aller, parce que notre pays les accueillait, et puis parce qu'il faisait bon vivre en France. Il en est résulté qu'un trop grand nombre d'étrangers vinrent à cette époque se fixer sur notre territoire. Au point de vue qualitatif, ces réfugés n'étaient pas du tout de la même qualité que la main d'oeuvre, ils étaient des représentants de classes sociales élevées ou aisées dans leur pays. Or, c'est un fait démographique connu que les intellectuels d'un pays sont très difficilement assimilables dans un autre. Ou bien ils étaient commerçants, ou bien membres des carrières libérales, c'est-à-dire répondant à des professions pour lesquelles nous n'avions nullement besoin d'eux puisque déjà nous étions dans une période économique très tendue, période de crise et qu'il n'y avait pas besoin d'accroître le nombre des concurrents. Nous avions encore un petit besoin de main-d'oeuvre, mais de main-d'oeuvre non qualifiée surtout, et non pas du tout de ces réfugiés qui venaient avec un passé commercial et qui venaient concurrencer les milieux français dans ces activités.

Naturalisations abusives

Phénomène social.- Parmi ces réfugiés qui, dans les dix années qui précédèrent la guerre actuelle, vinrent en France, beaucoup trop furent naturalisés facilement et rapidement, souvent à la suite d'interventions politiques. Le Bureau du sceau était un de ceux qui recevaient le plus la visite des parlementaires. Il en résultait que trop de naturalisés filtraient dans les carrières libérales ; non seulement ils y concurrençaient les Français qui n'avaient pas besoin de cette concurrence puisque les carrières libérales ont toujours eu beaucoup moins de places que de personnes pour les postuler, mais d'autre part, - bien que les carrières publiques doivent être essentiellement réservées aux éléments français à raison de l'influence qu'elles exercent sur le pays - ils pouvaient, par les

Source : BIU Cujas

carrières libérales, exercer une influence sur la vie du pays, influence qui risquait de devenir dangereuse et peut-être même nocive. Autre chose est la main d'oeuvre, autre chose est l'influence exercée dans les carrières libérales ou les fonctions publiques ou la presse, la littérature et un certain nombre de facteurs de ce genre. Un danger très réel se manifesta.

Ces trois circonstances réunies - économique, politique et sociale - se conjuguèrent pour montrer que l'on ne pouvait plus laisser fonctionner la loi de 1927, qu'il fallait y apporter des atténuations, et ainsi nous sommes entrés - bien avant la guerre actuelle - dans une nouvelle période. Cela se traduit tout d'abord par les instructions du ministre de la Justice au service de la naturalisation d'avoir à limiter la densité du nombre des naturalisés ; cela se traduit aussi par des réformes législatives. Il fallait en somme deux choses pour que le service de la nationalité fonctionnât bien : d'abord adapter la loi. Or, la loi de 1927 ne correspondait plus aux besoins, elle avait été faite pour être une loi de grand rendement, de fabrication de nationaux, elle ne répondait plus à la situation nouvelle. D'autre part, les services de la nationalité eux-mêmes avaient parfois laissé à désirer en se laissant aller à naturaliser trop facilement des éléments qui n'étaient peut-être pas désirables, ni même nécessaires pour le pays, par suite de l'intrusion de considérations d'ordre non pas de politique française, mais de politique purement intérieure et même de politique purement partisane.

De cela sortirent un certain nombre de réformes en deux étapes, l'une antérieure à la guerre de 1939, l'autre postérieure à celle-ci.

Les réformes antérieures à la guerre

La période antérieure à la guerre de 1939 se traduisit par des réformes mordant sur les deux situations suivantes: d'abord restriction de la nationalité d'origine pour certains individus nés en France qui jusqu'alors naissaient Français et ont cessé de le devenir. Pratiquement, ce sont les enfants de certains réfugiés. On veut bien accorder l'asile à certains réfugiés temporaires, parfois même on ne peut pas l'empêcher, qu'on se rappelle l'exode de 500.000 Espagnols qui, en quelques heures, franchirent les Pyrénées et vinrent demander un asile en France ; matériellement et moralement il était peut-être difficile de leur refuser l'asile, mais on ne voulait tout de même pas qu'il en résultât un droit pour tous les enfants qui naîtraient, d'être des Français.

Deuxième réaction : c'est la limitation des droits de ces Français de souche trop récente.

De là sortira la loi du 19 Juillet 1934 ainsi qu'un décret-loi de 1938 qui, sur les deux points indiqués, marquent une réaction, un choc en retour sur cette ruée territorialiste des lois de 1889 et de 1927.

Source : BIU Cujas

L'évolution législative depuis 1940

Depuis 1940, une série de mesures sont intervenues qui ont pour but d'une part, de permettre de procéder à un certain nombre d'éliminations de naturalisés indésirables - il est bien certain que dans les années qui ont précédé 1939 on a naturalisé non plus en fonction des besoins français, mais de considérations purement politiques; ainsi un certain nombre d'éléments indésirables doivent être éliminés. D'autre part, et ceci est plus grave, on a restreint considérablement les droits d'un certain nombre de français d'origine étrangère par leur famille : on ne leur refuse pas la nationalité française, mais ils n'auront pas, tout au moins immédiatement, les droits qu'ils possédaient jusqu'alors. Voilà le choc en retour.

Où en sommes-nous à l'heure actuelle ? Il est difficile de faire des prévisions.

L'évolution possible de la matière de la nationalité

La matière de la nationalité étant fonction d'un certain nombre de facteurs politiques, il est difficile de déterminer son évolution alors que les éléments ne sont pas tous connus. Cependant, on doit retenir un certain nombre d'éléments permanents qui influeront nécessairement, pendant un avenir encore plus ou moins long, sur cette législation.

Ces éléments permanents peuvent se grouper autour de trois idées : le facteur population, le facteur économique et le facteur social.

Le facteur population

Le facteur population n'est que la continuation d'une situation qui a déjà été décrite, et qui provient précisément du nombre des étrangers qui sont en France. Leur nombre était au dernier recensement de 2.464.000 sur une population de 41 millions d'habitants, nombre disproportionné évidemment avec le nombre de Français à l'étranger, qui ne sont que 570.000. Si l'on se demande, depuis un siècle quel a été le pourcentage d'étrangers, on voit qu'il n'a pas cessé d'augmenter, puisqu'il était il y a un siècle d'environ I %, pour être passé à la fin du XIXème siècle à 2,8 %, au lendemain de la guerre de 1914-1918 à 3,96 % et, en 1931, à presque 7 %.

Quant aux éléments étrangers qui rentrent dans ce chiffre, ils appartiennent évidemment aux nationalités les plus variées, mais il y a quatre groupes qui émergent : ce sont tout d'abord les Italiens qui rentrent dans le chiffre total pour 808.000, puis les Espagnols pour 352.000, les Polonais 508.000 et les Belges 254.000.

Tels étaient, au dernier recensement, les quatre groupes les plus importants de population étrangère en France. Or, que deviendra ce facteur lorsque les circonstances redeviendront

Source : BIU Cujas

normales ? L'élément permanent au point de vue population qu'il faut mettre en relief, c'est que notre situation démographique, c'est-à-dire la diminution d'une part de notre population et d'autre part, l'immigration étrangère, constituent un mal profond et un mal qui n'est pas temporaire, épisodique, mais essentiellement permanent. Certes on peut avoir dans un pays, et on a actuellement enfin, fort heureusement, une politique de reconstitution de la famille, mais c'est une politique qui a un rendement très lointain, très lent. On devrait d'abord diminuer le nombre des célibataires, et l'on prétend que chaque famille française devrait avoir en moyenne trois à quatre enfants. En admettant même que cela se produise et que la stérilité qui a causé tant de ravages dans la famille française puisse être diminuée dans l'avenir, ce n'est qu'au bout d'une ou de deux générations que les résultats pourront s'en faire sentir. Par conséquent, pendant les 25 ou 30 ans qui suivront, le mal tel qu'il existe actuellement subsistera. Donc l'appoint étranger, - voilà l'élément permanent qu'il faut retenir pendant au moins encore un quart de siècle,- restera nécessaire dans un certain nombre d'activités pour lesquelles les Français manqueraient. Par conséquent, nous avons là un élément absolument constant qui agira sur la loi française de la nationalité pendant au moins un quart de siècle.

le facteur économique

Le facteur économique ne va que renforcer les observations faites sur le terrain du facteur population. Il y aura évidemment, à la suite de la guerre actuelle, plus encore qu'à la suite de la guerre précédente, car les ravages qu'elle a occasionnés sont plus profonds, une véritable euphorie dans le monde des affaires, étant donné que tout sera à reconstituer dans tous les pays qui auront été touchés par la guerre, non pas seulement, comme après la guerre de 1914, dans quelques pays belligérants, mais le nombre de pays belligérants ayant été beaucoup plus grand, tout sera à reconstituer. Dès lors le phénomène que l'on a connu au lendemain de la guerre de 1914 va se retrouver ici, c'est-à-dire un besoin énorme de main d'oeuvre.

Si nous prenons le cas de la France , la main d'oeuvre française déjà insuffisante en temps normal, complètement insuffisante au lendemain de la guerre de 1914, le sera encore plus à l'heure actuelle, parce que notre population a encore diminué et que les besoins seront encore plus grands que précédemment. Il faudra donc, pendant un certain temps, comme on l'a fait au lendemain de la guerre de 1914, immigrer un très grand nombre de travailleurs. Nous allons retrouver une situation non seulement identique, mais probablement aggravée par rapport à celle que l'on rencontre entre 1920 et 1930 .

Ces très nombreux immigrés qui viendront sur le territoire, il faudra coûte que coûte trouver un moyen pour les ab-

Source : BIU Cujas

sorber ; par conséquent la loi sur la nationalité devra redevenir à nouveau, pendant un certain temps, une loi de forte absorption des éléments fixés sur le territoire, parce que ceci est commandé par l'état même de la population.

Le facteur social

D'autre part, le facteur social : il serait malgré tout dangereux qu'une trop forte dose d'éléments étrangers pût être trop rapidement intégrée dans la collectivité française, parce qu'elle pourrait arriver à en atteindre l'intégrité. D'où il serait nécessaire - et sur ce point nous ne sommes pas très avancés - que des études poussées eussent lieu pour déterminer de façon scientifique quelle doit être notre politique d'immigration ; quels sont les éléments qu'il faut aller chercher parce qu'ils sont susceptibles de s'intégrer mieux, ou moins mal que d'autres, dans notre collectivité. Cela supposerait toute une politique scientifique qui n'en est qu'aux premiers bégaiements. Il faudrait également déterminer quel est le point de saturation au-delà duquel il devient véritablement néfaste, nocif et dangereux de procéder à des intégrations : ne vaudrait-il pas mieux en pareil cas, renouveler de temps à autre la population étrangère appelée à travailler sur le territoire français ?

La tâche du législateur de demain

Le problème sera singulièrement complexe : d'une part le besoin de faire appel à l'immigration pour augmenter un pe la population française, car sans l'apport de l'immigration et avec le vieillissement de la population nous en serions exactement au même point qu'il y a 150 ans, c'est-à-dire 27 millions. Donc, nous avons besoin de l'apport étranger pour tempérer, dans une certaine mesure, la diminutio de la population. D'autre part, nous aurons besoin de la main-d'oeuvre étrangère pour des activités de plus en plus nombreuses et, d'autre part, il faudra fixer un barrage au-delà duque aucune intégration ne sera possible.

Voilà quelles seront les données du problème d'après guerre ; notre législation française devra vraisemblablement, pendant un certain temps, être une législation à base intensive d'absorption des éléments étrangers sous réserve d'un certain nombre de précautions.

Parmi ces précautions figurera celle que peut-être on n'avait pas prise suffisamment pendant le passé, c'est-à-dire d'éliminer de certaines activités les éléments trop neufs, de façon à établir une période d'adaptation qui donne des garanties sociales plus grandes ou suffisantes. En somme, c'est l'éternelle lutte de deux forces, c'est la lutte de la vapeur et de la chaudière. Pour que la chaudière ne fasse pas explosion, il faut trouver des procédés pour combiner entre elle ces deux forces antagonistes.

Pour conclure, il est permis de dire que l'oscillomètr de la matière n'est pas encore près de se bloquer.

Source : BIU Cujas

Sous-Titre I

ACQUISITION DE LA NATIONALITE FRANCAISE

La nationalité française peut être acquise par un individu à l'une ou l'autre des deux époques suivantes de son existence ; soit au moment de sa naissance - et ce sera la nationalité d'origine-, soit au cours de sa vie, et ce sera la nationalité dérivée que l'on peut encore appeler francisation.

Chapitre I

NATIONALITE D'ORIGINE OU DE NAISSANCE

Importance numérique

Il ne faut jamais perdre de vue, car c'est une considération essentielle, que la nationalité de naissance est la nationalité principale. Presque tous les individus ont une nationalité de naissance, et l'immense majorité des individus conservent cette nationalité ; c'est donc la nationalité normale ; c'est la première et c'est celle de la plupart des individus.

Source : BIU Cujas

Reproduction interdite

Définition

Cette nationalité d'origine est celle qu'un individu possède au moment de sa naissance. Si quelqu'un acquiert une nationalité le lendemain de sa naissance, ce n'est déjà plus une nationalité d'origine: Est nationalité d'origine celle qui prend naissance au moment même où cesse la vie utérine de l'individu.

Ses deux branches

Pour devenir Français par voie de naissance, il y a deux procédés : la filiation et l'influence du territoire, c'est à-dire la naissance en France. La législation française à l'heure actuelle, depuis la fin du XIXème siècle, utilise ces deux procédés. Sont-ils sur le même plan ? Peut-être pas tout à fait. Il est juste de dire que le principe demeure la nationalité de filiation, mais que ce principe a dû être complété considérablement par un appel au sol, à raison de notre situation de pays d'immigration. Il n'y a pas de contradiction de la part d'une législation comme la nôtre à faire appel à la fois à ces deux critères qui paraissent se détruire l'un l'autre. C'est parce qu'ils aboutissent l'un et l'autre à un résultat qui est de franciser des individus que la législation française fait appel à la filiation et au territoire pour faire des Français. C'est donc une idée politique qui lui fait faire appel à la fois, selon les individus, à cette double base. Mais n'oublions pas cependant que, au point de vue hiérarchique, c'est encore la nationalité de filiation qui reste la principale.

Section I

La nationalité française de filiation.

Nous aurons à parler de la filiation légitime, de la filiation naturelle, de la légitimation. Nous ne parlerons pas de l'adoption pour deux raisons : la première, c'est qu'aux termes de l'art. 345 modifié en 1923, l'adoption n'agit pas sur la nationalité de l'enfant ; la deuxième est une raison plus profonde, c'est que l'adoption intervenant postérieurement à la naissance de l'enfant, ne peut pas intervenir dans l'étude de la nationalité d'origine.

Source : BIU Cujas

I - Filiation légitime.

Le texte

Le texte de principe sur ce point - et à cet égard notre législation n'a jamais varié depuis le Code civil - se trouve dans l'art. I, n° I de la loi sur la nationalité, en ces termes :

"Sont Français : I°- Tout enfant légitime né d'un Français en France ou à l'étranger". - le pays de naissance ne joue aucun rôle, une seule chose compte, la filiation.

Donc, toutes les fois qu'une famille française s'est expatriée, tant que cette famille conserve la nationalité française et elle peut la conserver fort longtemps, les enfants qui naîtront à un, deux ou trois degrés de cette famille, seront des Français dès l'instant où les parents seront encore Français au moment de la naissance de l'enfant. C'est une application du principe de la nationalité de filiation, c'est-à-dire du jus sanguinis.

La nationalité déterminante est celle du père

Le texte dit : "tout enfant légitime né d'un Français". Que faut-il entendre par"né d'un Français" ? Il s'agit d'un père français. On ne tient pas compte de la nationalité de la mère, puisque c'est une nationalité de filiation et que l'enfant prend la filiation de son père dans la famille légitime, et non pas celle de sa mère ; donc l'enfant sera Français si son père est Français au moment de sa naissance.

La double preuve à fournir

Quelles seront les conditions à remplir pour cela ? Une double preuve, preuve d'une part que le père est Français au moment de la naissance et, d'autre part, preuve de la filiation de l'enfant.

Comment se prouvera cette filiation ? Il est admis que toutes les fois qu'une question de filiation conditionne l'acquisition de la nationalité française, c'est toujours d'après les règles du Code civil français que la filiation doit être établie. Ce sont les règles de filiation examinées en 1ère année qui seront envisagées et appliquées pour savoir si l'individu est l'enfant de tel Français ; il ne peut être Français que s'il est l'enfant légitime d'un Français. On appliquera donc les règles du droit français pour déterminer la filiation, et il y a, bien entendu, une autre preuve à faire, c'est qu'il s'agit d'une filiation légitime, c'est-à-dire que les parents doivent être mariés.

Il n'est pas possible d'entrer dans les détails. Signalons simplement un problème qui se produit de façon rare, heureusement, dans la pratique : c'est celui où le père vient à changer de nationalité entre la période de la conception

Source : BIU Cujas

de l'enfant et celle de sa naissance. Divers systèmes ont été soutenus à cet égard ; l'opinion qui a fini par l'emporter n'est peut-être pas la plus exacte, mais elle est certainement la plus pratique, elle consiste à envisager la nationalité que possède le père au moment de la naissance de l'enfant.

Situation de l'enfant de l'art. I, n°I

Cet individu acquiert donc la nationalité française parce qu'il est né d'un père français et marié ; cette nationalité lui confère tous les droits du citoyen français. C'est le Français intégral, qui ne sera frappé d'aucune des incapacités qui peuvent frapper aujourd'hui telle ou telle catégorie de personnes.

II - la filiation naturelle.

Elle est réglementée par l'art. I, n° 4 de

Le texte

notre loi :

"Sont Français : 4°- Tout enfant naturel dont la filiation est établie, pendant la minorité, par reconnaissance ou par jugement, lorsque celui des parents à l'égard duquel la preuve a d'abord été faite est Français.

Si la filiation résulte à l'égard du père et de la mère du même acte ou du même jugement, l'enfant suit la nationalité française de son père".

Il s'agit de l'enfant reconnu volontairement ou judiciairement

Première observation : L'enfant naturel dont il s'agit ici n'est pas tout enfant naturel, c'est l'enfant naturel qui possède une filiation. Tout enfant ne possède pas une filiation légale , seul possède une filiation légale l'enfant naturel reconnu soit volontairement soit à la suite d'une action en recherche de filiation paternelle ou maternelle judiciaire qui a abouti à un jugement de reconnaissance. Donc l'enfant naturel dont on connait parfaitement en fait - et cela se produit plus d'une fois - le père ou la mère, ou les deux, lesquels élèvent leur enfant comme tel, n'est pas celui dont nous nous occupons en ce moment puisque, par hypothèse, il n'a pas une filiation légalement établie, il est né de parents inconnus non pas en fait peut-être, mais en droit indiscutablement. Le seul enfant dont nous nous occupons actuellement est celui dont la filiation est établie.

Par quel procédé ? Ici comme tout à l'heure, la règle est que la filiation d'un enfant, lorsqu'il s'agit de l'acquisition de la nationalité française, ne peut être prouvée que par un des modes du droit français. Cette filiation est la condition de l'acquisition de la nationalité, c'est donc la filiation telle que la conçoit le législateur français. On n'en

Source : BIU Cujas

doutait pas mais depuis 1927 on peut encore moins en douter puisque le texte de l'art. I, n° 4 dit "dont la filiation est établie, par reconnaissance ou par jugement". Par conséquent, le seul enfant dont la filiation naturelle va influer sur sa nationalité est celui qui a fait l'objet d'une reconnaissance volontaire ou d'une reconnaissance judiciaire dans les conditions fixées par la loi française.

La filiation doit être établie pendant la minorité

Supposons ces conditions remplies, nous sommes en présence d'un enfant naturel qui possède une filiation légale telle que la détermine la loi française ; cette filiation étant établie, à quelle époque faut-il qu'elle soit prouvée pour qu'elle influe sur la nationalité ? Ici, le texte est formel. La solution d'ailleurs était déjà suivie précédemment.

Nous allons trouver ici une différence très grande entre le droit civil et le droit de la nationalité, différence qui s'explique fort bien parce que le droit de la nationalité est un droit politique. L'on se rend ainsi compte, par cet exemple, des précautions qu'il faut prendre pour utiliser les principes généraux du droit civil lorsqu'on pénètre dans une matière qui présente des caractères essentiellement politiques comme le nôtre. En droit civil, en effet, la filiation de l'enfant naturel, à quelque moment qu'elle soit établie produit ses effets ; il est évident que la filiation judiciaire ne peut pas être établie à tout moment, mais la reconnaissance volontaire peut intervenir à tout moment et il y a des personnes qui reconnaissent un enfant naturel in extremis, par une clause de leur testament, ce qui leur permet de lui laisser telle ou telle partie de leur succession. Cela s'explique très bien car la preuve de la filiation n'est jamais que la constatation d'un fait : l'enfant est-il ou n'est-il pas issu de telle ou telle personne ? Ce fait, s'il existe, est indélébile, il ne peut plus changer ; le législateur ne règlemente pas la filiation - on le dit souvent, mais on a tort - le législateur ne règlemente ni la filiation légitime ni la filiation naturelle, parce que cette filiation est un fait ; ce qu'il règlemente, c'est la façon de la prouver par des procédés plus ou moins difficiles. Lorsque cette filiation est établie, serait-ce par une clause de testament, elle produit toutes ses conséquences.

Pour la nationalité, il en va tout autrement . En effet, dans la mesure où la preuve de la filiation agit sur le statut politique de l'individu, il faut qu'elle intervienne à la période de la vie de l'individu où celui-ci est encore un incapable ; il serait, en effet, choquant qu'à un âge quelconque un individu puisse avoir sa nationalité modifiée parce qu'un parent, qui ne s'était pas soucié de lui jusqu'alors, viendrait à établir sa filiation par voie de reconnaissance. Et nous avons ce principe, c'est que la nationalité de l'individu

Source : BIU Cujas

ne peut pas être modifiée une fois qu'il est majeur par des actes qui n'émanent pas de lui. Donc, la loi est formelle, il faut que la reconnaissance intervienne pendant la minorité de l'enfant. La preuve de la filiation, qui suffit au point de vue du droit civil -puisque à tout moment de la vie d'un individu sa filiation naturelle peut être prouvée - ne suffit plus au point de vue de la nationalité, parce que c'est un statut politique et qu'une fois l'individu majeur, ce statut doit être indélébile.

La reconnaissance est déclarative et rétroagit

En supposant que la reconnaissance intervienne pendant la minorité de l'enfant, quelle est la conséquence de cette reconnaissance ? La reconnaissance d'un enfant naturel en droit français n'est que la preuve d'un fait ; elle est non pas constitutive d'un état, mais simplement déclarative, d'où résulte que l'enfant va prendre la nationalité de son auteur, non pas au moment de la reconnaissance, mais au moment de sa naissance, puisque la preuve de la filiation a pour but d'établir de qui l'enfant est issu ; ce n'est donc pas la nationalité du parent au moment du procès, mais au moment de la naissance. La reconnaissance d'enfant naturel mineur - serait-il à la veille de sa majorité - ne fait que déclarer ce qui a toujours existé. L'enfant prend la nationalité de celui vis-à-vis duquel la filiation est établie, et il la prend rétroactivement à la date de sa naissance.

Quel est le parent donneur de nationalité ?

Mais ici se pose un problème que nous n'avions pas à examiner dans la famille légitime : dans la famille légitime le père est le chef de famille, c'est lui qui donne la nationalité à l'enfant même lorsque - comme cela se répand de plus en plus - la femme garde sa nationalité; c'est la nationalité du père qui est seule envisagée, on ne tient pas compte de la nationalité de la mère. Quand un enfant est naturel, il n'y a pas de mariage et il n'y a pas de chef de famille, puisqu'il n'y a pas de famille du tout ; plusieurs hypothèses sont possibles.

L'enfant est reconnu par son père seul ; en ce cas il n'a de filiation que vis-à-vis de son père, il prend la nationalité de celui-ci, c'est-à-dire que si le père est Français, il est Français de naissance. Tout enfant naturel reconnu par un père Français pendant sa minorité devient Français, ce point ne soulève aucune difficulté.

Deuxième hypothèse : l'enfant est reconnu par sa mère et par sa mère seule. En pareil cas, si sa mère est française il prend la nationalité française de sa mère.

Mais que décider lorsque l'enfant est reconnu par ses deux parents ? Il peut être reconnu par le même acte, bien que ce ne soit pas très fréquent : si l'enfant est reconnu par

Source : BIU Cujas

le même acte, la loi de 1927 dit formellement qu'il prend la nationalité de son père ; il est normal dans ce cas de donner la prééminence au père sur la mère ; donc, si l'enfant est reconnu dans le même acte par ses deux parents, il prend la nationalité du père, si le père est Français.

Mais, - et c'est là le cas névralgique - l'enfant peut être reconnu successivement par ses deux parents, et pour nous placer dans la situation de la loi, il peut avoir été reconnu d'abord par sa mère et puis plus tard, la filiation être établie vis-à-vis du père. Quelle sera en pareil cas la nationalité de celui des deux qui l'emportera si l'un des deux est Français ? Depuis 1889, notre loi sur la nationalité a décidé que la nationalité serait celle du parent qui a reconnu le premier, le tout est donc de savoir si le parent qui a reconnu le premier est ou non un Français. Si la mère qui a reconnu l'enfant en premier lieu est une Française, l'enfant est Français de naissance, quel que soit le père ; si, au contraire, le parent qui a reconnu l'enfant n'est pas Français il n' a pas pu donner la nationalité française à l'enfant et l'on ne tient pas compte de la nationalité du second parent.

Il faut signaler que cette solution déjà connue, car elle a été indiquée en droit civil à propos de l'art. 383 pour la puissance paternelle, existait en matière de nationalité bien avant qu'elle n'eût été consacrée par le législateur en matière de puissance paternelle. La loi sur la nationalité a donc ici précédé la réforme du droit civil mais, en réalité, parce qu'elle la supposait implicitement. Pourquoi, en effet, dire que l'enfant prendra la nationalité de celui qui le reconnaîtra le premier ? C'est parce que, implicitement, on considère que celui qui l'a reconnu le premier est celui qui influera sur la destinée de l'enfant, qui aura la puissance sur l'enfant et que lui donner sa nationalité, c'est lui transmettre une puissance politique.

Aujourd'hui le droit civil et le droit de la nationalité ont été accordés puisque l'art. 383 dit que lorsqu'un enfant a été reconnu successivement par ses deux parents, la puissance paternelle appartient à celui qui l'a reconnu en premier lieu ; maintenant les deux droits sont d'accord alors qu'auparavant il y avait divergence des solutions.

Donc, le parent qui va donner sa nationalité à l'enfant, c'est le parent qui l'a reconnu en premier lieu, c'est une sorte de prime à ce parent, et cela s'explique d'autant mieux qu'il exerce la puissance paternelle sur l'enfant. Ceci suppose que ce parent est un Français ; en effet, notre loi statue et ne peut statuer que sur l'acquisition de la nationalité française, elle peut donc dire que l'enfant aura la nationalité française du parent qui l'a reconnu ; mais si ce parent n'est pas Français, elle n'a aucune qualité pour dire qu'il lui transmettra une nationalité étrangère quelconque.

Source : BIU Cujas

A cet égard, il y avait eu, dans la loi de 1889, un article 8, n° 1 du Code civil qui a été abrogé et qui contenait une disposition inexacte mais sur le sens de laquelle on ne s'est jamais mépris. L'art. 8 disait ceci : l'enfant naturel dont la filiation est établie pendant la minorité..... suit la nationalité de celui des parents à l'égard duquel la preuve a d'abord été faite. Cette disposition impliquait la solution suivante : si un enfant était reconnu en premier lieu par un Espagnol, il était Espagnol, etc.... Or, nous n'avons pas le droit de statuer sur une nationalité étrangère. Aussi la loi de 1927 est-elle mieux rédigée et dit-elle (art. 1,4°) :

"Sont Français .... tout enfant naturel..... lorsque celui des parents à l'égard duquel la preuve a d'abord été faite est Français".

Quelle sera donc la nationalité de l'enfant reconnu par un père étranger ? L'enfant dont le père est de nationalité étrangère aura une nationalité étrangère si la loi étrangère veut bien la lui donner. En tout cas, nous n'avons pas à statuer sur ce point.

Droits de l'enfant de l'art. 1, 4°

Quels sont les droits de l'enfant naturel ainsi devenu Français, lorsqu'il a été reconnu par un parent de nationalité française ? Jusqu'ici cet enfant avait la totalité des droits attachés à la qualité de Français. Depuis une législation récente, que nous ne faisons que signaler pour l'instant, il est frappé de certaines incapacités lorsque son père n'est pas un Français d'origine, et ceci joue dans le cas même où il a été reconnu d'abord par sa mère qui est une Française, et en second lieu par son père qui est un étranger. La reconnaissance en second lieu par un père étranger - c'est une nouveauté qui remonte à 1940 - n'influe pas sur la nationalité, le droit de la nationalité n'est pas modifié, rien n'est changé à cet égard ; mais cette reconnaissance ultérieure du père influe sur l'ensemble des droits dont l'enfant aura la jouissance. L'enfant reconnu d'abord par une mère française puis par un père étranger est bien Français de naissance mais, comme son père est un étranger, il est frappé d'un certain nombre d'incapacités que nous rencontrerons un peu plus tard.

III - Troisième type de filiation : la légitimation.

Le texte

Elle est règlementée par l'art. 1, 4° al. 3 de la loi sur la nationalité.

"La légitimation d'un enfant mineur lui donne, s'il ne l'a déjà, la nationalité française de son père."

Jusqu'à la loi de 1927, la jurisprudence française en l'absence de texte - car la loi de 1889 et le Code civil

Source : BIU Cujas

Historique de ce texte

n'avaient pas règlementé ce point - décidait que la légitimation n'influait pas sur la nationalité ; on partait de l'idée que la matière de la nationalité est de droit strict, que les interprétations extensives ne sont pas possibles, qu'il appartenait au législateur de statuer et que, comme il avait bien parlé de l'enfant naturel mais non pas de l'enfant légitimé, qui est un enfant ex-naturel, l'interprétation ne pouvait pas combler ce vide. La Cour de cassation s'était prononcée en ce sens.

Or, la loi de 1927 a heureusement donné une solution sur l'opportunité de laquelle tout le monde est bien d'accord, c'est que la légitimation doit influer sur la nationalité de l'enfant. En effet, quelle est la fonction de la légitimation de l'enfant en droit civil ? C'est de placer l'enfant dans la situation dans laquelle il se serait trouvé s'il avait été un enfant légitime de naissance ; on veut le relever de toutes les incapacités, de toutes les différences qui séparent l'enfant naturel de l'enfant légitime, autant que faire se peut. Dès lors il n'y a pas de raison de traiter l'enfant légitimé plus mal qu'un enfant naturel : l'enfant naturel prend la nationalité de ceux qui l'ont reconnu. Pourquoi l'enfant légitimé resterait-il étranger le cas échéant ?

Deux hypothèses sont à distinguer :

a)- légitimation par un père français,

b)- légitimation par un père étranger.

On remarquera qu'il n'est pas tenu compte de la mère. Puisque nous sommes dans l'hypothèse du mariage, la mère ne doit pas donner sa nationalité.

a)- Légitimation par un père français.

Ici, la loi est formelle : l'enfant légitimé par le mariage subséquent de ses parents devient Français si son père est Français ; nous nous replaçons dans la situation de la filiation légitime, c'est le père légitime qui donne sa nationalité. Il faut remarquer - et cette considération n'est pas sans importance - que la légitimation d'un enfant mineur lui donne "s'il ne l'a déjà" la nationalité française. Comment pourrait-il avoir déjà la nationalité française ? Voici comment, et nous allons anticiper sur les développements ultérieurs : Il se peut, en effet, que cet enfant soit déjà Français pour une autre raison, non pas par suite de la nationalité de filiation, mais par suite de ce qu'il est né en territoire français et qu'il remplit les conditions auxquelles la loi donne la nationalité à ceux qui sont nés sur le territoire. Il y a un certain nombre d'enfants qui deviennent français parce qu'ils sont nés en France. Supposons que l'enfant

Le donneur de nationalité est le père

Source : BIU Cujas

soit de cette catégorie, il est déjà Français parce qu'il est né en France ; la légitimation par son père Français ne change rien puisqu'il avait déjà la nationalité française. Il faut donc supposer un enfant qui ait été légitimé par ses parents alors qu'il ne possédait pas déjà la nationalité française. Tel serait encore le cas s'il avait été reconnu par une mère française, alors que le père ne l'aurait reconnu qu'en second lieu.

La légitimation doit intervenir pendant la minorité

Deuxième condition : la loi est formelle, il faut que la légitimation intervienne pendant la minorité de l'enfant, et cela s'explique, c'est pour la même raison que dans le cas précédent. Puisque la légitimation influe sur la nationalité de l'enfant, c'est-à-dire sur son statut politique, les parents ne peuvent plus disposer - lorsque l'enfant est majeur - du statut politique de ce dernier. Il faut donc que la légitimation intervienne à un moment où l'enfant est incapable. Quand l'enfant est devenu majeur les parents peuvent le légitimer au point de vue des intérêts civils, mais cela n'influera pas sur sa nationalité. On était déjà d'accord sur ce point, mais la loi de 1927 l'a dit expressément.

Contrairement au droit civil, la légitimation est ici rétroactive

Voilà une dernière question sur cette légitimation par un père français, qui soulève des doutes parce que la loi n'a pas tranché la difficulté : c'est la question de l'époque à laquelle l'enfant acquiert la nationalité.

Nous avons dit, parlant des enfants naturels, que si l'enfant naturel a sa filiation établie pendant sa minorité, celle-ci est déclarative en droit civil français, d'où il résulte que l'enfant prend la nationalité de son parent français, mais qu'il la prend à sa naissance. Peut-on en dire autant en matière de légitimation ?

Il peut y avoir doute sur ce point car il y a une différence considérable entre les effets de la légitimation et les effets de la preuve d'une filiation ; la légitimation est un acte constitutif, la preuve de la filiation, au contraire, est la constatation d'un fait matériel. Or, en droit civil, un enfant ne peut être légitimé, c'est-à-dire avoir la situation d'un enfant légitime, qu'à partir du mariage de ses parents, il ne peut pas être mieux traité qu'un enfant né pendant le mariage. Or, l'enfant né pendant le mariage prend sa condition d'enfant légitime du fait du mariage de ses parents ; donc si la légitimation a eu lieu au moment où l'enfant avait dix ans par exemple, c'est une chose consacrée en droit civil que la légitimation ne remonte dans ses effets qu'au jour où elle est faite. La légitimation ne peut pas remonter au-delà du mariage des parents puisque, avant le mariage des parents, il

Source : BIU Cujas

ne pouvait pas y avoir d'enfant légitime.

Si l'on applique cette solution du droit civil à la question de nationalité, il en résultera que la légitimation ne remontera dans ses effets quant à la nationalité qu'au jour du mariage des parents : l'enfant ne prendra la nationalité française qu'à l'époque du mariage de ses parents et il conservera, pour la période qui va de sa naissance à ce mariage, la nationalité qu'il avait et, s'il n'en avait aucune, il restera apatride pour cette période de sa naissance au mariage de ses parents.

Faut-il appliquer les principes du droit civil à notre matière ? C'est peut-être le moment de se souvenir que notre matière est une matière politique et que ce n'est qu'avec une certaine précaution qu'on peut étendre les principes et les solutions du droit civil à cette matière de caractère politique. Voici deux arguments qu'on peut donner pour décider que l'enfant sera Français non pas du jour de la légitimation, c'est-à-dire du mariage des parents, mais du jour de sa naissance. Le premier argument est un argument de caractère politique, c'est qu'il n'y a nulle nécessité qu'il y ait un synchronisme absolu de la solution du droit civil et de la solution du droit de la nationalité ; aucun texte ne l'impose. Et d'autre part, il n'y a pas de raison juridique péremptoire pour dénier à l'enfant la nationalité française de son père du jour de sa naissance. En effet, sur quoi reposerait la solution contraire ? Elle proviendrait de ce que vraisemblablement l'enfant avait été reconnu d'abord par sa mère qui n'était pas française, et qu'il n'avait donc pas pu prendre la nationalité française. Mais pourquoi la loi décide-t-elle, quand un enfant est reconnu successivement par deux parents, qu'il prend la nationalité de celui qui le reconnait le premier ?

C'est parce qu'on a voulu éviter les inconvénients et même certains chantages qui s'étaient produits de la part de pères qui reconnaissaient après coup leur enfant, non pas dans l'intérêt de l'enfant, mais quelquefois pour nuire à l'enfant ou pour nuire à la mère, ou pour obtenir de l'enfant qui était en meilleure situation une pension alimentaire. C'était donc contrele père qui reconnaissait l'enfant en second que l'on avait dit : vous n'exercerez pas la puissance paternelle et, de même, vous ne donnerez pas votre nationalité ; c'est parce que l'onn'était pas dans la situation d'une famille normale : c'était la mère qui avait reconnu l'enfant, qui l'élevait elle n'était pas française, elle n'avait pas à conférer la nationalité française à l'enfant.

Mais lorsqu'il y a mariage des parents, les choses rentrent dans la situation normale ; il semble donc que l'on puisse relever à ce moment le père de cette espèce d'incapacité qui est proclamée tant par la loi de nationalité que par la loi civile qui dit que s'il a reconnu l'enfant en second lieu,

Source : BIU Cujas

il n'exerce pas la puissance paternelle. En effet, il est relevé en matière civile de son incapacité, puisqu'il n'y a plus d'enfant naturel, puisque, à la suite d'une légitimation il y a une famille légitime ; la règle de l'art. 383 ne va plus s'appliquer, l'enfant sera soumis à la puissance paternelle, au point de vue civil, de son père, puisque c'est un enfant légitimé, et il semble donc que l'on puisse également relever le père de cette incapacité de donner sa nationalité et de la donner rétroactivement, au jour de la naissance. Une interprétation normale, équitable d'après son but devrait conduire à dire -mais la question est controversée et controversable et non encore résolue en jurisprudence - que l'enfant légitimé non seulement prend la nationalité de son père au moment du mariage, ce qui est formellement dans la loi, mais qu'il la prend, quand il ne l'avait pas déjà, au jour de la naissance et qu'il sera considéré comme ayant possédé sa filiation avec son père à partir de ce moment-là.

b)- Légitimation par un père de nationalité étrangère.

Cette légitimation est sans influence sur la nationalité

Il est bien certain qu'en pareil cas nous ne pouvons pas donner la nationalité étrangère car c'est à la loi étrangère de le décider. Mais voici le problème qui s'est posé, qui n'est pas encore bien résolu en jurisprudence et que la loi n'a pas réglé : si un enfant est légitimé par un père de nationalité étrangère mais que cet enfant possédait déjà, pour une cause quelconque, la nationalité française, va-t-il perdre la nationalité française ? Certains l'ont soutenu et par un argument de réciprocité : si le père français donne sa nationalité, lorsque le père est étranger l'enfant doit appartenir à la famille étrangère, il doit être comme un enfant légitime ; or, l'enfant légitime d'un père étranger n'est pas Français ; donc cet enfant ne doit pas conserver la nationalité française s'il la possèdait déjà pour une cause quelconque.

Mais voici la raison contraire que l'on peut donner : si l'enfant possédait déjà la nationalité française pour une cause quelconque, cette cause est indépendante de la légitimation pourquoi la légitimation influerait-elle sur une nationalité au point de vue négatif, pour la faire perdre, alors qu'elle n'a pas influé pour la donner ?

Une deuxième raison, c'est que l'on n'admet pas en droit français - nous le verrons plus tard - qu'un enfant mineur puisse perdre la nationalité française ; seul un majeur, et à des conditions à déterminer, peut perdre sa nationalité ; le mineur français possède la nationalité française indélébile. De même que la légitimation ne peut agir sur la nationalité que si elle intervient pendant la minorité, de même on est conduit

Source : BIU Cujas

à dire que l'enfant légitimé ne peut pas perdre la nationalité française s'il est légitimé par un père de nationalité étrangère. En d'autres termes, la légitimation n'agit vis-à-vis de la France qu'à sens unique. Elle agit pour donner la nationalité française si le père est français et que l'enfant ne la possède pas encore ; mais dans le cas contraire et si l'enfant possédait déjà la nationalité française, elle ne peut pas la lui retirer. Il est fort possible que la loi étrangère du père donne la nationalité étrangère à l'enfant, c'est même vraisemblable ; mais en pareil cas, il sera dans la situation d'enfant ayant deux nationalités ; c'est un cas qui, évidemment , se produit de temps à autre.

On pourrait encore donner un troisième argument sur lequel il ne faut pas trop appuyer, c'est un argument de texte. L'art. 9 de notre loi énumère les cas de perte de la nationalité française, or, il ne parle pas de la légitimation par un père étranger d'un enfant qui est déjà français. Conclusion : la légitimation par un père étranger ne fera pas perdre la nationalité française.

Telles sont les diverses hypothèses ou situations dans lesquelles un individu devient Français à raison de sa filiation ou légitime ou naturelle, ou de la légitimation, c'est-à-dire de la substitution à la condition d'enfant naturel de celle d'enfant légitimé.

L'immense majorité des Français possède cette nationalité à raison de la filiation d'abord légitime, ou de la filiation naturelle, avec un parent donneur de nationalité qui soit français au moment de la naissance. Mais le législateur est bien forcé de règlementer d'autres situations, et cela résulte de tout ce que nous avons vu précédemment.

Section II

Nationalité de territoire, jus soli.

C'est le complément apporté à la nationalité de filiation, une sorte de colmatage d'une fissure profonde qui se produirait dans le droit de la nationalité si l'on ne prenait pas un certain nombre des individus qui, nés sur le territoire français, ne peuvent évidemment pas avoir la nationalité de filiation puisqu'ils n'en remplissent pas les conditions.

Source : BIU Cujas

La naissance en France est nécessaire mais non suffisante

Première condition, nécessaire mais non suffisante : nous sommes toujours en présence d'enfants qui sont nés sur le territoire français. La naissance en France est donc la condition primordiale, mais elle n'est jamais suffisante et c'est ici qu'il existe une très grande différence entre l'ancien droit français et le droit actuel.

L'ancien droit français décidait que le simple fait de la naissance en France conduisait à rendre un individu regnicole ; on ne tenait même compte que de la nationalité de naissance. Actuellement, la nationalité de naissance ne suffit plus, il faut que quelque chose vienne la caractériser ; or, c'est ce quelque chose que nous allons maintenant avoir à préciser.

La nationalité de territoire et la résistance du milieu familial

La nationalité de territoire sera donnée toutes les fois qu'on ne se heurtera pas à une résistance trop forte, ou même suffisante, du milieu familial ; c'est la nationalité de famille qui paraît encore l'élément principal, par conséquent si un individu possède une nationalité de famille étrangère, il y a une résistance de cette nationalité familiale étrangère.

Quel sera le point de résistance à partir duquel cette nationalité étrangère va céder pour que la nationalité française de territoire puisse être donnée ? Quand va-t-on éliminer cette influence de la filiation au point de vue du territoire ? Quel sera le coefficient de résistance du milieu familial ? C'est l'intérêt politique du pays qui va en décider ; or, il n'y a pas intérêt à absorber des éléments trop neufs par rapport au territoire, des éléments qui n'offrent avec la France qu'un lien vraiment trop passager, trop fugitif ; il faut tout de même que ce lien soit suffisant pour permettre de dire que l'individu possèdera la nationalité française.

Or, sur ce point, petit à petit, par périodes en quelque sorte, notre loi en est arrivée à retenir, sur des données expérimentales, la nationalité française pour les individus nés sur notre territoire, dans trois hypothèses qui sont les suivantes :

Première hypothèse : c'est celle où l'enfant ne possède - il ne peut s'agir pratiquement que des enfants naturels - aucune filiation. Il n'a pas de famille et, dans ce cas, il n'y a pas de résistance du milieu familial, le coefficient de résistance de la famille est égal à zéro.

Deuxième hypothèse : il a une famille mixte, mi-française, mi- étrangère; ici le coefficient de résistance de la famille existera mais il ne sera plus aussi fort puisque l'un des deux termes de la famille, possède la nationalité française

Source : BIU Cujas

Troisième hypothèse : c'est celle évidemment où le coefficient de résistance de la famille étrangère sera au maximum : c'est le cas où l'enfant possède une filiation où ses deux parents sont des étrangers. Mais même dans ce cas, il peut se produire des circonstances de fait qui vont minimiser l'influence familiale.

Telles sont les trois hypothèses dans lesquelles, en droit français, joue la nationalité de territoire.

§ I - Premier cas : absence de toute filiation.

L'hypothèse

L'hypothèse est celle d'un individu qui n'a pas de famille soit légitime, soit naturelle, qui n'est rattaché à personne par sa filiation. Dans ce cas, il n'y a évidemment aucune résistance du milieu familial, de la nationalité familiale allant contre celle du pays de naissance, c'est le cas dans lequel la résistance est réduite au minimum, elle est même supprimée puisqu'il n'y a pas d'autre rattachement de l'individu que celui qui peut découler du lieu où il est né.

Fondement de la solution légale

Pourquoi lui donner la nationalité du lieu de sa naissance ? C'est qu'il n'y a aucun intérêt qui vient contrebalancer ce but de l'Etat du lieu de naissance, puisqu'il n'y a aucun rattachement familial. En second lieu, c'est l'intérêt de l'individu de posséder une nationalité à raison des avantages qu'il pourra en retirer, et c'est aussi celui de l'Etat de naissance de pouvoir donner sa nationalité à ceux qui sont nés sur son sol et que rien ne retient dans une autre nationalité.

Il est, d'ailleurs, à remarquer que l'enfant qui nait en France et qui n'a pas de filiation peut très bien avoir des parents français ; on ne les connait pas mais on peut dire que, dans leur immense majorité, les enfants qui naissent en France sans filiation ont des parents français. Ces parents pourront évidemment être des étrangers, mais ce ne sera pas le cas normal. L'Etat français a donc intérêt à donner sa nationalité à des individus dont on ne connait pas les parents, mais dont les parents sont vraisemblablement français.

Enfin, c'est l'intérêt de la société en général, puisqu'on contribue par là à supprimer un mal social qui s'appelle l'apatridie et qui est le cas de l'individu qui nait sans nationalité et qui est, en quelque sorte, détaché de tous les pays.

Bref, on comprend bien l'intérêt politique qu'a l'Etat à donner sa nationalité, intérêt qu'aucun autre ne vient contrebalancer.

Source : BIU Cujas

Deux cas dont l'un a disparu

Sur ce point notre législation a subi une certaine évolution : après avoir été extensive elle est devenue plus restrictive et il convient pour cela de distinguer deux hypothèses : l'enfant né de parents inconnus et l'enfant né de parents sans nationalité.

A - L'enfant né de parents inconnus.

Lacune du Code

Le Code ne s'en était pas occupé en I804, aussi y eut-il pendant tout le XIXème siècle hésitation à leur égard, par application de cette idée qu'on ne peut pas étendre à leur cas l'idée de nationalité . Le Code n'ayant pas parlé de l'enfant né de parents inconnus, on était très embarrassé à leur sujet. Il arrivait cette situation choquante que tous les nombreux enfants que leurs parents naturels ne reconnaissaient pas étaient sans filiation et par là-même sans nationalité. C'était donc une conséquence vraiment sévère pour l'enfant naturel non reconnu que d'une part il n'avait pas les avantages d'une filiation civile et que, d'autre part, il n'était même pas Français alors que, dans la plupart des cas il était issu de parents français. En doctrine, on était unanime à dire : il faut que cet enfant ait la nationalité française, pour les raisons que j'ai tout à l'heure indiquées.

La loi de I889

Quoi qu'il en soit, depuis I889 la loi (art. 8,2° du Code civil modifié à cette époque) a donné formellement une solution qui tend à devenir aujourd'hui universelle, aux termes de laquelle l'enfant né dans un pays sans filiation prend la nationalité de ce pays. C'est une solution presque universelle ; la seule différence, c'est qu'on ne construira pas cette solution de la même façon dans les divers pays. En France, nous la construisons sur la base d'une nationalité de territoire : l'enfant est Français parce qu'il est né en France, c'est le jus soli qui contribue à lui donner la nationalité française. Dans certains pays étrangers, on arrive au même résultat mais par une construction différente ; on dit : l'enfant qui n'a pas de filiation est présumé enfant de national. C'est une présomption jusqu'à nouvel ordre, tant que la preuve contraire ne sera pas faite.

La loi de I927

Le texte actuel, art. I, 7° de la loi du IO Août I927 donne cette solution :

" Sont Français..... Tout individu né en France de parents inconnus".

L'enfant se trouve donc, par cela seul qu'il est de parents inconnus, attiré vers la France.

Source : BIU Cujas

Sens des mots "nés de parents inconnus"

Mais que faut-il entendre, d'après ce texte, par "enfant né de parents inconnus"? Cela peut s'appliquer à deux groupes d'enfants bien distincts. Il y a tout d'abord l'enfant qui n'a pas de filiation et peu importe qu'en fait on ait même une certitude morale sur sa filiation, elle ne compte pas en droit civil, elle ne compte pas davantage sur le terrain de la nationalité ; puis il y a une deuxième catégorie d'enfants, heureusement de plus en plus rare, c'est celle de l'enfant trouvé qui n'a pas dans ses langes une indication sur son origine, sur son ascendance. Remarquons que l'enfant trouvé n'est pas nécessairement un enfant né en France, bien que ce soit probable ; il peut très bien être né en pays étranger et avoir été amené par des immigrants puis perdu ou volontairement abandonné sur le territoire français. Comme il faut évidemment trouver une solution, la plus raisonnable et celle qui l'emporte dans la pratique consiste à dire que l'enfant trouvé est présumé né sur le territoire, quel que soit son âge ; car l'enfant trouvé n'est pas forcément un nouveau-né, mais ce peut être l'enfant en trop bas âge pour savoir dire d'où il vient ; dans ce cas il est présumé né en France et, en vertu de cette présomption, il est considéré comme un enfant de parents inconnus.

Force de cette nationalité

Donc prend la nationalité française tout individu né en France de parents inconnus. Quelle est la force de cette nationalité ? Ce n'est qu'une nationalité de complément. Pourquoi cet enfant prend-il la nationalité française ? Parce qu'il n'a pas de filiation, d'où résulte qu'à partir du moment où il viendra à posséder une filiation nous allons rentrer dans l'hypothèse précédemment étudiée, celle de la nationalité de filiation. Supposons qu'un enfant né en France soit, au cours de sa minorité, reconnu par l'un de ses parents, alors la nationalité de l'article I,7° disparaît, celle-ci n'existe qu'autant qu'il n'y a pas de filiation. Il peut être un enfant légitime car il y a, si rare que cela soit, des enfants légitimes qui sont privés de leur filiation et forcés, quand ils le peuvent, de la faire consacrer. Que ce soit un enfant légitime ou un enfant naturel, s'il peut arriver à faire consacrer sa filiation, le cas de l'enfant de parents inconnus disparaît, ce n'était qu'une présomption simple, et désormais il aura la nationalité qui découlera de sa filiation, et cela depuis sa naissance.

Nous ne sommes donc pas en présence d'une présomption irréfragable, mais encore faut-il que la filiation de l'enfant soit établie pendant sa minorité ; sinon il reste définitivement un enfant français puisque, une fois majeur, la fixation

Reproduction Interdite
Source : BIU Cujas

sa filiation ne peut pas agir sur sa nationalité.

B - Enfant né de parents sans nationalité.

C'est un cas beaucoup plus fréquent aujourd'hui que l'autre, à cause des mouvements de population et de l'afflux d'immigrés sans nationalité ou ayant perdu leur nationalité sur notre territoire. Les Russes qui se sont fixés en France il y a quelque vingt ans, ont été dénationalisés par leur pays d'origine, ils ont donc constitué une masse assez importante d'individus sans nationalité, d'apatrides. Naturellement ils ont eu des enfants sur notre territoire. Depuis lors, d'autre groupes de réfugiés sont venus dans les mêmes conditions. Lorsqu'on se trouve en présence d'enfants dont les parents n'ont pas de nationalité, on peut dire : il n'y a pas de résistance d'un milieu familial, ou du moins de résistance d'une nationalité familiale, puisque les parents n'ont pas de nationalité. Dès lors, rien ne s'oppose plus à ce que l'on donne à l'enfant la nationalité du lieu de naissance, ce qui est, semble-t-il, l'intérêt de l'Etat de naissance, ce qui a aussi l'avantage très grand de supprimer l'apatridie dès la première naissance dans une famille. L'apatridie est un mal, mais un mal temporaire : à partir du moment où les enfants naissent, il n'y a plus d'apatrides si l'on donne la nationalité du lieu de naissance.

Fréquence de cette situation

Telle était l'opinion que presque tout le monde soutenait il n'y a pas encore longtemps. Loi comme sur la première question, le Code n'avait rien dit, pas plus que la loi de 1889 ; elle ne s'était occupée que des enfants sans parents, mais elle n'avait rien dit des parents de nationalité inconnue. Devant les tribunaux c'était cependant la solution négative qui semblait l'emporter.

Silence du Code

C'est pourquoi le législateur de 1927 (art. I, n° 7) avait déclaré Français tout individu né en France de parents inconnus ou dont la nationalité est inconnue. Voilà par conséquent un nouveau verrou à l'apatridie : tous les enfants d'apatrides sont français en vertu du jus soli, de la nationalité territoriale.

La loi de 1927

Cette solution paraissait particulièrement satisfaisante et cependant elle a disparu depuis lors, elle a été supprimée par le décret-loi du 12 Novembre 1938 qui a amputé le § 7 de sa partie finale :"ou dont la nationalité est inconnue". La raison a été une mesure de défense contre les réfugiés. C'est qu'en effet, dans les années qui ont précédé 1938, un accroissement très grand, inusité de réfugiés sans

Le décret-loi du 12 Novembre 1938

Source : BIU Cujas

nationalité s'est produit sur notre territoire avec cette particularité et cette aggravation d'un abaissement en général de la qualité de ce milieu de réfugiés et du caractère peu stable de ces éléments réfugiés. On avait plutôt le sentiment que c'étaient des groupes de passage. Etait-il opportun alors de donner la nationalité à des enfants qui étaient destinés à repartir assez vite de France soit pour aller dans d'autres pays, soit pour retourner dans leur pays d'origine si les circonstances politiques venaient à changer ? Les intéressés pouvaient y reprendre, en effet, leurs droits et leur nationalité.

Bref, les auteurs du décret du I2 Novembre I938 ont considéré qu'il n'y avait pas suffisamment de détachement de l'individu par rapport à son ancien pays pour que la seule naissance en France dans de pareilles conditions fût suffisante pour lui donner notre nationalité. Désormais, par conséquent, depuis le I2 Novembre I938, les enfants d'apatrides ne naissent pas Français, ils naissent apatrides. C'est évidemment une solution qui est, à d'autres égards, regrettable. Valait-il mieux accepter les désavantages de la nationalité ou devait-on les laisser apatrides ? C'est un problème qui n'est pas définitivement résolu. Le texte antérieur avait l'avantage d'avoir pour l'immigration russe, complètement supprimé l'apatridie puisque tous les enfants nés depuis I927 étaient par là même pratiquement devenus des Français.

Ce décret n'en ayant rien dit n'est évidemment pas rétroactif ; par conséquent il ne s'applique qu'à partir du moment où il est entré en vigueur, d'où il résulte que tous les enfants d'apatrides, nés avant le décret du I2 Novembre I938, ont continué à bénéficier de la loi de I927.

§ 2 - Deuxième cas : Filiation mi-française.

L'hypothèse

Le deuxième cas d'acquisition de la nationalité d'origine à raison de la naissance en France est le cas d'une filiation mi-française. L'hypothèse est celle de l'enfant né d'un mariage ou de parents mixtes, c'est-à-dire de deux nationalités ; l'un est Français et l'autre est étranger, et le parent français ne donne pas la nationalité jure sanguinis. Il faut évidemment que l'un des deux soit Français et en pareil cas, on se demande si le caractère français de l'un des deux parents ne vient pas contre-balancer la nationalité étrangère de l'autre et si tout cela s'ajoutant à la naissance en France ne doit pas faire prévaloir, comme par un système d'attraction, la nationalité française. En d'autres termes, la naissance en France ne suffit jamais à elle seule, mais si à cela s'ajoute la nationalité française de l'un des deux parents, la naissance en France et plus la nationalité française de l'un des parents,

Source : BIU Cujas

peuvent être considérées comme constituant deux éléments de nature à minimiser la nationalité étrangère de l'autre parent.

Le cas est une innovation de la loi de 1927

En pareil cas tout est question d'opportunité : or, le législateur de 1927 a voulu accroître au maximum les nationaux français, puisque des considérations de caractère essentiellement démographique ont pesé sur la loi de 1927. Et, au surplus, ce législateur a encouragé d'une part des Françaises à épouser des étrangers, et d'autre part, à rester en France, à faire souche en France de façon à ce que la famille fût axée vers la France et ne fût pas perdue pour le pays, avec cet élément complémentaire, que nous ne tarderons pas à rencontrer, que ces femmes - et c'est la grande nouveauté de la loi de 1927 - peuvent garder leur nationalité. Est-ce dans l'intérêt de ces femmes qu'on leur a permis de garder leur nationalité ? Apparemment oui, en réalité il y avait un but plus lointain, but politique beaucoup plus important. En permettant à ces femmes de garder leur nationalité quand elles épousaient des étrangers, on arrivait à ce résultat que les enfants qu'elles auraient, n'auraient qu'un parent étranger et qu'on pourrait tirer alors de ce dualisme de nationalité dans la famille cette conséquence que, lorsque l'enfant serait né en France, la qualité française de sa mère suffirait pour faire pencher la balance du côté de la France. En somme la nationalité maintenue à la française qui épousait un étranger avait un but qui était de pouvoir garder les enfants qui viendraient à naître de cette union.

A - Cas de l'enfant légitime

Tel est précisément le système actuel qui résulte de la loi de 1927 qui a créé ce cas qui n'existait pas jusqu'alors (art. 1, 3°):

"Sont Français.....

3°-"Tout enfant légitime né en France d'une mère française

Il y a donc en somme trois conditions, deux formelles, une troisième implicite ; la première condition c'est que l'enfant soit né en France, condition matérielle ; la deuxième condition légale, c'est que sa mère soit Française au moment de sa naissance, il faut donc que la femme n'ait pas perdu la nationalité par le mariage ; la troisième condition, implicite, c'est que le foyer se soit constitué, se soit maintenu, que l'établissement de la famille soit en France.

En pareil cas l'enfant aura la nationalité française de naissance.

Y a-t-il beaucoup de cas de ce genre ? D'après les statistiques, il semblerait qu'on puisse les chiffrer dans la famille légitime à environ 3 1/2 du nombre des enfants d'étrangers qui naissent en France.

Comment les choses se passent-elles dans la filiation naturelle ? C'est un peu plus compliqué : l'enfant est françai

Source : BIU Cujas

B - Cas de l'enfant naturel

lorsque celui des deux parents qui n'est pas le donneur de nationalité jure sanguinis est un Français. Voilà un enfant naturel reconnu d'abord par sa mère, une étrangère ; il n'est donc pas devenu Français. Puis sa filiation est établie vis-à-vis de son père à la suite d'une action en recherche judiciaire, au cours de la mincrité de l'enfant. Le père ne donne pas la nationalité de filiation à l'enfant puisqu'il l'a reconnu en second lieu. Cependant l'enfant va prendre la nationalité française à raison de sa naissance en France ; l'enfant naturel devient Français lorsque le parent qui ne lui donne pas la nationalité de filiation est un Français. Il est rétroactivement Français depuis sa naissance.

§ 3 - Troisième cas : Filiation étrangère.

L'hypothèse

Enfin il arrive un troisième cas qui est celui qui a donné lieu au plus grand nombre d'acquisitions de nationalité au point de vue statistique, c'est celui où l'enfant est de filiation totalement étrangère ; c'est ici que la résistance du milieu familial joue au maximum ; dans le premier cas il n'y avait aucune filiation donc pas de résistance ; dans le deuxième cas l'un des deux parents était Français, la résistance était donc tempérée et deux forces se faisaient équilibre, une force centrifuge et une force centripète. Ici, nous sommes en présence d'une famille dont les deux parents sont étrangers, donc la résistance du milieu étranger joue au maximum. Mais cet enfant est né en France ; va-t-on le perdre ? Non. Le législateur va encore lui imposer la nationalité française dans un certain nombre d'hypothèses qui viendront contrebalancer la force d'attraction familiale étrangère.

Cette circonstance est celle d'une très longue fixation de la famille sur le territoire français ; pratiquement c'est le cas où deux générations successives sont déjà nées sur le territoire français. Il s'agit de l'enfant que l'on appelle enfant né en France d'un parent déjà né en France. En effet, cela implique une fixation ancienne de la famille, cela exige de toute nécessité que la grand-mère soit venue en France et y ait accouché. En effet, si la grand-mère est venue en France, qu'elle y a eu un enfant et que l'enfant de cet enfant à son tour naisse en France, il y a deux générations successives qui sont nées sur le territoire français. Cela implique donc une attache d'au moins 30 à 50 ans environ de la famille sur le territoire.

Lorsqu'il en est ainsi la naissance du deuxième enfant sur le territoire est une naissance caractérisée, et c'est une naissance qui va avoir pour conséquence d'annihiler l'influence

Source : BIU Cujas

de la famille étrangère, bien que l'enfant ait deux parents étrangers. La nationalité de filiation va être complètement annihilée par cette double circonstance que l'enfant et l'un de ses parents se trouvent être nés sur le territoire français.

Il est facile de concevoir l'intérêt politique de donner la nationalité à ces individus, et peu d'Etats acceptent que des familles se fixent si longtemps sur leur territoire sans se les assimiler, surtout dans un pays où il y a beaucoup d'étrangers. Ce serait un véritable suicide de maintenir définitivement sous l'allégeance étrangère des familles qui sont fixées d'une façon complète sur le territoire national. Il y a là une question d'appréciation politique et de nécessité politique qui est vitale pour l'Etat.

L'évolution de la législation

Quelle a été en cette matière - car on n'y est pas parvenu immédiatement - l'évolution de la législation française ?

Silence du Code

Le Code de 1804 n'avait absolument rien dit de cette catégorie d'individus, parce que le Code n'était pas très extensif quant à la nationalité de territoire et que le nombre des étrangers qui vivaient en France n'était pas alors bien considérable. Il faut attendre le milieu du XIXème siècle pour qu'on commence à se dire qu'en présence de familles qui sont depuis si longtemps sur le territoire national il y a lieu que leurs enfants prennent la nationalité française.

Loi de 1851

C'est une loi de 1851 qui ouvre la marche de la réforme ; elle est encore bien tiède, elle donne la nationalité française, c'est certain, mais elle est prête à la retirer car si l'individu n'en veut pas, il n'a qu'à le déclarer et il peut la répudier. Il va de soi que tous ceux qui avaient le moindre intérêt à répudier cette nationalité ne manquaient pas de le faire puisqu'on n'exigeait aucune condition spéciale de leur part, si ce n'est une manifestation de volonté. Or, il se trouva que pendant la guerre de 1870, un certain nombre de cas se produisirent qui parurent choquants ; des individus nés en France, de parents déjà nés en France, et devenus Français à leur naissance, ne manquèrent pas de répudier la nationalité pour éviter de servir dans l'armée française.

Loi de 1874

Aussi, au lendemain de cette guerre, la loi de 1874 intervint-elle, qui resserra un peu l'étau autour de ces individus ; elle décide toujours qu'ils sont Français de naissance, elle maintient encore qu'ils pourront répudier la nationalité, mais elle rend plus difficile de leur part cette répudiation. Elle exige, en effet, des conditions minima que n'imposait pas la loi de 1851 ; il faudra pour répudier la nationalité, qu'ils justifient qu'ils possèdent une nationalité étrangère, car véritablement il est inadmissible qu'un individu pût répudier pour n'avoir aucune nationalité

Source : BIU Cujas

ce qui s'était produit sous l'empire de la loi de 1851; comme la plupart de ces individus n'avaient pas de nationalité, la répudiation leur devenait beaucoup plus difficile. Cependant on estima que ce n'était pas aller assez loin de se contenter qu'ils justifiassent d'une nationalité étrangère.

Loi de 1889 - Deux cas à distinguer

Lors de la grande loi de 1889 qui fut faite pour une préoccupation essentielle de recrutement militaire, c'est dans cette catégorie qu'on comptait puiser le plus et on pensa qu'il fallait rendre plus difficile cette répudiation, qu'il fallait quelquefois même la supprimer. C'est ainsi que la loi de 1889, art. 8, § 3 du Code civil, a élaboré un système qui depuis lors n'a pas été modifié et reste encore le système de la loi actuelle, qui repose sur une double présomption : tantôt la double naissance en France de l'individu et d'un de ses parents entraîne une présomption irréfragable de détachement de son milieu étranger - tout au moins le législateur le décide dans un intérêt politique. Tantôt, au contraire, il y a encore suffisamment de résistance du milieu étranger pour que le législateur dise : il est peut-être opportun de laisser l'individu conserver la nationalité étrangère, tout au moins en exigeant de sa part des conditions assez strictes.

A - Cas de la présomption absolue ou irréfragable.

Cette situation se trouve actuellement dans la loi de 1927, qui n'a fait que reproduire le texte de 1889, dans l'article 1,2° et 6°, selon qu'il s'agit d'enfants légitimes ou naturels.

Enfant légitime

Enfant légitime - Est Français l'enfant légitime né en France d'un père qui y est déjà né.

L'enfant est Français de naissance en vertu d'une présomption irréfragable, c'est-à-dire qu'il ne pourra répudier. En effet, si c'est le père qui est déjà né en France, il est probable qu'il n'a jamais quitté la France. Evidemment il est arrivé des hypothèses dans lesquelles une femme avait accouché en France puis était repartie et 25 ans après, dans la même famille une autre femme revenait en France pour faire ses couches et repartait ; mais ce sont des cas exceptionnels qui se sont présentés pour des familles de touristes qui avaient l'habitude de passer l'hiver sur la Côte d'Azur par exemple, et à 25 ans d'intervalle la mère et la fille accouchaient sur la Côte d'Azur. Mais dans l'immense majorité des cas, si le père est né en France c'est qu'il n'a jamais quitté le territoire français puisque, à la deuxième génération où l'enfant va naître en France, il y a une attache suffisamment ancienne et stable avec le territoire pour que non seulement on donne la nationalité, mais qu'on ne donne pas la possibilité d'option.

Ajoutons immédiatement, et cela va de soi, que l'on suppose par hypothèse que le père est un étranger ; si le père

Source : BIU Cujas

est français au moment de la naissance, l'enfant sera français par la nationalité de filiation ; ce n'est qu'autant que le père sera resté étranger que l'enfant prendra la nationalité du territoire.

Y a-t-il beaucoup d'enfants de ce genre qui deviennent ainsi français à leur naissance, parce que leur père légitime est déjà né en France ? D'après les statistiques, il y en aurait eu environ : en 1890 : 19.000 ; en 1900 : 13.000 ; en 1920 : 8.500 ; en 1930 : 11.000 ; en 1935 : 3.500.

Enfant naturel | Comment les choses se passent-elles dans la famille naturelle ? Tout dépend de savoir qui a reconnu l'enfant le premier ; l'enfant sera définitivement français si celui qui l'a reconnu le premier, c'est-à-dire le donneur de nationalité de filiation, est né en France. Supposons un enfant naturel qui naît en France ; celui qui le reconnait en premier lieu est encore étranger, mais il était lui-même né en France, nous avons alors les deux naissances successives en France , l'enfant naît Français et l'est définitivement, sans répudiation, parce que celui qui l'a reconnu en premier lieu était déjà né sur le territoire français.

B - Cas de la présomption simple.

La présomption sera simple lorsque les conditions de la naissance de l'enfant n'impliquent pas une fixation définitive de la famille sur le territoire français ; c'est le cas réglé par l'article 2 de la loi.

I) Domaine de la présomption | Famille légitime - Nous sommes dans le cas où la mère est née en France. La naissance de la mère n'implique pas du tout un foyer français, puisque le père est né à l'étranger cela peut être vraiment un foyer fixé hors de France, la mère venant simplement en territoire français, dans sa famille, pour faire ses couches, et repartant après. En pareil cas, l'enfant naît français, bien entendu, mais on lui permet de répudier la nationalité française, précisément parce que la mère n'est pas celle qui donne la nationalité. En pareil cas on a considéré que la résistance du milieu paternel était encore suffisante pour que l'enfant ne soit pas définitivement français.

Famille naturelle - L'enfant devient français sous réserve de répudiation quand il est né en France d'un parent, qui l'ayant reconnu en second lieu, y est lui-même né.

Ces enfants sont beaucoup plus nombreux que les précédents. Voici les chiffres que l'on donne : en 1900 :45.000 ; en 1920 : 46.000 ; en 1930 : 38.000 ; en 1935 : 42.000.

Source : BIU Cujas

2) Renversement de la présomption : la répudiation

Examinons maintenant dans quelles conditions ces enfants vont pouvoir répudier la nationalité française ; il y a des conditions de fond, des conditions de forme et de procédure.

Il y a très peu de ces enfants qui utilisent la faculté de répudier la nationalité française ; ainsi en 1926-1927, sur une période de 18 mois au cours de laquelle il y a eu 45.000 enfants de ce genre devenus Français, il n'y a eu que 500 répudiations. En 1926, il n'y avait eu que 290 répudiations, en 1941, 256. En fait, donc très peu de ces enfants usent de la faculté de répudier, ce qui prouve qu'en somme on pourrait sans grand danger supprimer la présomption simple et édicter une présomption irréfragable, puisque le nombre de ceux qui répudient est aussi faible. Il n'y a pas d'inconvénient toutefois à maintenir cette faculté de répudiation, puisqu'on n'en profite pas beaucoup.

Conditions de fond de la répudiation.

Une première condition est une condition d'âge ; l'enfant ne peut répudier qu'entre 21 et 22 ans. On ne lui permet pas de répudier la nationalité française pendant sa minorité, par application de cette idée qu'un mineur ne peut pas perdre la nationalité française parce qu'il est incapable, même un mineur émancipé. C'est un acte trop grave, il faut qu'il ait sa pleine capacité civile, il ne pourra donc répudier que lorsqu'il sera majeur. Temporairement, il faut signaler- cela s'était déjà fait pour la guerre de 1914 - qu'un décret du 18 Octobre 1939, qui sera en vigueur tant que ne sera pas intervenue la cessation officielle des hostilités, ramène l'âge à 18 ans et la durée à trois mois. Ce décret du 18 Octobre 1939 s'explique aisément : il faut prendre parti, pendant la guerre, en ce qui concerne la situation des individus qui atteignent l'âge de 18 ans, ceci au point de vue des obligations militaires.

Condition d'âge

Deuxième condition : il faut que l'individu justifie par tout document qu'il a conservé la nationalité familiale de ses parents. Il ne suffit pas qu'il dise qu'il a conservé une nationalité étrangère, ou acquis une nationalité étrangère. On veut bien lui permettre de répudier, on détend le ressort de la nationalité territoriale au profit de la nationalité familiale mais, par conséquent, il doit justifier qu'il a conservé la nationalité que ses parents avaient au moment de sa naissance ; si ses parents ont changé de nationalité depuis sa naissance, il ne peut pas revendiquer cette nationalité.

Conservation de la nationalité des parents

Troisième condition, sur laquelle on s'est souvent étonné mais qui est essentiellement humaine. Le législateur

Source : BIU Cujas

Accomplissement des obligations militaires à l'étranger

de 1889, qui s'est préoccupé de questions militaires a fait preuve ici de pas mal de psychologie : l'individu doit justifier qu'il a rempli dans le pays en question, ses obligations militaires. Au moment où l'on créait le service militaire obligatoire en France, en 1889, on pouvait craindre des vocations pour des nationalités étrangères qui seraient quelque peu intéressées ; on pensait au contraire que s'ils devaient faire n'importe comment leur service militaire dans l'un ou l'autre des pays, les intéressés seraient beaucoup moins incités à répudier - et ce fut d'ailleurs un excellent calcul - la nationalité. On ne devait d'ailleurs pas justifier que l'on avait fait un service militaire, car il n'y en avait pas dans tous les pays, mais on devait justifier que l'on avait satisfait aux exigences militaires existant dans son pays.

Absence de renonciation à la faculté de répudier

Quatrième condition : il fallait que l'individu eût encore la faculté de répudier, c'est-à-dire qu'il n'ait pas perdu la faculté de répudier la nationalité. Comment pouvait-il perdre la faculté de répudier ? Sans doute un mineur ne pouvait jamais perdre la nationalité française, mais on admet qu'il puisse l'acquérir ou qu'il puisse renoncer à perdre la nationalité française ; notre législation est ici à sens unique, dans un but politique.

Or, ces enfants qui depuis leur naissance jusqu'à 18 ans en ce moment, 21 ans en temps normal, ont la faculté de répudier la nationalité peuvent très bien renoncer par anticipation à cette faculté. Ils y ont de grands intérêts, parce qu'ils sont français de naissance mais ils ne seront considérés comme Français définitivement qu'à 21 ans; notamment les jeunes gens qui voulaient se présenter dans certaines grandes écoles n'étaient pas acceptés, on leur disait : nous ne savons pas si à 21 ans vous n'allez pas répudier la nationalité française. Ils avaient donc intérêt à stabiliser leur situation, à renoncer à cette répudiation, ce qui les rendait définitivement français. Et la famille pouvait avoir des avantages et échapper à certaines incapacités si les enfants étaient définitivement français ; quelquefois, pour accorder des Bourses dans l'enseignement secondaire, le ministre de l'Education nationale, d'une manière prétorienne, mais qu'on ne peut pas critiquer disait : nous voulons bien donner une bourse à cet enfant, mais nous voulons être certains qu'il restera Français.

Il y avait donc plusieurs sortes de renonciations à la faculté de répudier, c'est-à-dire de consolidations définitives de la nationalité française. Il y avait d'abord une renonciation expresse (art. 2, b de la loi), c'est une simple déclaration à faire au juge de paix du domicile de l'intéressé.

Source : BIU Cujas

Cette déclaration est faite par celui qui exerce sur l'enfant la puissance paternelle. En pareil cas cette déclaration faite devant le juge de paix a pour conséquence que l'enfant devient définitivement français. De 1924 à 1926 il y a eu 14.534 déclarations de ce genre qui ont l'avantage de consolider définitivement la situation.

A côté de cette renonciation expresse il existe une renonciation tacite qui résulte du même article 2, a, lorsque les parents de l'enfant deviennent français au cours de la minorité. Lorsque les parents de cet enfant deviennent, par voie de naturalisation, français au cours de la minorité de l'enfant, l'art. 2, I°a. lui retire la faculté de répudier la nationalité ; c'est une sorte de renonciation tacite.

Il y a encore une hypothèse de renonciation tacite donnée par la lettre c du même article : c'est le cas où l'intéressé participe aux opérations du recrutement ; il est porté sur les listes de recensement cantonal, il comparait devant le conseil de révision, il ne dit rien, sa comparution est considérée comme emportant une renonciation tacite, mais irrévocable à la faculté de répudier la nationalité.

Il y avait donc trois cas pratiques où la consolidation de la nationalité se faisait à titre définitif : renonciation expresse pendant la minorité de l'enfant ; naturalisation ou acquisition de la nationalité française par les parents et comparution devant le conseil de révision qui convoque cet individu parce que né sur le territoire français.

Conditions de forme et de procédure de cette répudiation.

Déclaration devant le juge de paix et contrôle de légalité

Elle se fait, nous l'avons dit, par une simple déclaration devant le juge de paix. Elle est règlementée en détails par l'article 5 de notre loi, complété par un décret-loi du 25 Août 1937. Cette déclaration devant le juge de paix doit faire l'objet d'un contrôle de légalité : il est en effet à craindre que les individus fassent une déclaration de répudiation qui n'en ont pas le droit ou n'en remplissent pas les conditions. Qui sera chargé de faire ce contrôle de légalité ?

Jusqu'en 1937 c'était la chancellerie ; depuis le décret-loi du 25 Août 1937 les déclarations sont contrôlées par le ministère public et il dispose d'un délai relativement court, fixé par la loi à trois mois à partir de la déclaration. Il faut que le ministère public prenne parti : de deux choses l'une, ou il estime que l'individu remplit bien les conditions, et il enregistre la déclaration, il faut dans ce cas qu'il le fasse dans le délai de trois mois. Pour la durée de la guerre une loi du 29 Octobre 1940 a suspendu les délais.

Il y a un registre qui doit être tenu au Parquet, sur

Source : BIU Cujas

lequel sont enregistrées ces déclarations tendant à renoncer à la nationalité.

Mais le ministère public peut aussi refuser d'enregistrer la déclaration s'il estime que les conditions ne sont pas remplies. En pareil cas la question qui se pose n'est pas une question d'opportunité, mais une question de droit. Il n'est pas possible que le ministère public, agent de l'administration judiciaire, puisse être juge et partie dans une question contentieuse ; aussi existe-t-il une voie de recours prévue par l'article 5. Le déclarant qui n'est pas satisfait du refus d'enregistrement de sa répudiation a un recours devant le tribunal civil. Le tribunal civil précisera s'il a ou non rempli les conditions ; ou bien le tribunal donnera raison au ministère public ou il lui donnera tort. Si le tribunal donne tort à l'individu, celui-ci sera définitivement français, puisque sa demande ne pouvait pas être enregistrée ; si au contraire, le tribunal estime que les conditions étaient remplies, il ordonnera l'enregistrement de cette répudiation et le ministère public devra enregistrer celle-ci sur le registre qu'il tient à cet effet.

Recours contre l'enregistrement de la déclaration.

Il est à craindre aussi que l'enregistrement ne soit parfois fait par le ministère public à la suite de négligence, ou à la suite de certaines collusions dans des cas où les individus n'auraient pas eu le droit de répudier la nationalité. Le décret loi du 25 Août 1937 décide que toute déclaration enregistrée peut être attaquée par toute personne intéressée, par le ministère public lui-même, par le déclarant, par les tiers, sans condition de délai. C'est ce qu'il y a d'important et aussi de grave dans ce décret-loi de 1937. Si quelqu'un, il y a 15 ans, a fait une déclaration de répudiation de nationalité, cette déclaration pourrait être encore attaquée dans sa légalité si on n'avait pas dû l'enregistrer. Il y a eu évidemment un certain nombre de fraudes, et c'est pour éviter cela qu'on a maintenu cette sorte d'épée de Damoclès suspendue sur la tête des intéressés. Ainsi on pourra toujours contester les déclarations de répudiation devant le tribunal civil.

Une dernière observation : ce serait l'hypothèse où le ministère public laisserait s'écouler le délai de trois mois sans statuer sur l'enregistrement. On a prévu cette hypothèse car on s'est méfié de la lenteur et de la négligence proverbiales des administrations publiques. Elles auraient indéfiniment attendu pour statuer, c'est pourquoi, depuis 1889, le législateur a voulu que les enregistrements interviennent dans un délai de rigueur. Si le ministère public n'a pas enregistré la déclaration dans les trois mois, cela vaut enregistrement On n'a pas voulu que les intéressés aient à subir les conséquences des retards de l'administration ; passé le délai,

Source : BIU Cujas

l'enregistrement est de droit et le ministère public ne peut pas refuser d'y procéder et de délivrer une déclaration constatant que l'enregistrement est fait.

Quels sont les effets de cette répudiation ?

Non rétroactivité de la renonciation

Aux termes de l'article 5 in fine de notre loi, la déclaration de répudiation "prend effet à partir du jour où elle a été inscrite". Elle ne produit effet que pour l'avenir. Cela signifie que l'intéressé a été et reste français jusqu'à l'époque où il a fait sa répudiation. On peut encore invoquer l'article 9,2° de la loi qui ne produit, comme toute perte de nationalité, effet que pour l'avenir. Il ne perd pas rétroactivement le bénéfice de sa nationalité. Cette question a été très discutée pendant longtemps avant que la loi ne l'ait vraiment règlementée comme elle l'a fait depuis 1927, supprimant toute controverse. Mais entre 1889 et 1927 on a beaucoup discuté la question ; on la discutait mal, parce qu'on la discutait à la lumière des principes du droit civil, et voici le raisonnement que l'on avait fait intervenir. On disait : cet individu est français de naissance, mais sa nationalité est subordonnée à un évènement futur et incertain : la répudiation, qui interviendra ou non dans l'année de sa majorité. C'est donc un Français sous condition résolutoire, et alors, quand la réalisation de la condition se produit par la répudiation, la condition étant rétroactive (art. 1179), l'individu n'a donc jamais été Français.

C'était un raisonnement de civiliste qui était absolument inopportun dans une matière comme la nôtre, qui est une matière politique. En effet, d'une part, il n'était déjà pas bien certain - et certains civilistes éminents n'ont pas manqué de le soutenir - que la théorie de la rétroactivité de la condition soit une théorie générale du droit civil, qu'on puisse l'étendre au-delà des textes pour lesquels elle a été faite, c'est-à-dire la matière des obligations.

Deuxième observation : la matière de la condition et de sa rétroactivité n'est qu'une matière du droit civil ; or, nous sommes ici dans un statut politique. On ne conçoit pas que l'on soit Français sous condition ou suspensive ou résolutoire.

L'individu en question avait la nationalité française, il a le droit de répudier cette nationalité, il rompt son allégeance, il perd la nationalité mais il ne la perd que pour l'avenir. Et c'est cette thèse que la loi de 1927 a enfin consacrée : l'individu reste donc Français pour toute la période de sa minorité, et il ne perd la nationalité qu'à partir de la déclaration qu'il a faite ; il n'y a donc pas de Français sous condition résolutoire.

Source : BIU Cujas

Exception : les enfants des agents diplomatiques ou consulaires étrangers

Nous en aurons terminé avec cette catégorie d'individus nés en France de parents dont l'un y était déjà né, lorsque nous aurons signalé une exception, exception qui a toujours été pratiquée par le gouvernement, mais par des voies très prétoriennes, et qu'il fallait mieux inscrire dans la loi. Elle s'y trouve depuis 1927, la loi ayant d'ailleurs été complétée sur ce point par le décret-loi de 1938. Il s'agit des enfants des agents diplomatiques et des consuls de carrière. En effet, il est arrivé fréquemment que, dans une même famille où, de père en fils, on est dans la carrière diplomatique ou consulaire au service de son pays, deux enfants soient nés sur le territoire français, c'est-à-dire le père et son enfant. L'agent diplomatique, comme le consul de carrière, ne manifeste aucune attache avec le territoire ce sont des fonctionnaires publics étrangers, envoyés pour un temps limité et on ne peut pas, de leur séjour sur le territoire, quelque long qu'il soit - puisqu'ils sont au service d'un Etat étranger - en déduire une attache avec le pays. Il en résulte une situation injuste. Il est arrivé que la femme d'un agent diplomatique étant déjà née en France et ayant ensuite un enfant en France, cet enfant devenait Français et se trouvait alors dans une situation délicate puisque, une fois devenu majeur, il était appelé par le service militaire et, s'il ne répondait pas à l'appel il se trouvait considéré comme insoumis. Il y avait même eu des cas où des individus avaient été emprisonnés pour cette raison.

Pour éviter ces inconvénients, on évitait de les appeler sous les drapeaux, ou, quand on s'en apercevait, on les libérait par une décision administrative absolument illégale d'ailleurs, mais qui échappait à tout recours.

La question est aujourd'hui réglée par l'article 2 ; ces enfants ne deviennent pas Français. Cependant on n'a pas voulu y renoncer complètement. Comme ils sont nés en France, d'un parent déjà né en France et comme il est possible qu'ils aient vécu longtemps en France, qu'ils aient reçu l'empreinte française et qu'ils désirent être Français, on leur facilite grandement l'acquisition de la nationalité française. Mais dans tous les cas, ils ne sont pas des Français de naissance.

Voilà donc terminée l'étude de la nationalité d'origine qui repose sur deux pieds hiérarchiquement, d'ailleurs, distincts et d'importance inégale :

- la nationalité de filiation d'une part et ensuite, pour trois catégories d'individus, la nationalité de territoire, lorsqu'à la naissance en France viennent s'ajouter un certain nombre d'autres éléments suffisamment forts pour marquer un détachement d'avec le pays étranger.

Source : BIU Cujas

Chapitre II

NATIONALITE DERIVEE

Dans le chapitre précédent, nous nous sommes occupés de la nationalité de naissance, c'est-à-dire de la nationalité d'origine ; nous avons vu que celle-ci découlait tantôt de la filiation et tantôt d'un fait de naissance en France, mais qui devait être plus ou moins caractérisé et auquel devaient s'ajouter certains éléments.

Objet du chapitre

Il s'agit maintenant d'individus qui ne naissent pas Français : comment vont-ils pouvoir devenir Français au cours de leur existence ? Loi la loi a dosé, en quelque sorte, les moyens d'après la force d'attraction qu'exerce la France sur ces individus, à raison d'un certain nombre de considérations de fait. L'attache de ces individus avec la France n'est pas assez forte pour leur en donner la nationalité de naissance, même s'ils sont nés sur le territoire. Cependant les liens qu'ils ont manifestés soit à partir de leur naissance, soit plus ou moins tardivement avec la France, peut être assez forts pour que l'on considère qu'ils doivent être eux-mêmes les arbitres de la situation, c'est-à-dire décider de leur nationalité ; en d'autres termes on va leur offrir la nationalité et il dépendra d'eux et d'eux seuls de la prendre, on ne pourra pas - c'est là l'idée importante - la leur refuser. L'acquisition de la nationalité française sera pour eux un droit. Cette acceptation par eux neutralisera l'influence de leur nationalité étrangère de naissance suffisamment pour qu'on puisse lui substituer la nôtre, au profit de laquelle l'équilibre sera rompu.

Quelquefois même, on fera plus que leur offrir cette nationalité et on la leur imposera, à raison de certaines circonstances de fait qui paraîtront suffisantes pour cela.

Mais dans d'autres hypothèses, l'attache que ces individus révèleront avec le territoire sera tout de même encore trop lâche, trop incertaine pour qu'on puisse faire ainsi de l'option qu'ils exerceront un droit de leur part : alors tout ce qu'ils pourront faire, ce sera de solliciter cette nationalité que l'on pourra arbitrairement leur accorder ou leur refuser.

Deux séries d'hypothèses

Nous avons donc deux séries d'hypothèses : dans la première série les individus vont, à raison d'une attache suffisante

Source : BIU Cujas

avec la France, avoir le droit de réclamer notre nationalité et l'on ne pourra pas la leur refuser; ce sont des hypothèse que nous étudierons dans une Section I .

Dans une Section II nous verrons les hypothèses dans lesquelles l'acquisition de la nationalité n'est qu'une faveur.

Section I

Hypothèses dans lesquelles l'acquisition de la nationalité constitue un droit.

Trois hypothèses rentrent dans cette catégorie

Ce sera, là encore, ce qu'on appellera une acquisition par le bienfait de la loi, nationalité privilégiée ; on la rencontre dans trois hypothèses où la loi va dire à des individus qui ne sont pas Français de naissance : je vous offre de devenir Français, il dépend de vous et de vous seuls de le devenir et, si vous voulez être Français, c'est un droit pour vous, je n'ai pas le moyen de vous en empêcher, c'est à vous d'en décider

Quelles sont ces trois hypothèses : c'est d'abord celle des individus nés en France, mais qui ne sont pas devenus Français de naissance. Il ne suffit pas, on le sait, de naître en France pour être Français de naissance Nous n avons retenu qu'un certain nombre de cas graves et importants parmi lesquels l'individu né en France est Français d'origine. Mais la plus grande majorité des individus, quoique nés en France, ne sont pas des Français d'origine ; certains de ces individus, parce qu'ils sont nés en France, vont pouvoir devenir Français, ce sera un droit parce que cette naissance en France va être corroborée par d'autres éléments.

Une deuxième hypothèse sera constituée par des individus - c'est assez rare et d'ailleurs d'une application récente - qui n'étant pas nés en France auront avec une famille française un lien de filiation adoptive.

Une troisième hypothèse est donnée par le mariage, c'est-à-dire par le fait d'une femme étrangère qui épouse un Français ; il y aura donc une attache conjugale avec un Français.

Source : BIU Cujas

Sous-Section I

Première hypothèse : Individus qui sont nés en France et dont la naissance en France va se trouver corroborée par des éléments ultérieurs

Ces individus sont assez nombreux ; d'après la statistique de 1931, il y avait environ 50.000 individus qui, nés en France, n'étaient pas devenus Français de naissance.

Les intérêts en présence

Quels sont donc les intérêts en présence ? L'intérêt de l'individu, qui est déjà né en France et qui probablement va rester dans notre pays pour y dérouler son existence, est de prendre la nationalité du pays dans lequel il va vivre à raison des avantages qui peuvent y être attachés. D'autre part, étant donné notre situation démographique, l'intérêt de notre pays est d'absorber ces individus qui sont nés en France, auxquels nous n'avons pas voulu imposer la nationalité de naissance, mais qu'il convient d'assimiler plus ou moins rapidement.

Le problème technique et ses solutions

Il se pose alors un problème technique : ce problème technique est de savoir comment l'on va, en quelque sorte, prendre parti sur le problème qui se pose et qui est de savoir le degré de résistance de l'élément étranger de ces individus ; quelles sont les conditions auxquelles la résistance du milieu familial étranger va se trouver résorbée au profit de la nationalité française. Il y a là deux éléments centripète et centrifuge qui luttent l'un contre l'autre : le pays dans lequel l'individu est né et qui a intérêt à se l'agréger et le pays de famille qui a intérêt aussi à le retenir. Les conditions d'effacement de la nationalité étrangère de l'individu vont découler de deux situations possibles : soit une déclaration de volonté de l'individu, soit des faits sur la base desquels la loi va établir une présomption.

Envisageons successivement ces deux situations.

§ I - Déclaration de volonté.

Les textes sont les articles 3 et 5 de notre loi et un décret du 25 Août 1937. Deux conditions sont à remplir ;

Deux conditions de fond

la première que l'individu, si la chose n'est déjà faite, fixe son domicile en France. "Peut devenir Français tout indi-

Source : BIU Cujas
Reproduction interdite

vidu né en France d'un étranger et domicilié en France". Donc l'individu qui est né en France pourra devenir Français à la condition qu'il soit domicilié sur notre territoire. Nous n'étudierons pas actuellement les conditions de ce domicile, nous renvoyons l'étude de cette question à la partie du cours relative au domicile ; nous supposons donc connu ce point et admis que l'individu est domicilié sur le territoire français.

Nous arrivons à la deuxième condition : il faut une manifestation de volonté de la part de l'individu. Cette manifestation de volonté va couper le fil qui le retient encore à son pays d'origine par sa filiation étrangère. On n'a pas voulu lui imposer la nationalité française du seul fait qu'il est né sur le territoire. Il est lui-même l'arbitre du pays dont il va prendre la nationalité, mais s'il sollicite la nationalité française, il n'y a plus aucune raison de lui refuser notre nationalité.

"La réclamation"

Cette manifestation de volonté porte un nom qu'il est opportun de connaître. On l'appelle la réclamation de nationalité française. Tous ces individus sont appelés les réclamants. Il ne faut pas confondre la réclamation de nationalité française et les réclamants avec d'autres catégories d'individus, par exemple avec les individus français de naissance, ou avec des naturalisés. Quand on rencontre dans un texte l'expression de réclamer la nationalité, il s'agit de la catégorie d'individus dont nous parlons, c'est-à-dire qui ont à faire une manifestation de volonté moyennant laquelle ils obtiennent la nationalité française.

Cette réclamation de nationalité française n'est pas extrêmement ancienne, mais elle se trouvait déjà dans le Code de 1804 et depuis lors, elle a toujours été conservée. Le législateur est intervenu à maintes reprises pour règlementer l'institution, son mécanisme et ses effets. Voyons dans quelles conditions cette manifestation de volonté va pouvoir intervenir.

Epoque de la réclamation

Quant à l'époque, ici il y a eu des modifications apportées par la loi de 1927. La réclamation de nationalité ne peut intervenir que dans la minorité de l'individu, c'est-à-dire jusqu'à l'âge de 21 ans, mais elle possible à partir même de sa naissance. L'on voit à quel point la loi a pu réaliser une sorte d'harmonie entre les deux points de vue de l'influence du pays de territoire et d'autre part de l'influence du lien de famille. Le jour même de sa naissance, un pareil individu peut bénéficier d'une manifestation de volonté ; elle ne sera pas faite par lui, mais par son ascendant ; le père qui va déclarer l'enfant à l'état-civil trouvera dans la même mairie un local où il pourra faire immédiatement la déclaration moyennant laquelle la rupture

Source : BIU Cujas

de l'individu avec la nationalité étrangère sera opérée vis-à-vis de la France et il deviendra Français . Il peut donc devenir Français à partir même de sa naissance et au plus tard jusqu'à 2I ans - le délai était prolongé autrefois jusqu'à 22 ans mais il a été ramené à 2I ans -.

Où fait-on cette déclaration ?

Compétence du juge de paix

La procédure est régie par l'art. 5 de la loi. Cette déclaration est faite au juge de paix. Il ne faut pas croire que l'intervention du magistrat soit contentieuse. Le juge de paix joue un rôle qui d'ailleurs n'est pas unique dans la matière de la nationalité. Il n'est pas seulement un magistrat, il est aussi un fonctionnaire de l'ordre administratif et il y a un certain nombre de déclarations, accidents du travail et autres, qu'on doit lui faire. Il intervient alors comme représentant de l'administration auquel on fait une déclaration et qui ne peut pas se refuser à la recevoir ni à la transmettre.

Qui doit faire la réclamation ?

Par qui cette réclamation sera-t-elle faite ? La question est importante puisque, dès le jour de la naissance de l'individu, la réclamation de la nationalité peut être faite. Or, il est évident que l'enfant n'a pas de volonté sur cette question à sa naissance. La loi a fait deux périodes dans la minorité de l'enfant, et ceci remonte à 1927. Jusqu'à l'âge de 16 ans la réclamation peut être faite par ses parents, son père et à défaut sa mère, ou celui qui exerce sur lui la tutelle, la puissance paternelle ; et c'est un pouvoir absolu qui leur appartient. Par conséquent, le père qui va faire la déclaration d'enfant à l'état civil n'a qu'à se présenter dans le local de la justice de paix ; il va faire sa déclaration et l'enfant aura effectué, par représentation - car le représentant agit pour le compte du représenté - émis une volonté au même titre qu'un mineur émet une volonté à chaque fois que son tuteur agit pour lui. Il y a donc bien une manifestation de volonté du mineur par voie de représentation.

Mais à partir de l'âge de 16 ans on a estimé qu'il était trop grave de permettre aux ascendants de disposer seuls de la nationalité et, si l'individu ne le voulait pas, de le rendre français. Cet âge de 16 ans est peut-être un âge encore bien bas pour que l'enfant ait suffisamment l'appréciation des évènements nécessaire ; quoiqu'il en soit, la loi de 1927 a adopté cet âge de 16 ans. C'est l'individu lui-même qui fera la réclamation cette fois, il se rendra personnellement devant le juge de paix, mais il est encore incapable et il faudra donc qu'il soit autorisé par ses représentants légaux. La seule différence, selon que l'enfant a moins ou plus de 16 ans c'est que, dans le premier cas il n'intervient

Source : BIU Cujas

pas et que, dans le second, il fait lui-même la réclamation de nationalité. Il est possible que sa famille arrive à l'influencer suffisamment pour l'inciter à faire personnellement cette démarche.

Que va devenir cette déclaration ainsi faite au juge de paix ? Celui-ci n'a pas le droit de refuser d'accepter cette déclaration, sous prétexte que la demande serait illégal inopportune ; le juge de paix qui statuerait en ce sens violerait la loi et exposerait sa décision à une sanction. D'autre part, il faut bien s'assurer que l'individu a le droit de réclamer la nationalité française ; il ne faut pas que réclame la nationalité française quelqu'un qui n'est pas né en France ou qui a 25 ans, quelqu'un qui ne remplit pas les conditions de la loi. Il faut donc prendre les garanties de légalité.

L'enregistrement de la réclamation et les recours (art. 5 de la loi et décret-loi du 25 Août 1937)

Le juge de paix va donc transmettre la déclaration au procureur de la République qui aura à l'enregistrer sur un registre qu'il tient à cet effet. Mais le procureur de la République - car c'est lui qui va apprécier - doit examiner la question et voir si les conditions de légalité sont remplies. S'il estime qu'elles ne le sont pas, il refuse l'enregistrement, mais l'intéressé n'est pas sans moyen, il dispose d'un recours devant le tribunal civil qui statuera en droit sur la régularité de la réclamation ; si le tribunal estime que l'enregistrement avait été refusé à bon droit, il confirmera le refus d'enregistrement.

Mais le tribunal civil peut être d'un avis contraire, il peut penser que le ministère public se trompe, que l'individu remplit bien les conditions légales pour réclamer la nationalité française ; alors il va rendre une décision ou, en cas d'appel, la Cour d'appel rendra une décision ordonnant l'enregistrement de la réclamation. Le procureur de la République n'a plus alors qu'à exécuter et à enregistrer la réclamation sur le registre.

Délai de l'enregistrement

Cet enregistrement, ou la décision du ministère public refusant d'enregistrer, doit être fait dans un délai de trois mois fixé par la loi (art. 5 al. 3 de la loi) ; on a eu peur des négligences, des atermoiements ou des retards de l'administration. Temporairement, pendant la durée de la guerre, tous ces délais sont suspendus mais, en temps normal, il y a un délai qui est de rigueur. Si, à l'expiration de ce délai le ministère public n'a pas statué, l'enregistrement est de droit. Si, au contraire, il veut refuser l'enregistrement, il faut qu'il le fasse avant l'expiration du délai.

Le détail de la procédure de cette instance sur la légalité de l'enregistrement est fixé par l'article 5 de notre

Source : BIU Cujas

loi et par un décret qui n'a pas été inséré dans celle-ci, décret du 25 Août 1937, texte auquel on peut se reporter.

Le contrôle d'opportunité

Mais il y a également un deuxième contrôle, après ce premier contrôle de légalité, c'est le contrôle d'opportunité (art. 3, al. 3). Il peut, parmi ces individus qui réclament ou pour lesquels on réclame la nationalité française, s'en trouver qui soient indiscutablement indésirables, qui aient déjà des faits graves à se reprocher. Sous l'empire de la loi de 1889 on était complètement désarmé, on avait vu des individus qui avaient subi un grand nombre de condamnations pendant leur minorité et qui réclamaient la nationalité française ; il n'y avait pas moyen de les écarter. On avait cité le cas d'un individu qui avait eu 14 condamnations pour vagabondage, mendicité, abus de confiance, etc... Aussi le législateur est-il intervenu dès 1893, et cela se trouve dans notre loi de 1927, pour rétablir une sorte de contrôle de dignité de l'individu. Mais ce contrôle n'est nullement laissé à l'arbitraire des services du ministère de la Justice, car on n'a pas voulu oublier que la réclamation de nationalité était un droit et non pas une faveur. Si on avait abandonné le contrôle à l'administration, celle-ci aurait pu, dans tous les cas où elle l'aurait voulu, dire : nous ne voulons pas de l'individu parce qu'il est indigne, et sans donner de raisons. Nous n'aurions plus été dans l'hypothèse d'un droit.

Procédure du contrôle d'indignité

Voilà comment le problème a été résolu, d'une manière très satisfaisante : si le procureur de la République estime que l'individu est indigne, en pareil cas il doit ouvrir la procédure d'indignité et transmettre le dossier au ministère de la Justice qui fera procéder, sur l'individu, aux enquêtes nécessaires et qui prendra l'avis du Conseil d'Etat. Il sera lié par l'avis du Conseil d'Etat. En temps de paix, la procédure d'indignité doit être ouverte dans un délai maximum de six mois après la demande, passé lesquels il est trop tard. Si l'avis du Conseil d'Etat est défavorable au rejet de l'individu pour indignité sa demande sera enregistrée.

Il y a donc deux stades dans l'enregistrement de la demande : le stade de la légalité et le stade de l'opportunité.

L'indignité subjective

Que faut-il entendre par indignité ? Il faut tout d'abord entendre - et sur ce point on se tromperait facilement - l'indignité de l'individu, du candidat lui-même. Le père peut, le jour même de la naissance, réclamer la nationalité ; or, un nouveau-né ne peut être indigne. L'indignité du père, si grande soit-elle, ne peut pas

Source : BIU Cujas

être retenue, il faut l'indignité de l'individu lui-même. Evidemment, s'il a 18 ou 19 ans, il a eu le temps d'avoir une activité plus ou moins nocive, d'avoir eu des condamnations ; mais plus l'individu est proche de sa naissance, moins il y a de probabilités qu'il ait été indigne. L'indignité n'est pas celle de la famille, ce ne peut être que celle de l'individu.

Il y a extrêmement peu de cas d'indignité dans la pratique : ainsi en 1930 il n'y en a eu qu'un seul sur 1221 réclamations ; en 1926, 14 cas d'indignité. On peut dire que pratiquement il faut véritablement des situations tout particulièrement graves pour qu'on considère qu'il y a lieu de rejeter la demande pour indignité. Par contre, il y a beaucoup de demandes qui ont été faites : en 1935, 27.998 réclamations ; en 1933 10.154 ; en 1926 15.000.

L'indignité objective

A côté de cette indignité subjective, il y en a une autre, créée par la loi de 1927, qui est une indignité en quelque sorte objective qui figure dans la loi une fois pour toutes. Elle a eu l'excellent résultat de mettre un terme à des situations particulièrement regrettables et même parfois scandaleuses. Cette indignité objective (art. 3, al. final de notre loi) vise les individus expulsés du territoire français pendant leur minorité ou ceux qui, n'ayant pu être expulsés, ont été assignés à résidence : on désigne, sous ce nom, l'obligation de résider dans un certain lieu que le gouvernement peut édicter depuis le décret-loi du 12 Novembre 1938 à l'égard d'individus qui ne sont pas expulsables, par exemple d'individus qui n'ont pas de nationalité et qu'on ne peut pas expulser parce qu'aucun autre pays ne veut les accepter sur son territoire , alors on les assigne à résidence. Les expulsés ou les assignés à résidence sont frappés d'une déchéance de devenir français par voie de réclamation.

Même si un individu n'avait pas été expulsé, mais qu'on se soit aperçu qu'il y avait un fait grave à son égard, la procédure d'opportunité pourrait être ouverte et pratiquement l'individu ne deviendrait pas français.

En résumé, on est bien dans un cas d'individus devenant Français de droit, sauf de rares cas d'indignité.

Point de départ de l'acquisition de la nationalité

La question se pose de déterminer le point de départ de l'acquisition de la nationalité française : à quel moment ces individus deviennent-ils français ? Cette question a été pendant longtemps extraordinairement discutée sous l'empire notamment de la loi de 1889 et jusqu'en 1927. On a imaginé à cet égard les théories les plus singulières : les uns voulaient que ces individus tirassent de leur

Source : BIU Cujas

naissance en France une telle vocation à devenir Français qu'elle n'avait plus qu'à être confirmée par leur réclamation, et on en tirait cette conséquence que, lorsqu'ils avaient réclamé, ils devenaient Français du jour de leur naissance ; c'eût été un cas de nationalité d'origine un peu rétrospective. On avait, à cet égard, parlé - on trouvera l'expression dans les livres - d'individus qui, étant nés en France, n'étaient pas des Français, mais des Français commencés ; il n'y avait plus qu'à les terminer, et on les terminait par cette déclaration de volonté.

Les juristes, les civilistes en particulier, avaient cru trouver dans le magasin d'accessoires juridiques de la théorie de l'obligation, la justification de ce Français commencé : c'était la théorie de la condition suspensive. L'individu était Français par sa naissance, mais il ne manquait plus qu'un évènement futur et incertain, c'était la réclamation de la nationalité française. Quand cet évènement futur et incertain se réalisait, la condition rétroactive produisait ses conséquences normales, il devenait Français du jour de sa naissance.

Ceci ne serait pas très choquant de la part d'un individu pour lequel on réclamerait le jour de sa naissance ou quelques semaines après, mais pour celui qui réclamait entre 20 et 21 ans, il était un peu singulier qu'on fît rétroagir cette réclamation au jour de sa naissance. L'objection que l'on peut faire à la théorie de la condition suspensive, comme en général à l'intervention de la théorie des modalités dans la matière de la nationalité, qui fut un argument très cher aux juristes, c'est que la théorie de la condition est une notion essentiellement limitée au droit privé et peut-être même à certaines matières du droit privé, qu'on ne peut pas transporter dans n'importe quelle matière du droit et spécialement dans une matière du droit public ou du droit politique comme la matière de la nationalité. Aussi les tribunaux étaient-ils peu enclins à admettre cette théorie du Français commencé, c'est-à-dire du Français sous condition suspensive.

Il y avait ensuite une autre raison à faire valoir, c'était de battre les partisans de la théorie de la condition suspensive sur leur propre terrain : une condition suspensive est un évènement futur et incertain, mais accessoire à un évènement principal. Or, la réclamation de nationalité, si elle est quelque chose de futur et d'incertain, n'est pas un élément accessoire, c'est un élément fondamental, essentiel. Il faut deux conditions pour devenir français (conditions au sens de validité) : il faut être né en France, il faut avoir réclamé. Ce n'est que lorsque ces deux éléments sont réalisés que l'acquisition peut se faire. La réclamation n'est donc pas un élément accessoire, ce n'est pas une modalité, c'est un élément essentiel, et les éléments essentiels d'un acte juri-

Source : BIU Cujas

dique ne rétroagissent pas. Il ne faut donc pas prendre le mot condition dans le sens de modalité.

Nous n'insisterons pas autrement sur cette discussion qui, il y a 20 ou 30 ans, retenait longtemps ceux qui s'occupaient de cette matière, car la question est définitivement résolue par la loi de 1927 qui a décidé - ce qui était la sagesse même - que la réclamation de nationalité produisait effet du jour où elle avait été faite (art. 5, avant dernier alinéa).

Il y a évidemment une courte période où la rétroactivité se produit, mais ce n'est pas par application de la théorie de la rétroactivité de la condition ; c'est la période qui va de la déclaration au juge de paix à son enregistrement, ce qui est une période assez courte. On ne peut pas retarder le moment de l'acquisition de la nationalité par suite des délais nécessaires à l'exécution de la demande. L'individu a réclamé, lorsque sa demande sera enregistrée, la nationalité remontera au jour où la déclaration aura été faite devant le juge de paix. Actuellement, tant que dure la guerre, cela peut faire un décalage de plusieurs années car, en vertu d'une loi de 1940 tous les délais en matière de nationalité sont suspendus, si donc un individu avait fait une réclamation de nationalité au cours de l'année 1940 et que celle-ci ne soit enregistrée qu'à la fin de la guerre, à ce moment-là l'individu sera français rétroactivement du jour où il aura fait sa réclamation.

Mais qu'est-ce qu'il est dans l'intervalle ? Qu'est le réclamant entre le moment où il a fait sa réclamation et celui où on l'enregistre ? Il est encore momentanément un étranger, on ne peut pas le traiter comme un Français et le faire jouir des droits des Français. Il y a là une solution formelle dans la loi, et qui est parfaitement rationnelle.

§ 2 - Hypothèse d'une présomption légale sur la base de certains faits.

Parmi les individus qui sont nés en France et qui peuvent devenir Français, nous allons en voir qui, à raison de certaines circonstances de fait, vont être présumés Français par la loi. Il se produira au cours de l'existence de ces individus, certaines situations d'où la loi croit pouvoir tirer une présomption de rupture du lien qui unit encore ces individus à leur milieu d'origine par leur famille. Ils ne sont pas Français de naissance parce qu'ils sont d'une famille étrangère ; mais nous allons voir certaines circonstances de fait qui se produisent et pour lesquelles la loi dit : je présume qu'il y a rupture d'allégeance avec le milieu familial.

Source : BIU Cujas

Force variable de la présomption

Et, selon l'importance de ces faits, la présomption va être plus ou moins forte, tantôt la présomption sera irréfragable, tantôt elle sera une présomption simple.

I - Cas de la présomption irréfragable.

Art. 3, al. 4 de notre loi :"La participation volontaire aux opérations du recrutement, dans les conditions déterminées par les lois militaires pour les fils d'étrangers nés en France .....

Faits dont résulte la présomption

La participation aux opérations du recrutement entraîne, de la part du législateur, une présomption irréfragable de rupture du lien de l'individu avec son milieu d'origine. La raison est la suivante : on considère que, du fait que l'individu a comparu devant le Conseil de révision, qu'il ne s'est pas opposé à son inscription sur les listes de recensement, qu'il a été par conséquent inscrit sur celles-ci, il fait partie du contingent militaire. Cette considération s'ajoutant à celle de sa naissance sur le territoire français est assez forte pour qu'une présomption d'attache définitive avec la France en résulte, d'autant qu'on ne peut pas concevoir que soit astreint au service militaire quelqu'un qui ne serait pas Français.

Explication par la volonté tacite.

On a très généralement donné de cette solution une explication que l'on trouve dans bien des livres. On a dit : l'individu qui comparait devant l'autorité militaire et qui ne proteste pas en disant "je ne suis pas Français", ce qui est un droit absolu de sa part, cet individu a accepté de devenir Français. D'où l'idée d'une option tacite, cette option tacite entraîne pour lui l'acquisition de la nationalité française ; ce serait le parallélisme symétrique de la réclamation expresse devant le juge de paix ; ici il y aurait une option tacite.

Critique de cette opinion

Cette thèse de l'option tacite, qui est évidemment commode, soulève cependant à la réflexion une critique. C'est qu'il faudrait tout de même s'entendre sur ce qu'est une option tacite. Il y a dans les contrats des volontés expresses et des volontés tacites. Une volonté tacite, c'est une volonté certaine, une volonté qui n'est pas exprimée, mais une volonté qui existe. Ce n'est pas une volonté imaginée, supposée, ce n'est pas une volonté que l'on déduit de certaines circonstances, ce n'est pas une hypothèse que l'on fait, c'est une certitude. A cet égard, il faut nettement distinguer une volonté tacite et une volonté présumée.

Source : BIU Cujas

Or, pour les individus qui comparaissaient ainsi devant le conseil de révision, voici comment les choses se passaient; on convoquait devant le conseil de révision tous les individus nés en France, pour la raison très simple que l'état civil ne peut pas savoir quels sont les individus français et ceux qui ne le sont pas. On fait le recensement d'après les actes de naissance d'il y a vingt ans et tous les individus dont l'acte de naissance a été dressé en France sont appelés devant le conseil de révision. On faisait ce raisonnement : si nous avons tort de le convoquer devant le conseil de révision, l'intéressé protestera. S'il ne proteste pas c'est qu'il accepte. C'était vrai quelquefois, mais beaucoup d'individus ignoraient totalement leurs droits, comparaissaient devant le conseil de révision sans savoir qu'ils avaient la possibilité de protester ; ils ne faisaient aucune option, ni tacite ni autre.

Il vaut mieux, là où il n'y a pas de volonté, là où la loi ne tient pas compte de volonté et n'a pas à en tenir compte, il vaut mieux laisser l'idée d'une option de côté et y substituer la volonté du législateur, c'est-à-dire une présomption. Ne parlons jamais de volonté présumée, ce qui est accoupler deux choses contradictoires : présumer une volonté c'est supposer une volonté et là où l'on suppose, on affirme qu'il n'y en a pas eu : il n'y a donc pas de volonté présumée. C'est à tort que les juristes imaginent trop de volontés présumées : il y a des présomptions légales, qui sont parfaitement fondées dans certains hypothèses.

Le législateur, en présence d'un individu né en France, qui comparait devant le conseil de révision, qui est porté sur les listes de recensement ce qui permet de supposer qu'il n'a jamais quitté le territoire français, le législateur dit : je vous déclare Français et c'est une présomption légale de rupture d'allégeance étrangère. Mais cette présomption était irréfragable, l'individu n'a aucun moyen de se détacher de cette nationalité qui lui est imposée.

Garanties contre l'indignité.

Il y a quelques garanties contre des abus : pour ceux qui avaient été expulsés pendant leur minorité et qui rentraient en France, non pas qu'ils tinssent spécialement à faire le service militaire, mais ils savaient qu'on comparaissant devant le conseil de révision ils deviendraient Français, ce qui mettrait un terme à l'arrêté d'expulsion. L'opération a parfaitement réussi pendant longtemps, car la loi est toujours en retard sur la fraude des individus.

Le législateur est donc intervenu, dans la loi de 1927 pour dire : les individus expulsés du territoire français, tant que l'arrêté n'aura pas été rapporté, ne pourront pas devenir Français par ce procédé.

Source : BIU Cujas

En second lieu, il y a une procédure d'indignité subjective (art. 3 al. 4 in fine). Même s'il n'a pas été expulsés, le préfet qui préside le conseil de révision, a le droit que lui donnait la loi de 1927 d'ouvrir la procédure devant le gouvernement et le conseil d'Etat pour savoir si l'individu n'était pas véritablement indigne. C'est l'indignité subjective venant s'ajouter à l'indignité objective, elle permettait d'écarter de la nationalité française des individus qu'il était préférable de laisser en dehors.

Point de départ de la nationalité

Quel est le point de départ de l'acquisition de la nationalité française par les individus qui devenaient Français pour avoir comparu ainsi devant le conseil de révision ? La question avait été très discutée, mais elle est résolue par l'article 5 in fine de notre loi, depuis un décret-loi du 12 Novembre 1938 : "la participation aux opérations du recrutement confère la qualité de français à dater de la comparution volontaire de l'intéressé devant le conseil de révision". C'est donc le jour où l'intéressé comparait devant le conseil de révision et ne proteste pas qu'il devient français ; donc aucune rétroactivité au jour de sa naissance.

II - Présomption simple.

Article 4 de la loi

Elle résulte de l'article 4 de notre loi. Ici on est en présence d'un individu qui remplit les conditions suivantes. Il ne va pas opter pour la France, mais les circonstances de son existence vont être telles que le législateur va dire : je présume un détachement suffisant de cet individu avec son milieu étranger pour en faire un Français. Mais comme les circonstances de fait sont un peu moins fortes que tout à l'heure, ce ne sera qu'une présomption simple ; nous aurons donc à nous demander quelles sont les conditions de cette présomption simple et quelles sont les conditions auxquelles elle peut être renversée.

Conditions de la présomption (3)

Ces conditions de présomption simple sont, en outre de la naissance en France, les trois conditions suivantes :

1)- Ne pas être indigne, c'est-à-dire ne pas avoir été au cours de sa minorité, expulsé du territoire français ou assigné à résidence.

Mais il n'y a pas, dans ce cas, de procédure subjective d'indignité, c'est-à-dire de procédure devant le Conseil d'Etat, et il n'existe qu'une indignité légale ou objective, contre les expulsés (art. 4, lettre b).

2)- Etre domicilié en France.

3)- Y être domicilié à l'âge de 21 ans.

Source : BIU Cujas

Le domicile en France

Revenons sur ces deux dernières conditions :

Condition de domicile : le texte l'exprime de la façon suivante : "Devient Français à l'âge de 2I ans s'il est domicilié en France à sa majorité".

Comment faut-il entendre ce mot de domicile dans notre article 4 ? La question est résolue depuis longtemps, parce que ce texte se trouvait déjà dans l'article 8, al. 4 du Code civil depuis I889.

Les jurisconsultes emploient parfois des expressions et s'empressent, après, de leur donner un autre sens. Le législateur de I889 a employé le mot de domicile ; on aurait pu penser que le mot de domicile employé par un législateur avait sa signification véritable, c'est-à-dire qu'il s'opposait à une résidence. Si l'on avait appliqué cette solution, il en serait résulté qu'un grand nombre d'individus ne seraient pas devenus Français. Or, l'article 4 de notre loi qui a fait suite à l'art. 8, § 4 du Code civil, (loi de I889) est un peu ce que l'on pourrait appeler une oubliette à nationalité, c'est-à-dire qu'il a pour but de faire tomber dans la nationalité un certain nombre d'individus qui n'y pensent pas, qui ne la veulent pas, mais qui n'ont pas fait ce qu'il fallait pour l'éviter et, par cela même, on les happe au passage à un certain moment de leur existence. Dire que seraient seuls pris ceux qui seraient domiciliés en France, c'était s'exposer à ce que beaucoup de ces individus fixés sur le territoire français, mais qui n'y avaient pas de domicile, ne deviennent pas Français.

En effet, il faut ouvrir une parenthèse pour rappeler que, jusqu'en I927, il n'y avait pour ainsi dire pas d'étrangers domiciliés en France. Au moment où la loi de I927 est entrée en vigueur il n'y avait pas plus de 5 à 600 étrangers domiciliés, sur le nombre d'étrangers se chiffrant à plusieurs millions. En vertu d'un article I3 du Code civil, aujourd'hui abrogé, un individu ne pouvait être domicilé en France que si un décret du chef de l'Etat lui avait conféré ce domicile ; encore ce décret n'avait-il qu'une durée de cinq ans, passé ce délai le décret perdait son efficacité. Il n'y avait donc presque pas d'étrangers domiciliés en France et ce cas de l'art. 4 ne se serait presque jamais appliqué.

Aussi, une jurisprudence constante depuis I889 a-t-elle entendu le mot domicile dans l'article 4 comme signifiant simple résidence. Il faut même aller plus loin, car une résidence implique tout de même une certaine permanence, on ne dira pas par exemple, que quelqu'un qui se trouve dans une gare de chemin de fer pendant l'espace d'un éclair où le rapide la traverse, réside dans cette gare. Or, le mot résidence a été employé par la pratique ici comme signifiant simple présence physique à un moment déterminé. Donc le mot de domicile

Source : BIU Cujas

ne doit pas être pris dans le sens technique précis, pas davantage dans celui de résidence, mais dans celui de simple présence physique d'un individu en France à un certain moment.

Un cas n'a pas encore été résolu, mais tout se produit en droit, même les hypothèses les plus absurdes : un individu se trouvant dans un avion qui, à ce moment fatidique, survolerait le territoire français, serait-il physiquement présent sur le territoire ? C'est un cas qui soulèverait encore une difficulté.

Mais plaçons-nous dans l'hypothèse des individus qui étaient véritablement sur le territoire. Il suffit donc que l'individu en cause se trouve sur le territoire. Cela a joué autrefois de très mauvais tours, car il y a eu des individus qui s'arrangeaient, quand ils voulaient devenir Français, à n'être en France que ce jour-là, ou, quand ils ne voulaient pas devenir Français, à s'absenter de France juste le temps nécessaire pour ne pas y être à ce moment-là. C'est la présence physique de l'individu sur le territoire français qui est prise en considération.

C'eût été trop logique si l'on s'en était tenu à cela : or, le cas s'est présenté, il y a 25 ans, d'un individu qui, le jour fatidique, ne se trouvait pas en France, et par conséquent n'avait pas la condition de présence, mais dont les parents s'y trouvaient. L'on a fait intervenir l'art. 108, on a dit : "le mineur est domicilié chez ses parents , donc cet individu est domicilié en France.

Il y a donc deux façons d'être domicilié en France d'après l'art. 4 : c'est de s'y trouver matériellement ou bien de ne pas s'y trouver mais d'y avoir son domicile au sens de l'art. 108 du Code civil, c'est-à-dire d'y avoir des parents, puisque les mineurs sont domiciliés chez leurs parents.

Moment où doit exister le domicile

Nous arrivons à la dernière condition, qui est que cette présence de l'individu sur le territoire français doit se produire à un certain moment. Quel est ce moment ? Ce moment dure exactement 24 heures, c'est pourquoi il est extrêmement important de savoir où l'individu s'est trouvé pendant ces 24 heures. C'est pourquoi des individus sont rentrés en France pour 24 heures et d'autres en sont sortis. L'individu doit ou être domicilié en droit, ou bien se trouver simplement corporellement en France de 0 à 24 heures le jour de ses 21 ans. Ce n'est pas pendant sa 21ème année, ce n'est pas avant, ce n'est pas plus tard, c'est le jour de ses 21 ans.

Ce système est peut-être critiquable, mais c'est le système de la loi, qui échappe à toute discussion à l'heure actuelle. L'individu devient donc Français lorsqu'il est né en France, si à cela s'ajoute sa présence sur le territoire français le jour de ses 21 ans.

Source : BIU Cujas

Avant la loi de 1927 il n'y avait pas de garantie contre les indignes. Aussi les individus expulsés du territoire français pendant leur minorité rentraient en France, huit ou quinze jours par exemple avant leur majorité ; on les arrêtait parce qu'ils avaient commis un délit, puisqu'un individu expulsé du territoire français commet un délit en y rentrant. On les mettait en prison, cela durait quelque temps ; ils comparaissaient devant le tribunal correctionnel au bout de 15 jours ou trois semaines et le ministère public requérait contre eux. A ce moment-là leur avocat se levait et disait : "il n'y a pas de poursuite possible, mon client est Français". Comment ? On l'a arrêté comme étranger !-"C'est possible, mais le jour de ses 21 ans il était en France, il était dans une prison de France, il est donc devenu Français". Et la Chambre criminelle de la Cour de cassation devant laquelle la question est venue plus d'une fois n'a pas pu ne pas reconnaître qu'en vertu du texte formel tout individu qui était en France le jour de sa majorité, quelle que fût la raison pour laquelle il s'y trouvait, devenait Français. Il avait rempli les conditions de la loi.

Aujourd'hui, ce n'est plus possible si l'individu a été expulsé ; s'il est en prison le jour de sa majorité, quels que soient les faits dont il s'est rendu coupable, s'il n'y a pas contre lui d'arrêté d'expulsion, il a rempli les conditions et il devient français.

Incidence du décret-loi du 12 Novembre 1938

Il faut ajouter une condition supplémentaire, qui résulte du décret-loi du 12 Novembre 1938. Aujourd'hui, pour que la présence sur le territoire français de l'intéressé soit prise en considération, il faut qu'il soit titulaire d'une carte d'identité d'étranger d'une durée de validité de plus d'un ans. Ceci va empêcher un certain nombre d'individus, auxquels la carte en question n'aura pas été accordée, de devenir Français.

L'acquisition de la nationalité est automatique

Quoiqu'il en soit, l'individu, quand il a rempli ces conditions, devient Français au jour de sa majorité. Ce cas d'acquisition est automatique. Il se rattache à cette politique d'absorption intensive qui a été celle du législateur de 1889 et de 1927. Mais il y a un grand inconvénient, c'est qu'il ne laisse aucune trace ; s'il y a contestation, des années après, pour savoir si l'individu est ou non Français, il faut prouver que le jour de ses 21 ans il était en France. Or, c'est une question de fait il n'y a pas de document, il n'y a pas d'acte qui ait été dressé pour constater la chose. On peut donc venir contester longtemps après la question de savoir si l'individu est ou non Français et il est très difficile de prouver s'il était ou non en France le jour de sa majorité. C'est donc

Source : BIU Cujas

un cas peu satisfaisant, puisqu'il ne laisse aucune trace légale ; quoiqu'il en soit, le législateur l'a voulu et encore maintenu dans la loi de 1927.

Point de départ de la nationalité

Quel est le point de départ de l'acquisition de la nationalité française ? Ici la loi est formelle (art. 12 de notre loi) : "Les individus qui acquièrent la nationalité française dans les cas prévus par les art. 3 et 4 ne la possèdent, dans les droits ouverts à leur profit, que depuis cette date". Ce ne sont donc pas des Français commencés ou sous condition suspensive; ils deviennent Français lorsque cette condition essentielle est réalisée, c'est-à-dire le jour de la majorité.

Renversement de la présomption

Quelle est la force de cette présomption ? C'est une présomption simple, car on peut penser que l'individu a encore une attache suffisante avec sa famille et que sa présence en France n'est que fugitive.

Voyons maintenant quelles sont les conditions auxquelles cette présomption simple va pouvoir être renversée. Ce sont des conditions qui ont déjà été exposées précédemment, à propos d'une autre catégorie d'enfants, les enfants nés en France d'une mère déjà née en France (art. 2 al. 2). L'individu doit répudier la nationalité française entre 21 et 22 ans ; il faut qu'il justifie qu'il possède la nationalité de ses parents et qu'il a satisfait aux obligations du service militaire dans son pays d'origine. S'il peut faire ces diverses preuves, il répudie par une simple déclaration devant le juge de paix moyennant laquelle il ne devient pas français et il n'aura jamais été français.

Telles sont les diverses hypothèses dans lesquelles un individu peut devenir français à raison de sa naissance en France : réclamation formelle, présomption irréfragable par suite de la comparution devant le conseil de révision, et enfin présomption simple par la présence de l'individu sur le territoire français le jour de sa majorité, sauf possibilité de répudier la nationalité.

Dans ces trois cas il s'ajoute des éléments suffisants à la naissance sur le territoire français pour que le législateur fasse de l'individu qui n'était pas un Français d'origine un Français tout de même.

Source : BIU Cujas

Sous-Section II

Individus qui vont devenir Français à raison de leur lien de filiation avec une famille française.

Ces individus ne sont pas nés en France mais, au cours de leur existence, et spécialement au cours de leur minorité, ils viennent à avoir avec une famille française un certain lien de filiation. Le législateur estime que ce lien de filiation avec une famille française doit leur conférer le droit, s'ils le veulent, de devenir français, sauf à manifester leur volonté.

Quels sont ces enfants ? Ce sont les enfants adoptifs. L'art. 345 du Code civil nous dit que l'adoption ne confère pas la nationalité de plein droit du père adoptif à l'enfant adoptif. Mais un texte - un peu perdu d'ailleurs - l'art. 106 du Code de la Famille de 1939 - décide que cet enfant adoptif, adopté par des parents français, a le droit de réclamer la nationalité française. Il y a donc lieu de lui appliquer toutes les règles que nous avons vues pour les enfants de l'art. 3 de notre loi, quant aux conditions de fond, de forme, de procédure, et à ses effets ; il pourra pendant toute sa minorité, jusqu'à 21 ans, réclamer par une déclaration devant le juge de paix, la nationalité française, et c'est pour lui un droit.

Nationalité privilégiée à raison du mariage.

La nationalité dans le mariage

Dans la première catégorie de cas selon lesquels l'acquisition constitue un droit, il nous reste une hypothèse à voir, c'est celle du mariage. La question de savoir si la femme doit prendre ou non la nationalité du mari a été extrêmement discutée et tout le débat tourne autour de deux idées, l'idée d'unité ou l'idée d'indépendance.

L'évolution du Droit français

Quelle a été l'évolution du Droit français en la matière ? Le Droit français s'est d'abord, et pendant longtemps, attaché à l'idée d'unité de la nationalité des deux époux, c'est-à-dire que la femme devait avoir la nationalité du mari. Elle se trouve aujourd'hui, au contraire, à l'antipode, c'est-à-dire à l'idée d'indépendance totale de

Source : BIU Cujas

la nationalité des deux époux. Mais l'on est passé de l'une à l'autre de ces périodes par une sorte de période de transition. Nous allons voir successivement la période de l'unité de nationalité, la période de transition et la période actuelle.

Du Code civil à 1927

Période de l'unité de nationalité.

C'est celle du Code civil, qui a duré jusqu'à la loi du 10 Août 1927. Elle avait trouvé sa manifestation dans une principe fondamental écrit dans l'art. 12 du Code civil : "L'étrangère qui aura épousé un Français suivra la condition de son mari". Le mot condition n'était pas très exact, mais on n'a jamais eu de doute sur sa signification, cela voulait dire : l'étrangère qui a épousé un Français prendra la nationalité de son mari. Par conséquent l'unité était absolue dès l'instant où le mariage était accompli et valable ; il n'y avait plus de femme étrangère de conjoint français, ipso facto, obligatoirement par le fait du mariage, la femme avait pris la nationalité du mari.

C'était l'idée que l'on suivait à peu près dans la plupart des pays ; l'évolution s'était faite dans ce sens au cours du XIXème siècle et les pays qui ne donnaient pas la nationalité du mari à la femme avaient petit à petit modifié leur législation ; à la fin du XIXème siècle à peu près toutes les législations admettaient ce système.

Cette nationalité avait donc deux traits à retenir. D'une part, c'était une nationalité imposée à la femme. On avait essayé de la construire sur l'idée d'acceptation tacite de la nationalité comme conséquence du mariage, mais c'était en réalité, une nationalité imposée. Et d'autre part, c'était une nationalité automatique : il n'y avait aucune formalité, aucune condition à remplir, il suffisait d'avoir épousé un Français. Ipso facto, la femme prenait, au moment du mariage, la nationalité de son mari. Bien entendu, mais cela a aujourd'hui un peu moins d'intérêt qu'autrefois - la femme n'était pas une naturalisée. Elle était devenue française par le bienfait de la loi, ce qui avait de l'intérêt en ce sens qu'elle n'était pas frappée des incapacités qui pouvaient exister à l'égard des naturalisés.

la réforme de 1927

Ce système, que la France a suivi depuis le Code civil, a été abandonné par la loi de 1927 ; l'idée à laquelle a obéi le législateur de 1927 est tout d'abord - et elle a été exprimée dans le rapport de M. Mallarmé à la Chambre - une idée de logique. On voulait d'une part que la Française qui épousait un étranger gardât sa nationalité, pour des raisons

Source : BIU Cujas Reproduction interdite

que nous retrouverons à propos de la perte de la nationalité, et sur lesquelles on a déjà attiré l'attention ; alors, a-t-on pensé, si la Française qui épouse un étranger, doit garder sa nationalité, logiquement l'étrangère qui épouse un Français doit, elle aussi, conserver sa propre nationalité. A vrai dire, l'argument de réciprocité n'a pas grande force dans une matière politique comme celle de la nationalité ; mais quoi qu'il vaille c'est l'argument que le législateur a invoqué comme étant à la base de la modification de notre Droit.

Il y a aussi une autre raison qui a certainement joué un rôle, c'est l'influence des idées féministes, des idées d'indépendance de la femme par rapport au mari, tendant par conséquent à lui permettre de garder sa nationalité. C'est ce qui est d'ailleurs exprimé d'une manière un peu crue et dans un style inhabituel dans une instruction du gouvernement pour l'application de la loi de 1927, où il était dit ceci : "Il est apparu au législateur qu'il était odieux d'une manière générale d'imposer à la femme la prééminence du mari dans le domaine de la conscience et de la famille".

Il y a là évidemment un langage regrettable, parce que la question de la nationalité n'a aucun rapport avec la prééminence du mari dans le domaine de la conscience et de la famille. Le nouvel article 213 du Code civil a d'ailleurs tenu à affirmer que le mari était le chef de la famille, ce qui contredit donc cette affirmation administrative quelque peu déplacée.

Quoi qu'il en soit, l'art. 8, non pas dans sa rédaction actuelle, mais dans celle de 1927, a décidé que l'étrangère qui épousait un Français pouvait conserver sa nationalité ; elle ne prenait la nationalité française que si, avant son mariage, elle faisait une déclaration en ce sens, déclaration dépourvue de tout formalisme et qui était simplement faite à l'officier de l'état civil avant le mariage. Au moment où l'on fournissait les pièces à la mairie en vue d'une union qui devait être célébrée, l'officier de l'état civil demandait à la future épouse dans le cas où elle était étrangère, si elle voulait ou non prendre la nationalité de son mari et, dans l'affirmative, on lui faisait signer une déclaration. Elle ne devenait donc française que si elle signait cette déclaration.

Cependant il y avait une exception, c'était le cas où le pays d'origine de la femme l'aurait dénationalisée par le fait de son mariage. Il y a des législations qui décident que la nationale qui épouse un étranger ne peut pas conserver sa nationalité d'origine ; on ne pouvait pas en pareil cas permettre à la femme de ne pas prendre la nationalité française, puisqu'elle serait devenue apatride. On peut comprendre qu'on permette à la femme de garder sa nationalité d'origine,

Source : BIU Cujas

mais qu'elle n'en ait aucune, ce serait une anomalie et, en pareil cas, il faut qu'elle prenne la nationalité de son mari.

Donc, la femme avait le droit en principe de déclarer qu'elle prenait la nationalité de son mari, mais on la lui imposait dans l'hypothèse où elle serait devenue apatride à défaut de déclaration de sa part.

Ce système a certes quelque inconvénient car il faut, pour savoir si la femme a ou non une nationalité différente de celle de son mari, consulter la loi sur la nationalité de son pays d'origine pour savoir ce qu'elle décidait au moment du mariage. Le décret-loi du 12 Novembre 1938 a réformé à nouveau le texte et nous sommes entrés dans la période de l'indépendance totale.

Les modifications de 1938

Avant le décret-loi du 12 Novembre 1938 (nouvel art. 8) il y a une indépendance totale en ce sens que l'étrangère qui épouse un Français ne devient plus jamais française si elle n'a pas déclaré vouloir prendre la nationalité de son mari. La période de transition nous a donc amenés à passer de l'unité totale à l'indépendance totale: la femme ne peut pas devenir française sans cette déclaration faite à l'état civil, dont la règlementation se trouve dans le décret ordinaire du 10 Août 1927, modifié par le décret simple du 10 Décembre 1938, à l'article 8 de ce décret.

Ainsi, depuis lors, si une femme étrangère n'a pas fait cette déclaration, comme elle en a parfaitement la faculté, et si son pays d'origine lui retire comme conséquence de son mariage la nationalité, elle devient apatride. C'est un résultat qui n'est pas bon; il semble que le système de la loi de 1927 était préférable, il respectait suffisamment l'idée d'indépendance de la femme en lui disant : vous demeurerez nationale dans votre pays d'origine ou vous deviendrez française, mais vous serez l'un des deux. Il semble que ce n'est pas un bon résultat d'en faire une femme apatride qui n'appartient à aucun pays, ce qui, pour elle, est plein d'inconvénients.

Les résultats pratiques du système actuel

Mais n'insistons pas sur ce point parce que, une fois de plus, les faits ont démenti le législateur : en effet, les déclarations des femmes mariées étrangères épousant des Français qui, au lendemain de la loi de 1927, étaient d'environ 50 % de celles qui se mariaient dans ces conditions, n'ont fait qu'augmenter depuis 1927 et, d'année en année, le nombre des étrangères, épousant des Français, et déclarant vouloir devenir françaises n'a cessé de croître pour atteindre dans les dernières années le chiffre de 100 %. Par conséquent, cela prouve que les intéressées n'étaient pas tellement désireuses que cela du cadeau que le législateur, tant de 1927 que du décret-loi de 1938, avait cru devoir leur

Source : BIU Cujas

faire. Donc, tout se passe à peu près aujourd'hui comme auparavant: presque toutes les étrangères qui épousent un Français demandent la nationalité française, ce qui est d'ailleurs de leur intérêt et, peut-on dire, ce qui est aussi plus conforme à la fonction même du mariage.

Les garanties contre l'indignité

Cependant les auteurs du décret-loi de 1938 ont pris - et ici il faut les approuver, quelques mesures de précaution et de contrôle qui n'existaient pas auparavant ni sous le régime du Code, ni sous le régime de la loi de 1927. En principe, la femme a le droit absolu de déclarer qu'elle veut prendre la nationalité de son mari, mais il peut y avoir -d'ailleurs leur nombre est infime, c'est pour cela que ce point ne touche pas véritablement à la masse des intéressés - quelques indésirables dans le nombre. Il faut qu'on puisse les éliminer de cette nationalité qui constitue pour elles un droit. Il y avait eu, sous l'empire de l'article 12 du Code civil certaines situations quelque peu regrettables, parfois même scandaleuses. Entre autres une étrangère, que la police de Paris connaissait bien, avait donné lieu à un certain nombre de poursuites et avait été expulsée du territoire français comme on peut le faire d'une étrangère. Or, elle tenait beaucoup à vivre en France pour y exercer son industrie et, pour cela, il fallait qu'elle fût en règle ; on l'arrêtait périodiquement, on la refoulait hors du territoire français mais elle revenait toujours en France. Or, un jour, sans doute mieux conseillée, trouva-t-elle le moyen de se mettre tout à fait en règle avec la loi. Elle trouva un Français complaisant pour l'épouser et, à partir de ce moment, comme la police voulut l'arrêter, elle excipa de sa qualité de française ; désormais elle ne pouvait par être expulsée et on ne pouvait pas lui dénier cette qualité puisque le Code n'avait fait aucune exception dans l'art. 12.

Un phénomène du même genre s'était produit dans les années qui avaient précédé la guerre de 1939 ; on avait cité le cas des étrangères peu désirables que l'on aurait voulu écarter du territoire français mais qui désiraient, au contraire, s'y maintenir et qui avaient trouvé aussi un moyen à peu près du même genre. Elles avaient pris des maris encore plus complaisants, elles épousaient des impotents qui se trouvaient dans les asiles et qui, avec le titre de mari, leur accordaient la nationalité française. On a qualifié ces mariages de mariages blancs. Evidemment l'administration était complètement désarmée.

Les garanties objectives

Le décret-loi du 12 Novembre 1938 a donc pris des précautions. Quelles sont-elles ? Il y a des garanties objectives et des garanties subjectives. Les garan-

Source : BIU Cujas

ties objectives sont au nombre de trois ; elles sont dans l'article 8, lettres a, b, d.

La première, qui ne se trouvait pas dans le texte antérieur et qui est parfaitement fondée, concerne les femmes expulsées du territoire français ou assignées à résidence. Les femmes étrangères expulsées ou assignées à résidence n'ont pas le droit de prendre la nationalité française.

Une deuxième catégorie est constituée par les femmes étrangères qui n'ont pas une carte d'identité d'une durée de validité supérieure à un an. Celles-là, si elles épousent un français, et même si elles déclarent qu'elles veulent prendre la nationalité de leur mari, ne la recevront pas. On pense que, si on n'a pas voulu leur donner une carte d'identité valable plus d'un an, il est préférable de ne pas leur donner la nationalité.

Il y a là une erreur certaine ; une étrangère parfaitement honorable peut être de passage en France comme touriste ou pour un séjour temporaire et n'avoir pas eu à solliciter ni, par suite, à obtenir la carte d'identité. Elle se trouvera donc exclue de la nationalité française par l'application de ce décret-loi, et ne pourra devenir française que par la naturalisation. Il semble que la mesure ait dépassé le mal contre lequel il convenait de se protéger. C'est une disposition mal étudiée et inopportune.

Enfin, un troisième cas temporaire (art. 8 lettre d) est celui des femmes ressortissantes d'un Etat en guerre avec la France qui contractent mariage pendant la période des hostilités. Ce cas avait déjà été prévu pendant la guerre de 1914-1918, par une loi de circonstance. Le législateur, par un décret-loi du 9 Septembre 1939, a pris une mesure semblable, mesure qu'il aurait mieux fait de ne pas insérer dans un texte permanent comme l'art. 8, mais de laisser dans un texte spécial.

Garantie subjective !

Voyons maintenant la garantie subjective. Une femme qui n'est pas exclue par l'une des trois hypothèses que nous venons de rencontrer peut néanmoins se voir refuser la nationalité si, individuellement, on considère qu'elle est indésirable. Il y a un contrôle d'opportunité déterminé par l'art. 8, let.c: l'administration a le droit de lui refuser la nationalité par un décret qui est rendu à la demande du ministre de l'Intérieur sur la proposition du garde des sceaux et sur avis conforme du Conseil d'Etat. Il y a donc une procédure à la suite de laquelle on va statuer sur son état d'indignité pour accorder ou refuser la nationalité. Comme il y a l'avis conforme du Conseil d'Etat, on peut penser qu'il existe pour la femme des garanties suffisantes, et qu'elle ne sera victime d'aucun arbitraire.

Source : BIU Cujas

L'administration doit statuer dans un délai de rigueur; en matière de nationalité le législateur se méfie des lenteurs de l'administration. Il a donc décidé qu'il faut qu'elle ait pris parti dans un délai de six mois à partir du mariage. Si, au bout de 6 mois l'administration n'a pas pris parti, l'acquisition de la nationalité française est de droit : art. 8, al. 2 : "La déclaration prend effet de plein droit six mois après la célébration du mariage".

A titre temporaire, et pour la durée de la guerre, ce délai a été suspendu par la loi du 28 Octobre I940, art. 3 jusqu'au décret de cessation des hostilités . Cependant une loi du I9 Mai I94I est venue décider que le garde des sceaux pouvait renoncer, s'il le voulait, à la suspension de ce délai. En effet, la thèse de l'administration était la suivante : toute étrangère qui épouse un Français pendant la guerre reste dans une situation indéfiniment incertaine jusqu'à la fin de la guerre. L'administration ne peut pas statuer sur son sort, le délai est suspendu, c'est une obligation pour l'administration que de ne rien décider. C'était une mauvaise interprétation du texte. En tous cas, la loi du I9 Mai I94I décide que l'administration peut renoncer au sursis. Cette disposition d'ailleurs ne peut pas jouer pour une femme qui appartient à une nation en guerre avec la France, puisqu'il s'agit là d'une exclusion objective pour la durée de la guerre.

Date d'acquisition de la nationalité

Quel est le point de départ de la nationalité française lorsque la procédure d'indignité n'a pas fonctionné ? L'art. 8, al. 2 contient ici un texte et une solution qui ne sont pas satisfaisants : "La déclaration prend effet de plein droit six mois après la célébration du mariage." Cela veut dire que la femme qui a fait la déclaration avant son mariage ne peut s'en prévaloir que 6 mois après le mariage ; elle n'acquiert la nationalité française qu'à ce moment-là.

C'est une solution malencontreuse et la loi belge qui contient une procédure analogue à la nôtre est plus adroite, elle décide que l'étrangère qui épouse un belge prend la nationalité belge à moins que, dans un certain délai, on lui ait refusé ce bénéfice.

En effet, voici la conséquence du système actuel : c'est que, dans la période qui va du mariage à l'expiration du délai, soit six mois, l'intéressée reste étrangère, et cela ne disparaîtra jamais ; la déclaration qui prend effet au bout de six mois ne rétroagira pas au jour du mariage. Voilà donc un ménage dans lequel la femme aura été, pendant un délai de six mois - et pour la durée de la guerre ce délai peut être de plusieurs années - étrangère alors qu'on n'avait rien à lui reprocher. Il aurait été infiniment préférable de dire que la femme prenait la nationalité au moment du mariage.

Source : BIU Cujas

Dans les cas bien entendu où il y aurait une exclusion à la suite d'une procédure d'indignité, elle ne la conserverait pas, mais comme ce cas est l'exception, on ne voit pas pourquoi on frappe les femmes de cette sorte de hiatus dans leur nationalité ; cela peut avoir pour elles comme pour leurs enfants certaines conséquences.

Tel est le troisième et dernier cas dans lequel la nationalité peut être acquise comme un droit. On voit que l'administration ne peut la refuser que dans des cas très difficiles et très rares.

Section II

Hypothèse dans laquelle l'acquisition de la nationalité française au cours de l'existence est une simple faveur : la naturalisation.

Remarques terminologiques

Nous avons déjà donné l'étymologie de ce mot qui vient de l'ancien Régime et qui voulait dire : rendre naturel, c'est-à-dire faire d'un étranger un naturel, en faire un Français.

Ce cas, que nous abordons maintenant, vise les individus qui n'ont avec la France aucune attache soit de naissance, soit de filiation, soit enfin de mariage, bref ceux qui, au cours de l'existence, viennent en France et que rien d'autre que leur séjour sur le territoire ne peut rattacher à notre pays. C'est ce que l'on peut appeler l'étranger pur et simple. C'est cette catégorie qui est visée par la naturalisation, car la naturalisation en droit français ne vise que cette catégorie limitée d'individus, à l'exclusion des trois précédentes qui ne sont pas desnaturalisés, mais des Français par le bienfait de la loi. Il n'y a pas là simplement une question de vocabulaire, il y a des intérêts pratiques et théoriques à faire la différence. Cette remarque est importante, car l'administration commet souvent la confusion en employant le terme de naturalisation dans un sens générique.

Définition de la naturalisation

La naturalisation est la concession, à titre de faveur, de la nationalité française à un étranger qui la sollicite et qui ne peut invoquer aucune attache avec la France lui assurant la nationalité par le bienfait de la loi.

Les textes actuels qui règlementent la nationalité et qui ont été d'ailleurs modifiés à plusieurs reprises, car c'est une matière dont le législateur depuis un certain nombre d'années s'est beaucoup occupé, sont les art. 6, 7 et 7 bis

Source : BIU Cujas

de notre loi, et aussi quelques textes qui n'y ont pas été insérés.

Traits historiques de la nationalisation.

La naturalisation a deux traits historiques, déjà signalés dans la partie générale de la matière de la nationalité. D'une part, c'est une nationalité sollicitée et non pas réclamée. Les réclamants de nationalité exercent un droit, ils ont le droit que la loi leur a donné de réclamer celle-ci, c'est le cas de l'art. 3 de notre loi, c'est le cas de la femme qui épouse un Français. Au contraire, le naturalisé n'a aucun droit, il sollicite une faveur. D'autre part, deuxième trait historique de la naturalisation -c'est une nationalité qui est accordée arbitrairement ou refusée, c'est une pure faveur gouvernementale. Comme disait Domat au XVIième siècle, elle dépend de la grâce du Prince.

Sous l'ancien Régime, la naturalisation était soit une mesure individuelle, soit parfois une mesure collective, le roi l'accordant à tous les habitants d'une ville étrangère ; tout habitant de telle ville étrangère qui venait en France devenait de nationalité française. Ou encore à ceux qui exerçaient une certaine profession. Cela a disparu, il n'y a plus de naturalisation collective, il n'y a plus que la naturalisation individuelle conférée à un individu par un acte du chef de l'Etat.

Ces deux traits que la naturalisation avait sous l'ancien régime, elle les a encore à l'époque actuelle, elle ne les a perdus que temporairement pendant la période intermédiaire où l'on a admis parfois que la naturalisation était un droit, et où aussi on l'imposait alors même qu'elle n'avait pas été sollicitée ; tout cela a disparu.

Le Code civil ne s'est pas occupé de la naturalisation, c'était une lacune assez grave. Un décret du 17 Mars. 1809 est venu règlementer la matière en lui restituant ses deux traits historiques ; on sollicite la naturalisation, et c'est une faveur.

L'évolution de la naturalisation depuis le Code

Quelle a été l'évolution de l'institution depuis le Code ? L'évolution n'a jamais touché aux deux traits historiques de la matière qu'elle possède encore maintenant. L'évolution ne s'est manifestée que sur le double terrain des conditions d'obtention de la naturalisation et de ses effets, l'évolution se faisant dans un sens inverse pour les conditions et pour les effets. Il y a eu comme un système de contre-poids, au fur et à mesure que les conditions étaient facilitées, les effets devenaient moins complets, on se montrait plus sévère. Au fond, ce système est assez logique, car plus on naturalise un grand nombre d'étrangers, et plus facilement on le fait, moins complètement ils sont assimilés, car moins ils donnent, immédiatement tout

Source : BIU Cujas

au moins, des garanties, et plus on est arrivé à calculer les droits qu'on leur reconnait. C'est donc ce système de contre-poids qui marque l'évolution de notre législation, surtout à la période moderne : accroissement des facilités de la naturalisation et régression dans les droits des naturalisés de façon que la facilité de la naturalisation ne nuise pas à l'ensemble du pays.

Evolution quant aux conditions

Evolution quant aux conditions. Cette évolution a été dans le sens d'une facilité de la naturalisation, par cette politique, dont il a déjà été souvent parlé, politique d'absorption des éléments étrangers qui est une nécessité démographique, économique et sociale. Cette absorption a été en s'accroissant surtout depuis la fin du XIXème siècle, avec la grande réforme de 1889, mais encore beaucoup plus avec la réforme de 1927 qui en a marqué, en quelque sorte le paroxysme en raison des grands vides causés par la guerre de 1914-1918, du fort mouvement d'immigration qui a suivi. On s'est rendu compte qu'on ne pouvait pas à la fois faire venir beaucoup d'étrangers et laisser se constituer un noyau important, mais qu'il fallait sans cesse le résorber au fur et à mesure qu'il se constituait ; on avait même dit, au cours des travaux préparatoires de la loi de 1927, que l'on envisageait de naturaliser jusqu'à 100.000 personnes par an.

Evolution quant aux effets

Evolution quant aux effets. Par contre depuis une dizaine d'années, une série de lois sont intervenues, comme contrecoup de la loi de 1927, pour restreindre les droits des naturalisés. Déjà en 1889 on leur en retire quelques-uns ; en 1927 on leur en retire davantage, en 1934 encore plus ; enfin en 1938 encore davantage, et les lois de 1940 ont continué ce mouvement qui était parti déjà de loin et qui était dans la logique de l'institution.

Quelle doit être la politique de la France ?

Avant de voir en détail les conditions d'obtention de la nationalité par la naturalisation, arrêtons-nous à un problème très intéressant pour nous au point de vue du présent et même de l'avenir: quelle doit êtrela politique de la France en matière de naturalisation ? Il y a deux points de vue à envisager : le point de vue quantitatif et le point de vue qualitatif. Sur ces deux terrains la question doit être envisagée en se plaçant exclusivement sur le terrain scientifique, abstraction faite de toute autre considération.

Point de vue quantitatif

D'abord le problème sur le terrain quantitatif : il est, nous le savons, do-

Source : BIU Cujas

miné par deux éléments, un élément démographique, le facteur population, et un élément économique, le besoin des étrangers pour un certain nombre d'occupations sans lesquelles une partie de la vie nationale et non la moindre serait souvent arrêtée ou compromise : l'agriculture et les mines. Ce sont là deux compartiments dans lesquels on manque sans cesse de main d'oeuvre et pour lesquels la main d'oeuvre étrangère est indispensable. Or, c'est un fait que la loi sur la naturalisation a contribué à maintenir ou à assurer la très légère augmentation de la population française depuis le milieu du XIXème siècle, ainsi que les statistiques l'ont prouvé.

Par conséquent, le problème étant dominé ainsi par une question démographique et économique, il en résulte que l'on est obligé, d'une part, de naturaliser. Or, les chiffres qui ont été atteints n'ont jamais dépassé les possibilités mêmes. Voici quelques chiffres : de 1847 à 1870 la naturalisation est très faible, puisqu'il n'y a eu que 4.000 naturalisés. De 1871 à 1920, soit 50 ans, 96.000 naturalisés ; de 1921 à 1925, 25.000 ; puis nous allons voir le rythme s'accroître :

de 1926 à 1930 : 107.000 ; de 1931 à 1940 : 221.000. Les années les plus fortes ont été l'année 1927 avec 30.000, l'année 1939 avec 44.500. La moyenne des naturalisations dans les années normales était de 15 à 20.000 par an.

Mais si l'on veut se rendre compte du résultat sur l'ensemble de la population, il faut savoir combien il peut y avoir à un moment donné de personnes naturalisées en additionnant les années précédentes : or, il ne semble pas qu'il y ait, par exemple en 1939, plus de 400.000 naturalisés présents sur le territoire. Ces chiffres sont évidemment très relatifs, mais ce total approximatif de 400.000 ne correspond qu'à 1 % de la population. On peut donc dire qu'au point de vue quantitatif, la naturalisation telle qu'elle a été pratiquée ne dépassait pas les possibilités d'absorption, car on peut absorber 1 % d'étrangers dans un pays.

Les corrections apportées au point de vue quantitatif

Seulement ceci appelle immédiatement deux correctifs, parce que la statistique est de nature à tromper. Le premier correctif est la nécessité d'assurer - ce qui n'est pas toujours le cas, pour une cause ou pour une autre - la dispersion des naturalisés sur l'ensemble du territoire. Car s'ils vivent groupés dans certains lieux, dans certains centres, ils peuvent dans ces endroits, atteindre des proportions qui sont très importantes. Par conséquent, le 1 % dont nous avons parlé doit rester une réalité à condition qu'on assure la dispersion sur le territoire des naturalisés.

Un deuxième correctif nécessaire pour éviter que ce pourcentage ne fausse les esprits, c'est que l'on assure en

Source : BIU Cujas

quelque sorte une espèce de désarticulation des influences étrangères qui peuvent continuer à s'exercer sur les naturalisés, postérieurement à leur nationalisation. Cette désarticulation c'est, en somme, leur intégration dans le milieu national. Or ceci est évidemment très délicat et particulièrement complexe. Il suffira de citer deux éléments pour montrer la difficulté et la gravité du problème.

Il y a d'abord un premier élément d'intégration dans la vie nationale qui n'a pas toujours joué suffisamment dans le passé et qui est l'élément de la langue. Il est indispensable que le naturalisé possède suffisamment la langue du pays pour pouvoir recevoir les empreintes du pays, pour que sa lecture soit une lecture dans la langue du pays, car s'il continue à se nourrir de choses qu'il lit dans la langue de son pays d'origine, il est encore intellectuellement rattaché à ce dernier.

Mais ceci amène logiquement un deuxième point de vue de désarticulation, c'est qu'il participe et le plus complètement possible puisqu'il en a encore plus besoin que d'autres, à la vie culturelle du pays, de nature à effacer par une action évidemment lente son influence étrangère pour assurer son assimilation complète. Et, dans cet ordre d'idée, il y a un troisième élément un peu particulier qui joue un certain rôle, c'est l'élément de caractère religieux. Pour que le naturalisé participe à ce que l'on peut appeler une vie religieuse française, il faut qu'il y ait une rupture avec la religion de son propre pays, pour qu'il sorte totalement de son milieu initial.

Le point de vue qualitatif

Le problème qualitatif. C'est peut-être celui au sujet duquel la naturalisation telle qu'elle a été pratiquée en France depuis une quinzaine d'années, a laissé le plus à désirer. Certes, l'intégration du naturalisé peut parfaitement se faire moyennant un certain nombre de précautions sur lesquelles nous avons déjà attiré l'attention, leur nombre n'étant pas assez grand pour constituer un danger par rapport à l'ensemble de la population. Mais cela n'est vrai qu'autant qu'il présente certaines qualités. Le naturalisé doit se recruter surtout parmi les travailleurs étrangers.

L'âge

Voici l'ensemble des questions qualitatives qui se présentent. D'abord les qualités physiques : la naturalisation doit, autant que possible, porter sur des éléments jeunes qui constituent un enrichissement pour le pays et non pas sur des éléments âgés qui, après avoir vécu longtemps en France sans solliciter notre nationalité, ou avoir vécu à l'étranger sous une nationalité étrangère, ne viennent à la France que lorsque surviennent à la vieillesse, certaines infirmités pour lesquelles ils ont besoin de l'assis-

Source : BIU Cujas

tance française. Les naturalisés doivent être une force, et non pas une cause de faiblesse.

La santé

Une deuxième garantie qualitative sur laquelle il semble qu'on n'ait pas suffisamment attiré l'attention, c'est la condition de santé, et les renseignements des services hospitaliers ont montré le très grand nombre de naturalisés malades qui les fréquentaient et qui, par conséquent, étaient une charge pour l'assistance publique, étaient une cause de faiblesse au lieu d'être un appoint de sang riche pour la France. C'est ainsi qu'en 1939, l'Académie de médecine a émis un voeu pour qu'aucun individu ne soit naturalisé sans qu'il ait été soumis à un examen médical très complet, basé sur un certain nombre de données scientifiques, et qui devrait être satisfaisant, de façon a éliminer les éléments malades qui risquent d'être une charge et de remplir les salles d'hôpitaux et aussi les asiles d'aliénés.

Qualités morales

Un troisième élément est constitué par les qualités morales : ce sont des garanties sur les antécédents de l'individu. De tous temps on s'est livré d'ailleurs sur les antécédents des individus à des examens, à des enquêtes, et la loi l'ordonne en toutes lettres : art. 6 : il dépend de l'administration de ne naturaliser que des individus qui donnent des garanties. Malheureusement, on a parfois naturalisé, dans les 25 années qui ont précédé, des individus indésirables et dont les antécédents étaient franchement mauvais.

Origine ethnique

Troisième garantie qualitative qui touche l'origine des individus. Il est certain que c'est un point très grave sur lequel nous sommes encore scientifiquement assez mal renseignés, mais c'est un problème de l'avenir et, comme notre population est sans cesse en baisse et que nous serons encore obligés de naturaliser pendant longtemps, la question de lege ferenda est importante : c'est la question ethnique. La France doit avoir une politique de l'immigration qui a pour conséquence l'absorption des éléments immigrés. Or, cette attitude suppose que l'on fasse venir non pas des éléments pris au hasard, mais des éléments considérés comme utiles, désirables et scientifiquement prouvés absorbables. Il doit y avoir là une politique scientifique qui est très importante.

Profession

Enfin le dernier élément, mais qui est extrêmement important, c'est ce que nous appellerons la question du point de vue professionnel.

Nous avons déjà dit à maintes reprises que la question de la naturalisation était dominée par deux éléments, l'élément démographique et l'élément économique. Nous sommes obligés de faire appel aux naturalisés pour diminer l'abaissement de la population, et aussi par besoin de main-d'oeuvre, d'où il

Source : BIU Cujas

Le problème de la naturalisation dans les carrières libérales et chez les intellectuels

résulte que la naturalisation doit être exclue en principe à l'égard de tous les individus qui appartiennent à des professions pour lesquelles nous n'avons pas besoin de l'apport de la main-d'oeuvre ou du travail des étrangers. Sinon le résultat est mauvais, ces individus viennent concurrencer les Français, - ce qui est économiquement inopportun - et augmenter le chômage. Par conséquent, la naturalisation ne doit porter que sur des éléments appartenant à des professions où l'on a besoin d'étrangers, ce qui alors aboutit à ce résultat très net, très précis et trop perdu de vue car il est fondamental à notre point de vue, c'est que, sauf exception, il ne convient pas de naturaliser, ou tout au moins il ne faut le faire qu'avec d'exceptionnelles précautions et surtout en très petit nombre, les personnes appartenant aux carrières dites intellectuelles ou au milieu des professions libérales. Pourquoi ? D'abord à cause de ce fait que, dans ces carrières, les Français sont largement suffisants en nombre et, nous pouvons bien le dire, en qualité. Il n'y a donc pas besoin de faire appel à des immigrés, à des naturalisés pour les remplir. On s'est plaint beaucoup, notamment dans lesprofessions médicales, d'une trop grande intrusion de naturalisés, ce qui a d'ailleurs amené à faire des réformes, parce que la situation devenait dangereuse. On s'est également plaint - et il y a eu en ce sens des réclamations et des voeux de la Chambre de Commerce de Paris, pour certaines professions commerciales et pour l'artisanat, d'une véritable avilissement provenant d'individus qui étaient des déracinés, dépourvus de toutes traditions commerciales et qui rabaissaient véritablement notre commerce ou notre industrie dans certaines branches. Nous avons employé le mot d'avilissement parce qu'il a correspondu à une réalité, il y a eu notamment des cascades de faillites qui révélaient une situation morbide au point de vue social.

En dernier lieu, il y a une différence essentielle à faire entre le naturalisé agriculteur ou exerçant une profession manuelle quelconque et le naturalisé qui exerce une profession intellectuelle par laquelle il peut obtenir une certaine action sur le pays. D'où il résulte qu'il vaut mieux ne pas faire de naturalisations dans les milieux intellectuels. D'une part, l'intellectuel, plus grande est sa valeur, plus il est imperméable à l'influence de son nouveau milieu, c'est un fait ; et d'autre part, il cherche à exercer et il exercera une influence sur son pays d'adoption. Il y a donc un certain nombre de leviers de commande tels que la presse, l'enseignement, ou d'autres, dans lesquels il peut être regrettable et dangereux de voir des naturalisés venus depuis peu en France.

Source : BIU Cujas

Donc, sur le terrain qualitatif, sauf des exceptions qui sont indispensables, il faut prendre les naturalisés non pas, comme on l'a fait trop largement dans les dix ou quinze dernières années, dans les milieux intellectuels et pour des raisons politiques, mais dans les milieux de la main-d'oeuvre pour lesquels cela ne présente pas d'inconvénients.

En somme, tout dépend de la façon dont la loi sur la naturalisation sera appliquée ; si elle est bien appliquée, comme il faut que la naturalisation joue, elle ne peut pas donner de trop mauvais résultats.

Division — Voyons maintenant quelles sont les conditions de fond, les conditions de forme, les voies de recours et les effets de la naturalisation.

§ I - Conditions de fond.

Elles sont relatives à l'âge, à la moralité et à l'établissement en France des candidats à la naturalisation.

L'âge requis est I8 ans

I - Condition d'âge.

Le texte est l'art. 6, I° de la loi du IO Août I927 : "Acquièrent la qualité de Français .....

I°- Les étrangers âgés de I8 ans révolus".

On ne peut donc pas en principe, solliciter la naturalisation avant I8 ans ; autrefois c'était même 2I ans. Il n'y qu'un cas, exceptionnel (art. 6, 3°) où le mineur peut à tout âge solliciter et où l'on peut solliciter pour lui la naturalisation française, mais sauf ce cas spécial, qui ne joue presque jamais, la naturalisation ne peut pas être sollicitée avant I8 ans.

II - Condition de moralité (art. 6, al. 2) : la naturalisation est accordée après enquête sur l'étranger.

III - Condition d'établissement en France. Elle appelle des observations un peu plus complètes. On ne peut pas naturaliser des individus qui n'ont aucun lien avec la France, il faut une certaine attache avec le pays, c'est ce que l'on appelle le problème du stage. C'est un grave problème, extrêmement discuté et il faut le reconnaître, très discutable.

Nécessité d'une stage

Les discussions relatives au stage

Deux thèses ici s'affrontent. La première consiste à dire : le stage doit être extrêmement long de telle manière que l'individu ait eu le temps de s'adapter, de prendre l'empreinte du pays, à tel point que la naturalisation accordée ne soit pour lui que la dernière étape, qu'il soit déjà vraiment assimilé complètement

Source : BIU Cujas

quand on lui donnera la naturalisation.

A ce système s'en oppose un autre, d'après lequel l'assimilation du naturalisé ne peut vraiment commencer qu'à partir du moment où il est Français, car ce n'est qu'à partir de ce moment qu'il baigne réellement dans l'atmosphère du milieu français. Donc il y a intérêt à hâter ce moment, à ne pas trop prolonger la période de stage, tout en diminuant peut-être les droits qu'il exercera pendant un certain temps, mais en partant de l'idée que la véritable assimilation du naturalisé ne commence qu'à partir du moment où il est naturalisé.

La loi française a évolué ; elle s'est d'abord attachée au premier système pendant une période assez longue et elle l'a abandonné petit à petit ; aujourd'hui la naturalisation se donna après un stage très court, mais avec, comme compensation, une diminution très grande des droits des naturalisés.

Quelle est la durée de ce stage ?

Situation normale, résidence pendant 3 ans

Le droit commun, d'après l'art. 6, 1° est trois ans de résidence en France. Le Code civil et la loi de 1889 abrogée en 1927 admettaient un délai beaucoup plus long, qui était de dix ans ou bien un décret d'admission à domicile : les étrangers qui avaient été admis à domicile pouvaient solliciter la naturalisation française au bout de trois années, mais les admis à domicile étaient peu nombreux.

Il faut donc trois ans de résidence en France ; à cette exigence de résidence en France il y a tout de même deux petites exceptions, art. 6, 1°, a, b, parfaitement compréhensibles pour pallier à des situations qui étaient extrêmement intéressantes . Elles visent certains étangers qui, à l'étranger, occupent des fonctions pour le compte de la France, mais qui, n'étant jamais venus en France et n'étant jamais fixés sur notre territoire ne pourraient pas, quelque longs que soient leurs services, obtenir la nationalité. On avait cité par exemple le cas de fonctionnaires de consulats français à l'étranger. Les consuls, en effet, et les ambassadeurs n'ont pas que du personnel français, le personnel supérieur est français mais le personnel subalterne est en général recruté sur place et on avait vu d'excellents fonctionnaires de consulats français à l'étranger qui, pendant longtemps, avaient servi très loyalement et voulaient devenir Français, qui qui ne le pouvaient pas parce qu'il n'étaient jamais venus en France.

Les exceptions à la nécessité de résidence

La deuxième exception qui, d'ailleurs n'a qu'une importance très limitée, c'est le séjour dans un pays en union douanière avec la France. Il n'y a qu'un pays qui soit en union douanière avec la France, c'est la Principauté de Monaco: un monégasque peut solliciter la nationalité française sans

Source : BIU Cujas

être sur le territoire français.

Le délai de faveur : un an

Le droit commun est donc très libéral, délai de trois ans ; et cependant certains textes vont encore plus loin. Il y a un délai de faveur (art. 6, 2°) pour certains étrangers, qui n'est plus que d'un an de résidence. Ce délai de faveur existe depuis 1889 et il joue très rarement. Par exemple, en 1934 il y a eu six cas sur 15.300 décrets de naturalisation. Il suffit de renvoyer au texte. Le cas le plus intéressant est celui de l'étranger qui a épousé une Française et qui peut, au bout d'un an de présence en France, solliciter la naturalisation. Il y a d'autres hypothèses d'individus ayant apporté des talents particulièrement intéressants ou importants. Voyez le texte.

Dispense de tout délai

Troisième et dernière hypothèse : ce sont les individus qui sont dispensés de tout délai, et les cas pratiques sont encore moins fréquents. On les trouve indiqués dans deux textes : l'art. 6, 3° - c'est un enfant qui est né à l'étranger d'une mère française; s'il était né en France d'une mère française il serait français de naissance, mais comme il est né à l'étranger d'une mère française, il pourra solliciter la naturalisation sans aucun délai de stage. L'enfant adoptif majeur adopté par un Français peut aussi solliciter la naturalisation sans délai de stage ; il suffit qu'il se fixe en France et dès qu'il est fixé en France il peut solliciter la naturalisation. Il y a enfin un troisième et dernier cas dont le législateur n'a pas pu se débarrasser, celui des descendants des protestants qui ont quitté la France lors de la Révocation de l'Edit de Nantes survenue en 1685.

La présence en France, qui est nécessaire pour solliciter la naturalisation, est subordonnée depuis le décret-loi de 1938 à une carte d'identité d'étranger valable plus d'un an.

Telles sont les conditions de fond, en somme, extrêmement libérales, de la loi de 1927.

§ 2 - Conditions de forme et de procédure de naturalisation.

La demande

Le candidat à la naturalisation doit évidemment faire une demande, et cette demande est adressée au préfet qui est chargé de l'instruire et de la transmettre ; le préfet n'a pas qualité pour statuer, il ne peut pas rejeter une demande de naturalisation, il doit seulement la transmettre avec ses avis plus ou moins favorables, au ministre de la Jus-

Source : BIU Cujas

tice qui est l'organe qualifié en France pour traiter les questions de nationalité par l'intermédiaire d'un de ses services, le bureau du Sceau.

Le décret de naturalisation

Il est statué par voie de décret. Il y a une question constitutionnelle qui aurait pu se poser, mais qui a été résolue par la pratique. Actuellement, les actes administratifs individuels peuvent être pris par voie d'arrêté sauf ceux qui ont été énumérés et pour lesquels a été maintenue la nécessité d'un décret. Or, les naturalisations ne figurent pas dans ces actes, par conséquent on pourrait statuer semble-t-il, par voie de simple arrêté. Quoi qu'il en soit en pratique, on continue à statuer, comme l'avait d'ailleurs dit notre loi, par voie de décret.

La publicité du décret

Ces décrets doivent être, comme tous les décrets, publiés au Journal Officiel. Aucun texte n'a indiqué la sanction de ce défaut de publicité, mais un arrêt déjà ancien de la Cour de cassation a décidé que le défaut de publication d'un décret de naturalisation enlevait toute efficacité à la naturalisation qui n'avait jamais pris effet. Le législateur aurait été avisé en le disant expressément. Autrefois, c'était au Bulletin des Lois que la publicité se faisait, mais depuis un décret du 6 Décembre 1923 c'est au Journal Officiel, et c'est la publication qui marque le point de départ de l'acquisition de la nationalité française. Bien qu'aucun texte ne le dise expressément cette solution est consacrée par la jurisprudence.

Les droits fiscaux

Il y a des droits fiscaux à payer, qui sont de plus en plus élevés au fur et à mesure que tous les droits fiscaux augmentent mais l'administration a le pouvoir de faire des remises totales ou partielles dont elle a généralement usé très libéralement à l'égard de ceux qui manquaient véritablement de ressources nécessaires.

Il ne reste plus à signaler qu'un point, car c'est une question de principe intéressante : la décision est abandonnée entièrement à l'appréciation des services de la Chancellerie. Or, cela peut présenter, dans certains cas, quelques inconvénients et on peut se demander s'il n'y aurait pas lieu d'édicter des garanties à la fois contre et au profit de l'administration.

D'abord contre l'administration, pour l'obliger à statuer dans les délais raisonnables. Il y a des demandes qui parfois traînent trop longtemps et les intéressés aimeraient être assurés que leur demande a été examinée avec toute l'objectivité voulue. Et d'autre part l'administration aurait une

Reproduction interdite
Source : BIU Cujas

force si elle était obligée de s'entourer de l'avis de certains organismes, pour rejeter certaines demandes ; ce serait à la fois une arme au profit de l'administration et contre elle. Vers le milieu du XIXème siècle, les naturalisations devaient faire l'objet d'un avis du Conseil d'Etat ; cette mesure pouvait donner des garanties aux intéressés, car on pouvait être certain que la question serait examinée avec toute l'objectivité voulue et, d'autre part, l'administration pouvaient repousser un certain nombre de demandes en disant : il me faut l'avis du Conseil d'Etat, il ne dépend pas de moi d'accorder cette naturalisation. Les lois de 1849 et de 1867 s'étaient prononcées en ce sens mais depuis 1889, la chose a disparu. Il semble qu'à l'avenir, il serait opportun de décider que les décisions de naturalisation ne seraient prises qu'après avis d'un organisme administratif, soit le Conseil d'Etat, soit si on estime que c'est une charge trop lourde pour lui une sorte de Comité consultatif de la nationalité que l'on constituerait et dont l'avis devrait être pris

§ 3 - Les voies de recours.

Deux hypothèses sont possibles : la naturalisation est refusée ou elle est accordée. Il y a bien une hypothèse intermédiaire, qui n'est pas impossible avec l'administration : celle-ci n'accorde pas et ne refuse pas ; il n'y a aucune solution positive; il faut attendre une décision de l'administration

Pas de réponse contre un refus

I - La demande de naturalisation est refusée - Ce refus n'a pas été pris en la forme d'un décret, c'est une décision négative, on prévient simplement l'intéressé que sa demande est rejetée. Existe-t-il un recours contre cette décision ? L'obtention de la naturalisation est une faveur gouvernementale subordonnée à une question d'opportunité et le gouvernement n'a pas à motiver son refus. Quelles que soient ses raisons, ce refus constitue ce qu'on appelle un acte du pouvoir discrétionnaire, c'est à-dire un acte de gouvernement. On pourrait imaginer l'hypothèse où l'on aurait rejeté une demande de naturalisation en la motivant à faux ; ici le Conseil d'Etat pourrait accepter le recours. Mais l'administration ne commettra jamais cette erreur de motiver un refus puisqu'elle n'a pas à la faire, et qu'elle est souveraine pour accorder ou refuser la naturalisation.

Recours contre la naturalisation accordée

2 - La naturalisation a été accordée. Ici plusieurs recours sont actuellement à envisager : le recours de droit commun, un recours spécial pour fraude et

Source : BIU Cujas

enfin un recours exceptionnel temporaire qui fonctionne mais pour une durée limitée

Le recours pour excès de pouvoir

Le recours de droit commun est le seul qui ait existé pendant longtemps C'est celui qui existe contre tout décret que l'on peut toujours soumettre à l'appréciation du Conseil d'Etat pour sa légalité L'obtention de la naturalisation est nous le savons déjà une question de pouvoir discrétionnaire ; par conséquent on ne pourrait pas discuter devant le Conseil d'Etat le fait d'avoir accordé la naturalisation mais ce que l'on peut discuter c'est la légalité du décret si le candidat n'avait pas rempli les conditions voulues par exemple, s'il n'avait pas de stage en France ou s'il n'avait pas l'âge nécessaire ou s'il faisait partie des quelques individus qui sont privés du droit de solliciter la naturalisation à titre de sanction Dans ce cas c'est une question de droit de légalité et non d'opportunité qui se présente

En fait le Conseil d'Etat n'a jamais pu statuer et voici pourquoi : on ne peut attaquer un décret devant le Conseil d'Etat que dans un délai très bref ; or, pratiquement à moins de dépouiller le Journal Officiel de très près le public ignore ces acquisitions de nationalité il n'y a qu'une personne qui la connaît c'est le candidat à la naturalisation et quand un tiers intéressé à la question, quelquefois le conjoint du naturalisé apprend que son mari ou sa femme ont changé de nationalité et qu'il veut attaquer ce décret il est beaucoup trop tard Le requérant se trouve forclos Aussi le Conseil d'Etat est-il obligé chaque fois de rejeter la demande

Ainsi le recours de droit commun reste ouvert non pas sur la question d'opportunité mais sur la question de légalité du décret, mais en fait les demandes ne sont jamais introduites pour des questions de délai. Il en résulte un grand inconvénient car il peut se glisser de temps à autre des erreurs. L'administration est d'ailleurs plus d'une fois victime des fraudes des intéressés qui lui soumettent des documents erronés des actes plus ou moins faux et qui se rendent coupables de manoeuvres frauduleuses pour obtenir la naturalisation L'administration était désarmée car elle n'apprenait ces fraudes que trop tard ; en effet l'administration peut certes toujours retirer un décret mais il faut qu'elle le fasse dans le délai où il peut être attaqué et elle ne s'en aperçoit généralement pas assez tôt.

Le législateur est intervenu pour créer un recours spécial ; cela résulte du décret-loi du 12 Novembre 1938 Le législateur a inséré dans notre loi un article 7 bis qui vise le cas de l'étranger qui a sciemment fait une fausse déclara-

Source : BIU Cujas

Le recours de l'art. 7 bis (d. l. 12 Novembre 1938)

tion présenté une pièce contenant des déclarations mensongères ou erronées, ou employé des manoeuvres frauduleuses. Toute manoeuvre frauduleuse destinée à circonvenir l'administration pour obtenir la naturalisation tombe sous le coup de ce nouvel article 7 bis. La sanction est qu'un décret pourra rapporter la naturalisation. Voici les deux intérêts qui ont été combinés ici, l'intérêt de l'intéressé et celui de l'administration. L'administration pourra rapporter le décret à tout moment, c'est-à-dire au-delà du délai en question ; on fixe un délai de dix ans à partir du moment où l'administration connaît la fraude, c'est donc beaucoup plus qu'il n'est nécessaire, et les droits de l'administration sont très grands. Mais voici les garanties données à l'intéressé : on pouvait craindre que l'administration ne lui retirât trop arbitrairement la naturalisation alors qu'en réalité il n'était pas coupable ; il faut un avis conforme du Conseil d'Etat, cet avis du Conseil constituera une garantie pour l'intéressé. Par conséquent, on a très bien combiné par ce texte les intérêts des naturalisés pour éviter tout arbitraire et, d'autre part, les exigences d'une bonne administration pour pouvoir faire tomber des décrets de naturalisation qui reposaient sur des faits fautifs. On n'aurait pas pu, en effet, attaquer la plupart du temps devant le Conseil d'Etat ces décrets, parce que les délais étaient expirés quand on s'apercevait de la fraude.

Il importe d'attirer l'attention sur la différence entre les deux recours. Le recours de droit commun va devant le Conseil d'Etat statuant, comme juridiction, au contentieux et rendant un arrêt ; s'il estime le recours fondé, il annule le décret. Le deuxième recours, qui a été établi par l'art. 7 bis, n'est pas un recours juridictionnel. C'est le ministre qui fait prendre un décret retirant la naturalisation après avis du Conseil d'Etat, mais le Conseil d'Etat n'intervient plus comme juridiction administrative, il intervient comme corps administratif. Le premier est un recours juridictionnel, le second un recours purement administratif.

Un troisième recours temporaire existe depuis une loi du 22 Juillet 1940, complétée par une série de lois qui a créé ce que l'on a appelé la Commission de révision des naturalisations. Le législateur inquiet, peut-être non sans raison quoiqu'on ait beaucoup exagéré, d'un certain nombre de naturalisations regrettables données dans les années qui ont précédé immédiatement la guerre de 1939, a pensé qu'il serait bon de procéder à une révision. Il a décidé que cette révision remonterait à 1927. On a donc constitué une

La révision des naturalisations

Source : BIU Cujas

Commission de révision des naturalisations qui a pour mission de revoir les dossiers de tous ceux qui ont été naturalisés depuis 1927 jusqu'à 1940. Cette commission propose au ministre s'il y a lieu, de rapporter ou non les naturalisations. Un certain nombre de ces naturalisations d'ailleurs infime, si on les compare au nombre total de naturalisations accordées ont été jusqu'ici rapportées

Cette décision de retrait qui est prise par voie de décret a pour point de départ le décret s'il ne fixe pas de date, et une autre date si le décret a cru devoir remonter dans le passé. Jusqu'ici les décrets de retrait n'ont pas fixé de date donc c'est à partir de la publication du décret au J O que la naturalisation est rapportée, l'intéressé étant resté français pendant la période intermédiaire. Cette mesure peut être étendue à la famille du naturalisé, et elle l'est fréquemment.

§ 4 - Effets de la naturalisation

Deux questions sont à examiner à quelles personnes bénéficie le décret, quelles obligations et quels droits fait il naître ?

A - Envisageons d'abord les effets quant aux individus francisés. C'est le problème que l'on a l'habitude d'appeler problème de l'effet collectif ou individuel de la naturalisation

Le candidat à la naturalisation devient français mais la naturalisation s'étend-elle aux autres membres de la famille ? Il y a des pays étrangers dans lesquels la loi décide que, lorsque le chef de famille est naturalisé, la femme et les enfants sont ipso facto naturalisés. Il n'y a pas besoin de les naturaliser, c'est la loi qui les naturalise par cela seul que le chef de famille est naturalisé.

Quel est le système français ?

Situation des enfants mineurs

Prenons d'abord les enfants mineurs. Depuis longtemps la loi française décide que les enfants mineurs du naturalisé deviennent français et ils le deviennent depuis la loi de 1927 de façon définitive. Sous l'empire de la loi de 1889 ils pouvaient répudier la nationalité française à leur majorité, la loi de 1927 a trouvé inutile de permettre à l'enfant du naturalisé de répudier. Un peu illogique, mais c'est un illogisme politique - la loi n'admet pas qu'un mineur puisse perdre la nationalité française, mais elle admet qu'il puisse l'acquérir. Donc les enfants mineurs deviennent français et définitivement C'est une mesure de caractère politique qu'il ne faut pas chercher à expliquer par de la logique.

Source : BIU Cujas

Il y a cependant depuis la loi de 1927 certaines catégories d'enfants mineurs écartés de cette naturalisation de plein droit et c'est assez justifié. Ce sont d'abord les enfants mineurs indésirables ceux qui ont déjà été expulsés du territoire français , la naturalisation ne s'étendra pas à eux. D'autre part, ceux qui sont déjà mariés. En effet, l'enfant mineur déjà marié a fondé un foyer, il ne fait plus partie de celui de ses parents il serait injuste de lui donner la nationalité française s'il ne la désire pas ; il pourra la solliciter mais on ne la lui impose pas. Enfin, il y a une troisième catégorie ce sont ceux qui servent ou ont servi dans les armées de leurs pays d'origine : on estime que par là même ils ont manifesté ou subi un rattachement politique au pays d'origine de leurs parents suffisant pour qu'on ne leur donne pas de plein droit la naturalisation. C'est une mesure d'opportunité.

Sauf trois cas, les enfants mineurs du naturalisé deviennent donc français et depuis 1927 définitivement : ils n'ont aucune faculté d'option.

Situation des enfants majeurs (Art 7)

Quant aux enfants majeurs naturellement la naturalisation ne peut pas les toucher puisqu'ils sont capables, mais ils pourront solliciter la naturalisation et elle leur sera accordée ou refusée individuellement. la seule faveur qu'ils ont, c'est qu'ils sont dispensés de tout stage (Art 7)

Situation de la femme du naturalisé (Art 7)

Quant à la femme du naturalisé la loi française diffèrent assez fortement des lois étrangères ; elle a toujours décidé que la femme du naturalisé ne devenait pas de plein droit française. On a respecté la volonté de la femme en droit nous disons en droit parce que, en fait, la disposition joue très rarement ; en effet, lorsqu'un étranger marié sollicite la naturalisation française on lui fait remarquer qu'il est normal et opportun pour la suite de sa demande que sa femme fasse aussi une demande de naturalisation et, en fait on rejettera la demande de l'étranger si sa femme - sauf des cas spéciaux par exemple s'il est séparé - ne fait pas aussi une demande C'est une pratique de l'administration qui corrige heureusement la loi. Elle va généralement d'ailleurs au devant du désir des intéressés.

Dans tous les cas, si une femme n'avait pas été naturalisée avec son mari elle n'aurait que la ressource de solliciter la naturalisation avec la faveur qu'on lui fait dans l'article 7, c'est la dispense de tout délai de stage.

B - Deuxième catégorie d'effets de la naturalisation obligations et droits du naturalisé.

Autrefois, le naturalisé était dispensé des charges mi

Source : BIU Cujas

Les obligations militaires

litaires et cela paraissait injuste au fur et à mesure que pour les Français ces charges devenaient très lourdes. Il suffisait de se faire naturaliser après l'âge du service pour y échapper. Le régime sous lequel nous vivons actuellement qui est le résultat de toute une évolution qui s'est faite lentement et qui est d'ailleurs parfaitement équitable, est celui de la loi du 31 Mars 1928 d'après lequel le naturalisé était astreint au service militaire actif jusqu'à l'âge de 27 ans s'il était marié ou de 30 ans s'il n'était pas marié. Si donc il était naturalisé avant 27 ou 30 ans, il devait la même durée de service militaire actif que les Français de son âge et il était astreint aux mêmes obligations que les Français dans la réserve, c'est à dire au point de vue de la mobilisation.

Les obligations civiques

D'autre part, comme obligations civiques le naturalisé est soumis à toutes les obligations du français et en plus astreint depuis 1927 (art. 10) à des obligations de loyalisme plus grandes encore que celles du Français obligations que nous retrouverons en traitant de la perte de nationalité. Il y a des cas de perte de nationalité qui ne frappent pas tous les Français mais les naturalisés, à raison de leur caractère étranger et récent on exige de leur part un loyalisme encore plus grand.

Les droits du naturalisé

Enfin quant aux droits du naturalisé, nous renvoyons l'examen de la question à une partie ultérieure du cours celle sur la jouissance des droits où nous verrons quels sont par rapport à ceux des autres personnes les droits des naturalisés qui vont de plus en plus, à l'époque récente en diminuant.

Nous avons ainsi terminé l'étude de l'acquisition de la nationalité française à ses deux étapes, soit à la naissance soit au cours de l'existence. Nous devons maintenant examiner un dernier point, c'est l'opération inverse, la perte de la nationalité française et la réintégration dans celle-ci.

Source : BIU Cujas

Sous-Titre II

PERTE DE LA NATIONALITE FRANÇAISE ET REINTEGRATION

Chapitre I

PERTE DE LA NATIONALITE

Évolution de la législation en la matière

La matière de la perte de nationalité est règlementée par des textes très nombreux surtout depuis quelques années. Il y avait peu de textes dans le Code sur la perte de la nationalité et leur application était peu fréquente ; c'est une évolution qui a surtout commencé en 1927 et qui ne fait qu'augmenter. Le législateur moderne a considéré que la sanction de certains faits, de certaines attitudes devait etre la déchéance de la nationalité. Il faut renvoyer à la partie générale du cours sur la nationalité pour l'examen de la question, à la fois sur le terrain des principes et celui de l'opportunité.

Les textes de principe sur la perte de la nationalité sont les articles 9 et 10 de notre loi, et de nombreuses lois intervenues depuis quelques années.

Les cas, nombreux aujourd'hui, de déchéance de la nationalité issus d'une législation complexe et touffue peuvent se grouper autour de deux idées :

1°- Il y a des cas de perte de nationalité en dehors de toute faute de l'intéressé.

2°- Il y a des cas de perte de la nationalité comme sanction d'une faute.

Source : BIU Cujas

Section I

Perte de la nationalité en dehors de toute faute.

Division Il y a trois cas de perte de nationalité que nous traiterons dans trois paragraphes :

- La rupture d'allégeance pour éviter un conflit de nationalités,
- L'acquisition régulière d'une nationalité étrangère.
- Le cas de la Française qui épouse un étranger.

§ I - Rupture d'allégeance pour éviter un conflit de nationalité

L'hypothèse L'hypothèse est la suivante - elle se présente de plus en plus, car la loi française est une loi d'assimilation de la nationalité étrangère par la voie de la nationalité de naissance et elle aboutit à ce résultat c'est que des individus possèdent deux nationalités, dont la nationalité française. Il n'est pas difficile d'imaginer comment cela se produit. Il suffit d'imaginer un individu français en raison de sa naissance en France et étranger par sa filiation étrangere : un individu est né en France d'un père né en France, il a la nationalité française, mais dans son pays d'origine on lui donne peut-être la nationalité de son père. Il nait ainsi avec deux nationalités dont il pourra très difficilement se débarrasser, ce qui a pour lui un certain nombre d'inconvénients dont, en temps normal, l'inconvénient majeur et auquel il était difficile d'échapper, est d'avoir à faire son service militaire et de le faire au même moment dans deux pays. Mais c'est, en général, impossible parce que, de toute façon, on a commencé par se rendre coupable d'une infraction en ne répondant pas à l'appel sous les drapeaux dans un des pays, on est donc insoumis. Ce sont des situations tout à fait insolubles pour les intéressés.

L'administration française était jusqu'à une époque toute récente, entièrement désarmée, pour résoudre tout au moins d'une manière juridique, ces cas de double nationalité. Quelquefois en fait, à la demande d'un gouvernement étranger on évitait d'appeler l'intéressé sous lesdrapeaux, mais c'é-

Source : BIU Cujas

taient des solutions tout à fait prétoriennes et qui n'évitaient pas tous les inconvénients qui étaient susceptibles de se présenter.

Voyons comment notre loi a permis aujourd'hui en se plaçant sur un terrain de légalité de faire cesser ces cas de double nationalité. Le problème est un problème de pure opportunité, ne nous plaçons pas sur le terrain d'un droit. L'Etat français, comme l'Etat étranger a le droit de conserver l'individu pour eux, il n'y a aucune raison pour que l'un cède devant l'autre, c'est une question de souveraineté. Mais il y a aussi une question d'appréciation politique de savoir à quel point l'Etat veut user de ses droits.

Le législateur français avait admis un moyen permanent que nous avons déjà rencontré pour permettre à des étrangers de répudier notre nationalité et ce moyen a été complété en 1927 en prévoyant la possibilité pour le gouvernement de rendre leur liberté à certains individus, de sorte qu'il y a deux situations : tantôt la perte de la nationalité est un droit pour l'individu, tantôt c'est une faveur qu'on peut lui faire.

La répudition

Première hypothèse : c'est un droit. - Il suffira de rappeler le cas que nous avons déjà rencontré (art. 9, 2°) : perd la nationalité française le français qui a répudié la nationalité française dans le cas prévu par l'article 21. C'est l'enfant légitime né en France d'une mère déjà née en France ; c'est l'enfant naturel dont celui de ses parents qui l'a reconnu en second lieu est déjà né en France.

Il y a aussi le cas de celui qui devient Français parce qu'il est domicilié en France à sa majorité, et qui peut répudier entre 21 et 22 ans. C'est un droit pour lui et comme il est forcé de justifier qu'il a une nationalité étrangère on évite par là même qu'il soit apatride et qu'il ait deux nationalités.

Mais en fait, il y a très peu de ces individus qui répudient : en 1938, 361 ; en 1939, 271. La plupart préfèrent conserver la nationalité française parce qu'ils vivent en France et, n'ayant pas conservé de rapports avec leur pays d'origine, cela offre pour eux plus d'inconvénients que d'avantages.

Il y a des individus pour lesquels cette répudiation n'est pas suffisante : d'abord ceux qui ont omis de répudier à temps, ils sont forclos. Il y a les individus qui n'ont pas le droit de répudier parce que c'est leur père qui était déjà né en France, les enfants mineurs du naturalisé qui n'ont pas le droit de répudier. Bref ce sont des cas qui étaient incurables lorsque la loi de 1927 a permis - et nous en arrivons à la deuxième situation - par voie de faveur individuelle de relever les intéressés de la nationalité (art. 9, § 3).

Source : BIU Cujas

La perte accordée à titre de faveur

Deuxième hypothèse : l'autorisation du gouvernement.

"Perd la nationalité française.....

3°- Le Français même mineur qui, possédant une nationalité étrangère est autorisé, sur sa demande, par le gouvernement français à la conserver"

A la différence du cas précédent ce n'est plus un droit, c'est une pure faveur pour l'individu que le gouvernement accorde ou refuse comme il le veut. C'est un acte du pouvoir discrétionnaire. En fait cette faveur est accordée assez rarement

La loi de 1927 a même ajouté cette disposition : le Français même mineur qui, possédant une nationalité étrangère sans manifestation de volonté de sa part Il fallait donc que l'individu ait eu deux nationalités sans y être pour quelque chose : il pouvait en effet arriver qu'un enfant soit mineur soit majeur, eût été l'artisan de sa propre infortune, qu'il eût sollicité une nationalité étrangère. Ce moyen ne permettait pas au gouvernement de le relever de sa nationalité, car il n'avait reçu de la loi le pouvoir de le relever de la nationalité française que si la nationalité étrangère avait été imposée Ce membre de phrase a disparu depuis le décret-loi du 12 Novembre 1938. le gouvernement a des pouvoirs plus larges Quelle que soit la raison pour laquelle un individu possède la nationalité française et étrangère qu'elle soit de naissance ou dérivée, le gouvernement a désormais le droit de le relever de cette nationalité et cela même durant sa minorité

Signalons en passant que c'est un des rares cas où l'on admet qu'un mineur puisse perdre la nationalité française. En général, on n'admet pas qu'un mineur puisse devenir étranger mais là on a pensé qu'il n'était pas nécessaire d'attendre la majorité de l'enfant et on peut dès sa naissance le relever de la nationalité française

Forme de la décision

Cette mesure est prise sous la forme d'un décret individuel Le texte emploie d'ailleurs une mauvaise formule "est autorisé sur sa demande à la conserver". Nous ne pouvons pas autoriser un individu à conserver une nationalité étrangère, tout ce que nous pouvons faire c'est de lui retirer la nationalité française Mais personne ne doute du sens de la décision le décret qui intervient est un décret de rupture de la nationalité française, c'est un décret de dénationalisation c'est une faveur qu'on fait à l'individu dans son intérêt

Point de départ de la dénaturalisation.

Quel est le point de départ de la perte de la nationalité française ? Il faut appliquer les règles du droit commun:

Source : BIU Cujas

les effets partent de la publicité du décret, par conséquent l'individu sera resté Français depuis sa naissance jusqu'au moment de ce décret, il n'y a aucune rétroactivité : il n'est pas français sous condition résolutoire, il sera resté français jusqu'au moment du décret.

Le nombre de ces décrets est très faible généralement en temps de paix, quelques unités par an.

§ 2 - Acquisition régulière d'une nationalité étrangère

L'hypothèse

Certaines législations étrangères pendant longtemps, avaient formulé le principe de l'allégeance perpétuelle du national, par exemple la loi ottomane et la loi russe. Mais presque toutes les lois du monde aujourd'hui admettent qu'un individu puisse acquérir une naturalisation et, d'autre part perdre sa nationalité lorsqu'il acquiert une autre nationalité. Si le nombre des naturalisés était très grand, il y aurait là un danger, mais comme le nombre est infime par rapport au chiffre total de la population, l'Etat juge qu'il n'est pas opportun de vouloir conserver des individus qui demandent à prendre une nationalité étrangère, d'autant que nous naturalisons des étrangers et qu'il serait inélégant de ne pas admettre qu'un Français puisse être naturalisé à l'étranger, de sorte que l'opération pour nous n'est pas un déficit étant donné le petit nombre de Français qui se fixent à l'étranger et sollicitent une nationalité étrangère.

Les textes

La question est règlementée par l'art. 9, I° de notre loi, modifié par le décret-loi du 9 Mars 1940 intégré dans le texte. L'idée est en somme d'une part que l'individu a marqué un certain détachement en voulant devenir étranger et d'autre part qu'il faut éviter une double nationalité ce qui est une situation vraiment anormale de la vie internationale et pleine d'inconvénients. On évitera la double nationalité en déclarant que l'individu a perdu la nationalité française. Cette perte de nationalité se fait sans intervention gouvernementale : lorsque l'individu remplit les conditions que nous allons étudier, il perd la nationalité le gouvernement ne peut lui dénier ce droit.

Nous allons voir successivement les conditions de fond les conditions de forme et de procédure et les effets de cette perte de nationalité.

A - Conditions de fond.

Elles sont au nombre de trois : capacité, volonté, acquisition d'une nationalité étrangère. Et nous verrons s'il

Source : BIU Cujas

n'y a pas lieu de les compléter par une quatrième condition.

I - Capacité - Le problème se dédouble en capacité de jouissance et capacité d'exercice des droits.

Capacité de jouissance. - Pour qu'un Français puisse perdre sa nationalité par acquisition d'une nationalité étrangère il faut qu'il ait la capacité de jouissance de ses droits. Or, quels sont ceux qui ne l'ont pas ?

Capacité de jouissance

Il y a une première catégorie, ce sont

Les mineurs

les mineurs ; un mineur ne peut jamais, ne disons pas demander une nationalité étrangère car cela ne dépend pas de nous, mais s'il a acquis une nationalité étrangère il ne peut pas perdre la nationalité française, il n'a pas la capacité de jouissance du droit de perdre notre nationalité. En effet, le législateur le dit formellement (art. 9, I°) "après l'âge de 21 ans". Il faut donc être majeur.

Les hommes de moins de 50 ans

Mais voici une deuxième catégorie, beaucoup plus importante, de personnes qui n'ont pas la capacité de jouissance du droit. Sur ce point la loi française a été de sévérité en sévérité dans les lois de 1889, 1927 et dans le décret du 9 Mars 1940. Elle crée une grande inégalité contre laquelle les intéressés n'ont pas protesté, elle vise les individus du sexe masculin. En vertu de ce décret du 9 Mars 1940 le français - et ceci édulcore beaucoup la faculté de perdre la nationalité française - n'a pas la jouissance du droit de perdre sa nationalité avant l'âge de 50 ans à moins - et nous retombons dans la faveur gouvernementale - d'une autorisation individuelle qui peut lui être accordée ou refusée. Cette autorisation individuelle résultera d'un décret, mais ce décret ne lui fera pas perdre la nationalité française. Il ne fera que l'habiliter à solliciter la nationalité étrangère et il y a eu des cas où certains individus ont obtenu cette autorisation mais n'ont pas obtenu une nationalité étrangère. Ils sont donc restés français.

L'âge seul compte. Autrefois, sous la loi de 1927 on faisait une distinction entre les individus aptes ou non au service militaire. Aujourd'hui il suffit d'être du sexe masculin pour que jusqu'à l'âge de 50 ans on ait besoin de l'autorisation gouvernementale pour demander une nationalité étrangère. Précédemment, les individus inaptes au service militaire étaient capables d'acquérir une nationalité étrangère. Comme en temps de guerre, on récupère beaucoup d'individus qui, en temps de paix étaient déclarés aptes, le nouveau système est préférable.

Quelle est la sanction si l'intéressé a sollicité une nationalité étrangère avant l'âge de 50 ans ; est-ce une nullité ? Nous n'avons pas qualité pour déclarer nulle l'acquisition d'une nationalité étrangère, mais nous avons qualité

Source : BIU Cujas

pour déclarer nulle la rupture d'allégeance de la nationalité française Est-ce que la nationalité française subsiste définitivement ou bien faut-il dire simplement que la nationalité étrangère acquise est inopposable ? Voici l'intérêt pratique -il est moins grave aujourd'hui parce que l'âge est de 50 ans mais autrefois c'était 30 ans - un individu n'avait pas fait son service militaire, il se faisait naturaliser dans un pays étranger et naturellement on ne pouvait pas reconnaitre sa naturalisation puisqu'il n'avait pas rempli ses obligations militaires. Dès que l'individu avait atteint l'âge de 30 ans ou maintenant de 50 ans, voici l'intérêt pratique si on dit qu'il y a eu nullité il ne sera pas devenu étranger vis à-vis de la France, il aura conservé la nationalité française si c'est une simple inopposabilité, lorsque l'obstacle disparait il perd la nationalité française. Il semble logique de dire, puisqu'il s'agit d'une formalité habilitante, que la sanction est une simple inopposabilité. A partir du moment où l'individu a atteint l'âge où il peut avoir la nationalité étrangère, il n'y a aucune raison de lui conserver la nationalité française En effet il ne pourra plus perdre la nationalité française puisqu'il faudrait pour cela qu'il acquière à nouveau une nationalité étrangère. Or, comme il possède déjà la nationalité étrangère il ne peut pas l'acquérir à nouveau Donc il restera définitivement français. Il est donc beaucoup plus raisonnable de décider qu'il s'agit d'une inopposabilité et que lorsque l'obstacle disparait l'intéressé perd la nationalité française, mais sans rétroactivité.

Capacité d'exercice

L'interdit

Le problème de la capacité d'exercice ne se pose évidemment pas pour les mineurs mais se pose-t il pour les majeurs ? A défaut de texte on ne peut pas dire qu'un individu interdit est frappé d'une incapacité Les textes du Code civil sur l'interdiction sont des textes du droit civil, il est difficile de les étendre à une matière politique. Mais il est peu vraisemblable qu'un pays étranger donne la nationalité à un individu atteint d'aliénation mentale, la plupart des pays sont très stricts sur ce point beaucoup plus encore que la France.

La femme mariée

Mais voici un cas beaucoup plus pratique, c'est celui de la femme mariée : est-ce qu'une femme mariée française peut solliciter une nationalité étrangère alors que son mari ne la sollicite pas ? Si son mari la sollicite on l'y autorise, il n'y a pas de problème,

Mais vis-à-vis de la France, la française d'origine qui veut obtenir une nationalité étrangère, qui la sollicite et l'obtient dans le pays étranger a-t-elle cette capacité d'exercice ? La question est discutable parce qu'il n'y a aucun texte qui l'ait résolue expressément.

Source : BIU Cujas

La pratique de la Chancellerie a toujours été de dire qu'il faut l'autorisation du mari pour que l'intéressée perde la nationalité. Mais la question a évolué depuis la loi de 1938 qui a rendu la femme mariée pleinement capable : si la femme a sa pleine capacité civile, on peut se demander si elle n'a pas le pouvoir de solliciter une nationalité étrangère. Ce que l'on peut répondre, c'est qu'il serait inopportun que la femme puisse, à l'encontre du mari, solliciter et obtenir la nationalité étrangère. On pourrait trouver dans le Code un texte qui justifierait l'exigence de la volonté ou de l'accord du mari : c'est le grand principe inscrit par le Sénat en 1938 dans la réforme de la capacité de la femme mariée, que le mari est chef de la famille. Or, ce pouvoir du mari comme chef de la famille est bien ici en cause, car il s'agit pour un membre de la famille de prendre une nationalité étrangère et de désarticuler par conséquent le caractère politique de cette famille. La question est discutable, mais il semble raisonnable de dire qu'il faudrait exiger, au moins de lege ferenda, que la femme ait l'autorisation de son mari, ou bien à défaut - car on peut craindre des refus non justifiés, ou le cas de femmes séparées de fait ou abandonnées par leur mari - une autorisation de justice.

L'objet de cette volonté

2 - La volonté. La deuxième condition pour perdre la nationalité française est la volonté. Il est indispensable que l'acquisition de la nationalité étrangère soit une acquisition réclamée ou sollicitée, d'où il résulte que toutes les fois qu'un Français s'est vu imposer une nationalité étrangère sans l'avoir sollicitée, la perte de notre nationalité ne fonctionne pas. L'art. 9 I° dit en effet : "Le Français naturalisé à l'étranger" et le terme de naturalisation a un sens mondial : la naturalisation n'est jamais imposée, elle est toujours sollicitée - "ou celui qui acquiert sur sa demande une nationalité étrangère". Par conséquent la volonté du législateur est très nette et la jurisprudence n'a pas hésité : elle n'a jamais admis qu'un Français pouvait perdre sa nationalité s'il ne l'avait pas sollicitée. Il ne suffit pas que ce soit le chef de famille qui la sollicite et il faut que ce soit chaque intéressé lui-même et d'ailleurs il doit être majeur. Donc toutes les fois qu'un individu est étranger de naissance, ce fait ne suffit pas pour qu'il puisse perdre notre nationalité, puisqu'il n'a rien sollicité.

Mais faut-il quelque chose de plus, faut-il que le français qui a sollicité une nationalité étrangère ait eu la volonté de perdre notre nationalité ? Non. C'est le législateur ici qui décide. Il déclare : si vous avez sollicité une nationalité étrangère et si vous l'avez obtenue, je vous retire la nationalité française peu m'importe votre volonté. La vo-

Source : BIU Cujas

lonté n'est prise en considération que pour l'obtention de la nationalité étrangère mais on n'en tient pas compte pour le retrait de la nationalité française, car il est tout à fait anormal de vouloir posséder deux nationalités et des intérêts politiques dans deux pays.

En cela la loi française diffère de certaines lois étrangères qui admettent que leurs nationaux puissent acquérir une nationalité étrangère tout en conservant leur nationalité d'origine comme notamment la loi espagnole.

3 Troisième condition essentielle qui est évidente il faut avoir acquis une nationalité étrangère L'intention ne suffit pas il faut une obtention un résultat. Donc si le Français n'a pas pour une cause quelconque, obtenu la nationalité étrangère, il n'a pas deux nationalités et il ne peut pas perdre la nationalité française ; la perte de notre nationalité est le contrepoids de l'acquisition de la nationalité étrangère. Comment apprécier cette nationalité étrangère ? On ne peut l'apprécier qu'à la lumière de la loi du pays étranger : il faut que l'individu ait obtenu un acte administratif à l'étranger qui sera la preuve de l'obtention de la nationalité, mais si véritablement il ne l'a pas obtenue, il n'aura pas perdu la nationalité française.

Référence à la loi étrangère

Voici un cas un peu voisin qui s'est présenté il y a une vingtaine d'années: un français avait obtenu la nationalité espagnole, mais celle-ci lui avait été retirée en Espagne quelques temps après ; avait-il ou non perdu la nationalité française ? Strictement parlant on aurait pu dire que non, puisqu'il n'avait plus la nationalité espagnole Mais il avait bien perdu la nationalité française au moment où il avait acquis la nationalité espagnole, et nous ne pouvons pas subordonner notre nationalité au bon vouloir du pays étranger qui maintient ou non la nationalité qu'il a donnée. Donc du moment qu'il a acquis une nationalité étrangère, il importe peu qu'on la lui retire ensuite.

Difficultés d'application

Mais voici un autre cas encore plus délicat, c'est celui où l'obtention de la nationalité étrangère serait après coup retirée par le gouvernement étranger parce qu'elle était nulle dans ce pays étranger : en pareil cas y a-t-il eu ou non obtention de nationalité étrangère ? Si nous nous placions sur le terrain des principes généraux du droit et notamment du droit civil, nous raisonnerions de la manière suivante : il n'y a jamais eu de nationalité toutes les fois qu'il y a une nullité quelconque : si le Conseil d'Etat déclare nul un décret de naturalisation qui était illégal, il n'y a jamais eu de naturalisation. En droit civil, quelle que soit l'ancienneté de l'acte, lorsque la nullité relative ou absolue se produit, il n'a jamais existé. Donc, s'il n'y a jamais eu de na-

Source : BIU Cujas

tionalité étrangère. Il n'y a jamais eu de cause de perte de la nationalité française.

Cependant la Cour de cassation s'est prononcée en sens contraire et à la réflexion car nous sommes en matière politique, il faut reconnaître qu'elle a peut être raison. Il est délicat de subordonner la perte de la nationalité française au fait que la nationalité étrangère est valable ou non d'autant que l'on peut s'en apercevoir très longtemps après, nous subordonnerions donc notre nationalité à des procédures étrangères. L'esprit de la loi conduit à décider : acquisition d'une nationalité étrangère sans exiger qu'elle soit valable il suffit que l'autorité étrangère ait conféré la nationalité au Français, tant pis pour l'autorité étrangère si elle ne l'a pas fait valablement. Par conséquent, la constation ultérieure de la nullité de cette nationalité étrangère n'influerait pas sur la nationalité française.

Telles sont les trois conditions indiscutables. En existe-t-il une quatrième ? C'est ce que l'on pourrait qualifier la cause licite.

Faut-il exiger une cause licite

Parmi les Français qui sollicitent une nationalité étrangère les uns la veulent parce que pour des raisons de sentiment devant lesquelles le législateur français s'incline, ils désirent sincèrement s'attacher à tel ou tel pays étranger. En pareil cas, on peut dire que le changement de nationalité a de leur part un but une cause licite.

Mais la pratique internationale a révélé autrefois plus qu'elle ne le fait actuellement, des hypothèses dans lesquelles les individus ne changeaient pas de nationalité parce qu'ils désiraient en acquérir une autre mais simplement pour obtenir un résultat illicite qu'ils ne pouvaient pas avoir tant qu'ils étaient français. C'est à dire selon définition de la cause illicite en droit civil qu'ils se servaient d'un moyen licite que le législateur leur avait donné pour parvenir à une fin parfaitement illicite.

Ceci s'est présenté avant la loi de 1884, à une époque où le divorce n'existait pas en France. Seule existait la séparation de corps, qui ne dissolvait pas le mariage et ne permettait pas de se remarier. Un certain nombre de Français trouvaient que la vie conjugale leur pesait, à un tel point que placés entre leur liberté et leur nationalité ils choisissaient la liberté conjugale.

Il s'était d'ailleurs créé dans certains pays étrangers des agences pour conférer plus ou moins facilement la nationalité de ces pays et pour prendre à forfait non seulement

Reproduction interdite

Source : BIU Cujas

l'opération de nationalité mais ce qui s'ensuivait, c'est-à dire la possibilité de divorcer. Il y avait donc un certain nombre de nos compatriotes qui sollicitaient une nationalité étrangère pour divorcer. L'on voit la cause illicite, ils avaient utilisé un moyen licite, celui de solliciter la nationalité étrangère et ils se servaient du changement de nationalité pour tourner la loi qui les régissait impérativement, c'est à dire la loi sur l'indissolubilité du mariage.

C'est ainsi qu'à plus d'une reprise nos tribunaux furent saisis de ces questions, parce que ces personnes obtenaient une nationalité étrangère, puis divorçaient et, comme par un fait exprès, à peine libres se remariaient et par là même les tribunaux étaient appelés, à la demande du premier conjoint à décider le point de savoir si le mariage avait été ou non dissous.

arrêt de Beauffrement.

L'espèce la plus célèbre est l'affaire de la princesse de Beauffremont (Civ. 18 Mars 1878 S 1878 I, 193 et note de Labbé). La princesse de Beauffremont était séparée de corps de son mari. Elle voulait divorcer et elle trouva un pays étranger qui lui accorda sa nationalité. Dans l'espace de quelques mois elle obtenait, en Saxe Cobourg et Gotha, la nationalité puis le divorce et, très vite, elle avait pu se remarier, cette fois avec un prince roumain. Mais son mari, le prince de Beauffremont ne l'entendait pas ainsi, et c'est alors qu'il saisit les tribunaux français en disant : ma femme n'a pas pu ainsi acquérir une nationalité étrangère c'est ce que l'on appelait les naturalisations frauduleuses. Le problème posé était celui-ci : est-ce qu'une naturalisation frauduleuse, c'est-à-dire acquise en vue de frauder la loi française, est valable, et fait-elle perdre la nationalité française ?

s deux solutions de arrêt

La Cour de cassation dans cette espèce a posé deux principes : D'une part la nationalité étrangère de la princesse avait été valablement acquise, en ce sens qu'il ne dépendait pas de nous de dire qu'elle ne l'avait pas obtenue. Nous ne pouvons pas statuer sur une nationalité étrangère. La princesse était devenue étrangère, donc elle avait cessé d'être française. Sauf à un point de vue que nous allons rencontrer, à tous les autres, elle était devenue une étrangère. Voilà le premier point, qui est important, car les juges du fond avaient décidé qu'elle n'était pas devenue même étrangère et c'est ce que la Cour suprême n'a pas admis.

Mais voici le deuxième point. inopposabilité du résultat illicite en vue duquel la nationalité a été sollicitée tant et si bien qu'on a dit à Mme de Beauffremont qui tenait beaucoup moins à la nationalité qu'au divorce, nous vous main-

Source : BIU Cujas

tenons la nationalité étrangère, mais votre divorce est inopposable. Et le prince de Beauffremont avait toujours sa femme Selon la note de Labbé, la princesse de Beauffremont n'avait fait que traverser la nationalité d'un pays pour en prendre une autre. Mais ce qui est certain, c'est qu'elle avait cessé d'avoir la nationalité française, mais son divorce était inopposable.

Que faut-il penser de cette solution ? Il y a une première sanction qui n'était pas possible, nous ne pouvons pas contester la nationalité étrangère. Mais nous ne sortions pas de notre droit en disant : vous restez française, vous aurez deux nationalités. Si la théorie de la cause illicite avait déjà été bien dégagée à cette époque et si on l'avait appliqué on aurait pu dire : la cause licite est une condition de validité ; il faut une cause licite pour perdre la nationalité française. Il en résulterait que ce n'était pas seulement l'inopposabilité de l'effet voulu que l'on aurait dû retenir mais la conservation de notre nationalité. Il est choquant de dire : vous n'êtes plus française mais vous êtes encore mariée vous êtes soumise à la règle de l'indissolubilité. On aurait pu obtenir le même résultat en disant : tout l'ensemble de l'opération a une cause illicite, la nationalité n'est pas perdue, on ne peut pas perdre la nationalité française en vue d'un résultat illicite. En conséquence, l'intéressée restait soumise au droit français.

Ce procédé de raisonnement eut été préférable à l'inopposabilité du divorce seul.

B - Conditions de forme et de procédure de la perte de la nationalité française.

Aucune condition de forme

Il n'y en a aucune. La perte est automatique. Le seul fait de l'acquisition de la nationalité étrangère fait perdre ipso facto la nationalité française, ce qui est un grand inconvénient, car il n'y a pas de trace en France de cette perte. Supposons un Français qui vit à l'étranger il sollicite la naturalisation à l'étranger ; nous n'en savons rien évidemment. S'il a intérêt à le soutenir, le moment venu il va exciper de ses documents, mais, s'il ne le fait pas il n'y a aucune procédure, aucune publicité pour en avertir ; nous sommes en face d'un cas automatique et clandestin en quelque sorte de perte de la nationalité ce qui peut avoir de grands inconvénients pratiques le cas échéant.

Effets

La perte de la nationalité française est effectuée au moment même de l'acquisition de la nationalité étrangère et elle ne produit qu'un effet individuel. Elle ne produit effet ni sur la femme, ni sur les enfants, les enfants mineurs de l'intéressé restent français, alors qu

Source : BIU Cujas

lorsqu'un individu devient français nous prenons ses enfants mineurs

Ceci vous montre à quel point il serait dangereux dans notre matière d'invoquer l'argument de la réciprocité. Il s'agit du domaine de la politique

§ 3 Option de la femme pour une nationalité étrangère : celle de son mari

Les textes Le texte qui règlemente ce cas est l'article 8 bis d'une part et d'autre part l'article 9, 4° Ce dernier dispose "La femme française qui a opté pour la nationalité étrangère de son mari dans le cas prévu à l'art 8 bis." C'est une situation qui ne se présente et qui d'ailleurs ne peut se présenter que dans le cas d'un mariage mixte ; dès l'instant où l'on admet le mariage mixte, il se pose un problème de nationalité

Les faits Il est nécessaire de signaler, sur le terrain de la statistique comment les choses se passent dans la pratique Parmi les immigrants qui viennent se fixer en France la nationalité de la femme varie beaucoup avec la nationalité de l'immigrant Les immigrants venant de certains pays se marient en très grande majorité, avec des françaises ; parmi eux on cite les Suisses et les Allemands, dans la proportion de 82 % Par contre d'autres se marient avec des femmes de leur propre pays ce qui veut dire que l'immigration dans ce cas n'est pas une immigration unique mais l'immigration du ménage complet , ainsi les Russes, les Espagnols les Polonais n'épousent des Françaises que dans la proportion de 9 % Il y a là évidemment quelque chose d'assez important au point de vue de la politique de l'immigration

Nous avons déjà dit que le but était d'arriver, en présence de ce mal nécessaire à assimiler le plus rapidement possible les immigrés. Il est certain que l'assimilation sera facilitée si l'un des deux éléments du ménage est français beaucoup plus que si les deux éléments sont étrangers. Certains pays étrangers ont pratiqué une politique tendant à ne faire venir que des familles complètes sur leur territoire ; cette attitude ne conduit pas à des mariages mixtes, et elle retarde beaucoup l'intégration des éléments nouveaux

Le chiffre des mariages mixtes n'est pas négligeable de 1920 à 1931 pour l'ensemble de la France, la moyenne a été de 10 à 12 000 par an. Dans la période de 1937 à 1937 pour la ville de Paris, une moyenne d'environ 1 900 à 2 000 par an

Quelle est alors l'influence de ce mariage mixte, quand une Française épouse un étranger, sur sa nationalité ? On peut hésiter, nous le savons déjà entre deux idées qui sont

Source : BIU Cujas

l'idée d'unité de nationalité des époux et l'idée d'indépendance de la nationalité de la femme par rapport à celle du mari Notre législation a évolué entre ces deux idées et les étapes sont marquées par la loi de 1927 d'une part, et par le décret-loi du 12 Novembre 1938 d'autre part. Il y a eu deux périodes extrêmes séparées par une courte période transitoire.

Le système du Code (art. 19)

La première période commence avec le Code civil et nous conduit jusqu'à la loi du 10 Août 1927, c'est la période d'unité de nationalité des époux. On peut dire qu'en pareil cas la nationalité est un effet légal du mariage et on pourrait appeler cette période la période de légalité. Sous ce régime du Code civil, la Française qui épouse un étranger prend la nationalité de son mari et ne peut pas rester Française ; cette règle se trouvait dans l'article 19 du Code. Seulement elle avait été formulée d'une façon un peu absolue et avait un inconvénient : art. 19 : "La femme française qui épousera un étranger suivra la condition de son mari". Or, il y avait des pays étrangers, pas beaucoup mais il y en avait quelques-uns surtout dans la première moitié du XIXème siècle, qui ne donnaient pas à la femme la nationalité du mari. Quelle était alors la conséquence ? D'une part l'art. 19 disait : la Française qui épouse un étranger suivra la condition de son mari ; et d'autre part le pays étranger ne donnait pas la nationalité du mari. Comment fallait-il entendre ce membre de phrase : "suivre la condition de son mari" ?

On l'avait interprété d'une manière très stricte : le mari n'était pas un français, la femme ne pouvait pas rester française, elle prenait la condition d'étrangère. Elle ne prenait peut-être pas la nationalité de son mari mais elle ne gardait pas la notre. Si le mari n'avait pas de nationalité à lui donner et si elle ne gardait pas la nationalité française elle devenait apatride, ce qui était un résultat mauvais et inutile. Que la femme prenne la nationalité de son mari cela se comprend pour qu'il y ait unité de nationalité mais si elle ne peut pas prendre la nationalité de son mari il vaut mieux lui laisser sa nationalité antérieure.

Retouche de l'art. 19 en 1889

Aussi l'article 19 fut réformé en 1889 et le nouveau texte disait : "la femme française qui épouse un étranger suit la condition de son mari à moins que son mariage ne lui confère pas la nationalité de son mari".

Donc la femme ne pouvait pas devenir apatride elle prenait, quand la loi du mari la lui donnait la nationalité de ce dernier, et quand exceptionnellement cette loi ne la lui donnait pas, elle restait française. Donc sous ce régime qui subsistera jusqu'à la loi de 1927 le changement de nationalité est imposé à la femme toutes les fois que la loi du mari lui donne la nationalité et cette disposition frappait la femme

Source : BIU Cujas

même mineure. Nous avons vu à plusieurs reprises qu'un mineur peut rarement perdre la nationalité française, mais quand une femme se mariait et épousait un étranger, il n'y avait pas lieu de lui maintenir la nationalité française. Aussi était-il admis que toute femme qui épousait un étranger quel que fut son âge prenait la nationalité de son mari si la loi de celui ci la lui donnait.

La loi de 1927

Nous arrivons ainsi à la loi de 1927 qui a établi un système transitoire et temporaire que nous allons examiner très rapidement et qui nous prépare au système de la loi de 1938. La loi de 1927 n'a en somme pris parti de façon absolue ni pour l'idée d'unité de nationalité, ni pour l'idée d'indépendance des deux époux sur le terrain de la nationalité. Elle a combiné entre elles les deux idées et elle les a retenues l'une et l'autre pour des hypothèses distinctes.

La loi de 1927 fait une place nouvelle à l'idée d'indépendance et ceci est entièrement nouveau puisque, depuis le Code civil il n'y avait aucune indépendance de nationalité. Mais elle n'abandonne pas non plus complètement l'idée d'unité de nationalité.

Comment a-t-elle réalisé cette combinaison de deux principes aussi opposés que l'idée d'unité et l'idée d'indépendance ?

Voyons d'abord la mise en oeuvre de l'idée d'indépendance. C'est ce qu'il y a de nouveau dans la réforme de 1927 et de très important puisque cela entraînera la réforme sous laquelle nous vivons maintenant : La femme mariée française qui épouse un étranger garde en principe sa nationalité : elle ne prendra la nationalité de son mari, en principe, que si elle la demande au moyen d'une déclaration qu'elle doit faire avant son mariage à l'officier de l'état civil. Elle fait une déclaration dans laquelle elle dit qu'elle veut prendre la nationalité de son mari. Il y a des règles spéciales pour le cas où le mariage serait célébré en pays étranger. Il faut donc une manifestation de volonté. Cette manifestation de volonté marque un détachement suffisant de la France puisqu'elle dit qu'elle veut devenir étrangère ; alors il faut bien rompre l'allégeance, sans quoi elle aurait deux nationalités et ce serait un résultat très mauvais : le cumul de nationalité est à proscrire. Donc, puisqu'elle a demandé à prendre la nationalité de son mari étranger, le législateur français la relève de sa nationalité française mais il faut qu'elle la demande. Si elle n'a pas fait une déclaration, elle conservera sa nationalité française. Peu importe ce que décide à ce sujet la loi du mari. Vis-à-vis de la France on n'en tient pas compte. Voici donc la place faite à l'idée d'indépendance par la loi de 1927.

Source : BIU Cujas

Voyons maintenant la place faite à l'idée d'unité de nationalité. Il y a un cas dans lequel le législateur de 1927 continuait à imposer même si elle ne la demandait pas, à la femme la nationalité de son mari ; c'était dans l'hypothèse où le ménage allait se fixer dans le pays du mari et où en outre la loi du mari donnait à la femme la nationalité de ce dernier. En pareil cas, le législateur de 1927 continuait à admettre le principe d'unité et disait à la femme : puisque vous vous expatriez, puisque vous fixez votre foyer dans le pays de votre mari, vous ne vivrez plus en France et vous n'avez pas besoin de conserver la nationalité française. Nous vous la retirons, pourvu que du moins la loi du pays dans lequel vous fixez votre foyer vous donne sa nationalité.

L'idée d'unité de nationalité était donc conservée par le législateur français dans ce cas d'un foyer fixé à l'étranger, et c'était conforme à l'idée qui était à la base de la réforme de 1927. Pourquoi, en effet, le législateur de 1927 a-t-il rompu avec l'idée d'unité de la nationalité qui était traditionnelle en France ? C'est dans un but démographique : on pensait que les Françaises épouseraient des étrangers mais continueraient à vivre en France et que, par conséquent, il n'y avait pas lieu de les dénationaliser ; on voulait au contraire que l'opération inverse s'effectuât, c'est-à-dire que le mari fût attiré vers la nationalité française mais non pas que la femme d'un foyer qui se fixait en France fût poussée vers la nationalité étrangère. Lorsque le foyer était fixé en pays étranger, cette idée cessait d'être exacte puisque l'intérêt politique, l'intérêt démographique disparaissait. Le législateur avait donc fait une sorte de combinaison entre les deux conceptions, et même entre les deux besoins.

Le régime actuel (décret-loi du 12 Novembre 1938)

Nous arrivons au régime actuel qui découle du décret-loi du 12 Novembre 1938, décret qui a pris place dans un nouvel article 8 bis. Le législateur de 1938 a tiré désormais la conclusion logique des idées nouvelles, c'est-à-dire de l'idée d'indépendance des nationalités. Il a fait disparaître cette réserve que le législateur de 1927 avait encore acceptée pour l'hypothèse d'un foyer fixé en pays étranger.

Nécessité d'une déclaration

Désormais, sous l'empire du texte actuel, la femme ne peut plus perdre sa nationalité sans avoir déclaré qu'elle le voulait. C'est donc l'idée d'indépendance totale, l'idée volontariste qui l'a emporté d'une façon absolue sans cette réserve qui existait dans la période de 1927 à 1938 ; l'idée d'indépendance a complètement remplacé l'idée d'unité.

On en a d'ailleurs donné une raison pratique et, sur ce terrain, il faut reconnaître que le système de la loi de

Source : BIU Cujas

1927 était particulièrement vicieux. En effet comment savoir à quelque temps d'un mariage, quel a été le premier domicile matrimonial des époux ? Il y avait là un grand élément d'incertitude pour savoir où les époux avaient fixé leur premier domicile et si véritablement ç'avait été un domicile, et si le pays étranger avait donné la nationalité à la femme. Cette incertitude de la nationalité faisait qu'on a voulu être en présence d'une situation plus nette et beaucoup plus objective qui n'impliquât aucune recherche : ou bien la femme a fait une déclaration, il y a un acte juridique qui demeure ; ou bien elle n'en a pas fait et dans ce cas elle a conservé sa nationalité d'origine.

Donc, le système est extrêmement net à l'heure actuelle. La Française qui épouse un étranger et qui ne fait pas cette déclaration, conserve sa nationalité.

Mais il peut arriver et il arrive la plupart du temps que la législation du mari donne à la femme sa nationalité ; la femme aura alors deux nationalités. La nationalité étrangère n'a pas grand inconvénient pour elle toutes les fois que le ménage reste en France ; puisque la famille vit d'une vie française, peu importe à la femme qu'elle ait la nationalité du pays de son mari. Elle n'a pas besoin d'exercer cette nationalité et, son mari vivant en France, il ne se produira pas de gêne dans la vie juridique du ménage. Mais si la femme va vivre dans le pays de son mari et qu'elle n'ait pas voulu prendre sa nationalité, elle s'expose certes à des inconvénients car en France, on la considère toujours comme française.

Que ce système d'indépendance corresponde à la volonté de la plupart des femmes, les chiffres le prouvent ; d'ailleurs dans la plupart des mariages mixtes qui ont lieu, le ménage reste en France. Or, en fait il n'y a guère plus de 3 à 4 % des femmes épousant des étrangers qui font ou qui ont fait une déclaration. Pour l'année 1931 531 femmes sur environ 8 à 10 000 mariages ont fait une déclaration. On peut dire que pratiquement la Française qui épouse un étranger, si elle peut prendre la nationalité de son mari ne la prend pas en fait parce qu'elle ne la réclame pas.

Point de départ de la perte de nationalité

Quel est le point de départ de la perte de la nationalité française ? Le texte ne l'a pas dit. Il y a une première date qu'il faut rejeter, c'est la date de l'option, la déclaration est faite avant la célébration du mariage et la femme ne peut pas perdre la nationalité avant d'être mariée. Cela ne peut pas être non plus la date du mariage, car on ne peut pas lui donner la nationalité étrangère si la loi étrangère ne la lui donne pas et on ne peut pas dire qu'elle perd la nationalité française à une autre date que celle où elle acquiert la nationalité étrangère. M. Niboyet croit qu'elle ne doit perdre la

Source : BIU Cujas

nationalité qu'au moment où elle acquiert la nationalité de son mari. Cela peut être au moment du mariage, mais il y a des lois étrangères qui ne la lui feront acquérir qu'au bout d'un certain temps. Elle ne perdra donc la nationalité qu'au moment où elle acquiert la nationalité de son mari et à la condition que la loi de son mari lui donne cette nationalité ; autrement elle deviendrait apatride.

Conséquences du système actuel

La plupart des femmes qui épousent un étranger conservent la nationalité française, on se trouve en présence de familles ayant deux nationalités ce qui, au point de vue juridique, est la source de beaucoup de complications. Or, il s'agit de familles vivant en France ; aussi l'opération pour être complète devrait comporter un deuxième acte qui consisterait à rétablir l'unité de nationalité temporairement rompue. Il faudrait que le mari devienne de la même nationalité que sa femme ; ce serait en effet souhaitable pour bien des raisons morales et politiques. En effet la femme est française, les enfants seront vraisemblablement français comme nés en France d'une mère née en France, mais ils auront un père étranger ; il est donc désirable que le père devienne français.

Il y a certaines législations étrangères qui décident que si un étranger épouse une nationale et que le foyer reste dans le pays de la femme, le mari devient national ou du moins c'est un droit pour lui de le devenir. Nous n'en sommes pas encore là, mais peut-être y aurait-il lieu de faire une modification de notre législation sur ce point. Tout ce qu'on a fait jusqu'ici, c'est de faciliter l'acquisition de la nationalité au mari en diminuant le stage, il n'y a qu'un stage d'un an aux termes de l'article 6, 2°. Mais dans un intérêt politique supérieur, il vaudrait mieux décider que, quand un étranger épouse une française, il a le droit de devenir français, sous réserve de garanties d'indignité, s'il en fait la demande, et on pourrait lui appliquer la procédure de la réclamation de nationalité de l'art. 3. L'inconvénient qui résulterait de ce système serait moindre que le système contraire avec un ménage dans lequel il y a deux nationalités pendant un nombre d'années plus ou moins grand.

Telles sont les diverses hypothèses de perte de nationalité en vue d'éviter la double nationalité.

Source : BIU Cujas

Section II

Perte de nationalité à titre de peine comme sanction d'une faute

L'idée de base

L'idée ici est toute différente de celle que nous avons rencontrée jusqu'ici et à laquelle n'est attachée aucun caractère péjoratif ; ici nous allons être en présence d'une déchéance, il s'agit de sanctionner la faute que l'on reproche au national. C'est l'indignité admise ou supposée de l'individu qui sera la base de la déchéance de la nationalité.

Evolution de la législation

Sur ce point notre législation a beaucoup évolué. Sous l'empire du Code civil de 1804 dans l'art. 17, il y avait bien deux cas de perte de la nationalité à titre de peine, mais ces cas s'appliquaient très rarement. Ils avaient même été détournés de leur but, car certains Français trouvaient moyen de s'en servir pour se relever de la nationalité française quand ils le voulaient ; ils jouaient donc pratiquement dans l'intérêt de l'individu beaucoup plus que contre lui.

C'est depuis la guerre de 1914 que l'évolution a commencé. Déjà pendant cette guerre une première loi est intervenue qui a frappé certains Français de déchéance de la nationalité, puis la loi de 1927 a repris ces cas et une législation toute récente n'a fait que les accroître.

Les sources actuelles

Les sources sont nombreuses : ce sont deux textes de notre loi, les art. 9 et 10 et de nombreux textes en dehors de la loi pris depuis 1939 et 1940, un ensemble constituant une législation copieuse d'une part, mais touffue de l'autre.

Division

Il faut distinguer à cet égard la législation normale, celle de droit commun qui s'applique en temps de paix, et la législation exceptionnelle se rattachant à la période de guerre. Nous ne traiterons, faute de temps, que la première.

On peut grouper les divers cas de perte de la nationalité française d'après la législation normale, en deux compartiments : certaines déchéances frappent tous les Français ; d'autres déchéances ne frappent que certains Français.

Source : BIU Cujas

§ I - Déchéances qui sont applicables à tous les Français.

Deux cas

Il y a deux cas : l'exercice actif d'une nationalité étrangère ; la conservation coupable d'un emploi dans un service public.

A - Exercice actif d'une nationalité étrangère

Ce cas se trouve dans l'art. 9,6° ; il est nouveau et remonte au décret-loi du I2 Novembre I938. Il ne se confond pas avec le cas que nous avons déjà examiné précédemment de l'art. 9, 3° du Français qui peut être autorisé à conserver une nationalité étrangère, c'est-à-dire à rompre son allégeance. Il s'agit ici d'une véritable peine qui va sanctionner certains faits.

Les conditions d'application

Quelles sont les conditions de cette perte de nationalité ? Il faut tout d'abord posséder une nationalité étrangère, peu importe la raison pour laquelle on la possède, car il ne s'agit pas de créer un apatride. La deuxième condition c'est qu'ayant deux nationalités dont l'une est la nationalité française, l'individu se comporte en fait comme le national de l'Etat étranger. Evidemment, il est difficile d'exercer activement deux nationalités, il faut opter dans la vie courante ; on recherchera donc quelle est la nationalité qu'exerce pratiquement l'intéressé ; si cette nationalité est la nationalité étrangère, à titre de sanction il perdra la nationalité française : "Le Français qui, possédant la nationalité d'un pays étranger dont il se comporte en fait comme le national, est déclaré avoir perdu la nationalité française..."

Qu'est-ce que se comporter en fait comme le national d'un pays étranger ? C'est utiliser cette nationalité dans les circonstances diverses de l'existence, c'est invoquer cette nationalité et non pas la nôtre. On considère que si cet individu invoque sa nationalité étrangère et non pas la nôtre il peut être inopportun, pour des raisons politiques, de lui laisser la nationalité française. Par exemple un individu sert dans une armée étrangère, ou utilise un passeport délivré par le pays étranger dont il a la nationalité ; ou bien il sert en fait les intérêts de ce pays ; il y a là ce qu'on appelle la nationalité active. C'est d'ailleurs quelque chose d'assez vague et de flou et, dans bien des hypothèses, susceptible de donner lieu à des difficultés.

L'idée qui est à la base de ce texte est l'incompatibilité de certaines attitudes avec la qualité de Français ; on ne sait pas très bien pourquoi ce texte a été pris. Il est sorti d'un décret-loi sans intérêt du I2 Novembre I938 fruit

Source : BIU Cujas

de l'imagination des bureaux, mais il semble que ce cas n'ait jamais été demandé par personne.

Procédure de déchéance

Quelle sera la procédure de déchéance de la nationalité française ? La déchéance n'est pas automatique, heureusement, car ce serait trop vague. Il faudra un acte du gouvernement français et il y aura là une appréciation à faire. Il ne suffira pas que l'individu ait utilisé activement la nationalité étrangère, il faudra un acte du pouvoir discrétionnaire du gouvernement français et celui-ci peut très bien ne pas admettre que l'attitude de l'individu suffise pour rompre l'allégeance.

Il y a des garanties pour l'intéressé : le décret sera pris après avis conforme du Conseil d'Etat ; l'intervention du Conseil d'Etat donne des garanties suffisantes. On ne sait d'ailleurs pas si ce texte a jamais jusqu'ici été appliqué une seule fois.

Effets

Quant aux effets, l'individu perd la nationalité à la date du décret qui le frappe de la déchéance de la nationalité française et, chose nouvelle et grave, pour la première fois le décret-loi du 12 Novembre 1938 a admis qu'une déchéance de nationalité pouvait être étendue à la famille alors que, jusque là c'était une mesure individuelle. Le décret de retrait de la nationalité française peut décider que la femme et les enfants mineurs de l'intéressé seront frappés de la même peine. C'est d'autant plus grave que la femme peut être française d'origine ; elle sera frappée comme son mari, le cas échéant, et il faut penser que la mesure interviendra dans le cas où l'on considèrera qu'il est inopportun, si le ménage vit dans un pays étranger et se comporte activement comme ressortissant de ce pays étranger, de laisser à la femme un statut différent de celui du mari.

B - Le deuxième cas de déchéance de la nationalité française applicable à tous les Français est l'emploi coupable dans un service public étranger. Il est formulé par l'article 9, 5° de la loi du 10 Août 1927. Ce cas se trouvait déjà dans le Code civil de 1804, mais en réalité, il y avait deux cas dans l'ancien art. 17, d'une part l'exercice de fonctions publiques dans un pays étranger, et ce cas s'appliquait assez rarement - et, en second lieu l'acceptation de service militaire dans un pays étranger (art. 17 4°) sans autorisation du gouvernement, ce qui était considéré comme particulièrement grave.

Comme il a déjà été remarqué plus haut, ce cas d'acceptation du service militaire était un procédé indirect dont se servaient certains français pour rompre leur allégeance avec la France. Ils s'engageaient dans une armée étrangère et y effectuaient une courte période, souvent en Belgique, et ensui-

Source : BIU Cujas

te ils invoquaient l'art. 7, 4° en disant : nous avons perdu la nationalité française. On s'est aperçu que ce texte avait perdu sa signification pénale et qu'on le détournait de son but en vue d'une libération de notre allégeance. Aussi, le législateur a-t-il abrogé ce cas spécial et fondu entre eux les deux cas anciens dans le texte actuel : "Le Français qui, remplissant à l'étranger un emploi dans un service public, le conserve nonobstant un délai déterminé qui lui aura été fixé par le gouvernement français".

Conditions

Quelles sont les conditions de perte de la nationalité française ? D'abord l'emploi dans un service public ; en second lieu la volonté d'accepter la fonction qui en résulte ; et en troisième lieu, une faute.

Le service public

D'abord un service public. A cet égard la loi de 1927 va beaucoup plus loin que ne le faisait le Code. En effet, l'ancien article 17 disposait : "le Français qui, ayant accepté des fonctions publiques ..." Or, l'article 9 actuel de notre loi dit : "le Français qui remplit un emploi dans un service public..." Tout le monde connait la différence qui existe entre fonctionpublique et service public. Le service public est une notion infiniment plus large que la fonction publique. Toute personne employée dans un service public n'est pas un fonctionnaire public ; l'employé du métropolitain est employé dans un service public, il n'est pas un fonctionnaire public. La loi de 1927 a donc élargi la possibilité de déchéance de la nationalité : il faut, mais il suffit, d'un emploi dans un service public

Comment définir le service public ? La notion de service public n'est pas nécessairement la même en France et dans le pays étranger mais, s'agissant d'un texte français de la nationalité française et de sa déchéance, l'emploi du mot service public dans la loi française ne peut être défini que par la loi française elle-même. Donc, quand l'article 9 nous dit : emploi dans un service public, il faut prendre le mot "service public" au sens qu'il a en France dans notre Droit administratif. Ce terme est donc très large et évitera beaucoup de discussions qui avaient eu lieu autrefois pour savoir ce que c'étaient que les fonctions publiques. La question s'était posée en effet, pour un cardinal de Curie, pour un dentiste du Tsar pour un chef d'orchestre en Belgique, etc.... Aujourd'hui, avec la notion d'emploi dans un service public la question pourra être résolue plus aisément.

Emploi sollicité ou accepté

Deuxième condition : il faut en emploi sollicité ou accepté. Les deux mots ne sont pas synonymes, mais l'idée qui est sous ces deux termes est la même : il faut un emploi volontaire. S'il s'agit d'un emploi imposé on ne peut pas le reprocher au Français ; s'il ne l'a pas solli-

Source : BIU Cujas

cité, si on le lui a imposé, qu'il soit fonctionnaire public ou qu'il exerce un simple emploi dans un service public, il ne peut encourir la déchéance. Pratiquement, cette réserve viserait le cas qui correspondrait à ce que nous appelons en France le requis : l'individu qui est requis pour un emploi dans un service public n'en a aucune responsabilité, puisqu'il n'a pas sollicité cet emploi, et qu'il ne peut pas non plus le refuser.

Nécessité d'une faute

Troisième condition : il faut une faute. En effet, quel est le caractère de cette perte de nationalité ? C'est une déchéance, on veut sanctionner l'attitude coupable du Français. La loi ne se contente pas de l'emploi volontaire dans un service public. La raison en est d'abord que ce serait profondément inopportun ; il est désirable que des Français qui sont à l'étranger acceptent ou sollicitent parfois certains emplois dans les services publics. Il y a là pour l'influence des idées françaises un terrain particulièrement bien préparé et chaque Etat cherche à ce que ses nationaux soient employés dans un certain nombre d'emplois dans les pays étrangers. De tout temps la France a envoyé à l'étranger diverses missions qui étaient justement des missions pour des services publics : de très nombreux ingénieurs français étaient envoyés à l'étranger pour des travaux importants, chemins de fers, construction de ports, des professeurs, des missions d'instruction militaire, etc. ... Il serait contraire à notre intérêt national à tous égards de le leur interdire et cela n'a jamais été la politique de la France.

Seulement il y a certains emplois dans un service public qu'il peut être dangereux de laisser accepter ou conserver par un Français et qui peuvent être considérés comme peu compatibles avec sa qualité. Il y a une question d'appréciation et le gouvernement peut dire : j'estime que tel emploi est incompatible avec la qualité de Français ; par exemple un Français qui aurait accepté de représenter un pays étranger comme attaché diplomatique ou comme consul. Le cas est tout différent de celui du Français qui va à l'étranger comme ingénieur pour établir une ligne de chemin de fer ou construire un port. C'est le gouvernement qui appréciera et, s'il estime qu'un Français qui a un emploi dans un service public à l'étranger doit le résigner, il lui fera, s'il l'estime opportun, dit l'art. 9 une injonction d'avoir à résigner son emploi, et le texte est même assez libéral puisqu'il ajoute : "dans un certain délai" On peut même, s'il n'y a pas urgence absolue, lui permettre de terminer un contrat passé avec un pays étranger.

Où est alors la faute ? La faute n'est pas dans l'emploi, la faute est dans le refus d'obtempérer à l'injonction du gouvernement Si malgré l'injonction du gouvernement

Source : BIU Cujas

En quoi consiste la faute ?

français l'intéressé conserve au-delà du délai, sauf cas de force majeure, l'emploi dans le service public étranger, alors il comment une faute.

Tout est d'ailleurs très vague ici pour savoir comment se fera cette injonction, quelle sera l'autorité qui la fera, en quelle forme elle la fera. En fait, les injonctions ne sont pas très fréquentes, probablement parce que les Français qui à l'étranger, prennent des fonctions peu compatibles avec leur qualité sont rares. En général, par conséquent, il y a peu de cas de ce genre. Quoiqu'il en soit, il semble que l'injonction ne puisse résulter que d'un ordre qui sera transmis par le ministre des Affaires étrangères et par le représentant français dans le pays étranger à l'intéressé et qui lui notifiera qu'il doit, dans un délai fixé, résigner son emploi.

En tout cas cette injonction n'a pas à être publiée au J.O., à être prise dans la forme d'un arrêté ou d'un décret, c'est une question purement libre et qui n'est pas règlementée.

La déchéance est automatique

Comment va alors s'effectuer la perte de nationalité ? Si le Français ne résigne pas son emploi dans le service public dans le délai qui lui a été imparti, il perd la nationalité française sans aucune procédure. Il n'y a pas de décret, d'avis conforme du Conseil d'Etat. Il y a automatisme et c'est le système que l'article 17 du Code avait déjà adopté. Il suffit donc que l'individu se soit trouvé dans les conditions de la loi, qu'il ait commis la faute que nous avons analysée ; ipso facto à ce moment-là, il a cessé d'être Français.

Appréciation du système

Or, c'est un système très mauvais. Heureusement, les cas d'application sont rares car, s'ils étaient fréquents on serait forcé de le réformer et l'on s'étonne que le législateur qui est intervenu si souvent dans notre matière n'ait pas écouté les doléances de la doctrine sur ce point. En effet, il n'y a aucune trace juridique de cette perte de la nationalité française ; or la question peut se poser très longtemps après ; de nombreuses années plus tard on aura besoin de savoir si l'individu est ou non français, car l'individu lui-même pourra soutenir qu'il n'est plus français si on veut l'astreindre à certaines obligations ou, au contraire, la France lui dira : vous n'êtes plus français, je vous raye des listes électorales, par exemple. Et il faudra longtemps après rechercher si véritablement l'individu a rempli les conditions de cette faute, ce qui est extrêmement incertain.

Donc sur ce point notre législation serait à réformer pour qu'il y ait une procédure de déchéance, et cela d'au-

Source : BIU Cujas

tant plus que par une sorte d'inconséquence l'art 9 5° a décidé que la déchéance peut être étendue à la femme et aux enfants mineurs par un décret. Ainsi donc l'individu est déchu automatiquement, sans procédure mais sa famille pourra être déchue à la suite d'un décret. Il y a là un système qui n'est pas très cohérent ; il faudrait dire que la déchéance sera édictée sur un décret après avis conforme du Conseil d'Etat ; on aurait un système clair, net et un acte juridique qui échapperait à toute discussion.

§ 2 - Déchéance de la nationalité française qui ne frappe que certains Français.

Origine de ce cas

Ce cas n'est pas très ancien ; il remonte à la loi de 1927. Les auteurs de cette loi ont voulu frapper de la peine possible, éventuelle, de la déchéance de la nationalité française non pas tous les Français mais certains Français récents et devenus français sur leur demande. On a craint certaines actions subversives de leur part, et l'on a voulu être armé contre ces individus. Au fond, ce n'est que la reprise et la généralisation en temps de paix d'un système qui avait été adopté pour la première fois durant la guerre de 1914-1918 par la loi de 1917 qui était une loi temporaire ; c'est ce système qui a été conservé, repris et intégré dans la loi de 1927.

Appréciation du système

Ce système qui subsiste manque un peu d'élégance ; il ne devrait pas y avoir d'obligations limitées à certains français. Si elles sont une preuve d'un loyalisme minimum, elles devraient frapper tous les Français, il n'est pas très élégant qu'elles ne frappent que certaines catégories de Français. En tout cas, c'est le texte formel de l'art. 9 et de l'art. 10 de notre loi.

La loi de 1927 limitait cette discrimination à un délai de 10 ans à dater de la francisation, mais depuis lors on a supprimé tout délai. Elle frappe donc les intéressés toute leur vie.

Les individus visés

Quels sont les individus visés ? Ce sont tous ceux qui sont devenus français sur demande ; pratiquement ce sont : les individus de l'art. 3, les individus de l'art. 4 les femmes mariées qui ont épousé un français et qui en vertu de l'art 8 ont demandé à devenir françaises les naturalisés (individus de l'art. 6) et enfin les personnes réintégrées sur demande individus de l'art. 11 et de l'art 14 a.

Cette cause spéciale de déchéance ne frappe donc pas les Français d'origine ; elle ne vise que ceux qui sont devenus français sur leur demande.

Source : BIU Cujas

Les causes de déchéance

Quelles sont alors les causes de perte de la nationalité française ? Elles sont énumérées par l'art 10 Il y a quatre hypothèses (lire le texte). La plus grave est la quatrième ajoutée par le décret-loi de 1938, c'est le cas de l'individu qui a commis un crime ou un délit ayant entraîné une condamnation à une peine d'au moins une année d'emprisonnement. Il est considéré comme indésirable et, comme cet individu était devenu français sur demande, il pourra être déchu de la nationalité française.

La perte de la nationalité française n'est jamais une obligation c'est une possibilité offerte aux pouvoirs publics qui statueront.

La procédure

Ici la procédure a souvent varié ; ce fut d'abord une loi de 1915 qui en chargeait le Conseil d'Etat, puis une loi de 1927 et celle de 1927 en ont chargé les tribunaux judiciaires et on est revenu en 1938 à la procédure du Conseil d'Etat. Il faut un décret rendu sur avis conforme du Conseil d'Etat, qui appréciera les faits et prononcera, s'il y a lieu, la déchéance de la nationalité

Point de départ de la déchéance

Quel sera le point de départ de la perte de la nationalité ? Le texte n'en ayant rien dit, il faut appliquer le droit commun . Ce sera par conséquent la publication du décret de déchéance au J.O. qui marquera la date de perte de la nationalité, sans aucune rétroactivité.

Cette mesure qui frappe donc l'intéressé peut être étendue à la femme et aux enfants mineurs par un décret pris sur avis conforme du Conseil d'Etat.

Le nombre de déchéances de nationalité opérées en vertu de ce texte de la loi de 1927 n'est pas bien grand Entre 1927 et 1939 on peut à peine citer quelques dizaines de cas. Pour la période postérieure, on se trouve en présence de la législation spéciale temporaire de guerre qui offre des facilités beaucoup plus grandes que la législation de droit commun, de sorte que l'on ne recourt pas actuellement à la législation normale

La législation de guerre

En ce qui concerne la législation de guerre, extrêmement complexe et touffue, il suffira d'énumérer des lois qui la règlementent actuellement : d'abord la loi du 18 Juin 1917 faite pour le temps de guerre ; un décret-loi du 9 Septembre 1939 ; plusieurs lois de 1940, (22 Juillet 23 Juillet, 10 Septembre modifiée par une loi du 17 Octobre 1942) une loi du 13 Septembre 1940, une loi du 28 Février 1941, et une loi du 8 Mars 1941.

Reproduction interdite

Source : BIU Cujas

Chapitre II

REINTEGRATION DANS LA NATIONALITE FRANCAISE

Définition

C'est la récupération de la nationalité française par un ancien français De même qu'il ne faut employer le mot de naturalisation que pour certaines catégories d'individus, de même il ne faut employer le terme de réintégration que pour les individus qui ont été français et qui vont pouvoir le redevenir. Quiconque n'a jamais été français ne peut pas être un réintégré

L'idée de base

L'idée qui est à la base de la réintégration que presque toutes les législations admettent est que toutes les causes de perte de la nationalité ne frappent pas des individus nécessairement indésirables Il y a tout au moins une série de causes qui ne reposent par sur une idée de déchéance sur une idée de faute sur une idée de peine. C'est d'abord le cas des femmes mariées qui ont perdu la nationalité par leur mariage, on n'a aucune raison de leur refuser le cas échéant la réintégration C'est aussi le cas des individus qui ont été dénationalisés par un traité de cession de territoire, il n'y a aucune raison péjorative contre eux pour leur refuser de reprendre leur ancienne nationalité Parmi ceux là même qui ont perdu la nationalité française sur demande le législateur peut, de temps à autre faire un geste de clémence; il peut y avoir des individus qu'il jugera opportun de relever de la déchéance de la nationalité En réalité extrêmement peu d'individus sollicitent cette mesure

Résultats pratiques de la réintégration

Pratiquement, les seuls réintégrés sont, d'après les statistiques, et ont toujours été, sauf dans des hypothèses temporaires, les femmes mariées, qui, ayant perdu par suite de leur mariage la nationalité française demandent à redevenir françaises, généralement lorsque leur union est dissoute pour une cause ou pour une autre, ou que, sans être dissoute elles vivent séparées de leur mari

Division

Il y a deux sortes de réintégration : une réintégration de faveur, privilégiée pour certaines femmes mariées, et il y a la réintégration de droit commun qui joue pour tout le monde, les femmes comme les hommes La différence entre ces deux réintégrations est que la

Source : BIU Cujas

première est un droit tandis que la deuxième est une faveur.

Examinons d'abord la réintégration privilégiée qui est un droit, et ensuite la réintégration de droit commun qui n'est qu'une faveur.

Section I

Réintégration privilégiée

Historique

Elle n'existe que pour les femmes mariées et pour certaines femmes mariées. La question est actuellement règlementée depuis un décret-loi du 18 Octobre 1939, par l'art. 14 a de notre loi. On a voulu permettre à un certain nombre de femmes mariées auxquelles la nationalité étrangère a été imposée, qui n'ont pas sollicité de devenir étrangères, de redevenir françaises dans certaines circonstances. C'est parfaitement logique puisque désormais la française qui épouse un étranger peut rester française il est normal que des françaises qui étaient devenues étrangères sans leur volonté, avant cette réforme qui ne remonte qu'à 1938, puissent récupérer leur nationalité.

Quelles sont alors les personnes visées ?

Les personnes visées

Ce ne sont pas toutes les femmes mariées. Il faut d'abord être française de naissance, le texte le dit. En second lieu, il n'y a que deux catégories de femmes dénationalisées qui peuvent bénéficier de cette réintégration privilégiée : ce sont tout d'abord celles qui s'étaient mariées avant la loi de 1927, sous l'empire de l'ancien art. 19 du Code civil, à l'époque où régnait l'idée d'unité de nationalité. Jusqu'en 1927, la Française qui épousait un étranger prenait nécessairement la nationalité de son mari.

La deuxième catégorie comprend certaines femmes, en nombre beaucoup moindre, qui se sont mariées de 1927 à 1938. On sait qu'entre 1927 et 1938, il n'y avait qu'une hypothèse dans laquelle la femme perdait obligatoirement sa nationalité, c'est lorsque le pays dans lequel le ménage se fixait était un pays étranger.

Ce sont les seules femmes qui peuvent bénéficier de la réintégration privilégiée, c'est-à-dire celles qui ont été dénationalisées sous l'empire de l'art. 19 et celles qui ont été dénationalisées entre 1927 et 1938, les unes et les autres sans leur volonté. Ne peuvent donc pas invoquer cette réintégration privilégiée toutes les femmes mariées qui sont devenues étrangères à la suite d'un acte volontaire de leur part, c'est-à-dire celles qui depuis 1927 ont déclaré avant

Source : BIU Cujas

leur mariage vouloir prendre la nationalité du mari. Comme elles ont voulu la nationalité de leur mari, on ne les fait pas bénéficier de la réintégration privilégiée. Cette réintégration privilégiée est un cas temporaire, puisqu'elle ne vise que les femmes mariées les unes avant 1927, les autres entre 1927 et 1938, qui est voué à l'extinction à mesure que ces femmes disparaîtront puisque, depuis 1938, aucune française ne peut plus perdre sa nationalité sans le vouloir.

Encore faut-il une certaine situation conjugale : cette situation conjugale, d'après l'art. 14, a, est d'être ou bien veuve, - et l'on comprend très bien que la veuve veuille revenir dans son pays d'origine et reprendre la nationalité française, - ou divorcée, ou, bien que le mariage ne soit pas dissous, séparée de corps. Ne peuvent donc bénéficier de cette réintégration privilégiée les femmes, quelque intéressante que soit leur situation, séparées de fait ou, notamment celles abandonnées de leur mari. A plus forte raison, si une femme vit avec son mari, ne pourra-t-elle pas solliciter cette réintégration privilégiée.

Procédure : la réclamation

Quelle est la procédure ? La réintégration loi, c'est cela qui est intéressant et important, est un droit ; ce n'est pas du tout une faveur individuelle. C'est un droit pour l'intéressée du moment qu'elle remplit les conditions légales, sauf indignité, de redevenir française. Aussi la procédure est-elle celle de l'art. 3 de notre loi, c'est-à-dire une réclamation devant le juge de paix. Cette demande peut être rejetée simplement après avis du Conseil d'Etat si l'intéressée est indigne, mais sous cette réserve, la réintégration est un droit.

e délai de trois ans

Il y a un délai : il faut que la réclamation soit faite dans les trois ans du décès du mari, du divorce ou de la séparation de corps. Pour les femmes qui se trouvaient dans cette situation lorsque le décret-loi est intervenu, on leur a laissé trois ans à partir de ce décret.

int de départ de la intégration

Le point de départ de l'acquisition de la nationalité française c'est, conformément au droit commun des individus de l'art. 3, la date de la réclamation faite devant le juge de paix. Les intéressées prennent la nationalité à ce moment pour l'avenir ; il n'y a aucune rétroactivité, par conséquent elles seront restées étrangères dans le passé.

Quelle est la nature du titre de ces intéressées? Ce ne sont pas des naturalisées, ce sont des françaises réintégrées sur demande. Quant aux enfants mineurs, l'art. 14, pour éviter toute controverse, a dit expressément (art. 14, a, in fine) que la mesure ne s'étendrait pas aux enfants même mineurs.

Telle est la réintégration privilégiée qui ne joue que pour certaines catégories de femmes mariées.

Source : BIU Cujas

Section II

Réintégration de droit commun

Domaine d'application

Elle est déterminée par l'article II de notre loi; elle est applicable d'abord aux hommes et aussi à toutes les femmes mariées qui ne peuvent bénéficier de la réintégration de faveur ou qui sont forcloses, ayant laissé passé le délai pour réclamer cette réintégration.

Procédure de la naturalisation

Cette réintégration de droit commun est calquée, à peu près complètement, sauf sur un point, sur la naturalisation : c'est une faveur que l'on sollicite et que l'on peut accorder ou refuser ad libitum. La seule différence, c'est qu'il n'y a pas de stage : il faut, mais il suffit, de venir se fixer en France et on peut immédiatement solliciter cette réintégration. Si elle est accordée, il sera statuée par voie de décret ; il n'y a qu'à appliquer purement et simplement les règles de la naturalisation.

Il y a extrêmement peu d'hommes qui sollicitent cette réintégration même de droit commun, de tout temps ce furent des femmes. En 1939, sur 4.501 décrets de réintégration, il n'y a eu que 26 hommes ; et en 1938 sur 2.427 décrets, 30 hommes. On peut donc dire que pratiquement en France la réintégration, aussi bien privilégiée que de droit commun, est une réintégration qui ne joue que pour les personnes qui ont évidemment des raisons spéciales de la réclamer : ce sont les femmes qui ont perdu leur nationalité par leur mariage.

Source : BIU Cujas

Titre II

LE DOMICILE INTERNATIONAL

Définition

Nous allons aborder maintenant le deuxième élément de rattachement de l'individu à un pays, le domicile international. Nous avons déjà dit précédemment pourquoi nous lui donnions ce qualificatif, c'est pour l'opposer au domicile du droit civil, au domicile interne.

Définition du domicile : c'est le lien juridique qui relie un individu à une circonscription locale déterminée.

Nationalité et domicile

Il diffère de la nationalité, qui est un lien spirituel entre un individu et un Etat, tandis qu'il est un lien dans lequel il entre un élément matériel. C'est un lien avec un certain lieu, avec une certaine circonscription territoriale. Dans le domicile entre comme élément non pas nécessairement, mais traditionnellement l'habitation, domicile venant de domus, mais ce n'est pas une nécessité, tel est le cas pour le mineur.

Le domicile est un des deux éléments de fixation internationale des individus et le grand jurisconsulte romaniste Savigny a très bien montré comment l'individu avait deux tenants dans la vie internationale, qui sont le lien politique nationalité et le lien juridique du domicile. Ainsi dit-il "chaque individu, en ce qui concerne les rapports de droit public, se trouve placé dans une double dépendance : d'abord envers l'Etat dont il est le citoyen et le sujet, puis envers une circonscription locale plus restreinte - municipalité chez les Romains - qui forme une des parties organiques de l'Etat".

Donc le rattachement complet de l'individu dans les rapports internationaux implique deux éléments, mais ces deux éléments n'existent pas toujours. Nous savons qu'il y a des individus sans nationalité, des apatrides et qui, à l'époque moderne, sont plus nombreux que jamais. Or, s'il peut y avoir des individus apatrides, il ne devrait pas y avoir d'individus adomides, c'est-à-dire n'ayant pas de domicile. On peut concevoir à la rigueur un individu n'appartenant à aucun pays si

Source : BIU Cujas

aucun pays ne lui a donné sa nationalité mais l'individu est forcé de vivre dans un certain pays et il apparait plus choquant qu'il n'ait pas de domicile. Cependant, il y a des individus qui n'ont pas de domicile bien qu'ils possèdent une nationalité et il peut aussi s'en trouver qui n'aient ni domicile, ni nationalité - ce sont là certaines anomalies de la vie internationale. Mais il faut le répéter, le nombre des individus sans domicile est infiniment moins grand que celui des individus apatrides.

Intérêts pratiques du domicile

Quels sont les intérêts de la notion de domicile dans les rapports internationaux ? En voici quelques applications pratiques.

Tout d'abord dans un certain nombre de pays on soumet l'état et la capacité des individus à la loi du pays dans lequel ils sont domiciliés. Ce régime n'est plus celui de la France, mais il l'a été jusqu'au Code et il est encore celui de nombreux pays à l'heure actuelle. Donc il est très important de savoir où est le domicile d'un individu puisque c'est ce domicile qui va fixer le pays dont la loi régira son état et sa capacité.

En France, c'est la loi du domicile du défunt qui règlemente sa succession mobilière : toutes les fois que quelqu'un décède domicilié en France, la loi française régira sa succession mobilière ; d'où un grand intérêt pratique de savoir où et à quelles conditions un individu a son domicile en France ou à l'étranger.

Le domicile joue encore un rôle dans les rapports internationaux pour la compétence des tribunaux par application de la maxime "actor sequitur forum rei".

C'est aussi au lieu du domicile que s'ouvrira la tutelle d'un individu : supposons un enfant mineur étranger ; s'il a son domicile en France c'est à ce lieu même que sa tutelle doit s'ouvrir.

On admet encore que les règles de la cession de créance sont soumises à la loi du domicile du débiteur d'où la nécessité de savoir où ce débiteur possède son domicile.

Enfin il faut rappeler - ce sont des choses que nous avons déjà rencontrées à maintes reprises - que plus d'un texte de la matière de la nationalité subordonne l'obtention de la nationalité à la condition d'un domicile en France, notamment pour les individus de l'art. 3, 4, 6, 5. II de la loi sur la nationalité.

Carence des textes sur le domicile international

Comment règlementer cette question du domicile qui représente un si grand intérêt pratique ? Si nous nous tournons du côté des textes nous constatons une

Source : BIU Cujas

carence à peu près complète ; il y a de rares dispositions mais dans l'ensemble la plupart des points n'ont pas été règlementés Il y a des textes dans le Code civil sur le domicile, mais ils sont écrits pour le droit interne et non pas pour les rapports internationaux. Il y avait bien un article I3 dont nous aurons l'occasion de reparler mais ce texte est maintenant abrogé. Nous possèdons, depuis le décret-loi du I2 Novembre I938, des dispositions qui ont, d'ailleurs, beaucoup plus embrouillé que clarifié le problème , il faut aussi signaler un autre décret-loi du I2 Novembre I938 sur la batellerie qui pour un cas spécial, a édicté une règlementation. Et enfin, la réforme récente de l'art. I05, modifié en I94I et I943 par des textes dont il nous faudra également reparler.

Bref, sur le terrain des textes il n'y a à peu près aucune solution.

Silence de la doctrine

La doctrine de son côté n'apporte pas beaucoup d'éclaircissements ; c'est une matière dont elle s'est fort peu occupée. Tandis que sur la nationalité, les travaux consacrés à la question ont été nombreux, le domicile n'a à peu près retenu l'attention d'aucun auteur ou en tout cas de très peu d'auteurs, de sorte que la question reste encore incertaine dans beaucoup de ses dispositions.

Peu de jurisprudence

On se tourne alors vers la pratique pour savoir si, à défaut de textes il y a au moins une coutume. Il a déjà été remarqué qu'en Droit international privé ou bien certaines matières étaient règlementées par des textes comme la nationalité, ou au contraire, d'autres n'avaient pas de textes mais avaient une coutume. Pour le domicile, sur beaucoup de points il n'y a ni textes ni coutume ; la jurisprudence est rare et ne donne pas de ces solutions de principe qui permettent de statuer dans les cas dans lesquels il n'est jusqu'ici intervenu aucune solution.

La méthode à suivre

Quelle est la méthode qu'il faut suivre pour traiter cette question du domicile ? Le domicile qui est un élément de rattachement international de l'individu ne doit pas être confondu avec la nationalité ; ils ont certes des points communs, ce sont des éléments de rattachement international mais avec des fonctions variées. La nationalité et le domicile sont différents certes, mais cependant on peut définir le domicile, on l'a vu, comme étant plutôt une vice-nationalité, il semble que la matière doive être traitée à la lumière de la même méthode.

Le domicile est un concept de droit public comme la matière de la nationalité ; c'est en second lieu un rattachement de l'individu dans l'espace, c'est un rattachement à un Etat, ce n'est pas un rattachement immédiat comme la nationalité , mais un rattachement médiat par la voie d'un certain lieu;

Source : BIU Cujas

l'individu domicilié en France est tout de même rattaché à la France.

Le troisième trait commun avec la matière de la nationalité est celui-ci : il y a un élément politique à la base de l'obtention ou non du domicile : ce sont dans les rapports internationaux des raisons politiques qui conduisent le législateur ou la pratique à accorder ou refuser le domicile à l'étranger.

Les desiderata théoriques

Etant donné ces traits que l'on rencontre à la fois dans le domicile et dans la nationalité, on devra donc décider, de même que pour la nationalité, que tout individu devrait avoir autant que possible un domicile de même que tout individu devrait avoir autant que possible une nationalité ; par conséquent, il ne devrait pas y avoir d'individus sans domicile. D'autre part, de même qu'aucun individu ne devrait posséder plusieurs nationalités, de même aucun individu ne devrait posséder plusieurs domiciles.

Ici cependant le problème se complique encore du fait que dans certains pays - ce n'est pas le cas de la France - on ne suit pas l'idée de l'unité du domicile. En France, un individu ne peut avoir qu'un domicile ; or, il y a des législations qui ne reposent pas sur cette idée de l'unité de domicile ; elles pourront donner deux domiciles à un individu, ce qui aura des conséquences pour la vie internationale.

Critère de détermination du domicile international

Mais par quel critère déterminer ce domicile dans un pays plutôt que dans un autre ? Ici, il faut partir comme pour la nationalité, de l'idée de base de l'indépendance des Etats que nous avions déjà rencontrée d'un bout à l'autre de l'étude de la matière de la nationalité, et aussi faire cette constatation de l'opposition très fréquente de leurs intérêts dans cette matière. Si l'on combine entre elles ces deux idées de l'indépendance des Etats et de l'opposition de leurs intérêts, la conclusion à laquelle nous aboutissons nécessairement, comme pour la nationalité, c'est que chaque Etat peut et doit déterminer le domicile sur son territoire mais que, d'autre part, il ne peut pas, il ne doit pas statuer sur le domicile qui n'est pas chez lui. C'est absolument comme pour la nationalité, où chaque Etat statue pour sa nationalité, parce qu'il y a là un intérêt politique pour lui, parce qu'il est souverain et indépendant ; il n'a pas à se préoccuper des conséquences vis-à-vis des autres Etats, mais inversement, il n'a pas à statuer sur le domicile dans un autre Etat que le sien pas plus qu'il ne statue sur la nationalité à l'étranger.

Source : BIU Cujas

Position de la jurisprudence

Quelle est la position de la jurisprudence ? Elle est incertaine. Dans la mesure où l'on peut penser qu'elle a pris position, notre jurisprudence s'éloigne de la conception que nous venons d'exposer. Selon la jurisprudence, le domicile serait toutes les fois qu'un tribunal français doit le décider nécessairement régi par la loi française, c'est-à-dire par la loi du pays dans lequel le procès se déroule : ce que l'on exprime encore en disant que le domicile serait soumis à la lex fori à la loi du tribunal saisi. La conséquence est que nos tribunaux appliqueront la loi française sur les deux tableaux, à la fois pour déterminer un domicile en France et en pays étranger, à la différence de ce que nous avons vu en matière de nationalité. Lorsqu'un juge français est saisi de la question de savoir où un individu a son domicile, il appliqua la loi française et s'en servit aussi bien pour déterminer un domicile en France que pour déterminer un domicile dans tel ou tel pays. C'est ce qui résulte d'un arrêt de la Cour de cassation, du 2I-6-I875 au sujet du domicile d'une Française qui se trouvait à Rome. La Cour a appliqué purement et simplement les règles du Code civil français ; elle a donc soumis au droit français un domicile situé en pays étranger.

Dans un autre arrêt de I875 à propos d'un Bavarois qui était venu en France dans sa toute jeunesse, la Cour de cassation a décidé qu'il avait conservé son domicile dans son pays d'origine, appliquant encore semble-t-il - c'est moins certain - les règles du droit français.

Critique de la jurisprudence

Or, cette position qui paraît résulter des arrêts de la jurisprudence n'est pas défendable parce que le domicile est un concept politique et de droit public. On a oublié que si le domicile était règlementé dans le Code civil, cela ne l'empêchait pas d'être un concept de droit public. Il l'est indiscutablement pour les rapports internationaux et nous sommes même allés plus loin en disant qu'il l'est même pour les rapports internes. Du fait qu'il est dans le Code civil on s'est laissé entraîner par cette idée d'y voir une institution du pur droit civil au lieu de se rendre compte que le domicile, comme Savigny l'avait si bien dégagé est un des éléments de rattachement politique de l'individu. Donc il faudra raisonner pour le domicile comme pour la nationalité ; nous ne donnerons de domicile que des domiciles français.

Le domicile hors de France échappe à la loi française

Quant un individu aura-t-il son domicile dans un pays étranger et comment le possèdera-t-il ? Il aura son domicile hors de France toutes les fois qu'il ne remplira pas les conditions d'un domicile

Source : BIU Cujas

français, de même qu'il n'a pas la nationalité française toutes les fois qu'il ne remplit pas les conditions de la nationalité française. Voilà tout ce que dit la loi française : s'il n'a pas son domicile en France, elle statue négativement. Mais il faut une solution positive : où est le domicile de cet individu qui n'a pas son domicile en France ? Il aura son domicile dans le pays quelconque - nous n'en savons rien, nous n'avons pas à le déterminer a priori, c'est un pur a posteriori - qui le lui donnera. Si, et la chose est malheureusement possible - aucun pays étranger ne lui donne un domicile sur son territoire, comme nous ne lui donnons pas non plus de domicile, il sera sans domicile, de même qu'il y a des individus auxquels nous ne donnons pas la nationalité et auxquels aucun pays ne la donne. Nous ne pouvons pas être forcés de donner un domicile en France parce qu'aucun pays étranger ne le donne, c'est la conséquence de l'indépendance des Etats.

Donc pour qu'un individu ait un domicile dans un pays étranger, il a une preuve à faire : il faut qu'il prouve que dans ce pays étranger il a obtenu le domicile ; de même que pour prouver sa nationalité, il faut prouver que dans tel pays étranger l'intéressé a obtenu la nationalité.

Les cas de double domicile

Un individu pourra non seulement être sans domicile, mais il pourra aussi - et c'est un excès de bien - avoir plusieurs domiciles si nous lui donnons un domicile en France et qu'un autre pays, le cas échéant, lui donne aussi un domicile chez lui, ce qu'il pourra faire dans sa pleine et entière souveraineté, de même que plusieurs pays peuvent donner la nationalité à un individu. On est alors en présence des conflits de domicile comme il y a des conflits de nationalité ; conflits positifs si plusieurs pays donnent un domicile à un individu et conflits négatifs si aucun pays ne donne de domicile.

La solution des conflits de domicile

Comment résoudre ces conflits ? Chacun résout le conflit chez lui en faisant prévaloir sa solution, c'est bien évident qu'il s'agisse de la nationalité ou du domicile. Il serait certes heureux et désirable qu'une entente intervienne entre les Etats sur les principes du domicile pour d'une part assurer à tout individu un domicile et éviter la pluralité de domicile, de même qu'il serait désirable qu'à la suite d'une entente entre tous les Etats, un individu eût une nationalité et n'en possédât jamais plus d'une.

Mais nous savons que ces ententes en matière de nationalité sont impossibles pratiquement parce que la matière est d'ordre politique et touche à des intérêts trop vitaux ; il en est de même, à un degré peut-être moindre mais encore important, de la matière du domicile et jusqu'ici toutes les tentatives

Source : BIU Cujas

faites pour essayer de s'accorder en vue de faire jouer les diverses législations dans un même ton juridique tout en leur maintenant leur indépendance, n'ont pas réussi.

Examinons donc à la lumière de ces principes généraux comment on acquiert un domicile en France et comment on peut le perdre.

Section I

De l'acquisition d'un domicile en France

Division

Il y a deux périodes à distinguer dans la vie d'un individu pour déterminer son domicile en France il y a le domicile d'origine ou de naissance et il y a le domicile postérieur à la naissance, que nous appellerons le domicile dérivé ; de même qu'en matière de nationalité il y a une nationalité de naissance, celle que l'on acquiert au moment de sa naissance (la nationalité d'origine) et une nationalité que l'on peut acquérir au cours de l'existence, la nationalité dérivée. Examinons ces deux problèmes pour le domicile.

§ I - Le domicile d'origine ou de naissance.

Nous entendons par là le domicile que l'enfant possède à l'instant même de sa naissance. Quelle est la nature de ce domicile ?

C'est un domicile de droit

A la différence du domicile acquis au cours de l'existence, le domicile de naissance d'origine est toujours et dans tous les pays un domicile de droit, parce que l'enfant qui nait ne peut pas choisir un domicile, il a nécessairement un domicile imposé par la loi. Sur ce point toutes les législations seront d'accord ; elles ne le fixeront pas toutes dans le même lieu mais elles l'imposeront toujours.

Bases de ce domicile

Quelles bases donner à ce domicile légal ? Toute la législation de la nationalité d'origine repose sur deux piliers, d'une importance d'ailleurs inégale, l'un étant un principe et l'autre un complément, un adjuvant : la nationalité de filiation et la nationalité de territoire. La nationalité de filiation est la nationalité qui découle de la filiation de l'enfant, tandis que la nationalité de territoire qui est un com-

Source : BIU Cujas

plément et un adjuvant permet de donner la nationalité française à des individus parce qu'ils naissent en France, à certaines conditions.

En matière de domicile, y aura-t-il également un domicile de filiation et un domicile de territoire ? Tout d'abord il faut les définir avant de répondre à la question ; que faut-il entendre par domicile de filiation et domicile de territoire ?

Définition du domicile de filiation

Le domicile de filiation ce sera le domicile que possèdent les parents de l'enfant, ceux dont il est issu par voie de filiation au moment de sa naissance. Si on admet le domicile de filiation, l'enfant aura donc son domicile là où sont domiciliés ceux dont il est issu. Il aura par conséquent un domicile en France si ses parents ont un domicile en France et ce domicile qui est un domicile de droit sera indépendant de toute habitation effective de l'enfant, et de tout lieu de naissance.

Nous avons dit que domicile venait de domus, mais voici une exception : le domicile de droit est tout à fait indépendant de la notion d'habitation. Un enfant peut avoir son domicile d'abord dans un lieu où il n'est pas né et où il n'a peut-être jamais été ; cependant il aura son domicile de droit au domicile de ses parents.

Que vaut ce domicile de filiation ? Il a une valeur toute semblable à celle de la nationalité de filiation ; de même que la nationalité de filiation est la nationalité de principe, au point de vue domicile, l'individu qui naît fait partie aussi d'un certain groupe social, il est rattaché à ce groupe social, c'est-à-dire qu'il a le même domicile que ce groupe dont il fait partie par ses liens de filiation. C'est donc l'idée de groupe qui, dans les deux cas, sera à la base de la notion de domicile de filiation. On peut dire que tous les individus domiciliés dans un certain lieu forment une société ; l'individu qui naît fait partie de cette société il accroît cette société

Définition de la nationalité de territoire.

Qu'est-ce maintenant que le domicile de territoire ? De même que pour la nationalité, le domicile de territoire sera le domicile du lieu de la naissance, abstraction faite de toute idée de groupe et de rattachement à une filiation. Le domicile sera l'équivalent de ce que peut être le jus soli dans la matière de la nationalité, les deux éléments étant tout à fait symétriques.

Valeur des deux systèmes

Quel est le système que l'on doit choisir ? C'est, comme dans la matière de la nationalité, une pure question d'opportunité Il n'y a pas de principe rationnel qui impose la nationalité de naissance par la filiation

Source : BIU Cujas

ou par le territoire ; chaque Etat peut et doit statuer en fonction de ses besoins et de ses intérêts. Jusqu'ici on n'a jamais trouvé un argument probant ni dans un sens ni dans l'autre : il faut admettre que c'était l'intérêt politique de chaque Etat qui déterminait la solution du problème.

De même en matière de domicile

L'intérêt de l'Etat est donc de statuer d'après sa configuration en tenant compte du nombre et de la qualité des étrangers qui sont sur son territoire. S'il y a beaucoup d'étrangers sur son territoire et d'une qualité douteuse, il pourra se montrer plus sévère avant de leur accorder le domicile ; il pourra prendre quelques garanties et exercer un contrôle vis-à-vis d'eux. C'est un problème de caractère purement politique.

Quel est le système français ? Examinons successivement le domicile de filiation en France et le domicile de territoire.

I - Domicile de filiation en France

Etant donné que la règlementation n'est pas la même, nous examinerons le domicile du Français et le domicile de l'étranger.

A - Domicile du Français.

Pour le domicile du Français, nous ne disposons d'aucun texte de principe pour les rapports internationaux et cependant il faut une solution. La pratique a donc imaginé d'utiliser pour les rapports internationaux les textes qui sont écrits dans le Code civil pour le droit interne et spécialement l'un d'entre eux qui est l'art. 108. En vertu de l'art. 108 al. 2 le mineur aura son domicile chez ses père et mère ou tuteur.

Application de l'art. 108 du C. civ.

Diverses hypothèses à envisager

Voilà donc un individu de nationalité française qui vient à naître ; il aura son domicile en France par application de l'article 108 al. 2, si son père est domicilié en France. Si son père est mort au moment de sa naissance, qu'il soit ce qu'on appelle un enfant posthume, il aura son domicile en France, par application toujours de l'art. 108, si sa mère possède en France son domicile au moment de la naissance.

Il faut évidemment envisager le cas de parents divorcés ; on admet bien qu'aucun texte ne l'ai dit - la question étant d'ailleurs controversable - que le parent qui a obtenu la garde de l'enfant lui donne aussi le domicile ; la règle de l'art. 108 ne joue plus automatiquement au profit du père. En effet, le domicile est un des éléments de la garde de l'enfant puisque l'enfant doit vivre avec le parent qui a obtenu

Source : BIU Cujas

cette garde ; on admettra donc - c'est tout au moins l'opinion de certains auteurs - que si la mère a obtenu la garde de l'enfant l'enfant sera domicilié en France si, au moment de la naissance, la mère y a son domicile.

Il y a enfin une dernière hypothèse à examiner : c'est celle où le père est mort avant la naissance et où la mère viendrait à mourir en mettant l'enfant au monde ; cet enfant n'a donc ni père ni mère, où est son domicile ? Nous avons une solution dans le Code : à défaut du père et de mère, l'enfant est sous la tutelle légale de ses aïeux. Dans ce cas, il aura son domicile en France si celui de ses ascendants qui, aux termes de la loi française doit exercer la tutelle et la puissance paternelle sur lui est domicilié en France.

Nous n'avons pas à examiner les autres hypothèses, notamment celle de la tutelle déférée par le Conseil de famille parce qu'il ne s'agit plus alors d'un domicile d'origine. La tutelle déférée par le conseil de famille ne peut l'être que postérieurement à la naissance ce n'est plus un domicile d'origine l'enfant est resté quelques semaines sans domicile.

B. - Domicile d'origine de l'étranger en France.

Pendant très longtemps et jusqu'à une date récente on appliquait également l'art. 108 du Code civil pour l'étranger qui naissait en France : l'étranger qui naissait en France y avait donc son domicile de filiation si, conformément à l'art. 108 al. 2, son père ou à défaut sa mère, avait son domicile en France.

Décret-loi du 12 Novembre 1938 (art. 2)

La question a été modifiée et règlementée par le décret loi du 12 Novembre 1938 art. 2 : en vertu de l'art. 2 de ce décret-loi les mineurs étrangers ont leur domicile en France si leurs parents - soit leur père, soit leur mère soit à défaut du père et de la mère un de leurs grands-parents - ont au moment de la naissance leur domicile sur le territoire français.

Or, il peut arriver - et il arrivera d'ailleurs, surtout depuis le décret de 1938 qu'un enfant étranger naisse en France et que ses parents bien que vivant en France n'y soient pas domiciliés parce que vivre en France n'est pas synonyme d'être domicilé en France. Cet enfant étranger qui nait en France n'aura pas un domicile de filiation français puisque ses parents ne sont pas domiciliés sur le territoire français ; l'art. 2 est formel : "les mineurs étrangers qui ne sont pas soumis à la règlementation relative au séjour des étrangers ... ne peuvent bénéficier des droits visés à l'art. 1 (c'est-à-dire avoir un domicile) que si leur représentant légal au cas où il serait lui-même étranger réunit personnellement les conditions pour avoir un domicile en France".

Source : BIU Cujas

Il est donc nécessaire que les parents de l'enfant possèdent lors de sa naissance, la carte d'identité valable plus d'un an, qui leur assure la jouissance du droit au domicile, et qu'en outre, ils remplissent les conditions de l'art. 102 C. civil.

II - Domicile de territoire.

Le problème

C'est le domicile du lieu de naissance. Il faut supposer par hypothèse que l'individu ne possède pas un domicile de filiation en France, car s'il le possédait il n'y aurait pas lieu de se demander si le lieu de naissance influe sur le domicile.

Le domicile du lieu de naissance est-il, comme pour la nationalité du lieu de naissance, un complément : nous supposons par hypothèse que nous nous trouvons en présence d'un enfant qui n'a pas un domicile de filiation en France : pourra-t-il avoir un domicile de territoire s'il est né sur le territoire français ? C'est la question de savoir si le lieu de naissance est attributif d'un domicile pour les individus.

La question en droit interne. Incertitude de la solution

Prenons d'abord la question en droit interne. En droit interne et en l'absence de texte la question est encore douteuse ; la plupart des civilistes contemporains sont cependant d'accord pour admettre qu'un individu a nécessairement son domicile à son lieu de naissance, quand il ne l'a pas ailleurs. Quand n'a-t-il pas son domicile ailleurs ? Par exemple dans les cas où l'on ignore où est le domicile de ses parents. Alors, dit-on il n'est pas possible qu'un individu n'ait de domicile nulle part et, s'il est né en France, il aura au moins comme domicile ce lieu de naissance, domicile qui sera alors un domicile de droit.

Quant à la jurisprudence interne sur ce domicile du lieu de naissance elle est encore incertaine. Evidemment aucun texte ne l'a dit ; l'art. 108 qui énumère les domiciles de droit n'a pas parlé du domicile du lieu de naissance, mais c'est une solution complémentaire et prétorienne qui évite à un individu qui naît en France, qui peut avoir des intérêts vis-à-vis de la France, d'être sans aucun domicile dans notre territoire français.

Conséquences de ces incertitudes en droit international

L'incertitude de cette solution en droit interne réagit immédiatement sur la solution dans les rapports internationaux. Si l'on admet en droit interne qu'un individu peut avoir son domicile au lieu de naissance quand il n'en a nulle part ailleurs, on dira que l'individu qui vient à naître en France et qui ne possède aucun domicile ailleurs, c'est-à-dire à l'étranger, aura à tout le moins le domicile du lieu de sa naissance.

Seulement cette solution a pour conséquence d'attri

Source : BIU Cujas

buer de façon un peu prétorienne un domicile à des enfants étrangers, alors que peut-être le législateur (art 2, décret-loi du 12 Novembre 1938) pour des raisons politiques, pourrait ne pas vouloir le leur conférer. On sait précisément que le décret-loi du 12 Novembre 1938 n'a pas permis à tous les étrangers d'avoir un domicile en France, si les parents n'ont pas eux-mêmes un domicile ; en effet, ce serait permettre à un individu, par cela seul qu'il est né sur le territoire français, d'avoir un domicile sur notre territoire alors que ses ascendants n'en ont peut-être pas. En tous cas, de lege ferenda, il serait opportun de décider que tout individu qui naît sur le territoire possèdera un domicile dans ce lieu, absolument comme la loi sur la nationalité décide que tout individu né en France possède la nationalité française s'il ne justifie pas d'une nationalité de filiation étrangère (art 1 in fine de la loi sur la nationalité). De même tout individu naissant sur le territoire français aurait un domicile toutes les fois qu'on ne pourrait pas prouver qu'il possède un domicile en pays étranger. Mais ceci n'est que l'expression d'un désir de lege ferenda.

§ 2 - Le domicile dérivé en France.

En matière de nationalité, la nationalité dérivée est celle que l'on acquiert postérieurement à la naissance. Elle est influencée par un certain nombre d'éléments. Elle est soit la conséquence attachée à la naissance en France (individus des articles 3 ou 4 de la loi du 10 Août 1927), soit la conséquence d'une filiation française s'ajoutant à la naissance en France, soit la conséquence d'un mariage avec un Français soit la conséquence d'un établissement en France, ce qui sera le cas de la naturalisation.

Ces divers éléments ne se retrouvent pas dans la matière du domicile. La naissance en France va-t-elle avoir une influence sur l'individu s'il reste en France ? Aucune car nul texte de l'a décidé. Les deux matières de la nationalité et du domicile se séparent donc.

Examinons la question successivement pour le Français et pour l'étranger.

I - Acquisition d'un domicile au cours de l'existence par un Français

Il faut distinguer ici le domicile de droit et le domicile de choix.

Reproduction interdite

Source : BIU Cujas

A - Le domicile de droit

En l'attente de textes spéciaux la tendance est d'appliquer dans les rapports internationaux les articles 107, 108 et 109.

Application des textes du Code civil

Aux termes de l'art. 107, l'acceptation de certaines fonctions publiques conférées à vie comporte translation immédiate du domicile du fonctionnaire dans le lieu dans lequel il doit exercer ces fonctions. D'où il résulte que tout Français qui n'avait pas de domicile en France et qui se voit conférer en France une pareille fonction à vie prendra immédiatement, en vertu de l'article 107, son domicile de droit dans le lieu où ses fonctions doivent s'exercer. Mais le cas n'est pas très pratique car il est peu vraisemblable qu'on nomme à une fonction à vie un Français qui n'a déjà pas un domicile en France.

Fonctions conférées à vie

L'enfant mineur

Une deuxième hypothèse est celle de l'enfant mineur aux termes de l'art. 108 ; il faut supposer un enfant mineur qui n'a pas son domicile de droit en France, mais celui dont il dépend, c'est-à-dire son père, sa mère ou son tuteur, vient à établir son domicile en France : voilà un enfant français dont le père ou la mère ou le tuteur ont leur domicile à l'étranger, puis ses parents viennent à fixer leur domicile en France, ipso facto, en vertu de l'art. 108 cet enfant va acquérir un domicile en France puisqu'il a son domicile de droit chez son père ou chez sa mère ou chez son tuteur. Ici il faut prendre en considération le domicile du tuteur puisque c'est le domicile que l'enfant aura pendant sa minorité, à partir du moment où le tuteur aura été désigné.

C'est aussi le cas de l'enfant orphelin, jusqu'ici domicilié hors de France chez ses parents et dont le tuteur serait domicilié en France.

Supposons un enfant adoptif qui n'a pas de domicile en France et qui est adopté par une personne qui a un domicile en France. Aux termes de l'art. 351, le père adoptif exerce la puissance paternelle. Or, le domicile est un élément de la puissance paternelle ; donc l'individu mineur qui avait son domicile à l'étranger et qui est adopté par un parent français aura son domicile en France chez ses parents adoptifs.

La femme mariée

Prenons maintenant le cas de la femme mariée : aux termes de l'art. 108 du Code civil, toute femme française qui n'avait jusqu'ici pas de domicile en France et qui vient à épouser un Français domicilié en France aura ipso facto en vertu de l'art. 108, al. 1, son domicile en France.

Source : BIU Cujas

L'interdit judiciaire

Enfin, l'interdit judiciaire qui aurait pour tuteur un Français domicilié en France aura, aux termes de l art. 108, son domicile chez son tuteur ; par conséquent il acquerra au cours de l'existence un domicile en France.

Les domestiques majeurs

Il reste à parler d'un dernier domicile de droit d'après le Code civil, qui a donné lieu à peu d'applications pratiques, disposition bien désuète et dont on s'étonne qu'elle subsiste encore ; c'est l'art. 109 concernant le domicile des majeurs qui servent ou travaillent habituellement chez autrui. Ils auront le même domicile que la personne qu'ils servent ou chez laquelle ils travaillent lorsqu'ils demeureront avec elle dans la même maison. C'est pratiquement le domicile des gens de maison chez leur employeur lorsqu'ils demeurent chez lui. C'est une disposition dont le maintien même en pur droit interne, est assez peu compréhensible, qui se rattache à une période d'inégalité sociale qui a complètement disparu. Comment joue ce texte dans les rapports internationaux ?

Il est bien certain que si un Français qui, jusqu'ici n'avait pas de domicile en France parce qu'il était fixé à l'étranger, vient à prendre un emploi en France chez un Français, dans les conditions de l'art. 109 il devra avoir son domicile de droit chez ce Français, c'est l'application de l'art. 109.

Mais voici, en modifiant légèrement l'hypothèse, une conséquence tellement choquante du texte qu'on ne peut pas l'accepter : supposons qu'un Français qui a son domicile à l'étranger, ne quitte pas l'étranger et, dans ce pays étranger, serve chez un Français domicilié en France. Ce Français possède une propriété à l'étranger, il a besoin de personnel domestique, il prend un compatriote qu'il trouve sur place, mais ce Français n'est jamais venu en France ; et d'autre part, ce propriétaire a son domicile en France, il n'a qu'une résidence à l'étranger. Par application de l'art. 109 ce salarié devrait avoir ipso facto son domicile en France, alors qu'il n'y est même jamais venu. Ce serait la conséquence littérale de l'art. 109 mais elle est tellement choquante qu'il semble qu'il faille ajouter à la lettre du texte pour dire que ce domicile de droit ne sera acquis en France qu'à la condition que le service soit effectué en France. Nous verrons d'ailleurs que dans une hypothèse inverse, c'est ce que la Cour de cassation a décidé

Les bateliers

A ces domiciles de droit du Code civil que l'on étend aux rapports internationaux, il faut en ajouter un qui résulte d'un des très rares textes que nous avons pour les rapports internationaux, c'est un décret-loi du 12 Novembre 1938 sur la navigation

Source : BIU Cujas

intérieure.

Ce décret-loi comporte une annexe (art. 13) et voici l'hypothèse prévue : on suppose un travailleur de la navigation intérieure qui travaille hors de France à bord d'un bateau qui n'est pas immatriculé sur notre territoire ; ou bien il travaille pour le compte d'une entreprise étrangère. Les bateliers vivant sans cesse à bord de bateaux, la question de leur domicile a soulevé de graves difficultés. D'ailleurs ont sait que le Code civil a été modifié il n'y a pas très longtemps, pour les rapports internes, par l'article 102 afin de donner un domicile aux bateliers. Mais nous nous occupons ici du domicile de ceux qui sont à bord de bateaux immatriculés à l'étranger et qui travaillent pour le compte d'entreprises de navigation étrangère en France. Ces individus auraient risqué de n'avoir pas de domicile en France. Le décret-loi du 12 Novembre 1938 leur donne désormais un domicile de droit en France purement artificiel : tout batelier qui remplit les conditions que nous venons d'indiquer acquiert ipso facto un domicile de droit en France, à Paris, au Bureau d'immatriculation des bateaux.

B - Domicile de choix acquis pendant l'existence par un Français.

Application du Code civil

Est-ce qu'un Français qui jusqu'ici n'était pas domicilié en France peut acquérir un domicile de choix en France et à quelles conditions ? En l'absence de texte spécial, on applique les articles du Code civil, art. 103, 104 et 105. Il n'y a donc qu'à appliquer les conditions du droit commun dans le détail desquelles nous n'avons pas à entrer.

Le Français acquiert un domicile en France s'il transporte de l'étranger en France le centre de son principal établissement. Quant à savoir ce qu'est le centre du principal établissement, la chose reste douteuse car, depuis le Code civil, on n'a jamais réussi à en donner une formule juridique et objective. La jurisprudence de la Cour de cassation en a toujours fait une question de fait qui, dans chaque cas, sera susceptible de modifications.

Donc le Français qui n'avait pas jusqu'ici de domicile en France en acquerra un dans les mêmes conditions que s'il change de domicile à l'intérieur du pays. Cependant signalons, en vertu de l'art. 105 al. 2, une formalité nouvelle qui résulte de deux lois du 30 Mai 1941 et du 10 Février 1943 tout Français qui transfère son domicile de l'étranger en France doit le déclarer et indiquer sa nouvelle adresse. Cette déclaration doit être faite - la loi de 1943 l'a déterminé - au commissariat de police ou à la mairie. Cette déclaration est sanctionnée par une amende ; c'est une simple formalité administrative.

Source : BIU Cujas

II - Acquisition d'un domicile en France au cours de l'existence par un étranger.

Les deux problèmes qui se posent

Il y a ici deux problèmes ; l'un qui est celui que nous venons de rencontrer : déterminer les conditions auxquelles un étranger peut acquérir un domicile en France au cours de son existence, c'est-à-dire postérieurement au domicile de son origine. L'autre problème, que nous n'avons pas rencontré pour les Français et qui a joué un très grand rôle dans la question, qui est un problème préalable est un problème de jouissance des droits.

La jouissance du droit au domicile

Est-ce que l'étranger, même s'il remplit toutes les conditions d'acquisition d'un domicile en France, soit de droit, soit de choix, parce qu'il est étranger, n'est pas privé de cette faculté d'avoir un domicile en France ? Est-ce que nous accordons à un étranger un domicile en France dans les mêmes conditions qu'à un Français ? Est-ce que nous ne le frappons pas d'une mesure de distinction parce qu'il est étranger ? Dépendra-t-il de sa volonté de dire : je fixe le centre de mon principal établissement en France et j'aurai un domicile en France. C'est un problème préalable, problème de jouissance des droits.

Examinons donc ce problème de la jouissance du droit au domicile avant de voir le problème des conditions d'acquisition de ce domicile.

A - Le problème de jouissance des droits.

Il y a ici dans notre droit une évolution. Dans l'ancien droit on ne faisait aucune distinction, semble-t-il, entre les étrangers et les Français pour la possession d'un domicile. Denizard les assimilait purement et simplement. Mais les choses ont bien changé depuis le Code et jusqu'ici tout au moins l'évolution s'est manifestée par trois périodes. Une première période, qui va depuis le Code jusqu'en 1927 est une période de sévérité, que nous appellerions une période de discrimination. Puis une période très libérale, période d'assimilation de l'étranger au Français, ne faisant plus de différence entre l'étranger et le Français, période qui n'a duré que de 1927 à 1938 ; enfin une nouvelle période dans laquelle nous sommes entrés et où nous sommes encore depuis 1938, retour à la discrimination.

Evolution du système français

Première période : période de discrimination.

Cette période qui a duré jusqu'en 1927 depuis le Code civil de 1804 était marquée par un texte aujourd'hui abrogé mais qui a joué un rôle capital pendant tout le XIXème siècle

Source : BIU Cujas

L'art. I3 Code civil

et même le début du XXème, c'est l'article I3 du Code civil. Il était ainsi conçu : "L'étranger qui aura été autorisé par décret à fixer son domicile en France y jouira de tous les droits civils".

Sens de l'art. I3 Code civil

Que disait l'art. I3 ? Que l'étranger ne jouirait pas des droits civils s'il n'avait pas été admis à domicile. Ce texte a soulevé une controverse très vive qui appartient maintenant au passé. Certains disaient qu'il n'avait résolu qu'une question de jouissance des droits civils : les étrangers domiciliés en France ne pouvaient jouir des droits civils que s'ils avaient été admis à domicile, mais on ne prétendait pas qu'ils ne pouvaient pas avoir un domicile sans cette condition ; l'art. I3 n'avait résolu qu'une question de jouissance de l'ensemble des droits civils.

L'arrêt Forgo

En tout cas la jurisprudence, notamment la Cour de cassation dans un arrêt de principe de I875, l'avait entendu tout autrement. Selon la Cour de cassation, l'art. I3 et aussi un autre texte que l'on s'étonne de voir retenu par un arrêt de principe de la Chambre civile, l'art. I02, auraient eu pour conséquence que l'étranger était privé du droit d'avoir un domicile en France. L'argument tiré de l'art. I02 était le suivant : l'art. I02 est ainsi conçu : "le domicile de tout Français, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son principal établissement". Donc, a dit la Cour de cassation, l'étranger n'est pas un Français et il ne peut pas avoir de domicile en France. Evidemment, l'art. I02 n'avait pas envisagé l'hypothèse des étrangers pour leur refuser le droit au domicile. Quoi qu'il en soit, la Cour de cassation et la jurisprudence ont toujours été inébranlables sous l'empire de l'art. I3 du Code civil ; l'étranger ne pouvait pas avoir de domicile en France à moins qu'il n'eût obtenu un décret d'admission à domicile.

L'admission à domicile

L'admission à domicile était donc une institution par laquelle un gouvernement disait à un étranger en prenant un décret individuel : "je vous confère un domicile en France" - mesure purement libre, absolument comme la naturalisation. C'était une mesure qui devait être sollicitée et qui était accordée ou refusée arbitrairement ; c'était un fait discrétionnaire du gouvernement d'accorder ou de refuser le domicile.

La loi de I889 a même renforcé la sévérité de cette situation. En effet, avant I889 un assez grand nombre d'étrangers avaient pu obtenir l'admission à domicile. La loi de I889 est partie de l'idée suivante : nous ne voulons pas placer les étrangers dans une situation permanente trop favorable parce que s'ils sont trop bien dans cette situation ils

Source : BIU Cujas

y resteront ; or nous voulons qu'ils deviennent Français, nous ne voulons pas les maintenir dans un statut qui ne les gêne pas suffisamment pour leur faire éprouver le besoin de solliciter la nationalité française. Aussi le législateur de 1889, modifiant l'art. 13, a-t-il décidé : l'étranger qui sollicitera et qui aura obtenu l'admission à domicile ne pourra en bénéficier que pendant cinq années, si au bout de cinq ans il n'est pas devenu Français, c'est fini, l'admission à domicile tombe. L'admission à domicile était donc devenue, selon l'expression consacrée depuis cette époque, le vestibule de la naturalisation. Elle était un adminicule de la naturalisation, elle n'était plus une institution autonome, on ne pouvait plus traverser l'existence avec l'admission à domicile ; si on l'avait obtenue elle cessait très rapidement et, en fait, presque personne ne la sollicitait plus et ne l'obtenait plus parce qu'il y avait d'autres moyens pour devenir français, plus accessibles.

Résultats pratiques de l'art. 13

Au moment de l'abrogation de l'art. 13, il n'y avait en France que quelques centaines de personnes qui avaient obtenu l'admission à domicile. Ainsi jusqu'en 1927, les étrangers non admis à domicile, c'est-à-dire pratiquement tous les étrangers, n'avaient pas de domicile en France, parce qu'ils n'avaient pas la jouissance de ce droit.

Le domicile de fait

Mais les nécessités de la vie sont plus fortes parfois que certaines constructions juridiques. Certes, l'étranger n'avait pas un domicile véritable en France, mais on avait tout de même besoin de le rattacher à notre pays pour certains intérêts et c'est alors que la pratique imagina d'opposer au domicile véritable ce qu'elle a appelé le domicile de fait. Il importe de définir devant vous cette expression pour éviter une confusion avec une autre déjà connue. On disait que seule l'admission à domicile pouvait conférer à l'étranger fixé en France un domicile de droit. Il ne faut pas prendre l'expression "domicile de droit" dans le sens où il a été employé dans ce chapitre même, c'est-à-dire un domicile imposé de l'art. 108 ; on voulait dire par là un véritable domicile. Donc, chaque fois qu'on rencontre dans un arrêt de jurisprudence, d dans un texte : l'étranger n'a pas de domicile de droit en France, cela voudra dire : n'a pas un véritable domicile en France, celui de l'art. 102 C. civ. et non pas celui de l'art 108 C. civ..

Mais pour certains intérêts la pratique avait imagi le domicile de fait. L'étranger qui vivait fixé en France n'y avait pas un domicile véritable, c'est-à-dire un domicile juridique dit de droit, mais il pouvait y avoir un domicile de fait qui produisait des conséquences sur un certain nombre de terrains, par exemple celui des impôts, lorsqu'ils sont du.

Source : BIU Cujas

au lieu du domicile. De même pour la compétence des tribunaux pour le lieu d'ouverture d'une succession aux termes de l'art. 110 du Code civil, c'était le domicile de fait et non pas le domicile de droit qui comptait.

De même pour l'application de la loi sur la nationalité : toutes les fois qu'elle parlait du domicile c'était le domicile de fait et non pas le domicile véritable.

Deuxième période : période de liberté.

Tel fut le régime jusqu'à la loi de 1927. En 1927 l'article 13 a été abrogé. A partir de ce moment l'étranger a eu en France, comme le Français, la jouissance du droit au domicile, alors l'argument assez misérable que la Cour de cassation avait employé en 1875 de l'art. 102 a montré son inanité et on a été obligé de l'abandonner. Ce n'est pas dans l'article 102, mais dans l'art. 13 qu'était l'incapacité et quand l'art. 13 a été abrogé, la Cour de cassation, par un arrêt du 13 Juin 1939 (Revue 1939, p. 480) n'a pas hésité à reconnaître que désormais les étrangers pouvaient avoir un domicile en France comme les Français.

Abrogation de l'art. 13 (loi du 10 Août 1927)

Troisième période : retour à la discrimination.

Mais cette période fut de courte durée. Avec le décret-loi du 12 Novembre 1938 - sans que l'on sache d'où est sortie l'idée qui s'est trouvée réalisée dans son art. 1 - a été créé un nouveau régime sous l'empire duquel nous vivons. Ce régime est le suivant : les étrangers n'ont pas de plein droit la jouissance du droit au domicile en France ; seulement cette jouissance du droit n'est plus subordonnée, comme sous l'empire de l'art. 13, à la procédure très compliquée d'un décret individu qui s'obtenait difficilement. Désormais pour avoir la jouissance du droit au domicile la condition à remplir est beaucoup plus facile : il faut être titulaire d'une carte d'identité d'étranger valable plus d'un an. Tout étranger qui n'a pas cette carte d'identité valable plus d'un an est privé de la jouissance du droit au domicile en France et de toutes les conséquences qui en résultent. Mais cette carte d'identité est donnée assez facilement, ce qui fait qu'on ne pas pas comparer les deux situations. Tandis qu'il y avait peu d'admis à domicile, il y a beaucoup d'étrangers porteurs de la carte en question.

Le décret-loi du 12 Novembre 1938

Quels seront les individus frappés d'incapacité ? Ce sont tous ceux, assez nombreux, qui ont une carte d'identité valable un an seulement ou moins, même si la carte est renouvelée depuis cinq ou six ans sans interruption, ils n'auront jamais eu la jouissance du droit au domicile, quelle que soit la durée de leur séjour, parce qu'ils n'auront jamais été titulaires d'une carte d'identité valable plus d'un an.

Source : BIU Cujas

B - Problème d'exercice du droit.

Quelles seront les conditions d'exercice de ce droit ? En l'absence de tout texte la pratique n'a pas de solution meilleure, ou moins mauvaise, que d'utiliser les textes du domicile qui sont dans le Code civil pour le droit interne ; c'est ce qu'a décidé notamment un arrêt de la Chambre civile du 13 Juin 1939. Dès lors l'étranger acquerra au cours de l'existence, en France, soit un domicile de droit, soit un domicile de choix par application des art. 102 et suivants du Code civil.

On applique les textes du Code civil

Domicile de droit. - L'étranger aura son domicile de droit en France, s'il est mineur ou interdit, toutes les fois que celui qui exerce sur lui la puissance paternelle ou son tuteur acquerra pendant sa minorité un domicile en France ; ipso facto le mineur ou l'interdit acquerra un domicile en France s'il n'en avait pas jusqu'alors. S'il s'agit d'une femme mariée, il suffit que son mari, pendant le mariage, acquière un domicile en France pour que, ipso facto, en vertu de l'art. 108, elle ait son domicile de droit en France puisqu'elle a son domicile chez lui, abstraction faite peut-être même de toute condition de présence.

Les domiciles de droit

Il est inutile d'envisager le domicile de droit de l'article 107 puisque c'est celui des fonctionnaires. Un étranger ne pouvant exercer de fonction publique, la question n'est pas suceptible de se présenter.

Reste le domicile de droit de l'art. 109, domicile de droits des gens de maison. Il va de soi que si un étranger vient à travailler et à habiter chez une personne ayant son domicile en France, en vertu de l'art. 109, cet étranger acquerra un domicile sur notre territoire ; mais il ne faudrait pas appliquer l'art. 109 en ce sens que cet étranger pourrait avoir un domicile en France s'il occupait son emploi en pays étranger ; il ne suffit pas qu'il l'occupe chez une personne domiciliée en France, il faut que véritablement l'emploi se situe sur le territoire français. Il y a d'ailleurs à cela un argument tiré de la jouissance des droits : c'est qu'en effet cet étranger qui est occupé chez une personne domiciliée en France mais qui l'emploie à l'étranger, n'a pas lui-même la jouissance du droit au domicile puisqu'il n'a pas la carte d'identité nécessaire.

Domicile de choix. - Quant au domicile de choix, il n'y aura qu'à appliquer l'art. 103 ; l'étranger acquerra un domicile de choix en France toutes les fois qu'il transportera en France le centre de son principal établissement, et il se conformera naturellement aux obligations de police qui concernent les étrangers.

Le domicile de choix

Source : BIU Cujas

Section II

Perte du domicile français.

Ici nous nous trouvons en présence d'une carence de textes au moins aussi grande, peut-être même plus que pour l'acquisition du domicile français.

La perte du domicile français peut se concevoir pour deux causes qui sont un peu symétriques à celles que nous avons rencontrées pour la perte de la nationalité, mais avec beaucoup moins d'influence pratique ; pour la nationalité nous connaissons la règlementation. La nationalité peut se perdre soit à titre de peine (déchéance), soit pour éviter une double nationalité. On peut perdre aussi le domicile en France à titre de peine, on peut le perdre également pour éviter un double domicile.

§ I - Perte du domicile fondé sur une idée de peine.

Distinguons l'étranger et le français.

I - Déchéance d'un étranger.

Perte du domicile à titre de peine par un étranger

Comment l'étranger peut-il perdre son domicile en France à titre de peine ? Il perdra son domicile en France toutes les fois qu'on lui retirera la jouissance de ce droit par application de cette idée de la technique juridique que quiconque perd la jouissance d'un droit, en perd ipso facto tout l'exercice, puisque le droit n'a plus son support indispensable. Donc toutes les fois qu'un étranger est privé en France de la jouissance du droit au domicile qu'il avait jusqu'alors, comme il ne peut pas être le sujet du droit, le titulaire du droit, par là même le domicile disparait.

Cas d'expulsion

Quelles seront ces hypothèses ? La première hypothèse sera l'expulsion de l'étranger du territoire français ; cette expulsion a pour conséquence qu'une rupture complète, définitive, doit être faite entre la France et l'individu qui n'a plus le droit d'y séjourner. On ne concevrait pas qu'il puisse y conserver un domicile, aucun texte ne l'a dit sans doute, c'est du moins une interprétation qui parait assez normale.

Source : BIU Cujas

L'expulsion doit donc être analysée comme emportant la suppression de la jouissance du droit au domicile qui appartenait jusqu'alors à l'intéressé.

Cas de l'assignation à résidence

Il faut en dire autant de cette institution créée en 1938 qui s'appelle l'assignation à résidence, mesure prise à l'égard des étrangers inexpulsables, soit qu'ils n'aient pas de nationalité, soit qu'ils appartiennent à des pays si lointains que l'expulsion n'est pas matériellement possible. On leur donne une assignation à résidence mais ce n'est qu'un succédané temporaire de l'expulsion, c'est une forme administrative pour les gens que l'on ne peut pas pratiquement expulser. Dès lors, il faut raisonner comme tout à l'heure et dire que l'assigné à résidence reste, comme pis-aller, sur le territoire français, mais qu'il ne peut plus avoir la jouissance du droit au domicile.

Cas de retrait de la carte d'identité

En troisième lieu, l'hypothèse de l'étranger qui même sans être expulsé, se voit retirer sa carte d'identité, ce que l'administration peut faire à tout moment. Elle lui retire sa carte d'identité ou refuse de la renouveler quand elle est arrivée à expiration, généralement au bout de trois ans ; il perd à partir de ce moment la jouissance du droit au domicile, il ne peut donc plus conserver ce domicile puisqu'il n'est plus apte à en être le sujet de droit.

Perte du domicile à titre de peine pour un Français

Voyons maintenant la perte du domicile à titre de peine pour le Français. Pour le Français la question est beaucoup moins pratique et beaucoup moins fréquente ; il n'y a pas d'expulsion possible du territoire, l'expulsion ne peut frapper qu'un étranger ; c'est pourquoi beaucoup d'expulsés quand on les arrête, essaient de soutenir qu'ils ne sont pas étrangers, pour échapper à l'arrêté d'expulsion.

Il existe une peine rarement prononcée, peine que vous avez cependant rencontrée en droit pénal l'année dernière et qui fait partie de l'échelle des peines politiques ; cette peine politique (art. 32 du Code pénal) c'est le bannissement. Le bannissement est une peine politique aux termes de laquelle le Français ne peut pas séjourner en France pendant un temps qui varie de 5 à 10 ans. Cette peine du bannissement vise-t-elle à la fois le domicile et la résidence ? Elle vise la résidence, c'est évident. Ici, il ne faut plus raisonner comme pour l'étranger : on comprend que l'expulsion rompe définitivement le contact entre l'étranger et la France ; mais le bannissement ne rompt pas le contact entre l'individu et son pays ; il est frappé de l'interdiction de séjourner dans son pays pendant un certain nombre d'années, mais il ne perd ni sa natio-

Source : BIU Cujas

nalité ni le centre de ses intérêts en France. D'ailleurs les peines de bannissement sont extrêmement rares. Il y a eu l'affaire du fort Chabrol en 1899 où Déroulède et Marcel Habert furent condamnés à un bannissement de deux ans ; puis, plus récemment, M.M. Malvy et Caillaux, mais ils n'ont pas perdu pour cela leur domicile en France.

Certains cas de déchéance de la nationalité

Voici un cas plus actuel qui entraîne une conséquence plus complète : ce n'est pas le bannissement, c'est la déchéance de la nationalité française prononcée par application des lois récentes à l'égard de certains Français qui vivent en pays étranger. En pareil cas évidemment les intéressés perdent la jouissance du droit au domicile parce que n'étant plus Français ils sont devenus des étrangers et, étant étrangers, ils tombent sous le coup des lois régissant les étrangers, c'est-à-dire qu'il leur faudrait une carte d'identité valable plus d'un an qu'ils n'ont pas puisqu'ils vivent à l'étranger.

Donc tous les individus qui ont été déchus de la nationalité française depuis les lois de 1940 ont par là même, étant devenus non Français, perdu la jouissance du droit au domicile en France ; c'est la conséquence inéluctable du décret-loi du 12 Novembre 1938.

§ 2 - Perte du domicile en dehors de toute idée de peine.

Le mécanisme technique

Il y aura perte du domicile en France toutes les fois que l'on cessera d'en remplir les conditions d'exercice. Il y a, en effet, un certain nombre de conditions qui découlent des art. 102 et suivants ; toutes les fois que l'on cessera de remplir les conditions de ce texte on perdra le domicile.

Les distinctions du Droit civil

A cet égard, il y a une distinction à faire, un peu subtile, qui découle de la conception même du domicile en droit interne. En droit interne il faut distinguer les conditions d'acquisition du domicile et les conditions de sa conservation. Les conditions d'acquisition du domicile ne sont nécessaires que pour obtenir celui-ci, mais on ne perd pas son domicile par cela seul qu'on cesse de remplir les conditions d'acquisition. En d'autres termes, un individu, en droit interne, conserve son domicile tant qu'il n'en a pas acquis un autre. Prenons le domicile de droit du mineur : pour acquérir un domicile de droit, il faut remplir l'une de ces conditions, être mineur ou interdit ou femme mariée chez son mari. Supposons que l'individu devienne majeur, que l'interdit cesse de l'être ou que le mariage soit dissous, les

Source : BIU Cujas

intéressés cessent de remplir les conditions d'acquisition du domicile de droit et cependant ils conservent tous les trois ce domicile tant qu'ils n'en ont pas acquis un autre. Cette situation a pour conséquence que le mineur devenu majeur conserve son domicile là où il avait son domicile de droit. Si la femme mariée n'acquiert pas à la dissolution du mariage un autre domicile, elle conserve indéfiniment le domicile qu'elle avait durant le mariage. C'est ce que nous exprimions en disant qu'il faut faire une distinction entre les conditions d'acquisition d'un domicile et les conditions de sa conservation. Les conditions d'acquisition ne sont pas nécessaires pour conserver le domicile, on conserve le domicile tant qu'on n'en a pas acquis un autre. C'est ainsi que certaines personnes peuvent conserver toute leur vie un domicile d'origine parce qu'elles n'ont jamais rempli les conditions requises pour en acquérir un autre.

Attitude de la jurisprudence

A quelles conditions le domicile international va-t-il être perdu en dehors de toute idée de peine ? Notre jurisprudence applique à cette question les textes du droit interne (art. 102 et suiv.), de là résultent les deux conséquences suivantes : la première est qu'on conservera son domicile tant qu'on n'en aura pas acquis un autre en France ou à l'étranger.

Deuxième conséquence : pour déterminer si l'on a acquis un domicile à l'étranger la jurisprudence applique les règles du droit français ; elle statue sur un domicile à l'étranger comme s'il s'agissait d'un domicile français.

Voyons l'application de ces idées aux deux hypothèses possibles de perte de domicile : perte de domicile par application des règles du domicile de droit et perte du domicile en France par application des règles du domicile de choix.

I - Perte du domicile par application des règles du domicile de droit.

Le mineur

Un mineur français qui avait son domicile de droit en France parce que son représentant légal, son père, sa mère ou son tuteur, avaient son domicile en France, va perdre ce domicile toutes les fois que son représentant légal perd lui aussi son domicile en France et acquiert un domicile à l'étranger puisque, en vertu de l'art. 108, le mineur a nécessairement son domicile chez son représentant légal. Toutes les fois que celui qui donne le domicile au mineur cesse d'avoir, pour une cause ou une autre, son domicile en France et acquiert un domicile à l'étranger, le mineur perd son domicile en France. Mais il faut qu'il acquière un domicile à l'étranger parce qu'on ne doit perdre son domicile en France que si on en a acquis un autre ailleurs.

Source : BIU Cujas

Le mineur étranger perdra en outre son domicile de droit toutes les fois que son représentant légal, même s'il reste en France, perdra la jouissance du droit à domicile. Supposons un père étranger titulaire de la carte d'identité valable plus d'un an, on la lui retire, il n'a donc plus le droit au domicile et ses enfants, qui avaient leur domicile chez lui, ne peuvent plus avoir de domicile en France puisque le père n'a plus de domicile en France. Ce sera l'application de la règle que l'enfant a nécessairement son domicile chez celui qui exerce la puissance paternelle ; si celui qui exerce la puissance paternelle n'a plus de domicile en France, l'enfant mineur ne peut plus garder son domicile en France.

La femme mariée

Ici nous nous trouvons en présence, mais à un plan plus réduit, des mêmes problèmes, de la même fermentation d'idées que pour la nationalité. On a déjà examiné pour la nationalité les deux idées qui s'opposent : l'unité de nationalité et l'indépendance. Nous savons également que notre législation a évolué de l'une à l'autre, partant de l'idée d'unité pour aboutir maintenant à l'idée d'indépendance. On retrouve les mêmes idées en matière de domicile : est-ce que la femme doit avoir, dans les rapports internationaux, nécessairement le même domicile que son mari, de sorte que si celui-ci change son domicile au cours du mariage elle change aussi son domicile ; ou bien a-t-elle droit à l'indépendance de son domicile ?

En matière de nationalité il est admis - et il a toujours été admis depuis le Code civil-que le changement de nationalité du mari pendant le mariage n'influe pas sur la nationalité française de la femme. Dès lors si l'on appliquait les mêmes idées on dirait que le changement de domicile du mari pendant le mariage n'agit pas sur le domicile de la femme. Cependant la situation n'est pas tout à fait la même : il est plus grave de changer de nationalité que de domicile. On comprend que la femme ne change pas de nationalité parce que son mari, par un acte de sa seule volonté, décide de changer de nationalité pendant le mariage ; il est plus anormal que les époux n'aient pas le même domicile puisqu'en somme, c'est le but du mariage de constituer un foyer et la disparité de domicile est la négation même de l'idée de foyer et, pourrait-on presque dire, de l'idée de mariage.

En l'absence de texte et par l'application brutale de l'art. 108 du Code civil, on aboutit à des conséquences qui risquent de ne pas être satisfaisantes.

Distinguons les diverses situations qui peuvent se présenter : d'abord une situation normale. Une femme est mariée à un individu qui transporte son domicile en pays étranger ; elle vit au foyer conjugal à côté de son mari. En pareil cas il paraît normal, puisque la femme vit à l'étranger et que le foyer conjugal s'y trouve, qu'elle change aussi de domicile,

Source : BIU Cujas

qu'elle perde son domicile français. Un arrêt déjà ancien du 21 Juin 1865 (Chambre des requêtes) l'avait décidé pour une Française qui vivait avec son mari étranger, dans le pays de son mari.

Mais voici d'autres hypothèses dont la solution est moins certaine. C'est par exemple le cas où la femme ne veut pas suivre son mari. Le mari, au cours du mariage, décide de transporter le domicile à l'étranger ; la femme est-elle forcée de l'y suivre ? La question était discutée autrefois et ne l'est plus maintenant parce qu'il y a un texte - il y avait auparavant une pratique judiciaire, mais incertaine - c'est le nouvel article 215 al. 2 : "Lorsque la résidence fixée par le mari présente pour la famille des dangers d'ordre physique ou d'ordre moral, la femme peut, par exception, être autorisée à avoir pour elle et ses enfants une autre résidence fixée par le juge."

C'est un texte pour les relations internes mais si la femme peut obtenir du tribunal l'autorisation de ne pas changer sa résidence d'un point de France à un autre, à plus forte raison peut-elle demander au tribunal l'autorisation de ne pas suivre son mari en pays étranger si les conditions de ce texte sont remplies, c'est-à-dire s'il y a danger d'ordre physique ou moral soit pour elle, soit pour les enfants.

Mais alors si la femme mariée a désormais le pouvoir, sous le contrôle de l'autorité judiciaire, de ne pas quitter le territoire français dans les cas prévus par ce texte, il semble un peu anormal de décider qu'elle aura son domicile dans un pays étranger où elle ne s'est pas rendue, où elle ne se rendra peut-être jamais et, si elle a la nationalité française, qu'elle aura perdu le domicile du pays dans lequel elle vit pour prendre celui d'un pays dans lequel elle ne vit pas. Il semble que ce soit une incidence du nouvel article 215 de décider que lorsque la femme invoquera le bénéfice de ce texte, qu'elle aura été autorisée par le juge à rester en France, elle y conservera aussi son domicile. En effet, la solution est logique. On ne conçoit la vie conjugale qu'avec une unité de domicile, mais s'il n'y a plus vie conjugale puisque chacun est autorisé à résider séparément, il n'y a pas de raison de maintenir l'unité de domicile, qui est un des éléments du foyer, ce foyer se trouvant en sorte dissous puisqu'il y a une séparation de fait légale.

Troisième situation. C'est le cas d'une Française qui épouse un étranger en France. Le législateur a, depuis 1927, envisagé ce cas comme important et c'est pour cela qu'il a voulu permettre aux françaises qui épousent des étrangers de garder leur nationalité parce qu'elles resteront en France. C'était l'opération inverse qui a été envisagée, c'est le mari qu'on doit attirer vers la nationalité française. Voilà donc une Française qui épouse en France un immigré et nous

Source : BIU Cujas

Il semble que cette hypothèse ne concerne que les femmes mariées avant le décret-loi du 12 Novembre 1938

supposons que cet immigré n'ait pas de carte d'identité valable plus d'un an. Si on appliquait l'art. 108 on devrait dire : la femme mariée a un domicile de droit chez son mari ; comme son mari n'a pas de domicile en France, puisqu'il n'a pas la jouissance de ce droit, la femme a nécessairement son domicile hors de France ; et à plus forte raison si son mari vient à être expulsé. Or, on a peine à penser, surtout si l'on se situe dans l'esprit de la réforme faite en 1927 pour la nationalité, que le législateur ait pu admettre - alors qu'il voulait conserver ces Françaises à la France en envisageant qu'elles resteraient dans notre pays - qu'épousant des étrangers elles gardent la nationalité française, mais qu'on les privât d'un avantage qui est sans doute moins important, du domicile en France, alors que le foyer conjugal fonctionne en fait sur notre territoire. Il convient donc de décider que la Française qui épouse un étranger et qui conserve sa nationalité, et qui vit en France, garde son domicile.

Les gens de maison

Reste la dernière hypothèse, celle des gens de maison : toutes les fois qu'une personne qui possède son domicile en France prend du service chez une personne domiciliée à l'étranger, le salarié en question doit avoir son domicile chez son employeur, mais à la condition - bien que cela ne soit pas dans le texte - que le service soit effectué en pays étranger ; et c'est ce qu'a décidé très sagement un arrêt de la Chambre des requêtes du 25 Avril 1926 (S. 1927, I. 57).

L'hypothèse était tellement nette qu'elle a montré qu'on ne pouvait pas appliquer à la lettre l'art. 109. Il s'agissait du jardinier d'un château de Touraine, celui de Montrésor, qui était originaire de son village, qui ne l'avait jamais quitté de sa vie ; il travaillait dans ce château qui appartenait à un étranger, un comte polonais; cet étranger qui l'habitait d'ailleurs la plus grande partie de l'année n'avait pas de domicile en France, la question n'était pas douteuse - c'était avant l'abrogation de l'art. 13 du Code civil.

La question s'est présentée par une voie latérale à propos de l'inscription sur les listes électorales. Quelqu'un a soutenu que ce jardinier devait être rayé de la liste électorale de sa commune. Il n'était plus domicilié en France parce que, en vertu de l'art. 109 du Code civil, celui qui travaille et qui habite chez un employeur domicilié hors de France, a son domicile chez celui-ci ; par conséquent l'employeur n'étant pas domicilié en France, le jardinier n'avait plus son domicile en France.

Il était un peu anormal de penser qu'un individu qui n'avait jamais quitté son pays avait son domicile dans un pays

Source : BIU Cujas

très lointain qui était celui de son employeur, lequel d'ailleurs vivait en France la plus grande partie de l'année

La Cour de cassation a admis dans cette espèce que l'article 109 devait être entendu dans ce sens que le travail avait à être effectué à l'étranger. Donc toutes les fois qu'un Français est au service d'un étranger en France, peu importe que cet étranger n'y soit pas domicilié, on n'applique pas l'art. 109.

II - Cas de perte d'un domicile français par la voie d'un domicile de choix.

L'hypothèse

Cela se produira toutes les fois qu'un Français va acquérir hors de France un domicile de choix, le domicile de l'art. 103 : il décide de fixer le centre de son principal établissement dans un pays étranger. Le peut-il vis-à-vis de la France ?

Evolution historique

Dans l'ancien droit il semble qu'il y ait eu synchronisme entre la conservation de la nationalité française et la conservation d'un domicile en France. En d'autres termes, le Français qui s'expatriait à titre définitif et fixait son domicile à l'étranger perdait ipso facto la nationalité ; on ne concevait pas l'un sans l'autre. On s'était demandé si le Code civil de 1804 n'avait pas consacré ce système dans l'art. 17, aujourd'hui abrogé depuis la loi de 1889 ; l'ancien article 17.3° du Code civil disait en effet : "... tout établissement fait en pays étranger sans esprit de retour ...". Or, la fixation par un Français du centre de son principal établissement à l'étranger était la plupart du temps sans esprit de retour.

Solution actuelle

Cependant, même à l'époque où ce texte était en vigueur, la jurisprudence décidait qu'un Français pouvait avoir un domicile à l'étranger sans perdre pour cela la nationalité. Les deux choses n'étaient pas solidaires, on pouvait donc avoir l'esprit de retour bien que l'on eût fixé son domicile en pays étranger.

Dans tous les cas la question est aujourd'hui certaine, d'abord parce que ce texte a été abrogé et qu'en vertu d'un texte tout récent de caractère administratif, l'art. 105, al. 2, texte visant le cas du Français qui transfert son domicile de France à l'étranger, il est admis implicitement - puisque le texte l'oblige à une déclaration - qu'un Français puisse perdre son domicile en France sans perdre par là même sa nationalité. Par conséquent le Français qui veut fixer son domicile à l'étranger doit d'abord faire une déclaration à l'administration, déclaration qui n'est sanctionnée que par une amende et, d'autre part, il faut qu'il fixe effectivement à

Reproduction interdite

Source : BIU Cujas

l'étranger le centre de son principal établissement dans les conditions de l'art. 103 du Code civil.

La réintégration dans le domicile

Existe-t-il une réintégration dans le domicile français pour ceux qui l'avaient et qui l'ont perdu ? Non, il n'y a pas de procédure spéciale de réintégration, mais rien n'empêche un individu qui a perdu son domicile de France d'en acquérir un à nouveau s'il remplit les conditions nécessaires à l'acquisition d'un domicile français, soit de droit, soit de choix.

Ceci nous amène, comme complément aux considérations relatives à la femme mariée, à parler d'un arrêt récent (Req. 1er Août 1930, S. 1931.1.385).

Il s'agissait d'une femme mariée française qui était devenue étrangère et qui avait été réintégrée dans la nationalité française, mais le mariage n'était pas dissous. Est-ce que cette femme pouvait acquérir un domicile en France, son mariage n'étant pas dissous ? Est-ce que l'art. 108 s'opposait toujours à l'acquisition par elle d'un domicile en France ? Par application des idées développées plus haut, puisque cette femme a été réintégrée dans la nationalité française, elle ne peut l'être que si elle réside en France, c'est donc qu'il n'y a plus de vie conjugale, c'est une femme séparée de corps ou tout au moins une femme séparée de fait de son mari. Dans ces conditions, puisqu'elle est redevenue française il ne parait pas normal de la priver du droit au domicile en France et c'est ce qu'a décidé cet arrêt de la Chambre des Requêtes.

Appendice à la matière du domicile et de la nationalité.

Preuve de la nationalité et preuve du domicile.

§ I - Preuve de la nationalité.

Le problème de la preuve de la nationalité est en lui-même spécifiquement de la même nature que tout problème de preuve.

Importance de la preuve

Il ne suffit pas, en effet, d'avoir un droit si on ne peut pas le prouver. Evidemment la preuve parait techniquement parlant moins importante que la création du droit. La preuve n'est que la constatation, n'est que la justification d'un droit qui existe, de même que la photographie ne fait que rendre une image mais ne la crée pas par elle-même ; donc la preuve parait quelque chose de moins im-

Source : BIU Cujas

portant que le droit puisque le droit doit lui préexister. Mais cependant les droits ne servent à rien pratiquement lorsqu'on est hors d'état d'en rapporter la preuve.

Voici des exemples : la filation préexiste à sa preuve, c'est une évidence, mais cependant si on ne peut pas prouver sa filiation c'est comme si on n'en possèdait aucune . Un individu dans cette situation sera un enfant de parents inconnus ; donc la preuve a une importance pratique considérable.

A quoi me sert-il d'être créancier si je n'ai pas de moyens de prouver mon droit de créance ? A quoi me sert-il d'être propriétaire si je suis hors d'état de prouver ma propriété ? Certes ma propriété a été créée mais en l'absence de preuve, mon droit va se trouver paralysé. On peut supposer évidemment que les autres reconnaissent mon droit, mais ce serait supposer de la part de l'humanité un état de bonté qui est purement théorique et utopique ; par conséquent on cherchera toujours à contester les droits des autres, il faut pouvoir les prouver.

Cela étant en matière de nationalité, comment la preuve va-t-elle se faire ? Cela soulève deux problèmes : quelle est l'autorité qualifiée, et quelle est la preuve dont il faut se servir.

I - Autorité qualifiée.

Incompétence de l'administration

L'autorité administrative en France n'a aucune qualité pour délivrer des attestations ou des preuves de nationalité, à la différence de ce qui peut exister dans certains pays. On a demandé plus d'une fois qu'il y eût en France un service qui eût le pouvoir de délivrer un document officiel, un titre opposable erga omnes déclarant : "Un tel possède la nationalité française". Ce n'est pas réalisé et c'est difficilement réalisable. Dans tous les cas, un service administratif n'offre pas les garanties voulues pour donner des certificats de nationalité.

La carte d'identité de Français ou le passeport ne prouvent pas la nationalité française ; pratiquement l'administration qui les délivre s'en contente mais ces pièces ne prouvent pas, en cas de contestation, la nationalité ; elles ne la font même pas présumer car elles sont subordonnées à l'existence véritable de cette nationalité.

Cependant et de plus en plus, surtout à l'époque contemporaine, on a besoin de prouver sa nationalité et cela cause une gêne dans la vie courante, parfois même des impossibilités de n'avoir pas un moyen commode, rapide et économique, ne serait-ce que pour la délivrance des cartes d'identité, de prouver vis-à-vis de l'administration qu'on est Français.

L'administration a donc imaginé (circulaire du garde des Sceaux du 12 Octobre 1941) un moyen très simple : toute

Source : BIU Cujas

Les certificats de nationalité et leur valeur relative

personne peut obtenir un certificat de nationalité du juge de paix de son domicile et celui-ci a reçu des instructions pour délivrer les certificats dans tous les cas qui ne soulèvent aucun doute et, s'il y a le moindre doute, en référer au ministère de la Justice qui lui donnera les instructions nécessaires. L'administration se contentera de ces certificats de nationalité, notamment pour la délivrance d'une carte d'identité française ; mais ces certificats de nationalité n'ont rigoureusement aucune valeur légale. Ils n'ont que la valeur que l'on veut bien leur attribuer. Comme l'administration les a elle-même imaginés elle leur attribue une certaine valeur pratique, mais l'instruction dit elle-même "ils font foi tant qu'ils ne sont pas l'objet d'une contestation sérieuse". Ainsi, ils sont extrêmement utiles, ils ont rendu de grands services dans la pratique mais il ne faut pas s'illusionner à leur égard. Lorsqu'il y a vraiment une contestation sur la nationalité ces certificats ne créent même pas une présomption et l'administration n'a aucune qualité pour délivrer des attestations de nationalité.

Compétence exclusive des tribunaux judiciaires

Seuls en droit français, les tribunaux judiciaires ont qualité pour statuer, mais alors il faut faire un procès, on ne peut pas s'adresser au Président du Tribunal pour lui demander une attestation, il n'a pas qualité pour cela. Mais ainsi qu'il a déjà été indiqué précédemment, une pratique s'est établie, assez utile, devant certains tribunaux, notamment devant le Tribunal de la Seine, en vertu de laquelle on peut actionner le ministère public pour faire trancher la question en dehors de tout intérêt, pour voir statuer sur sa nationalité. C'est en quelque sorte un procès abstrait. Un arrêt récent de la Cour d'appel de Paris du 31 Mars 1941, Sem. Jur. 1941-1724, note de M. Maury, a décidé que les instances en matière de nationalité avec le ministère public entraînaient une décision qui avait l'autorité absolue de la chose jugée. La seule façon d'avoir un titre opposable aux tiers est donc d'actionner le ministère public et de faire trancher par les tribunaux la question de la nationalité.

Nous arrivons maintenant à la question la plus importante : il faut prouver contre le ministère public que l'on est Français, surtout si le ministère public le conteste. C'est au demandeur à apporter la preuve, le ministère public qui est défendeur n'a aucune preuve à fournir. Comment prouver l'acquisition de la nationalité française ? Comment prouver la perte de la nationalité française ?

Source : BIU Cujas

II - Preuve de l'acquisition de la nationalité française.

Faits dont découle la nationalité

La nationalité française peut découler de l'une des trois circonstances suivantes : ou bien d'une filiation française, ou bien d'un ensemble de faits matériels français, ou bien d'un acte juridique. On peut se rendre compte immédiatement que la preuve va varier selon que la nationalité aura été acquise par la suite d'une filiation française, d'un fait matériel français ou d'un acte juridique français.

A - La nationalité qui découle de la filiation est de beaucoup la plus importante puisque c'est celle de l'immense majorité des Français. Ils sont Français de naissance et par filiation, les Français de territoire ne sont qu'une exception, minime par rapport à l'ensemble.

Preuve de la nationalité de filiation : probatio diabolica

Comment l'immense majorité des Français peut-elle prouver sa nationalité de filiation ? C'est une preuve qui n'est pas seulement difficile à faire, mais qui dans la plupart des cas est presque impossible, que l'on peut appeler une preuve diabolique. Et nous faisons une comparaison avec une question rencontrée en 1ère année, la preuve de la propriété. J'achète un immeuble de quelqu'un, comment prouver que j'en suis propriétaire ? Je prouve que j'ai acheté l'immeuble, mais cela ne prouve pas du tout que j'en sois propriétaire. Je n'en suis propriétaire que si celui qui me l'a vendu en est propriétaire, sans cela il faut que je prescrive pendant dix ou vingt ans ou peut-être trente ans. Je suis propriétaire si celui qui me l'a vendu était propriétaire. Mais mon vendeur n'était propriétaire que si son auteur l'était lui-même et ainsi de suite. C'est une preuve diabolique et qui n'est pas organisée.

Nous n'avons qu'à appliquer ces considérations à la matière de la nationalité de filiation. Est Français, dit notre loi, celui qui est né d'un Français ; donc tout individu né d'un père français est français. Mais comment prouver que le père était français de filiation ? Il faut prouver que le grand-père était français de filiation et ainsi de suite ; c'est une preuve diabolique, impossible à faire absolument comme la preuve de la propriété.

Comment s'en est-on tiré pour la propriété ? La jurisprudence a admis deux solutions différentes ; d'une part la simple possession d'un immeuble établit une présomption simple de propriété, ce qui déplacera le fardeau de la preuve ; ce sera à mon adversaire à prouver que je ne suis pas propriétaire et cela lui sera très difficile. En outre, il y a la prescription. Enfin la jurisprudence a imaginé une autre preuve lors-

Source : BIU Cujas

que cette possession, pour une cause quelconque, n'existe pas. Elle considère que celui qui a un titre d'acquisition, un acte de vente, possède un titre qui fait présumer que le vendeur était propriétaire ; c'est moins une présomption légale qu'une de ces présomptions dont parle l'art. 1353, présomptions de l'homme ou présomptions basées sur des faits graves, précis et concordants.

Ainsi donc si l'acheteur d'un immeuble a un titre d'acquisition, il n'aura pas à prouver sa propriété, ce sera à son adversaire à établir pourquoi il ne l'est pas. Il faut raisonner de la même façon en matière de nationalité sans quoi le Français serait dans l'impossibilité de prouver sa nationalité. Il suffira donc d'établir qu'il existe ce que l'art. 1353 appelle les présomptions de l'homme, graves, précises et concordantes, pour que les juges aient le pouvoir d'en déduire la nationalité française des ascendants.

La preuve se fera par présomptions

Art. 1353 : "Les présomptions qui ne sont point établies par la loi, sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes....."

Grâce à ces présomptions graves, précises et concordantes, le juge pourra dire : j'estime que le père ou le grand-père, ou l'arrière grand-père de l'individu étaient français.

Quelles sont ces présomptions graves, précises et concordantes que le juge retiendra ? Par exemple la possession d'état de la qualité de Français, quelqu'un a toujours passé pour Français dans son entourage. Cette possession d'état constitue déjà une présomption grave, précise et concordante si rien n'est venu l'infirmer ; naturellement on aura le droit de la combattre.

La Cour d'appel de Paris, dans un très important arrêt du 7 Avril 1943 (1ère Chambre, S. 1943, 2.57, note de M. Niboyet) a fait dans cette matière qui soulève - chose heureuse et singulière - très rarement des procès, l'application de ces idées.

Il s'agissait d'une personne qui se prétendait française et qui excipait de ce qu'il y a plus d'un siècle un de ses aieux avait été conseiller municipal et maire de sa commune, en 1833. Or, disait-elle, on ne pouvait pas, même à cette époque, exercer une fonction publique telle que celle de conseiller municipal ou de maire sans avoir des droits politiques, c'est-à-dire sans avoir les droits de citoyen français ; donc mon aieul était citoyen français et s'il était citoyen français par là même ses enfants étaient français, ses petits enfants l'étaient, etc.. et je suis donc Français.

Le Tribunal de la Seine par un jugement du 17 Juillet 1942 avait décidé en ce sens par application de l'article 1353 : "à défaut de preuve directe, le plus souvent impossible

Source : BIU Cujas

cette preuve peut résulter de titres ou présomptions graves, précises et concordantes qui sont appréciées par les juges du fond".

La Cour d'appel de Paris a confirmé le jugement, mais l'arrêt offre une rédaction infiniment moins satisfaisante et voici pourquoi : la Cour d'appel de Paris a dit que le fait qu'un aieul avait exercé des fonctions publiques créait la preuve légale de sa nationalité française. Or, ce n'est pas du tout parce que quelqu'un a exercé une fonction publique qu'il était nécessairement Français. Il aurait dû l'être mais il peut arriver de temps à autre que quelqu'un, par suite d'une erreur ou d'une fraude, arrive à exercer une fonction publique en passant pour Français alors qu'il ne l'est pas . Donc le fait que l'aieul eût exercé une fonction publique pouvait créer une présomption mais pas une certitude qu'il était Français; ce n'est pas une preuve complète, ce n'est pas une preuve légale. Par conséquent, la position du Tribunal paraissait préférable à celle qui a été suivie par la Cour d'appel. Mais le résultat est le même dans les deux cas : l'individu a été considéré comme Français parce qu'il était établi que son aieul avait possédé la nationalité française.

B - Hypothèse où la nationalité française acquise découle de faits matériels.

Nationalité découlant de faits matériels

La preuve est facile

Nous allons voir que par un procédé détourné et indirect, les Français de filiation vont se servir de ce procédé de preuve qui est beaucoup plus facile et abordable, bien qu'il ne soit pas fait pour eux.

Ces faits matériels sont des faits indiscutables : c'est le maximum de facilité de preuve, toutes les fois que quelqu'un devient Français parce qu'il est né en France de quelqu'un qui est déjà né en France. Il n'y a qu'à prouver deux faits matériels : la naissance de l'enfant en France et la naissance en France du père ou de la mère. C'est d'autant plus facile qu'il y a le régime de l'état civil ; donc pratiquement tout individu qui devient Français par application de ces dispositions de notre loi, né en France d'un père ou d'une mère déjà nés en France, n'a qu'à rapporter son acte de naissance et celui de son parent. Les deux faits matériels sont établis de la façon la plus simple qui soit et la preuve de la nationalité est établie.

Voilà donc pour les individus qui ne sont pas Français de filiation. Le système jouera également pour l'individu de l'art. 4 de notre loi, né en France et qui se trouve en France le jour de sa majorité, sauf que la preuve sera un peu plus difficile. Il prouvera sa naissance en France par son acte de naissance mais sa présence en France au jour de sa majorité constitue un fait qu'il pourra prouver par tous moyens, cette

Source : BIU Cujas

dernière preuve sera moins objective.

Utilisation de cette preuve par les Français de filiation

Revenons aux Français de filiation, c'est-à-dire à presque tout le monde. Les Français de filiation sont la plupart du temps nés en France de parents déjà nés en France, aussi pratiquement prouvent-ils leur nationalité de cette façon. L'administration elle-même leur dit : rapportez-moi votre acte de naissance et celui de votre père ; l'administration ne va pas plusloin et elle déclare que si les deux naissances en France sont établies, l'individu est Français.

Le résultat est très pratique mais la construction est tout à fait mauvaise car les individus nés en France d'un père né en France sont des individus qui sont Français de territoire et non pas Français de filiation. On oblige donc, par une sorte de capitis diminutio de preuve, le Français de filiation, c'est-à-dire le Français intégral, à prouver sa nationalité par des procédés qui sont faits pour les Français non intégraux. Mais cette preuve est beaucoup plus facile, plus abordable et irréfutable, il faut le reconnaître.

Il n'en est pas moins vrai que le Français de filiation ne peut pas prouver directement sa filiation ; il ne peut prouver sa filiation qu'en se plaçant dans la situation dans laquelle il serait s'il n'était pas un Français de filiation.

C - Troisième et dernière hypothèse qui ne va soulever aucune difficulté, c'est celle où la nationalité résulte d'un acte juridique : il y a un acte juridique qui existe, il n'y a qu'à le représenter ou à en représenter une copie officielle.

Nationalité découlant d'un acte juridique: aucune difficulté de preuve

Quels sont les individus visés ? Ce sont d'abord les individus de l'art. 8, ceux qui ont réclamé par une déclaration devant le juge de paix ; ils ont le double de leur déclaration. Ce sont les naturalisés, il y a un décret de naturalisation ; ce sont les réintégrés de l'art. II, il y un décret de réintégration ; ce sont les femmes mariées qui ont réclamé la nationalité de leur mari aux termes de l'art. 8 du Code civil, leur réclamation reste dans les archives et un double leur en est donné qui est enregistré au ministère de la justice.

Il y a dans toutes ces hypothèses un acte juridique et la preuve est très facile, elle est irréfutable. D'où résulte dès lors que ce sont les Français de filiation, c'est-à-dire ceux que nous qualifierons de Français intégraux, qui prouvent le plus difficilement leur nationalité, les autres la prouvent beaucoup plus facilement.

- Les descendants de ces Français - cela complète ce que nous avons dit pour les Français de filiation - c'est-à-

Source : BIU Cujas

dire de ceux qui sont devenus Français par un acte juridique ou par le jus soli, pourront très facilement prouver leur nationalité de filiation. Supposons un enfant dont le grand-père est naturalisé ; il peut très facilement prouver sa nationalité de filiation puisqu'il est le petit-fils d'un naturalisé, son père était donc certainement français. Ici, en effet, pour le grand père, il existe un décret de naturalisation, il y a un acte juridique et la preuve diabolique cesse d'exister. Mais ceux dans la vie desquels il n'y a aucun élément d'origine étrangère, sont dans la situation délicate dont nous avons parlé, et dont on n'arrive à sortir qu'au prix de grandes difficultés.

Enfin une dernière situation qui combine entre elles les difficultés, c'est celle de l'individu qui est Français parce qu'il est né en France d'une mère française. C'est l'individu de l'art. I, 3° de notre loi. Quelle preuve aura-t-il à fournir ? La preuve de sa naissance en France, c'est très simple, par son acte de naissance ; mais né d'une mère française, ici nous retrouvons toutes les difficultés de la nationalité de filiation.

III - Preuve de la perte de la nationalité française.

Distinction

Deux hypothèses sont à envisager : il y a ou il n'y a pas d'acte juridique qui constate la perte de la nationalité.

Première hypothèse : il y a un acte juridique.

Toutes les fois que la perte de la nationalité française résulte d'un acte juridique, ceux qui ont intérêt à prouver cette perte de nationalité n'auront qu'à produire l'acte juridique en question; la preuve sera évidemment très simple et très facile. Ce sont tout d'abord les individus qui ont acquis une nationalité étrangère en vertu de l'art. 9, I° de notre loi ; ils rapporteront un titre en règle du pays étranger prouvant qu'ils ont acquis une nationalité étrangère.

Grande facilité de preuve

En second lieu, les individus de l'art. 9, 2° de notre loi : le Français qui a répudié la nationalité française ; il a fait une déclaration devant le juge de paix.

En troisième lieu, le Français qui a été autorisé par le gouvernement français à rompre son allégeance ; il y a un décret du gouvernement français.

Puis (art. 9, 4°) la Française qui, lors de son mariage, a opté pour la nationalité étrangère de son mari ; il y a une déclaration faite devant l'officier de l'état civil.

Enfin tous les cas de l'article IO, ainsi que tous les cas de la législation exceptionnelle de guerre ; tous ces in-

Source : BIU Cujas

dividus perdent la nationalité à la suite d'un décret; par conséquent rien n'est plus simple que de prouver à leur profit ou contre eux la perte de la nationalité française, puisqu'il y a un acte juridique.

Deuxième hypothèse : il n'y a pas d'acte juridique.

Il n'est qu'une seule hypothèse dans laquelle un Français perd sa nationalité sans qu'il y ait de trace, c'est le cas de l'article 9, 5° : le Français qui a conservé un service dans un emploi public à l'étranger malgré l'injonction de s'en démettre. Nous avons déjà dit qu'il n'y avait aucune procédure, aucune déchéance administrative ou judiciaire. Il n'y a dans ce cas aucune preuve et il y aura toute la difficulté, toute l'incertitude à l'avenir pour savoir si l'individu a ou non perdu la nationalité, s'il a ou non encouru la perte de sa nationalité. C'est le seul cas dans lequel la perte de la nationalité française soit incertaine quant à sa preuve. Il s'applique si rarement que cela ne présente heureusement pas beaucoup d'intérêt pratique.

Incertitude de la preuve

Dans son ensemble, la perte de nationalité est beaucoup mieux règlementée que l'acquisition de la nationalité française.

A qui incombe le fardeau de la preuve

Qui a la charge de la preuve de l'acquisition ou de la conservation de la nationalité française ? C'est celui qui invoque l'acquisition ou celui qui invoque la perte de la nationalité qui a la charge de cette preuve à fournir ; d'où résulte que si l'on a pu prouver qu'on a eu un aïeul même très lointain qui fut Français, doit-on prouver que les descendants de cet aïeul ont conservé la nationalité française ? Non, car l'on n'a pas à prouver que l'on est resté Français, pour l'excellente raison que cela constitue ce qu'on appelle une preuve négative et que l'on ne peut pas faire une preuve négative . On peut prouver qu'on a perdu la nationalité française ou acquis la nationalité française, mais on ne peut pas prouver que l'on n'a pas perdu cette nationalité. D'où résulte que les descendants de cet aïeul dont la nationalité française est certaine, sont considérés comme Français ; mais ce n'est qu'une présomption simple, tout le monde a le droit de contester ce fait et de prouver que quelqu'un dans la ligne manque, que quelqu'un avait perdu, depuis l'ancêtre, la nationalité française.

C'est pourquoi, dans l'espèce dont la Cour de Paris a eu à connaître en 1943, nous allons modifier très légèrement les faits ; il n'était pas certain que l'aïeul fut français, ce qui est certain c'est qu'il avait exercé des fonctions publiques. Supposons que la preuve eut été rapportée qu'il était Français ; il en résultait que puisque l'aïeul était Français

Source : BIU Cujas

tous les descendants étaient aussi français tant qu'on n'avait pas prouvé qu'ils avaient perdu la nationalité française. Il y avait là une présomption simple.

§ 2 - Preuve de l'acquisition et de la perte du domicile.

La preuve n'est règlementée par aucun texte et elle soulève tous les problèmes, toutes les difficultés que soulève en droit interne la preuve de l'acquisition ou la preuve de la perte du domicile ; il suffit donc de renvoyer aux traités de droit civil. On prouvera l'acquisition ou la perte d'un domicile français comme on prouvera l'acquisition ou la perte d'un domicile en droit interne, c'est-à-dire qu'il faudra prouver qu'on remplit les conditions voulues et qu'on est dans la situation voulue car c'est surtout une situation de fait pour le domicile de choix ; et dans ces conditions, aucune présomption n'existe.

Source : BIU Cujas

Titre III

REPARTITION GEOGRAPHIQUE DES PERSONNES MORALES

Importance de cette matière

Il n'est pas besoin d'attirer l'attention sur l'importance pratique de cette matière : elle provient de la place prise par les personnes morales dans la vie des divers pays et dans la représentation des divers intérêts. C'est, en effet, un signe de la vie moderne que le développement de la vie collective remplaçant en de nombreux domaines la vie individuelle ; cette vie collective qui s'est ainsi développée dans les rapports internes a nécessairement des répercussions dans le domaine international. Le phénomène se traduit sur le double terrain des collectivités publiques et des collectivités privées.

A - Collectivités publiques.

L'étatisme

C'est le progrès, dans de nombreux pays, de ce qu'on peut appeler le développement de l'étatisation. Ce développement de l'étatisation conduit fatalement l'Etat à se livrer à certaines activités, par exemple des activités commerciales, dans les rapports internationaux : l'Etat se fera transporteur, il aura des bâteaux, il aura une flotte marchande, il aura des organismes pour le développement du commerce extérieur, pour l'importation ou pour l'exportation. C'est ainsi que dans les 20 ou 25 dernières années, une forme nouvelle étatique a fait son apparition dans le monde, forme très importante au point de vue de sa construction juridique, ce qu'on a appelé les représentations commerciales de l'U.R.S.S. qui ont fonctionné dans un certain nombre de pays et qui avaient le monopole du commerce extérieur russe.

En ce qui concerne la France, il y a de nombreux offices, constituant des établissements publics , qui se livrent à des activités commerciales et il est vraisemblable que dans l'avenir d'autres organismes d'Etat seront envisagés ; on y pense notamment pour le développement et le fonctionnement du commerce extérieur.

Source : BIU Cujas

B - Collectivités privées.

Développement des groupements de personnes

Ce n'est pas seulement sur le terrain des organismes publics que la question se présente, c'est encore plus peut-être et surtout, sur le terrain de la vie collective privée. Car si, en droit interne, de plus en plus les sociétés remplacent les activités individuelles, il en résulte que le commerce international est fait, beaucoup plus aujourd'hui qu'il y a cinquante ans, par des sociétés et non plus par des individus. Or, l'activité internationale des personnes morales pose un certain nombre de problèmes - puisque c'est un être moral et juridique - qui n'existent pas lorsque la même activité est exercée par de simples particuliers. Et ce ne sont pas seulement des sociétés qui se présentent, ce sont aussi un grand nombre de groupements d'individus aux activités extrêmement variées et auxquels nous donnerons le terme générique d'associations : associations désintéressées, associations scientifiques, associations religieuses ou associations professionnelles qui jouent un très grand rôle à l'heure actuelle, sous la forme, en France, des syndicats par exemple, syndicats de garantie qui représentent la profession vis-à-vis de tel ou tel pays étranger.

Retenez donc l'importance pratique - c'est un phénomène économique - prise de plus en plus grande par la vie collective dans les rapports internationaux.

On peut encore y ajouter, pour terminer cette rapide revue, les fondations qui sont des affectations d'un certain patrimoine à une oeuvre ; mais de même qu'il y a des fondations internes, il y a des fondations internationales lorsque l'oeuvre doit se répercuter sur un certain nombre de pays. Il suffit de citer de très importantes fondations qui avaient des ramifications dans la plupart des pays, la fondation Carnègie ou la Fondation Rockfeller.

Le problème juridique posé par le phénomène

De tout cela ressort le problème que voici : puisque les personnes morales sont appelées à exercer une activité internationale, activité sans cesse croissante, il faut par là même en faire une répartition géographique. En effet, les personnes morales sont, à peine de ne pas exister, des sujets de droit et si les personnes sont des sujets de droit il est indispensable pour la jouissance des droits qu'elles ont et pour l'exercice qu'elles en font, de les rattacher à un pays ou à un autre. Ces droits seront tantôt des droits politiques, tantôt des droits simplement juridiques, mais il faudra tout de même savoir quel est le pays dont elles doivent recevoir une influence.

Si on fait une comparaison des personnes physiques et des personnes morales, on constate en somme que pour les per-

Source : BIU Cujas

sonnes physiques que nous avons rencontrées précédemment on trouve d'abord, comme rattachement international, la nationalité puis le domicile, puis une simple circonstance de fait qui s'appelle la résidence. Nous retrouvons pour les personnes morales trois signes de rattachement : un rattachement de caractère politique ; nous ne l'appellerons pas la nationalité et nous dirons plus tard pourquoi, nous l'appellerons l'allégeance politique des personnes morales. Puis le domicile des personnes morales ; puis une simple circonstance de fait que l'on rencontre lorsqu'une personne morale a une succursale dans d'autres pays ; c'est quelque chose qui correspond à une résidence. Nous ne traiterons ici que de l'allégeance politique et du domicile.

Chapitre I

L'ALLEGEANCE POLITIQUE DES PERSONNES MORALES

C'est un des problèmes les plus discutés qui existait en Droit international privé dans les 25 ou 30 dernières années tant en France qu'à l'étranger ; il a suscité une littérature importante et une jurisprudence assez copieuse. On peut dire que c'est une des matières que les évènements et le mouvement des idées ont le plus complètement renouvelée à l'époque contemporaine. Quel est le fondement de l'allégeance politique d'une personne morale ?

Définition de l'allégeance

Définissons d'abord cette allégeance politique : c'est la détermination du pays dont une personne morale relève au point de vue de la jouissance des divers droits qui lui appartiennent. Que cette allégeance soit indispensable, il est à peine besoin d'y insister et quelques exemples vont immédiatement vous le montrer.

Intérêts pratiques de la question

Dans chaque pays des individus ou des personnes morales se trouvent ou peuvent se trouver frappés de certaines incapacités ; il est donc indispensable de savoir quelles sont les personnes morales que visent ces incapacités, quelles sont celles qui ont l'allégeance politique du pays où existent ou non ces incapacités. Voilà un premier intérêt pratique. Si l'on dit par exemple que seules les personnes morales ayant l'allégeance politique français[illegible] jouissent de tel droit, il faut immédiatement déterminer quelles sont celles qui n'ont pas l'allégeance politique française puisqu'elles

Source : BIU Cujas

les seront frappées d'une incapacité. Prenons la législation sur la propriété commerciale : cette législation décide que seuls les Français ont la jouissance du droit à la propriété commerciale en principe ; donc une personne morale qui n'a pas une allégeance politique française ne doit pas pouvoir se prévaloir du bénéfice de cette législation ; c'est très important au point de vue pratique. De même en ce qui concerne les nombreux traités diplomatiques signés entre les divers Etats: quelles sont les personnes morales visées par ces traités ? Une personne morale invoque le bénéfice d'un traité signé par un Etat ; a-t-elle l'allégeance politique de cet Etat ?

Un troisième intérêt pratique se présente plus spécialement sur le terrain du droit international public, mais l'activité des sociétés y a souvent donné lieu. Il s'agit de savoir quel est l'Etat qui pourra prendre fait et cause pour elles, les défendre dans les rapports internationaux. Si une société est lésée dans ses droits dans un pays étranger, comme il y a souvent de très gros intérêts nationaux à l'activité des sociétés, l'Etat français, s'il s'agit d'une société à allégeance politique française, interviendra, prendra fait et cause pour elle et exercera le droit de protection de son national comme il le ferait s'il s'agissait d'un individu, personne physique, qui serait lésé dans ses droits en pays étranger ; voilà donc un intérêt très grand.

Enfin, et dans les périodes temporaires mais qui, malheureusement, se reproduisent avec une périodicité trop grande, dans les périodes de guerre, la détermination de l'allégeance politique d'une personne morale prend un intérêt renforcé ; en effet on édicte des mesures à l'égard des ennemis, il faut tout de même bien savoir quelles sont les personnes morales qui ont une allégeance politique non ennemie, nationale ou neutre.

La prétendue nationalité des personnes morales

Les personnes morales ont-elles ou n'ont-elles pas une nationalité ? La doctrine classique qui a régné invariablement pendant tout le XIXème siècle et le début du XXème, considérait comme admis, comme consacré que les personnes morales avaient une nationalité, d'où l'expression usuelle de la nationalité des sociétés; et les ouvrages qui étaient consacrés à la matière s'intitulaient généralement "Nationalité des sociétés". Il y avait même des textes dans lesquels ce terme de nationalité s'était glissé. On peut signaler la loi sur les sociétés du 24 Juillet 1867 dont l'article 31 modifié en 1913 vise l'hypothèse du changement de nationalité d'une société. De même dans des traités diplomatiques on employait parfois l'expression de nationalité.

Or, une réaction moderne très vive s'est produite dans les 25 ou 30 dernières années contre la réception de cette idée d'après laquelle les personnes morales, plus spécialement les sociétés, auraient une nationalité. On a fait remarquer

Source : BIU Cujas

en effet, que donner une nationalité à une personne morale, c'était aller au-delà des exigences mêmes de la personnalité morale. Pourquoi existe la personnalité morale ? La personnalité morale n'est qu'une création arbitraire, nécessaire d'ailleurs mais artificielle, dans tous les cas, du législateur. Celui-ci considère que certains intérêts communs ne pourraient pas pratiquement être exercés d'une manière satisfaisante, -et c'est indiscutable - si l'on ne créait pas un sujet de droit indépendant des personnes physiques qui sont à la base de cet organisme. Une société ne pourrait pratiquement pas fonctionner si elle n'avait pas la qualité de sujet de droit et si, par conséquent, elle ne se différait pas au point de vue patrimonial de la qualité de chacun des membres qui la constituent ; elle ne pourrait pas avoir de patrimoine, elle ne pourrait pas ester en justice, il y aurait là quelque chose qui la paralyserait purement et simplement.

Rejet de l'idée de nationalité des sociétés

Mais il ne faut tout de même pas élever cette personnalité morale au rang d'un être aussi complet que la personnalité physique, ayant tous les attributs qui s'attachent à cette dernière. La personnalité morale n'est qu'une construction dans un but et pour une fin limitée et nécessaire, on ne doit pas aller au-delà, sans quoi on aboutit à hypertrophier cette idée de la fiction et presque à tomber dans l'absurde. En d'autres termes, il ne faut prendre cette notion de personnalité morale que dans la mesure où l'on en a besoin, mesure qui d'ailleurs est indiscutable, mais ne pas l'assimiler à une personnalité complète. Il y a, en effet, une très grande différence entre cette personnalité et celle des individus : les individus ont un lien politique avec les Etats et c'est ce lien politique avec les Etats qui constitue leur nationalité parce que l'individu est un élément constitutif de l'Etat. Nous l'avons dit précédemment, il n'y a pas d'Etat sans national, l'Etat a besoin d'un territoire et de nationaux pour se constituer ; ce sont là les deux piliers de l'édifice, de la construction, de l'Etat. Or, une personne morale ne peut pas être un élément constructif de l'Etat, elle n'ajoute rien à l'Etat, elle n'augmente en rien le nombre des ressortissants de cet Etat, il ne faut pas croire que dans un recensement de population on va augmenter la population du nombre des personnes morales et dire que la population française est constituée de tant de personnes physiques avec, en outre, tant de personnes morales ; ce serait véritablement être victime de l'artificiel. Une construction juridique - car ce n'est que cela - ne peut pas avoir de nationalité ; seuls sont susceptibles d'avoir une nationalité, c'est-à-dire un rapport politique avec un Etat qui en fait ses nationaux, des êtres vivants.

On a beaucoup trop utilisé à l'époque moderne cette expression de nationalité, parce qu'elle était peut-être commo-

Source : BIU Cujas

de en raison de l'insuffisance de notre langage pour désigner des institutions qui n'étaient plus des nationalités. C'est ainsi qu'on parlera de la nationalité d'un bâteau, mais un bâteau, ce n'est que de la matière et un bâteau ne peut pas avoir de nationalité ; il peut - ce qui est tout différent - et c'est la confusion à laquelle on s'est laissé aller - porter un pavillon qui lui est donné par un Etat qui l'y autorise mais il ne résulte nullement de ce fait qu'il ait une nationalité. On n'a jamais dit qu'un régiment - qui a un drapeau - ait pour cela une nationalité : les individus qui le constituent en ont une mais l'entité qu'il forme n'a pas jamais telle une nationalité politique. Encore moins peut-on parler - et c'est pourtant un terme employé en matière douanière - de la nationalité d'une marchandise ; on veut dire par là que la marchandise est originaire d'un certain pays mais cela ne constitue pas une nationalité. Il ne peut pas y avoir de nationalité des personnes morales, parce que c'est donner à la notion de personnalité morale un sens qu'elle n'a pas et ne peut pas avoir.

Nature de l'allégeance

Mais qu'est alors l'allégeance politique des personnes morales ? Elle n'est pas une nationalité, elle est simplement la constatation d'un fait, c'est que la personne morale relève d'un Etat ou d'un autre au point de vue de l'influence politique ; c'est pourquoi nous l'appelons allégeance politique. Certes, la personne morale relève politiquement d'un Etat, il y a des intérêts politiques à la rattacher à tel Etat plus qu'à tel autre ; ce n'est pas une nationalité, c'est simplement une dépendance internationale d'où le terme d'allégeance politique.

Critère de cette allégeance

Mais cette allégeance politique, comment la déterminer ? D'après quel critère va-t-on rattacher la personne morale politiquement parlant à la sphère d'influence d'un Etat plutôt que d'un autre ? Ici, il y a deux conceptions, la conception classique et une autre conception moderne qui tend de plus en plus à éliminer la conception classique. La conception classique part d'un critère juridique : la conception qui se répand de plus en plus dans le monde et qui a fait chez nous d'immenses progrès et a obtenu de nombreuses réalisations, est une conception politique. Nous sommes donc en présence de deux conceptions qui s'opposent : est-ce l'élément juridique qui doit l'emporter sur l'élément politique ou est-ce l'élément politique qui doit l'emporter sur l'élément juridique ?

Reproduction interdite

Source : BIU Cujas

Conception classique : conception juridique

Le siège social détermine la nationalité

Elle a pour point de départ la notion de personnalité morale. Voici comment on a raisonné pendant tout le XIXème siècle : puisque la personne morale est un sujet de droit qui vit d'une vie propre séparée détachée de celle des membres qui la constituent et nécessaire au fonctionnement de cette société dès lors cet être abstrait cette personne morale possède comme telle une allégeance politique tout à fait indépendante de celle de ses membres. C'est l'être juridique qui est rattaché à un pays déterminé. Et quel sera ce pays ? Ce pays sera celui qui lui aura donné la vie c'est-à-dire le pays dans lequel elle sera créée le pays qui lui aura donné l'existence. On ne crée pas comme on veut la personnalité morale, il faut que le législateur la donne aux conditions qu'il pose ce sera le pays dans lequel la société la personne morale sera née aura été créée et aura obtenu régulièrement la personnalité morale qui exercera l'allégeance politique sur elle.

En d'autres termes dans cette construction classique on ne s'attache qu'à l'élément juridique où est née la personne morale quel est le pays qui lui a donné la personnalité morale qui lui a donc donné l'existence ? Ce que l'on exprimait pratiquement pour les sociétés en disant que les sociétés avaient pour nationalité celle du pays de leur siège social puisque les sociétés s'étaient constituées dans le pays de ce siège.

De là résultait - et c'est un exemple que nous reprendrons plus tard - que lorsqu'une société se constituait en France et que ceux qui l'avaient créée s'étaient conformés régulièrement à notre loi française sur les sociétés (supposons une société en nom collectif ayant bien rempli les conditions du droit commercial) cette société ayant reçu la personnalité morale du droit français était une société de droit français. Elle avait son siège social en France car c'est le pays du siège qui peut seul créer la société.

Inconvénients du système

Dès lors - et voilà la conséquence choquante du système - si deux étrangers créaient en France une société en nom collectif ils donnaient naissance à un troisième être juridique différent d'eux-mêmes : le sujet de droit la société. Ce sujet de droit, tirant son allégeance politique du simple critère de sa personnalité avait une allégeance politique française. D'où résultait que si deux étrangers avaient fait commerce séparément ils étaient étrangers mais qu'à partir du moment où ils s'associaient pour former une société, ils créaient une société française. C'est évidemment une sorte d'alchi-

Source : BIU Cujas

mie juridique assez curieuse dans ses résultats. Mais cela a été très fréquent, parce qu'on ne s'attachait qu'à l'être juridique on ne s'occupait pas de ceux qui avaient créé la société et qui la faisaient fonctionner. Il y avait une société créée en France à laquelle la loi française avait donné l'existence, c'était alors une personne morale d'allégeance politique française. Inversement si dans un pays étranger deux Français créaient une société, cette société n'avait pas l'allégeance politique française mais l'allégeance politique du pays dans lequel on lui avait donné la personnalité morale.

II - Conception politique

A cette conception juridique qui s'attache uniquement à cette espèce d'écran qui s'appelle la personnalité morale s'est opposée à l'époque contemporaine une conception toute différente la conception politique.

Le point de départ

La conception politique qui n'est que la suite des idées déjà développées part de l'idée que la personnalité morale contrairement à ce que l'on a souvent soutenu dans certaines doctrines françaises n'est qu'une pure fiction une pure construction voulue par le législateur et n'est pas du tout ce que l'on appelle une réalité. Malgré la fameuse doctrine philosophique de la réalité des personnes morales, quand le législateur ne donne pas la personnalité morale aucune réalité ne peut la créer. C'est donc parce que le législateur a bien voulu à certaines conditions qu'il fixe donner la personnalité morale que la société la possède. C'est donc une pure construction de l'esprit, et l'on ne peut l'utiliser que pour le fonctionnement de cet organisme. Mais cette construction de l'esprit ne pénètre pas dans le domaine du politique, qui lui est fermé. C'est le seul domaine juridique, c'est-à-dire du droit privé, qui est le cercle de l'activité limitée de la notion de personnalité morale. Dès lors qu'on sort du cercle limité du droit privé pour entrer dans le domaine du politique la notion de personnalité morale se révèle à la fois fausse et dangereuse.

Elle est fausse parce qu'elle ne tient pas compte de la vérité ; elle est dangereuse parce qu'elle est trompeuse et qu'elle laisse croire à une allégeance d'un pays alors que ceux qui tiennent les fils de la société n'en font pas partie.

La notion de contrôle

L'allégeance politique d'une personne morale doit donc se déterminer en abattant purement et simplement cet écran qui s'appelle la personne morale et en recherchant ce qu'il y a sous le masque de la personnalité morale. Il faut rechercher quelles sont les influences politiques qui font fonctionner cette personne morale quels sont ceux qui tiennent les leviers de commande

Source : BIU Cujas

de la personne morale dans l'intérêt de qui elle agit
De là est née une notion moderne, aujourd'hui universellement connue, que l'on appelle la notion du contrôle exercé sur la personne morale Lorsqu'il s'agit de l'allégeance politique et qu'on examine cette question, il n'y a plus de personnalité morale il n'y a plus que des personnes physiques qui se servent de la personnalité morale pour agir ; un étranger qui agit à visage découvert ne peut pas cacher sa qualité d'étranger ; est il admissible qu'agissant alors à visage couvert cette fois en utilisant l'écran ou le masque de la personnalité morale il puisse se faire passer pour le national du pays ?

Il y a lieu de faire apparaître quels sont ceux qui agissent par le procédé de cette société quels sont les éléments qui contrôlent cette société ? D'où le nom de système du contrôle. Et ce sont ces éléments de contrôle de la société qui sont des êtres de chair et d'os qui ne sont pas des automates juridiques comme la personnalité morale ce sont ces éléments qui vont déterminer son allégeance politique Il faudra donc se livrer à un travail d'analyse pour faire apparaître de la complexité des intérêts qui doivent être à la base d'une personne morale sous forme de synthèse, quel est le pays au profit duquel l'allégeance politique s'exerce Cela parait généralement beaucoup plus simple dans la pratique même qu'il ne semblerait apparaître en théorie.

Pas de problème pour les personnes morales de droit public.

Mais limitons un peu le terrain de la difficulté il y a une première catégorie de personnes morales pour lesquelles il n'y a pas de problème ce sont toutes les personnes morales du droit public, parce que les personnes du droit public agissant nécessairement à visage découvert C'est l'Etat, ce sont les rouages de la vie administrative ce sont les établissements publics. On ne conçoit pas très bien un Etat prenant la personnalité morale d'un autre une ville, une province, un département un établissement public prenant la physionomie d'une personnalité morale d'un autre pays. Il y a forcément coincidence entre le pays qui donne la personnalité morale et ceux qui font fonctionner qui tiennent les leviers de commande de cette personnalité.

Les personnes morales du droit privé

Mais le problème par contre, s'est posé et d'une façon extrêmement aiguë pour les personnes dites du droit privé. Ce sont pratiquement les sociétés et les associations que l'on appelle les personnes morales du droit privé mais qui n'en sont peut-être pas au fond Pour elles, il n'est que trop fréquent et que trop possible qu'une société soit créée dans un pays par des individus appartenant à un autre que les capitaux qui alimentent une société viennent d

Source : BIU Cujas

autre pays et que par conséquent les profits de cette société non seulement les profits économiques mais les profits moraux et nous ajouterons les profits politiques, aillent à un autre pays. En effet, les sociétés sont un excellent moyen d'expansion politique sous l'ancien Régime la Compagnie des Indes qui fut une société politique, presque étatique et une société purement marchande, en est un exemple. Les sociétés cachent et c'est un lieu commun de la vie internationale des intérêts politiques et on peut ajouter des intérêts étatiques, les Etats voulant précisément très souvent dissimuler leur propre personnalité en faisant agir d'autres par la voie de sociétés. Il suffira d'évoquer les sociétés pétrolifères, véritable instrument de pénétration politique en Orient.

Ainsi c'est là que le danger existe qu'une société tienne sa personnalité morale d'un pays qu'elle veuille avoir l'allégeance politique dans ce pays alors qu'au fond, elle n'a rien de ce pays et que ce sont les activités venant d'autres pays qui la font fonctionner.

Les sociétés de personnes

Comme conséquence de ce critère politique de l'allégeance politique, on devra tenir compte pour déterminer l'allégeance d'une société non pas du tout du pays qui lui donne la personnalité morale, mais en fait du pays pour le compte duquel ou des individus pour le compte desquels elle agit. De là résulte que si, pour reprendre notre exemple deux étrangers qui faisaient le commerce à Paris et dont par exemple les magasins étaient contigus éprouvent une gêne causée par les lois sur le commerce des étrangers et qu'ils aient encore comme autrefois l'idée de s'associer entre eux pour former une société en commandite ou en nom collectif qui serait un être juridique cet être juridique ne sera plus un être juridique d'allégeance politique française. En effet quels sont les fondateurs de cette société ses dirigeants, pour le compte de qui fonctionne-t-elle ? Pour le compte de deux étrangers. Une société un nom collectif dont les deux associés sont des étrangers ne peut pas et ne doit pas avoir une allégeance politique française.

Les sociétés de capitaux

La question est peut être plus délicate parfois pour les sociétés plus complexes comme les sociétés de capitaux dans une société de capitaux les éléments qui interviennent sont multiples. Ce sont tout d'abord les capitaux. Il est extrêmement important de savoir qui a fourni ces capitaux mais il ne faut pas croire que ce sont ceux qui détiennent la majorité des capitaux dans une entreprise qui dirigent celle-ci ; ce serait une grave erreur économique. Il n'y a qu'à voir comment fonctionnent les sociétés anonymes pour savoir que

Source : BIU Cujas

de tout temps. C'est une minorité - comme d'ailleurs dans toutes les collectivités - qui les dirige, une minorité agissante et habile qui réussit à se créer des influences. Il y a donc, à côté et en outre des capitaux qui sont un élément important, les dirigeants de l'entreprise. Or si une entreprise qui est établie par exemple en France à laquelle la loi sur les sociétés a donné la personnalité morale, a à sa tête le même dirigeant qu'une puissante entreprise qui fonctionne en pays étranger, il y a là déjà quelque chose qui rend assez douteux le caractère d'allégeance politique française de cette entreprise. On peut penser qu'elle travaille pour le compte d'une entreprise étrangère, et ceci se présente notamment pour une catégorie extrêmement employée de sociétés de capitaux à l'époque moderne, ce que l'on appelle les filiales.

Les filiales

Le filiale - le mot vient précisément du mot fille - c'est un enfant d'une société. Une société peut avoir dans trois ou quatre pays étrangers des établissements, mais elle veut que ces établissements ne se confondent pas avec sa propre personnalité. Quels intérêts y a-t-elle ? D'abord des intérêts fiscaux très fréquemment, et puis des intérêts politiques. Si précisément dans ce pays étranger il y a des mesures contre les sociétés étrangères, en constituant une société nationale on échappera à ces mesures. Mais qui fournira les capitaux de cette société filiale ? C'est la société mère, elle fournira tous les capitaux dans la proportion de 100 %, elle fournira les administrateurs, les dirigeants, elle fournira le personnel et s'il y a des bénéfices elle les recevra. Voilà ce qu'on appelle la société filiale type extrêmement répandu aujourd'hui dans le monde. En présence d'une société filiale il ne peut pas y avoir un instant d'hésitation : peu importe qu'elle ait la personnalité morale du pays où elle fonctionne, ce qui compte, c'est la société qui a créé la filiale, qui dirige la filiale, car la filiale n'a aucune initiative. C'est tout simplement la chose de la société mère qui l'a constituée et pour le compte de laquelle elle a été créée.

Ainsi, il faudra rechercher derrière l'écran de la personnalité morale ceux qui font fonctionner la société.

II L'évolution du droit positif français.

Evolution du droit français

Quelle a été la position du droit positif français ? Le droit positif français nous met en présence d'une évolution. Dans une première période c'est le point de vue juridique qui l'a complètement emporté, puis une deuxième période qui commence avec la guerre 1914-1918, a conduit à l'éviction du point de vue juridique pour le remplacer par le point de vue politique.

Source : BIU Cujas

Triomphe du siège social

Première étape point de vue juridique XIXème siècle)

Pendant cette période on n'a jamais pour déterminer l'allégeance politique des personnes morales ce que l'on appelait la nationalité des personnes morales, cherché autre chose que le pays où elles s'étaient créées c'est-à-dire le pays qui leur avait donné la personnalité morale. L on peut dire que cette solution était une solution à peu près universelle, elle était suivie dans la plupart des pays Donc pour l'application des lois des traités, pour tous les intérêts qui se présentaient une seule question très simple, objective n'obligeant pas à se livrer à des analyses individuelles : est ce que la société a été créée en France d'après la loi française ? Si oui, elle est française et est donc soumise aux règles du droit français ; elle a tous les avantages de la nationalité française A-t-elle au contraire sa personnalité morale dans un autre pays ? Elle a l'allégeance de ce pays.

Deuxième étape primauté du politique

A - 1 guerre de 1914

La guerre de 1914-1918 a entraîné un renversement des positions et nous entrons dans la seconde période qui est la période de réaction de l'élément politique sur l'élément juridique Comment et pouquoi cette réaction est-elle venue ?

Les causes de la réaction

En temps de paix avant les évènements de 1914 le système classique présentait peu d'inconvénients pratiques et c'est pourquoi en doctrine, il n'y avait eu que de très rares et assez timides voix pour protester contre lui Pourquoi ce système ne présentait-il pas d inconvénients pratiques ? C'est que les incapacités qui frappaient les commerçants, et, d'une manière générale les sociétés étrangères étaient très réduites, il n'y en avait pour ainsi dire pas On peut dire que pour la France il n'y en avait aucune : un commerçant étranger ou une société étrangère pouvait librement venir s établir sur notre territoire

Dès lors la différenciation de l'allégeance française ou étrangère qui depuis lors prendra un très grand relief n avait pas d utilité pratique et c'est sans doute pourquoi le point de vue juridique avait un durer si lontemps

Avec la guerre de 1914 les choses ont immédiatement changé , en effet dès le début de cette guerre interviennent en France comme à l'étranger deux séries de mesures : les premières sont l interdiction de tout commerce avec l'ennemi les secondes la mise sous séquestre comme mesure de garantie

Source : BIU Cujas

nationale, des biens appartenant aux ennemis ; donc deux mesures prises contre les ennemis

Quand une société est-elle ennemie ?

Que faut-il entendre par ennemis ? Pour les personnes physiques cela ne soulevait aucune difficulté, mais le problème a surgi immédiatement avec toute son acuité pour les innombrables sociétés qui fonctionnaient sur le territoire français et qui étaient dans une mesure plus ou moins grande contrôlées par des éléments étrangers et spécialement pour la guerre de 1914 par des éléments appartenant aux pays avec lesquels nous nous trouvions en guerre.

Faute de texte, toute l'administration s'est trouvée extrêmement embarrassée. On s'est rendu compte qu'il était impossible de conserver le système classique, le système juridique puisqu'il aurait eu la conséquence suivante que toutes les sociétés créées en France, ayant la personnalité morale française auraient été considérées comme des sociétés françaises. Elles auraient pu pendant la guerre continuer à faire du commerce on aurait pu continuer à faire du commerce avec elles et on n'aurait pas pu mettre leurs biens sous séquestre : deux inconvénients majeurs qui auraient paralysé l'activité de guerre alors que l'activité des sociétés est si grande sur le terrain pratique

L'abandon du critère juridique

On s'est donc rendu compte qu'il fallait faire quelque chose Nous passons les très nombreux tâtonnements par lesquels il a fallu passer avant d'arriver à un résultat, mais finalement l'administration et la jurisprudence ont consacré l'idée que ce qui déterminerait et permettrait de définir la notion de l'ennemi dans les sociétés et dans les associations - mais pratiquement cela ne s'est produit que pour les sociétés - ce serait la recherche du contrôle exercé sur ces entreprises. Une société de personnes qui était constituée par des sujets ennemis était incontestablement une société contrôlée par des ennemis ; une société de capitaux lorsque les dirigeants de cette société n'étaient que les agents d'une société étrangère plus puissante lorsque c'était une société filiale était la manifestation d'une société contrôlée encore par des ennemis

De cette façon, il a été possible, en abandonnant le critère juridique et en lui substituant le critère politique de faire tomber l'écran de la personnalité morale pour rechercher au-delà de cette notion de personnalité morale quelle était l'allégeance des personnes physiques qui étaient à la base de la création et du fonctionnement de la société.

Ce système a donc permis de faire apparaître le véritable visage de toutes ces personnes morales ; il a évidemment soulevé quelquefois des difficultés subjectives parce qu'il fallait pour chaque société se livrer à un examen mais dans

Source : BIU Cujas

l'ensemble, il était la plupart du temps assez facile de se rendre compte du contrôle exercé sur la société.

§- Le lendemain de la guerre

Que s'est-il passé après la guerre de 1914 Ce système du contrôle que d'ailleurs les traités de paix de 1919-1920 ont consacré pour la liquidation des biens ennemis s'est il maintenu A partir de la fin de la guerre de 1914 1918 la question prenait beaucoup plus d'intérêt en temps de paix qu'elle n'en avait eu jusqu'alors parce que nous sommes entrés depuis 25-30 ans dans une période un peu de régression à certains égards de sévérité vis-à-vis des étrangers De plus en plus, depuis 20 ou 25 ans les lois nouvelles refusent aux étrangers des droits dont bénéficient les Français Prenons la législation des loyers d'habitation, des locaux commerciaux, la propriété commerciale de loi en loi, les droits qui sont donnés aux étrangers s'amenuisent sans cesse. Il est donc très important de savoir si une société est étrangère pour savoir si elle aura ou non le bénéfice de la propriété commerciale. Sur ce terrain, il est intéressant de signaler, car la question a donné lieu à beaucoup de procès que, dans un périmètre très important autour des Halles, où les locaux se cherchent longtemps se trouvent difficilement et ont une valeur considérable, énormément de maisons d'alimentation notamment dans les agrumes, appartenaient à des étrangers. Quand elles avaient pris la forme de sociétés, on voit le très grand intérêt qu'il y avait à leur dire : "vous n'êtes pas d'allégeance politique française, vous n'avez pas droit à la propriété commerciale"

Le retour en arrière système du siège social

Néanmoins il s'est produit une sorte de retour en arrière la pratique a considéré que la conception du contrôle n'était qu'une conception de guerre une conception de droit public qui avait été nécessaire en raison des mesures de guerre mais qui ne se concevait pas en dehors de la guerre pour les mesures que l'on considérait depur droit privé D une part les traités bilatéraux, nombreux traités de commerce ou d'établissement que la France signe avec les pays étrangers revenaient au système classique c'est-à-dire purement juridique Quant à la jurisprudence, elle aussi est revenue pour les intérêts de temps de paix, au système classique (Req. 24 Décembre 1928. S. 1929 I. 121 ; affaire dite de la soie artificielle de Calais.)

L'arrêt de la soie artificielle de Calais

La Société de la soie artificielle de Calais qui était une société de personnes, avait été constituée en France, conformément aux lois françaises. Elle avait donc, d'après le système classique, une allégeance politique française, mais tous ses capitaux et tous ses dirigeants étaient des étrangers nous étions donc absolument dans l'hypothèse qui,

Source : BIU Cujas

pendant la guerre avait été celle du contrôle Néanmoins la Chambre des Requêtes à propos de la propriété commerciale a décidé que cette société était une société d'allégeance française qui par conséquent pouvait invoquer le bénéfice des lois françaises comme les Français bien qu'elle fut contrôlée indiscutablement, dans la proportion de 100 % par des éléments étrangers

Nouveau revirement et retour au contrôle

Néanmoins un nouveau revirement allait se produire parce qu'on se rendait compte que l'on avait assuré des droits à des sociétés qui n'étaient que le paravent d'entreprises ou d'intérêts étrangers. Le premier revirement fut marqué par un arrêt de la Chambre civile du 26 Juillet 1933 (Revue 1934, P 109)

L'arrêt Rosendael

Il s'agissait dans cette espèce de la loi de 1919 sur les dommages de guerre. Cette loi sur les dommages de guerre ne s'applique qu'aux Français c'est à dire que seuls les Français avaient droit à la réparation du dommage qu'ils avaient éprouvé par suite des évènements de guerre, notamment des destructions Or on se trouvait en présence dans cette espèce d'une société de personnes constituée par des sujets néerlandais Cette société avait été constituée en France avait siège en France et par conséquent était personne morale du droit français. D'après le système du droit classique elle aurait été une société d'allégeance politique française et aurait eu droit au bénéfice de la loi sur les dommages de guerre. Dans cette espèce la Cour de cassation a décidé très nettement que le système classique qui déterminait l'allégeance d'après le pays qui avait donné la personnalité morale ne pouvait pas être conservé dans une matière de droit public comme la matière de la réparation des dommages de guerre et cela se comprend d autant mieux que la réparation des dommages de guerre était à la charge du contribuable français. Or, on concevait très bien qu'on limitât ces réparations de dommages de guerre aux Français ou aux personnes morales d'allégeance politique française C'est ce que notre arrêt a déclaré de la façon la plus nette "La conception d après laquelle l allégeance dépend du lieu de la société ne saurait être transportée sans réserve dans le domaine du droit public et autoriserait les dites sociétés à revendiquer vis à vis de l Etat les privilèges attachés à la qualité de Françaises"

Voilà donc un retour d'autant plus intéressant qu il s'est produit en temps de paix à la conception politique en matière de personne morale

L'arrêt Remington

Un arrêt des Requêtes du 12 Mai 1931 (S 1932 I 57) a statué en sens diamétralement opposé de l arrêt de 1928 de la même Chambre à propos du même intérêt de la propriété commerciale Il s'agissait dans cette espèce, qui n'était pas plus nette que l'espèce de 1928 de machines à écrire Remington, société d'Amérique

Source : BIU Cujas

Voilà le prototype des filiales : la société américaine des machines Remington constituée aux Etats-Unis, crée pour ses besoins commerciaux, au lieu d'avoir des agences dans de nombreux pays des sociétés nationales pour vendre ses machines ces sociétés sont alors ce que l'on appelle précisément des filiales. Il y avait ainsi une filiale française de la société Remington. Qui avait fourni les capitaux ? La société américaine Remington. Qui dirigeait cette société ? Les dirigeants de la société américaine Remington. Et que faisait cette société française Remington, fabriquait-elle quelque chose ? Non, elle était un simple comptoir de vente elle recevait les machines fabriquées aux Etats-Unis elle les vendait. Que faisait-elle de l'argent ? Elle l'envoyait aux Etats-Unis à la société mère ce qui est le mécanisme même de la filiale dans les rapports internationaux.

Cette société française Remington voulait se prévaloir du bénéfice de la loi du 30 Juin 1926 sur la propriété commerciale - c'était exactement la même espèce qu'en 1928 - mais cette fois la Chambre des Requêtes lui en a refusé le bénéfice. Elle a décidé que ce n'était pas une société d'allégeance française, elle a donc tenu compte - et les motifs sont très nets - et des capitaux et des dirigeants et des rapports qui existaient entre la société filiale et la société mère qui se trouvait en pays étranger.

Hésitation de la Cour de cassation en 1940

Cependant dans notre matière, il semble que chaque pas en avant se double d'un certain pas en arrière. On trouve un arrêt de la Chambre des Requêtes du 9 Janvier 1940 (G.P. 1940, I 225) qui est assez inquiétant car il semble bien reprendre à propos d'une société en nom collectif le critère purement juridique : "quelle que soit, dit-il, la nationalité de ses membres, la société alors qu'elle a été créée en France selon les formes de la loi française, qu'elle y a son siège social, qu'elle y accomplit les actes de la vie commerciale, est une société française".

Donc, en 1928, le système classique, en 1937 le système politique ; et l'arrêt de 1940 revient au système classique sans qu'il y ait une explication de ces transformations de l'évolution jurisprudentielle.

La notion de contrôle sur le terrain législatif

Quelle est la situation sur le terrain législatif ? Sur le terrain législatif il y a une orientation indiscutable à l'heure actuelle vers la notion politique de l'allégeance pour les personnes morales.

La loi monétaire de 1936

Il faut signaler tout d'abord la loi monétaire du 1er Octobre 1936 sous l'empire de laquelle nous vivons encore. Cette loi, dans son art. 10, visait les sociétés dont la majorité des capitaux

Source : BIU Cujas

était de nationalité ou d'origine française Alors même qu'elles sont constituées hors de France alors même qu'elles jouissent d'une personne morale créée par la loi étrangère elles sont au point de vue de la loi monétaire du Ier Octobre 1936 des sociétés d'allégeance politique française ; ce qui compte ce n'est pas le pays de leur fonctionnement juridique c'est le pays des individus qui les font fonctionner ou pour le compte desquels elles fonctionnent

On trouve de nombreuses lois sur les sociétés d'économie mixte, sociétés dans lesquelles l'Etat ou les collectivités publiques sont intéressées, sociétés de transports, de navigation d'énergie électrique qui de plus en plus, exigent que l'administration de ces sociétés soient entre les mains de Français soit en totalité soit en majorité

Décret-loi du Ier Septembre 1939

Puis, là-dessus est survenue la guerre de 1939 et immédiatement le problème des mesures de guerre s'est présenté comme pendant la guerre de 1914-1918. Mais tandis que nous n'avions pas eu de texte pendant la guerre de 1914, mais une pratique administrative qui s'était élaborée lentement avec beaucoup de difficultés dès le début de la guerre de 1939 nous avons eu des textes législatifs qui ont consacré le même système que pendant la guerre précédente c'est-à-dire le système du contrôle. Un décret-loi du Ier Septembre 1939, en exécution duquel sont intervenus deux décrets simples du même jour sur le commerce avec l'ennemi et sur la mise sous séquestre des biens ennemis Ces deux décrets définissent ennemies les personnes morales qui sont sous le contrôle de l'ennemi ou d'intérêts ennemis

Voilà donc une consération pour le temps de guerre, par ces deux textes qui depuis lors ont été abrogés postérieurement à l'armistice, du fait que la notion du contrôle avait fait un très grand pas en avant

Loi du I3 Juin 1941

Puis une loi du I3 Juin 1941, la Charte de la Banque disposition d'une très grande importance dont l'art. I5 édicte des mesures de discrimination entre les banques françaises et étrangères Les banques étrangères étant frappées d'un certain nombre d'incapacités il fallait donc faire le critère de la banque française par rapport à la banque étrangère Voici ce que dit le texte : "Sont des banques non françaises les banques qui directement ou indirectement sont sous le contrôle de personnes physiques ou de personnes morales étrangères".

Donc, toute banque qui, directement ou indirectement est sous le contrôle d'une personne physique ou d'une personne morale étrangère est une société étrangère, et par conséquent frappée par les incapacités Pratiquement il y avait beaucoup de filiales en France de banques étrangères qui avaient pris

Source : BIU Cujas

cette forme qui leur était plus commode, ces filiales sont donc contrôlées par des personnes morales étrangères et frappées de l'incapacité édictée par la nouvelle charte.

Loi du 24 Février 1942 Agences de voyages

Nous signalerons encore la loi du 24 Février 1942 sur les agences de voyages. Art 3 : "Toute société qui crée une agence de voyages doit justifier, eu égard à son siège, à la nationalité de ses dirigeants à l'origine des capitaux, qu'elle a vraiment le caractère d'une société française".

Les associations- Décret-loi du 12 Avril 1939

Et dans le domaine des associations, la même intervention législative s'est faite : elle résulte d'un important décret-loi du 12 Avril 1939 qui a complété la loi fondamentale sur les associations du 1er Juillet 1901 en lui ajoutant un titre. C'est l'art. 26 nouveau de cette loi du 1er Juillet 1901 qui détermine quelles sont les associations étrangères. Le décret-loi a pris des mesures de discrimination à l'égard des associations étrangères, il faut donc les définir.

Jusqu'ici on considérait comme une association française toute association constituée en France ; désormais, d'après le nouveau texte de l'art. 26 : "sont des associations non françaises celles qui sont dirigées par des étrangers". Par conséquent, toutes les fois qu'une association est contrôlée en fait par des éléments étrangers elle est une association juridiquement française, mais politiquement étrangère.

Bilan et conclusion

Si nous faisons le point de la situation actuelle nous constatons d'une part que, sur le terrain des traités diplomatiques on parait encore se rattacher à la notion du contrôle purement juridique et il est difficile de savoir comment l'évolution se fera à l'avenir en ce qui concerne les traités. D'autre part, sur le terrain législatif, la position prise par le législateur dans cette série de textes que nous venons d'énumérer est très nette : le contrôle a absolument pénétré dans notre droit politique. Sur le terrain de la jurisprudence, il y a évidemment depuis l'arrêt de 1931 une avance certaine de cette notion du contrôle sans qu'il soit possible d'affirmer qu'à moins d'une intervention que le législateur lui impose, cette jurisprudence soit définitive ou sans retour en arrière.

Telle est cette matière très importante de l'allégeance politique des personnalités morales qui a été complètement renouvelée à l'époque moderne.

Sociétés à double allégeance

Signalons certaines situations morbides des personnes morales. La première est la suivante : est-il possible qu'une personne morale ait deux allégeances politiques ? Absolument comme une personne physique peut

Source : BIU Cujas

relever de deux Etats il suffit que deux Etats la considèrent comme relevant d'eux et comme la notion du contrôle n'existe pas dans tous les Etats, il y a des sociétés que nous considérerons d'allégeance française alors que le pays dans lequel elles seront constituées leur donnera sa propre allégeance ; il y aura donc des sociétés à double allégeance.

Sociétés sans allégeance

Peut-il y avoir des sociétés sans aucune allégeance politique ? Pour la même raison si ceux qui dirigent cette société, ceux qui la contrôlent sont des apatrides. Or, il y a des sociétés de ce genre et le phénomène s'est produit par suite de l'immigration russe au lendemain du nouveau régime instauré en U.R.S.S. ; de nombreuses sociétés russes ont émigré en France et ont continué à être dirigées par leurs anciens éléments qui avaient perdu la nationalité, qui étaient devenus des apatrides. Dès lors ces sociétés au point de vue de l'allégeance politique sont des sociétés d'allégeance apatride avec toutes les conséquences qui en résultent. Elles ne pourront donc pas se prévaloir ni des traités diplomatiques d'un Etat, ni des avantages attachés à la qualité de nationaux.

Chapitre II

LE DOMICILE DES PERSONNES MORALES

Intérêt pratique de cette notion

Le domicile de la personne morale dans les rapports internationaux présente d'abord les mêmes intérêts que le domicile des individus, mais il a aussi des intérêts supplémentaires qui sont propres à la notion même des personnes morales. Le principal est le suivant : dans les rapports internationaux les personnes morales sont soumises à la loi du pays dans lequel elles ont leur domicile. C'est le domicile de la personne morale qui détermine son statut international d'où le domicile est une question d'intérêt primordial encore plus que pour les personnes physiques.

Puis il y a les mêmes intérêts que pour les personnes physiques : la compétence des tribunaux, la compétence en matière de faillite, etc.

Pas plus pour les personnes morales que pour les personnes physiques, il n'y a de texte qui ait réglementé leur domicile pour les rapports internationaux : c'est donc à la pratique,

Source : BIU Cujas

c'est à-dire à la jurisprudence qu'il appartient de résoudre le problème.

Or, il se présente un certain nombre de particularités sur lesquelles il convient d'attirer l'attention. D'abord si on compare le domicile de la personne morale au domicile d'une personne physique on constate qu'une personne physique peut très bien ne pas avoir de domicile - l'hypothèse est rare mais n'est pas impossible un certain nombre d'étrangers n'ont pas de domicile parce qu'on leur a refusé la jouissance de ce droit une personne morale au contraire ne peut pas ne pas avoir de domicile. Si elle n'avait pas de domicile, elle n'existerait pas ce qui supprimerait entièrement le problème.

Ici domicile - siège social

Qu'est-ce en effet que le domicile d'une personne morale ? Le domicile d'une personne morale est plutôt connu sous une autre expression dans le vocabulaire juridique français mais cette autre expression n'est que le domicile appliqué à la personne morale : c'est son siège social. Or, une société qui n'aurait pas de siège social serait une société qui n'aurait pas d'existence ni de fait ni de droit et par là même il n'y aurait pas de problème de personnalité morale puisqu'il n'y aurait pas de société. Il n'existe pas de possibilité de société sans qu'elle ait dans un certain lieu son siège social.

Donc s'il peut y avoir par exception des personnes sans domicile il ne peut pas y avoir des personnes morales sans un domicile.

Pas de question de jouissance du Droit

Une deuxième particularité qui oppose les personnes morales aux personnes physiques c'est que tandis que pour la personne physique il y a un problème que nous avons déjà rencontré de jouissance du droit au domicile - une personne physique n'a son domicile dans un pays que si on lui en concède la jouissance et nous savons à quelles conditions cette jouissance peut être accordée ou refusée - ce problème n'existe pas pour une personne morale. En effet et c'est la suite de ce que je viens de vous dire il n'y a pas à accorder la jouissance d'un droit au domicile à une personne morale parce que si on lui refusait la jouissance du droit au domicile elle ne pourrait plus exister du tout. Ce serait beaucoup plus grave que la perte du domicile ce serait un véritable arrêt de mort pour la personne morale. Il n'y a donc pas pour les personnes morales de problème de la jouissance du droit au domicile.

Il y a un autre problème mais il est déplacé et il ne faut pas le confondre : c'est la jouissance du droit de créer une personne morale. On peut dire à certaines personnes "nous ne vous permettons pas de créer une personne morale".

Source : BIU Cujas

Mais à partir du moment où une personne morale existe, elle a nécessairement un siège social qui est inhérent à son existence et on ne peut pas concevoir qu'elle n'ait plus la jouissance de ce droit. Donc les personnes morales ont un domicile et l'ont nécessairement.

Mais dans quel lieu déterminer ce domicile ? Il a déjà été dit que ce lieu était celui du siège social. Reste alors à définir ce qu'il faut entendre par siège social d'une personne morale. A cet égard, les conceptions peuvent très bien varier d'un pays à l'autre. On peut considérer dans un pays que le siège social est fait de tels éléments alors que dans un autre pays on considèrera qu'il est fait de tels autres. Il y aura opposition entre les pays.

Selon quelle loi déterminer le siège social

Comment déterminer le pays dans lequel la société a son siège social, c'est-à-dire le centre de son principal établissement ?

Il y a deux conceptions absolument comme pour le domicile des personnes physiques. La première conceptionest celle d'après laquelle chaque pays détermine le siège social, le domicile d'une personne morale, à la lumière de ses propres conceptions. Il ne le fait pas à sens unique, il le fait dans les deux sens, c'est-à-dire qu'en France si l'on a besoin de savoir où une personne morale a son domicile, on appliquera le concept français de domicile non seulement pour fixer le domicile de la personne morale en France mais - ce qui est important - même pour le fixer dans un pays étranger. En matière de nationalité on ne statue jamais que sur la nationalité française. Dans cette conception, au contraire, on appliquera le concept de siège social français aussi bien pour un siège en France que pour un siège en pays étranger. Nous savons déjà que pour déterminer le domicile des personnes physiques, c'est la tendance de la jurisprudence d'appliquer les règles du droit français dans les deux sens.

A cette conception s'en oppose une autre, doctrinale, qui paraît plus exacte et plus conforme à nos explications précédentes. Il nous appartient de déterminer à quelles conditions une société peut avoir son domicile, c'est-à-dire son siège social en France, c'est une question qui relève de la souveraineté française, absolument comme de dire à quelles conditions une personne physique peut avoir son domicile sur le territoire français. Mais si elle ne l'a pas nous n'avons pas, nous, à dire où il est. Une société n'a son siège social que dans le pays qui lui dit : je vous accorde un siège social dans mon territoire.

Source : BIU Cujas

Dans ces conditions le problème du siège social de la personne morale se déterminera à la lumière de la législation du pays où l'on prétendra qu'existe ce siège social, c'est-à dire le domicile

Voyons maintenant à la lumière de ces idées générales comment une personne morale acquiert un domicile en France Nous étudierons d abord le domicile d origine puis le domicile dérivé acquis ultérieurement.

Section I

Domicile d'origine.

Définition Le domicile d'origine pour une personne morale correspond au domicile d'origine pour un individu, c'est-à-dire le domicile de sa naissance le domicile de sa création.

A quelles conditions une personne morale aura-t elle ce domicile d'origine en France ?

Détermination Elle aura son domicile de naissance ou d'origine en France si elle nait en France si elle est créée en France Et à quelles conditions sera-t elle créée en France ? Si elle a rempli l ensemble des conditions du droit français des sociétés pour la création d'une société ou d'une personne morale en général Toutes les fois que l'ensemble des conditions de création d une personne morale en France se trouvera rempli la personne morale aura nécessairement en France son domicile parce que l'une des conditions essentielles de la naissance d une société ou d'une personne morale en France c est qu elle ait son siège social sur le territoire français De même qu une personne physique, elle aura donc un domicile d'origine

Ce domicile d origine si nous le situons dans le champ des explications que nous avons déjà rencontrées précédemment, nous pouvons l'appeler un domicile de territoire Pour les personnes physiques on peut concevoir comme domicile d'origine le domicile de filiation ou le domicile de territoire, mais la conception qui l'emporte est le domicile de filiation : l'enfant a son domicile chez celui dont il est issu. Il en est de même pour la nationalité, il existe une nationalité de filiation et une nationalité de territoire.

Reproduction interdite

Source : BIU Cujas

Mais pour les personnes morales il ne peut pas être question d'un domicile de filiation, le seul domicile d'origine qui peut exister pour elles c'est le domicile territorial, c'est-à-dire le domicile du lieu de naissance. Et ceci ne soulève pratiquement pas beaucoup de difficultés mais appelle une double conséquence.

Le siège social fictif

D'une part une société nous parlons plutôt d'une société parce que c'est pour les sociétés que la question présente un intérêt pratique - n'aura son domicile en France que si ce domicile est réel et non pas fictif. On peut concevoir - bien que dans ce sens-là la chose se soit moins produite - qu'une société étant créée à l'étranger, les dirigeants de celle-ci veuillent lui attribuer en France, pour des raisons d'intérêt, un siège social fictif.

Qu'est-ce que le siège social fictif pour une société ? C'est un siège social qui ne correspond pas aux faits, c'est-à-dire que la société a véritablement son domicile à l'étranger. C'est à l'étranger que fonctionnent ses organes, qu'est le centre de ses intérêts, mais fictivement elle déclare, par exemple dans ses statuts, qu'elle a son domicile en France. Pourquoi cela ? Pour se prévaloir des dispositions, qu'elle juge à tort ou à raison plus avantageuses pour elle, des lois françaises.

Quelle sera la valeur d'un pareil domicile fictif ? Nous sommes ici en présence de ce que l'on appelle une simulation ; or, cette simulation va à l'encontre du droit des sociétés. La simulation n'est pas une cause de nullité des actes juridiques à moins qu'elle ne contrevienne à une prohibition de la loi ; or, nous sommes en présence d'une pareille prohibition puisque les règles de la constitution des sociétés ne sont pas seulement sanctionnées de nullités, mais de peines à l'égard des fondateurs ou des dirigeants qui ne se conforment pas aux dispositions de la loi. Le siège social fictif sera celui d'une société qui aura son véritable siège social à l'étranger, et qui n'aura en France qu'un siège apparent, déclaré dans les statuts.

Quel sera le domicile de la société en pareil cas ? Il ne sera pas en France ; comme nous disons que le siège social d'une personne morale est là où elle a le centre de son principal établissement, il ne suffit pas d'une simple déclaration des directeurs de la société, il faut que ce siège social soit conforme aux faits. Le domicile véritable d'une personne morale ne dépend pas plus que pour une personne physique d'une simple manifestation de volonté : le domicile élu, qu'une personne peut obtenir pour un acte donné, ne peut pas être le domicile véritable.

Voyons maintenant la conséquence inverse : celle-ci

Source : BIU Cujas

s'est présentée plus fréquemment dans le passé parce que pendant longtemps tout au moins la législation française des sociétés était beaucoup plus sévère que les lois étrangères. Il y avait donc un certain nombre de fondateurs de sociétés qui voulaient les faire fonctionner en France ces sociétés avaient au fond leur siège effectif en France - mais qui ne voulaient pas qu'elles y eussent leur siège social légal c'est à dire leur domicile pour échapper à la règlementation sur la constitution et le fonctionnement des sociétés Car ils avaient intérêt à dire que la société avait son siège social dans un autre pays dont la législation était plus avantageuse et se prêtait mieux à leurs manoeuvres à leurs fraudes ou il faut bien le dire à leurs escroqueries les fondateurs avaient avantage à dire que le domicile était à l'étranger Le cas s'était présenté assez fréquemment au moins à une époque où la législation française des sociétés était sensiblement beaucoup plus sévère que celle des pays étrangers notamment pour le minimum de valeur des coupures à mettre en circulation lorsque les actions n'étaient pas libérées

La jurisprudence n'a jamais hésité sur ce point à dire : le domicile de la personne morale, de la société c'est le domicile réel ce n'est pas son domicile fictif ce n'est pas le domicile statutaire. Il y avait ainsi des sociétés françaises qui avaient pignon sur rue en France, des sociétés parfois même assez puissantes, tandis que dans une ville étrangère, un simple carton vert chez un homme d'affaires représentait le siège social de la société ; quelquefois un simple employé C'était là manifestement un siège social fictif tout se déroulait en France. La jurisprudence a toujours dit : "Je substitue en raison de cette simulation le siège social effectif au siège social fictif La société a donc son siège social en France". Et cela déclenchait automatiquement tout le mécanisme des règles du droit français sur les sociétés et le mécanisme des peines à l'égard des fondateurs de celles ci(Req. 22 Décembre 1896 S, 1897 I 184)

Cet arrêt fut rendu pour une société qui avait en pays étranger son siège nominal et fictif qui consistait en un simple secrétaire qui était de pure façade et qui n'avait aucun pouvoir aucune initiative "Attendu, dit l'arrêt, que si le statut d'une société dépend du lieu de son siège social et de son principal établissement en quelque pays où se poursuivent les opérations dont s'alimente la spéculation, c'est à la condition que ce siège social effectif et sérieux n'ait pas été transporté à l'étranger d'une manière purement fictive et dans le dessein d'échapper aux règlements publics édictés par la loi française pour la création et le fonctionnement des sociétés".

Source : BIU Cujas

Voilà donc une correction à l'idée du domicile . c'est le domicile non pas voulu mais le domicile qui découle des faits c'est le domicile du pays dans lequel la société a la réalité de son siège social

Section II

Domicile dérivé

Définition

C'est le domicile qu'une société peut acquérir pendant son existence.

Le domicile dérivé est-il concevable

Une personne morale peut elle transporter son domicile de l'étranger en France ou de France à l'étranger au cours de son existence ? Il semble au premier abord que oui, et qu'il suffirait pour cela qu'elle remplisse simplement les conditions du siège social dans le pays où elle veut se transporter. Or, - et il y a là une différence capitale entre les personnes physiques et les personnes morales - une personne physique, ce n'est pas douteux ou discutable, peut changer son domicile ; le Code l'a dit expressément, mais une personne morale ne le peut pas tout au moins dans la conception française. Elle ne le peut pas parce qu'elle est régie par la loi du pays dans lequel elle a son domicile. De là résulte que si une société qui avait jusqu'ici son siège à l'étranger - elle avait par exemple son domicile à Berne en Suisse, elle était soumise au droit suisse - voulait transporter son siège social en France, à supposer qu'elle prenne toutes les délibérations régulières d'après ses statuts elle ne pourrait pas transporter son siège en France, parce que, à partir du moment où elle établirait son siège en France il faudrait qu'elle se conforme dans sa totalité aux règles du droit français sur les sociétés, ce qui est pour elle une impossibilité technique puisqu'elle est constituée et qu'elle fonctionne et que sa structure est celle du droit des sociétés de la Suisse. Elle ne peut pas être soumise aux règlements édictés par la loi française pour les sociétés.

Tandis qu'une personne physique peut parfaitement changer de domicile parce que la personnalité physique est une personnalité complète, alors que la personnalité morale n'est qu'un artifice législatif à fins limitées, la personnalité morale n'acquiert une personnalité que de la loi qui l'a créée dans notre exemple, c'est la loi suisse ; donc à partir du moment où la société quitte la Suisse, où elle n'a plus unstatut suisse, elle n'a plus aucune personnalité et non seulement

Source : BIU Cujas

elle n'a plus aucune personnalité, mais elle n'a plus aucune existence même.

Un seul moyen : se dissoudre et se reconstituer.

Dès lors, que feront les sociétés qui veulent émigrer d'un pays dans un autre ? Il peut arriver qu'il y ait des intérêts très sérieux à cela intérêts fiscaux, intérêts économiques, intérêts politiques il n'y a pas toujours des idées de fraudes. La société qui veut émigrer dans un autre pays n'a qu'un procédé à sa disposition : se dissoudre et se reconstituer, car si elle veut avoir son siège en France il faut qu'elle se conforme aux règles du droit français sur les sociétés , il faut qu'elle soit désormais régie par la loi de 1867 et l'ensemble du droit des sociétés.

Il n'y a donc pas de changement de domicile pour les sociétés puisque la société qui va se reconstituer en France ne sera plus la même, ce sera une nouvelle société l'ancien siège de droit est mort il a disparu il va y avoir création d'un nouveau siège de droit en France conformément aux règles du droit français des sociétés à raison de l'établissement du siège social sur notre territoire. Il n'y a donc pas de changement possible de domicile puisque ce n'est pas la même personne juridique qui va fonctionner en France.

Il y a des pays dans lesquels on admet le changement de domicile de sociétés et leur réadaptation, mais cela supposerait une législation que nous n'avons pas en France pour permettre à la société de statut étranger de s'adapter aux statuts français des sociétés. Il y en avait une au Luxembourg.

Si les personnes morales établies à l'étranger ne peuvent pas acquérir un domicile en France, d'autre part - et c'est une grande différence qui sépare le droit international du droit interne - une personne morale peut changer de domicile en droit interne alors qu'elle ne le pourrait pas dans ses rapports internationaux.

En voici l'application pratique : une société qui a son siège social à Paris peut pratiquement se transporter dans une autre ville de France elle n'a pas à se dissoudre. La chose est absolument admise par les lois sur les sociétés qu'il suffit d'une délibération de l'assemblée des actionnaires dans les conditions et avec le quorum nécessaires, et cela arrive de temps à autre. Même une société peut avoir besoin de déménager dans Paris, de changer d'arrondissement ; c'est un changement de siège social mais cela se fait sans aucune difficulté.

Et alors il y a donc une très grande différence - et nous en avons la manifestation pratique - entre le domicile du droit interne et le domicile dans les rapports internationaux. Le domicile du droit interne est une autre conception puisque

Source : BIU Cujas

qu'on peut changer de domicile à l'intérieur d'un pays mais une personne morale ne peut pas changer de domicile dans les rapports internationaux pour la raison indiquée puisque le changement de son domicile ne se conçoit pas et qu'il faut qu'elle disparaisse.

A cet égard par conséquent il y a une différence entre le domicile des personnes morales et leur allégeance politique; si en effet une personne morale ne peut pas changer de domicile pour la raison que nous savons elle peut cependant changer d'allégeance politique elle le peut parce que son allégeance politique ne touche pas à sa structure une société qui a son siège dans un pays donné peut plusieurs fois changer d'allégeance politique sans jamais changer son siège et par conséquent sa structure organique ; elle changera d'allégeance politique toutes les fois que ceux qui exercent le contrôle sur elle changeront, par exemple un paquet important d'actions par la suite d'une spéculation passe à un groupement d'un autre pays ; elle change alors d'allégeance politique mais pas de structure interne.

Si une personne morale étrangère ne peut pas acquérir de domicile en France, elle ne peut pas davantage, quand elle l'avait en France, l'acquérir en pays étranger.

Telles sont les règles sur le domicile des personnes morales.

Ainsi est terminée la première grande partie du cours consacrée à la répartition géographique des personnes dans les relations internationales.

Source : BIU Cujas

Deuxième Partie

JOUISSANCE DES DROITS

OU

CONDITION DES ETRANGERS

Cette deuxième partie du cours sera divisée ainsi :

Chapitre préliminaire : Considérations générales
Titre I : Personnes physiques
Titre II : Personnes morales

Chapitre préliminaire

CONSIDERATIONS GENERALES

Terminologie ! L'expression consacrée pour cette branche du Droit international privé est celle de "condition des étrangers", mais l'expression n'est pas assez large car le problème peut également se présenter à l'égard de Français notamment de Français établis à l'étranger ; on peut se demander dans quelle mesure ils ont en France la jouissance de certains droits : supposons une maison de commerce française établie à l'étranger, a-t-elle en France la jouissance des mêmes droits que les maisons de commerce de France ? Le problème de la jouissance des droits déborde donc du cadre de la condition des étrangers ; mais pour nous limiter, pratiquement nous ne parlerons que de la condition des étrangers.

Source : BIU Cujas

Objet du problème

Quel est l'objet de cette partie du cours ? C'est de déterminer les droits dont les étrangers ont la jouissance en France malgré leur extranéité. Il ne s'agit pas de la jouissance des droits en général, mais du problème de la jouissance des droits en fonction de l'extranéité de celui qui s'en prévaut.

Le problème de la jouissance des droits se pose ainsi en droit international privé uniquement en fonction du problème de la qualité étrangère de l'intéressé, c'est l'intercalation du phénomène de la frontière qui va faire naître ce problème. Du fait qu'une personne est étrangère aura t-elle la jouissance de certains droits ou cette jouissance sera t-elle subordonnée à un certain nombre de conditions ? Ce n'est que dans ce sens que se pose notre problème de la jouissance des droits d'où une question primordiale puisque ce problème est commandé par la question de l'extranéité, il faut qu'on se trouve en présence d'un étranger.

Définition de l'étranger

Qui est étranger ? Tout d'abord et bien entendu l'étranger est celui et cela paraît une évidence qui ne possède pas la nationalité française. Mais est-ce que l'apatride doit être considéré comme un étranger ? Problème qui a pris à l'époque moderne une importance très grande étant donné le grand nombre d'apatrides existant sur notre territoire comme d'ailleurs sur le territoire de beaucoup de pays. On a soutenu cette thèse : l'apatride n'a pas de nationalité, or le problème de la condition des étrangers vise l'étranger qui a une nationalité étrangère. Mais en réalité, la solution a prévalu très rapidement que le mot étranger doit être pris dans un sens générique qui ne suppose pas que l'individu ainsi désigné possède une nationalité. Est étranger quiconque n'a pas la nationalité française. Donc le problème de la condition des étrangers englobe aussi bien les apatrides que les personnes qui ont une nationalité étrangère.

Faut-il considérer comme étrangers au point de vue de la condition des étrangers les ressortissants des pays de protectorat ? La question a parfois soulevé des hésitations sans aucune raison d'ailleurs et elle est résolue en jurisprudence. Le protectorat ne doit pas être confondu avec la colonie ; la colonie fait partie de la métropole le protectorat est un Etat étranger mi-souverain, mais c'est encore un Etat étranger qui a à sa tête un souverain. Par conséquent les ressortissants des protectorats français par exemple de la Tunisie et du Maroc sont des étrangers et subissent certains incapacités. Mais ajoutons-le immédiatement, des textes sont intervenus pour leur faire dans un certain nombre de matières à raison du fait qu'ils sont ressortissants d'un protectorat de la France une condition

Source : BIU Cujas

plus avantageuse là où ces textes préférentiels n'existent pas les sujets marocains et tunisiens subissent les incapacités du droit français.

Bien entendu, les sujets des colonies françaises possèdent la nationalité française, par conséquent, le problème de la condition des étrangers ne se pose pas pour eux.

Quant aux ressortissants des territoires sous mandat ceux-là sont encore davantage des étrangers que les ressortissants des territoires sous protectorat.

Nombre des étrangers en France

Avant d'envisager le problème dans son ensemble, il est utile de connaître quelques chiffres sur le nombre des étrangers en France d'après le dernier recensement. Ce recensement est déjà un peu ancien et les chiffres qu'il donne doivent être, certes, assez inexacts pour la situation actuelle ; il remonte à 1936.

Il y avait à cette époque une population totale en France de 41.906.968 personnes ; sur cette population les étrangers entraient pour 2.453.507. Ce chiffre des étrangers, dans une période quinquennale, avait baissé sensiblement par rapport au recensement de 1931. Pourquoi cela ? Parce qu'en 1929-1930 il y eu une crise mondiale économique qui a abouti à un grand chômage et à un resserrement du problème de l'immigration ; il y a eu beaucoup moins d'immigrants depuis 1930. En 1931 le chiffre des étrangers était de 2.890.000 au lieu de 2.453.000 en 1936, et cela s'est traduit immédiatement par une diminution du total de la population française, ce qui prouve bien que l'immigration joue un rôle dans l'élément démographique ; en 1931 la population française était plus élevée précisément parce qu'il y avait 4 à 500.000 étrangers en plus sur le territoire.

Si l'on veut comparer maintenant le chiffre des étrangers en France à celui des pays étrangers, nous emprunterons une information statistique aux travaux faits par le Bureau international du Travail portant sur l'année 1930, qui est l'année la meilleure parce que c'est l'année de la plus complète euphorie au point de vue immigration. Ce travail du B.I.T. a porté sur 17 pays d'Europe, or, il y avait 3.874.607 étrangers qui se trouvaient répartis en 1930 dans 17 pays d'Europe ; et sur ces 3.874.607 étrangers il y avait rien qu'en France 2.714.000 étrangers, c'est-à-dire que la France à elle seule avait 70 % du total des étrangers qui se trouvaient répartis dans les 17 pays d'Europe.

Tels étant les chiffres qui montrent l'importance du problème des étrangers, quelle est la nature juridique de celui-ci ?

Tout le monde est d'accord sur un principe abstrait mais son contenu est beaucoup moins précis - à savoir que chaque pays est tenu d'assurer à l'étranger la jouissance d'un certain

Source : BIU Cujas

Les principes du droit des gens en la matière

nombre minimum de droits. Il y a un minimum au-dessous duquel on ne peut pas descendre. On considère - et cela d'ailleurs a été sanctionné et consacré plus d'une fois par les tribunaux internationaux - que cette règle fait partie du droit international public. Il y a en droit des gens un principe du minimum de droit dont la jouissance doit être accordée à l'étranger principe qu'à maintes reprises les juridictions internationales ont sanctionné dans les procès qui ont mis en cause divers Etats.

Mais après avoir affirmé ce minimum théorique, le désaccord naît immédiatement pour en déterminer le contenu pratique: les uns accorderont plus de droits, les autres en accorderont moins. Il est assez difficile de savoir quels sont d'une manière concrète les droits qui font partie de ce minimum.

D'autre part, peut-on dire qu'un Etat a rempli ses obligations s'il assure aux étrangers les mêmes droits qu'à ses nationaux. Les droits du national dans un pays sont-ils un plafond maximum pour l'étranger ? Pas davantage et ceci a été sanctionné plus d'une fois par la justice internationale. Si dans un pays les nationaux ont un traitement au-dessous du minimum requis par le droit des gens, les étrangers n'ont pas à s'en contenter. Un étranger aura donc droit dans certains pays à un traitement supérieur au national lui-même si le traitement du national n'est pas considéré comme un traitement suffisant.

Quelle mesure donner aux droits de l'étranger

Mais d'après quelle idée, d'après quelle conception pourra-t-on déterminer l'ensemble des droits qu'un Etat entre ce minimum et ce maximum, reconnaîtra aux étrangers ?

Il y a deux conceptions : une conception qu'on peut appeler la conception rationnaliste ou universaliste, et une deuxième conception nationaliste.

La conception universaliste

Conception universaliste. - C'est la conception qui était suivie non seulement en France mais à l'étranger, à la fin du XIXème siècle et au début du XXème jusqu'à la guerre de 1914, dans la plupart des pays. C'est elle qu'avaient reconnue, consacrée et affirmée de très nombreux congrès scientifiques internationaux. En particulier en France, les auteurs étaient presque tous d'accord sur le fait que l'on ne devait faire aucune distinction pour la jouissance des droits non politiques entre l'étranger et le national. L'on partait de principes en quelque sorte philosophiques ou idéologiques qui aboutissaient naturellement à une solution particulièrement

Source : BIU Cujas

libérale qui se traduisait par cette formule : l'assimilation de l'étranger au national pour la jouissance des droits non politiques.

Cette conception était libérale, puisqu'elle traitait l'étranger comme le national et qu'elle évitait toute discrimination entre l'un et l'autre. Elle était universaliste en ce sens qu'on estimait qu'il devait en être ainsi dans tous les pays ; il n'y avait pas de raison pour qu'un pays ait sa conception à lui du problème des étrangers ; c'était un problème rationnel et par conséquent quand on avait trouvé la bonne solution en raison elle était bonne pour tous les pays et puisqu'on estimait que la bonne solution en raison c'était la solution libérale il en résultait que dans tous les pays de la terre les étrangers devaient être traités comme les nationaux.

C'est l'opinion qui avait cours à peu près unanimement il y a encore trente ou quarante ans et l'on aurait soulevé presque un scandale si l'on avait osé en soutenir une autre.

La conception politique

A cette conception s'en oppose une autre qui n'a cessé de grandir et de se développer depuis une trentaine d'années ; c'est la conception politique du problème et non pas rationnaliste ou juridique. Le problème de la condition des étrangers n'est pas un problème philosophique dont il faille chercher en raison la meilleure solution, solution qui, une fois qu'on l'aurait trouvée sera bonne dans le monde entier, le problème est un problème essentiellement politique. Or, le problème de la condition des étrangers est commandé par des intérêts spécifiquement nationaux au nombre de trois : intérêt politique proprement dit, intérêt économique, intérêt démographique.

Intérêt politique

C'est d'abord un intérêt de quantité. La quantité d'étrangers établis sur un territoire peut quand on leur accorde trop de droits, créer des dangers si cette quantité est importante ; tandis que dans un pays où il y a peu d'étrangers on peut leur accorder énormément de droits, cela occasionnera beaucoup moins d'inconvénients. Il y a donc une influence quantitative.

Question de quantité

Question de qualité

Il y a aussi une influence qualitative par la valeur des étrangers qui se trouvent dans un pays. Il y a deux catégories bien tranchées : tout d'abord ceux qui constituent traditionnellement parlant les immigrants, qui se recrutent dans les pays d'où ils viennent dans les classes pauvres et malheureuses, dans les classes inférieures ; et d'autre part une catégorie tout à fait supérieure en général, qui est constituée par l'élément que l'on appelle l'élément réfugiés qui, pour des raisons d'ordre politique, vient

Source : BIU Cujas

chercher asile dans d'autres pays. Or, tandis que le travailleur n'agira pas sur la vie politique du pays, au contraire, les réfugiés se rattachent à des classes souvent élevées de la société. Plus ils auront de valeur plus ils seront en état d'exercer une influence sur le milieu dans lequel ils se trouveront et de créer de l'agitation. Et le mot n'est pas vain si l'on songe à certaines agitations qui furent créées dans les quinze ou vingt dernières années en France.

Il y a donc un intérêt politique. Puisque l'influence quantitative et qualitative jouent, la solution ne peut donc pas être mondiale. Il y a des pays dans lesquels il n'y a pas de réfugiés ou très peu, on ne peut pas traiter le problème de la même façon pour les pays qui ont beaucoup d'étrangers et pour ceux qui en ont peu ou moyennement.

La chose paraît tellement évidente qu'on se demande comment on a pu en douter : il est vrai, à la décharge de l'opinion universaliste à la fin du XIXème siècle, que l'intensité de l'immigration est un phénomène presque contemporain qui remonte au lendemain de la guerre de 1914. Auparavant, nous étions un pays d'immigration, c'est vrai, mais elle n'avait pas pris ce caractère massif qui est la conséquence des pertes éprouvées pendant la guerre de 1914 et qui ont transformé le problème.

Intérêt économique et social

L'immigrant doit être dans un pays un élément d'appoint, c'est-à-dire qu'on le fait venir parce qu'il est utile ou nécessaire. Il ne faut donc pas qu'il devienne le contraire, un élément d'appauvrissement, d'affaiblissement qui, par sa concurrence, ruine certains commerces ou certaines industries, ou une occasion de chômage dans la main-d'oeuvre nationale.

Voilà un aspect économique qui ne peut pas être universel. Il est fonction de chaque pays, il dépend du marché du travail, du marché du commerce et de l'industrie.

Elément démographique.

C'est le troisième et dernier élément qui est pour nous crucial. Nous sommes forcés depuis longtemps de faire appel à l'immigration grâce à laquelle nous pallions en partie et très faiblement à la diminution de la natalité française. Les pays dans lesquels il y a surpopulation n'ont pas du tout envisagé le problème de la même façon. Il y a donc là indiscutablement trois éléments : politique, économique et démographique, qui ne peuvent pas être les mêmes dans tous les pays, ce qui prouve que le problème ne peut être abordé et résolu qu'à la lumière des intérêts de chaque Etat. Donc chacun doit déterminer à la lumière de ses besoins, de ses nécessités, dans quelle mesure

Source : BIU Cujas

il concèdera ou refusera les droits aux étrangers

Les principes d'une politique de l'étranger

Comment l'Etat guidera-t-il sa politique en fonction de ces intérêts que nous venons de reconnaître ? L'Etat doit statuer en se plaçant sur le plan national d'une part et d'autre part il ne doit faire que les concessions qu'il juge opportun de faire sur le terrain de la condition des étrangers.

Reprenons ces deux bases

I - L'Etat doit statuer sur le plan national

Il statuera exactement comme en matière de nationalité En matière de nationalité il n'y a pas d'accord mondial à l'heure actuelle il y a des incompatibilités absolument irréductibles En matière de jouissance des droits, il y aura aussi des incompatibilités irréductibles Pour s'en rendre compte il n'y a qu'à opposer un pays d'immigration à un pays d'émigration Le pays sur le territoire duquel il y aura peu d'étrangers leur donnera beaucoup de droits et au contraire le pays sur le territoire duquel il y a beaucoup d'étrangers leur en donnera moins

Donc l'Etat doit statuer uniquement pour lui sans se soucier des solutions qui seront données dans le pays étranger ou même des réperoussions qu'elles présenteront Ce sont les intérêts de l'Etat dans lequel le droit est invoqué qui doivent seuls être envisagés C'est donc sur la base de l'opportunité que l'Etat appréciera l'ensemble des conditions qu'il fera ou au contraire des sévérités qu'il manifestera à l'égard des étrangers. Il a un pouvoir souverain d'appréciation à cet égard.

Il ne suffit pas qu'un Etat étranger accorde tel droit aux français

Suffit-il cependant qu'un Etat étranger accorde la jouissance d'un certain droit, par exemple suffit il qu'un pays étranger vienne dire "nous accordons aux Français la jouissance de tel droit" pour que l'on doive accorder aux nationaux de ce pays la jouissance du même droit en France ? C'est une question de pure opportunité, le législateur statuera s'il le veut dans ce sens mais cela n'est pas une obligation pour lui.

La question s'est présentée il y a plus d'un siècle En Angleterre, les Français pouvaient succéder ; aussi les ressortissants de ce pays soutenaient-ils à un moment où il existait une incapacité en France, puisque dans notre pays les Français peuvent succéder, dans votre pays nous pouvons succéder C'était faire dépendre d'une volonté étrangère le problème de la jouissance des droits qui est un problème politique. En

Source : BIU Cujas

effet, un pays étranger peut se donner le luxe d'accorder un certain droit si cela ne lui coûte à peu près rien, c'est-à-dire s'il a peu d'étrangers sur son territoire ou s'il a un intérêt à le faire ; ce n'est pas une raison pour que ce droit soit accordé dans un autre pays où on n'a pas intérêt à le faire.

Un très bon arrêt de la Cour de cassation du 22 Janvier 1805 décide que l'existence à l'étranger d'un certain droit pour les Français n'est pas créatrice ou constructive d'un droit au profit de ces étrangers en France. Les étrangers ne jouissent que des droits que la France a bien voulu leur concéder. On peut généraliser : les étrangers ne jouissent dans un pays que des droits que ce pays veut bien leur concéder ; ces droits ne dépendent pas de ceux que l'on concède dans un autre pays. C'est une question d'opportunité, de négociation avec le pays étranger. Mais un pays n'a pas à priori à accorder aux étrangers les droits qui sont accordés par d'autres pays aux étrangers.

Si l'Etat décide qu'il accordera certains droits, doit-il les monnayer ? Ici, nous trouvons deux conceptions en présence. La première conception est la conception de la réciprocité, l'autre est la conception basée sur des avantages purement unilatéraux.

La concession unilatérale et ses formes

Commençons par cette deuxième conception : procédé unilatéral. Un Etat accorde à des étrangers la jouissance d'un certain droit sans rien demander en contre partie. Il l'accorde parce qu'il estime qu'il est opportun qu'il le fasse ; il peut se tromper dans ses calculs mais il le fait parce qu'il estime qu'il en tirera un bénéfice.

A cet égard plusieurs procédés peuvent être employés et ont été employés : tout d'abord le procédé libéral.

C'est la concession spontanée et sans condition de la plupart des droits aux étrangers. Il y a ainsi un certain nombre de législations qui déclarent que les étrangers jouiront des mêmes droits que les nationaux : c'est un principe général. Cette solution est donc extrêmement libérale et n'est subordonnée à aucune condition. Les pays qui la font leur n'ont, en général, pas beaucoup d'étrangers sur leur territoire de sorte que cette concession pratiquement n'entraîne pas beaucoup de désagréments.

Nous mêmes nous avions accordé indirectement cet avantage dans la fameuse loi Le Chapelier de 1791. Cette loi formulait l'égalité du commerce et de l'industrie qui ont été toujours considérés comme ouverts aux étrangers comme aux Français.

Un deuxième procédé, c'est la clause de la nation la plus favorisée, mais inconditionnelle.

La clause de la nation la plus favorisée est la clause par laquelle on dit à un Etat : je vous accorderai le traitement

Source : BIU Cujas

de l'Etat auquel je donnerai le maximum de droits - traitement de la nation qui sera la plus favorisée.

Mais que signifie le terme inconditionnel ? il veut dire sans contrepartie. Il suffit que j'accorde à un Etat la jouissance de certains droits, cet Etat n'aura pas besoin de faire bénéficier mes nationaux de ce droit.

Il y a aussi parfois un procédé qu'on trouve dans certaines lois en France comme à l'étranger : c'est la concession conditionnelle. On la subordonne à certaines conditions cela s'applique à la législation des loyers qui décide que les étrangers pourront invoquer le bénéfice de cette législation s'ils ont rempli certaines conditions, notamment s'ils ont accompli le service militaire au profit de la France.

Il y a donc une concession unilatérale qui n'est pas subordonnée à la jouissance de tel droit à l'étranger mais à certains services qu'ont rendus les intéressés au pays et en contrepartie desquels on leur donne la jouissance des droits.

Quelles sont les raisons pour lesquelles l'Etat accordera ainsi de façon unilatérale la jouissance de certains droits ? Toujours par application de la même idée directrice, l'idée de l'opportunité politique. Parfois un Etat peut avoir intérêt à ne pas subordonner la jouissance des droits à la réciprocité dans le pays étranger. Il peut avoir intérêt à attirer certains étrangers sur son territoire, des étrangers fortunés qui viennent y apporter des valeurs économiques, certaines industries ou certaines commerces. Et en ce sens, on cite un mot important de Necker en 1789 disant : "l'existence de la réciprocité n'est pas raisonnable quand elle ne peut exister qu'à son propre dommage".

Tout est donc de savoir si l'on a intérêt à accorder unilatéralement un certain nombre de droits sans les subordonner à la réciprocité ou non ; c'est une pure question d'appréciation. C'est ce que l'on appelle - et l'idée est assez importante - subordonner le juridique au politique. Il peut y avoir certaines concessions qui en apparence semblent sans contrepartie mais qui ont des répercussions politiques pour les relations des Etats entre eux et qui par conséquent ont leur valeur : c'est en ce sens que le politique l'emportera sur le juridique.

Selon le mot de Boissy-d'Anglas à la Chambre des Pairs à propos de la loi de 1819 dont nous parlerons plus tard : "il ne suffit pas que la justice soit satisfaite ; il faut que le politique le soit avant tout".

Le procédé de la réciprocité

En général, le procédé employé dans les rapports internationaux, est le procédé de la réciprocité. On entend subordonner les avantages que l'on concède à des étrangers à la concession de certains avantages

Source : BIU Cujas

pour les Français dans le pays étranger, c'est l'idée que l'on exprime par le terme de "réciprocité". Quand on parle de réciprocité dans les rapports internationaux cela veut dire : ce que nous faisons en France pour les étrangers on doit le faire à l'étranger pour les Français.

Formes de la réciprocité

Quels sont les procédés de constatation de cette réciprocité ? Il y a trois formes de réciprocité, qui sont
- la réciprocité diplomatique,
- la réciprocité législative,
- la réciprocité de fait.

On appelle réciprocité diplomatique celle qui est prévue et garantie par un traité. Donc si un texte dit "la jouissance de tel droit sera subordonné à la réciprocité diplomatique, cela veut dire qu'il faudra un traité signé entre les deux pays pour qu'elle soit conférée.

Plus accessible est la réciprocité législative car elle ne demande pas l'appareil de la négociation d'un traité. Il faut tout d'abord que la loi française formule cette exigence et qu'elle s'en contente en disant : "je subordonne la jouissance de tel droit à la réciprocité législative". Tel est le cas de la loi du 30 Juin 1926 sur la propriété commerciale. Les étrangers n'en ont la jouissance en France qu'à la condition de la réciprocité législative.

Qu'est-ce que cette réciprocité législative ? La jouissance du droit en question est subordonnée à la circonstance que dans le pays étranger le même droit soit accordé aux Français par un texte législatif. S'il existe dans le pays étranger un texte formel disant "les étrangers jouiront de tel droit" en pareil cas la réciprocité législative existera. La réciprocité législative tire son nom de ce qu'il faut qu'elle soit consacrée par la loi écrite : il ne suffit pas qu'elle résulte simplement d'une coutume par exemple, dans un pays dont le droit est plus ou moins coutumier. Il y a un certain nombre de pays qui conservent encore une masse importante de droit coutumier cela ne suffirait pas dans le cas où la loi française subordonne à un texte législatif la réciprocité.

La réciprocité de fait est la plus facile, il y a réciprocité de fait toutes les fois qu'on peut prouver par tous moyens que les Français dans tel pays étranger jouissent de tel droit. Il faut par conséquent que la loi française se contente de la réciprocité de fait et dans ce cas, toutes les fois que l'on pourra prouver que dans le pays étranger les Français jouissent de ce droit en vertu de la loi, en vertu de la coutume, en vertu de la jurisprudence, en vertu d'une pratique, la condition sera remplie. Il suffira donc que dans le pays étranger pour une cause quelconque les Français jouissent de ce droit pour que le droit soit conféré aux nationaux de ce pays.

Source : BIU Cujas

Il y a assez peu de textes qui se contentent de cette réciprocité de fait. On peut citer la loi sur la pharmacie de 1898 ; elle disait que les étrangers pouvaient être pharmaciens en France à la condition que les Français puissent être pharmaciens dans leur pays. C'était la réciprocité de fait ; il suffisait de prouver par document que les Français étaient admis à être pharmaciens dans le pays étranger. Tel est encore le décret-loi de Juin 1938 sur la profession de commerçant.

Telles sont les formes que la réciprocité peut prendre ; elle peut être ou diplomatique ou législative ou de fait.

Contenu de la réciprocité

Quel peut être alors le contenu de cette réciprocité ? En quoi doit-elle consister ? Les droits de l'étranger en France doivent avoir une contrepartie dans quelque chose que l'on nous accordera à l'étranger et qu'on appelle la réciprocité. Mais ici on peut hésiter entre deux conceptions : le principe d'identité et le principe d'équivalence. Ce seront deux conceptions totalement distinctes.

La réciprocité basée sur l'identité

En quoi consiste de le principe d'identité ? Le principe d'identité consiste en ce que les droits qui doivent être concédés aux Français dans le pays étranger doivent être les mêmes que ceux dont l'étranger se prévaut en France. Par exemple l'étranger veut se prévaloir en France d'un droit comme la propriété commerciale ; il ne peut pas dire : dans mon pays la propriété commerciale n'existe pas mais les Français sont bien traités. Cela ne suffit pas, il faut qu'il y ait identité quant à la jouissance du droit dont le Français pourra jouir dans le pays étranger et dont l'étranger voudra se prévaloir en France.

Mais cette idée, à son tour, se divise en deux rameaux : le premier de ces rameaux c'est l'identité limitée à la jouissance des droits et le second est l'identité plus compliquée qui s'étend aux conditions d'exercice elles-mêmes de ce droit.

La réciprocité basée sur l'identité des droits concédés

La forme sous laquelle la réciprocité se présente dans la pratique des divers pays est celle de l'identité des droits concédés. Cette identité peut d'ailleurs, être variable, et procéder de deux méthodes :

a)- soit de la méthode de l'identité de jouissance des droits,

b)- soit celle de l'identité de jouissance et d'exercice des droits.

Reproduction interdite

Source : BIU Cujas

A - La méthode de l'identité de jouissance des droits.

Avec cette formule, on stipule simplement que, de part et d'autre, les intéressés auront la jouissance de tels ou tels droits. On le fait de deux façons différentes, l'une abstraite l'autre plus concrète.

a)- La façon abstraite consiste à décider que les ressortissants respectifs seront, dans les deux pays, assimilés de façon générale pour la jouissance des droits privés, aux nationaux quant à la jouissance de certains droits. Encore faut-il que le droit réclamé y soit organisé.

b)- La façon concrète consiste à énumérer tels ou tels droits, par exemple celui d'ester en justice ou de plaider sans fournir la Cautio Judicatum solvi. Peu importe alors la condition des nationaux, les étrangers sont assurés d'en avoir la jouissance parce que le traité la leur concède. Cependant, ici encore cette concession sera platonique si dans les deux pays la législature ne prescrit pas l'exercice du même droit dont la jouissance a pourtant été concédée, ou bien si elle le rend moins avantageux ici que là.

On sait, en effet, qu'il ne suffit pas d'avoir la jouissance d'un droit si on ne peut arriver à l'exercer. Il n'y a là que l'un des deux stades nécessaires. Aussi s'est-on demandé s'il ne convenait pas de se montrer plus sévère, et d'aller plus loin, en construisant autrement la réciprocité. De là est née la méthode de l'identité conçue à la fois sur le terrain de la jouissance et sur celui de l'exercice des droits.

B - La méthode de l'identité à la fois de jouissance et d'exercice des droits.- Avec cette méthode pour qu'un étranger puisse jouir d'un droit en France et pour qu'un Français puisse en jouir dans le pays étranger, il n'y a pas qu'une condition comme tout à l'heure, il y en a cette fois deux.

Quelles sont ces deux conditions ? Il y a une première condition qui est la même que tout à l'heure, c'est-à-dire que l'on accorde la jouissance de ce droit. Les Français à l'étranger ou les étrangers en France auront la jouissance de ce droit, par exemple le droit d'hypothèque légale. Mais voici la deuxième condition qui montre précisément que le régime est beaucoup plus sévère : il faut qu'en outre, dans les deux pays le même droit soit organisé, existe, et cela de façon identique. Il faut, en effet, - en d'autres termes - que les deux législations soient identiques, non pas seulement sur le terrain de la jouissance des droits, mais sur le terrain de l'organisation même du droit dont on veut jouir.

Reprenons, à titre d'exemple, l'hypothèque légale de la femme mariée. Un traité basé sur cette formule a concédé aux Françaises à l'étranger et aux étrangères du pays signataire

Source : BIU Cujas

en France le droit à l'hypothèque légale. Deux conditions sont à remplir pour qu'une étrangère en jouisse en France. La première condition est donnée par le traité, nous concédons en France la jouissance du droit à l'hypothèque légale. Mais, deuxième condition, il faut qu'elle prouve que dans son propre pays existe, d'après la législation en vigueur, l'hypothèque légale de la femme mariée et que celle-ci est identique à la nôtre. Ce n'est qu'à cette condition qu'il y aura vraiment réciprocité. Si en effet, la femme étrangère pouvait invoquer une hypothèque légale sur les immeubles de son mari situés en France, alors que les Françaises n'en disposeraient pas dans le pays étranger parce que la législation étrangère n'organiserait pas cette hypothèque, où bien qu'elle n'y serait pas occulte il n'y aurait pas réciprocité totale. On ne peut donner que les avantages que l'on est susceptible de recevoir.

Ce système est basé sur l'identité d'exercice des droits. Les étrangers en France, les Français à l'étranger ne pourront se prévaloir que des droits qui existent également dans leur propre pays. Prenons par exemple un traité sur la propriété commerciale. Un Français peut-il se prévaloir de la propriété commerciale dans le pays étranger ? Oui parce que, en France existe la propriété commerciale. Mais supposons l'inverse : un étranger veut invoquer le bénéfice de la propriété commerciale en France alors qu'il n'y a pas dans son pays de loi sur la propriété commerciale, -chez nous cette loi est récente d'ailleurs puisqu'elle date de 1926 -. Puisque le pays étranger ne peut pas donner à des Français le bénéfice de la propriété commerciale étant donné qu'elle n'est pas organisée chez lui, ses nationaux ne pourront pas l'avoir en France. Il faut donc une réciprocité totale. Et, en outre, il est nécessaire que la loi étrangère règlemente comme en France la propriété commerciale.

Autre exemple : supposons que l'on ait fait un traité d'après lequel, sur le terrain de la propriété industrielle, les étrangers pourront jouir des mêmes droits que les Français mais à la condition qu'il y ait une identité totale non seulement de jouissance de droit mais d'exercice de droit, il faudra que dans ce pays étranger existe une loi sur la propriété industrielle et qu'elle donne exactement les mêmes avantages que la nôtre.

Ainsi un étranger veut le droit au nom commercial : nous avons une législation sur le nom commercial, mais le pays étranger n'en a pas ; il ne pourra pas s'en prévaloir parce que son pays n'offre pas aux Français l'identité de droits.

Il faut donc que dans cette formule le droit dont on veut se prévaloir soit organisé identiquement dans les deux pays. C'est ce que l'on a appelé encore la réciprocité trait pour trait, par comparaison avec l'exécution des contrats synallagma-

Source : BIU Cujas

tiques. On ne peut invoquer dans un pays que les droits qui existent également dans le pays étranger. Chaque avantage se mesure à une véritable balance quantitative et qualitative.

Telles sont les deux formes de réciprocité par identité ; identité basée sur la simple jouissance des droits et identité beaucoup plus sévère qui exige l'identité des législations.

Cette deuxième formule n'est pas pratique, étant donné que c'est trop demander que d'exiger que les législations des deux pays soient identiques ; c'est supposer en somme qu'il y a uniformité du droit dans les rapports de deux pays, c'est supposer une chose qui existe très rarement et très difficilement et dont il est certain qu'elle n'est pas désirable parce que chaque pays doit avoir sa propre législation.

La réciprocité par équivalence

Voyons maintenant, après les deux formules de réciprocité par identité, la réciprocité par équivalence.

Elle part d'un tout autre principe. Evidemment il y a une idée commune : si nous conférons des droits aux étrangers il faut que nous recevions quelque chose en échange ; mais ce quelque chose n'a pas besoin d'être identique. Il suffit, disons même, il faut - que ce que nous allons obtenir soit simplement un équivalent, c'est-à-dire que la prestation que les Français pourront obtenir dans le pays étranger n'a pas besoin d'être exactement la même que celle dont l'étranger se prévaut en France et qu'il suffit que ce soit une prestation qui soit la compensation pour la France du sacrifice qu'elle fait en accordant ce droit en France aux étrangers.

Avantages de l'idée d'équivalence

La réciprocité basée sur l'identité qui est la pratique des traités diplomatiques et des rapports des divers Etats, a de grands inconvénients : c'est qu'elle est quelquefois contraire aux intérêts mêmes des pays.

Prenons une comparaison avec le droit privé. Les divers contrats du droit privé sont basés non pas sur la notion d'identité, ce serait une absurdité qui conduirait à de véritables impossibilités. Ils reposent sur un certain équilibre : ce certain équilibre se traduit dans le langage juridique par un mot évocateur, une institution que l'on présente toujours comme très abstraite et qui est au fond la chose la plus concrète et la plus simple qui soit, la notion de cause. La notion de cause est simplement ce qui équilibre un contrat, ce qui explique, ce qui justifie les prestations respectives des contrats.

Dans un contrat, les prestations des parties ne sont évidemment pas identiques. Le vendeur vend un objet, il obtiendra une prestation qui ne sera pas la même chose que celle qu'il a vendu, car alors ce ne serait plus la vente, sa chose lui reviendrait alors qu'il veut autre chose, un équivalent qui sera une somme d'argent. Quant à l'acheteur qui verse une somme

Source : BIU Cujas

d'argent, il ne veut pas qu'on lui redonne sa monnaie, il veut qu'en échange de son argent on lui donne un équivalent, c'est-à dire autre chose. Il en est ainsi même pour l'échange ; quand on échange une chose on en veut une autre à la place et ce n'est pas la même chose qui nous revient.

Donc tous les contrats reposent sur cette idée de bon sens de l'équivalence des prestations et non pas de leur identité. Pourquoi le traité diplomatique, lorsqu'il stipule la réciprocité, ne s'inspire-t-il pas de cette idée, vieille comme le monde, qui est à la base des contrats, que l'objet des contrats doit être une prestation équivalente et non pas du tout une prestation identique ?

C'est qu'en effet, l'intérêt que nous avons n'est peut-être pas que lespays étrangers nous accordent exactement la même prestation que celle que les étrangers veulent exercer sur notre territoire. D'abord, parce que souvent, il ne le pourront pas, et ensuite parce que ce n'est même pas toujours notre intérêt. En effet, il est fort possible que les Français n'aient pas besoin de se prévaloir de ce droit dans le pays étranger et qu'au contraire, ils aient grand intérêt à s'y prévaloir d'un autre droit qui y fonctionne et qui n'existe pas en France. Aussi la réciprocité par identité n'est-elle pas la forme qui satisfait le plus le principe d'équilibre dans les relations internationales.

Mais alors pourquoi les traités diplomatiques suivent-ils toujours ce système d'identité ? On peut en démêler deux raisons. D'abord une raison de simplification. Il est beaucoup plus simple de dire "les deux Etats se font les mêmes concessions."

D'autre part, et c'est une raison encore plus profonde, il y a une raison de susceptibilité, d'amour-propre dans les rapports des Etats, afin qu'il ne soit pas dit que l'un a concédé à l'autre ce qu'il n'aura pas reçu en échange, même si ce qu'il a reçu est purement platonique, théorique, ce qu'on pourrait appeler un avantage nu. Un Etat se croirait diminué s'il accordait un droit et qu'on ne lui concède pas ce même droit à l'étranger.

Or, cette identité est une formule trompeuse : rien ne le montre mieux que l'exemple d'un traité qui remonte à 1904, relatif aux accidents du travail. La loi sur les accidents du travail du 9 Avril 1898, qui est extrêmement libérale, a tout de même formulé quelques exceptions, quelques rares discriminations à l'égard de certains étrangers : s'ils viennent à quitter le territoire après leur accident, leur rente cessera et on leur en versera trois annuités ; s'ils sont morts, leurs héritiers ne toucheront rien dans le cas où ils ne sont pas fixés en France ; ils n'auront pas droit aux mêmes rentes que les autres.

Source : BIU Cujas

Or, la France a signé en 1904 un traité diplomatique avec un pays voisin pour assimiler les ouvriers respectifs des deux pays aux nationaux, c'est-à-dire pour faire tomber ces incapacités qui peuvent exister de part et d'autre, traité basé par conséquent sur la formule d'identité. Cette identité ne se traduisit pas dans les faits par une identité économique. En effet, à la même époque il y avait dans le pays étranger cosignataire 400 travailleurs français alors qu'il y avait plusieurs dizaines de milliers de ces travailleurs étrangers en France. Cette identité n'était donc pas du tout un équivalent. On s'imagine qu'on obtient un avantage qui compense le sacrifice ; mais c'est une simple identité de formule, ce n'est pas une identité de fait. Il y a peut-être cause au sens juridique, mais il y a certainement lésion au point de vue des faits.

Il est fort possible, au contraire, que nous ayons intérêt à concéder de temps à autre certains droits à des étrangers pour que l'on nous fasse un tout autre avantage dans le pays cosignataire - avantage douanier par exemple - tout comme le vendeur se dépouille de sa chose pour qu'on lui donne de l'argent, et que l'acheteur par contre donne de l'argent pour obtenir la chose.

Ce qu'il faudrait mieux rechercher au point de vue d'une meilleure réciprocité, pour éviter la lésion et aboutir à une véritable équivalence, ce serait une réciprocité qui serait basée sur des avantages différents mais équivalents et qui soient adaptés aux besoins respectifs des pays. Par exemple si l'on permet à des étrangers d'exercer une certaine profession en France, pourquoi stipuler que les Français pourront exercer la même profession dans le pays étranger s'il n'y a pas de Français qui, dans ce pays, exercent cette profession ? C'est un cadeau purement gratuit que nous avons fait ; il y a théoriquement un avantage dans le traité mais il n'existe pas pratiquement.

Par contre, il se peut que des Français aient intérêt à exercer dans ce pays étranger une profession toute différente. Il faudrait donc mieux équilibrer les prestations, et accorder aux étrangers en France une toute autre profession que celle que les Français pourraient exercer dans ce pays étranger.

Quoiqu'il en soit, telles sont les formes que l'on peut envisager, et la forme la plus courante est celle de l'identité des prestations pour laquelle on se contente aujourd'hui de la jouissance réciproque des droits sans exiger l'exercice identique de ces droits, bref on se contente d'une cause mais sans admettre la nécessité d'une équivalence dans les faits.

Source : BIU Cujas

Titre I

ETUDE DES DROITS DES PERSONNES PHYSIQUES ETRANGERES EN DROIT POSITIF FRANCAIS

Il faut envisager trois catégories de droits : les droits politiques, les droits publics et les droits privés, que nous étudierons dans trois chapitres.

Chapitre I

DROITS POLITIQUES

Définition

Ce sont les droits attachés à la qualité de citoyen français et dont la jouissance n'en peut être détachée, que seul celui qui possède la qualité de citoyen français peut réclamer. Naturellement, je n'examinerai pas les droits du citoyen français en droit interne, mais seulement en fonction du droit international.

Trois catégories à distinguer

Or, à cet égard, les individus doivent être rangés en deux catégories, et même en trois, car récemment une troisième catégorie intermédiaire a été créée. Il y a d'abord deux catégories extrêmes : les étrangers d'une part et d'autre part les Français proprements dits ; mais entre ces deux catégories, est venue s'intercaler une catégorie intermédiaire - cela a commencé en 1889 et a pris une forme plus accélérée à l'époque contemporaine - . Cette catégorie se compose de ceux que l'on peut appeler les Français intermédiaires ou les Français d'origine étrangère à l'égard desquels il existe une législation assez complète et complexe.

Source : BIU Cujas

Il ne sera parlé, dans deux sections, que de deux de ces catégories : les étrangers proprement dits et les Français d'origine étrangère puisque, pour la troisième catégorie il n'y a pas de phénomène de la frontière qui se présente, et ici rien de spécial n'est à en dire sur le terrain du Droit international privé.

Section I

Etrangers proprement dits.

Quels sont leurs droits sur le terrain politique ? Quelles sont leurs obligations comme contre-partie des droits qui existent à leur égard ?

§ I - Refus de tout droit politique aux étrangers.

Voyons d'abord les droits : l'étranger n'a pas la jouissance et encore moins l'exercice des droits politiques. Il y a cependant certains pays étrangers qui se montrent plus larges, parce qu'ils le jugent opportun, et qui permettent à des étrangers d'accéder non pas aux fonctions principales, mais à certaines fonctions que nous considérons comme politiques, par exemple la fonction de maire dans un pays.

Les fonctions politiques

L'étranger en France est privé de toute fonction politique ; il est donc privé de toute éligibilité ; en d'autres termes il ne peut jamais être élu à aucune fonction politique.

En second lieu il n'est pas électeur, il est privé de l'électorat qui n'est donné qu'aux citoyens français et cela vise tous les électorats : électorat politique, électorat municipal, électorat professionnel : chambres de commerce, tribunaux de commerce, conseils de prud'hommes. Tous ces électorats professionnels sont limités à ceux qui ont la qualité de citoyens français ; l'étranger ne peut participer à aucune de ces élections. Il est enfin écarté des élections aux comités disciplinaires de certaines professions où le personnel peut élire un représentant . Notamment dans l'Université, les étudiants étaient appelés à élire deux d'entre eux aux Conseil de l'Université pour que, lorsque celui-ci siégeait comme conseil disciplinaire, il y eut deux étudiants à faire partie de ce conseil. Cet électorat supposait l'exercice des droits politiques - tout au moins en partie car la majorité des étudiants étaient mineurs - et les

Source : BIU Cujas

étudiants étrangers ne pouvaient donc pas avoir l'électorat à ces fonctions au conseil disciplinaire ; encore moins pouvaient-ils y être élus

Le droit d'affouage

Voici encore un droit refusé aux étrangers ; c'est un droit accordé aux forestiers, le droit d'affouage, le droit de participer aux coupes de bois communaux (Art. 105, Code forestier).

La fonction publique

Enfin l'étranger est privé de tout droit d'accès à une fonction publique. La fonction publique a toujours été considérée en Droit français comme réservée strictement aux Français, à la différence de ce qui peut exister dans un certain nombre de pays étrangers, et l'on exige non seulement la qualité de Français mais la plénitude des droits politiques. Il y a là un principe général absolu rappelé par la loi du 14 Septembre 1941 portant statut général des fonctionnaires, à l'article 25 : : "nul ne peut être nommé à un emploi public s'il ne satisfait aux conditions suivantes : 1°- Etre français". Par conséquent, l'étranger ne peut exercer aucune fonction publique.

Les offices ministériels et le barreau

Cette solution est étendue à d'autres fonctions, bien que ceux qui les exercent ne soient pas à proprement parler des fonctionnaires publics : les officiers ministériels. Quant aux avocats, ils ont toujours été exclus du barreau lorsqu'ils étaient étrangers. Le décret de 1920 l'avait dit pour la première fois expressément et la disposition se retrouve dans la charte actuelle du barreau (loi du 15 Octobre 1941). Pour être avocat, il faut être Français. Cela s'explique d'autant mieux que l'avocat est un auxiliaire de la justice, qu'il doit donc posséder l'ensemble des droits nécessaires au personnel judiciaire en général.

Il y a une deuxième raison, qui n'est pas seulement nominale car si, dans les grands barreaux cela se produit plus rarement, dans les petits tribunaux c'est très fréquent étant donné le petit nombre de magistrats. L'avocat, lorsqu'on manque de juges, est obligé de monter sur le siège pour rendre la justice ; l'étranger ne pourrait pas être accepté pour rendre la justice, ce qui est évidemment l'exercice d'une fonction publique qui doit être limitée aux nationaux.

La tutelle et les distinctions qu'elle comporte

Est-ce qu'un étranger peut être tuteur ? A première vue, la tutelle ne semble pas avoir un rapport avec les fonctions publiques, mais elle en a pourtant un très grand. C'est qu'en effet, il faut distinguer, en Droit français, tout au moins et même dans la plupart des législations, deux sortes de tutelles. Il y a d'abord la tutelle que l'on exerce

Source : BIU Cujas

sur ses propres enfants - c'est une fonction familiale qui rentre vraiment dans le droit familial et ce n'est pas de celle-là que nous allons parler. Mais il y a une tutelle que l'on exerce à l'égard de personnes qui ne sont pas vos enfants et cette tutelle, est une obligation à moins qu'on ne soit dans un cas où la loi vous exclut à titre pénal ou vous dispense à titre de bienveillance de la tutelle. C'est une obligation dans le cas où on y est appelé par la loi ou désigné par un conseil de famille ; les Romains disaient à cet égard que c'est un munus publicum, c'est-à-dire une charge publique. C'est une charge que l'on doit accepter dans un certain nombre de cas une obligation que l'on a d'accepter d'être tuteur de quelqu'un qui n'a pas un ascendant susceptible d'exercer cette fonction.

Dès l'instant où la tutelle, quand elle n'est pas celle des enfants, est une charge publique, il n'y a point un grand pas à franchir pour dire qu'elle constitue une fonction publique, au sens large du mot. Evidemment, il ne faut pas identifier fonction publique et fonctionnaire public, il y a des fonctions publiques qui ne sont pas exercées par des fonctionnaires publics ; un maire, un conseiller municipal ne sont pas des fonctionnaires publics mais ils exercent une fonction publique.

La tutelle étant considérée comme une fonction publique, on comprendra dès lors très bien que l'étranger n'ait pas le droit d'exercer cette fonction publique (Cass. civ. 7 Février 1875 S. 1875, I. 196), arrêt dans lequel la Cour de cassation a fait la distinction entre la tutelle des enfants et la tutelle d'autres personnes, c'est-à-dire d'étrangers à la famille ; de celle-là les étrangers sont exclus.

Cette distinction tire sa base d'un texte du Code pénal, l'art. 42, qui est celui qui prévoit l'interdiction de certains droits civiques, civils et de famille comme complémentaire de certaines infractions. Or, dans ces peines complémentaires figure l'interdiction du droit d'être tuteur si ce n'est de leurs enfants pour ceux qui en sont frappés ; en effet, il s'agit là d'une fonction familiale qu'on ne leur retire pas. Mais certains condamnés sont privés du droit d'exercer une fonction publique et parmi celles-ci figure le droit d'être tuteur, sauf de leurs enfants. Il faut donc bien ranger la fonction de tuteur dans les fonctions publiques.

L'administration des syndicats

Nous signalons encore un droit interdit aux étrangers et considéré comme un attribut politique d'après la charte du travail du 4 Octobre 1941, art. 15, 1°, en ce qui concerne les syndicats professionnels. Le syndicalisme est devenu obligatoire et les travailleurs étrangers font partie des syndicats comme les autres travailleurs, mais ils ne peuvent pas être membres de l'administration.

Source : BIU Cujas

Cela existait déjà dans les lois sur les syndicats de 1884 ; on a considéré que l'administration des syndicats professionnels devait être entre les mains de Français.

les associations familiales

Enfin, nous citerons la loi du 29 Décembre 1942 qui a créé les associations de familles, dont l'art. 3 décide que seuls les chefs de famille de nationalité française font partie de ces associations de familles.

On peut discuter l'opportunité de cette solution ; une autre distinction aurait pu être faite, calquée sur celle qui a été admise pour le droit du travail, entre faire partie d'une association et participer à son administration et à sa direction. Dans un pays comme le nôtre, où il y a beaucoup de familles d'étrangers, il y a intérêt à ce que ces familles soient représentées dans les associations et défendues comme les autres, le cas échéant. On peut donc considérer que cette disposition n'est pas très opportune et qu'elle est d'un nationalisme un peu excessif.

§ 2 - Les obligations de l'étranger.

Envisageons maintenant les obligations corrélatives. Le citoyen français a un certain nombre d'obligations vis-à-vis de son pays. La première de ces obligations en temps normal était l'obligation militaire qui a toujours été considérée comme une des charges de la nationalité. L'étranger n'avait pas cette charge; il ne faisait pas partie de l'armée, il ne pouvait même pas s'engager dans l'armée en temps de paix, dans un corps métropolitain ; donc on n'avait pas le droit de l'incorporer et lui-même n'avait pas le droit de s'engager.

Le service militaire

On peut même considérer dans une certaine mesure que c'est une disposition du droit des gens, qu'un Etat n'a pas le droit d'incorporer contre leur volonté les étrangers, car participer au service militaire, c'est participer à la vie du pays.

C'était la coutume internationale. Les traités de la France, presque tous d'ailleurs, traités de commerce, traités de navigation, d'établissement, contiennent cette clause d'après laquelle les ressortissants d'un pays étranger ne seraient astreints à aucun service militaire.

Cependant des dérogations ont été admises. Notre loi sur le recrutement admettait les engagements des étrangers au moins en temps de guerre ; on ne les incorporait pas contre leur volonté, mais s'ils étaient volontaires on ne refusait pas leur engagement.

Une autre question remonte à la loi de recrutement de 1923, la question des apatrides. Depuis la loi de 1923, l'indi-

Source : BIU Cujas

L'incorporation des apatrides

vidu qui, au moment de la formation du contingent qui a le même âge que lui, est apatride, est astreint au service militaire comme les autres. Il n'était pas, jusque là, appelé sous les drapeaux puisqu'il n'était pas Français, mais on s'est dit qu'il y avait un grand nombre d'apatrides et qu'il était injuste qu'ils participassent à l'hospitalité française et qu'ils n'en eussent aucune charge. Aussi la loi de recrutement de 1923 a décidé que les apatrides seraient astreints au service militaire comme les autres, lequel service devait en principe être fait dans la légion étrangère, mais à titre exceptiomel, l'apatride pouvait obtenir de servir dans des corps métropolitains. En raison des difficultés qu'elle a soulevées, cette loi ne s'est pour ainsi dire jamais appliquée. On commençait à parler de son application dans les dernières années qui ont précédé la guerre actuelle.

Les protégés

Quant aux protégés marocains et tunisiens, un décret-loi de 1939 les a astreints à des prestations à l'armée en temps de guerre parce qu'on a considéré qu'étant donnés les rapports spéciaux qui existaient entre la France et les pays de protectorat du Maroc et de la Tunisie, on pouvait les astreindre à un certain nombre de charges militaires.

Donc, à part l'apatride, l'étranger n'est pas astreint au service militaire.

Les réquisitions

Voyons maintenant certaines prestations personnelles qu'il ne faut pas confondre avec les obligations militaires, et par exemple les prestations personnelles de réquisitions. Notre loi sur les réquisitions n'avait pas parlé de l'étranger, mais il était admis que l'on ne pouvait exiger de prestation personnelle qu'à la charge des individus de nationalité française.

En matière de réquisition, il y a d'ailleurs deux sortes de prestations. D'abord, les prestations matérielles, réquisition de choses mobilières ou immobilières ; celles-là l'étranger doit les subir du moment que ses biens sont sur le territoire français ; c'est la solution qui a toujours été admise, sauf un traité diplomatique formel qui l'en exonère. Quant à la prestation personnelle, c'est un travail à accomplir par la personne elle-même. Sous l'empire de la loi de 1877, les prestations personnelles étaient très peu nombreuses ; elles se situaient surtout au moment de la période de mobilisation, pour la préparer et lui permettre de s'accomplir, et elle ne durait que quelques jours. Par exemple lorsqu'on réquisitionnait les chevaux, le propriétaire lui-même devait les conduire à tel endroit, cela n'allait pas très loin.

Source : BIU Cujas

Mais nous vivons maintenant sous l'empire de la loi du II Juillet I938, grande loi de principe qui a tout transformé loi sur la nation en temps de guerre qui a créé un nouveau régime qui a fonctionné pendant la guerre de I939-I940 ; c'est ce qu'on appelle le système des requis civils.

Le requis civil est une personne qui est astreinte à une prestation personnelle, soit dans le commerce, soit dans l'industrie, soit même dans l'administration. Un très grand nombre de fonctionnaires publics à la retraite ont été ainsi requis de reprendre du service pendant un certain nombre de mois ou d'années.

Quelles étaient les personnes astreintes à ces réquisitions civiles ? Bien entendu et d'abord les Français. L'apatride y a été considéré comme astreint, le protégé également en vertu de textes spéciaux. Quant aux étrangers ordinaires, l'art. I9 de la loi semblait envisager qu'ils puissent être aussi l'objet de ces prestations, mais ce n'était pas extrêmement net et aucun texte spécial n'était intervenu à leur égard. Il faut reconnaître que la solution parait juste ; toute personne qui se trouve sur le territoire doit, à certains moments, accomplir les travaux qui peuvent être exigés pour la défense de ce territoire.

La réquisition de main-d'oeuvre agricole

Depuis l'armistice, il est intervenu un certain nombre de mesures à l'égard des étrangers : loi du 23 Mai I943 art. 2, 3°, portant réquisition de la main-d'oeuvre dans l'agriculture. Cette réquisition remonte à une loi de I94I qui n'avait pas parlé des étrangers, la loi de I943 a ajouté, parmi les personnes qui pouvaient faire l'objet d'une réquisition pour l'agriculture, les étrangers. C'est donc une disposition nouvelle ; les étrangers se trouvent maintenant obligés à des prestations personnelles par des textes formels.

La main-d'oeuvre industrielle

Pour les travaux industriels la loi du 4 Septembre I940, art. 2, avait employé cette formule : "Les étrangers résidant en France pourront être soumis à des mesures analogues". C'était donc une faculté pour les pouvoirs publics. Il dépendait donc des pouvoirs publics de décider comme ils le voudraient, s'ils astreindraient tous les étrangers à ces travaux ou seulement ceux de certaines nationalités. En certaines matières, il faut tenir compte des réactions des pays auxquels ces étrangers appartiennent, et de plus, de la nature des travaux. Si l'on emploie un étranger à des travaux d'intérêt général, il est difficile que le pays auquel il appartient proteste. Si au contraire, on veut employer un étranger à des industries travaillant pour la guerre le pays auquel cet étranger appartient peut, le cas échéant, protester et sa pro-

Source : BIU Cujas

testation aura la force qu'il sera susceptible de lui donner.

L'étranger se trouve donc astreint à un certain nombre de charges. Il semble que l'orientation nouvelle qui soit prise est qu'un certain nombre de travaux soient considérés comme se rattachant à l'idée de police de territoire plutôt qu'à celle de compensation de droits politiques.

L'assujettissement de l'étranger à l'impôt

Enfin, examinons les prestations pécuniaires : est-ce que l'étranger peut être astreint à des prestations pécuniaires ? Peut-on lui demander au maximum ce que l'on peut demander au national ou peut-il être traité mieux que celui-ci ? L'assimilation au national pour les prestations financières, c'est le paiement de tous les impôts que paient les Français. Et on pourrait très bien concevoir qu'un pays étranger veuille obtenir que ses nationaux soient dispensés de tel ou tel impôt. Envisageons la question d'abord en l'absence d'un traité diplomatique et ensuite nous verrons ce que peuvent faire les traités.

En l'absence d'un traité, la pratique admet - et c'est en effet la solution conforme aux règles du droit international- que l'étranger est astreint de payer les mêmes impôts que les nationaux à moins qu'il ne s'agisse véritablement d'un impôt qui n'est que le reflet des droits du citoyen. Ainsi les étrangers étaient dispensés de la taxe militaire. On considérait que l'étranger ne pouvait pas y être astreint puisque c'était la contrepartie d'un service militaire dont il était dispensé. C'était l'époque où les étudiants par exemple, ne faisaient qu'un an de service militaire au lieu de trois ans, sous l'empire de la loi de 1889. Ils étaient astreints à payer en compensation une légère taxe militaire pendant deux ans.

Mais presque tous les impôts qui existent aujourd'hui sont indépendants de la qualité de citoyen ; il n'y a donc aucune raison pour que l'étranger ne les doive pas, y compris les impôts de guerre. Les impôts de guerre ne le sont que de nom ; ce sont en réalité des charges fiscales qui doivent grever tous les individus résidant sur le territoire, en fonction de leur activité ou de leur profession.

Seulement un Etat étranger peut toujours stipuler au profit de ses nationaux des exonérations par traité : il n'y en a pas beaucoup. Nous avons déjà cité précédemment le cas qui s'était produit lors de la guerre de 1914-1918 dans les rapports de la France et de l'Espagne, où le traité de 1862 exonérait les Espagnols en France de tout impôt ou contribution de guerre. Comme nous avions eu la maladresse de baptiser un de nos impôts impôt sur les bénéfices de guerre, le gouvernement espagnol, prenant fait et cause pour la Société Hispano-Suiza qui, évidemment, avait fait pas mal de bénéfices de guerre, avait dit :

Source : BIU Cujas

"L'impôt sur les bénéfices de guerre n'est pas dû par une société espagnole étant donné que vous l'avez vous-même qualifié impôt sur les bénéfices de guerre et que le traité de 1862 dispense les Espagnols en France de toute contribution ou impôt de guerre". Si nous n'avions pas eu la maladresse de qualifier cet impôt d'impôt sur les bénéfices exceptionnels de guerre, si cette étiquette n'avait pas existé, la thèse du gouvernement espagnol n'aurait pas été défendable. La question a été soumise à un arbitre qui a statué dans le sens de l'application du traité, c'est-à-dire de l'exonération.

En fait, il y a extrêmement peu de traités qui contiennent ces exonérations fiscales ; pratiquement l'étranger paie exactement les mêmes impôts - quels qu'ils soient, quels que soient leur origine et leur but - que les Français, et c'est justice puisque l'impôt est basé sur un élément économique.

Section II

Catégorie des Français d'origine étrangère.

Les individus visés

Ce sont des individus qui répondent à l'une ou à l'autre des caractéristiques suivantes : ou bien ils n'étaient pas Français d'origine, ils ne sont pas nés Français, mais ils sont devenus français au cours de leur existence, ce sont des Français d'origine étrangère, ceux qu'on appelle parfois des individus francisés. Voici donc une première catégorie d'individus qui va subir la série d'incapacités que nous allons examiner.

Mais il y a une deuxième catégorie ; cette incapacité va frapper même des Français d'origine, c'est-à-dire des individus qui sont nés Français à raison de leur ascendance non française. Il y a donc deux catégories d'individus : ceux qui ne naissent pas Français et ceux qui naissent même Français mais qui ont une ascendance étrangère au moment de leur naissance.

L'évolution du droit

Notre droit a, sur ce point, subi à l'époque moderne une évolution dans le sens ascendant, croissant des incapacités. Si l'on se situe à la fin du XIXème siècle, vers 1890, tout individu français, quelle que fût la façon dont il eût obtenu la nationalité française, était assimilé au Français de naissance. Il n'y avait pas de distinction à faire, dès l'instant où un individu était français, il jouissait de l'ensemble des droits qui peuvent appartenir à n'importe quel Français

Source : BIU Cujas

C'est en 1889 qu'a commencé très timidement la règlementation un peu restrictive. Mais c'est à une époque beaucoup plus récente qu'elle a pris un rythme croissant qui s'est manifesté par la loi de 1927, par le décret-loi de 1938 et enfin par une série de lois intervenues depuis 1940, c'est-à-dire depuis l'armistice.

Donc un certain nombre de droits, peu importants et peu gênants ont été supprimés aux étrangers pendant une certaine période, et actuellement on note une sévérité assez grande pour des individus qui sont cependant des Français.

Division

Si on veut classer ces incapacités au point de vue historique, on peut les ramener à deux périodes: il y a une première période où les incapacités ont été limitées aux naturalisés et une deuxième période dans laquelle nous sommes, qui déborde la première et qui ne vise pas seulement les naturalisés, mais des individus qui ne sont pas des Français d'origine française.

§ 1 - Période des incapacités limitées aux naturalisés.

Les individus visés

Celles-ci ne visaient que les naturalisés, d'où l'extrême importance durant cette période de ne pas confondre, comme on avait tendance à le faire parfois dans la pratique, le naturalisé avec les autres catégories voisines. Le naturalisé était celui qui, au cours de l'existence avait obtenu la nationalité française sur sa demande, par un décret, c'est-à-dire pratiquement l'individu de l'art. 6 de la loi sur la nationalité et autrefois les individus de l'art. 8, § 5 du Code civil. Seul le naturalisé était frappé de certaines incapacités, à la différence de tous les autres français. Il ne fallait donc pas confondre le naturalisé avec les Français par le bienfait de la loi, notamment les femmes mariées qui prenaient la nationalité de leur mari.

L'inéligibilité (1889)

Quelles ont été ces incapacités ? La loi de 1889 a créé une première incapacité qui n'était pas très gênante. Le naturalisé n'avait pas le droit d'être élu sénateur ou député pendant un délai de dix ans à dater de sa naturalisation. La loi de 1889 en a décidé ainsi parce que le cas s'était produit auparavant, d'un étranger naturalisé seulement depuis quelques mois, qui avait présenté sa candidature et avait été élu. La loi de 1889 était formelle et la disposition a été conservée : pas d'éligibilité aux assemblées politiques pendant un délai de dix ans, à moins d'une loi spéciale, loi qui pouvait seule relever les intéressés de cette incapacité. En fait, il n'en est jamais intervenu car il n'y a jamais eu d'intéressé qui en ait

Source : BIU Cujas

fait la demande en dont on ait eu besoin pour combler les vides du Parlement.

Extension de l'inéligibilité (1927)

Mais cette inéligibilité créée par la loi de 1889 a été étendue par la loi de 1927 et par l'art. 6 de notre loi à toutes les fonctions électives quelles qu'elles soient. Il n'est pas seulement question d'assemblées politiques mais de toutes les élections publiques : élections professionnelles, élections aux tribunaux de commerce, aux chambres de commerce, aux tribunaux de prud'hommes, etc..Le naturalisé n'est éligible à aucune fonction à laquelle on accède par voie d'élection pendant un délai de dix ans. Seulement, il ne faut plus une loi pour l'en relever cette fois; un simple décret individuel suffit. On peut, après examen de la situation de l'intéressé, lui accorder la jouissance du droit d'être élu à telle ou telle fonction, mais après 5 ans seulement. Tel s'est trouvé être le régime de la loi de 1927.

Privation de l'électorat

Le décret-loi de 1938 a renforcé l'incapacité du naturalisé qui ne portait que sur l'éligibilité ; pour la première fois le naturalisé a été frappé de l'incapacité d'être électeur en vertu du décret-loi de 1938, le naturalisé n'est pas électeur pendant une période assez courte d'une durée de cinq années, et constituant une sorte de période d'adaptation : "Le nouveau Français doit faire son éducation de citoyen avant d'exercer un droit souverain". Aucune exception n'est possible ; on a pensé que du moment que le temps était si bref, il n'y avait pas lieu, quelle que soit la situation de l'intéressé, de le relever de cette incapacité.

Les fonctions publiques de l'Etat (1934)

Jusqu'ici nous n'avons donc que l'électorat pendant cinq ans, l'éligibilité pendant dix ans, celle-ci pouvant faire l'objet d'une dispense individuelle par un décret, au moins pour la moitié du délai. Mais une réforme de 1934 a créé à la charge des naturalisés une incapacité lourde, c'est l'incapacité d'exercer un certain nombre de fonctions. Cette loi fut votée très rapidement sans avoir été suffisamment étudiée et elle s'en ressent d'ailleurs beaucoup dans sa rédaction . Elle frappait le naturalisé pendant un délai de dix ans - on pensait que c'était une période d'adaptation temporaire - des incapacités suivantes : "toute fonction publique de l'Etat..." Les auteurs de ce texte n'avaient pas pensé, dans la précipitation de sa rédaction, que toutes les fonctions publiques n'étaient pas des fonctions de l'Etat et qu'il y avait des fonctions publiques départementales, munici-

Reproduction interdite

Source : BIU Cujas

pales ou relevant des établissements publics. Or, le texte ayant créé une incapacité et les incapacités étant de droit strict, les naturalisés n'ont donc été frappés que d'une incapacité d'exercer une fonction publique rétribuée par l'Etat. L'on avait fait remarquer qu'un garçon de bureau de ministère, qui était un fonctionnaire de l'Etat ne pourrait pas, s'il était naturalisé, conserver cet emploi ou l'acquérir dans l'avenir mais qu'un directeur départemental qui était naturalisé pourrait conserver sa fonction puisque ce n'était pas un emploi de l'Etat.

Les officiers ministériels et le barreau

D'une deuxième catégorie de fonctions qui sont les offices ministériels, on a exclu les naturalisés pendant un délai de dix ans. Et enfin - car c'était surtout pour eux que la loi était faite, elle était issue de ce milieu et ce sont ses représentants au Parlement qui l'avaient présentée et fait passer l'auteur de l'amendement au Sénat était un éminent avocat - les naturalisés étaient exclus, en vertu d'un texte formel de la loi de 1934 de la profession d'avocat pendant dix ans. On avait fait remarquer qu'étant un auxiliaire de justice appelé à rendre la justice le cas échéant, il s'agissait peut-être d'exiger de la part du naturalisé- étant donné surtout que l'on pouvait être naturalisé très vite - un certain délai d'attente avant d'exercer cette fonction. On s'était d'ailleurs plaint amèrement - et on ne savait pas dans quelle mesure cette réorimination était exacte,- que trop d'avocats récemment naturalisés connaissaient insuffisamment la langue française. Il était donc indispensable d'exiger un certain temps d'attente pour obtenir meilleure préparation à cette fonction.

Telle était donc cette première période la réglementation des droits retirés aux naturalisés, il leur restait beaucoup de moyens d'exercer leur activité.

§ 2 - Période de généralisation des incapacités

Cette deuxième période - période de généralisation des incapacités, remonte à la législation dite de l'armistice.

Extension des incapacités

L'incapacité s'étend à un cercle beaucoup plus étendu de personnes, de fonctions et d'occupations. Elle concerne à la fois ceux qui sont devenus français au cours de l'existence et ceux qui, bien que Français d'origine ne sont pas nés de parents français.

Précisons cette dernière condition : Que faut-il entendre par Français qui bien que Français d'origine, n'est pas au sens de la loi, d'origine Française ?

Source : BIU Cujas

Il s'agit d'un Français dont, au moment de sa naissance, le père possède une nationalité étrangère. On ne tient aucun compte de la nationalité de la mère; c'est uniquement la nationalité du père qui est prise en considération. En ce qui concerne la filiation naturelle, on ne tient compte également que de la nationalité du père au moment de la naissance. Ainsi une dissociation complète s'est établie en vertu de cette législation entre deux notions : la notion de nationalité d'une part et la notion de jouissance des droits du Français d'autre part. En ce qui concerne la nationalité, il n'y a rien à ajouter à ce qui a été exposé précédemment ; on sait dans quelles conditions les parents naturels sont des donneurs de nationalité ; c'est celui qui a reconnu l'enfant le premier, généralement la mère qui donne la nationalité. Lorsqu'il s'agit au contraire de la jouissance du droit à l'exercice des attributions du Français on ne tient plus aucunement compte de la mère, c'est toujours uniquement et exclusivement le père, même s'il n'a pas donné la nationalité à son enfant.

Comment expliquer cette rupture entre les deux systèmes ? C'est très difficile puisqu'on ne sait pas, faute de travaux préparatoires et d'exposé des motifs, pour quelles raisons les textes ont été faits. On peut imaginer deux explications. La première qui n'est peut être pas la moins vraisemblable, c'est un oubli par les auteurs de cette législation des règles sur la nationalité des enfants naturels. La deuxième, qui est plus scientifique, c'est que le père exercerait sur la mentalité de l'enfant l'impression prépondérante au point de vue de son intellectualité. Ce serait une conception que l'on peut appeler une conception biologique dont il est bien difficile de savoir la valeur exacte dans l'état peu avancé de la science sur ce point. Quoiqu'il en soit c'est, pour l'enfant naturel, le père qui seul l'emporte, au point de vue de la jouissance des droits.

Voilà donc un enfant reconnu d'abord par sa mère française est devenu Français Son père naturel le reconnait plus tard ou bien la mère a intenté une action en recherche de paternité contre le père pour qu'il subvienne aux besoins de l'enfant et de la mère ; or, le père est un étranger. Comme le père est étranger l'enfant va tomber sous le coup des incapacités. Dans ce cas, l'enfant subira toutes les incapacités prévues par la législation moderne.

Que se passera-t-il pour l'enfant dont le père est inconnu en droit ? Il ne subira aucune des incapacités. Et par père inconnu il faut entendre celui vis-à-vis duquel n'existe pas une filiation établie. On peut connaître très bien en fait le père d'un enfant, il peut même subvenir aux besoins de l'enfant et reconnaître qu'il en est le père, mais s'il ne l'a pas recon-

Source : BIU Cujas

au légalement, l'enfant ne subira pas les incapacités, c'est l'enfant d'un père inconnu.

Ajoutons qu'il faut, pour qu'un enfant subisse ces incapacités, qu'il soit né d'un père qui possède la nationalité étrangère au moment de la naissance. Il en résultera que dans une même famille il pourra y avoir des distinctions entre les divers enfants des naturalisés. Les enfants nés avant la naturalisation seront frappés des incapacités qui frappent les étrangers, ceux qui seront nés même le lendemain de la naturalisation de leur père seront français d'origine, nés d'un père français. On n'a pas exigé que le père soit Français de naissance, il suffit qu'il soit français au moment de la naissance de son enfant.

Les individus frappés d'incapacités

Quels sont les individus qui vont être frappés d'incapacités alors qu'avant ils jouissaient de tous les droits des citoyens français ? Ce sont d'abord les enfants de l'art. 1 n° 2 3 5 et 6 de la loi sur la naturalisation du 10 Août 1927, pratiquement les enfants qui sont Français à raison de leur naissance en France et de la naissance en France de leurs ascendants.

Deuxième catégorie : les enfants de l'art. 2 de la loi de 1927 (nés en France d'une mère légitime déjà née en France)

Troisième catégorie : ceux qui ne deviennent français qu'au cours de l'existence par réclamation ; enfants de l'art. 3 de la loi de 1927, ou ceux qui deviennent français à leur majorité, enfants de l'art. 4 de la loi de 1927.

Enfin, les femmes mariées étrangères (art. 8 de la loi) les naturalisés (art. 6 de la loi), les réintégrés (art. 11 de la loi).

Parmi les 7 catégories d'individus qui viennent d'être énumérées, les deux premières comprennent des Français de naissance, les cinq autres des individus qui deviennent Français au cours de l'existence. Les uns et les autres sont désormais frappés d'incapacités puisqu'ils ne sont pas Français d'origine et nés d'un père français au moment de leur naissance.

Le contenu des incapacités nouvelles est extrêmement extensif. Il déborde infiniment celui des lois antérieures non seulement quant aux personnes mais quant aux incapacités elles-mêmes.

I) Incapacité d'exercer un emploi public

La première de ces incapacités, qui a été édictée très rapidement, au lendemain presque de l'armistice, par une loi du 17 Juillet 1940, remplacée depuis lors par la loi du 5 Avril 1941 en vigueur actuellement, simple loi d'adaptation d'un certain nombre de mesures à prendre, cette première

Source : BIU Cujas

incapacité concerne, au sens large du mot, tout emploi public mais il vaut mieux procéder par énumération pour être sûr de ne commettre aucun oubli.

Nous avons dit que pour les naturalisés, la loi de 1934 mal rédigée, ne visait que les emplois de l'Etat, c'était évidemment un oubli. La loi actuelle vise tout emploi public, c'est-à-dire l'emploi dans les administrations de l'Etat, des départements, des communes et des établissements publics, qui constituent les quatre sortes de personnes morales publiques. Les quatre budgets publics sont le budget de l'Etat, le budget des départements, le budget des communes et le budget de chaque établissements public. Tout ceux qui émargent à ces budgets publics doivent être français d'origine et nés de père français. On a ajouté à ces divers emplois les fonctions de direction dans un service public exploité en régie. Il ne s'agit donc pas de tout le personnel des services publics exploités en régie, mais simplement de ceux qui occupent une fonction de direction

l'incapacité est perpétuelle

Les individus que nous considérons sont frappés de ces incapacités, mais il y a une différence à noter avec le statut des naturalisés dans le sens de la sévérité. Aux termes de la loi de 1934 et des lois antérieures, les incapacités des naturalisés ne duraient que dix ans ; on avait voulu créer une période de stage pour assurer l'adaptation des intéressés à la vie française. Désormais en vertu de cette législation, il n'y a aucun délai ; le régime est par conséquent beaucoup plus sévère, l'incapacité est permanente, perpétuelle en ce sens qu'elle frappe les individus d'un bout à l'autre de leur existence. Elle ne frappe plus leurs enfants s'ils sont nés postérieurement à la naturalisation, donc de père français mais les intéressés eux-mêmes en sont frappés pendant toute leur vie. Cependant, on ne pouvait pas ne pas prévoir un certain nombre d'exceptions.

Les exceptions aux incapacités

A - Les dispenses objectives

I° - Ces exceptions concernant tout d'abord, les individus qui ont eu dans l'une ou l'autre des deux guerres de 1914 ou de 1939 la qualité de combattant. Il ne nous appartient pas de définir ici cette qualité, la question est réglementée par des textes spéciaux. Il ne suffit pas d'avoir été mobilisé; il faut avoir eu la qualité de combattant et ceux qui l'ont eue dans l'une des deux guerres sont relevés de l'incapacité.

2° - Cette incapacité est également écartée au profit des familles des militaires qui sont morts au cours des deux guerres c'est-à-dire leurs ascendants, leurs descendants ou leur conjoint.

3° - Une troisième exception vise certaines catégories

Source : BIU Cujas

d'Alsaciens-Lorrains.

4° - Une quatrième dispense vise les protégés, c'est-à-dire les ressortissants tunisiens ou marocains, même simplement naturalisés, en raison des rapports particuliers de la France avec les protectorats. On a voulu leur faire un régime plus avantageux qu'aux autres et c'est ce qu'a fait notamment la loi de 1941, à la différence de la loi de 1940 qui était plus absolue. On maintient même au profit de ces protégés la possibilité de conserver certains emplois publics bien qu'ils ne soient pas devenus Français, lorsqu'ils les exerçaient déjà avant la mise en vigueur de la loi nouvelle. Il y avait un certain nombre d'emplois publics dans le protectorat auxquels on appelait les ressortissants du pays bien qu'ils ne fussent pas Français, ils pourront les conserver.

5° - Cinquième exception : ceux qui ont la possibilité de servir dans l'armée française au titre étranger.

6° - Et enfin une dernière exception nominale qui ne trouve pas d'application au moins à l'heure actuelle, aux termes de l'art. 2 de notre loi, n° I : les naturalisés pour services exceptionnels rendus à la France dans des conditions qui seront fixées par une loi ultérieure. Cette loi n'existe pas encore, il n'y a pas de naturalisations exceptionnelles visées par une loi exceptionnelle, par conséquent ce cas n'est pas susceptible d'application.

Ces dispenses sont ce que nous appellerons des dispenses objectives. Elles existent une fois pour toutes pour ceux qui peuvent se trouver dans une des conditions prévues part l'art. 2 de la loi sur les fonctions publiques.

B - Les dispenses subjectives ou individuelles

Il y a une catégorie de dispenses qui sont des dispenses individuelles. Il aurait été regrettable de se priver des individus qui tombaient sous l'incapacité de la loi et néanmoins étaient particulièrement utiles au pays. C'est pourquoi un décret individuel peut toujours relever un de ces individus de l'incapacité qui le frappe pourvu que le décret soit pris sur avis motivé du Conseil d'Etat. Il y a ainsi un certain de fonctionnaires qui avaient rendu dans divers compartiments des services éminents et qui ont pu être conservés grâce à cette possibilité.

Telle est la première incapacité qui vise les services dans les emplois publics.

Extension de l'incapacité aux offices ministériels

Mais ces incapacités de 1940 ont fait très rapidement tache d'huile et se sont étendues à un certain nombre d'autres activités. Nous signalerons tout d'abord les officiers ministériels (loi du 15 octobre 1941) ; puis une loi spéciale du

Source : BIU Cujas

1er Juillet 1942 pour les commissaires-priseurs.

au barreau

Une troisième catégorie d'incapacités a été édictée à l'égard des avocats par une loi de 1940, remplacée aujourd'hui par la loi du 15 octobre 1941. L'avocat est un auxiliaire de justice qui peut être appelé à rendre la justice, donc il doit être soumis aux mêmes règles de capacité que ceux qui veulent exercer des emplois publics.

Jusqu'ici nous n'avons rencontré d'incapacités que pour des emplois publics, des offices ministériels qui sont une forme d'emploi public, et les avocats qui sont assimilés traditionnellement par le genre de leur activité à des emplois publics. Nous allons voir maintenant l'incapacité s'étendre à des emplois purement privés.

à la médecine et aux professions annexes.

Ce sont tout d'abord les médecins par une loi du 16 août 1940 qui a été remplacée par une autre loi du 29 Novembre 1941 ; médecins et dentistes sont frappés s'ils ne sont pas nés Français, d'un père français, de l'incapacité d'exercer leurs fonctions en France, la même incapacité a été étendue ensuite aux sages-femmes par une loi du 26 Mai 1941 qui a modifié la grande loi de 1892 sur l'exercice de la médecine en France. Puis on a étendu cette incapacité à la médecine des animaux par une loi du 12 Novembre 1940 qui a été à son tour remplacée par une loi du 31 Décembre 1941. Enfin, une dernière catégorie, dans le domaine de la médecine, ce sont les pharmaciens : une loi du 22 Novembre 1940 qui a été complétée par la charte de la pharmacie du 11 Septembre 1943.

Pour toutes ces personnes que nous venons d'indiquer : médecins, dentistes, sages-femmes, médecins des animaux et pharmaciens, la réglementation est la même que pour les emplois publics, c'est-à-dire que les personnes frappées sont les mêmes et que les dispenses sont les mêmes.

Exercice de la profession de banquier

Enfin, dans un autre domaine nous trouvons une incapacité, celle des banquiers ; la charte de la Banque du 13 Juin 1941, art. 7, 2° exige pour exercer désormais la profession de banquier en France les mêmes conditions d'aptitude que celles de la loi sur les emplois publics. Il faut reconnaître que cette incapacité existait déjà dans l'ancien droit puisque Baquet nous en parle, mais elle avait disparu depuis longtemps. Elle se trouve rétablie par cette loi de 1941.

Telles sont, à peu près complètes, les incapacités dont sont frappés, à l'heure actuelle depuis 1940, les individus qui ne sont pas nés français d'un père français.

Source : BIU Cujas

Effet immédiat de ces mesures

Il faut envisager l'application temporale de ces mesures, c'est-à-dire de leur application dans le temps. Normalement, lorsqu'une loi édicte une incapacité pour l'exercice d'une profession et que le législateur ne s'est pas exprimé formellement, le conflit des lois dans le temps, tel qu'il découle de la théorie générale de l'art. 2 du Code civil, implique que l'incapacité ne limite à ceux qui veulent entrer dans cet emploi. Par conséquent, tous ceux, soit fonctionnaires, soit médecins, soit pharmaciens, soit banquiers qui exerçaient déjà leur fonction au moment de l'entrée en vigueur de ces lois ne devaient pas en être frappés. L'incapacité n'existerait que pour l'avenir. Mais telle n'a pas été la volonté du législateur, et on sait qu'il peut toujours déroger aux règles normales du conflit de lois dans le temps puisque ce ne sont pas des règles de caractère constitutionnel. Les diverses lois en question - et ce fait a encore davantage renforcé leur très grande sévérité - se sont appliquées immédiatement. Elles ont produit ce que l'on appelle, dans la terminologie consacrée, un effet immédiat. L'effet immédiat n'a été possible que parce que le législateur l'a dit dans des termes suffisamment formels pour qu'il n'y ait pas de doute. Donc les intéressés ont dû quitter immédiatement leur fonction, à moins d'être dans un des cas de dispense objective ou de dispense subjective - et ces cas se produisent assez souvent, on voit fréquemment paraître au Journal Officiel des listes de médecins par exemple, qui sont relevés de l'incapacité qui les frappe.

Mesures transitoires

Pour les emplois publics, des mesures transitoires ont été prévues sur le terrain simplement pécuniaire et l'on a fait une distinction entre les divers intéressés selon la durée de leurs services. Lorsque leurs services avaient été suffisamment longs au profit soit de l'Etat, soit du département, soit de la commune, les agents avaient droit à une retraite proportionnelle, on liquidait leur retraite mais naturellement comme ils n'avaient pas fait la totalité du temps, ils n'avaient qu'une retraite partielle. Lorsqu'au contraire, la durée de leur service n'était pas suffisamment longue, ils avaient droit à une indemnité pécuniaire calculée d'après les années de service déjà effectuées et qui n'était certes pas suffisante pour leur permettre de vivre.

Telles sont les seules dispositions transitoires que le législateur ait prévues ; encore ne jouent-elles que pour ceux qui avaient droit à une retraite d'une collectivité publique. Aucune indemnité pécuniaire n'a donc été prévue pour les autres emplois ; nous ne parlons pas des officiers ministériels qui avaient la possibilité de céder leur charge puisque nous pré-

Source : BIU Cujas

quons le système de la vénalité des charges, mais par exemple, les avocats, les médecins, les sages-femmes, ect... devraient cesser leur fonction et ne touchaient de personne aucune indemnité puisque celle-ci ne pouvait pas être mise à la charge du budget de l'Etat et que la loi ne pouvait pas non plus la mettre à la charge de qui que ce soit. Il y a donc là vis-à-vis d'eux une mesure bien sévère, qui découle sans doute des circonstances, mais dont l'extrême sévérité est peut-être aussi parfois critiquable.

Telle est la catégorie intermédiaire des individus qui ne sont pas des étrangers mais qui ne sont pas des Français intégraux à raison d'une certaine origine étrangère. Aujourd'hui dès lors, la distinction des titres d'acquisition de la qualité française a moins d'intérêt qu'autrefois, et nous reprendrons ici une observation déjà formulée plus d'une fois dans ce cours. Autrefois, il était absolument essentiel de ne pas confondre les individus français par naturalisation ou par le bienfait de la loi ou les individus devenus français pendant leur existence, ou les Français d'origine. En effet seuls les naturalisés étaient frappés de certaines incapacités, les autres avaient tous les droits des Français sans exception à partir du moment où ils avaient acquis notre nationalité, qu'ils fussent français d'origine ou simplement francisés. Il y avait un abîme qui séparait les naturalisés des autres individus.

Aujourd'hui où ils sont tous placés à peu près dans la même incapacité, la distinction a beaucoup moins d'importance tout au moins temporairement.

Source : BIU Cujas

Chapitre II

DROITS PUBLICS

Définition : Ce sont les diverses activités des individus autres que les libertés politiques qui relèvent du droit public.

Principe de la matière : A priori, sur le terrain des droits publics, l'étranger est assimilé au national -c'est une tradition du droit positif français - à moins qu'il n'y ait des textes spéciaux et seulement dans la mesure où il y en a. Il en existe d'ailleurs de plus en plus à l'époque contemporaine, mais pendant tout le XIXème et même le début du XXème siècle, la réglementation fut extrêmement libérale, il n'y avait aucune différence à faire au point de vue des droits publics, sauf un ou deux points, notamment la possibilité d'expulsion, entre les étrangers et les nationaux.

Retenons donc ce principe : pas d'incapacité sauf un texte formel, mais ces textes aujourd'hui sont extrêmement nombreux et surtout à l'époque contemporaine.

Distinction de trois problèmes : Les problèmes qui se présentent pour l'étranger sur le terrain des droits publics se ramènent à trois stades de son existence. C'est d'abord le franchissement de la frontière, dans un sens ou dans l'autre, soit pour venir soit pour repartir et ce franchissement de la frontière est appelé d'un terme qu'il faut connaître, c'est l'accès. Lorsque l'on trouve dans un texte ou dans un traité "l'accès au territoire français", cela veut dire le franchissement de la frontière.

Puis le deuxième problème est la question de savoir si l'étranger peut demeurer dans le pays, car l'accès ne donne pas droit de demeurer et n'est pas synonyme de ce droit. Il y avait des étrangers qui en temps de paix, ne faisaient que traverser en chemin de fer, le pays. Mais il y en a aussi d'autres qui voulaient demeurer. Alors se pose un deuxième problème : quelles sont les conditions auxquelles est subordonné le droit de l'étranger de rester dans un pays et quels sont les droits qu'il aura sur le terrain des libertés publiques pendant qu'il s'y trouvera. Il y a là encore un terme consacré, c'est le terme de séjour. Le séjour de l'étranger ou ce qui se rattache au séjour, c'est

Source : BIU Cujas

l'ensemble de la règlementation des étrangers pendant qu'ils demeurent en France.

Un troisième problème concerne ce qu'on pourrait appeler le séjour renforcé ; c'est le cas de l'étranger qui ne se borne pas à séjourner en France, mais qui veut y demeurer d'une façon en quelque sorte permanente, sans rien de définitif bien entendu, et pour s'y installer en vue d'y exercer une activité professionnelle, c'est ce que l'on appelle alors l'établissement.

D'où trois termes qui ont chacun leur signification définie : l'accès, le séjour et l'établissement.

Section I

L'accès

De la liberté à la règlementation

C'est la question de savoir si l'étranger peut pénétrer en France ou librement quitter le territoire français. Que l'étranger puisse librement quitter le territoire français, c'est évident, on ne le retient pas dans des circonstances normales. Qu'il puisse librement pénétrer dans le territoire, c'est la règle, on peut le dire jusqu'à la guerre de 1914. A cette époque, on franchissait la frontière avec la même facilité qu'on passe aujourd'hui d'un arrondissement de Paris dans un autre ; il n'y avait aucune formalité de police, aucune pièce, aucun laissez passer ou passeport qui fût exigé, aucune question n'était même posée

Mais ce régime a disparu depuis déjà la guerre de 1914 et même entre les deux guerres la règlementation s'est toujours maintenue, et cela pour plusieurs raisons.

La première est que les titres dont les individus doivent être porteurs pour franchir la frontière, font l'objet de perceptions fiscales et qu'on a rarement vu une administration d'un pays quelconque renoncer, à partir du moment où elle l'a établie, à une perception fiscale. Il paraît même qu'il y avait certains pays qui payaient une partie de leur personnel à l'étranger uniquement avec ces perceptions et c'est une des raisons pour lesquelles ces titres se sont trouvés renforcés.

Une deuxième raison, c'est évidemment, même entre les deux guerres - à cause des très grandes migrations de populations qui se sont sans cesse produites de réfugiés de toutes sortes- qu'un contrôle de police apparaissait véritablement opportun.

Quoiqu'il en soit l'accès du territoire français depuis la guerre de 1914 a toujours été subordonné à l'établissement

Source : BIU Cujas

Principe : de certains titres sauf dans les rapports de la France et de quelques pays pour lesquels parfois un régime plus libéral s'était établi. Par exemple, dans les rapports de la France et de la Belgique, les pièces d'identité permettaient à elles seules le franchissement de la frontière. Et même, quand on n'était pas porteur des pièces nécessaires on payait une certaine somme d'argent, mais on ne vous empêchait pas de continuer votre chemin.

C'est un droit absolu et indiscutable de l'Etat de déterminer quels sont ceux qui pénétreront sur son territoire et c'est un droit qui est consacré par le droit international public, qui est admis au profit de tous les Etats. Le régime de temps de paix, avant la guerre de 1939, était qu'en principe un étranger ne pouvait pénétrer en France que s'il était muni d'un titre spécial administratif qui existe dans tous les pays et qu'on appelle le passeport, délivré à des conditions plus ou moins faciles selon les rapports avec les pays étrangers.

Sanctions : Quelle était la sanction à l'égard de l'étranger qui pénétrait irrégulièrement sur le territoire français, ce qui n'était pas très difficile ?

Il y avait d'abord une sanction pénale, si l'on s'en apercevait, sanction édictée par les textes, notamment le décret-loi du 2 Mai 1938, et une sanction administrative que l'on appelait le refoulement, qui consistait simplement à renvoyer l'étranger, à l'empêcher de pénétrer sur le territoire.

Section II

Séjour des étrangers en France

3 problèmes : Il y a sur ce point des règlementations minutieuses. La présence sur le territoire français de l'étranger pose trois questions :

1° - Quelles sont les conditions de séjour ?
2° - Quels sont les droits de l'étranger pendant son séjour ?
3° - Comment cesse le droit de séjour ?

Source : BIU Cujas

§ I - Des conditions du séjour

Evolution

Là encore, jusqu'à la guerre de 1914, il n'y avait à peu près aucune condition au séjour de l'étranger en France. Il devait simplement faire, si son séjour durait assez longtemps, une déclaration à la mairie et à la police (loi de 1893), déclaration qui n'était sanctionnée que par une simple amende et qui très souvent n'intervenait pas.

Les textes actuels

Aujourd'hui, le régime est, depuis la guerre de 1914 devenu beaucoup plus sévère par la création de cartes d'identité d'étrangers, qui résulte d'un décret du 31 mars 1914 fréquemment modifié depuis lors Le régime actuel se trouve dans un décret-loi du 2 Mai 1938 déjà fréquemment modifié, mais qui est toujours le décret de base, et un décret ordinaire du 14 Janvier 1939.

Nécessité d'une carte d'identité

Tout étranger est, en principe astreint s'il veut séjourner sur le territoire français à une carte d'identité dite d'étranger. Il existe par conséquent ici une différence très grande depuis la guerre de 1914, entre les étrangers et les Français. La carte d'identité des Français existe depuis longtemps mais elle était un titre dont peu de Français se souciaient d'être munis ; en effet, elle n'avait pas beaucoup d'applications pratiques. Depuis les évènements de 1940, il y a intérêt à avoir cette carte d'identité. Une loi du 27 Octobre 1940, modifiée par une loi du 28 Mars 1942 a créé même la carte d'identité obligatoire pour les Français, qui n'aura donc été obligatoire pour eux, que très longtemps après l'avoir été pour les étrangers. Elle n'est d'ailleurs pas encore obligatoire car il faut qu'un décret intervienne pour déterminer le moment à partir duquel l'obligation existera et le modèle des nouvelles cartes.

Quels étrangers sont assujettis à la carte

Quels étrangers sont astreints au régime de la carte d'identité ? Tout étranger âgé de plus de 15 ans doit solliciter dès son arrivéeen France la carte d'identité si son séjour doit durer plus de deux mois. Donc l'étranger qui ne restera en France que moins de deux mois n'est pas astreint à la carte d'identité. Bien entendu, la délivrance de la carte d'identité n'est pas gratuite, il y a des droits qui augmentent graduellement, mais qui ne sont pas prohibitifs.

A l'égard de l'étranger qui n'aurait pas sollicité une carte, la sanction est une amende de 100 à 1.000 francs et une peine d'emprisonnement de un mois à un an. En outre - et c'est

Source : BIU Cujas

une gravité assez singulière que l'on rencontre depuis quelques années dans les textes relatifs aux étrangers et qui d'ailleurs ne s'explique pas très bien ces infractions ne peuvent donner lieu ni à l'application des circonstances atténuantes de l'art. 463 ni au sursis en cas de prison, le sursis de la fameuse loi Bérenger, L'infraction aux décrets-lois et aux textes sur la carte d'identité des étrangers donne lieu à une amende, à une peine de prison qui doivent obligatoirement être prononcées et exécutées sans sursis et sans circonstances atténuantes. Sévérité qui est évidemment un peu exagérée puisque le délinquant le plus grand peut obtenir les circonstances atténuantes et le sursis.

Sanctions

Donc l'étranger qui n'aura pas sollicité la carte d'étranger ou celui auquel on l'aura refusée après qu'il l'aura sollicitée et qui restera en France, tombera sous le coup de ces peines, car l'étranger qui a sollicité la carte d'identité et auquel on la refuse doit partir, il n'a plus droit au séjour en France.

Enfin, il y a des peines, dans l'art. 153 du Code pénal complété par un décret loi de 1936, pour la falsification des cartes d'identité d'étrangers.

Divers types de cartes

Combien y a-t-il de types de cartes d'identité ? Nous n'y insisterons pas, nous bornant à quelques observations essentielles. L'art. 5 du décret ordinaire du 14 Mai 1938 indique les différents types de cartes d'identité. Il existe tout d'abord une carte que l'on appelle la carte d'identité normale, cette carte a une durée de trois ans, c'est celle que l'on donne aux étrangers qui paraissent offrir des garanties suffisantes pour demeurer un certain temps sur le territoire français. Cette carte d'identité à durée normale est la seule qui donne à l'étranger la jouissance du droit au domicile en France. On sait en effet qu'il faut pour cela avoir une carte d'identité valable plus d'un an ; or les cartes d'identité valables plus d'un an sont les cartes d'identité à durée normale et elles ont une durée de trois ans. Seuls donc ceux qui ont cette carte ont la jouissance du droit au domicile en vertu du décret-loi du 12 Novembre 1938, art. 1

Quels sont les autres types de cartes d'identité ? Il y en a toute une série qui permettent de rester en France incontestablement et régulièrement, mais qui ne donnent pas la jouissance du droit au domicile. C'est d'abord la carte de travailleur, qui est généralement de durée limitée à un an au maximum, pour les saisonniers elle peut être de quelques semaines mais généralement elle sera d'une durée d'un an et c'est là qu'il faut faire une différence entre la carte valable un an et la carte valable plus d'un an. La carte de travailleur valable

Source : BIU Cujas

un an ne donne pas la jouissance du droit au domicile. Supposons un travailleur qui soit en France depuis cinq ou six ans on lui renouvelle chaque année sa carte de travailleur, il est donc en France régulièrement depuis cinq ou six ans, mais il n'a pas, d'après le décret-loi du 12 Novembre 1938, la jouissance du droit au domicile, car il n'a jamais eu de carte valable plus d'un an. Or, ce n'est pas la durée régulière du séjour qui est à prendre en considération, mais la durée de la carte délivrée. Il peut y avoir des travailleurs qui sont en France depuis 8 ou 10 ans et qui n'auront pas de domicile en France, et leur enfants mineurs n'en auront pas davantage puisque leur père n'est pas domicilié en France (art. 108 C. civ.). On voit la répercussion de ce texte qui évidemment n'a pas été bien étudié dans ses conséquences.

Une deuxième catégorie de cartes spéciales, ce sont les cartes délivrées aux individus qui sont venus simplement en tant que touristes et auxquels on donnera une carte qui a un régime spécial, la carte de tourisme . Cette carte était délivrée avec beaucoup de facilité en temps normal, puisqu'en effet le tourisme - dans un pays qui offrait autant d'avantages que la France - était au point de vue économique, au point de vue de la balance du commerce extérieur, un appoint considérable puisque c'étaient des devises étrangères qui entraient en France par l'intermédiaire des touristes.

Il y a encore une carte différente, c'est la carte délivrée à ceux qui viennent en France pour des voyages d'affaires ou des voyages de famille ; carte limitée dans sa durée et qui a un maximum d'un an. Elle peut être de durée moindre mais sa durée ne peut dépasser un an.

Enfin, il y a deux sortes de cartes dont nous ne parlerons pas longuement à cette place car nous les retrouverons plus tard et qui ont été créées en 1938 et 1940 ; c'est la carte de commerçant et la carte d'artisan qui présentent cette différence avec les précédentes, c'est que quand on les a obtenues, elles sont de durée illimitée, jusqu'à ce qu'on les retire bien entendu, mais elles n'ont pas besoin d'être renouvelées.

Pour terminer sur ce point, rappelons que l'étranger ne doit avoir une carte d'identité que s'il a plus de 15 ans, donc les enfants de l'étranger de moins de 15 ans sont dispensés de la carte. Mais à partir du moment où ils atteignent l'âge de 15 ans, ils doivent avoir une carte et c'est un cas où ils pourront perdre leur domicile en France. Supposons un enfant d'étranger qui ait son domicile chez son tuteur, lequel a lui-même son domicile en France ; il arrive à l'âge de 15 ans, il sollicite une carte d'identité, on lui donne une carte valable seulement un an : il n'a plus la jouissance du droit au domicile, il

Source : BIU Cujas

perd ce droit. Il aura peut-être un domicile à l'étranger, mais il n'aura plus de domicile en France

Une sanction de cette réglementation sur les cartes est l'interdiction d'employer un étranger s'il n'est pas muni de la carte de travailleur. Il y a plusieurs types de cartes de travailleurs d'après les professions ; travailleur agricole, travailleur d'industrie, travailleur dans le commerce. On les a de plus en plus spécialisées et on n'a le droit d'employer un travailleur étranger que dans le travail pour lequel sa carte lui a été délivrée. Fréquemment des infractions à cette réglementation sont intervenues, elles sont sanctionnées pénalement. Il y a des sanctions correctionnelles (art. 64 et 172 du Livre 2 du Code du travail) à l'égard de tout employeur qui ne s'est pas assuré que le travailleur étranger avait une carte d'identité de travailleur en règle.

En ce qui concerne notamment l'utilisation du personnel de gens de maisons, beaucoup de personnes ignorent que les étrangers qu'ils emploient doivent posséder une carte de travailleur qui leur permette de travailler dans cette profession, c'est-à-dire comme personnel domestique, et elles encourent des sanctions correctionnelles.

§ 2 - Droits de l'étranger pendant son séjour

Le principe est la liberté de circulation et de résidence

Durant son séjour en principe l'étranger jouit exactement des mêmes libertés que les Français, sauf celles que des textes formels viennent lui refuser ou lui limiter. Il a donc en principe la liberté de fixer sa résidence et la liberté de circulation. Un décret tout récent du 30 Mai 1943 art. I le rappelle ; les étrangers séjournant en France sont autorisés à circuler librement.

Les restrictions

Mais voici maintenant la série des restrictions : pour les zones interdites, les étrangers n'ont pas plus de droits que les Français. Mais il peut y avoir des restrictions spéciales aux étrangers , on peut interdire aux étrangers de séjourner ou de circuler dans certaines zones du territoire qui ne sont pas interdites aux Français, soit d'une manière absolue, soit d'une manière individuelle. Ainsi, dans le titre de résidence d'un étranger, il peut être dit que le titre n'est donné que pour tel ou tel département : le ministre de l'Intérieur peut prendre une mesure générale en disant ; d'une manière générale les étrangers ne pourront pas résider librement dans telle partie du territoire. Ceci résulte du décret du 30 Mai 1943 qui a modifié le décret du 1er Décembre 1939, art. 4 al. 2 ; l'étranger qui veut circuler dans telle partie du territoire doit avoir une

Source : BIU Cujas

carte d'identité valable pour cette partie du territoire.

Pour les réfugiés qui sont en surnombre dans l'économie nationale - il s'agit des réfugiés chômeurs et pour lesquels il n'y a pas de travail - une loi du 27 Septembre 1940 a prévu à leur égard l'obligation de travailler dans des camps de travail.

Une quatrième catégorie d'étrangers, auxquels il a été fait déjà allusion plus d'une fois à propos de la loi sur la nationalité, est celle des étrangers inexpulsables. L'expulsion est un droit absolu de tout Etat à l'égard des étrangers, mais il y a des étrangers qui ne peuvent pas être expulsés d'abord en temps de paix et à plus forte raison en période de guerre. Quand on est en présence d'un étranger qui ne peut pas être expulsé pour des raisons d'ordre matériel, il faut tout de même prendre à son égard - puisqu'il est devenu indésirable - des mesures de garantie ; d'où un décret-loi du 2 Mai 1938 et un autre du 12 Décembre 1938 qui ont établi l'assignation à résidence, c'est-à-dire l'obligation de résider dans une ville de France. L'individu est parfaitement libre, mais il doit résider dans cette ville, c'est une sorte d'interdiction de séjour dans les autres villes. Pour les sujets les plus dangereux l'assignation à résidence peut être faite dans des centres spéciaux, c'est-à-dire dans de véritables camps d'internement . Il y a, en effet, un certain nombre d'étrangers qui avaient purgé des infractions de droit commun et qu'on ne pouvait pas expulser du territoire français pour des raisons que nous indiquerons plus tard.

Une dernière catégorie d'étrangers susceptibles de mesures différentielles en vertu de deux lois du 4 Octobre 1940 et du 9 Novembre 1942, ce sont les juifs de nationalité étrangère qui, d'une part, n'ont pas la liberté de circulation (mais d'ailleurs elle a, depuis lors, été retirée même aux juifs français) et d'autre part, peuvent être internés dans des camps spéciaux.

L'étranger peut-il changer de domicile ?

Le changement de domicile : Il peut changer de domicile dans la mesure où il reste dans la partie du territoire où il peut librement circuler, absolument comme le Français ; il n'est astreint qu'à une simple déclaration aux autorités de police, de son départ et de son arrivée ; mais il n'y a aucune obligation pour lui d'obtenir une autorisation. C'est ce qui résulte de la loi du 16 Mars 1943, qui a modifié l'art. 11 du décret du 14 Mai 1938.

En somme, il est soumis aux mêmes règles que les Français

Reproduction interdite

Source : BIU Cujas

En effet, d'après le nouvel article 105 du Code civil, le Français qui doit changer de domicile doit lui aussi faire une double déclaration au lieu de départ et au lieu d'arrivée ; c'est à peu près la même formalité pour l'étranger.

Les garanties de l'étranger

Quelles sont les garanties individuelles dont jouira l'étranger pendant son séjour ? D'abord la garantie de sa personnalité ; en tant que sujet de droit, il a la même garantie que le Français au point de vue de la protection pénale. Il y a longtemps que le droit des gens a admis que les mesures préférentielles étaient inadmissibles de la part de certains pays qui ne réprimaient pas les infractions contre les étrangers, comme ils le faisaient pour les nationaux. Cela n'a jamais été le cas de la France ; la protection du national n'est ni plus ni moins grande que celle de l'étranger.

L'étranger a droit à la liberté du culte à condition qu'il s'agisse de culte qui puisse être célébré sur le territoire. Il a droit, dans les mêmes conditions que le Français, au respect de la propriété privée d'où résulte qu'il doit subir les expropriations pour cause d'utilité publique et également les réquisitions. Ces deux mesures ont toujours été considérées dans tous les pays comme frappant les étrangers et les nationaux à moins que par traité diplomatique un pays étranger ait stipulé l'exonération de ses nationaux de la réquisitions des biens leur appartenant. Il y a peut être un ou deux traités de ce genre.

L'étranger est encore placé sur le même terrain que le Français, en matière fiscale. Il n'y a pas de mesures différentielles : fréquemment on a demandé au Parlement de créer des impôts frappant telle ou telle catégorie d'étrangers, mais ces mesures différentielles ont toujours été refusées. L'étranger paie les mêmes impôts que le Français. D'ailleurs, presque tous les traités de la France stipulent que l'étranger ne pourra pas être soumis à des impôts autres que ceux qui frappent les nationaux.

Enfin, en ce qui concerne l'obligation au travail, il suffit de renvoyer à ce qui a été dit précédemment à propos des libertés politiques, pour l'agriculture, le commerce et l'industrie. Les pouvoirs publics peuvent, le cas échéant, astreindre au travail obligatoire les étrangers comme les Français.

§ 3 - Cessation du droit au séjour.

Le principe et ses limites

Il est admis d'après le droit des gens que l'étranger n'a jamais un droit au séjour opposable à l'Etat dans lequel il se trouve et que ce-

Source : BIU Cujas

lui-ci peut toujours y mettre fin. Cependant voici des atténuations que le droit des gens admet. La première est que le refus de séjour fasse l'objet d'une mesure individuelle ; on n'admettrait pas en droit des gens et dans des circonstances normales le refus de séjour à toute une catégorie d'étrangers de telle nationalité. Ce serait une mesure considérée comme un acte inamical, hostile vis-à-vis du pays dont ils viennent.

La deuxième réserve est que si le refus de continuation de séjour doit être une mesure individuelle, il faut que cette mesure individuelle soit basée sur une culpabilité, qu'elle ne soit pas une mesure purement arbitraire. Il faut donc que le retrait ne soit pas injuste, sans cela la responsabilité de l'Etat pourrait être engagée et le pays auquel appartient l'étranger pourrait prendre fait et cause pour lui. Et le cas s'est produit de décisions de juridictions internationales ayant à statuer sur une expulsion, considérée comme injuste.

Quels sont les procédés par lesquels l'Etat met un terme au séjour de l'étranger en France ? Il y a deux mesures, l'une assez ancienne et l'autre moderne qui chevauchent un peu l'une sur l'autre. En réalité, toute cette législation aurait intérêt à être un jour refondue, car la deuxième mesure postérieure l'emporte en quelque sorte sur la première.

La première mesure est l'expulsion formelle ; la deuxième est ce qu'on peut appeler une expulsion larvée.

I - Expulsion formelle.

Définition : L'Etat peut toujours ordonner à un étranger séjournant sur son territoire, dont la tenue, dont la conduite lui paraît répréhensible pour une cause ou pour une autre, d'avoir à quitter le territoire. C'est l'expulsion. L'expulsion est donc l'ordre du gouvernement d'avoir à quitter le territoire français.

Les textes : Cette expulsion a été réglementée longtemps par la loi du 3 Décembre 1849, art. 7, et ce texte a été remplacé il n'y a pas très longtemps par le décret-loi du 2 Mai 1938 qui lui consacre trois articles : art. 8,9 et 11, et par un deuxième décret-loi du 12 Novembre 1938 qui lui consacre l'art. 24. D'ailleurs, quelques textes ultérieurs ont déjà modifié ce décret. Mais le fond même de l'institution n'a pas subi de modification depuis la loi de 1849.

Il y a deux sortes d'expulsion : l'expulsion judiciaire et l'expulsion administrative.

L'expulsion judiciaire : L'expulsion judiciaire, qui ne joue que dans de très rares cas, est celle qui fait l'objet d'un jugement ; elle constitue alors une peine

Source : BIU Cujas

complémentaire de certaines infractions. Signalons celle qui résulte de la loi du IO Janvier I936, art. 2, relative au port d'arme prohibé : lorsqu'un étranger est, en vertu de cette loi déféré devant le tribunal correctionnel et condamné pour port d'arme prohibé, le tribunal ordonne l'expulsion. C'est donc un jugement qui ordonnait l'expulsion. De même une loi du IO Janvier I936 portant dissolution de certaines ligues. Lorsque les étrangers ont commis le délit de reconstitution de certaines ligues dissoutes, le tribunal qui les condamne doit également prononcer l'expulsion. On trouve une disposition identique dans la loi du I5 Août I940 sur la dissolution des sociétés secrètes. Mais les expulsions par voie de jugement sont extrêmement rares, il n'y a que deux ou trois cas.

B - L'expulsion administrative

La véritable expulsion est l'expulsion administrative qui émane de l'autorité, du pouvoir exécutif.

Qui peut être expulsé

Qui peut être expulsé ? Peut être expulsé et peut seul être expulsé tout individu qui n'est pas Français. On ne peut pas expulser le Français. La seule règle pour le Français est le bannissement mais le banissement est une véritable peine politique qui intervient bien rarement et qui ne peut être prononcée que par une juridiction répressive.

Par contre l'expulsion frappe l'individu par cela seul qu'il n'est pas Français. On s'est demandé si les apatrides pouvaient être expulsés ; les apatrides ne sont pas Français puisqu'ils n'ont pas de nationalité, or, seuls les Français ne peuvent pas être expulsés. Le Conseil d'Etat a décidé sans hésitation que l'apatride pouvait être expulsé comme un autre étranger.

Il y a certaines conventions internationales pour des réfugiés, notamment une convention de I933 pour les réfugiés russes et arméniens et une autre du 4 Juillet I936 pour les réfugiés allemands, qui ont essayé de limiter leur expulsion. Mais elles ajoutent "sauf si l'ordre public est en cause" Et comme la définition de l'ordre public est une question d'appréciation, le Conseil d'Etat décide qu'il ne peut, en somme, recevoir aucun pourvoi sur ce point.

Les causes d'expulsion.

Quels sont les faits qui peuvent motiver l'expulsion ? Aucune définition n'en est donnée par la loi, aucune définition ne peut et ne doit en être donnée. Pourquoi ? Parce que l'expulsion est en France ce que l'on appelle un acte de gouvernement, c'est-à-dire qu'il rentre dans le pouvoir d'appréciation, dans le pouvoir discrétionnaire. Le gouvernement apprécie donc s'il est opportun ou non d'expulser tel ou tel individu.

Source : BIU Cujas

En fait, il y avait une pratique, tout étranger qui subissait en France une peine de prison était expulsé à l'expiration de celle-ci. On considérait que puisqu'il était devenu un délinquant, il était devenu indésirable, ce qui était parfois exagéré car tous les faits qui entraînent des peines de prison ne font pas des intéressés des indésirables. On citait notamment le cas d'individus qui avaient simplement causé un accident sur la voie publique avec une automobile, et que l'on expulsait comme les autres alors qu'il n'y avait là de leur part qu'un fait d'une gravité assez légère. C'était automatique, l'individu se voyait notifier l'expulsion du territoire français.

autorité compétente

Qui prend la décision, qui a le droit de la prendre ? L'expulsion du territoire français résulte d'un arrêté du ministre de l'Intérieur et en cas d'urgence, dans les départements frontières - on entend par là les frontières terrestres et non pas le front de mer - les préfets peuvent notifier aux aussi cette expulsion par voie d'arrêté sauf à en référer immédiatement au ministre de l'Intérieur.

Effets de l'expulsion

L'individu auquel est notifié l'arrêté d'expulsion doit quitter le territoire français dans le temps qui lui sera imparti : le délai minimun était généralement de 5 jours, quelquefois l'administration laissait un temps plus long s'il s'agissait d'un commerçant étranger, pour lui permettre de liquider ses affaires.

Au contraire, un agitateur étranger qui venait au cours d'une grève prononcer un discours, était expulsé sans aucun délai et il le fallait.

Difficultés d'exécution

Comment s'exécute l'arrêté d'expulsion ? C'est ici le point faible de la matière. En effet, il y avait beaucoup de cas d'expulsion et il aurait fallu un personnel considérable pour exercer l'application de ces arrêtés. La loi de 1849 avait bien prévu que l'on reconduirait l'étranger à la frontière mais en réalité les choses se passaient autrement. A moins qu'il ne s'agisse d'un personnage de marque ou tellement dangereux qu'il était nécessaire de s'assurer qu'il avait quitté le territoire français, on se contentait de notifier l'arrêté d'expulsion et on laissait à l'individu le soin de l'exécuter. Or, malheureusement beaucoup de ces individus ne quittaient pas le territoire, pour une cause ou pour une autre et le nombre de ceux qui se trouvaient sur le territoire français, bien qu'ils fussent l'objet d'un arrêté d'expulsion, était considérable.

Mais on ne pouvait pas agir autrement, d'abord parce qu'il aurait fallu un personnel énorme pour convoyer ces individus et puis pour une raison financière, c'est que l'on ne savait pas qui aurait payé les frais de chemin de fer de l'individu

Source : BIU Cujas

jusqu'à la frontière et de ceux qui le reconduisaient.

Donc en fait, beaucoup d'individus restaient sur le territoire français et l'on pouvait dire qu'il y en avait quatre catégories :

1ère catégorie : ceux qui manifestaient un véritable mauvais vouloir, qui ne voulaient pas quitter le territoire français alors qu'ils auraient pu le quitter.

2ème catégorie : c'étaient les apatrides. Il était très facile de dire à un apatride : je vous notifie un arrêté d'expulsion. Mais où aller ? Car pour que l'individu quittât la France, il fallait qu'il pénétrât dans un pays étranger, c'était une nécessité. En général, aucun pays étranger n'en voulait, ils étaient régulièrement, même quand ils y mettaient beaucoup de bonne volonté, refoulés par les autorités des pays étrangers. Il y avait ainsi des scènes parfois navrantes et parfois burlesques aux frontières, soit frontière belge, soit frontière luxembourgeoise, soit frontière suisse, d'individus que l'on se renvoyait ainsi périodiquement, la France disant "ils sont expulsés" et l'Etat étranger disant : ce ne sont pas mes nationaux, je ne suis pas obligé d'accepter chez moi les individus que vous jugez indésirables. Certains de ces individus s'étaient même établis dans une sorte de no man's land ; d'autres faisaient d'un bout de l'année à l'autre une sorte de voyage giratoire, passant alternativement de l'un à l'autre pays. C'étaient des situations sans issue.

3ème catégorie : Et c'était la même chose pour le réfugié politique qui quittait le territoire français mais qui ne pouvait pas rentrer dans le territoire dont il était originaire les pays voisins n'en voulant pas davantage. Il n'y avait aucune solution.

Dernière catégorie d'individus : les individus sans ressources qui ne pouvaient pas partir parce qu'ils n'avaient pas l'argent du voyage.

Nous prendrons comme exemple le cas d'un individu que nous supposerons de nationalité grecque. Il est expulsé après avoir volé. Il a purgé une peine de plusieurs mois de prison et on lui a notifié un arrêté d'expulsion. Il ne demande pas mieux que de partir, mais il sort de prison n'ayant à peu près rien et sans aucune pièce d'identité, et sans qu'aucune administration publique veuille lui en donner, l'administration française lui disant "vous n'êtes pas un Français". Il se présentait alors à un consulat où on le recevait plutôt mal que bien en lui disant "prouvez-moi que vous êtes mon national" ; et de plus, il lui fallait de l'argent pour obtenir les pièces ; alors n'ayant ni pièces d'identité, ni argent, il ne partait pas parce qu'il ne le pouvait pas.

Ces individus étaient régulièrement - quand on s'en apercevait- arrêtés comme ayant commis un délit : ce délit

Source : BIU Cujas

Sanction de la rupture de ban

s'appelait délit de rupture de ban, c'était l'infraction à un arrêté d'expulsion. Ce délit de rupture de ban était déjà prévu et sanctionné par la loi de 1849, et les peines en ont été actuellement augmentées. Elles se trouvent dans l'art. 9 du décret-loi de 1938 et se montent de 6 mois à un an de prison et, en cas de récidive -trois condamnations en moins de dix ans - l'individu est relégable selon la loi de 1885.

On a essayé de remédier à cette situation parce qu'on s'était aperçu qu'il ne servait à rien de rester sur le terrain des principes et qu'il ne suffisait pas de dire à un individu nous vous expulsons du territoire français, partez comme vous le voudrez, puisque ces individus ne le voulaient pas ou ne le pouvaient pas. Il fallait assurer l'expulsion. On s'était aperçu d'ailleurs que cela coûtait beaucoup plus cher au budget que de leur payer leur voyage.

En voici un exemple : il s'agit d'un individu qui était à Marseille. Il avait été condamné pour une infraction minime et on lui avait notifié un arrêté d'expulsion. C'était un Italien il fallait qu'il rentre en Italie, la frontière italienne étant à Vintimille, pas loin de Marseille, et à cette époque le coût du rapatriement aurait été exactement en 3ème classe de 53 francs.

Or, cet individu avait encouru initialement une peine de 24 heures de prison à la suite de laquelle on lui avait notifié l'arrêté d'expulsion. Périodiquement l'individu était arrêté parce qu'on le retrouvait et cela s'était produit 29 fois. Il avait fait au cours de ses 29 arrestations, neuf ans de prison et enfin il avait coûté à l'administration pénitentiaire non pas les 53 francs qu'aurait coûté le billet de Marseille à Vintimille, mais la somme de 28.000 francs.

L'assignation à résidence

On s'est donc aperçu qu'il fallait faire quelque chose et le décret-loi de 1938 à prévu l'assignation à résidence, ou dans des centres spéciaux qui ont été créés par le décret-loi de 1938. Puisque ces individus n'étaient pas matériellement susceptibles d'être expulsés, il ne fallait pas les laisser circuler en liberté puisque parfois ils étaient dangereux. On les assignait alors à résidence dans un lieu déterminé, où ils étaient encore libres ou, en cas de danger on les internait même dans un centre spécial, c'est-à-dire dans de véritables camps dans lesquels ils devaient résider.

A propos de ces individus s'était posée une question pénale assez intéressante : est-ce que véritablement ils ne pouvaient pas dire - tout au moins lorsqu'ils ne pouvaient pas partir, comme l'apatride ou l'individu sans ressource - qu'ils n'avaient pas commis d'infraction ? Certains criminalistes,

Source : BIU Cujas

comme le professeur Donnedieu de Vabres, ont essayé de soutenir qu'on aurait pu leur appliquer l'art. 64 du Code pénal, texte selon lequel l'état de nécessité fait disparaitre l'infraction (note au Dalloz 1934,2,p. 113)

Cette théorie n'a pas eu de succès devant la Chambre criminelle qui, à plusieurs reprises, l'a rejetée et elle est partie de cette idée bien sévère que le délit en question est un délit-contravention qui existe quelles que soient les raisons pour lesquelles il a été commis.

Cependant il semblait qu'à la veille de la guerre actuelle, la Cour de cassation admit l'exception de force majeure, mais dans des conditions telles qu'elle était platonique. Il aurait fallu que l'individu prouvât, d'après un arrêt du 20 Février 1936, qu'aucun Etat du monde ne voulait bien l'accepter ; c'était une preuve très difficile.

La seule solution était celle que l'on a admis en 1938. L'incarcération dans des centres spéciaux.

Aucune voie de recours.

Existe-t-il des voies de recours ? Aucune voie de recours puisque c'est un acte du pouvoir discrétionnaire. Il n'en serait autrement que si l'arrêté d'expulsion était motivé sur des faits reconnus inexacts et erronés ; en pareil cas la faute de l'administration serait établie ; mais jamais l'administration, qui peut ne pas motiver l'arrêté d'expulsion n'aura l'imprudence de le faire. Ou bien il faudrait que l'arrêté d'expulsion ne fût que le résultat d'un détournement de pouvoir. Par exemple un concurrent veut se débarrasser d'un étranger qui fait d'excellentes affaires; il intéresse à son sort l'administration et le fait expulser pour des raisons inavouables. Là il y a détournement de pouvoir et si ce détournement de pouvoir peut être établi, le Conseil d'Etat déclarera le recours recevable et annulera la décision. Mais jusqu'ici il n'est pas encore intervenu une seule décision du Conseil d'Etat en ce sens. Tous les recours, bien que recevables en droit, ont été rejetés au fond.

Indiquons une dernière garantie qui résulte d'un décret de 1938 ; c'est que tous les étrangers qui séjournent régulièrement en France ont le droit de demander à être entendus avant qu'on leur notifie l'arrêté d'expulsion, pour éviter des erreurs qui pourraient se produire à leur détriment. Mais ce n'est qu'une faculté donnée à l'administration et qui ne donne lieu à aucun recours, elle n'a donc pas de sanctions.

II - L'expulsion larvée ou indirecte

Cette expulsion résulte du refus de la carte d'identité à un étranger qui l'a sollicitée ou bien du retrait de sa carte

Source : BIU Cujas

ou encore du non renouvellement de celle-ci lorsqu'elle est arrivée à expiration. En pareil cas quelle est la conséquence de cette situation ? L'étranger n'a plus le droit de rester en France, son séjour en France devient irrégulier. Il était régulier jusqu'alors, mais il cesse de l'être et aux termes du décret-loi du 2 Mai 1938, art. 2, il doit quitter le territoire S'il ne le fait pas il commet un délit et il encourt une sanction qui consiste en une amende et une peine de prison, en outre, dit le décret-loi, à l'expiration de sa peine, il sera expulsé.

Mais, sans aller jusque là, le fait de retirer à l'étranger sa carte d'identité ou de ne pas la lui renouveler équivaut à une obligation de quitter le territoire ; c'est donc une expulsion indirecte.

En réalité la procédure actuelle de la délivrance des cartes d'identité a retiré dans bien des cas son intérêt pratique à l'expulsion.

Section III

Etablissement de l'étranger en France

éfinition de l'établissement | Il faut prendre ici le mot "établissement" dans un sens vraiement technique, sans quoi on commettrait des méprises. Ce sens est le suivant recherche d'une activité professionnelle en France.

tablissement vec séjour | Presque toujours dans l'immense majorité des cas l'établissement est un séjour renforcé, c'est-à-dire qu'il n'y a pas de recherche d'activité professionnelle en France, s'il n'y a pas d'abord un séjour ; le séjour est la condition de cette activité professionnelle. Cependant nous verrons que très exceptionnellement, le contraire peut se produire Ce qui compte d'ailleurs ce n'est pas la durée de l'activité professionnelle, c'est sa nature, ainsi l'ouvrier saisonnier qui vient pour quelques semaines au moment de la récolte, en en France, poursuit une activité professionnelle bien que celle ci ne dure pas longtemps. C'est donc la nature de l'occupation qui est prise en considération ; il faut qu'il s'agisse d'une activité qui fasse partie de la profession de l'individu.

Sont établis en France, le salarié qui y est venu travailler, le commerçant étranger, l'artisan étranger. Et, bien qu'il soit plus fugitif a encore un établissement en France le voyageur de commerce. Le fait ne soulève pas de doute si c'est un

Source : BIU Cujas

voyageur de commerce sédentaire, qui reste toujours en France, pour une maison étrangère. Mais, même s'il vient de temps à autre de l'étranger faire des séjours en France pour y représenter sa maison, pour y placer sa marchandise, il a un établissement en France, pendant le temps qu'il exerce cette profession.

L'homme d'affaires qui vient en France pour y conclure des marchés est également établi et soumis à la législation que nous allons rencontrer. Les artistes divers, artistes lyriques, dramatiques, de music-hall, de cirques, qui viennent exercer une profession en France sont eux aussi soumis aux règles sur l'établissement des étrangers durant leur séjour.

Etablissement sans séjour

En principe, il n'y a pas d'établissement sans séjour. Il y a cependant une hypothèse d'établissement sans aucun séjour sur le territoire français : c'est le cas d'un commerçant étranger qui possède en France une succursale, un comptoir, une agence, mais qui lui-même n'y est jamais venu et peut-être n'y viendra jamais - c'est d'ailleurs peu probable car la première chose qu'il fera s'il a une succursale en France, c'est de venir voir comment elle fonctionne - En tout cas, même s'il ne s'y trouve pas personnellement, cet étranger a son établissement en France. Mais laissons de côté ce cas très spécial qui n'est pas de nature à se présenter très fréquemment.

Nous allons voir maintenant comment se pose le problème de l'établissement, les difficultés qu'il soulève, la réglementation qui lui est applicable.

Question préalable : la formation professionnelle de l'étranger.

Mais au préalable, il convient d'examiner une question qui se rattache, à un certain point de vue, à l'établissement professionnel. C'est plutôt une question de formation professionnelle de l'étranger. Et, en ce qui concerne cette formation professionnelle, la fréquentation scolaire pose notamment un certain nombre de questions intéressantes.

Les étudiants étrangers

Voyons donc la question de la fréquentation scolaire française à but professionnel par les étrangers et plus spécialement la grosse question de la fréquentation des universités françaises par les étudiants étrangers. C'est un problème d'apprentissage, apprentissage intellectuel sans doute, mais c'est tout de même un apprentissage ; c'est le problème de la poursuite d'études en vue de l'obtention des diplômes qui seront nécessaires pour l'exercice d'une profession.

La situation statistique

Voici d'abord quelques chiffres qui situeront bien le problème et que nous empruntons à une période déjà un peu ancienne sans quoi ils seraient très faussés.

Source : BIU Cujas

les chiffres actuels étant tout à fait anormaux.

En 1937-1938 - dernière année normale avant la guerre- il y avait, en ce qui concerne l'Enseignement supérieur à l'Université de Paris, 34.252 étudiants français et 4.587 étudiants étrangers, c'est-à-dire 13 % .

Voici le détail pour les principales facultés :

- Faculté de Droit : 891 étudiants étrangers dont 787 masculins et 104 féminins.

- Faculté des Lettres : 1843 étrangers dont 1084 masculins et 759 féminins.

- Faculté de Médecine : 1116 étrangers dont 942 masculins et 174 féminins.

Faculté des Sciences : 686 étrangers dont 667 masculins et 19 féminins.

- Faculté de Pharmacie : 41 étrangers. La Faculté de pharmacie a eu toujours fort peu d'étudiants étrangers.

Le problème posé par cette situation

Il y avait donc un chiffre d'étrangers assez respectable, 13 % du total des étudiants. D'où le problème se posait de savoir quels étaient dans leur ensemble les avantages d'une part et, d'autre part, les inconvénients ou les dangers de cette fréquentation scolaire et, par conséquent les solutions à y apporter.

Les avantages de la fréquentation scolaire par les étrangers

Les avantages, très anciens d'ailleurs, étaient et redeviendront multiples. Il y a tout d'abord, bien qu'il ne faille pas exagérer, mais il ne faut pas non plus les minimiser, des avantages matériels, au point de vue du commerce. Il est certain que la fréquentation d'une université comme celle de Paris par 4.500 étrangers, suppose un mouvement des affaires auquel ils participent dans une certaine mesure. Les étrangers contribuent par conséquent au développement, à la prospérité du commerce de la ville où ils se trouvent. Il y a donc là un avantage de caractère économique.

Avantages moraux

Mais les avantages les plus importants sont les avantages moraux. La politique traditionnelle et séculaire des Université françaises, non seulement celle de l'ancienne Sorbonne, mais de beaucoup d'autres, a toujours été d'attirer le plus possible les étudiants en France et de leur faire, notamment sous l'ancien Régime beaucoup plus que maintenant, des faveurs parfois très grandes.

Nous ne pouvons entrer dans aucun détail parce qu'il faudrait reconstituer le régime d'ensemble des universités. En tout cas, les étudiants jouissaient sous l'ancien Régime d'un certain nombre de privilèges et parmi ceux-ci, il y avait certains privilèges non seulement fiscaux mais juridictionnels : ils pou-

Source : BIU Cujas

vaient n'être jugés que par des juridictions spéciales pour les infractions qu'ils pouvaient commettre. Ces privilèges étaient très avantageux pour les étudiants étrangers qui ne vivaient pas alors de la façon dont on vit aujourd'hui, mais d'une façon qui rappelle beaucoup plus celle dont on vit dans certains pays étrangers notamment dans les Universités britanniques et américaines où les étudiants vivent dans des collèges. Il y avait ainsi à Paris des nations étrangères : nation écossaise, nation allemande, où se groupaient les étudiants étrangers, etc....

On peut signaler sur la question deux ouvrages récents et très complets ; l'ouvrage de M. Olivier Martin sur l'organisation corporative de la France dans l'ancien Régime, dont une partie importante est consacrée à l'organisation corporative des étudiants et la thèse de doctorat de Melle Waxin soutenue en 1939, sur le Régime des Etudiants en France sous l'ancien Régime.

Pour que les étrangers aient bénéfice à fréquenter les Facultés françaises, il faut d'ailleurs qu'il y ait de leur part une fréquentation continue, et non passagère, de nos facultés.

Parmi les avantages de cette fréquentation des Universités françaises par les étudiants, il faut envisager - car ceci est très réel - le rayonnement de la pensée française dans le monde Ces étudiants qui viennent pour un séjour passager en France retournent ensuite dans leur pays porteurs de germes de culture française qu'ils on recueillis et avec lesquels ils ensemencent petit à petit les milieux dans lesquels ils évolueront au cours de leur existence. Il y a donc là une véritable force morale pour un pays et c'est pourquoi tous les pays cherchaient à la veille de la guerre actuelle, à attirer vers leurs universités des étrangers, parce qu'ils se rendaient compte qu'en repartant dans leur pays ils étaient porteurs de germes de développement de la culture nationale du pays de leurs études.

D'autre part, cette fréquentation scolaire est aussi l'occasion d'amitiés françaises indéfectibles qui au point de vue historique, ont souvent joué un rôle et qui, espérons le continueront encore à le faire.

A ces raisons morales il faut en ajouter une de caractère scientifique qui n'est pas négligeable : c'est l'apport en valeur que constituent les travaux faits par les étrangers venus étudier chez nous, qui souvent appartiennent à l'élite de leur propre pays. Et ne serait-ce qu'en ce qui concerne la Faculté de Droit, dans la liste des lauréats de thèses, nombreux furent les étrangers qui vinrent ainsi enrichir incontestablement la littérature juridique.

En présence de l'ensemble de ces avantages matériels moraux, culturels et scientifiques, on peut donc conclure que

Source : BIU Cujas

toute xénophobie en cette matière serait une forme de patriotisme mal placé puisqu'elle léserait avant tout le pays qui la pratiquerait

La politique doit donc être en raison des avantages résultant pour un pays de la fréquentation de ses universités par une clientèle étrangère, de lui faciliter cette fréquentation. On ne peut plus reconstituer les grandes facilités de l'ancien Régime, mais on peut tout de même constituer - et il faudra le faire dans l'avenir si l'on veut assurer le renouveau de la pensée française dans le monde et que la France redevienne un foyer d'intelligence mondiale - des avantages aux étudiants étrangers, avantages de toute nature, avantage matériels et culturels.

Voici, à titre d'indication, un avantage récent, preuve que l'on se rend compte de la nécessité de maintenir cette politique. Il y a depuis peu, dans les Facultés de Lettres un examen d'entrée nécessaire pour obtenir les diplomes d'Etat Un arrêté du 28 avril 1941 en a dispensé, à juste titre, les étudiants étrangers qui pratiquement, ne pourraient jamais satisfaire à cet examen. Cette exigence supposerait qu'ils aient fait tout leur enseignement secondaire en France et rempli les conditions que l'on ne peut pas exiger d'eux. Ainsi donc on s'oriente vers la conservation et peut-être même l'accroissement de facilités pour les étudiants étrangers.

Il faudra aussi - et notre pays ne l'avait pas aussi bien compris que certains pays étrangers - faire des sacrifices pécuniaires importants pour attirer vers les universités françaises des élites intellectuelles étrangères, pour maintenir un contact culturel qui est absolument indispensable. Ces dépenses seront très profitables. Il n'y aura pas de résultats là ou l'on n'a pas voulu faire certains sacrifices.

Les inconvénients !

Mais voici le côté passif, car il y en a tout de même un : les inconvénients. On a toujours su les éviter dans le passé - et cela a même créé une crise à un moment donné. Si l'on se montre favorable pour l'étudiant étranger, si l'on fait des sacrifices à son profit pour qu'il soit un instrument de rapprochement entre les pays et de développement de la pensée et de la culture françaises, c'est à la condition qu'il reparte dans son pays. Car s'il ne repart pas, le but n'est pas atteint.

Les facilités données aux étrangers supposent qu'ils ne resteront pas en France !

Et malheureusement à l'époque moderne il est arrivé trop souvent - par suite des migrations de populations et des conditions plus avantageuses et plus agréables de vie en France - que beaucoup d'étudiants étrangers, une fois leurs études terminées

Source : BIU Cujas

une fois qu'ils avaient obtenu des diplômes français restaient en France et cherchaient à y faire leur existence, à y exercer leur activité professionnelle, soit en restant étrangers dans les professions qui pouvaient leur être ouvertes, soit en obtenant - et l'on obtenait assez facilement- la naturalisation française.

Ce fait avait un double inconvénient : d'abord des facilités étaient accordées aux étrangers pour faire leurs études en France, et l'on n'exigeait pas qu'ils aient les diplômes de l'Enseignement secondaire en France qu'on ne pouvait pas leur demander ; on leur accordait donc très libéralement des dispenses ou des équivalences. Mais il ne serait pas juste de leur permettre d'exercer des professions en France lorsqu'ils n'ont pu y faire que leurs études supérieures, grâce à des équivalences et que par conséquent, ils n'ont pas nécessairement le même bagage intellectuel que les Français. Il y a donc là un avantage injuste qui leur serait donné à l'égard des Français.

La concurrence !

Et il y a un deuxième aspect, celui de la concurrence. Nous en avons déjà parlé. Si la France a besoin d'un apport étranger sur le terrain démographique, elle n'en a pas besoin sur le terrain des carrières libérales en général, c'est-à-dire des carrières intellectuelles toujours encombrées. Par conséquent, la concurrence qui est ainsi faite par les éléments venus de l'étranger est une concurrence qui, cette fois, s'exerce sans profit possible au détriment du milieu national.

Or, c'est un problème qui est déjà très ancien et qu'avec beaucoup de sagesse on avait envisagé et résolu sous l'ancien Régime, précisément. Tout en étant extrêmement large pour les étrangers, on s'était montré très sévère dans l'hypothèse où l'étranger aurait cherché à pénétrer dans la vie nationale une fois ses études terminées .

C'est ainsi qu'une Déclaration royale du 26 Janvier 1680 décidait : "Les étrangers pourront être admis aux études dans les universités de notre Royaume et même y prendre des degrés (on leur donnera donc des diplômes) en vertu des attestations du temps d'études d'une ou de plusieurs années dans les universités étrangères (c'est le régime des équivalences). Mais (et voici la chose nouvelle et importante) : "ils ne pourront (ces degrès) leur servir dans notre royaume. Et a cet effet , sera fait mention, dans l'épithète de licence des divers certificats et attestations d'études faites dans les dites universités étrangères.

Ce qui veut dire que les diplômes obtenus par les étudiants étrangers étaient uniquement des diplômes pour l'exportation ; ils faisaient l'ojet d'une mention spéciale qui les rendait inutilisables dans le Royaume pour toutes les carrières

Source : BIU Cujas

à l'entrée desquelles un diplôme était exigé. Ainsi on évitait que cette facilité ne tourne au détriment des Français.

Il y avait une deuxième facilité, résultant d'une Déclaration royale du 14 Mai 1724 à propos de la dispense du certificat de catholicité. Tout étudiant régnicole devait avoir le certificat de catholicité puisque c'était à cette époque le seul culte toléré sur le territoire français. Mais en matière de fréquentation des étudiants étrangers, ils fallait tout de même se relâcher de cette sévérité puisqu'on aurait exclu les étudiants venant despays dans lesquels était admise à titre principal la religion protestante, et en particulier beaucoup d'étudiants allemands. Aussi étaient-ils dispensés du certificat de catholicité. Mais s'ils avaient pu exercer après une profession en France, ils auraient été placés dans une situation trop avantageuse par rapport aux Français, aussi la déclaration décide-t-elle que les diplômes donnés à ces étrangers après dispense de catholicité, ne seraient pas utilisables en France.

L'idée à retenir de ces deux déclarations est que des facilités sont données aux étrangers ; on ne leur demande pas de remplir les mêmes conditions que les nationaux puisqu'ils ne sont pas appelés à vivre en France ; mais que précisément ces études ne doivent pas leur servir en France. Pour les Français la formation universitaire est une étude pré-professionnelle, pour l'étranger c'est plutôt un développement culturel qu'une possibilité d'exercer sa profession.

La même question s'est posée à l'époque moderne par suite du grand développement des étudiants étrangers et du fait que ce n'est pas simplement une population manuelle qui est venue en France, mais une population intellectuelle de nombreux réfugiés étant venus avec leur famille.

La solution du problème en législation : La solution qu'il convient de donner est de conférer des diplômes spéciaux qui doivent être donnés à bon escient. Il ne faut pas les avilir par si les étrangers se rendent compte que leurs diplômes n'ont pas de valeur scientifique comme sanction des études qu'ils font, ils ne pourront pas, dans leur pays, s'en servir et comme ils l'ont fait très souvent, s'en parer comme d'un grand titre. Il faut donc que ces diplômes répondent aux mêmes sévérités que les autres diplômes de l'Etat, mais ils ne doivent pas être utilisables par les étrangers sur le territoire français, ceci en s'inspirant de ces déclarations royales auxquelles nous avons fait allusion.

La question à l'heure actuelle : Il faut reconnaitre que depuis très peu la question a perdu bien de l'intérêt pratique, elle en avait un considérable

Source : BIU Cujas

jusqu'à la guerre de 1939 mais elle l'a perdu du fait de la législation postérieure à l'armistice . Celle-ci ferme non seulement les emplois publics, mais beaucoup d'autres carrières notamment la carrière médicale qui était particulièrement encombrée et qui se plaignait beaucoup de la concurrence faite par les étudiants étrangers qui pouvaient jusqu'en 1935 , exercer la médecine en France. Ce n'est qu'une loi de 1935 qui, pour la première fois, a interdit l'exercice de la médecine en France à un étranger, et elle l'a interdit seulement pour l'avenir.

Aujourd'hui, le nombre des professions interdites est tellement grand- notamment la médecine en vertu de la législation de 1940 - que la question a perdu, du fait de cette législation et tant qu'elle sera en vigueur, presque tout son intérêt pratique. L'étudiant étranger, puisqu'il est étranger, ne peut pratiquement occuper aucun des emplois que nous avons précédemment rencontrés, ce qui sur ce terrain, est une solution en somme parfaitement défendable.

En résumé, on peut traduire cette législation par deux expressions : hospitalité aussi large que possible et aussi avantageuse que possible pour l'intérêt français, mais pas de concurrence faite par l'étudiant étranger dans les professions françaises. En effet, si nous manquons de beaucoup de bras dans bien des professions, on ne peut dire encore que la France ait manqué de candidats aux carrières intellectuelles.

Etablissement professionnel

L'établissement proprement dit ! C'est l'établissement de ceux qui vont véritablement exercer une profession en France

La question en législation ! L'établissement professionnel pose trois problèmes : un problème moral, un problème économique et un problème démographique.

Problème moral. C'est l'influence que peut exercer l'étranger qui se fixe définitivement sur le territoire français, influence qu'il peut exercer sur la santé morale du commerce et de l'industrie. Il est bien certain que l'étranger peut être au point de vue du commerce et de l'industrie une source d'enrichissement. Ainsi, sous l'ancien régime, les étrangers ont contribué dans une proportion notable à la naissance, à la création et au développement de certains commerces ou de certaines industries. On peut renvoyer à ce sujet au beau livre de Mathorez sur Les étrangers sous l'ancien régime (2 vol.)

Mais d'autre part, l'influence exercée par les étrangers dans le commerce et l'industrie peut ne pas être toujours un

Source : BIU Cujas

enrichissement, elle peut être aussi parfois un appauvrissement par l'apport de méthodes qui sont contraires à nos traditions et qui peuvent avoir pour conséquence une certaine décadence de nos valeurs commerciales.

Il y a donc une sorte de crible à établir ; il faut laisser passer ce qui peut être avantageux, et éviter ce qui peut appauvrir. Or, on s'était plaint à la veille de la guerre, qu'à la suite de l'entrée en France de certains mauvais éléments étrangers nos traditions commerciales étaient en danger, et il y avait eu à cet égard de nombreuses protestations.

Problème économique - Il faut que l'étranger qui vient en France comble des vides, il n'est pas du tout nécessaire qu'il vienne s'intercaler là où on n'a pas besoin de lui dans le commerce et l'industrie, car il ne peut que contribuer ou à accroitre un malaise. Donc, il y a un problème de concurrence qui doit être envisagé et qui doit trouver une solution ; on ne peut pas laisser les choses constamment à l'abandon, à la liberté économique.

Enfin, il y a un troisième problème qui n'est pas toujours facilement conciliable avec les précédents, c'est un problème démographique. L'étranger qui vient à demeure s'établir en France est un élément de population française. En effet, n'est dans ce groupe d'étrangers qui se fixent sur le sol que vient mordre périodiquement le jus soli et jouer la naturalisation et, après même la naturalisation, la nationalité de filiation. C'est grâce à cette immigration que la population française est restée à peu près ce qu'elle était, qu'elle n'a pas baissé beaucoup plus.

D'après les chiffres empruntés à Mathorez, notre baisse de population n'est pas un phénomène moderne, mais c'est une chose extrêmement ancienne, nous avons été sans cesse maintenus et renouvelés par les apports étrangers ; Mathorez relève, du XIVème au XVIIIème siècle, c'est-à-dire en 500 ans, que la population de la France n'a augmenté que d'un million. Il estime, après des calculs très détaillés que cet apport d'un million n'est probablement dû qu'à l'immigration des étrangers venus se fixer définitivement sur notre sol. En ce qui concerne les dernières années, nous savons très bien ce que nous devons aux étrangers catalogués, ceux dont l'entrée a été enregistrée par un acte juridique. L'augmentation de 3 millions depuis 1870 correspond justement à l'augmentation de la population française pendant cette période. Nous revenons sur ce point, parce qu'il est très grave et domine dans une certaine mesure le problème de la règlementation de l'établissement professionnel des étrangers.

Reproduction interdite

Source : BIU Cujas

Evolution du Droit positif

Quelle a été l'évolution de la matière. Longtemps et jusqu'à une époque presque contemporaine, nous avons connu en France un régime de liberté presque absolue, parce que la liberté n'avait aucun inconvénient ; la densité de l'émigration étrangère ou la concurrence faite par les étrangers n'avaient jamais créé de danger ni quant au nombre ni quant à la qualité. Car il faudrait pas non plus tuer toute concurrence ; l'étranger peut apporter des méthodes nouvelles et il est certain que dans certains commerces ou certaines industries, un commerce ou une industrie apportés par un étranger peuvent être une source de richesse pour le pays, absolument comme certains commerçants français, en petit nombre, sont allés à l'étranger et y sont une source de richesse et d'influence.

Nous avons donc vécu sous un régime de liberté totale mais qui s'est avéré à l'époque contemporaine comme dangereux et il s'est manifesté le besoin d'une certaine règlementation sur le double terrain quantitatif - c'est-à-dire du nombre, et qualitatif, c'est-à-dire de la valeur.

§ I - Mesures de défense qualitatives.

Position de la question

Le problème des mesures de défense qualitatives peuvent se poser ainsi : quelles sont les activités des étrangers en France dans lesquelles il y a lieu de défendre la qualité française ? Quels sont les compartiments de l'activité française dans lesquels, si on ne défendait pas la qualité française il y aurait un appauvrissement ? La chose est assez délicate, il faut en la matière beaucoup de compétence et de doigté.

Nous avons une règlementation qui n'est pas ancienne, et la liste des interdictions s'accroit sans cesse. On peut la ramener à deux catégories : les professions interdites, et les professions simplement règlementées.

I - Professions interdites aux étrangers.

Nous en indiquerons simplement quelques-unes à titre d'information, en prenant les plus récentes : d'abord et bien entendu toutes celles pour lesquelles il ne suffit même plus d'être Français, mais il faut être Français d'origine et né de père Français ; nous renvoyons à la législation générale; à plus forte raison l'étranger ne peut plus exercer ces professions.

Mais en voici d'autres qui ont été interdites aux étrangers alors qu'elles sont ouvertes aux Français ordinaires :

Source : BIU Cujas

la profession d'architecte (décret-loi du 31 Décembre 1940) sauf dispense individuelle ; la création d'agences de voyages (loi du 24 Février 1942, art. 3). Les agences de recherche ou de renseignements, détectives privés, etc... (loi du 28 Septembre 1942, art. 2) (Il faut être Français, mais il n'est pas nécessaire d'être français qualifié, c'est-à-dire né d'un père français ou d'origine française).

La direction des spectacles d'une manière générale (loi du 27 Décembre 1943, art. 4,I). Une loi du 15 Janvier 1943 interdit aux étrangers la profession de masseur médical ou de masseur diplômé ; il y avait beaucoup d'étrangers qui avaient la spécialité du massage.

La culture des terres en friches, qui peut faire l'objet d'attributions en présence de la carence de celui qui devrait les cultiver (loi du 27 Août 1940). Cette loi a prévu que seuls les Français pourraient obtenir des concessions.

Citons encore comme réservés aux Français l'administration des organismes du travail, par exemple l'administration des syndicats ou des organismes de la charte du travail (loi du 4 Octobre 1941) et les organismes de la vie artisanale (loi du 24 Août 1943), les syndicats, comités sociaux, chambres de métiers.

II - Professions règlementées.

Nous nous demanderons comment le problème se pose pour trois professions : le commerce et l'industrie d'une part, l'agriculture en second lieu, et en troisième lieu l'artisanat.

A - Le commerce.- Sous l'empire de la loi Le Chapelier de 1791 le commerce était entièrement libre en France pour tout le monde et par application de ce texte on a toujours décidé que les étrangers pouvaient faire le commerce (ce mot étant pris dans un sens large : commerce et industrie) comme les Français. Donc tout étranger pouvait en France faire le commerce et l'industrie sauf ceux qui sont interdits aux Français eux-mêmes, comme de fabriquer des allumettes puisque c'est un monopole. C'était le régime de la liberté.

Evolution du droit

Ce régime a duré très longtemps ; il n'a commencé à être entamé que par deux décrets-lois de 1938, un décret-loi du 17 Juin 1938 et un deuxième décret-loi du 12 Novembre 1938, complété par un décret simple du 2 Février 1939.

Quelle est la raison de cette législation ? Pour les raisons auxquelles nous avons fait allusion, on a prétendu dans certains milieux, que les commerçants étrangers ou bien seraient trop nombreux dans certaines activités : par exemple la maroqui-

Source : BIU Cujas

nerie et les salons de coiffure, et l'industrie de la chaussure dans certains centres ; ou bien qu'ils apporteraient une qualité déficiente dans certaines activités. Bref, le législateur a considéré qu'il devait intervenir, mais sa première intervention a été une intervention sur le terrain quantitatif et nous allons voir qu'il s'est presque immédiatement rendu compte qu'il avait commis une erreur et que ce n'était pas dans ce domaine qu'il convenait de règlementer l'intervention des commerçants.

Décret-loi 17 Juin 1938 - Réciprocité et contingentement

Le décret-loi du 17 Juin 1938 a subordonné l'exercice du commerce par un étranger en France à deux conditions : Premier condition : qu'il y ait avec son pays la réciprocité de fait, c'est-à-dire que dans son pays les Français puissent être commerçants. L'étranger doit prouver par un document que la pratique de son pays permet aux Français d'être commerçants ; il y a d'ailleurs beaucoup de pays dans lesquels des entraves assez grandes, et dont on se plaignait dans bien des milieux, étaient apportées à l'établissement et au maintien du commerçant français.

La deuxième condition - et voici l'argument quantitatif - c'est le contingentement du nombre de commerçants étrangers qui pourrait être fixé à la suite d'une procédure administrative par profession et par région. On pourra dire "pas plus de tant pour cent de commerçants étrangers".

Mais en réalité ce n'était pas là qu'était le plus grand inconvénient concernant les commerçants étrangers en France. En effet, ce n'était pas parce que les commerçants français peuvent être commerçants dans un pays étranger que nous n'avons pas besoin de prendre certaines mesures, et l'on voit le danger de la réciprocité fixée sur l'identité. Il y a quelques Français à l'étranger, est-ce une raison pour admettre beaucoup d'étrangers sur notre territoire ? Le principal danger créé par les commerçants étrangers en France était beaucoup plus un danger qualitatif qu'un danger quantitatif ; et c'est pourquoi un décret-loi du 12 Novembre 1938 s'est orienté dans cette voie, sans abroger le précédent qui ne s'est jamais appliqué. Le décret-loi du 17 Juin 1938 reste dans l'arsenal des textes mais pratiquement inutile. C'est le décret-loi du 12 Novembre 1938 ainsi que le décret simple du 2 Février 1939 qui se sont orientés sur la voie plus satisfaisante, la voie qualitative.

Décret-loi du 12 Novembre 1938 - La carte d'identité

Ce décret a créé pour les commerçants étrangers ce qu'on appelle la carte d'identité de commerçant. Désormais l'étranger ne peut être commerçant en France ou le rester s'il l'est déjà, que s'il a obtenu non la carte d'i-

Source : BIU Cujas

dentité ordinaire mais une carte d'identité nouvelle et spéciale, qui s'appelle la carte d'identité de commerçant et qui portera la mention "commerçant", délivrée par le préfet du département où l'étranger doit exercer son activité.

Les assujettis à la carte

Quels sont les individus visés par cette incapacité nouvelle ? Cette incapacité nouvelle vise d'abord les personnes physiques de nationalité étrangère ; vise-t-elle les personnes morales ? Il serait absurde qu'elle ne les vise pas à un moment où de plus en plus le commerce se fait par la voie de sociétés. Ce serait plus que jamais le moment de faire intervenir le contrôle de la personnalité morale pour chercher derrière le paravent des étrangers lespersonnes physiques qui font le commerce. Le décret-loi n'en a cependant rien dit. C'est le décret ordinaire du 2 Février 1939 - dont on pourrait peut-être contester la légalité parce qu'il n'est qu'un décret simple - qui contient une mesure très heureuse sur ce point. Ce décret simple du 2 Février 1939, pris en exécution du décret-loi du 12 Novembre, est relatif aux conditions de délivrance des cartes. Il déclare qu'en cas de société la carte d'identité - ce décret a été modifié, à la suite de la loi du 16 Novembre 1940 qui a décidé que le président devrait être directeur général des sociétés, par un décret du 18 Juillet 1941 - devra être obtenue :

1)- Par les associés en nom pour les sociétés de personne ou ceux qui sont tenus personnellement des dettes ,

2)- Le président du conseil d'administration des sociétés anonymes,

3)- Les gérants des sociétés à responsabilité limitée,

4)- Les personnes qui dirigent une succursale ou une agence.

Donc, au cas de société, surtout dans les trois premières hypothèses on exigera que la carte d'identité de commerçant ait été donnée à des personnalités agissantes, dirigeantes. On aurait pu aller plus loin et, sans exagérer la notion de la fiction de personnalité, dire que la carte de commerçant doit être donnée au commerçant lui-même, c'est-à-dire à la société, car c'est bien la société qui fait le commerce. Il n'est pas suffisant d'exiger la carte de commerçant de la part du président, surtout étant donné que cette société a pu choisir un président français ; par conséquent on aurait pu aller plus loin et exiger que la société, comme telle, eut été habilitée.

Délivrance de la carte

Qui délivre la carte ? La carte est délivrée par les préfets et il y a un droit absolu et sans contrôle, faisant partie de ce que l'on appelle le pouvoir discrétionnaire. Il n'y a aucun recours possible, en dehors des cas où les actes discrétionnaires peuvent donner lieu à ce recours, c'est-à-dire dans le cas, plus théo-

Source : BIU Cujas

rique que pratique de détournement de pouvoir.

Une procédure très équitable a été en fait organisée pour établir une sorte de régime d'information entre les départements intéressés pour que la carte ne soit refusée que s'il y a des raisons sérieuses et qu'elle ne soit accordée qu'après des garanties également suffisantes. Grâce à ces cartes individuelles on peut - plutôt que de prendre une mesure brutale de contingentement, tant pour cent, ce qui ne garantit rien car le tant pour cent qui reste peut être le moins bon - on peut éliminer les mauvais éléments et maintenir ceux qui sont intéressants à conserver.

Le décret de 1939 prévoit que le préfet, bien que ce soit une mesure très grave, pourra retirer la carte d'identité. La carte est valable sans délai, elle est perpétuelle, mais on ne peut pas interdire de la retirer. D'ailleurs, on peut toujours expulser le commerçant étranger, donc on peut lui interdire de continuer à exercer le commerce s'il est devenu indésirable d'une façon ou d'une autre. Il faut donc reconnaître au préfet le droit de retirer, s'il y a lieu, la carte de commerçant.

Peut-être aurait-il été préférable de prévoir un organisme consultatif obligatoire. Actuellement il n'y a qu'une pratique administrative qui vaut ce que valent les pratiques ; un organisme consultatif aurait donné plus de garanties aux intéressés, il aurait donné son avis aux pouvoirs publics et son avis aurait pu être suivi par eux. Il faut toujours éviter - même quand on ne prend pas des mesures mauvaises ou injustes, qu'il soit possible de supposer même que la mesure adoptée est telle.

Il y a des sanctions pour celui qui exercerait le commerce ou continuerait à l'exercer : amende de 100 à 2.000 frs. et peine d'emprisonnement allant de 1 mois à six mois ; et on peut ordonner la fermeture de l'établissement.

Ces mesures de qualité prises contre les étrangers ont été renforcées par le décret-loi du 10 Septembre 1938, au cas de pluralité de faillites, il suffit de renvoyer aux articles 515 et 595 du Code de commerce, textes sur la faillite. De même une procédure a été prévue lorsqu'un commerçant étranger a déjà fait faillite à l'étranger. Il y a des commerçants qui sont des habitués des faillites, après avoir fait faillite en pays étranger, ils exportent leurs défauts et ils continuent à faire des faillites en France. Il y a une procédure prévue, pour le cas des faillites étrangères, pour rendre plus difficile en France le concordat et plus certaine la peine de banqueroute.

Ce sont en somme des mesures destinées à obtenir et à maintenir ce que l'on peut appeler l'assainissement du milieu du commerce et de l'industrie qui, si l'on se place sur un terrain vraiment objectif, par suite des migrations de populations

Source : BIU Cujas

avait évidemment besoin d'un certain nombre de garanties.

Ces mesures sont sages et équitables : elles sont prises dans un intérêt français, c'est-à-dire pour ne pas non plus supprimer toute concurrence ce qui aurait pour conséquence de nous rendre pratiquement retardataires dans le développement du commerce et de l'industrie ; ces mesures arment les pouvoirs publics dans la mesure nécessaire.

B - Agriculture.

Pour l'agriculture aucune mesure n'est intervenue jusqu'ici pour l'excellente raison qu'il n'y a pas à remarquer ni que les étrangers fussent trop nombreux ni que sur le terrain qualitatif ils y fussent dangereux. L'agriculture a toujours échappé à toutes les mesures de réglementation. C'est qu'elle souffre depuis longtemps d'une désertion non seulement de main-d'oeuvre mais de patronat . Trop de fermes, dans bien des parties de la France, ont été abandonnées et par là même il y a une diminution de la production générale.

Aucune réglementation

On donne plus spécialement, dans les travaux qui se réfèrent à ces questions, aux patrons de l'agriculture un nom générique : des colons. Le colon étranger est donc le propriétaire ou le fermier qui travaille pour son compte.

Une enquête extrêmement intéressante et complète a été faite peu avant la guerre actuelle par un organisme de la Sorbonne, le Conseil universitaire de la Recherche scientifique, sous la direction de M. le Prof. Demangeon et d'un spécialiste de ces questions, M. Mauron. Le résultat de cette enquête qui a été faite dans toutes les privinces de France a paru en 1939 sous la forme d'un fort volume que l'on trouve dans les bibliothèques. Nous en extrairons quelques informations statistiques qui peuvent être intéressantes :

En 1927, il y avait 27.000 colons, et il y a eu un accroissement puisqu'en 1930 ils étaient passés à 91.000. Donc en quatre ans une augmentation considérable de propriétaires, métayers ou fermiers.

Si l'on se pose la question de savoir s'il y a des régions de colonisations , on trouve que le Midi méditerranéen comportait 26 % de colons étrangers ; le bassin d'Aquitaine 18 %, le Nord de la France 21 %.

Le détail de la répartition des propriétaires, fermiers et métayers pour ces trois régions est le suivant : 19.162 propriétaires, 12.830 fermiers, et 9.292 métayers.

Comme surface, pour deux de ces régions : pour le Nord 29 % de la superficie du Nord était occupée par des colons étrangers ; pour le bassin d'Aquitaine, 20 % de la superficie.

Source : BIU Cujas

Que deviennent ces colons étrangers au point de vue de leur intégration dans la famille politique française, c'est-à-dire dans la nationalité française ? On glane, dans l'enquête faite ainsi par le Conseil universitaire de la Recherche scientifique, cette information très intéressante : c'est que les colons ne sollicitent pas la naturalisation, évidemment leurs enfants seront Français fatalement par application des règles du jus soli, mais eux-mêmes sollicitent très peu notre nationalité. Les 4/5 des étrangers qui sollicitent la naturalisation sont pris précisément parmi les habitants des villes. Cette constatation s'explique. La naturalisation n'a pas très grand intérêt pratique pour les colons : elle ne change pas beaucoup de choses dans leur situation. Evidemment ils ne seront pas électeurs ni éligibles mais au point de vue de leur activité cela ne les diminue pas et c'est pourquoi on a constaté une certaine indifférence à l'égard des procédés d'acquisition de la nationalité française.

Quelle est la valeur de cet apport étranger ? Il est évidemment appréciable si l'on se place sur le terrain quantitatif puisqu'il s'agit de régions où l'agriculture risque d'être abandonnée si elle n'était pas faite par des étrangers ; d'autre part on a constaté que ces familles de colons étrangers étaient - et dès lors c'est un apport démographique,- extrêmement nombreuses comme enfants.

Mais il y a surtout l'apport qualitatif qui est loin, d'après les résultats de cette enquête, d'être négligeable. Dans ces régions la culture a profité très largement de ces étrangers à plusieurs points de vue : d'abord au point de vue financier. Ce ne sont pas toujours, comme les immigrants, des gens qui n'ont rien, ce sont souvent des possédants qui viennent de pays étrangers voisins avec des capitaux, notamment des cultivateurs de Suisse qui apportent des capitaux d'une certaine importance. L'on estimait les capitaux qu'ils avaient apportés à 200 millions.

Ensuite on faisait remarquer qu'on leur devait souvent de nouvelles méthodes d'exploitation agricole et un meilleur rendement. Le résultat de l'enquête, qui avait été faite dans de très nombreuses régions de France était à peu près unanime pour reconnaître que le départ de ces colons se traduirait par un très grand appauvrissement. Par conséquent, il ne serait contrebalancé par aucun avantage national.

Donc jusqu'ici, dans l'état actuel des choses aucun danger ne s'est manifesté pour l'agriculture et aucune mesure qualitative n'a dû intervenir.

Voici le dernier élément pour lequel des mesures qualitatives ont été envisagées et sont d'ailleurs intervenues.

Source : BIU Cujas

C - Artisanat.

L'artisanat et son importance

Il est assez dificile de donner une définition de l'artisan étant donné qu'il y en a beaucoup dans nos lois selon la nature des questions : en gros, l'artisan c'est le petit commerçant ou l'ouvrier patron. A titre d'exemples, il y a beaucoup d'artisans dans la profession de tailleur, de relieur, dans la profession de chauffeurs de taxi de la ville de Paris ; dans la navigation intérieure, chez les bateliers, il y a un très grand nombre d'artisans, et aussi dans cette forme extrêmement importante et appréciable pour la richesse nationale qu'est l'artisanat rural.

Quel est en effet le rôle de l'artisanat dans la vie française ? Nous le rappellerons très rapidement pour voir dans quelle mesure il y avait lieu de prendre des règlementations.

D'abord un rôle économique par sa productivité : en effet, toutes ces professions qui sont exercées par des artisans ne le seraient par personne si ces artisans venaient à disparaître. C'est un mal dont on se plaignait beaucoup à l'époque moderne que la disparition de l'artisan qui cédait sans cesse devant la grande société anonyme qui ne pouvait pas remplir le même office que l'artisan à cause de la concentration qui était pour elle indispensable. Il y a là un mouvement qui ne date pas de cette guerre mais qui remonte à 20 ou 25 ans, un mouvement de reconstitution en France de professions qui risquaient de s'éteindre, parce que traditionnellement elles étaient faites par des artisans.

Rôle social.- On a remarqué que l'artisan était l'armature de certains petits centres, notamment de certaines campagnes ou de certains cantons ruraux. En effet, dans bien des endroits - et c'est pourquoi la société anonyme notamment ne peut guère le remplacer - le travail de l'artisan est souvent un travail de complément ; il ne fait pas que cela, il fait cela en plus d'un certain travail agricole qui ne lui prend pas tout son temps, ou parce qu'il est plus ou moins périodique ou saisonnier. C'est ainsi que dans certaines régions de très beaux mobiliers, des mobiliers de luxe qui demandaient une compétence particulière étaient faits par des artisans, et l'on n'aurait pas obtenu la même qualité dans des usines de fabrication de meubles. Il y a donc avantage à conserver une certaine armature à la société dans les centres ruraux.

La troisième caractéristique de l'artisanat est l'aspect national. L'artisanat est très largement le reflet des qualités - et la chose a été dite bien des fois - de l'âme d'un pays.

Source : BIU Cujas

Il y a notamment des quantités d'industries artisanales qui sont traditionnellement françaises, que l'on ne conçoit pas facilement occupées par des étrangers venant les remplir à la place des Français et y apportant la même capacité, le même esprit, la même compétence. On a pu remarquer en effet que pour certaines fabrications il fallait véritablement un atavisme déjà séculaire, et qu'il y a des tours de main que l'on a trouvés dans son berceau parce que depuis des générations entières la même famille se livre à cette même profession . Il y en a une par exemple, dont on a souvent parlé , c'est la fabrication de ces santons que l'on voyait s'étaler dans bien des vitrines au moment du nouvel an. Si on sait les comprendre on trouve là un reflet de l'esprit, de la grâce et de la pensée nationaux.

L'étranger dans l'artisanat

Quelle est l'influence de l'artisanat exercé par les étrangers sur le développement économique et social de l'artisanat en France? D'abord sur le terrain économique une concurrence qui peut être néfaste et décourager les artisans français qui ne peuvent pas lutter efficacement ; en effet, l'étranger qui est souvent dans un état de misère, travaillera pour moins cher et la concurrence jouera au profit de l'étranger.

L'artisanat doit être et redevenir de plus en plus la toile de fond du pays ; il faut donc que grâce à une protection il puisse vivre et il ne le peut pas si des artisans étrangers se contentent de standings de vie tellement bas et faibles que la concurrence n'est pas possible.

Ensuite il faut éviter que ne disparaisse l'esprit de qualité de certaines fabrications et notamment l'une de celles pour lesquelles nous avons toujours été et nous redeviendrons certainement, lorsque le commerce extérieur reprendra après la guerre dans le monde, c'est ce qui s'appelait le terrain du goût français, c'est-à-dire les industries de luxe. Or, énormément d'industries de luxe sont des industries d'artisanat : couturiers, maroquiniers, bijoutiers, et dans tant d'autres articles l'artisanat se manifestait. Il y a lieu par conséquent de maintenir ces qualités qui étaient en train de disparaître par suite d'un avilissement du travail.

Décret-loi du 8 Août 1935 - contingentement

Aussi s'est rendu compte du danger que l'artisanat étranger faisait courir à la prospérité française et un décret-loi du 8 Août 1935 est intervenu ; mais il a pris une mauvaise direction, celle du contingentement. On s'est aperçu rapidement que ce n'était pas là qu'était le danger, qu'il fallait donner des garanties qualitatives, que ce n'était pas la question du nombre des artisans, mais la

Source : BIU Cujas

valeur de l'artisan qui influait, valeur morale et valeur de la dextérité dans l'exécution du travail.

Loi du 8 Octobre 1940 Régime copié sur celui du commerçant

Aussi la loi du 8 Octobre 1940 a-t-elle abrogé le décret-loi du 8 Août 1935 et désormais l'artisan est soumis au même régime que le commerçant, c'est-à-dire que l'on exige une réciprocité de fait, en second lieu qu'il y a un contingentement possible ; et en troisième lieu la carte d'identité d'artisan a été créée, parallèlement et symétriquement à la carte d'identité de commerçant.

On pourra donc maintenir la concurrence étrangère dans les professions où l'on estime la chose, au point de vue national, opportune ; on pourra supprimer entièrement la concurrence de l'artisanat étranger ou tout au moins la limiter et la subordonner à des éléments particulièrement sains.

Voilà les mesures qui sont intervenues en France sur le terrain qualitatif ; il n'y en a aucune pour l'agriculture. Nous avons indiqué celles qui ont été prises pour le commerce et l'artisanat. Nous sommes dans une période trop trouble pour qu'on puisse dire si elles ont produit leur effet puisque toutes les conditions économiques sont en ce moment plus ou moins désorganisées par suite de la guerre.

§ 2 - Les mesures de défense quantitative.

La situation visée

Les mesures de défense quantitative visent ce que l'on est convenu d'appeler la main-d'oeuvre étrangère en France, c'est-à-dire les salariés et, plus exactement, la masse des travailleurs étrangers. En effet, les mesures qualitatives que nous avons rencontrées plus haut visaient plutôt l'autre aspect du monde du travail : l'employeur le commerçant, l'artisan. Nous allons maintenant nous trouver en présence de la masse.

L'évolution du droit

Pendant très longtemps nous avons connu un régime de liberté totale d'emploi des travailleurs étrangers. Un employeur français pouvait librement embaucher autant qu'il voulait de travailleurs étrangers, et les travailleurs étrangers pouvaient librement chercher et obtenir du travail en France. Des tentatives furent faites fréquemment à la fin du XIXème siècle et dans les premières années du XXème et elles émanaient des milieux socialistes du Parlement, pour obtenir une restriction au droit d'utiliser la main-d'oeuvre étrangère. En voici la raison qui se comprenait très bien. Cette main d'oeuvre étrangère

Source : BIU Cujas

était généralement faite d'éléments pauvres et malheureux qui par conséquent travaillait - du moins on l'accusait de travailler à des salaires moins élevés. Ce dont on se plaignait dans certains milieux syndicalistes français, c'était précisément de cette concurrence qui était faite par les étrangers et contribuait à l'avilissement des salaires. Mais il y a longtemps que cette situation avait disparu et que l'étranger se trouvait, au point de vue des salaires, grâce au développement de la vie syndicale, aux conventions collectives et à d'autres éléments, soumis au même régime que les Français.

Mais à l'époque toute contemporaine, le besoin d'une règlementation s'est fait sentir ; à certains moments le nombre des travailleurs étrangers risque de devenir trop grand. Il y a eu un flot énorme d'immigration en France depuis la fin de la guerre de 1914-1918. Or, il y a des périodes de resserrement économique, d'où un chômage qui peut être dangereux si l'on laisse s'accumuler trop de main-d'oeuvre étrangère qui risque de rester inemployée.

Les pouvoirs de l'administration

Quelles sont les mesures dont on dispose ? L'administration dispose toujours d'un pouvoir de surveillance à l'entrée du territoire français ; elle peut donc fermer la frontière si elle le juge opportun ou limiter l'arrivée de la main-d'oeuvre étrangère. Elle peut aussi canaliser cette main-d'oeuvre pour la diriger vers certaines formes d'activité plutôt que vers d'autres. C'est un droit que l'administration a toujours eu et pour lequel aucune loi n'est nécessaire.

Le contingentement dans le commerce et l'industrie (Loi du 10 Août 1932)

Mais cela n'a pas paru suffisant. Lorsque les travailleurs étrangers - soit qu'ils se trouvent déjà en France, soit que pour une cause quelconque on ne peut pas les empêcher de pénétrer - lorsque les travailleurs étrangers sont en France il peut y avoir intérêt à contingenter leur emploi dans certaines professions ; ces mesures de contingentement ont été imaginées uniquement pour protéger la main-d'oeuvre nationale. En effet, au lendemain de 1930 a commencé le resserrement économique dans le monde entier, en France comme ailleurs, qui a eu pour conséquence un très grand chômage. Du jour au lendemain, il y a eu plusieurs centaines de mille chômeurs en France. Il était donc anormal d'employer des étrangers alors qu'il y avait des Français sans travail. Aussi une loi est intervenue, la loi du 10 Août 1932, encore en vigueur, loi protégeant la main-d'oeuvre nationale. Cette loi n'est applicable qu'au commerce et à l'industrie , elle ne s'applique pas à l'agriculture. Le travailleur agricole reste en dehors de la règlementation pour

Source : BIU Cujas

l'excellente raison que l'agriculture manque toujours de bras. Il n'y a jamais assez de travailleurs agricoles, d'abord parce que les Français qui sont dans l'agriculture la quittent sans cesse, et parce que même les étrangers qui sont venus pour travailler dans l'agriculture sont pris dans ce vertige qui attire vers les villes et, au bout de très peu de temps, ils abandonnent la campagne tant et si bien qu'il y a toujours à la base une insuffisance de travailleurs agricoles. Voilà pourquoi il n'a pas été question d'un contingentement de la main-d'oeuvre agricole.

La loi du 10 Août 1932 habilite les pouvoirs publics à fixer un pourcentage maximum d'utilisation de la main-d'oeuvre étrangère dans le commerce et l'industrie. On ne pouvait pas prendre de mesures brutales parce qu'elles n'auraient pas été susceptibles d'application pratique. On a donc prévu une procédure administrative minutieuse qui a l'avantage de donner des garanties, mais l'inconvénient d'être lente et compliquée, de ne pas se prêter aux modifications incessantes et de ne pas se modeler sur les exigences économiques qui changent en général rapidement.

Bref, cette procédure administrative doit aboutir à fixer un contingent par profession et par région ; elle implique un très grand nombre d'enquêtes qui aboutissent à des décrets. Pendant un certain nombre d'années la loi n'a pratiquement pas été appliquée, puis les pouvoirs publics, poussés par le Parlement, ont dû tout de même commencer la mise en oeuvre de cette loi et, entre 1935 et 1940, sont intervenues des dizaines de décrets pour règlementer un certain nombre de professions dans chaque région. A supposer qu'on veuille par exemple règlementer la main-d'oeuvre dans l'hôtellerie, il faudra prendre autant de décrets que de départements ; on voit par là que la procédure est très compliquée à mettre en oeuvre.

Dans les professions pour lesquelles sont intervenus des décrets le pourcentage maximum des étrangers que l'on pouvait utiliser était très variable ; il allait quelquefois de 5 à 80 %. Par exemple, dans le travail des marbriers on a dû admettre que l'on conserve 80 % de main d'oeuvre étrangère. Dans le terrassement 50 %. Dans l'hôtellerie, généralement 10 à 20 %.

La sanction était une amende à l'égard de l'employeur par jour de travail fourni, amende de 5 à 15 francs, et ainsi on pensait que la mesure serait respectée. En réalité, les résultats donnés par cette législation ont été très maigres et, dans tous les cas, depuis un certain nombre d'années, par suite de manque de main d'oeuvre, l'application de cette loi du 10 Août 1932 ne peut évidemment pas se faire.

La situation de demain

Que se passerait-il si les circonstances redevenaient normales ? Il est vraisemblable qu'après la guerre cette loi

Source : BIU Cujas

ne s'appliquera pas parce qu'il y aura, dans tous les pays qui auront été touchés par la guerre, un besoin de main-d'oeuvre considérable pour la reconstruction à peu près complète de leur économie.

Dans tous les cas, envisageons le problème pour l'avenir, car nous assisterons à un afflux assez massif de main-d'oeuvre étrangère. Il convient de signaler la difficulté du problème, qui n'a pas été peut-être toujours suffisamment mise en lumière sous tous ses aspects, par ceux qui s'en sont occupés. Il y a deux aspects un peu contradictoires du problème, deux aspects aussi importants l'un que l'autre, mais qui ne s'harmonisent pas très bien l'un et l'autre.

L'aspect économique du problème

L'un des aspects est l'aspect économique. On a besoin ou on n'a pas besoin de main d'oeuvre, selon les moments. Mais est-ce que les périodes intérimaires sont longues ? Si elles étaient très longues on pourrait renvoyer cette main-d'oeuvre au contraire, s'il s'agit de périodes intérimaires courtes, de six mois ou un an on ne peut pas faire repartir la main-d'oeuvre étrangère, des individus qui sont venus, qui ont constitué un foyer avec femme et enfants, qui ont quelquefois leur mobilier, pour les rappeler ensuite. Ce sont là de véritables impossibilités matérielles.

Mais le problème économique n'est pas le seul ; il y a un autre problème et il est contradictoire avec le précédent : c'est le problème politique et démographique.

L'aspect démographique

L'immigration de la main-d'oeuvre étrangère est un adjuvant qui n'est pas négligeable. Nous ne pouvons pas nous passer des immigrants parce qu'ils pénètrent petit à petit dans notre population par le jeu des lois sur la nationalité, puisque ce sont des familles en général assez fécondes qui augmentent la population française.

Si donc on envisage le problème à la lumière des contingents économiques on dira : ne laissons entrer aucun étranger si nous n'avons pas de travail pour lui ; faisons repartir les étrangers en excédent qu'il n'y a plus de travail pour eux. Mais s'ils repartent, c'est une diminution de population, d'autant que leurs enfants peuvent déjà posséder la nationalité française comme étant nés en France. Si les parents repartent ils emmèneront avec eux leurs enfants et ces enfants seront définitivement perdus pour la France.

On voit comme le problème démographique est grave et s'harmonise mal avec le problème économique. Il n'y a pas de solution absolue et parfaite ici. La solution économique serait trop grave au point de vue démographique ; la solution démogra-

Source : BIU Cujas

phique pure ferait abstraction des exigences économiques. On ne peut pas non plus conserver une masse trop grande d'étrangers si on n'a pas la possibilité de les faire vivre en leur fournissant du travail. Dès lors, la solution à appliquer est une cote mal taillée entre les exigences économiques et les exigences démographiques : ne pas laisser rentrer trop d'étrangers en France, mais ne pas les faire repartir quand il n'y a plus de travail. Tout cela est extrêmement compliqué et la solution de ce problème relève beaucoup plus de l'art que de la science.

Chapitre III

DROITS PRIVES

Définition Les droits privés ce sont tous les droits dont la jouissance se réfère aux institutions du droit privé : Droit de famille, Droit de la propriété, Droit des actes juridiques. Ce sont là les trois aspects nécessaires du Droit privé : les personnes, les biens et les procédés juridiques qui vont unir les individus entre eux.

Les individus visés Quels sont les individus qui vont être visés par les incapacités que nous allons rencontrer ? Ce sont les étrangers seuls, à l'exclusion des nationaux. Le Français, même le Français d'origine étrangère, jouit de tous les droits privés, il n'y a aucune discrimination à son égard. Les seules incapacités qui vont exister dans ce chapitre vont frapper les individus qui, au moment où il s'agit d'apprécier leur situation, ne possèdent pas la nationalité française. Ce sont :

1°- Les individus qui possèdent une nationalité étrangère,

2°- les individus qui sont apatrides, - en effet, au point de vue de la jouissance des droits, l'individu apatride est à considérer comme un étranger, c'est-à-dire comme n'étant pas Français.

En général, le problème de la jouissance des droits privés se pose pour les individus qui sont en France ; toutefois il peut se présenter à l'égard d'individus qui ne viennent pas en France, et qui n'y viendront jamais. On peut supposer, par exemple, une maison de commerce étrangère qui ait un débiteur en France et qui veuille lui faire un procès en France, alors qu'elle-même n'est pas en France. Ou bien un étranger peut être

Source : BIU Cujas

institué légataire par quelqu'un qui meurt en France. Le problème de la jouissance des droits privés est indépendant du problème du séjour des étrangers.

Il s'agit de savoir quels sont les droits privés dont les étrangers pourront se prévaloir, et quels sont ceux qui leur sont interdits. Nous verrons dans deux sections :

Section I - Les incapacités qui frappent les étrangers.

Section II - Les moyens pour eux d'être relevés de ces incapacités.

Section I

Incapacités qui frappent les étrangers.

Il y a lieu de s'attacher sérieusement à l'évolution historique de la matière, parce que le passé commande et explique le présent.

§ I - Ancien Droit.
§ 2 - Système du Code.
§ 3 - Solutions des textes spéciaux.

§ I - Ancien Droit.

Le très ancien Droit

Nous n'examinerons pas le très ancien droit parce que celui-ci ne fournit pas d'indications à ce sujet.

Dans le très ancien droit, il n'y a pas eu d'inter-communications de pays à pays ; il n'y en a même pas à l'intérieur de la France. Si nous prenons l'époque féodale nous voyons qu'il n'y a aucun contact d'une région du pays à l'autre puisque le pays est fermé par des seigneuries et que l'individu qui se rend d'une seigneurie dans une autre est considéré comme un serf, il perd presque sa liberté. A plus forte raison l'étranger.

L'aubain

Il faut donc se placer à une période plus avancée de notre histoire où déjà une unité suffisante du royaume est réalisée, pour qu'il y ait des individus qui aient la qualité de régnicole d'un bout à l'autre de la France et qu'il y ait des individus qui, eux, n'ont pas cette qualité de régnicoles. Ce sont ceux qui viennent de l'étranger.

Il y a, d'ailleurs, à cette époque, un terme consacré

Source : BIU Cujas

pour qualifier l'étranger qui n'est pas un régnicole et qui ne possède pas ce qu'on appelerait aujourd'hui la nationalité française : on l'appelle l'aubain. C'est une expression dont l'étymologie n'a jamais pu être donnée d'une manière satisfaisante ; on a essayé d'en donner bien des explications, mais sans succès. Quoiqu'il en soit, voilà des siècles que le mot est employé : l'aubain dans l'ancien droit, dans les textes, dans la littérature - lorsque par exemple Bacquet écrit au XVIème siècle son traité du Droit d'aubaine - l'aubain c'est l'étranger.

Quels sont alors les individus qui sont aubains ? L'aubain est celui qui n'est pas né dans le royaume. Tout individu qui est né dans le royaume n'est pas aubain, il est régnicole, car à cette époque la nationalité est déterminée entièrement par le territoire. Tout individu qui est né sur le territoire du royaume de France est un régnicole. On ne s'occupe pas à cette époque de la nationalité de filiation. Si un individu est né à l'étranger, même si ses parents sont Français il n'est pas un regnicole, il est un aubain. C'est le lieu de naissance qui joue, d'une manière absolue. Ce fut le système de la nationalité française pendant très longtemps et même probablement jusqu'à la révolution.

C'est donc la définition de Bacquet :"l'individu qui ne peut pas prouver qu'il est né en France, quels que soient ses parents, sera aubain et tombera sous ses incapacités".

Le chevage et le formariage

Quelles étaient les incapacités qui frappaient l'aubain ? Il y en avait deux qui étaient plutôt de droit public et que nous signalons en passant. Elles semblent d'ailleurs s'être atténuées très vite, peut-être même avoir disparu : c'est le droit de chevage - droit annuel de douze deniers qui se payait à la Saint-Remi - puis le droit de formariage, qui était dû par tout aubain qui se formariait. Qu'est-ce que se formarier ? C'est se marier en dehors de sa catégorie sociale : l'aubain qui épousait une regnicole se formariait, le Français qui épousait une étrangère se formariait également. L'étranger devait payer un droit qui était assez élevé puisqu'il pouvait atteindre de 33 à 50 % de l'ensemble de ses biens.

Nous en arrivons alors à la véritable incapacité qu'a connue l'ancien Régime et qui, nous le verrons, s'est maintenue assez longtemps, qui frappait l'aubain : c'était le droit d'aubaine proprement dit.

Reproduction interdite

Source : BIU Cujas

Le droit d'aubaine

Ce droit d'aubaine consistait en une incapacité de recueillir et de laisser une succession : l'aubain ne pouvait donc ni laisser des biens à cause de mort, ni recueillir des biens à cause de mort. Un régnicole, en principe, ne pouvait donc pas recueillir des biens d'un aubain et un aubain ne pouvait pas recueillir de biens d'un regnicole et à plus forte raison ne pouvait-il en recueillir d'un autre aubain. Donc incapacité double - il faut insister sur ce point parce que dans le Code civil une des deux branches de cette aubaine ne sera pas maintenue. L'aubain ne peut pas recueillir des biens à cause de mort, soit comme héritier soit comme légataire, il ne peut pas non plus en laisser. Il est frappé d'une double incapacité.

Quelle a été la raison de cette incapacité qui s'appelle le droit d'aubaine ? Le droit d'aubaine a une double origine, une véritable et une fausse. La véritable origine, l'origine historique, c'est l'origine coutumière ; mais il en a une autre, qui est fausse et qui a joué cependant un assez grand rôle, c'est l'origine romaine.

L'origine véritable du droit d'aubaine

Origine coutumière ou véritablement historique.

Le droit d'aubaine est une incapacité qui s'est formée dans les pays de coutume et dans l'élaboration de laquelle sont entrés plusieurs éléments composants qui sont un élément politique, un élément économique, une idée de réciprocité et enfin une idée d'équité.

I°- D'abord une idée politique. Sous l'ancien régime - cela est encore le cas maintenant mais cela l'était beaucoup plus alors à cause de la configuration de la population et de l'organisation de la société notamment avec les vestiges de la féodalité - la succession présente un intérêt politique, puisque c'est par la succession que se transmettent les biens, les charges, que se maintient la noblesse avec toutes les conséquences qui en résultent, dont le service féodal. Donc la succession est un élément politique essentiel ; la terre est le signe du service féodal, il faut donc qu'elle ne soit déférée qu'à des personnes qui peuvent être astreintes au service féodal. Interdire les successions aux étrangers, à titre actif ou passif, c'est faire la défense du territoire. Il s'agit bien d'une mesure politique.

Domat, dans son ouvrage classique fait un rapprochement très net entre le droit d'aubaine et l'exclusion des charges publiques. C'est, dit-il, une suite naturelle de cette distinction que chaque Etat règle par ses lois les successions et le commerce des biens parce que les étrangers ne sont pas du corps de la société et que les charges supposent une fidélité et une

Source : BIU Cujas

affection du prince. Pour avoir une charge, il faut avoir de la fidélité et de l'affection pour le Prince qu'on ne peut pas demander à l'étranger ; de même l'étranger ne peut pas avoir droit aux successions. Telle est la raison politique qui constitue un des éléments de cette incapacité successorale.

Raison économique

2°-Ce n'est pas la seule ; Bacquet, dans son Traité du droit d'aubaine au XVII ème siècle, nous donne une raison économique peu indiquée en général, et qu'il est intéressant de constater déjà chez lui, parce qu'elle pourrait être presque une raison moderne. Nous vivons à l'heure actuelle, dans ces périodes d'économie particulière que sont les guerres, sous un régime d'interdiction de l'exportation des capitaux. Il y a des règles. On ne peut pas exporter des capitaux d'un pays dans un autre à cause de l'incidence que cela peut avoir sur les monnaies, c'est-à-dire sur les changes. Or, Bacquet nous donne déjà une raison qui se réfère au même ordre d'idée ; si en effet, disait-il, l'étranger pouvait succéder, qu'est-ce qu'il ferait ? On risquerait, comme il ne pourrait pas emporter sur son dos la terre et la maison, qu'il vende la terre et la maison ; puis il emporterait l'argent et c'est de l'argent qui sortirait du royaume.

C'était donc une interdiction d'exportation des capitaux qu'on trouve déjà indiquée sous la plume de Bacquet au XVIIème siècle. Si on laisse les étrangers succéder on a des chances pour que la fortune de ces étrangers se transforme en argent et l'argent s'exportant facilement ce sera un appauvrissement pour le royaume.

On aurait peut-être pu prendre des mesures pour pallier à ces inconvénients et éviter l'expropriation complète des étrangers, mais cependant la règle était formelle.

3°-Une troisième raison est une raison juridique, une raison de réciprocité. Pourquoi permettre aux étrangers de succéder en France alors qu'à l'étranger le Français ne peut ni succéder ni laisser une succession ? A cette époque, en effet, l'unité de l'Allemagne n'était pas réalisée, il y avait une poussière de princes qui la constituait dans le Saint Empire romain germanique. Or, dans ces innombrables principautés il y avait des incapacités à l'égard des étrangers. Dans d'autres pays également le Français ne pouvait ni succéder ni laisser une succession. C'est pourquoi on disait : il faut qu'il y ait réciprocité.

4°- Enfin, il y avait une raison d'équité qu'on relève également dans Bacquet. Bacquet trouve qu'après tout il est juste de faire une distinction entre les régnicoles et les aubains ; cela lui parait équitable de ne pas leur donner des

Source : BIU Cujas

droits aussi étendus qu'aux régnicoles.

Voilà donc les quatre raisons qui étaient à la base du droit d'aubaine qui se développa sous l'ancienne France, et qui constituait le droit positif du Royaume.

La fausse origine romaine

Nous avons dit précédemment qu'on avait attribué à ce droit une deuxième origine, une origine fausse, l'origine romaine.

L'apport du droit romain n'a pas été du tout un apport de fond, mais un apport de forme. L'apport du droit romain n'a pas été un apport de fond parce que le droit d'aubaine n'a pas existé à Rome. Mais à l'époque de la renaissance des études juridiques, on sait quel rôle important le droit romain a joué dans le développement des idées juridiques françaises. Or, vers cette époque, au XVIème siècle, le droit d'aubaine commençait à vieillir. On critiquait ce droit d'origine coutumière, il risquait de s'étioler et de disparaître. On a voulu le revivifier, on a voulu faire sur lui une greffe nouvelle, et c'est le droit romain qui a fourni cette nouvelle vie. On a pris dans le droit romain un vocabulaire qui faisait résonner le prestige de Rome. Ce vocabulaire, c'était la distinction des facultés de droit des gens et des facultés de droits civils. Incontestablement Rome a connu le jus gentium et le jus civile, c'est-à-dire le droit des gens et le droit civil. Mais à Rome le contenu de ces deux compartiments était très spécial et n'avait absolument aucun rapport avec la matière dont nous nous occupons. Le jus civile c'était le droit applicable aux citoyens romains ; le jus gentium c'était le droit qu'on appliquait aux individus qui n'avaient pas cette qualité de citoyens romains. Ce n'était pas un problème de jouissance des droits, mais un problème de règlementation juridique, absolument comme dans l'ancienne France il y avait des personnes soumises à la coutume de Paris, d'autres à la coutume de Bretagne ou de Normandie. La distinction jus civile et jus gentium recouvrait donc quelque chose de tout à fait différent et qui touchait au fond même du droit.

Mais en baptisant jus civile les droits réservés aux Français, aux régnicoles, et facultés de droit des gens, jus gentium, les droits dont tout le monde pourrait bénéficier, y compris les étrangers, on plaçait sous le parrainage du droit romain une institution très ancienne et très différente du droit coutumier. Par là même on lui donnait, grâce à ce vocabulaire, grâce à cette forme, comme une sorte de nouvelle raison d'être, parce que le droit romain apparaissait comme la raison écrite.

Cette espèce d'intronisation nouvelle du droit d'aubaine grâce au droit romain - que l'on connaissait d'ailleurs - a été rappelée il n'y a pas très longtemps dans une très bonne thèse

Source : BIU Cujas

de doctorat de Mme Folain-Le Bras en 1941.

Quoiqu'il en soit, à partir du XVIème siècle, voici comment on raisonne : les aubains n'ont pas en France les facultés de droit civil. Ces facultés de droit civil comprennent précisément le droit de succéder et de laisser une succession. Mais les aubains sont assimilés aux regnicoles à tous autres égards sur le terrain de tous les autres droits ; ils ont les facultés du droit des gens. A partir de ce moment-là, faculté de droit civil veut dire : droit refusé à l'aubain, faculté de droit des gens veut dire : droit accordé à tout le monde.

Qui bénéficiait du droit d'aubaine

Qui recueillait dès lors les successions des étrangers, ou les successions qu'un étranger aurait été appelé à recueillir ? Ce fut d'abord le seigneur, puis à la suite d'une lutte plus ou moins longue, c'est en définitive le roi qui l'emporta et qui recueillit les biens par voie de déshérence en quelque sorte. L'aubaine est un profit pour le trésor royal.

Les atténuations du droit d'aubaine

Mais au fur et à mesure que le pouvoir royal s'affirmait et profitait du droit de déshérence, le roi usait de plus en plus de son pouvoir d'en affranchir les intéressés ; et ainsi sont faites les institutions juridiques qu'en tant que leur construction s'élabore, leur destruction commence. Soucieux des intérêts généraux du royaume, le roi s'était rendu compte des inconvénients que pouvait avoir le droit d'aubaine et de l'avantage plus grand qu'il pouvait y avoir à le supprimer. Il sera souvent supprimé dans un but politique et à l'égard de certains pays étrangers pour que de leur côté ils fassent des concessions aux Français. Le roi prenait alors ce que l'on appelait des déclarations de réciprocité ; on peut en relever au moins une soixantaine au XVIIIème siècle avec la plupart des principautés voisines, par lesquelles le ressortissant de ces pays était dispensé de l'aubaine en France dans la mesure où les Français étaient, eux aussi, relevés de cette incapacité dans les pays voisins.

Une deuxième raison qui poussera le roi à atténuer et supprimer souvent le droit d'aubaine, c'est une raison de caractère économique ; le désir d'attirer les étrangers en France. L'économie de l'époque était différente de ce qu'elle est aujourd'hui . Les marchands voyageaient avec leurs marchandises, soit par voie terrestre soit par voie maritime - et l'on en trouve dans le droit maritime des vestiges que l'on ne comprend pas si l'on ne se rend pas compte que le marchand était à bord avec sa marchandise -. Le marchand circulait donc avec ce qu'il allait vendre ; or, un marchand pouvait être victime ou d'un accident ou d'une maladie au cours d'un de ses voyages en France.

Source : BIU Cujas

Nous avions en France de très grands marchés d'un rayonnement économique énorme, qui constituaient une source de prospérité économique et qu'il convenait d'entretenir, c'étaient les grandes foires. Les marchands étrangers risquaient de ne plus venir à ces grandes foires si, en cas d'accident leur survenant, leurs marchandises qui pouvaient constituer toute leur fortune, devaient être appropriées par le roi. Aussi, dans l'intérêt du commerce et de ces grandes foires, le roi relevait-il les marchands, pendant la durée des foires, de l'incapacité du droit d'aubaine.

Puis on voulut attirer parfois en France des étrangers venant de certaines régions parce qu'on désirait créer des courants d'affaires : c'est ainsi que les étrangers originaires du Milanais, d'autres du Portugal, d'autres d'Ecosse, lorsqu'ils venaient en France étaient relevés de l'incapacité du droit d'aubaine parcequ'on avait un intérêt économique à les attirer vers le pays.

Il y avait aussi les manufactures. Or, si les manufactures étaient royales, leur personnel ne l'était pas la plupart du temps et cette main-d'oeuvre qualifiée dont on avait besoin dans les manufactures, on allait très souvent - et ce fut notamment la politique de Colbert - la chercher à l'étranger là où on la trouvait meilleure que la main-d'oeuvre française. Mais il fallait non seulement l'attirer pour travailler, il fallait lui donner un certain nombre de garanties. Aussi, les ouvriers des manufactures royales étaient-ils relevés de l'incapacité d'aubaine.

On alla même jusqu'à avaliser à titre exceptionnel le legs alimentaire fait à l'aubain. L'aubain ne pouvait pas hériter en principe, mais le legs alimentaire serait valable. C'était dans ce sens que s'était développée la jurisprudence du Parlement de Paris.

Les étudiants qui venaient en assez grand nombre fréquenter les universités étaient-ils relevés de l'incapacité d'aubaine quand ils succédaient, s'ils avaient été assez heureux pour intéresser à leur sort quelque régnicole qui leur laissait ses biens ? D'autre part, quand un étudiant étranger venait à mourir, qui héritait de ses biens, étaient-ce ses héritiers ou le droit d'aubaine jouait-il ? On aurait pu croire que les étudiants n'étaient pas tellement riches que leur succession puisse soulever des problèmes importants ; mais ils pouvaient laisser un petit pécule, des livres, etc.... En tout cas, la question fut agitée et souleva des difficultés. Certaines universités auraient voulu obtenir pour leurs étudiants étrangers le bénéfice de la suppression du droit d'aubaine, par exemple la Sorbonne qui ne l'obtint pas du roi. Par contre, l'Université d'Orléans avait obtenu pour les étudiants étrangers qui la fréquentaient, que l'incapacité d'aubaine ne jouât pas. Si un

Source : BIU Cujas

étudiant étranger avait laissé une bibliothèque par exemple, cette bibliothèque au lieu d'être vendue au profit du Trésor royal aurait pu appartenir à un collègue étranger.

Sous ces réserves, nous approchons ainsi de la fin de l'ancien droit. L'incapacité d'aubaine était la seule incapacité de droit privé qui existait sous l'ancien Régime ; elle ne frappait l'étranger que de l'impossibilité de laisser une succession en France ou de recueillir des biens qui se trouvaient en France.

Mais par suite des diverses atténuations que nous venons de rencontrer, le profit pour le Trésor royal était devenu tout à fait infime. En effet, d'après des chiffres fournis à la veille même de la Révolution, Necker dans un rapport faisait remarquer que le droit d'aubaine donnait au roi par an au maximum 40.000 écus.

Les critiques du droit d'aubaine

Le droit d'aubaine était critiqué par tout le monde, en particulier Montesquieu, avec l'autorité qui s'attachait à sa plume, l'avait traité de droit insensé . On faisait à cette époque une comparaison entre l'aubain et la femme mariée, dont il est difficile de savoir quel était le plus avantagé des deux : l'aubain, disait-on, vit libre mais il meurt esclave, la femme mariée vit esclave mais elle meurt libre. En effet, la femme pouvait faire, comme on le sait, son testament, alors que l'aubain, ayant toute sa liberté pendant toute sa vie mourait intestat, en ce sens que ses biens étaient attribués au roi. On trouve ceci sous la plume de Guyot, auteur du répertoire de l'ancien régime : "il ne peut ni recevoir, ni disposer de ses biens pour cause de mort. Il vit libre mais il meurt esclave".

L'abolition du droit d'aubaine

Le droit d'aubaine était tellement peu de chose à la fin de l'ancien régime - Montesquieu lui avait donné presque le coup de grâce par ses accusations - qu'un des premiers actes de la Révolution française sera de le supprimer. Mais ce sera une suppression beaucoup plus verbale que réelle parce que, si l'on tient compte de toutes les exceptions royales, de toutes les déclarations de réciprocité, il ne restait pratiquement plus grand chose de ce droit. C'est une loi du 6 Août 1790 qui a aboli le droit d'aubaine; dans une grand mouvement de générosité idéologique "l'Assemblée nationale, considérant que le droit d'aubaine est contraire aux principes de fraternité qui doivent lier tous les hommes quels que soient leur pays et leur gouvernement, décide - (et c'est la formule de Montesquieu) - que ce droit établi dans les temps barbares doit être proscrit - a décrété le droit d'aubaine et celui de détraction sont abolis pour toujours"

Source : BIU Cujas

On appelait droit de détraction un droit de IO % que payait l'étranger même lorsqu'il était relevé de l'incapacité d'aubaine.

Cette loi de I790 souleva dans son application pratique des doutes : est-ce qu'elle avait supprimé le droit d'aubaine dans ses deux branches ? Incapacité de laisser une succession et incapacité de recueillir une succession ? Un décret du 8 Avril I79I leva tous les doutes et le droit d'aubaine fut supprimé dans sa totalité.

Nous arrivons alors au début de la période intermédiaire durant laquelle cet avantage sera maintenu. On trouve confirmée la suppression du droit d'aubaine dans deux constitutions, celle de I79I et celle de l'an III, celle qui donna naissance au Directoire, art. 335. A partir de ce moment, l'étranger est donc assimilé sur le terrain du droit privé au régnicole ou, comme l'on disait alors, au républicole. Il a, comme le national, la jouissance de tous les droits privés puisqu'il n'y en avait qu'un qui lui manquait et que la loi de I790 et celle de I79I lui ont accordé.

§ 2 - Le système du Code civil.

Le Code civil de I804 ne peut se comprendre dans notre matière que si on se replace par la pensée dans l'ambiance historique de l'élaboration du Code civil.

L'ambiance de la rédaction du Code

A l'époque de l'élaboration du Code civil la scène diplomatique et internationale est particulièrement agitée, c'est une période de guerres ; ce sont toutes les guerres de la Révolution, du Consulat et de l'Empire. Dans une pareille période forcément on est plutôt enclin à des précautions, à des discriminations vis-à-vis de l'étranger et à une certaine xénophobie.

Notamment à la fin de l'ancien Régime - et la répartition de la population étrangère en France a beaucoup changé depuis cette époque - d'après les statistiques la moitié de la population étrangère en France était constituée par des sujets britanniques. Or, à cette époque historique, la Grande-Bretagne et la France se trouvaient évidemment en opposition. On était enclin à prendre un certain nombre de mesures de discrimination à l'égard de ces étrangers.

Mais il y a d'autres raisons : on s'est rendu compte que la générosité de l'abolition du droit d'aubaine - faite dans un mouvement un peu philosophique et idéologique - n'avait pas rendu à l'égard des pays étrangers, beaucoup moins philosophiques et idéologiques et peut-être plus positifs et plus pratiques, et l'incapacité d'aubaine avait été maintenue dans un certain

Source : BIU Cujas

nomb e d entre eux. Tant et si bien que les Français se trouvaient frappés par cette mesure pour les biens qu'ils avaient à l'étranger et qu'il est apparu choquant dans ces conditions de ne pas prendre des précautions.

Enfin, un troisième trait caractérise bien l'oeuvre du Code : Ce qui fait la grandeur du Code civil - et qui est dû au génie de son auteur, ou plutôt de celui qui l'a voulu, qui l'a conçu et qui l'a fait réaliser - c'est d'être le trait d'union entre ce qu'il était possible de garder de la période intermédiaire et ce qu'il était opportun de garder de la période antérieure. Il fallut une sorte d'art législatif pour combiner un certain nombre d'idées justes, d'idées philosophiques avec les nécessités des contingences politiques.

Le projet de l'an VIII

Or, tout cela se traduira dans le projet de l'an VIII qui sera rapidement amendé. Le projet de l'an VIII était encore extrêmement libéral comme on peut s'en convaincre si l'on se reporte au discours préliminaire classique présenté par Portalis : Celui-ci dira notamment que le commerce en se développant nous a guéris des préjugés barbares et destructeurs ; il a mêlé les hommes de tous les pays et de toutes les contrées, etc....

Nous nous trouvons donc en présence encore, avec le projet de l'an VIII - et ce discours préliminaire de Portalis en est la preuve - d'idées très libérales qui n'envisageaient aucune incapacité pour les étrangers.

L'article II C.civ.

Cependant finalement - on n'est pas extrêmement bien informé sur ce point - il y aura dans le Code un texte de principe qui marquera un retour en arrière, un texte d'incapacité. Ce texte est l'art. II. Notre droit positif actuel est constitué d'abord par ce texte de base, l'art. II, puis par une série - qui à l'époque moderne devient de plus en plus longue - de textes spéciaux qui dérogent à cet article II et qui se suffisent à eux-mêmes et qu'il faut appliquer. Mais quand il n'y a pas de texte spécial - et pendant le XIXème siècle il n'y en avait pour ainsi dire pas - c'est au texte de principe de l'article II qu'il faut en revenir. Mais ajoutons que les textes spéciaux sont si nombreux aujourd'hui que le texte de l'article II a rarement l'occasion de s'appliquer.

La position de principe du Code civil

Examinons d'abord la solution de principe du Code, c'est-à-dire l'article II. L'article II du Code est ainsi conçu : "l'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou qui seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra".

Source : BIU Cujas

L'article II consacre ce que l'on appelle la réciprocité diplomatique. L'étranger jouira des mêmes droits civils que ceux dont le Français jouit en vertu du traité signé par la France. Donc il faut un traité diplomatique pour que l'étranger jouisse en France des droits civils ; c'est ce que l'on appelle la réciprocité diplomatique.

Cela ne soulève aucune difficulté, et pourtant l'article II a soulevé sur un autre point une difficulté considérable à tel point que près de 150 ans après son élaboration on n'est pas encore bien d'accord sur sa signification.

Le sens des mots : "droits civils"

Il y a trois systèmes pour interpréter le membre de phrase suivant de l'article II qui a été la source de toutes les difficultés : "l'étranger jouira en France des mêmes droits civils....."

Que signifie le terme "droits civils" ? Nous avons là encore comme un dernier écho de cette renaissance du droit romain que nous avons évoquée, car c'est lui qui nous a valu cette terminologie pour les étrangers sous l'ancien Régime, terminologie que les auteurs du Code ont maintenue. Les droits civils ce sont les droits qui, à la fin de l'ancien Régime, avaient, en vertu du vocabulaire romain, la particularité d'être réservés aux régnicoles, aux nationaux.

Trois systèmes sur ce point

Il n'y a pas eu moins de trois systèmes pour expliquer cette expression de "droits civils" de l'article II : deux systèmes extrêmes, l'un de sévérité et l'autre de libéralisme, partagés par un système intermédiaire.

Le premier système - système extrême dans la sévérité - a été défendu par Demolombe.

Système de Demolombe

D'après le système de Demolombe, dans l'article II du Code, l'expression "droits civils" est synonyme de droits privés. L'étranger ne jouit pas des droits civils. Donc il ne jouit pas des droits privés, à moins qu'un traité diplomatique ne les lui accorde ou - ce qui va de soi - qu'un texte formel, une loi ne les lui concède. Mais quand il n'y a ni traité ni texte de loi qui l'appelle à jouir de ces droits, il en est privé. Droits privés et droits civils sont donc des expressions synonymes.

La situation dans laquelle l'article II placerait, selon le système de Demolombe, l'étranger, est extrêmement défavorable, disons même impossible. Que faut-il penser de cette interprétation du terme droits civils dans l'article II ?

Critique

Ce système est sans aucun rapport avec l'histoire même de l'institution.

Source : BIU Cujas

A aucun moment dans l'ancien droit l'étranger n'a été traité aussi sévèrement ; nous savons, en effet, qu'il était frappé dans les derniers temps et en particulier dans les deux derniers siècles, d'une seule incapacité, le droit d'aubaine, que l'on appelait une faculté de droit civil et qui était l'incapacité de laisser ou de recueillir une succession. Ce n'était donc qu'un seul droit privé qui avait été refusé à l'étranger ; or, non seulement avec cette interprétation de Demolombe on retomberait dans le droit d'aubaine de l'ancien droit, mais on irait beaucoup plus loin. Ce serait un système tout à fait moyennageux en vertu duquel l'étranger n'aurait la jouissance d'aucune droit privé ; or, c'est un contresens historique et une pareille réforme n'a pas pu intervenir sans qu'il y ait des raisons spéciales que l'on aurait certainement connues. En outre, un pareil système rendrait ou aurait rendu absolument impossible la vie de l'étranger en France ; il ne serait plus venu puisqu'il n'aurait plus eu la jouissance d'aucun droit. Il n'aurait pu faire aucun contrat, il n'aurait pas pu prendre un repas dans un restaurant, il n'aurait même pas pu prendre un billet de chemon de fer puisqu'il y a là des contrats. On serait arrivé à de telles impossibilités que l'on se serait trouvé devant des oppositions semblables à celles qui séparaient les pays de capitulations et les autres. Un régime semblable ne pouvait pas être dans l'évolution normale de la condition de l'étranger.

Demolombe d'ailleurs, dans son esprit, réservait son système aux droits privés d'une certaine importance et particulièrement à ceux qui avaient fait l'objet de concessions nouvelles comme les droits de propriété littéraire, les droits de propriété industrielle, etc.... Pour les autres, il admettait des tempéraments qui ruinaient quelque peu son système.

Système de Demangeat et Valette

Tout à fait à l'opposé dans le sens libéral, se trouve un autre système qui a été développé par Demangeat vers le milieu du XIXème siècle dans son Histoire de la Condition civile des étrangers, en 1844, et repris vers 1860 par Valette dans son Explication sommaire du Code civil.

Ce système prend le contrepied du précédent : l'expression droits civils ne peut pas être synonyme dans l'article II de l'expression droits privés, parce que cela n'a jamais été admis même dans le passé. Voilà un argument de caractère historique. Certes, le Code a voulu marquer une certaine réaction contre l'excès de libéralisme de la Révolution à l'égard de l'étranger. Ce que le Code a voulu faire, c'est supprimer l'assimilation de l'étranger aux nationaux lorsqu'elle semblerait choquante, non pas d'une manière générale mais dans les matières où cette assimilation serait inopportune. Mais qui

Source : BIU Cujas

dirait alors dans quels cas il en serait ainsi ? C'est le législateur.

On ne peut pas dire : tous les droits privés sont des droits civils, mais en principe il faut dire : aucun droit privé n'est un droit civil si le législateur ne s'est pas exprimé à cet égard. La règle est donc que l'étranger jouit de tous les droits privés en principe. Pour qu'il en soit autrement le législateur doit le dire, et un traité diplomatique est alors nécessaire pour en jouir. Donc, dans le système de Demangeat et de Valette, l'étranger jouit en France en principe de tous les droits privés toutes les fois qu'un texte formel ne les lui a pas refusés.

Comme le nombre des droits refusés n'est pas grand, l'on comprend mieux certains textes du Code civil (art. 726 et 912) qui, en effet, ont refusé ou limité un droit aux étrangers. Lorsqu'on était en présence de ces droits refusés par le Code l'étranger ne pouvait en jouir que s'il avait la jouissance des droits civils. Dans le système de Demangeat, les droits civils sont donc les droits refusés par un texte formel. S'il n'y a pas de texte formel les droits privés sont des facultés de droit des gens et l'étranger en a librement la jouissance.

La conséquence pratique est que les étrangers jouissaient de presque tous les droits, puisqu'à l'époque de Demangeat ou de Valette, à part deux ou trois articles du Code, aucun texte ne leur refusait la jouissance de droits privés.

Valeur du système de Demangeat

Que faut-il penser de ce système de Demangeat et de Valette ? Il est évidemment beaucoup plus raisonnable. Il est dans la ligne historique de l'évolution de l'institution. Nous savons en effet que la Révolution a supprimé la dernière incapacité qui subsistait ; le Code, sous cette formule générique de droits civils n'en restitue aucune. Il tirait simplement les conséquences possibles d'une incapacité quand le législateur la créerait ; mais il appartenait au législateur de se prononcer.

Ce système de Demangeat et de Valette donne un sens à deux articles du Code qui se relient étroitement à l'article II: les articles 726 et 912, qui refusaient à l'étranger certains droits successoraux, et certains droits en matière de donation.

Le système d'Aubry et Rau

Entre ces deux systèmes est venu s'intercaler un autre système qui a eu beaucoup de succès en doctrine : la conception d'Aubry et Rau. Il avait d'ailleurs été adopté au début du siècle par Zachariae, qui fit le premier commentaire du Code dont l'ouvrage d'Aubry et Rau est issu . On trouve

Source : BIU Cujas

encore l'exposé de cette conception dans la sixième édition d'Aubry et Rau parue en 1936, tome I, sous la plume de M. Bardin.

A Demangeat et Valette, M.M. Aubry et Rau reprochent leur philanthropie trop grande, ce libéralisme qui pratiquement accorde à l'étranger la jouissance de tous les droits quand un texte ne l'a pas refusé. Or, disent Aubry et Rau, aucun texte à peu près ne les a refusés. Mais à Domolombe, ils reprochent son anachronisme historique et son incertitude ; c'est une contre-vérité historique que de dire : l'étranger n'aura aucun droit privé, et cela rend la vie de l'étranger absolument impossible.

Aubry et Rau considèrent, en construisant leur système sur l'ancien droit, qu'il faut garder d'une part la distinction des facultés de droit civil et des facultés de droit des gens ; en effet, l'article II, en employant l'expression droits civils, a bien montré que le législateur n'avait pas voulu l'abandonner. Il y a donc deux catégories de droits : les uns refusés aux étrangers que l'on appelle les facultés de droit civil ; les autres accordés aux étrangers, dont le texte ne parle même pas, les facultés de droit des gens. Mais comment répartir les droits dans ces deux compartiments? Quelles sont les facultés de droit civil et quelles sont les facultés de droit des gens ?

Les facultés de droit des gens, selon Aubry et Rau, sont les facultés et avantages communément accordés par les diverses nations policées comme découlant du droit naturel, et accordés à tous. En somme quand un droit existe dans la plupart des législations, comme le droit de se marier, c'est une faculté de droit des gens, c'est vraiment une faculté commune à l'ensemble des gens.

Voilà, au contraire, quelles seront les facultés de droit civil qui seront refusées aux étrangers d'après Aubry et Rau, ce sont les facultés et avantages dont l'établissement est plus spécialement l'oeuvre du droit national qui les consacre, et qu'on ne rencontre pas ailleurs. S'il y a une institution juridique qui existe dans un ou deux pays mais qui n'est pas généralisée, c'est là une faculté de droit civil parce que c'est vraiment une création artificielle de la loi. Ce n'est pas quelque chose qui soit commun à l'ensemble de l'humanité. Aubry et Rau prétendent que tel était déjà le système de l'ancien droit.

Ce sont là des formules fort abstraites car il est très difficile de savoir quels sont les droits qu'il faut mettre sous l'une ou l'autre formule. Aussi Aubry et Rau nous éclairent-ils en donnant eux-mêmes une liste des facultés qui, à leur point de vue, sont des facultés de droit civil refusées aux étrangers. Ce sont d'abord, disent-ils, les effets propres du droit positif attachés à l'union conjugale, pratiquement l'hypothèque

Source : BIU Cujas

légale de la femme mariée sur les immeubles de son mari. Ce sera un droit civil qui, par conséquent, sera refusé à la femme étrangère. Pourquoi ? Parce que l'hypothèque légale serait une création artificielle de la loi matrimoniale française et qu'on ne la rencontre pas dans toutes les législations. Ils indiquent ensuite le droit de jouissance légale des parents sur les biens de leurs enfants mineurs : voilà encore une création de la loi, un avantage propre au droit français ou à quelques droits, mais ce n'est pas quelque chose d'universel. Le droit d'adoption, qui est également une création artificielle, sera refusé aux étrangers. Puis l'ensemble des droits de propriété industrielle, brevets, marques, dessins ; tous sont des créations du législateur et qui sans lui, ne se manifesteraient pas.

Critique du système d'Aubry et Rau

Telle est la conception d'Aubry et Rau ; que faut-il en penser ? Cette conception d'Aubry et Rau n'est exacte que dans la mesure où elle concerne le vocable de l'ancien droit : facultés de droit civil et facultés de droit des gens, les premières étant refusées aux étrangers et les secondes étant, au contraire, accordées. Mais lorsqu'elle prétend s'appuyer sur l'ancien droit comme ces auteurs l'affirment, elle est absolument contraire à l'histoire même de l'institution. Dans l'ancien droit - et c'est un fait indiscutable à l'heure actuelle - l'étranger n'était frappé que de l'incapacité du droit d'aubaine, c'est-à-dire de laisser ou de recueillir une succession. On ne peut donc pas dire qu'il était privé de la jouissance des droits qui étaient plus spécialement l'oeuvre du droit national. En effet, le droit d'aubaine visait la capacité successorale, or, rien n'est plus universel que le droit des successions qui existe partout. Donc le système d'Aubry et Rau n'est pas conforme à l'histoire.

En second lieu, ces auteurs invoquent les travaux préparatoires du Code, l'opinion de Portalis et de Siméon. C'est un jeu très dangereux, surtout quand on se reporte aux textes : Portalis dans son discours préliminaire s'est au contraire laissé aller, et dans des termes tout à fait grandiloquents, à un libéralisme philosophique issu de la Révolution française. Et dans ce que Siméon a pu dire on ne trouve aucune justification de cette classification en deux compartiments imaginée par Aubry et Rau.

Ce système est donc bien le système d'Aubry et Rau, non pas seulement parce qu'ils l'ont défendu mais parce qu'ils l'ont créé, qu'ils l'ont imaginé. Il est pratiquement inadmissible. Qui dira, en effet, quels sont les droits qui sont des créations du législateur et ceux qui, au contraire, sont communément admis dans les divers pays ? Car la liste que donnent Aubry et Rau ne

Source : BIU Cujas

peut pas avoir de valeur positive ; c'est leur opinion qu'ils expriment. Ce système est extrêmement imprécis, incertain, dans lequel on sera complètement abandonné au juge qui viendra dire : "j'estime que tel droit est accordé ou refusé aux étrangers". Or, accorder ou refuser un droit aux étrangers c'est une question d'opportunité politique et qui ne peut pas être abandonnée au juge ; le juge a sa tâche importante à remplir, mais statuer sur les questions d'opportunité vis-à-vis des étrangers c'est une question gouvernementale ou législative.

Enfin, si l'on serre un peu de près le système d'Aubry et Rau on voit que les exemples qu'ils ont donnés se retournent contre eux : sont des droits civils, disent-ils, les droits qui sont l'oeuvre du droit national. Au contraire, sont des facultés de droit des gens les droits qui sont communs à l'ensemble des pays. Mais s'il en est ainsi, le droit de succession existe dans tous les pays, il n'y a presque pas de législation qui ne connaisse le droit de succession, et pourtant le Code civil a dans une certaine mesure rétabli (art. 726) l'incapacité pour l'étranger de succéder. On ne peut cependant pas dire qu'il y ait là l'oeuvre d'un droit national. Les exemples donnés par Aubry et Rau ne sont pas biens choisis.

Quoi qu'il en soit, tels sont donc les trois systèmes : l'un très absolu dans un sens qui ne donne lieu à aucune difficulté théorique mais qui est impraticable, celui de Demolombe. L'autre très simple au point de vue théorique, et aussi au point de vue de son application : il n'y a pas de droit civil si un texte formel ne s'est pas prononcé, dans le silence du législateur il n'y a que des facultés de droit des gens. Enfin, ce système extrêmement incertain d'Aubry et Rau, distingue selon que les droits sont des créations ou non de la législation d'un pays. C'est à la jurisprudence qu'il appartenait de prendre parti au milieu de ces interprétations assez peu convergentes.

L'évolution de la jurisprudence

La jurisprudence a fait comme une sorte de pélerinage dans les diverses doctrines et elle a marqué dans chacune d'elles une certaine station. On la trouve, en effet, tout d'abord dans le système de Demolombe ; on la rencontrera aussi dans celui d'Aubry et Rau, mais finalement elle s'en est échappée pour arriver - et c'est sa troisième et dernière station - à un système libéral qui correspond au système de Demangeat et Valette. La jurisprudence donne, en effet, depuis longtemps des solutions - car la jurisprudence n'a pas de système et c'est la doctrine qui crée les systèmes et la jurisprudence ne donnerait que des solutions - qui, nous allons le voir, sont tout à fait d'accord avec le système libéral de Demangeat et de Valette.

Source : BIU Cujas

Consécration du système de Demolombe

Voyons d'abord la première étape; c'est une étape de sévérité. Au lendemain du Code, ayant à se prononcer sur le droit d'adoption en 1823, la Chambre civile dit : c'est un droit refusé aux étrangers parce qu'aucun texte ne le leur a accordé. C'est donc le système de Demolombe, il faut un texte pour que les étrangers jouissent des droits qui sont des créations de la législation française.

Vers le milieu du siècle, et cela marque le point culminant de cette conception - d'ailleurs la question ne s'était posée que dans des compartiments de la vie juridique très limités - la question se présenta dans une très grosse affaire de propriété industrielle. Il s'agissait de la protection du nom commercial : un étranger fabriquait un certain produit de beauté. Il y eut contrefaçon. Le contrefacteur voulait continuer sa contrefaçon, et il avait trouvé un excellent moyen juridique, il disait à ce propriétaire du nom commercial : "vous êtes étranger, or la loi de 1824 qui a en France règlementé la protection du nom commercial est vraiment une création du droit français ; si le législateur n'avait pas fait une loi spéciale le nom commercial ne serait pas protégé, il a fallu un texte spécial pour cela et les étrangers n'ont pas droit à cette protection, c'est un droit civil". Et par un arrêt des Chambres réunies du 12 Juillet 1948 (S. 1848.I.418), la Cour de cassation l'a décidé : la loi de 1824 n'a pas déclaré que le bénéfice de ces dispositions s'appliquerait aux étrangers ; par conséquent les étrangers n'en ont pas la jouissance. Tout le monde pourra vendre ou fabriquer sous son nom ou sous un autre l'huile de Macassar.

Adoption des idées d'Aubry et Rau

Mais déjà à cette époque on sentait poindre un autre système auquel la jurisprudence va désormais s'attacher pendant un temps assez long, c'est le système d'Aubry et Rau. A partir du milieu du siècle, la jurisprudence française décide que les étrangers jouissent en principe des droits privés, sauf de ceux qui sont - selon la formule d'Aubry et Rau - l'oeuvre du droit national qui les consacre. Formule très abstraite et qu'il est difficile d'ailleurs de clarifier.

Ainsi la jurisprudence se trouvera amenée à refuser aux étrangers certains droits qu'elle estimera être précisément des créations du droit national. Pratiquement, il n'y a eu véritablement qu'un seul droit qu'elle ait ainsi, par application du système d'Aubry et Rau, refusé aux étrangers ou plutôt aux étrangères, c'est l'hypothèque légale de la femme mariée ; notamment par un arrêt de la Chambre civile du 4 Mars 1884.

Mais tout en disant souvent dans ses motifs que les

Source : BIU Cujas

Ralliement à Demangeat

étrangers ne jouissent pas des facultés de droit civil qui sont des créations artificielles du droit positif, de la loi française, en fait si l'on cherche à faire le recollement de l'ensemble des décisions de la Cour de cassation, on s'aperçoit qu'elle accorde à l'étranger la jouissance de tous les droits privés, ce qui est le système de Demangeat et de Valette sauf lorsque le législateur s'est prononcé en sens contraire et sauf un seul droit qui continue à être refusé aux étrangères. C'est en quelque sorte l'exception qui confirme la règle : l'hypothèque de la femme mariée.

Bilan de la jurisprudence

Passons rapidement en revue les quelques décisions qui sont intervenues : tout d'abord un certain nombre d'arrêts dans des matières commerciales. En 1865 à propos de l'application d'un tarif de chemin de fer plus avantageux que d'autres.

Tarifs préférentiels

la question s'était posée de savoir si les étrangers pouvaient en avoir le bénéfice en France ; l'on soutenait que c'était un bénéfice réservé aux Français, que ce tarif des chemins de fer était une création artificielle de la loi qui ne pouvait profiter qu'aux nationaux, que c'était donc un droit civil. Or, la Cour de cassation rendit deux arrêts le 3 et le 5 Juillet 1865 (S. 1865, I. 441) décidant : les étrangers jouissent, en tout ce qui concerne les faits de commerce, de la même liberté et ont droit à la même protection que les nationaux. Par conséquent, en matière de faits de commerce, pas de distinction à faire entre l'étranger et le Français. Ce n'est là ni le système d'Aubry et Rau ni le système de Demolombe, c'est vraiment le système de Demangeat et de Valette. Il aurait fallu un texte formel pour dire : les étrangers ne jouiront pas du bénéfice de ce tarif préférentiel.

Faillite

Un nouvel arrêt de la Chambre civile est intervenu en 1913 dans la question de la faillite (11 Mars 1913 Revue 1913, p. 453). On soutenait que dans une faillite les créanciers de nationalité étrangère n'ont pas les mêmes droits que les créanciers français. En d'autres termes, les créanciers français pourraient garder pour eux ce qui reste de la masse des biens du failli et, le partage, toujours avec perte, au marc le franc s'effectuerait avec l'exclusion des créanciers étrangers. Le droit de participer au bénéfice des biens du failli serait un droit civil.

Reproduction interdite

Source : BIU Cujas

Or, par cet arrêt la Chambre civile a rejeté cette thèse et elle a déclaré qu'aucun texte n'avait exclu les créanciers de nationalité étrangère de la masse des créanciers dans la faillite.

D'où résulte bien que, comme le disaient Demangeat et Valette, il faut un texte formel pour qu'un droit soit refusé à l'étranger. On peut donc généraliser et dire : d'une manière générale dans toutes les questions de commerce, à moins d'un texte formel en sens contraire - il y en a et nous en rencontrerons - il y a assimilation de l'étranger au Français ; ce n'est pas un droit civil, il n'y a de droits civils que ceux que le législateur déclare refuser aux étrangers.

La tutelle

Autre application de la même doctrine : l'étranger peut être tuteur de ses enfants. Il ne peut pas être tuteur des enfants des autres parce que c'est une charge publique ; mais il peut être tuteur de ses enfants, ce qui est un droit privé. C'est ce qu'a décidé un arrêt de la Chambre civile du 16 Février 1875 (D. 1875.I.193) : "comme la puissance paternelle la tutelle des enfants découle du droit naturel de protection et de surveillance qui appartient aux parents ; qu'on ne trouve dans nos lois aucune disposition aux termes de laquelle les parents seraient exclus de cette charge familiale...." Il faut donc un texte formel - c'est tout à fait l'idée de Demangeat - pour qu'un droit soit un droit civil, c'est-à-dire pour qu'il soit refusé aux étrangers.

Les arrêts les plus récents ne motivent même plus ; ils accordent les droits aux étrangers quand un texte formel n'existe pas.

Suspension des délais

La question s'est posée pendant la guerre de 1914-1918 à propos des moratoires c'est-à-dire de la suspension des délais : est-ce que la suspension des délais était un privilège des Français ? Est-ce que les débiteurs étrangers étaient protégés par le moratoire eux aussi ? Un arrêt de la Chambre civile du 23 Avril 1923 (Revue 1924, p. 508) a reconnu ce droit aux étrangers sans même motiver sa décision. Cela va de soi : aucun texte n'a exclu les étrangers, par conséquent, c'était au législateur à réserver aux Français le bénéfice des moratoires.

Régime des loyers

Nous emprunterons un dernier arrêt à la matière des loyers. La législation des loyers a donné lieu à beaucoup de décisions concernant les étrangers : est-ce que les étrangers peuvent en invoquer le bénéfice ? Oui, a encore déclaré la juridiction spéciale qu'est la Commission supérieure de cassation des Loyers (arrêt du 20 Février 1928, G.P. 1928, Ier sem. p. 535) lorsqu'un texte formel n'en a pas exclu les étrangers.

Source : BIU Cujas

Il y a dans la législation des loyers d'habitation certains droits que le législateur refuse aux étrangers, mais pas tous. Or, quand nous ne sommes pas en présence d'un des droits que le législateur français a refusés aux étrangers, tous les autres droits de la législation des loyers sont accordés aux étrangers, qui en ont la jouissance. C'est donc l'application du même système : les droits civils, dans l'article II, sont les droits qu'un texte formel a refusés à l'étranger.

Seul droit refusé en vertu de l'art. II : l'hypothèque légale de la femme

Si donc nous faisons aujourd'hui le bilan de la jurisprudence affirmée par maintes décisions, nous constatons, en faisant une sorte de synthèse des solutions qui compte beaucoup plus que l'affirmation des motifs, qu'il n'y a qu'un seul droit refusé à l'étranger. Et encore la solution résulte d'un arrêt de 1884 et pourrait très bien ne plus être maintenue si la question revenait devant la Cour de cassation. Cet arrêt a décidé que l'hypothèque légale de la femme mariée serait un droit civil refusé aux femmes étrangères. Voilà le seul droit civil refusé en fait aux étrangers ; tous les autres droits, en l'absence d'un texte, leur sont accordés. On peut donc dire que la jurisprudence a pratiquement rejoint le système de Demangeat qui est de son côté la continuation logique de toute l'évolution historique de la matière.

Incapacités imputées à tort à la jurisprudence

On a bien, il est vrai, cité d'autres droits que la jurisprudence refuserait aux étrangers ; en les passant rapidement en revue nous allons voir que ce n'est qu'une apparence. On a dit : la jurisprudence refuse aux étrangers le droit d'être tuteur d'autres que de leurs propres enfants. Mais la jurisprudence a parfaitement raison et on ne peut rien en tirer pour l'application de l'art. II. Si l'étranger ne peut pas être tuteur des enfants autres que les siens, c'est parce que la tutelle de ces enfants est une charge publique qui implique la jouissance non pas de droits civils, mais de droits politiques. Nous avons déjà rencontré cette incapacité à propos des droits politiques. Cela ne donne donc aucun argument ni pour ni contre au sujet de l'interprétation de l'art. II.

Autre incapacité que l'on a imputée à la jurisprudence et qui provient aussi de la façon maladroite dont elle s'est exprimée, il y a longtemps, dans un certain nombre d'arrêts. Ce serait l'incompétence des tribunaux français dans les litiges entre deux étrangers. Lorsque deux étrangers voudraient plaider devant un tribunal français, les tribunaux français seraient en principe incompétents parce que les plaideurs seraient des

Source : BIU Cujas

étrangers, incompétence que de nombreuses décisions judiciaires ont rappelée. Mais cette incompétence - qui en effet existe dans certains cas - n'est pas, répétons-le, malgré la maladresse de certains motifs déjà anciens, due au fait que le droit de saisir les tribunaux français serait pour l'étranger un droit civil. Elle est basée sur une toute autre idée qui n'est pas une idée de condition des étrangers et se rattache aux règles du conflit des juridictions. De sorte que la matière est totalement en dehors. Elle est basée sur les règles des conflits de compétence judiciaire parce que dans certains cas les conditions ne sont pas remplies pour qu'un tribunal français soit compétent. Elle est basée sur l'exercice des droits. Il suffit de rappeler la distinction qu'il faut faire entre la jouissance et l'exercice d'un droit. Ce n'est pas parce qu'il est étranger qu'un individu ne peut pas saisir les tribunaux, c'est parce que les conditions dans lesquelles les règles de la compétence d'un tribunal français jouent ne sont pas remplies, et notamment cette règle fondamentale "actor sequitur forum rei". Lorsque le défendeur n'a pas son domicile en France les tribunaux français sont incompétents, non pas, encore une fois, parce qu'on est en présence d'étrangers mais parce qu'il n'y a pas la base de la compétence d'un tribunal, qui nécessite le domicile ; c'est la règle de l'art. 59 du Code de procédure civile. La preuve en est que, par de très nombreuses décisions, dans les 20 dernières années, les cours d'appel, les tribunaux et la Cour de cassation elle-même, ont admis la compétence des tribunaux français toutes les fois que le domicile de fait du défendeur était en France (cas des réfugiés), ce qui prouve bien que ce n'était pas un problème de jouissance des droits, mais un problème de fixation du domicile.

La question de l'incompétence des tribunaux français ne peut donc pas entrer en compte pour l'interprétation de l'art. II. Il reste, et il ne reste toujours que l'hypothèque légale, avec un point d'interrogation, car on ne peut pas affirmer, quand on est en présence d'un arrêt comme celui de 1884, que la Cour de cassation continuerait, en raison de l'évolution générale de la matière, à statuer toujours dans le même sens.

Portée actuelle de l'article II

Quelle est alors la valeur et la portée actuelle de l'art. II et de ces droits civils refusés aux étrangers ? Ils n'ont que la valeur et la portée que le législateur veut bien leur accorder en refusant des droits spéciaux aux étrangers. Il en use beaucoup ; alors que pendant le XIXème siècle, il n'y avait pour ainsi dire pas de textes différentiels, aujourd'hui souvent lorsque le législateur - et il a raison - règlemente une matière, il pense aux étrangers et il donne une solution,

Source : BIU Cujas

soit pour leur accorder soit pour leur refuser la jouissance du droit. Très souvent il la refuse ou la subordonne à certaines conditions, quand il s'agit de droits dont l'étranger peut pratiquement se passer.

Il y a longtemps que l'on aurait dû mettre la rédaction de l'art. II à l'unisson de cette évolution . Lors des travaux de la loi de 1889 sur la nationalité, un texte le disait expressément : l'étranger jouit en France de tous les droits qui ne lui sont pas refusés par un texte formel. Ce projet a disparu. Mais si l'on veut aujourd'hui règlementer la matière et codifier la jurisprudence, c'est en ce sens qu'il faudrait se prononcer. Tel était le projet de la Société d'Etudes législatives qui, en 1929, proposait un statut de l'étranger en France.

Donc pour conclure sur l'art. II du Code civil, l'étranger jouit de tous les droits qu'un texte formel ne lui refuse pas et cela nous amène à un autre point : quels sont donc les droits que des lois spéciales refusent aux étrangers ?

§ 3 - Solutions des textes spéciaux.

Dans le Code et à l'époque du Code, il y avait extrêmement peu de textes spéciaux, mais depuis, petit à petit la liste de ces textes s'est augmentée. Nous rangerons ensemble les textes sous les quatre rubriques suivantes :

- la matière des biens,
- la matière des obligations,
- la matière des personnes,
- la matière de procédure.

I - Matière des biens.

L'acquisition de droits immobiliers

On peut citer une loi toute récente, la loi du 16 Novembre 1940 ; bien qu'elle ne le dise pas expressément. C'est la loi en vertu de laquelle aucune acquisition immobilière ne peut se faire actuellement sans une autorisation du préfet. Cette loi a eu notamment pour but d'écarter de la propriété immobilière des étrangers qui, par spéculation, en raison de la valeur de leur monnaie, pourraient être tentés d'acheter trop de propriétés. Mais le texte ne le dit pas formellement ; toutefois, la pratique administrative se montrera évidemment beaucoup plus sévère pour l'étranger.

L'art. 726 et le droit d'aubaine

Dans la matière des biens, il y a lieu de signaler celle des successions et c'est ici que nous allons trouver deux textes du Code civil. Le premier de ce

Source : BIU Cujas

textes est l'art. 726 : "Un étranger n'est admis à succéder aux biens de son parent étranger ou français qu'il possède dans le territoire du royaume, que dans les cas et de la manière dont un Français succède à un parent possédant des biens dans le pays de cet étranger conformément aux dispositions de l'article II....."

L'art. 726 apparait donc comme une application de l'art II et comme une consécration de ce système d'après lequel l'art. II disait comment on peut jouir des droits civils quand un texte les a refusés . Mais encore faut-il qu'un texte formel se soit prononcé. En voici précisément un, l'art. 726 qui crée un droit civil à l'égard des étrangers et nous dit à la fin comment ils pourront en jouir conformément à l'art. II, c'est-à-dire s'il y a un traité diplomatique.

Reprenons ce texte de l'art. 726 : quelle est exactement l'incapacité créée par lui ? L'étranger n'est admis à succéder, dit-il. Et comme nous sommes en matière d'incapacité d'interprétation stricte nous ne pouvons pas étendre ce texte ; le texte a dit "à succéder", il n'a pas dit "à laisser une succession". Donc l'étranger se trouve, en vertu de l'art. 726 du Code civil, frappé d'une demi-incapacité, celle de recueillir des biens sur le territoire français auxquels il serait appelé comme héritier ou comme légataire ; mais s'il vient lui-même à mourir il peut parfaitement, quoique étranger, laisser une succession.

Quel est alors le rapport de cet art. 726 avec l'ancien droit, avec l'incapacité d'aubaine ? Il est certain que l'art. 726 marque un retour en arrière, une réaction, puisque le droit d'aubaine avait été complètement supprimé en 1790 et 1791. Or, le droit d'aubaine avait deux branches : l'étranger ne pouvait pas recueillir une succession, il ne pouvait pas non plus laisser une succession. Le Code civil ne rétablit pas complètement le droit d'aubaine, il ne le rétablit que dans l'une de ses branches ; l'art. 726 rétablit l'incapacité de recueillir une succession, mais non pas du tout l'incapacité d'en laisser une. Ce n'est donc que la moitié du droit d'aubaine qui se trouve rétablie dans l'art. 726.

Pourquoi l'a-t-on fait? Roederer s'en est expliqué dans les travaux du Code : "abolir pratiquement et sans réciprocité le droit d'aubaine et de détraction, c'est détruire pour les autres Etats tout motif de prononcer la même abolition en faveur de la France et autoriser ceux mêmes qui l'ont prononcée à regarder vers la barbarie....".

Ce qui est certain c'est que dans quelques pays voisins de la France on n'avait pas supprimé le droit d'aubaine et suivi le geste généreux de la Révolution et on continuait à frapper les Français de l'incapacité successorale. On a voulu réagir et ne pas permettre à l'étranger de succéder. Mais soit que les auteurs du Code n'aient voulu rétablir qu'une fraction du

Source : BIU Cujas

droit d'aubaine ou qu'ils se soient trompés sur le contenu du droit d'aubaine dans l'ancien droit, ils n'ont rétabli qu'une de ses deux branches. Le texte est formel.

L'art. 913 Incapacité de recevoir par donation

Mais voici une deuxième incapacité du Code civil, c'est l'art. 912 dans les donations. Aux termes de ce texte, qui est rédigé d'une manière un peu différente de l'art. 726 : "on ne pourra disposer au profit d'un étranger, que dans le cas où cet étranger pourrait disposer au profit d'un Français".

On constatera la différence de rédaction qui sépare les deux textes. L'art. 912 ne se réfère pas à l'art. 11, c'est-à-dire qu'il n'exige pas de traité diplomatique pour que l'étranger ait la jouissance du droit de recueillir une donation ; l'étranger ne pourra pas en principe recueillir de donation à moins que dans son pays le Français ne jouisse du même droit. Donc l'art. 912 se contente de la réciprocité de fait. Tandis que l'art. 726 exige la réciprocité diplomatique. Il suffit de prouver que dans le pays de l'étranger un Français peut recevoir une donation et cette preuve étant faite l'étranger est relevé de l'incapacité.

On constatera encore que l'art. 912 ne frappe l'étranger en matière de donation que d'une incapacité partielle, symétrique à celle de l'art. 726 : recevoir une libéralité, mais n'a pas dit : faire une libéralité. Il ne peut donc pas être donataire de biens situés en France mais il peut être donateur.

Telles sont les deux incapacités qui sont dans le Code.

Mais quel est le rapport de cette incapacité de l'art. 912 par rapport à l'ancien Droit ? Certains auteurs ont cru, notamment Malleville l'a dit au lendemain du Code, que par l'art. 912 on aurait rétabli une incapacité de l'ancien droit. Or, jamais dans l'ancien droit - et c'est un fait bien certain - l'étranger n'a été frappé de la moindre incapacité pour les actes entre vifs ; la donation est un acte entre vifs, c'est un contrat, et tous les actes entre vifs faisaient partie des facultés de droit des gens. Jamais l'étranger n'a été frappé de l'incapacité de faire ou de recevoir une libéralité. Ici les auteurs du Code n'ont pas fait de retour en arrière, ils ont vraiment créé une nouvelle incapacité que l'ancien droit n'avait pas connue.

Telles sont les deux incapacités qui étaient dans le Code et qui donnaient une signification à l'explication que nous avons adoptée de l'art. 11, avec certains auteurs et avec la jurisprudence, du terme "droits civils" dans ce texte. L'étranger jouissait des droits civils sauf de ceux que la loi lui avait refusés. Or , il y avait deux droits civils qu'elle lui avait refusés : celui de recueillir une succession (art. 726) et celui de recevoir une libéralité (art. 912).

Source : BIU Cujas

Résultats des art. 726 et 912

Ces deux textes, l'art. 726 et l'art. 912 n'ont pas eu de lendemain. Ils ont, en effet, été l'un et l'autre abrogés par la loi du 14 Juillet 1819. Pourquoi cette sévérité à laquelle les auteurs du Code, à en croire Roederer, tenaient tant, n'a-t-elle pas duré davantage ? C'est que l'art. 726 et l'art. 912 - mais encore plus 726 que 912 - donnaient de mauvais résultats.

On s'était en effet aperçu que si les étrangers ne pouvaient pas recueillir de succession, les parents de ces étrangers ne seraient pas très enclins à venir en France, à y rester, à y acquérir des biens, à les y conserver, puisqu'ils savaient très bien que quand ils viendraient à mourir leurs héritiers, et notamment leurs descendants, c'est-à-dire des étrangers, ne pourraient pas les recueillir. Cela faisait fuir les étrangers et les capitaux étrangers, d'où une diminution de force et de valeur économique. Ce que l'on cherchait à attirer vers la France, c'étaient les étrangers riches ou les étrangers qui acquérraient des biens. Or, ceux-là, on les effarouchait par cette incapacité qui frapperait leurs héritiers ou légataires s'ils étaient étrangers, et normalement ils le seraient, et qui les empêchemait de recueillir leurs biens. Les Anglais, élément riche, avaient déserté la France.

On s'est donc aperçu que cette mesure nationale était de nature au contraire à produire de mauvais effets : la réciprocité - selon une formule que nous avons déjà indiquée précédemment - est peut-être conforme à la justice, elle n'est pas toujours conforme à l'intérêt politique du pays qui la pratique.

Or, dans l'exposé des motifs du projet de loi qui deviendra la loi du 14 Juillet 1819, qui évidemment se place beaucoup plus dans un accès de vérisme que les manifestations un peu grandiloquentes que l'on avait vues dans le discours préliminaire de Portalis et dans celui qui avait préparé l'abrogation du droit d'aubaine, le Garde des Sceaux a dit un peu crûment la raison pour laquelle on proposait d'abroger et l'art. 726 et l'art. 912. Il ne voulait surtout pas être taxé d'idéologie et de trop grand libéralisme et il déclarait : "Ce n'est pas par un mouvement de générosité que nous voulons effacer les différences relatives aux successions et transmissions des biens, c'est par calcul. Il ne faut donc effacer que celles qui peuvent dissuader les étrangers d'acquérir des biens en France".

Ce projet était dû à un mouvement d'idées pratiques, dans l'intérêt de la France, en vue d'attirer les étrangers avec tout ce qu'ils pourraient lui apporter. C'est à la Chambre des Pairs qu'une proposition de résolution fut déposée le 14 Avril 1818 par le duc de Lévis qui, selon la formule de l'époque, suppliait le roi de bien vouloir déposer un projet.

Source : BIU Cujas

A cette époque une thèse de doctorat de la Faculté de Strasbourg dont l'auteur était un Suisse, avait attiré l'attention sur l'inutilité et même le danger du rétablissement partiel de l'ancienne incapacité de tester.

Le gouvernement, répondant à la supplique qui lui avait été adressée, déposa un projet de loi qui fut rapporté favorablement à la Chambre des Pairs et dans l'autre assemblée. Dans son rapport à la Chambre des Pairs, Boissy d'Anglas s'exprimait ainsi, opposant le politique à la justice : "celle-ci, dit-il, peut légitimer la réciprocité, mais le politique peut la condamner. Tel est le cas où la réciprocité entraîne plus d'inconvénients que d'avantages ; si la justice est satisfaite, le politique ne l'est pas.

Et dans ces conditions, on fut d'accord pour abroger l'art. 726 et l'art. 912, ce qui fut fait par cette loi du 14 Juillet 1819.

Economie de la loi de 1819

Cette loi comporte deux articles dont l'un n'a pas d'histoire et dont l'autre au contraire, a soulevé les pires difficultés.

Abolition du droit d'aubaine

Aux termes de l'art. 1 de la loi du 14 Juillet 1819, les art. 726 et 912 sont abrogés. En conséquence, les étrangers auront le droit de succéder, de disposer et de recevoir de la même manière que les Français dans toute l'étendue du royaume. Signalons en passant une petite erreur du législateur qui dit que les étrangers pourront succéder, disposer et recevoir. Les étrangers n'étaient frappés par le Code civil d'aucune incapacité de disposer ; donc la loi de 1819 leur a restitué surabondamment une capacité qui ne leur manquait pas. Mais en abrogeant les art. 726 et 912 le législateur s'est exprimé avec suffisamment de clarté. Les deux seules incapacités qui existaient pour la succession et les libéralités ont disparu.

Création du droit de prélèvement

L'article 2 de cette loi est ainsi conçu : "dans le cas de partage d'une même succession entre des cohéritiers étrangers et Français, ceux-ci prélèveront sur les biens situés en France une portion égale à la valeur des biens situés en pays étrangers dont ils seraient exclus, à quelque titre que ce soit, en vertu des lois et coutumes locales".

Cet art. 2 a créé ce que l'on appelle aujourd'hui - car il est toujours en vigueur - le droit de prélèvement. En un mot, nous n'y insisterons pas beaucoup car nous retrouverons la question à propos des conflits de lois, lorsque nous nous occuperons

Source : BIU Cujas

des successions, lorsque dans une succession il y a des biens dans deux pays et qu'à l'étranger les cohéritiers français sont exclus d'une partie de la succession pour une cause quelconque, ils peuvent, sur les biens de France exercer une sorte de droit de préférence et prendre la portion équivalente par prélèvement à celle dont ils ont été privés à l'étrangor.

Ainsi la législateur, dans l'art. I de la loi accordait aux étrangers la jouissance des droits en question mais dans l'art. 2 il recréait une incapacité.

On dégage très bien son sens dans les travaux préparatoires qui sont rapportés in extenso dans les Archives parlementaires. C'est le gouvernement, dans son projet de loi de I8I9, qui, en accordant la jouissance du droit de succéder, c'est-à-dire en abrogeant l'art. 726 et le droit de recevoir une libéralité (abrogation de l'art. 9I2) de lui-même avait ajouté le texte qui devait devenir l'art. 2. Et il s'en est expliqué suffisamment dans l'exposé des motifs. Les travaux de la loi devant le Parlement sont eux aussi assez explicites pour qu'il semble qu'il ne puisse pas y avoir de doute sur ce que le législateur a voulu faire. Il a voulu édicter non pas une règle de jouissance des droits, mais un conflit de lois. Il a entendu d'une part accorder aux étrangers la jouissance du droit de succeder ou de recevoir des libéralités, mais d'autre part, il a entendu formuler une règle de conflit des lois successorales en vertu de laquelle lorsque, dans une succession seraient ainsi appelés des étrangers avec des Français, c'est la loi française qui régirait la totalité de la succession. Et comme il faut une sanction, le droit de prélèvement permettrait d'établir une sanction pour les biens qui étaient à l'étranger et sur lesquels nous n'avons pas évidemment d'action directe.

Sens du droit de prélèvement

Quoi qu'il en soit, au lendemain de la loi de I8I9, une première thèse s'est fait jour, aux termes de laquelle il était absurde de penser que le législateur qui accordait la faculté du droit de succéder aurait reconstitué une incapacité de jouissance des droits dans l'art. 2. Le législateur n'aurait statué dans ce texte que sur la jouissance du droit de succéder, mais il aurait envisagé l'hypothèse où dans certains pays étrangers les Français seraient exclus, parce que Français, c'est-à-dire parce qu'ils seraient dans ces pays-là des étrangers. On ne voulait tout de même pas relever les étrangers de l'incapacité de succéder si les Français continuaient dans leur pays à eux à être frappés d'une incapacité. L'art. 2 ainsi conçu se limiterait à la jouissance des droits et la subordonnerait à la réciprocité de fait. On aurait donc remplacé la réciprocité diplomatique exigée précédemment par la simple réciprocité de

Source : BIU Cujas

de fait que l'on aurait sanctionnée par le droit de prélèvement.

Mais cette thèse n'a pas prévalu en jurisprudence. Celle-ci a toujours décidé que l'art. 2 n'était pas lié à l'art. I, qu'il constituait un texte indépendant et autonome en quelque sorte et de conflit des lois. L'étranger est frappé de cette incapacité et par conséquent passible sur les biens situés en France du droit de prélèvement toutes les fois que, pour une cause quelconque, il y a inégalité entre les cohéritiers. On invoque en ce sens et les travaux préparatoires qui sont très nets et même la rédaction du texte qui dit "à quelque titre que ce soit" et non pas "si le Français à l'étranger était désavantagé parce qu'étranger". Si par conséquent il est désavantagé parce que la loi étrangère établit autrement les droits successoraux, fixe autrement que la nôtre, par exemple, la réserve héréditaire, il y a une différence dans les droits des héritiers et cette différence déclenche automatiquement le droit de prélèvement admis par l'art. 2 de la loi de I819.

Nous n'en dirons rien de plus pour l'instant, nous la retrouverons plus tard à propos des successions. Dès maintenant il faut retenir que cet article déborde largement le cadre et la matière de la jouissance des droits pour se situer dans ceux du conflit des lois.

Y a-t-il encore d'autres textes ? En matière de propriété nous signalons rapidement les textes pour les navires, la loi du II Juin I845 ; une loi plus récente de I934 pour les bateaux de la navigation intérieure, une loi du 3I Mai I924 pour les aéronefs ; pour les dommages de guerre, l'art. 3 de la loi du I7 Avril I9I9. Toutes ces lois ont édicté des incapacités à l'égard des étrangers.

2 - Matière des personnes.

Adoption -Suppression de l'incapacité

En ce qui concerne l'adoption non seulement le législateur n'établit aucune incapacité mais il a pris la peine de dire formellement que l'étranger serait assimilé au Français (art. 345 modifié en I923 et par le Code de la Famille de I939 qui n'a d'ailleurs pas changé le fond du texte.

Le mariage (d.l. du I2 Novembre I938

Puis un décret-loi tout récent a créé une incapacité nouvelle fort grave et unique dans nos annales juridiques, que probablement peu de pays connaissent : c'est le décret-loi du I2 Novembre I938,

Source : BIU Cujas

art. 7 : Il décide que l'étranger qui n'a pas la carte d'identité valable plus d'un an n'a pas la jouissance du droit de se marier sur le territoire français. C'est une incapacité grave qui n'avait jamais existé auparavant. Elle est grave car des travailleurs étrangers peuvent rester des années en France sans avoir la carte d'identité valable plus d'un an ; ils sont donc privés du droit de se marier. C'est une incapacité qu'on ne comprend pas.

Le domicile

En matière de domicile la jurisprudence pendant longtemps a interprété l'art. 102 "le domicile de tout Français....." comme signifiant que l'étranger n'avait pas droit au domicile en France. Aujourd'hui, la question est règlementée par le décret-loi de 1938, art. 1, selon lequel il faut avoir la carte d'identité valable plus d'un an pour avoir le droit au domicile.

Le pseudonyme

Une loi du 10 Février 1942 interdit aux étrangers l'usage en France d'un pseudonyme, notamment pour les articles , dans la carrière littéraire ou théâtrale, l'emploi d'un autre nom que leur nom patronymique. Ceci n'irait pas sans difficulté. Supposons un artiste d'un renom universel , connu à l'étranger sous un pseudonyme, dont une pièce ou la musique devrait être jouée en France, il faudrait mettre son nom véritable sur les affiches, nom que personne ne connaîtrait. Cette loi aurait évidemment des conséquences assez singulières.

Les obligations

En ce qui concerne les obligations, signalons l'art. 3 de la loi sur les accidents du travail qui a frappé les ouvriers étrangers ou leurs héritiers d'une certaine incapacité ; une loi de 1936 sur les délais accordés aux petits commerçants et enfin, la plus grave, la législation des loyers qui a édicté certaines incapacités à l'égard des locataires étrangers ; notamment l'art. 25 du décret-loi qui règle la matière, décret-loi du 10 Septembre 1939 pour les loyers d'habitation et pour les loyers commerciaux (art. 19 de la loi de 1926). L'étranger n'est pas protégé par les lois de la propriété commerciale.

3 - Matière de procédure.

La caution judicatum solvi (Art. 16 C. civ.)

Nous rencontrons ici une incapacité d'une assez grande importance pratique, parce que lourde pour les étrangers, toutes les fois du moins qu'un traité ne les en a pas relevés. Cette incapacité est formulée par l'art.

Source : BIU Cujas

16 du Code civil : l'étranger qui sera demandeur principal ou intervenant sera tenu de donner caution pour le paiement des frais et dommages intérêts du procès. Il s'agit de ce que l'on appelle la caution "judicatum solvi".

Ce texte doit être complété par trois autres textes du Code de procédure, les art. 166, 167 et 192, ce dernier modifié en 1935.

Son origine

La caution judicatum solvi est une institution très ancienne et d'origine coutumière ; elle n'a absolument aucun rapport avec celle qui a existé en droit romain et qui ne lui a donné - comme nous l'avons déjà rencontré dans d'autres hypothèses - que son vocabulaire, son acte de baptême, mais qui repose sur une toute autre origine. La caution judicatum solvi du droit romain est due par le défendeur tandis que la caution judicatum solvi dont nous allonsmaintenant nous occuper avec l'art. 16 est due par le demandeur. L'apport romain est complètement à rejeter ; il n'y a ici qu'un apport coutumier.

La caution judicatum solvi est, primitivement une garantie de solvabilité

Quelle est l'idée ? C'est qu'un demandeur peut introduire un procès quelque peu à la légère. S'il perd son procès, il aura des frais à payer. Or, celui qui vient de l'extérieur pour faire un procès n'offre pas toujours des garanties de solvabilité suffisantes ; il n'a peut-être pas de biens dans le pays où il fait le procès, il peut donc à la légère entamer des instances onéreuses pour les autres et lorsque celles-ci auront mal tourné pour lui, il rentrera dans son pays sans rien payer de ce qu'il doit pour sa témérité. Dans ce cas, le défendeur qui aura gagné le procès gardera toutes les conséquences du procès et les frais resteront à sa charge. Il faut donc garantir au défendeur que celui qui l'actionne offre une certaine solvabilité.

L'idée est extrêmement ancienne ; déjà on la trouve dans des temps très reculés où l'on donnait l'exemple du Warganeus qui plaide contre le Rachimbourg. Comme il n'est pas du même groupe il n'a personne pour répondre de lui. En effet, le Warganeus a pour répondants les membres de son groupe; mais s'il va plaider dans le groupe du Rachimbourg, il n'aura personne pour prendre fait et cause pour lui, c'est-à-dire que personne ne sera son répondant. C'était l'idée initiale qu'il fallait un répondant : le répondant appartient au groupe dont on fait partie.

La caution judicatum solvi a donc été instituée pour parer à ce danger de l'insolvabilité éventuelle du demandeur s'il doit perdre le procès qu'il intente. C'est le droit commun, quand un demandeur est débouté, il est condamné aux dépens,

Source : BIU Cujas

mais il faut que le défendeur ait une action utile contre lui, or, s'il faut que le défendeur aille plaider dans un pays étranger, surtout dans ces époques reculées de l'histoire où c'était une complication et parfois une impossibilité, il y renonçait évidemment.

C'est donc sur cette idée de garantie de solvabilité qu'a reposé l'institution de la caution judicatum solvi pendant très longtemps : garantir le défendeur contre l'étranger, contre celui qui est d'un autre pays et qui vient plaider contre lui. Bodin, plus tard, au XVIème siècle, dans son ouvrage classique de La République, s'exprime ainsi à cet égard : "autrement l'étranger pourrait à son avantage sucer le sang et la moelle des sujets et puis les payer en faillite".

Il fallait que celui qui avait fait à la légère un procès qui n'était pas fondé payât les frais de celui-ci et qu'on lui demandât un certain nombre de garanties pour assurer ce paiement.

Quelles étaient, en conséquence de cette idée, les personnes qui devaient la caution judicatum solvi quand elles faisient le procès ailleurs que chez elles ?

C'étaient les étrangers et nous prenons le terme d'étrangers dans un sens très large, celui qui n'est pas du lieu du procès. Cela visait d'une part l'aubain, qui venait en France faire un procès ; il était frappé de l'incapacité, il fallait qu'il commençât par donner des garanties avant d'entamer le procès. A plus forte raison si le procès avait lieu entre deux aubains parce que le défendeur devait, lui aussi, être protégé contre le demandeur bien qu'il fût un étranger.

L'on avait étendu la caution même aux procès faits par des demandeurs français lorsqu'il s'agissait de ceux que l'on appellerait dans le vocabulaire d'aujourd'hui les Français de l'étranger, c'est-à-dire les Français situés à l'étranger. Par exemple un régnicole, qui n'est pas fixé dans le territoire du royaume, vient faire un procès en France; mais il n'a pas de biens en France, s'il succombe et est condamné aux dépens il faudrait aller le poursuivre dans le pays étranger, recours qui pourrait se heurter à des impossibilités de procédure.

Donc toute personne qui n'était pas du lieu même, du pays du procès, devait garantir le paiement des frais dans le cas où elle succomberait. C'est l'idée historique du Wargaeus qui plaidait contre le Rachimbourg.

Cette idée était également consacrée par le droit canonnique pour les nombreux procès qui se déroulaient devant les juridictions ecclésiastiques et auxquels participaient les clercs. Et le Code de droit canonique actuel, qui remonte à 1917, a conservé dans ses articles 1626 et 1919 cette conception primitive et historique de la garantie contre l'insolvabilité du demandeur ; l'obligation de fournir caution n'est pas une incapacité qui frappe un étranger, mais une garantie de solvabilité exigée du demandeur qui n'est pas du pays du procès.

Source : BIU Cujas

Changement dans la nature de la caution Judicatum solvi : elle devient une incapacité.

Mais comme il arrive souvent, les institutions, à un moment donné, changent d'orientation, tournent court, se développent autrement. C'est ce qui s'est produit pour l'institution de la caution judicatum solvi. On a l'habitude d'en attribuer l'origine à un auteur du XVIème siècle, déjà souvent cité, Bacquet. Il aurait conçu cette obligation de donner des garanties non pas du tout comme une protection contre une insolvabilité éventuelle du demandeur, mais comme une incapacité frappant le demandeur parce qu'il est étranger. Immédiatement, le motif n'est plus le même, le champ d'application de la caution se rétréoit.

Mais l'idée de Bacquet n'a pas triomphé et encore au XVIIIème siècle, il semble que la caution judicatum solvi ait conservé, dans une certaine mesure, les traces de son origine. En tout cas, ce qui est certain et qui échappe à toute discussion, c'est que le Code a pris parti de la façon la plus nette qui soit pour l'idée d'incapacité.

La conception du Code civil

La caution judicatum solvi n'est pas une garantie de solvabilité, c'est une incapacité qui frappe l'étranger à raison de son extranéité. Seul l'étranger doit cette garantie et le national ne la doit plus. Le texte dit "l'étranger" et dans la langue actuelle de l'article, ce terme d'étranger ne peut désigner que l'individu qui possède une nationalité étrangère.

En résumé, cette institution de la caution judicatum solvi s'est détachée à un moment donné de son rameau historique pour prendre une autre orientation. De garantie de solvabilité qu'elle était, elle va devenir une incapacité à l'égard de l'étranger. A l'étranger on dira : vous n'aurez pas le droit de plaider comme les autres parce que vous êtes étranger ; vous serez astreints à des garanties plus spéciales.

Voyons maintenant les conditions de cette caution et les effets qu'elle produit.

Conditions de la caution

La caution judicatum solvi est due par tout demandeur par cela seul qu'il est un étranger, sauf s'il peut invoquer un traité diplomatique.

Exclusion par les traités

Il y en a un assez grand nombre. Il y a d'abord une union signée à la Haye en 1896 et modifiée en 1905, qui groupe un assez grand nombre de pays d'Europe et qui relève les nationaux des Etats signataires de toute incapacité quant à la caution judicatum solvi. Il existe en outre de nombreux accords bila-

Source : BIU Cujas

téraux de la France. Avant de savoir si un étranger devra ou non cette caution, il faut commencer par se renseigner pour savoir si, en raison de sa nationalité, il ne peut pas bénéficier d'un traité qui le relève de cette incapacité.

Voyons maintenant quels sont exactement ceux qui doivent cette caution judicatum solvi, ensuite ceux qui peuvent l'exiger.

Qui doit la caution ? Toute personne étrangère physique...

Qui la doit ? Aux termes de l'art. 16 tout individu qui n'est pas Français, c'est-à-dire quiconque possède une nationalité étrangère, quiconque même n'en possède aucune. L'apatride est un étranger, nous l'avons déjà vu plus d'une fois. Donc la nationalité importe peu, il faut seulement être étranger.

..... ou morale

Cette incapacité vise d'abord les personnes physiques et elle vise tout autant - et il le faut bien car dans la vie moderne on agit énormément sous la forme collective - les personnes morales. Il n'est pas admissible qu'une personne morale étrangère soit relevée des incapacités qui frappent les personnes physiques ; quand une incapacité frappe les personnes physiques, elle doit frapper tout aussi bien les personnes morales. Dès lors toute personne morale étrangère demanderesse dans un procès devra la caution judicatum solvi.

Les Etats étrangers sont tenus à la caution

La jurisprudence, très sévèrement, a étendu cela sans aucune exception, sans aucune nuance même, à toutes les personnes morales étrangères, y compris les Etats. Les Etats sont certes solvables lorsqu'ils font un procès. Quel que soit l'état de leur trésorerie, de leur budget, ils sont toujours assez solvables pour payer les quelques frais d'un procès. Mais il ne s'agit pas d'une question de solvabilité. D'ailleurs tous les Etats, quels qu'ils soient, sont toujours plus prompts à encaisser qu'à payer lorsqu'ils ont été condamnés et le malheureux défendeur français ayant gagné un procès qu'un Etat étranger a engagé à la légère contre lui est dans une situation très difficile ; il faut qu'il aille faire un procès dans le pays étranger, il se heurtera aux règles du contentieux administratif, à beaucoup de difficultés, il y renoncera certainement car cela lui couterait plus cher que la somme qui lui est due. Aussi la jurisprudence décide que même les Etats étrangers, à moins qu'il n'existe un traité, sont frappés de cette incapacité et doivent fournir la caution judicatum solvi. Mais cette solution pose un problème relié à un ordre d'idée que nous avons déjà rencontré : que faut-il entendre par une personne morale étrangère ?

Source : BIU Cujas

Définition de la notion de personnes morales étrangères

Il y a deux façons de répondre : la façon classique et la façon moderne.

1°- La façon classique consiste à dire : la personne morale étrangère est celle qui a son siège en pays étranger, qui a été créée à l'étranger, qui tient de la loi étrangère sa vie juridique.

Cette conception est conforme au système classique que nous avons vu précédemment concernant l'allégeance d'une personne morale étrangère. Inversement, une personne morale qui a reçu la personnalité morale de la loi française, qui a son siège en France n'est pas une personne étrangère dans le système classique. Donc seules les personnes morales créées à l'étranger doivent la caution judicatum solvi tandis que les personnes morales créées en France ne la doivent pas dans le système classique.

Ce système a un double inconvénient. Le premier est qu'une société peut être constituée en France uniquement par des étrangers et que ces étrangers, quand ils ont constitué une société, sont relevés de cette incapacité pour les procès qu'ils feront, bien qu'ils soient eux-mêmes étrangers, parce qu'ils se sont servis du paravent de la personnalité morale. D'autre part, une société constituée par des Français à l'étranger, c'est-à-dire par des nationaux, sera considérée comme étrangère parce qu'elle a reçu la personnalité morale à l'étranger. Les deux conséquences sont aussi inopportunes l'une que qu'autre : la première parce qu'elle accorde à des étrangers un droit dont ils n'ont pas la jouissance ; la deuxième parce qu'elle frappe d'une incapacité des Français, c'est-à-dire des individus qui ne doivent pas la subir.

2°- Le système moderne du contrôle évite ce double inconvénient. Au point de vue de la jouissance des droits, sera étrangère toute personne morale contrôlée par des étrangers sans s'occuper du pays où elle a son siège. La société constituée à l'étranger par des Français sera une société d'allégeance politique française, elle ne devra pas la caution. Mais la société constituée en France par des étrangers, contrôlée par des étrangers sera une société d'allégeance politique étrangère et devra la caution judicatum solvi.

Jusqu'ici il n'y a pas encore de jurisprudence qui se soit prononcée sur l'extension de la notion du contrôle des personnes morales en matière de caution judicatum solvi, mais la logique - c'est ce qu'on a fait pour la propriété commerciale notamment - veut qu'on décide également qu'une société a l'allégeance politique du pays de son contrôle.

Reproduction interdite

Source : BIU Cujas

t Il y a là, dans une matière un peu voisine, mais il n y a aucune raison pour qu'on ait statué dans ce domaine autrement qu'on ne le ferait pour les sociétés dans le domaine des associations, un jugement remontant à quelques années, qui a décidé qu'une association constituée en France par des éléments étrangers n'avait pas l'allégeance politique française et par conséquent était frappée des incapacités des étrangers. Ce que l'on a décidé pour les associations doit l'être tout autant pour les sociétés.

Qui peut exiger la caution ? Le défendeur étranger

Qui peut exiger la caution judicatum solvi ? la caution judicatum solvi peut être exigée et ne peut être exigée que par le défendeur on voit la différence avec le Droit romain - et par le défendeur français C'est un bénéfice de l'allégeance politique française de pouvoir dire au demandeur étranger , vous n'avez pas le droit de m'actionner sans me donner un certain nombre de garanties.

Qualité que doit avoir le défendeur

Quelle doit être la qualité de l'étranger dans le procès pour qu'il doive la caution judicatum solvi ? Il faut qu'il soit demandeur principal ou - ce qui revient au même au point de vue procédural - demandeur reconventionnel.

Supposons un procès dans lequel l'étranger soit défendeur - en divorce par exemple -, puis fasse une demande reconventionnelle. La demande reconventionnelle est une demande ; donc le défendeur ne devra pas la caution pour la demande qui est faite contre lui mais il doit la caution pour la demande reconventionnelle qu'il intente contre son adversaire.

De même, doit la caution l'intervenant au cours d'un procès, parce que l'intervention est une demande . Une personne peut intervenir dans un procès qui ne lui est pas intenté si elle y a un certain intérêt, pour garantir ses droits. L'intervenant est un demandeur, il devra donc la caution judicatum solvi

Mais celui qui a triomphé en première instance et qui est défendeur en appel n'est plus considéré comme un demandeur. Supposons que le demandeur étranger ait triomphé en première instance, et qu'il soit intimé en appel : il n'est plus demandeur en appel, il ne doit plus la caution judicatum solvi pour l'instance d'appel.

Devant quelles juridictions la caution est exigée

Quelles sont les juridictions devant lesquelles la caution peut être exigée ? Le Code civil était moins strict que la rédaction actuelle de l art 16 D'après l article 16 du Code civil dans sa rédaction primitive, la caution judicatum solvi était due en toute

Source : BIU Cujas

matière autre que celle du commerce. On avait donc fait une distinction entre la matière civile et la matière commerciale. Le commerce étant une faculté de droit des gens, l'étranger n'était frappé d'aucune incapacité à cet égard. Ce membre de phrase de l'art. 16 a disparu lors de la réforme de 1896. On a donc renforcé la sévérité. C'est assez grave parce que c'est en matière commerciale que se déroulent le plus grand nombre de procès intentés devant le tribunal de commerce par les étrangers et les sociétés étrangères. Aujourd'hui l'étranger demandeur doit la caution judicatum solvi en matière civile et en matière commerciale alors qu'autrefois il ne la devait pas en matière commerciale.

Possibilité de renoncer à la caution

Enfin, dernière observation en ce qui concerne les conditions de cette caution quant à la façon dont elle est exigée. La caution judicatum solvi n'est pas une institution d'ordre public et un droit que l'on impose au défendeur. Et ici nous trouvons un trait qui n'est pas dans la logique actuelle de l'institution mais qui s'explique par un reliquat de l'histoire primitive de l'institution. La caution judicatum solvi se ressent un peu de son origine coutumière, qui était une garantie à donner au défendeur. Si, en effet, elle était une incapacité elle devrait être impérative. Il n'appartient pas à un Français de décider qu'un étranger sera ou non frappé d'une incapacité de jouissance des droits, c'est une question politique qui dépend du législateur. Or, ici l'exigence de la caution dépend du défendeur, c'est un dernier vestige de l'époque où c'était une garantie donnée au défendeur dans son intérêt contre l'insolvabilité possible du demandeur. Le défendeur pouvait dire au demandeur : je ne réclame pas la caution, j'ai confiance en vous. Si donc elle était restée ce qu'elle était à l'origine, ce serait logique, mais en raison de ce qu'elle est devenue depuis - incapacité des étrangers - c'est tout à fait illogique.

Mais le texte est formel. Il faut se reporter aux art. 166, 167 et 192 du Code de procédure. Il dépend du défendeur seul de l'exiger ou de ne pas l'exiger. Il ne l'exige pas s'il a confiance dans le demandeur et dans sa solvabilité; il ne l'exige pas si par négligence il a omis de le faire, il pourra s'en repentir après mais il sera trop tard.

Ordre dans lequel s'oppose l'exception de caution judicatum solvi

D'autre part, l'exception de caution judicatum solvi aux termes de l'art. 192 (modifié par le décret-loi du 3 Octobre 1935) est la première dans l'ordre des exceptions. Il existe en effet un ordre dans lequel les exceptions doivent être soulevées in limine litis, c'est-à-dire au début même du procès avant que le procès ne soit lié. Or, l'exception de caution

Source : BIU Cujas

judicatum solvi, dit notre texte (al. 2) "doit être présentée en premier lieu". C'est la première défense du défendeur : s'il a argué d'autre chose avant, il est trop tard, il est forclos. Cette règle montre à quel point on est strict vis à vis du défendeur et comment cette incapacité de caractère politique est devenue une simple question d'intérêt privé de procédure liée à des règles tout à fait habituelles. Aussi plus d'une fois les défendeurs se sont-ils laissé prendre par suite d'un oubli, d'une négligence, d'une erreur de leur conseil qui par exemple commence par soulever l'exception d'incompétence et qui, ayant été débouté sur l'exception d'incompétence, dit alors : "nous soulevons l'exception de caution". Trop tard ! Il faut commencer par l'exception de caution judicatum solvi, c'est la première que l'on puisse et que l'on doive soulever. On sera forclos quel que soit l'inconvénient qui en résulte.

L'art. 166 C. pr. ne fait guère que répéter l'art. 16 du Code civil "les étrangers demandeurs principaux ou intervenants ..." - le mot intervenant est ici ajouté alors qu'il ne figure pas dans l'art. 16, C. civ. - "seront tenus, si le défendeur le requiert ...", ce qui montre bien que ce n'est pas une incapacité politique - "avant toute exception de fournir caution de payer les frais et dommages intérêts auxquels ils pourraient être condamnés"

Effets de l'exception de caution judicatum solvi

B - Quels sont maintenant les effets de cette exception quand le défendeur l'a soulevée comme il le fallait ?

Deux questions se posent : quelle est l'étendue des créances à garantir, et quelle est la forme de la garantie à donner par le demandeur ?

Les créances garanties

Quelles sont les créances à garantir?

Ici il y a une certaine différence de rédaction entre l'art. 16 du Code civil et l'art. 166 du Code de procédure. L'art. 16 dit : "l'étranger sera tenu de donner une caution pour le paiement des frais et dommages-intérêts résultant du procès". L'art. 166 du Code de procédure dit : "pour les frais et dommages-intérêts résultant du procès auquel il pourrait être condamné". Cette deuxième formule est infiniment plus large. La première vise les frais et dommages-intérêts relatifs au procès et la deuxième vise la condamnation sur le fond même de l'affaire. Supposons par exemple une action intentée, en 200 ou 300.000 frs. de dommages-intérêts, d'après l'art. 166 la caution devrait comprendre cette somme, tandis que la première formule ne vise que les dommages-intérêts auxquels le demandeur aurait été condamné pour avoir fait le procès, d'après la théorie de l'abus

Source : BIU Cujas

de droit. Le plaideur qui, de mauvaise foi, fait un procès peut être condamné à des dommages-intérêts à raison de l'abus de son droit, mais cela n'a aucun rapport avec le fond même du procès. La deuxième formule est donc infiniment plus large, du point de vue procédural, que la première.

L'art. I6 est ici le texte principal. D'ailleurs on ne concevrait pas et il serait absurde, que le demandeur étranger dût fournir une caution pour les dommages-intérêts à intervenir sur le fond. En effet s'il est débouté, ces dommages-intérêts sur le fond ne seront prononcés à la charge de personne, et s'il gagne, c'est son adversaire qui les subira. Les seuls dommages-intérêts qui soient à envisager sont ceux pour abus de droit de citation.

Les créances garanties sont pratiquement ce que l'on appelle les dépens et d'autre part, les condamnations aux dommages-intérêts pour action abusive.

Ajoutons immédiatement (art. I67 C. Pr. civ.) que lorsque le défendeur a excipé de la caution judicatum solvi le tribunal doit rendre un jugement par lequel il condamne le demandeur à fournir la caution. "Le jugement qui ordonnera la caution fixera la somme jusqu'à concurrence de laquelle elle sera fournie". Ce n'est pas une somme objective ; elle varie avec chaque procès, c'est au tribunal à la fixer. Le tribunal fait une appréciation d'après l'intérêt du litige, du montant des dépens et du montant des dommages-intérêts - les dommages intérêts seront d'ailleurs très rares et pratiquement il n'y aura que les dépens - et indique quel sera le montant de la caution. Ce montant peut être très élevé ; on a vu le tribunal de commerce de la Seine condamner une société étrangère à une caution très élevée dans une affaire très importante. Ce n'est donc pas une chose anodine que l'exception de caution judicatum solvi ; elle peut parfois gêner considérablement un plaideur à moins qu'il n'ait une trésorerie assez soutenue.

Comment la garantie est fournie - Le principe

En quelle forme la garantie sera-t-elle donnée ? La garantie sera donnée nous dit l'art. I6, de la façon suivante : "il devra fournir une caution....." Quelle est cette caution ? Il ne faut pas confondre caution avec cautionnement avec le dépôt d'une somme d'argent. Lorsque l'art. I6 dit "fournir une caution", il s'agit de la caution du droit civil, c'est-à-dire qu'il faut présenter un répondant solvable qui cautionnera l'étranger, qui sera sa caution et qui garantira le paiement des frais, des dépens du procès jusqu'à concurrence de la somme qui aura été fixée par le tribunal. La caution n'est donc pas en principe une somme à déposer, c'est une personne qui accepte de garantir la solvabilité du demandeur.

Source : BIU Cujas

Les tempéraments

Cependant il y a des exceptions et d'autres formes complémentaires qui sont les suivantes si le demandeur possède en France des immeubles d'une valeur suffisante pour assurer le paiement - et ici l'institution se ressent de l'ancienne idée d'insolvabilité, ce qui fait que la caution est une institution hybride qui a conservé dans certaines manifestations sa signification primitive de garantie contre l'insolvabilité il pourra le faire valoir devant le tribunal et le tribunal décidera que tel ou tel immeuble que le demandeur possède en France suffit à assurer l'équivalent de la caution judicatum solvi. Mais ces immeubles ne seront pas frappés d'indisponibilité car aucun texte ne l'a dit. Ils ne seront frappés, en particulier, d'aucune hypothèque. Le fait que l'étranger a des immeubles en France sera considéré comme suffisant, alors que peut-être ils sont déjà grevés. Ce sera à l'adversaire à faire observer par exemple : "le demandeur possède des immeubles, mais ils sont grevés, la garantie n'est pas suffisante" La formule de la loi : "à moins qu'il ne possède en France des immeubles d'une valeur suffisante pour assurer le paiement" est assez large pour assurer la liberté d'interprétation au tribunal.

Il faut compléter l'art. 16 du Code civil par l'art. 167 du Code de procédure qui dit, après avoir repris la formule du Code "le demandeur qui consignera cette somme..." Ici le demandeur va verser entre les mains d'un séquestre la somme ; il n'aura pas besoin de fournir de caution, cette garantie sera suffisante pour les frais du procès.

Enfin il y a une troisième garantie qui n'est pas indiquée dans le texte mais qui résulte des règles du cautionnement dans le cas où il y a une caution : cette caution désignée et acceptée, si elle n'est pas solvable si elle n'a pas des fonds suffisants, peut être remplacée par un nantissement.

Art. 2041 - "Celui qui ne peut pas trouver une caution est reçu à donner à sa place un gage ou nantissement suffisant".

Le demandeur pourra donc donner en gage des objets mobiliers ou, le cas échéant, hypothèquer certains biens comme des navires, etc..., Ces objets mobiliers seront frappés d'un droit réel au profit du défendeur.

Donc, le principe de la caution judicatum solvi, c'est la caution du droit civil, c'est-à-dire une personne qui garantit le paiement pour le cas où le demandeur ne le ferait pas - il aura d'ailleurs le bénéfice de discussion et de division -. Puis trois formes complémentaires : déposer une somme d'argent à concurrence du montant fixé par le tribunal ou bien prouver que l'on a suffisamment d'immeubles en France ; ou bien si l'on n'a pas pu trouver de caution, donner un nantissement si

Source : BIU Cujas

l'on en a par exemple des marchandises qui sont dans un magasin général - on peut warranter des marchandises qui garantiront suffisamment le défendeur.

Cette incapacité qui oblige le demandeur à fournir la caution judicatum solvi, serait très lourde si elle n'était supprimée pour beaucoup d'étrangers, par des traités diplomatiques Mais il y avait encore à la veille de la dernière guerre, des pays importants avec lesquels les transactions commerciales étaient nombreuses et dont les ressortissants n'étaient pas relevés de l'incapacité de fournir la caution judicatum solvi.

Section II

Comment peut-on jouir des droits privés, élevés au rang de droits civils ?

Nous distinguerons deux hypothèses :
I°- Cas d'absence de traité diplomatique,
2°- Cas où il existe un traité diplomatique.

§ I - Cas d'absence de traité diplomatique.

Article I3 Code civil

Sous l'empire du Code et jusqu'à la loi de I927, la question était résolue par un texte de principe, l'art. I3 C. civ., aujourd'hui abrogé. Aux termes de ce texte l'étranger, qui avait été admis à domicile par un décret avait la jouissance des droits civils. Donc, toutes les fois qu'un droit était, en vertu de l'interprétation de l'art. II ou d'un texte formel, considéré comme un droit civil, c'est-à-dire comme un droit privé refusé à l'étranger, l'étranger admis à domicile en avait par là même la jouissance. Mais à la veille de l'abrogation de ce texte, il n'y avait presque plus d'admis à domicile en France, de sorte que pratiquement il n'y avait pas d'étrangers qui pouvaient se prévaloir de ce procédé pour être relevés de l'incapacité.

Quel est le régime actuel, l'art. I3 ayant été abrogé par la loi de I927 ? Deux hypothèses doivent être distinguées

Application de l'article II

Ière hypothèse : la loi refuse à un étranger la jouissance d'un certain droit privé, mais elle ne fait rien de plus. Alors à quelles conditions l'étranger pourra-t-il en avoir la jouissance ?

Source : BIU Cujas

à la condition du droit commun, c'est-à-dire qu'il ne reste plus que l'art. II du Code civil, qui suppose l'existence d'un traité diplomatique. Autrefois, il y avait l'art. I3 (admission à domicile) et l'art. II (réciprocité diplomatique). L'art. I3 étant abrogé, il ne reste plus que l'art. II.

Les étrangers relevés de l'incapacité sont donc ceux qui peuvent invoquer un traité diplomatique.

Régimes spéciaux

2ème hypothèse qui est la plus fréquente aujourd'hui et qui est aussi la solution normale : la loi qui refuse un droit à l'étranger dit également à quelles conditions il pourra en jouir le cas échéant. Il n'y a qu'à consulter cette loi pour savoir ce qu'elle décide. Nous prendrons un ou deux exemples qui ne sont pas limitatifs :

La loi sur la propriété commerciale du 30 Mai I926 refuse la jouissance de ce droit aux étrangers, elle ajoute immédiatement : à moins de réciprocité législative. Il n'y a donc qu'à se subordonner à la condition précisée par cette loi.

D'autres lois, comme les lois sur les locaux d'habitation notamment le dernier décret-loi de I939, tout en refusant le bénéfice d'une partie de leurs dispositions aux étrangers indiquent quels seront ceux qui pourront s'en prévaloir. Ce sont d'une part, les étrangers qui ont fait à la France des prestations de caractère militaire, ils seront relevés de cette incapacité édictée par la législation des locaux d'habitation et des baux à ferme. Et également une loi toute récente, la loi du 28 Mai I943, décide dans son art. I : "nonobstant toutes dispositions restrictives des lois, tout étranger possède en France la jouissance du droit aux avantages des lois sur les baux à loyer et sur les baux à ferme s'il existe la réciprocité législative".

Cette loi du 28 Mai I943 met un terme à d'innombrables controverses auxquelles cette législation a donné lieu depuis 20 ans. Il suffit aujourd'hui que dans le pays de l'étranger le Français ait droit aux mêmes bénéfices de la législation des loyers, si elle existe, il suffit qu'il y ait réciprocité législative pour que les étrangers de ce pays s'en prévalent en France. La réciprocité législative implique une condition sévère, l'identité des législations. Il ne suffit pas que l'étranger vienne dire "dans mon pays il existe une législation sur les loyers, et les étrangers sont assimilés aux nationaux". "Ce n'est pas suffisant, répondrons-nous, nous voulons savoir quels sont exactement les droits qui résultent de cette législation et nous ne nous en donnerons pas davantage en France". C'est le système de la réciprocité trait pour trait. Si par exemple la loi étrangère ne donne aucune prorogation au locataire, même national, l'étranger de ce pays ne peut pas en demander le bénéfice car il n'y a pas réciprocité.

Source : BIU Cujas

§ 2 - Cas d'existence d'un traité diplomatique.

Il y a deux formes de réciprocité diplomatique. Le premier type, le plus strict est celui de l'art. II; La deuxième forme de réciprocité, la plus moderne, la plus répandue, est celle des autres traités diplomatiques.

Traités du type de l'art. II du Code civil.

Réciprocité quant à la jouissance et à l'exercice du droit

C'est une réciprocité qui doit exister sur le double terrain de la jouissance des droits et de leur exercice. Elle implique donc que, par un traité, nous ayons dans le pays de ces étrangers la jouissance du droit en question - soit du droit en général, soit de tel droit en particulier - et en outre que la loi du pays étranger organise le même droit, c'est-à-dire qu'il y ait identité entre la législation étrangère et la nôtre. La loi du 28 Mai 1945 n'est relative qu'aux loyers ; pour tous les droits autres que les loyers d'habitation on rentre dans le droit commun de l'art. II. Il faut un traité diplomatique d'une part et que ce traité diplomatique, s'il est du type de l'art. II, soit accompagné de l'identité des deux législations : réciprocité trait pour trait.

Mais en fait il n'y a peut-être plus aujourd'hui un seul traité du type de l'art. II du Code civil. L'art. II du Code en effet, par cette double exigence, va trop loin. S'il faut que la législation étrangère soit identique à la nôtre, pratiquement on n'aboutira pas facilement à donner des droits aux étrangers parce qu'il n'est pas possible que les pays aient la même législation.

D'autre part, on a cru pendant longtemps - c'est une idée assez répandue - que lorsque le gouvernement signait les traités diplomatiques pour accorder aux étrangers les droits dont la jouissance leur était refusée, il était tenu de se conformer à la règle de l'art. II, c'est-à-dire à la réciprocité stricte portant à la fois sur la jouissance du droit et sur l'exercice de celui-ci. Mais c'était une idée fausse :le législateur ne peut pas donner d'ordre au gouvernement qui négocie les traités. Celui-ci a le droit par traité de stipuler les dispositions qui lui paraissent les meilleures. L'art. II n'étant qu'une disposition législative ordinaire n'a donc aucune valeur, ni pour le législateur lui-même s'il fait une loi, ni pour les auteurs d'un traité qui peuvent toujours, dans un traité diplomatique passé en bonne et due forme, aller à l'encontre d'une loi antérieure. Le gouvernement peut donc faire un traité

Source : BIU Cujas

comme il le veut pourvu qu'il le fasse dans les formes régulières les traités nouveaux modifient les lois antérieures, c'est le droit commun. Mais c'était une idée courant que l'on ne pouvait pas déroger à l'art. II

Bref, le gouvernement est entièrement libre - et il ne s'est pas privé d'user de cette liberté - de négocier des traités qui ne répondent nullement à la formule de l'art. II du Code. Et en fait, aujourd'hui les nombreux traités de la France dérogent tous - il n'y en a pas un seul aujourd'hui de la formule de l'art. II, à l'art. II.

Types de traités dérogeant à l'art. II

Procédé de l'énumération des droits accordés

Quels sont les types de ces traités ? On peut les ramener à trois types généraux. Les uns énumèrent des droits en disant formellement "les ressortissants des Etats respectifs jouiront chacun sur le territoire de l'autre de tel droit". Ainsi le traité franco-italien du 3 Juin 1930 énumère un certain nombre de droits accordés aux étrangers.

Clause de l'assimilation aux nationaux

D'autres traités contiennent une formule plus large mais moins pratique en un certain sens parce qu'elle accorde beaucoup d'avantages sans contrepartie; c'est la clause de l'assimilation aux nationaux. Les étrangers de tels pays seront en France traités comme des nationaux et réciproquement, les Français seront dans ce pays traités comme des nationaux. Mais cela ne veut pas dire qu'ils auront les mêmes avantages que dans leur pays ; ils pourront simplement se prévaloir du traitement des nationaux. De ce type est le traité franco-roumain du 29 Août 1930 ; les ressortissants roumains en France et les ressortissants français en Roumanie jouiront du même traitement que les nationaux de chacun des deux pays.

La clause de la nation la plus favorisée

Enfin, une troisième clause était assez pratiquée dans les dernières années. Elle est particulièrement dangereuse, mais elle est exigée par les rivalités entre Etats, c'est la clause de la nation la plus favorisée. Les ressortissants des Etats respectifs pourront invoquer le traitement dont se peuvent prévaloir les ressortissants de la nation qui est la plus favorisée par un traité diplomatique. Par exemple, le traité franco-italien du 3 Mai 1930 décide : "le traitement des ressortissants de chaque pays ne pourra dans aucun cas être inférieur à celui qui est reconnu aux ressortissants de tout autre Etat".

Appendice: la loi du 28 Mai 1943

Nous terminerons cette rapide revue des traités en attirant l'attention, en raison de sa nouveauté, sur la loi du 28

Source : BIU Cujas

Mai 1943, art 2. Cette loi qui est sans précédent dans notre histoire législative des traités, est venue interpréter unilatéralement l'ensemble des traités diplomatiques de la France en ce qui concerne la matière des baux à ferme et des baux d'habitation.

La loi interprétative des traités diplomatiques du 28 Mai 1943, art 2

Art. 2 : "Sont considérés comme dispensant de la réciprocité législative prévue à l'art. 1, les traités diplomatiques qui admettent directement ou indirectement (indirectement, c'est la clause de la nation la plus favorisée) l'assimilation de l'étranger au national dans le domaine soit des droits civils en général, ou au moins dans celui régi par la loi dont l'application est revendiquée", c'est-à-dire par la loi sur les baux à ferme ou les baux d'habitation.

La particularité de ce texte est qu'en effet pour la première fois et d'une manière générale, une clause d'interprétation des traités figure dans une loi. Elle appelle diverses observations. On peut faire une première observation au point de vue formel. Jusqu'ici quand les interprétations de traités diplomatiques intervenaient elles étaient limitées à un traité déterminé et c'était le gouvernement qui faisait cette interprétation. Ici l'interprétation est donnée une fois pour toutes pour tous les traités diplomatiques de la France passés ou à venir. On dit : toutes les fois que dans un traité il y aura une clause d'assimilation aux nationaux les étrangers de ces pays pourront s'en prévaloir pour invoquer la jouissance du droit à la législation sur les baux d'habitation et les baux à ferme. L'assimilation aux nationaux nonobstant toutes dispositions contraires des lois, vaut jouissance du droit à cette législation.

Il fallait une volonté législative pour imposer cette solution parce que la jurisprudence dans les vingt dernières années avait décidé que les traités d'assimilation aux nationaux ne relevaient pas les étrangers des incapacités qui les frappaient en ce qui concerne les baux d'habitation et les baux à ferme. Il y a eu là une interprétation impérative dans une loi.

Autre observation. C'est la première fois qu'un traité diplomatique est interprété par une loi. Jusqu'ici, cette interprétation était toujours faite par le gouvernement négociateur de ce traité. On conçoit que le Parlement vote une loi interprétative parce qu'il vote la loi ; mais puisque c'est le gouvernement qui négocie un traité c'est lui qui doit l'interpréter. Le procédé est assez inhabituel. Mais il s'explique peut-être par les considérations actuelles. En temps normal il y a deux pouvoirs, le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif ; actuellement ils sont confondus dans la même main en sorte que l'acte est en réalité un acte du pouvoir exécutif qui a pris la forme

Source : BIU Cujas

d'une loi, ce qui lui donne plus d'autorité et brise toutes l résistances, notamment celle desmilieux judiciaires. On ne po ra plus, au cours d'un procès, venir discuter, il y a une loi Le juge en France, quelque inopportune que soit l'interprétat d'un traité par une loi, n'étant pas juge de la constitutionn lité d'une loi, est obligé d'obéir à une loi formelle. Et celle-là est aussi formelle que possible. Le juge soit donc désormais, depuis cette loi de 1943, toutes les fois qu'il y un traité assimilant les étrangers aux nationaux, considérer qu'ils ont la jouissance des avantages de la loi sur les baux d'habitation et les baux à ferme.

Si l'on voulait faire une comparaison avec un contrat qui serait signé entre particuliers, cette loi correspondrait à l'ordre que donne le directeur d'une société qui a signé un co trat, à tout son personnel. La direction lui inspire une certa interprétation des obligations issues du contrat.

Remarque terminologique

Il y a lieu de signaler un point de vocabulaire. En droit français tradi tionnellement, nous distinguons entre les droits privés ceux qui sont des facultés de droit civil et ceux qui sont des facultés de droit des gens. Les étrangers ne jouissent pas des premières, ils jouissent au contraire des secondes. C'est un langage historiquement français, derrière lequel nous mettons des choses très précises mais ce n'est pas un vocabulaire commun à l'ensemble des nations. Il ne faut donc pas croire que dans les traités diplomatiques on en retrouvera l'écho. Quand nous faisons un traité avec un Etat étranger, celui-ci, bien souvent, ne tient pas compte de ces expressions parce que l'Etat étranger ne les pratique pas.

Quand on étudie les traités et qu'on relève les droits qui y sont mentionnés, on constate qu'ils accordent souvent formellement aux étrangers des droits qui ne leur ont jamais été refusés en France, à côté de certains dont ils ne jouissent pas. Pourquoi cela ? Parce que l'Etat étranger va dire : je ne m'occupe pas de votre distinction entre les facultés de droit civil et les facultés de droit des gens , je veux être certain que mes nationaux jouiront dans votre pays de tel ou tel droit nous allons les énumérer. Et quelquefois dans un traité de plusieurs articles il y en aura certains qui n'auront aucun intérêt pratique en France parce que ces droits auront toujours été accordés aux étrangers en France. Il ne faut pas croire donc qu'il fallait nécessairement un traité pour que les étrangers aient la jouissance de tous les droits mentionnés dans ce traité. Mais un traité diplomatique est un contrat et l'autre Etat a toujours le droit de dire : je veux que vous m'accordiez tel et tel droit et qu'on les mentionne dans le traité. Le traité diplomatique énumère donc beaucoup de droits qui ont toujours été accordés aux étrangers.

Source : BIU Cujas

Titre II

LES PERSONNES MORALES

Gravité du problème

Pour les personnes morales, le problème de la jouissance des droits présente un intérêt en quelque sorte renforcé pour les deux raisons suivantes : d'abord le développement de l'activité des individus sous la forme collective à l'époque moderne ; on agit beaucoup plus par la voie sociale que par la voie individuelle. Et en second lieu, les difficultés sont renforcées par le fait que les individus se dissimulent de plus en plus derrière des activités anonymes et collectives. Cela donne donc au problème des personnes morales à certains égards, une gravité, une importance que n'a pas celui des droits accordés aux personnes physiques.

Quelle est la nature du problème de la jouissance des droits pour les personnes morales ? C'est une problème politique pour les individus, et il ne peut pas changer de nature pour les personnes morales, car il y a derrière les personnes morales des individus. Cela reste donc toujours le même problème politique.

Différences entre la condition des personnes physiques et des personnes morales

Quelles sont les conséquences de ce fait que les personnes morales agissent tout de même autrement que les individus, ne sont pas elles-même des êtres vivants, des êtres de chair et d'os? Il y a deux conséquences. D'abord que certains problèmes ne peuvent pas se poser pour elles ; c'est le problème des libertés politiques. Elles ne sont pas éligibles, elles n'ont pas de droits politiques en droit interne. Le problème des droits dits politiques, ne se présente donc pas à l'égard des sociétés étrangères.

Voilà maintenant des difficultés qui n'existent que pour les personnes morales. Il y a certains problèmes qui découlent de la notion même de personnalité morale, d'où des difficultés supplémentaires que nous allons rencontrer comme le problème de la reconnaissance internationale de cette personnalité problème qui n'existe pas pour les personnes physiques.

Source : BIU Cujas

Seront étudiées dans deux sections :
- Les libertés publiques,
- Les libertés privées.

Section I

Les libertés publiques

Position du problème

Le problème ici va également se simplifier à certains égards et se compliquer à d'autres.

Pour les personnes physiques, il y a trois questions : l'accès, le séjour et l'établissement. Pour une personne morale il n'y a pas de problème d'accès, une personne morale n'est pas un être vivant qui arrive, qui part, qui circule. Il n'y a pas non plus de problème de séjour pour une personne morale ; il n'y a donc qu'un seul problème mais qui est très grave pour elle c'est le problème de l'établissement en France.

Il pose deux questions : l'une qui, particulièrement grave n'existe que pour les personnes morales, que nous examinerons dans un § 1, problème que l'on qualifie d'habitude "reconnaissance internationale des personnes morales", mais qu'il vaut mieux qualifier : "problème de la jouissance du droit à la personnalité morale".

L'autre question que nous examinerons dans un § 2 est celle-ci : dans quelles conditions les personnes morales étrangères peuvent-elles exercer en France leurs diverses activités ?

§ 1 - Problème de la jouissance du droit à la personnalité morale.

Pourquoi le problème se pose

Pourquoi ce problème se pose-t-il pour les personnes morales alors que nous ne l'avons pas rencontré pour les personnes physiques ? Parce que pour les personnes physiques - l'esclavage ayant disparu - la personnalité morale de l'individu, c'est-à-dire son aptitude à être sujet de droit, est inhérente à sa personnalité physique. Cela n'était pas vrai dans l'Antiquité où l'esclave n'avait qu'une personnalité physique et non une personnalité juridique ; mais depuis longtemps il est admis que tout être humain est sujet de droit.

Source : BIU Cujas

et ne peut pas être privé de cette faculté, la mort civile ayant disparu

Ce problème existe au contraire pour les personnes morales à raison de la notion même de personnalité morale dont il convient de déterminer la valeur internationale.

Quelles sont d'abord les personnes morales à propos desquelles le problème se présente ?

Personnes morales au sujet desquelles le problème se pose

Il concerne et il ne concerne que les personnes morales créées hors de France. Il ne peut pas concerner les personnes morales créées en France parce qu'il va de soi que si une société s'est constituée et existe en France, elle a la personnalité morale en France ; c'est une question de bon sens. Du moment que notre loi déclare valable une personne morale celle-ci jouit de sa personnalité. Le problème ne peut se poser que pour une personne morale créée hors de France et à laquelle une loi étrangère a donné la personnalité juridique : peut-elle se prévaloir en France de la personnalité juridique qui lui a été donnée dans un autre pays ? Est-elle en France un sujet de droit ?

Si c'était une personne physique le problème n'existerait même pas. On ne conteste pas l'universalisme de la personnalité juridique des individus ; mais en ce qui concerne la personnalité morale qu'une loi a concédée, on peut se poser la question de savoir si elle s'arrête aux frontières de l'Etat étranger ou si on pourra s'en prévaloir sur notre territoire.

Comment résoudre ce problème de la jouissance du droit à la personnalité morale ? Examinons-le d'abord en doctrine et ensuite nous verrons comment il s'est présenté et a été résolu en droit positif français.

A - D'abord le problème en doctrine - Doit-on reconnaître en France la personnalité morale créée hors de France ?

Nous allons voir tout d'abord comment dans l'opinion la plus classique, la question a été généralement traitée et ensuite nous l'aborderons à la lumière d'idées différentes tirées de l'aspect politique du problème.

La doctrine classique

Comment a-t-on généralement envisagé cette question ? On l'a envisagée en utilisant une méthode purement juridique, on est parti d'un simple concept de droit, durant tout le XIXème siècle et le début du XXème. On partait du concept de personnalité morale, on se livrait à une analyse de ce concept et en fonction de cette analyse on en déduisait les conséquences pour les relations internationales.

Entrons un peu plus avant dans cette méthode pour voir à

Source : BIU Cujas

quoi elle conduisait. Sur le terrain de cette méthode juridique, il y avait deux opinions très tranchées et naturellement une série d'opinions intermédiaires. D'après la première de ces opinions, la personnalité morale est une fiction ; d'après l'autre la personnalité morale est une réalité.

Théorie de la fiction et ses conséquences

Théorie de la fiction.- Cette théorie fut illustrée au XIXème siècle par le grand jurisconsulte allemand Savigny . D'après cette théorie la personnalité morale est une pure construction artificielle du législateur qui existe parce qu'il le veut bien, qui n'existe qu'autant qu'il le veut, jusqu'au point où il le décide, et cesse d'exister à partir du moment où il le veut. C'est par conséquent un simple concept, un jeu de l'esprit juridique, pour permettre à certaines activités de se manifester.

Quelle est la conséquence internationale qui résulte de cette théorie traditionnelle ? Dès l'instant où la personnalité morale est une fiction, c'est-à-dire une construction purement arbitraire du législateur, elle tire sa force, sa seule force de cette volonté du législateur du pays étranger qui a créé cette personne morale. Dès lors elle ne peut pas être reconnue, elle n'a aucune force ailleurs, dans d'autres pays, elle n'a que la force que la loi qui la crée lui donne. Il faut donc que, dans chaque pays où cette personne morale veut se présenter comme un sujet de droit, la loi crée à nouveau cette personnalité morale ou du moins consente à la consacrer. Son existence est strictement limitée au territoire du pays où l'on a créé cette fiction de la personnalité morale. On aboutit donc à un résultat assez strict : il n'y a pas de reconnaissance de plein droit possible d'une personne morale créée à l'étranger. Une personne morale créée hors de France ne sera en France un sujet de droit que si on lui a donné en France à nouveau la personnalité morale ; et ainsi dans chaque pays.

Voilà la conséquence que, dans la doctrine classique, on tirait de l'idée de la fiction.

Théorie de la réalité et ses conséquences

Théorie de la réalité.- A cette doctrine s'en oppose une autre : c'est la doctrine de la réalité des personnes morales , doctrine plus moderne qui a eu comme principal représentant le jurisconsulte allemand Gierke.

Selon cette doctrine, la personnalité morale est un fait. Ce n'est pas du tout une création arbitraire, artificielle du législateur, ce n'est pas une espèce d'automate. La personne morale existe du fait que des individus ont des intérêts collectifs et ont voulu créer une oeuvre commune. Il n'y a qu'à constater le fait, il n'y a là aucune création artificielle.

Source : BIU Cujas

Toute une série de théories se sont greffées sur l'idée de la réalité des personnes morales : théorie organique, théorie des volontés collectives, théorie de la fusion des volontés.

Toutes théories qui aboutissent au même résultat : la personnalité moraleexiste d'elle-même comme un fait de la nature au même titre que le jour, la nuit, l'air, la lumière ; il n'y a qu'à constater un phénomène, non pas de la vie physique mais de la vie juridique.

On voit immédiatement la conséquence que l'on en tire. Puisque la personnalité morale est une réalité qui n'a pas été construite ni voulue par le législateur il en résulte que ce qui existe dans un pays ne peut pas être méconnu dans les autres; on ne peut pas nier l'existence d'un fait. Lorsque une personne morale étrangère demande à se prévaloir en France de sa personnalité en disant "je suis un sujet de droit", il s'agit de savoir si elle existe ou non dans son pays d'origine. Il n'y a rien à donner, rien à créer, rien à ajouter, il n'y a qu'une simple constatation à faire.

Cette théorie aboutit donc à des conséquences très libérales, puisque les personnes morales seront de plein droit reconnues, elles auront dans l'univers entier la jouissance du droit à la personnalité morale

La doctrine classique contre tout le problème sur le concept même de personnalité morale

Découle-t-il d'une concession artificielle ou arbitraire ou repose-t-il sur un simple fait ?

Critique de la doctrine classique

Que faut-il penser de cette conception qui veut résoudre le problème de la personnalité morale à l'aide d'une méthode purement juridique ? On peut lui adresser une double critique d'abord que la doctrine de la fiction n'empêche nullement de reconnaître les personnes morales et que d'autre part la doctrine de la réalité n'impose nullement de les reconnaitre ; l'une comme l'autre sont aussi impuissantes à résoudre le problème international.

Il existe des fictions universellement reconnues

prenons la première objection ; la fiction n'empêche nullement de reconnaître la qualité de sujet de droit à une personne morale créée hors de France ; en effet qu'importe que cette personnalité morale repose ou non sur une fiction, qu'importe qu'elle soit une simple construction de la technique juridique ? Le droit d'un bout à l'autre fourmille de fictions et l'on n'a jamais contesté leur valeur d'un pays dans l'autre. Comment faire le

Reproduction interdite

Source : BIU Cujas

départ dans le droit entre ce qui est réel ou ce qui est construit, ce qui est l'oeuvre pure du législateur ? On n'a que l'embarras du choix, en parcourant les institutions du droit, pour rencontrer des fictions qui résultent simplement de la volonté artificielle du législateur. En voici quelques exemples: un individu a été adopté dans un pays étranger ; c'est bien le prototype d'une fiction que l'adoption ; l'enfant adoptif n'a rien d'un enfant selon la nature. Eh bien ! on n'a jamais songé à contester la qualité de cet enfant adoptif dans les autres pays bien que sa filiation repose sur une fiction. Prenons l'effet déclaratif du partage de l'art. 883. L'effet déclaratif du partage n'est qu'une fiction en vertu de laquelle les héritiers sont considérés comme propriétaires des biens du défunt depuis le jour du décès, bien que le partage intervienne des années et des années après le jour du décès ; mais rétroactivement ils en sont propriétaires du jour du décès.

Parmi les fictions du droit citons encore la légitimation qui d'un enfant naturel va faire un enfant légitimé, c'est-à-dire un enfant légitime. On n'a jamais contesté le fait qu'un enfant légitimé en pays étranger puisse se prévaloir de cette qualité en France bien qu'elle repose sur une fiction. On peut citer encore la subrogation réelle, qui est une fiction en vertu de laquelle un bien prend dans un patrimoine le caractère et la nature d'un autre. Lorsque des époux, mariés sous un régime étranger, effectuent un remploi de la communauté, nous n'allons pas dire : la subrogation est une fiction qui ne produit pas d'effet en France. Et la naturalisation qui, d'après son sens étymologique, fait fictivement d'un étranger un naturel, est reconnue dans tous les pays ; on ne conteste pas la naturalisation d'un individu à l'étranger.

Peu importe par conséquent que la personnalité morale soit une fiction, même si elle est une fiction ce caractère n'empêche nullement de reconnaître dans tous les pays étrangers ce qui s'est constitué. Il s'agit simplement de savoir si dans un pays étranger un droit a été constitué ; ce n'est peut-être pas un fait matériel, mais c'est tout de même un fait juridique.

Il faut ajouter encore cette observation : si la théorie de la fiction avait la conséquence qu'on en tire et était exacte il y aurait pratiquement impossibilité de la moindre activité internationale d'aucune personnalité morale. En effet, puisque le législateur étranger donnant la personnalité morale ne la donnerait que pour son territoire, il faudrait que nous la redonnions à notre tour, et pour la redonner à notre tour en France il faudrait recréer la personne en France ; il faudrait donc - pour prendre l'exemple d'une société - que cette société se reconstituât en France ; mais si elle se reconstitue en

Source : BIU Cujas

France elle sera dissoute en tant que société du pays étranger et le problème sera par là même résolu ; nous serions en présence d'une société de statut français.

La réalité n'implique pas nécessairement la reconnaissance

La doctrine de la réalité, d'autre part ne va pas aussi loin que le pensent ceux qui l'ont admise. Ils croient que parce que la personnalité morale reposerait sur un simple fait et non sur une construction du législateur il en résulterait que dans les relations internationales la qualité de personne morale serait aussi certaine que celle d'une personne physique. Il n'en est rien car la reconnaissance du droit à la personnalité morale est un problème de condition des étrangers. Chaque Etat est souverain sur son terrain, il décide quels sont les droits qu'il accordera et les droits qu'il jugera opportun de refuser. Même si la personnalité morale existe à l'étranger le souverain français peut toujours dire "je ne veux pas la reconnaître" ou bien "je ne vous la reconnaîtrai qu'à certaines conditions et avec des garanties déterminées". La réalité ne peut pas aller à l'encontre du droit de chaque Etat de règlementer comme il le veut la condition des étrangers absolument comme il réglemente la nationalité et tous les problèmes qui se présentent devant lui. Ce n'est donc pas d'après la nature de la personnalité morale - réalité ou fiction - qu'on peut résoudre le problème, c'est en se plaçant sur un autre terrain, sur le terrain purement politique.

La conception politique moderne

Le problème de la jouissance des droits qui est un problème de condition des étrangers - problème qui se pose en fonction du phénomène de la frontière - est un problème essentiellement politique. Comme pour tous les problèmes politiques, sa base est l'opportunité, tandis qu'on voulait lui trouver une base juridique, une base qui s'impose. Conception erronée, c'est une question d'opportunité pour l'Etat. Il accordera ou n'accordera pas selon ses idées, selon son bon vouloir, selon son pouvoir discrétionnaire, il accordera ou non la personnalité morale dans la mesure où il le jugera opportun.

La politique française en la matière doit être libérale

Alors posons-nous le problème : quelle est l'opportunité française ? L'opportunité française est-elle de se montrer sévère, de dénier aux personnes morales étrangères leurs qualités de sujet de droit, ou au contraire, de se montrer libérale ? On ne voit vraiment pas quels avantages pratiques, politiques nous aurions à dénier la personnalité morale des groupements qui l'ont obtenue dans les pays étrangers. Non seulement on ne le voit pas, mais ce serait un véritable contresens de la vie mo-

Source : BIU Cujas

derne qui, de plus en plus se développe se manifeste sous la forme de l'activité collective des individus : l'association ou la société. Par conséquent, on irait à l'encontre des besoins de la vie internationale. D'ailleurs tous les intérêts français à l'étranger doivent aussi se présenter, la plupart du temps sous la forme sociale.

Il ne faut pas mêler deux problèmes distincts. Le véritable problème est tout autre : il peut être opportun, il peut être nécessaire dans certains cas de prendre des garanties à l'égard des personnes morales pour contrôler leur activité, mais cela ne touche pas à la reconnaissance de leur personnalité. On peut dire : nous reconnaissons que vous êtes sujet de droit, mais seulement dans tel ou tel cas nous allons prendre des garanties contre vous et contre votre activité. Voilà le véritable problème, et nous le retrouverons à propos de l'exercice de l'activité des personnes morales étrangères.

Voilà donc la conclusion doctrinale à laquelle on arrive : aucun principe de droit. Seule la nécessité politique exige de reconnaître ou de ne pas reconnaître la personnalité morale, et sur le plan politique aucun intérêt français ne commande semble-t-il de la dénier.

Le problème en droit positif

B - Voyons maintenant comment le problème a été résolu sur le terrain du droit positif. Nous examinerons successivement le problème à propos des personnes morales publiques, à propos des sociétés et à propos des associations.

Personnes morales publiques. - Les personnes morales publiques sont l'Etat et ses divers démembrements.

La reconnaissance d'Etat en droit des gens

L'Etat. - La personnalité morale de l'Etat, en vertu d'une règle coutumière d'une règle bien établie du droit des gens, n'existe vis-à-vis des autres Etats qu'à partir du moment où ils l'ont reconnue. Lorsqu'un Etat nouveau se constitue - le fait n'est pas très fréquent - il y a une reconnaissance - c'est une coutume du droit des gens - qui intervient de la part des autres Etats. Généralement cette création d'un Etat nouveau résulte d'un traité diplomatique auquel ont participé un certain nombre d'Etats, et les autres Etats acceptant cette reconnaissance et entretiennent des relations diplomatiques avec le nouvel Etat. Le fait d'envoyer un agent diplomatique auprès d'un Etat étranger et d'en recevoir est un acte de reconnaissance puisque l'agent diplomatique est accrédité auprès du chef de l'Etat et que par là même il suppose l'existence d'un Etat. C'est ainsi que se passèrent

Source : BIU Cujas

les choses lors de la création de l'Etat polonais en 1919, ou de l'Etat tchéco-slovaque.

Il ne faut pas confondre ici et la question a beaucoup d'intérêt pratique étant donné les modifications fréquentes dans la politique des divers pays - il ne faut pas confondre la création d'un nouvel Etat - à la suite de la guerre 1914-1918 il y a eu création d'Etats nouveaux et disparition de certains Etats comme le Monténégro - avec la création d'un nouveau gouvernement. On a tendance à confondre les deux choses, l'Etat est permanent ; le gouvernement peut changer. Il y a un problème de reconnaissance du gouvernement qui peut se poser dans les relations internationales mais ce que l'on reconnait en pareil cas c'est le nouveau gouvernement et non l'Etat. Lorsqu'en 1924 la France a fait un acte de reconnaissance à l'égard de l'U.R.S.S. elle n'a pas reconnu l'Etat russe qui n'a jamais changé, qui existe depuis des siècles, elle a reconnu la nouvelle forme de gouvernement. Lorsque le gouvernement du général Franco a été reconnu en 1939 par le gouvernement français on a reconnu un nouveau gouvernement espagnol, mais non l'Etat espagnol qui n'avait pas cessé d'exister.

Le problème de la reconnaissance de l'Etat est un problème qui n'a pas un très grand intérêt pratique, car les changements d'Etats sont assez rares. Les changements de gouvernements sont plus fréquents, mais ils n'ont pas d'incidence sur notre problème.

Il y a donc une coutume bien établie : l'Etat fait l'objet d'une reconnaissance lors de sa constitution, lorsqu'on établit les relations diplomatiques avec lui et cette reconnaissance s'impose dans les relations de ceux qui les ont établies

La reconnaissance d'un Etat implique reconnaissance de ses démembrements

Démembrements de l'Etat. - Que faut-il penser de la question des démembrements de l'Etat c'est-à-dire ce qui correspond chez nous aux départements, aux communes, aux établissements publics

Dans chaque pays il y a un certain nombre de démembrements administratifs de l'Etat qui sont dotés de la personnalité morale. Est-ce qu'une ville étrangère, une province, une région étrangère, bref une personne morale étrangère du droit public constituant un démembrement de l'Etat étranger sont reconnus en France comme sujets de droit ?

Bien qu'il y ait eu quelque hésitation, la pratique s'est finalement établie dans le sens affirmatif : on considère en effet que les démembrements de l'Etat étranger participent de la nature de l'Etat. Après tout, ils pourraient ne pas exister, l'Etat pourrait exercer leurs activités sous sa personnalité propre. Du fait qu'il se décentralise il ne résulte pas qu'il abdique et on ne peut pas dire à un Etat étranger : nous vou

Source : BIU Cujas

reconnaissons comme Etat, mais nous ne reconnaissons pas vos démembrements administratifs, vos provinces, vos régions, vos villes, vos établissements publics, vos offices. Aussi admet-on que, dans les relations internationales, cette personnalité morale est reconnue de plein droit.

A l'époque toute moderne où l'Etat parfois - et la tendance ne fera que se développer - s'est fait commerçant, la question s'est posée de savoir si les services publics commerciaux d'un Etat qui avaient la personnalité morale participaient des mêmes avantages. Ce sont notamment les offices, nous avons un certain nombre d'offices qui font vraiment du commerce, l'office du tabac, l'office de la navigation, l'office des potasses, etc... Il y a des pays étrangers qui sont propriétaires de lignes de navigation, de lignes de chemins de fer, ils font des affaires commerciales internationales. Est-ce que la personnalité de ces offices, de ces services est reconnue ?

Aucun texte ne l'ayant dit, il semble bien que l'affirmative se recommande et de fait, dans la pratique, on ne signale jusqu'ici aucun cas de refus de la personnalité à un service public d'un pays étranger. Il y a d'ailleurs un Etat qui avait pris la précaution de s'assurer de la reconnaissance par une série de traités. C'est l'U.R.S.S. qui avait monopolisé entre ses mains tout le commerce extérieur et qui avait créé des organismes publics spéciaux qui s'appelaient les représentations commerciales. Les représentations commerciales de l'U.R.S.S. étaient des services publics qui avaient dans leur activité le commerce extérieur et qui entretenaient des agents dans de nombreux pays ; mais l'U.R.S.S. a résolu le problème en signant des traités avec divers pays, notamment la France, par lesquels ces représentations étaient reconnues. Ces traités avaient l'avantage d'éviter toute difficulté, mais il ne faut pas croire qu'ils étaient indispensables à la reconnaissance de celles-ci.

les sociétés

Absence de difficultés au début du XIXème siècle

Jusqu'au milieu du XIXème siècle, la reconnaissance en France de la personnalité morale, c'est-à-dire de la qualité de sujet de droit, des sociétés constituées en pays étrangers n'avait pas soulevé la moindre difficulté. On ne s'en occupait pas, parce que c'était une chose qui était considérée comme allant d'elle-même. La conception qui l'emportait donc ne se souciait pas de la nature de la personnalité morale et on n'avait pas jugé opportun de refuser aux personnes morales créées hors de France la jouissance de ce droit.

Un revirement s'est fait subitement vers le milieu du siècle ; la cause en a été le danger de certaines sociétés de

Source : BIU Cujas

capitaux, surtout constituées en pays étranger, qui venaient drainer un peu l'épargne et la faisaient participer à de mauvaises affaires. On estimait donc qu'il était utile de ne pas reconnaître trop largement leur personnalité morale.

L'arrêt de la Cour de cassation belge et son retentissement

Ce qui modifia la solution du problème ce fut un arrêt rendu par la Cour de cassation de Belgique en 1841 qui tout à coup, rompant avec le passé, refusait de reconnaître les sociétés de capitaux françaises comme personnes morales, faisant prévaloir un régime de stricte territorialité. Cela jeta l'émoi dans les milieux d'affaires et comme les deux pays étaient à cette époque en train de négocier un traité de commerce, il fut convenu que chacun d'eux reconnaîtrait les sociétés de l'autre et ferait une loi sur ce point

La loi du 30 Mai 1857

La Belgique règlementa ce point par une loi de 1855 et nous-mêmes par une loi, toujours en vigueur, du 30 Mai 1857
Ces lois ont pris des garanties respectives et se sont placées, pour accorder ou pour refuser la reconnaissance du droit à la personnalité, sur le terrain qui est le seul bon, le terrain politique.

Quel est l'objet de la loi du 30 Mai 1857 ? Il faut tout d'abord préciser ce qui est en dehors de son objet. La loi du 30 Mai 1857 - cela résulte moins de sa lettre que de ses travaux préparatoires - ne s'applique pas aux sociétés de personnes, sociétés en nom collectif ou sociétés en commandite simple. Déjà ce fait montre bien que si pour les sociétés de capitaux on va se montrer plus sévère, ce n'est pas en raison de la conception de la personnalité morale puisque les unes comme les autres sont des personnes morales, mais c'est simplement parce que les sociétés de capitaux présentent un danger plus grand. La loi n'a donc pas pris parti sur la personnalité morale elle-même.

La loi ne s'applique pas non plus aux sociétés civiles. S'applique-t-elle - la question n'est pas encore bien résolue aujourd'hui en jurisprudence, car elle n'a pu se poser que depuis quelques années - aux sociétés à responsabilité limitée ? Ce sont des sociétés qui ne sont ni vraiment des sociétés de personnes ni des sociétés de capitaux ; elles brochent en quelque sorte à la fois sur les unes et sur les autres. Cependant il semble - mais la question est discutable - qu'il vaille mieux les considérer comme des sociétés de personnes et considérer que si elles sont à la fois l'une et l'autre, c'est tout de même l'élément de personne qui l'emporte sur l'élément de capitaux

La loi ne concerne que les sociétés de capitaux

Quelles sont alors les sociétés visées par la loi du 30 Mai 1857 ? Ce sont uniquement les sociétés de capitaux.

Source : BIU Cujas

L'art. I de cette loi emploie des formules alternantes et qui ramènent tout à cette formule générale de sociétés de capitaux "les sociétés anonymes et les autres associations (le mot n'est pas très heureux) commerciales, industrielles ou financières.. Associations commerciales, industrielles ou financières, cela n'ajoute rien à la notion de société de capitaux ; c'est tout ce qui n'est pas une société de personnes. Toutes les sociétés qui ne sont pas des sociétés de personnes sont visées par la loi du 30 Mai 1857.

Quel est alors leur régime ? A cet égard, la loi a fait une distinction dans ses deux articles . l'article I vise les sociétés belges puisqu'elle a été faite à la suite de l'entente réalisée dans le traité de commerce franco belge. Le législateur français a profité de l'occasion pour résoudre dans l'art 2 le sort des autres sociétés de n'importe quel pays

Régime des sociétés belges : reconnaissance de plein droit

Art I : Les sociétés belges. - La loi ne les appelle pas des sociétés belges elle dit "sociétés qui sont soumises à l'autorisation du gouvernement belge et qui l'ont obtenue" Il faut dire qu'à un moment donné dans certains pays, dont la France et la Belgique, qui avait pris notre droit depuis Napoléon, les sociétés de capitaux étaient astreintes à une autorisation préalable qui depuis a disparu, mais qui existait encore en Belgique comme en France en 1857. Donc, pour reconnaitre en France une société belge de capitaux, encore fallait-il qu'elle existât en Belgique, car on ne reconnait pas le néant juridique. Il fallait donc une première condition : que la société existât en Belgique, c'était le cas si elle s'était constituée conformément au droit belge.

On aurait donc dit exactement la même chose si, au lieu de ce membre de phrase on avait dit : les sociétés constituées régulièrement conformément à la loi belge. Ceci aurait même eu un certain intérêt : en effet lorsque l'autorisation préalable a disparu, on a dit pendant un certain temps : les sociétés belges ne peuvent plus être reconnues puisqu'il n'y a plus d'autorisation préalable ; nous n'avons plus cette garantie.

Mais finalement la pratique s'est établie en ce sens que les sociétés visées par la loi de 1857 étaient les sociétés de capitaux constituées régulièrement en Belgique. C'étaient celles constituées avec l'autorisation préalable à l'époque où cette autorisation était nécessaire, et depuis lors c'étaient les sociétés simplement régulièrement constituées, d'après le droit belge. C'est en ce sens que la jurisprudence s'est prononcée

Une société belge est donc une société créée en Belgique quelle que soit la nationalité de ses membres. La loi du 30 Mai

Source : BIU Cujas

1857 repose non sur le critère du contrôle de la société mais sur le critère du domicile. A l'époque de cette loi l'idée de contrôle des sociétés comme déterminant leur nationalité était inconnue. Sont donc visées les sociétés domiciliées en Belgique c'est-à-dire les sociétés qui ont leur siège social en Belgique, quel que soit leur contrôle ; c'est le critère purement juridique qui est à la base de la loi de 1857. Ces sociétés sont dotées une fois pour toutes et définitivement de la personnalité morale en France.

Ce texte appelle une réserve sur laquelle nous reviendrons à propos de l'art. 2. la loi de 1857 était destinée à donner des garanties contre les sociétés étrangères, mais les sociétés belges reconnues en France, et cela une fois pour toutes, on ne voit pas bien où se trouvaient ces garanties auxquelles on avait définitivement renoncé.

Sociétés des autres pays : régime du décret collectif

Voyons maintenant l'art. 2 qui concerne les sociétés des autres pays, c'est-à-dire les sociétés créées dans un pays quelconque conformément à sa loi, qui leur a donné la personnalité morale. Quel est le régime de ces sociétés en France ?

Art. 2 : Un décret impérial rendu en Conseil d'Etat peut appliquer à tous autres pays le bénéfice de l'article 1".

Sont donc reconnues comme personnes morales en France les sociétés créées dans d'autres pays qui ont reçu la vie juridique de ces autres pays si un décret rendu en Conseil d'Etat l'a décidé. Mais il ne s'agit pas d'un décret individuel.

Evidemment, l'application serait beaucoup plus nuancée si on avait imposé un décret individuel parce qu'on aurait pu pour chaque société apprécier sa valeur ; mais on se rend compte des complications si, pour chaque société venant faire des affaires en France, il avait fallu un décret pris en Conseil d'Etat. La loi se contente d'un décret pris pour toutes les sociétés d'un pays ; par exemple pour toutes les sociétés de la Suède, de la Hollande, etc....

Petit à petit des décrets collectifs en grand nombre - il y en a 19 - ont été pris pour 19 pays dont un qui, malgré les accords de Latran, n'a plus de sociétés. Il y avait un décret pour les sociétés créées dans les Etats pontificaux. Ces 19 décrets sont intervenus pour la plupart des pays de l'Europe et il suffit de lire le texte de l'un d'eux pour les connaître tous, car ils ont la même formule, si ce n'est le nom du pays qui change :

"Les sociétés constituées en ..... pourront exercer tous leurs droits et ester en justice en France en se conformant aux lois de la République". Ce qui veut dire qu'on reconnait la personnalité morale des sociétés constituées dans chacun de ces pays.

Source : BIU Cujas

Sanction du défaut de reconnaissance

Quelle est alors la sanction si une société a reçu la personnalité morale d'un pays qui ne fait pas partie des 19 pays en faveur desquels sont intervenus des décrets collectifs de reconnaissance. La loi ne l'a pas donnée, mais la jurisprudence ne pouvait que l'imposer, elle allait de soi.

Absence de personnalité morale

Le législateur a bien marqué qu'il subordonnait la reconnaissance de ces personnes morales à un décret collectif ; faute de ce décret collectif la personne morale n'existe pas, elle n'est pas sujet de droit. C'est en ce sens que la jurisprudence sans aucune hésitation s'est prononcée au lendemain même de la loi, par un arrêt de la Chambre des Requêtes du 1er Août 1860 (S. 1860.I.865). A cette époque - car la question depuis lors a perdu tout intérêt - il n'était pas encore intervenu de décret pour les sociétés créées en Suisse. Une société créée en Suisse avait vendu à un Français une vache et deux veaux, et voulait être payée ; l'intérêt du litige n'était pas bien considérable, mais il y avait un intérêt juridique probablement très grand puisque l'affaire a été jusqu'en cassation. La société suisse, n'ayant pas été payée pensait qu'elle pouvait actionner son acquéreur devant les tribunaux français, mais celui-ci avait trouvé une excellente réplique pour se débarrasser de l'action de cette société en lui disant: "mais je ne vous connais pas, et vous n'existez même pas vous ne pouvez pas plaider car pour plaider il faut exister, nul en France ne plaide par procureur ; vous n'êtes pas une personne physique, vous ne vous présentez pas comme telle puisque vous dites que vous êtes une société ; et si vous êtes une société créée en Suisse, vous n'avez pas la personnalité morale en France".

C'est cette thèse que la Chambre des Requêtes a consacrée, d'ailleurs par un mauvais argument, en disant : la société anonyme n'est qu'une fiction de la loi. (C'était donc la doctrine classique) et comme elle n'a pas été reconnue, elle n'existe pas. Il suffisait de dire : comme elle ne peut pas se prévaloir d'un décret collectif, elle n'est pas un sujet de droit, elle ne peut donc pas ester en justice.

Possibilité d'actionner la société non reconnue comme défenderesse

Mais à quelques années de là, en 1868, la Chambre civile allait être saisie de la question et rendre un arrêt important le 19 Mai 1863 (S. 1863.I.154) sur les conclusions très développées de Dupin. Cette fois, les rôles étaient renversés, la société étrangère n'était plus demanderesse, elle était défenderesse. Un Français avait conclu un marché avec une société étrangère qui apparte-

Source : BIU Cujas

nait à un pays qui ne pouvait pas encore se prévaloir d'un décret collectif de reconnaissance. La société défenderesse, forte de l'arrêt de 1860, logique pensait-elle, disait : "vous avez décidé en 1860 que les sociétés non reconnues n'existaient pas, qu'elles ne pouvaient pas ester en justice. Je ne puis pas, moi société étrangère non reconnue, ester en justice, que je sois défenderesse ou que je sois demanderesse. Mais la Cour de cassation n'a pas sanctionné cette thèse ; elle a en effet considéré qu'il fallait faire une différence selon que la société étrangère était demanderesse ou défenderesse. En pareil cas, elle a fait intervenir la notion de la société de fait ; une société étrangère qui a conclu des affaires en France n'a peut-être pas l'existence juridique en droit, mais bien que société nulle elle a fait des affaires. En droit français, quand une société nulle a fait des affaires, elle est considérée comme ayant une personnalité morale de fait, elle a fonctionné et comme elle a fonctionné, son liquidateur peut ester en justice en son nom ; elle sera liquidée en tant que société. La conséquence a été que cette société en tant que société de fait, a été considérée comme étant un sujet de droit.

Critique de la jurisprudence

Il n'est évidemment pas très élégant de distinguer selon qu'une société est demanderesse ou défenderesse. On peut considérer qu'il y a une part de vérité dans chacune des deux thèses, et faire une distinction selon qu'une société étrangère a fait des affaires en France ou à l'étranger. Si une société étrangère a fait des affaires en France, irrégulièrement puisqu'elle n'était pas reconnue, elle est comme une société nulle, elle est une société de fait. Mais ne faisons aucune différence entre le cas où elle est demanderesse et le cas où elle est défenderesse, pas plus qu'on n'en ferait en droit interne. Si au contraire, il s'agit de marchés passés à l'étranger, la société ne peut plus jouer vis à vis de la France comme société de fait, et qu'elle soit demanderesse ou défenderesse, elle ne peut pas ester en justice.

Voilà en somme la part de vérité qu'on peut tirer des deux arrêts en les combinant entre eux.

Absence d'intérêt pratique du système

Quelle est la valeur respective pratique de ces deux thèses. Il n'y en a à peu près aucune aujourd'hui, et c'est une valeur presque complètement platonique, pour deux raisons. La première c'est l'existence de ces 19 décrets qui ont reconnu les sociétés de la plupart des pays européens ; la deuxième qui la complète et l'amplifie même, c'est le réseau très complet, très dense de nos traités diplomatiques par lesquels les pays qui négociaient avec la France ne manquaient pas de faire reconnaître leurs sociétés. Il n'y avait

Source : BIU Cujas

donc probablement à la veille de la guerre actuelle pas beaucoup de pays, peut-être même n'y en avait-il pas par le jeu des traités de commerce et de la clause de la nation la plus favorisée dont les sociétés n'eussent pas en France la reconnaissance du droit à la personnalité morale.

Jugement sur la loi de 1857

Que faut-il penser sur le terrain de l'opportunité de ce régime de la loi de 1857 ? Ce régime de la loi de 1857 ne se conçoit pas très bien. On comprend qu'on veuille prendre des précautions contre des sociétés étrangères, mais il ne faut pas aliéner une fois pour toutes sa liberté en prenant des décrets définitifs car ces décrets n'ont jamais été rapportés ; or, on ne peut pas dire que les sociétés de ces 19 pays n'ont jamais donné prise à des critiques, ni créé des dangers. On concevrait donc un régime beaucoup plus souple par lequel l'Etat pourrait dire à un certain moment : "en ce moment j'estime que les sociétés de tel pays ne me donnent pas suffisamment de garanties, je leur retire le régime de personnalité". Mais nous avons un régime aussi fixe que si une loi était intervenue, puisque ces décrets qui ont été pris il y a longtemps n'ont jamais été rapportés. Ils ne jouent donc pas le rôle politique qui devrait leur appartenir d'être un élément de protection ; une fois pour toutes on a abdiqué. Ce n'était pas la peine de faire la loi de 1857 pour, quelques années après, reconnaître presque toutes les sociétés de presque tous les pays. Le système ne se conçoit que s'il est assez souple pour se modifier au gré des évènements et des nécessités du commerce international sous la protection de chacun des Etats. L'idée en elle-même est juste ; la réalisation technique par le législateur de 1857 est regrettable.

Les associations.

Les associations comprennent les associations proprement dites, puis des formes spéciales : les syndicats, les congrégations, puis tous les comités d'organisation et autres qui pourraient encore être constitués, puisque le Conseil d'Etat a décidé que les Comités d'organisation étaient des organismes de droit privé chargés d'un service public.

Les associations envisagées.

Quelles sont les associations pour lesquelles le problème se pose ? Comme pour les sociétés, ce sont les associations qui ont reçu la personnalité morale d'un pays étranger. En effet, si nous avons donné en France la personnalité morale à un groupement il n'y a pas besoin de se poser la question de savoir s'il existe ou non. Par hypothèse il s'agit de personnes morales qui ont reçu la vie juridique d'un pays étranger.

Source : BIU Cujas

L'état actuel de la question

Peuvent-elles s'en prévaloir en France ? La question a été longuement incertaine et controversée et en général, résolue négativement par la pratique et la doctrine idée tirée de la fiction de la personnalité morale Puis, dans les vingt-cinq dernières années un autre mouvement doctrinal s'est déclaré et quelques arrêts de jurisprudence, non pas de la Cour de cassation mais de la Cour d'appel de Paris avaient reconnu sinon explicitement du moins implicitement, la personnalité morale d'association créée à l'étranger. Et, étant donné l'importance du mouvement d'association dans la vie juridique il semble un peu un non sens de refuser tout droit aux associations. Ce qui est désirable, ici comme pour les sociétés, c'est de prendre un certain nombre de garanties La question s'est posée ainsi pour des syndicats de garantie qui agissent pour la défense des professions, des marques de fabrique, lorsque quelque chose ne va pas dans la profession. Voici deux arrêts assez récents : arrêt du 21 Juin 1936 S 1936 2.I et arrêt du 24 Avril 1940, S. 1942. 2. 26.

Le premier arrêt de la Cour de Paris a reconnu la personnalité morale de l'évêché de Madrid qui avait été institué légataire par le testament d'un Espagnol laissant des biens importants en France Pour recueillir des biens il fallait être sujet de droit.

Quant à l'autre espèce, elle se réfère au Comité de la Bourse d'Amsterdam qui avait besoin de se prévaloir en France pour un procès de sa qualité de sujet de droit,

Dans ces deux espèces sans même discuter la question, la Cour d'appel de Paris, 1ère Chambre a reconnu en 1935 à l'évêché de Madrid la capacité de recueillir des biens, par conséquent son existence juridique et pour le Comité de la Bourse d'Amsterdam sa capacité d'ester en justice.

La solution en législation

Quelle est la solution que comporte ce problème ? C'est un pur problème non pas juridique, mais d'opportunité, un problème politique comme les autres : est-il opportun de reconnaître ou non les associations, de les reconnaître toutes, de subordonner la reconnaissance de certaines d'entre elles à un certain nombre de garanties ? C'est un problème d'appréciation politique et c'est sous l'angle de cette idée qu'il faut l'envisager.

En principe donc et à défaut d'un texte formel qui refuse la personnalité morale ou qui la subordonne à des conditions particulières et l'on n'en connaît pas il y a lieu de décider que les personnes morales de la forme associationniste doivent pouvoir se prévaloir de plein droit en France de leur qualité de sujets de droit

Source : BIU Cujas

En supposant résolu affirmativement le premier problème abordons la question de l'activité en France des personnes morales.

§ 2 - Activité en France des personnes morales étrangères

Position du problème

Ce problème de l'activité des personnes morales est tout différent de celui de leur personnalité. Nous les supposons reconnues comme personnes morales, peuvent-elles étendre le champ de leur activité au territoire français quelle que soit leur activité ? Est-ce qu'une société étrangère peut faire le commerce en France, peut-elle y établir une agence ?

Les personnes morales envisagées

Quelles sont ici, sur le terrain de l'activité des personnes morales et de leur établissement en France, les personnes morales étrangères visées ?

Ici nous retrouvons l'opposition déjà rencontrée bien des fois entre le statut juridique et le statut politique des personnes morales. Devons-nous considérer comme une personne morale étrangère celle qui est constituée à l'étranger, et comme française celle qui est constituée en France ? Devons-nous au contraire, nous attacher plutôt au critère politique du contrôle en faisant abstraction du pays de constitution ? Il ne s'agit plus de l'effet international d'une personnalité morale, il s'agit de savoir si une personne morale étant considérée par nous comme étrangère, nous allons la laisser jouir des mêmes droits que les personnes morales que nous considérons comme françaises.

Quelles sont les conditions dans lesquelles nous allons considérer une personne morale comme française ou non ? C'est le problème de l'allégeance politique tel que nous l'avons déjà rencontré, que nous devons reprendre pour en tirer ici des conséquences. Sera - au point de vue de l'activité en France et des incapacités qui frappent les personnes morales de statut étranger - une personne morale de statut étranger celle qui a l'allégeance politique étrangère, qui est contrôlée par des étrangers même si elle a son siège social en France, même si elle a la personnalité morale française. Il s'agit de savoir si elle a une allégeance politique française, et cela dépend des éléments qui la dirigent. De là résulte qu'une personne morale ayant son siège social en France peut être une personne morale d'allégeance étrangère et qu'une personne morale ayant son siège à l'étranger peut être d'allégeance politique française si elle est constituée avec des capitaux français, dans un but et des intérêts

Source : BIU Cujas

français. Nous ne retiendrons donc que la notion du contrôle

Je répète qu'il n'y a pas très longtemps que l'on envisage les choses à la lumière de cette idée, puisque le contrôle qui a déjà un certain rayonnement dans des textes politiques est une conception purement contemporaine.

Passons maintenant en revue les personnes morales de droit public, les sociétés et les associations, en fonction de leur activité

Personnes morales de droit public.

Il est admis que les personnes morales du droit public peuvent exercer sur le territoire français leur activité dès l'instant où naturellement celle-ci n'est pas considérée comme contraire aux intérêts français eux-mêmes. Pratiquement par conséquent on ne refusera pas à un Etat étranger qui exploite des chemins de fer d'ouvrir une agence pour les transports des voyageurs pour des renseignements ou pour des transports de marchandises sur le territoire français. C'est pourquoi on a pu voir depuis longtemps - comme on pouvait en voir dans les pays étrangers - des agences de chemins de fer appartenant non seulement à des sociétés privées mais à des Etats. Mais supposons qu'un pays étranger possède des lignes de chemins de fer, des lignes de navigation, ou fabrique comme le nôtre des allumettes vende du tabac ou des produits chimiques (l'Etat français vend lui aussi des produits chimiques, des potasses), il peut ouvrir des agences commerciales dans les pays étrangers. Il n'y a aucune restriction tout au moins en ce qui concerne la France, à cette liberté

La liberté est le principe

L'activité de l'Etat étranger sur le territoire français ne peut être qu'une activité commerciale ; on ne permettrait pas à un Etat étranger d'établir sur notre territoire, pas plus qu'il ne nous le permettrait chez lui, des services administratifs proprement dits, puisque les services administratifs d'un Etat doivent être sur son territoire. Cependant, il y en a au moins un qui est admis par une coutume bien établie et consacrée par de nombreux traités, c'est l'existence des consuls.

Liberté limitée au commerce

Le consul est un fonctionnaire de l'ordre administratif et qui établit, sur le territoire du pays où il est, un service public de son pays avec des attributions naturellement consacrées par la pratique internationale et par les conventions consulaires. Il va donc de soi, en ce qui concerne les fonctionnaires publics étrangers proprement dits, qu'ils ne peuvent exercer sur le territoire français que l'activité qui est consacrée par les

Source : BIU Cujas

usages internationaux ou par les traités diplomatiques.

Il y a ainsi dans certains pays des services publics étrangers que l'on appelle des Bureaux internationaux ; c'est surtout la Suisse qui a presque le monopole de fait de ces bureaux internationaux, car c'est un pays neutre. En ce qui concerne la France, il y a cependant chez nous un Bureau international, notamment le Bureau des Poids et Mesures, c'est un bureau international, un service public qui a été créé en France. C'est la France qui conserve l'étalon du mètre, c'est là que l'on vient du monde entier - partout où l'on se sert du système métrique - vérifier et contrôler si les étalons que l'on a dans chaque pays n'ont pas subi des diminutions, des modifications, comme cela peut se produire sous l'influence de phénomènes physiques. Il y a donc un service public international en France.

Ces services publics sont créés par les traités diplomatiques; donc la question n'existe qu'en tant qu'il faut ou un usage comme pour les consuls ou bien un traité diplomatique qui crée un service public sur le territoire français.

Les sociétés.

La question de l'activité des sociétés est beaucoup plus pratique : les sociétés étrangères peuvent-elles exercer leur activité en France ? Ici nous revenons à la loi de 1857, car cette loi a résolu deux problèmes qu'elle a d'ailleurs mêlés dans une même phrase. Elle a résolu le problème de la reconnaissance de la personnalité morale dont nous avons parlé et le problème de l'exercice de l'activité de ces personnes morales. Elle dit, en effet "peuvent exercer tous leurs droits - ce qui est un problème d'activité - et ester en justice - ce qui est un problème de reconnaissance"

Le principe est la liberté

La loi du 30 Mai 1857, pour les nombreux pays titulaires de décrets leur a permis d'exercer leur activité en France. Mais quel est le cas des pays qui ne peuvent pas se prévaloir d'un décret collectif ou d'un traité diplomatique ? Il y en a extrêmement peu. Il semble néanmoins qu'ils peuvent exercer leur activité en France par application de la grande loi Le Chapelier de 1791 et que la seule sanction, c'est qu'ils n'ont pas de personnalité morale.

sauf exceptions

Voici maintenant quelques exceptions qui résultent de textes, la plupart très récents pour des sociétés qui créées à l'étranger, veulent exercer leur activité en France. Le décret du 2 Février 1939, art. 5 d) exige que les gérants des succursales ou agences de sociétés étrangères aient la carte de commerçant.

Source : BIU Cujas

Signalons, sans entrer dans le détail car cela nous entrainerait très loin, qu'il existe une législation très spéciale et très sévère - et il le faut - pour les sociétés d'assurances. Les deux textes les plus récents sont une loi du 15 Février 1917 et un décret loi du 14 Juin 1938 (voyez une thèse de 1942 de M. Brasseur)

Il y a aussi des exceptions pour les sociétés exerçant desprofessions réservées aux Français : par exemple la Charte de la Banque, en vertu de laquelle les sociétés étrangères ne peuvent plus exercer librement le commerce de Banque de France (art. 15), une règlementation spéciale pour la navigation intérieure (loi du 5 Juillet 1919 et loi de 1934) une loi sur la navigation aérienne (loi du 21 Mai 1934 art. 6).

A signaler parmi les textes les plus récents un décret du 3 Aout 1942, art. 7, qui a été pris en vertu du pouvoir règlementaire attribué au gouvernement par la loi du 14 Février 1942 sur l'organisation des Bourses. Ce décret a organisé la profession nouvelle de courtier en valeurs qui a remplacé l'ancien marché en banque que l'on appelait la coulisse. Cette loi du 14 Février 1942 a habilité le gouvernement à règlementer la profession de courtier en valeurs. Voici ce que dit ce décret : "peuvent seuls être courtiers en valeurs ou bien les personnes physiques ou bien les sociétés de personnes". Donc une société de personnes peut être courtier en valeurs, mais pas une société de capitaux. On a voulu limiter l'exercice de cette profession à des personnes que l'on pouvait bien connaître et contrôler; on a donc limité cela à des sociétés de personnes en nom collectif ou en commandite simple. S'il s'agit d'une commandite simple il faut que le commanditaire soit Français, mais français ordinaire et non pas ce que nous avons appelé français qualifié. Enfin, s'il s'agit d'une société en nom collectif ou d'une commandite, il faut que les associés en nom aient la jouissance en France de la plénitude des droits politiques, c'est-à-dire l'aptitude à exercer les emplois publics. Nous renvoyons à la législation concernant les individus qui sont Français sans être nés d'un père français. Ceux-là ne peuvent pas être mis sur la liste des courtiers en valeurs.

Associations.

Jusqu'à une époque toute récente aucune règlementation n'était intervenue en ce qui concernait les associations étrangères qui venaient exercer leur activité en France. Il y avait simplement dans la loi de 1901 des dispositions sur les congrégations étrangères ; on pouvait les dissoudre, mais il est diffi-

Reproduction interdite

Source : BIU Cujas

De la liberté à la réglementation

cile de dissoudre une congrégation qui fonctionne à l'étranger

Le décret-loi du 12 Avril 1939 a ajouté des articles à la loi sur les association du 1er Juillet 1901 (art 22 et s) "les associations étrangères ne peuvent exercer leur activité en France que si elles ont été autorisées par un arrêté du ministre de l'Intérieur"

Que faut-il entendre par associations étrangères ? Très opportunément nous ne dirons pas très heureusement - la loi les a définies dans l'art 28 : "sont des associations étrangères : 1° toutes celles qui bien que créées en France sont contrôlées par des étrangers 2° toutes celles qui sont créées à l'étranger"

C'est pour cela que nous disions que la solution n'était pas très heureuse pour les associations créées à l'étranger on ne s'occupe pas du contrôle, c'est une erreur. Il peut y avoir des oeuvres françaises créées à l'étranger qu'il n'y a pas lieu de considérer comme étrangères En fait, le ministre accordera très libéralement l'arrêté de reconnaissance

Voilà donc une notion de contrôle qui a été admise pour les unes et pour les autres

Section II

Les libertés privées.

Identité de situation entre les personnes physiques et les personnes morales

C'est ici l'assimilation pure et simple des personnes physiques et des personnes morales , toutes les incapacités que nous avons rencontrées pour les personnes physiques s'appliquent aux personnes morales à moins qu'il s'agisse d'un droit qui ne puisse pas jouer pour elles. On sait que le seul droit privé que la jurisprudence refuse, c'est l'hypothèque légale de la femme mariée et cela ne gêne pas beaucoup les personnes morales étrangères. Sous cette réserve, identité de statut toutes les incapacités qui existent pour les unes existent pour les autres

Source : BIU Cujas

Troisième Partie

CONFLITS DE LOIS

D'AUTORITES ET DE JURIDICTIONS

Cette partie du Cours sera divisée en deux livres qui seront intitulés :

Livre I Théorie générale de la règle française de solution des conflits

Livre II - Etude de certaines applications de cette règle

Division du Livre I

Chapitre préliminaire : Introduction à l'étude de la règle française de solution des conflits

Titre I - Détermination de la règle française de solution des conflits

Titre II - Technique de la mise en oeuvre de cette règle.

Titre III - Sanctions de la règle

Source : BIU Cujas

Livre I

THEORIE GENERALE DE LA REGLE FRANCAISE DE SOLUTION DES CONFLITS

Chapitre préliminaire

INTRODUCTION A L'ETUDE DE CETTE REGLE

Le problème que nous abordons maintenant, bien différent de ceux qui nous ont retenus jusqu'ici à propos de la répartition géographique des individus ou de la jouissance des droits, consiste à résoudre les conflits de lois, les conflits d'autorités ou les conflits de juridictions, c'est-à-dire à déterminer comment on acquiert, comment on exerce les droits dont on a la jouissance. Nous supposons donc le problème de la jouissance des droits résolu. La question se pose de savoir comment on met en oeuvre les droits dont on peut avoir la jouissance. La réponse à cette question implique la détermination tantôt d'une loi, tantôt de l'intervention d'une autorité, tantôt que l'on s'adresse à une juridiction. L'ensemble des conflits se réfère toujours à l'un de ces trois points : ou une loi, ou une autorité, ou une juridiction à déterminer.

Définition du problème

Toute cette branche du Droit international privé repose sur un postulat de base sans lequel elle n'existerait évidemment pas. Il est admis que l'on doit faire une certaine place aux compétences étrangères ; si l'on n'admet pas ce postulat de départ, il n'y a plus aucune question. C'est un fait historique et universel que l'on admet dans une certaine mesure, plus ou moins large, l'intervention des lois, des autorités ou des juridictions des pays étrangers. Mais on ne l'admet que dans la mesure que l'on détermine soi-même. C'est une donnée que nous

Le postulat de base

Source : BIU Cujas

déjà rencontrée mais qu'il est bon de rappeler au début de cette étude. La branche du Droit international privé qui s'occupe des conflits n'est pas du droit international ; il n'y a pas à l'heure actuelle de droit en vigueur sur ce point dans les rapports des Etats et qui leur crée des obligations. Ce que l'on appelle Droit international privé n'est que la partie du droit interne qui, dans chaque pays, s'occupe de résoudre les conflits. Chaque pays résout donc librement ces conflits par une règle de son droit interne, ce qui fait que l'on est en présence d'un droit essentiellement national. On pourrait appliquer ici la fameuse maxime de Beaumanoir "chaque baron est maître dans sa baronnie". Chaque pays reste encore souverain dans l'élaboration des règles de solution des conflits.

Au début du XVIIIème siècle, un auteur dont nous aurons plus d'une fois à citer le nom, Boullenois, comparait la loi étrangère aux divinités locales des anciens dont on disait que l'autorité expirait complètement aux limites de la localité dans laquelle on célébrait leur culte. Donc chaque Etat a son entière liberté et indépendance, il élabore des règles de droit international privé, il cherche à les adapter le mieux possible, le moins mal possible aux événements. Ici, nous prendrons encore une comparaison chez Boullenois que ce dernier a lui-même empruntée à Plutarque. On avait demandé à un ouvrier comment il s'y prendrait pour confectionner une coiffe destinée à la lune et il avait répondu "cette coiffe, je la ferai de façon qu'elle puisse tantôt s'agrandir et tantôt se rétrécir". Telle doit être dit Boullenois, la règle de solution des conflits pour livrer plus ou moins passage aux lois étrangères.

Voici les diverses questions d'ordre général qui vont constituer le fond de ce chapitre préliminaire :

Section I - Quelques problèmes de vocabulaire.
Section II - Délimitation du problème des conflits.
Section III - L'autonomie ou l'indépendance des règles de solution des divers conflits.
Section IV - La méthode dans l'élaboration de la règle de solution des conflits.
Section V - La portée de cette règle.

Source : BIU Cujas

Section I

Quelques problèmes de vocabulaire.

Nous allons rencontrer un certain nombre d'expressions qu'il faut définir une fois pour toutes. Comme elles reviendront sans cesse au cours de cette étude il est indispensable d'être bien fixé sur leur sens afin de ne pas les employer comme on a quelquefois tendance à le faire, dans des sens vagues, imprécis ou erronés.

Il y a tout d'abord deux expressions fondamentales qui forment une antithèse : ce sont celles de territorialité et d'extra-territorialité. Dans quel sens faut-il les employer ? Dans quel sens seront-elles ici toujours prises ?

La territorialité application à un fait de la loi du lieu où il se produit

La territorialité. Elle signifie que tout fait qui se produit dans un certain pays relèvera de la compétence de celui-ci. Un fait qui s'est produit dans un pays, relève de la compétence de ce pays, c'est-à-dire de ses lois, de ses autorités ou de ses juridictions. Un fait se produit en France, un accident par exemple, il est soumis à la loi française; c'est un cas de territorialité. Le fait s'est produit sur le territoire, il entraine la compétence française. La loi française va en régir les conséquences.

On peut citer comme application de la territorialité le régime de la propriété immobilière. Tout immeuble situé sur le territoire français relèvera de la compétence française ; c'est un fait matériel qui se situe sur notre territoire et qui entraine la compétence de la loi ou des autorités ou des juridictions françaises.

L'extra-territorialité.

Qu'est-ce que l'extra-territorialité. L'extra territorialité se produit quand un fait qui a lieu dans un pays ne tombe pas sous sa compétence. Par exemple un fait se produit en France et il ne tombe pas sous la compétence française ; ou bien un fait se produit à l'étranger, mettons en Belgique et il ne tombe pas sous la compétence belge, mais sous la nôtre. Il faut bien qu'il tombe sous une certaine compétence. Alors si tel fait ne tombe pas sous la compétence du pays où il se produit, il va donc tomber sous la compétence d'un autre pays. Cette

Source : BIU Cujas

compétence sera extra-territoriale puisqu elle s'étendra en dehors du territoire

Nous allons prendre un cas dans lequel cette extra-territorialité est admise. Il s'agit d'un belge qui veut faire un acte juridique en France ; on doit apprécier sa capacité de contracter. C'est une matière dans laquelle, bien que le fait se passe en France puisque le contrat va se conclure sur notre territoire, on n'appliquera pas la loi française à la capacité de ce belge ; on appliquera la loi belge. Et ainsi pour les lois de tous les pays étrangers. Donc la loi française ne sera pas territoriale, puisqu'elle ne va pas régir un fait qui pourtant se produit en France, mais la loi étrangère sera extra-territoriale puisqu'elle va s'étendre à un fait qui se produit en dehors de ses frontières.

Voici maintenant, toujours dans le domaine de l'extra-territorialité, la situation inverse. Un Français se trouve à l'étranger et fait un contrat : un mineur ou une femme mariée font un contrat. Si la loi étrangère était territoriale, elle régirait ce contrat puisqu'il s'est passé sur ce territoire ; si elle ne l'est pas c'est la loi française qui va régir ce contrat fait par un Français hors de France. La loi française va donc s'appliquer en dehors de la France : elle sera extra-territoriale puisqu'elle va s'appliquer à quelque chose qui ne se produira pas chez nous. Inversement le juge du pays étranger appliquera une loi étrangère à un fait qui pourtant s'est produit sur son territoire.

Pour résumer : quand un fait se produit dans un pays et qu'il obéit à la loi de ce pays, il y a territorialité ; quand un fait se produit dans un pays et qu'il obéit à la loi d'un autre, il y a extra territorialité puisque la loi d'un territoire sort de ce territoire pour s'appliquer au-delà.

Extra-territorialité et exterritorialité

Il est essentiel de distinguer : c'est une petite manœuvre de langage mais qui recouvre des choses très différentes dans la pratique : l'expression extra-territorialité et l'expression d'exterritorialité. L'expression exterritorialité est employée depuis longtemps en droit des gens ; elle est consacrée pour désigner certaines situations spéciales comme celles des légations, ou des navires de guerre qui se trouvent dans les eaux de pays étrangers. Il est admis et consacré que la souveraineté locale ne s'exerce pas sur les légations ou ambassades, pas plus que sur leurs agents, ni sur les navires de guerre qui se trouvent dans des eaux étrangères. On appelait cela autrefois la fiction d'exterritorialité. On feignait que l'ambassade ou la légation ne se trouvaient pas dans le pays où elles se trouvaient mais dans le pays auquel appartenait l'ambassadeur ou le ministre ; ou bien le navire de guerre, malgré ses voyages,

Source : BIU Cujas

était toujours considéré comme un morceau du sol du pays qui l'envoyait. L'explication par la fiction est d'ailleurs aujourd'hui rejetée à peu près par tout le monde. L'exterritorialité n'est qu'une expression malencontreuse, destinée à justifier un résultat indispensable dans les relations internationales.

Dans le même sens on pouvait encore citer les concessions européennes en Chine qui étaient considérées au point de vue de l'autorité comme relevant entièrement des autorités européennes qui exerçaient, dans ces concessions - par exemple Shanghai - tous les pouvoirs, on parlait de l'exterritorialité de ces concessions.

Bref, l'expression d'exterritorialité est un mot du droit des gens, celle d'extra-territorialité est un terme du droit international privé. Il ne sera parlé ici que de l'extra-territorialité et non de l'exterritorialité.

Lois personnelles et réelles

Voici maintenant d'autres distinctions à définir, des termes que l'on rencontre constamment : le terme "lois personnelles" et le terme "lois réelles".

Ces termes de lois personnelles ou de lois réelles peuvent être pris - et d'ailleurs ont été pris au cours du développement historique - dans deux sens : l'un qui est le sens exact, l'autre qui ne l'est pas mais qui néanmoins a été très répandu chez beaucoup d'auteurs. Le sens diffère selon que l'on envisage l'objet d'une loi ou son étendue d'application.

Les lois d'après leur objet

Définissons d'abord les lois d'après leur objet, c'est-à-dire d'après ce qu'elles recouvrent, ce à quoi elles se réfèrent : les lois sont les unes personnelles, les autres réelles.

Les lois personnelles - dans l'ancien droit on les appelait statuts personnels - sont les lois qui ont pour objet le droit des personnes. Une loi personnelle ou un statut personnel d'après son objet, c'est une loi qui se réfère par exemple au mariage, à l'état des personnes, à leur capacité.

Les lois réelles - statuts réels - sont celles qui, d'après leur objet, se réfèrent au droit des biens ; elles ont pour objet les choses, les res, d'où le mot lois réelles.

Ainsi donc, d'après leur objet, certaines lois concernent les personnes et d'autres concernent les choses.

Or, dans toute la littérature historique du droit international privé, on trouve cette opposition des lois personnelles et des lois réelles, c'est pourquoi il faut connaître la signification de ces deux termes.

Les lois d'après leur étendue d'application

Mais petit à petit, les auteurs de l'ancien droit - et cette habitude de langage n'est pas encore aujourd'hui

Source : BIU Cujas

complètement abandonnée - ont pris l'habitude de donner à ces termes lois personnelles et lois réelles une signification qui est entièrement différente et indépendante de leur objet. Ils considèrent qu'une loi personnelle est une loi qui suit la personne, c'est-à-dire une loi extra-territoriale. Lorsqu'une personne se trouve en pays étranger, qu'elle reste soumise à la loi de son pays d'origine, par exemple pour sa capacité, cette loi qui le suit ainsi est une loi personnelle. D'autres lois, celles qui concernent les biens, sont strictement territoriales, d'où l'on a fini par appeler lois réelles ou statuts réels les lois territoriales.

Il s'est ainsi établi une sorte de synonymie dans la littérature, entre d'une part territorialité et réalité et, d'autre part, entre extra-territorialité et personnalité. Les auteurs de l'ancien Régime appellent leurs oeuvres "Traité de la personnalité et de la réalité des lois"; c'est en somme tout simplement un traité qui a pour but de s'occuper des lois qui, dans leur étendue d'application, sont extra-territoriales et de celles qui sont territoriales.

Il faut prendre garde à ce double sens. Selon le contexte, l'expression loi personnelle ou loi réelle signifiera loi qui a pour objet la personne ou les choses ; mais elle pourra aussi et très souvent concerner, - chez certains auteurs et quelquefois même encore dans les arrêts modernes où l'on verra "telle loi est une loi personnelle" ou "telle loi doit recevoir une application de personnalité", - l'étendue d'application. La personnalité signifiera l'extra-territorialité et la réalité signifiera la territorialité.

Restent encore un certain nombre d'expressions courantes sur le sens de chacune desquelles il faut avoir des idées précises.

Loi nationale

Loi nationale. Constamment on parle de la loi nationale. Les individus sont soumis à la loi nationale, la loi nationale régit telle ou telle institution. Quelle est la signification du terme loi nationale ? Loi nationale signifie : loi du pays dont l'individu considéré a la nationalité. La loi nationale du Français est donc la loi française ; la loi nationale de tel étranger est la loi du pays dont il porte la nationalité. Il ne faut jamais employer le terme "loi nationale", comme on le fait quelquefois, pour désigner la loi du pays dans lequel se déroule un procès ; évidemment le juge français doit obéir aux lois françaises mais quand il applique une loi étrangère, ce peut-être la loi nationale ; quand c'est la loi du pays dont l'individu en question porte la nationalité, dans les matières où l'on suit la loi sur la nationalité de l'individu. Il n'y en a pas beaucoup, mais il y en a un certain nombre.

Source : BIU Cujas

C'est dans ce sens unique qu'il faudra toujours prendre l'expression loi nationale : loi du pays dont l'individu a la nationalité dans les quelques matières qui sont soumises aux lois des individus, qui sont alors des statuts personnels, qui sont donc des lois extra-territoriales.

lex rei sitae

Autre expression : lex rei sitae : la loi du lieu de la situation. Quand on emploie l'expression lex rei sitae on veut dire qu'on appliquera la loi du pays où la chose considérée est située. C'est la compétence du pays dans lequel une chose est située. Si l'on décide de soumettre les successions immobilières à la lex rei sitae, cela veut dire : les successions seront soumises à la loi du pays où le défunt a laissé ses biens.

lex loci actus

Autre expression qui se réfère à la forme des actes : lex loci actus : la loi du lieu de l'acte ; d'où une règle classique qui s'appelle la règle locus regit actum : c'est à dire le lieu détermine la forme de l'acte et qui est symétrique à une autre règle du droit interne rencontrée dans les conflits dans le temps : tempus regit actum ; un acte est soumis à la loi en vigueur au moment où il est fait. lex loci actus veut dire : la loi du lieu du pays où un acte est dressé ; elle vise les formes extrinsèques des actes. Loi le mot acte est pris dans le sens d'acte instrumentaire, non pas dans le sens de negotium juris, mais dans le sens intrumentum juris, c'est-à-dire acte écrit. Si l'on fait un acte dans un pays étranger, quelle est la forme que l'on veut ou que l'on doit suivre ? Si l'on applique la lex loci actus, cela voudra dire que ce sont les formes en vigueur dans le lieu où l'acte sera dressé.

Loi du domicile

La loi du domicile : c'est la loi en vigueur dans le pays du domicile de l'individu à propos duquel une question se pose. Si l'on dit par exemple que telle portion des successions est soumise à la loi du domicile, cela voudra dire à la loi en vigueur dans le pays où l'individu décédé avait son domicile au moment du décès. A propos des successions, nous rencontrerons une grande règle du droit international privé : la règle "mobilia sequuntur personam", les meubles suivent la personne, règle qui nous vient de l'ancien droit et qui signifie : les meubles sont soumis à la loi du domicile du défunt.

Lex fori

Lex fori : la loi du tribunal. Dans un très grand nombre d'hypothèses, la loi qui permettra de résoudre la difficulté ou qu'il faudra consulter sera la loi en vigueur dans le pays où siège le juge saisi de la

Source : BIU Cujas

question. On exprime cela en disant que l'on consultera la lex fori. Quand donc on trouvera dans une décision dans un livre dans un texte l'expression "lex fori" elle désignera la loi en vigueur dans le pays où un procès s'élève, la loi du juge. Lorsque le juge doit consulter et appliquer sa loi, il consulte, il applique la lex fori.

Les trois compétences

En ce qui concerne les diverses compétences, il suffira de rappeler d'un mot qu'il y a trois sortes de compétences : la compétence législative, la compétence judiciaire et la compétence des autorités.

La compétence législative est la détermination de la loi applicable. Compétence quant à la législation. Donc un problème de compétence législative est un problème de recherche de la loi applicable.

La compétence judiciaire est la compétence du tribunal qui pourra connaître d'une action. Un problème de compétence judiciaire est donc la recherche de la compétence juridictionnelle.

Enfin la compétence des autorités est la détermination de l'autorité publique à laquelle il faut s'adresser pour ce qui intéresse les actes, ou pour qu'elle intervienne dans une question de droit.

Tous les conflits se ramènent toujours à la recherche de l'une ou de l'autre de ces compétences, quelquefois des deux, quelquefois même des trois réunies : la compétence législative pour la recherche de la loi applicable ; la compétence judiciaire ou recherche du pays dont le tribunal sera compétent ; la compétence des autorités ou recherche du pays auquel appartiendra l'autorité devant laquelle on devra se présenter pour faire un certain acte.

Pour terminer cette revue de vocabulaire, une dernière expression est à définir sur la portée des règles du conflit : que faut-il entendre par universalisme ou particularisme ?

L'universalisme

L'universalisme qui règle le conflit veut dire qu'une règle de conflit est suivie dans un très grand nombre de pays. Si l'on arrivait à faire accepter une même règle de solution des conflits dans un grand nombre de pays, cette règle serait dotée d'un certain universalisme, comme le sont toutes les règles du droit des gens qui sont universelles. Si l'on pouvait faire suivre dans un grand nombre de pays une même solution dans un certain cas, il y aurait universalisme de la solution. D'où, dans les idées et dans les doctrines une école importante qui s'appelle l'Ecole universaliste : elle cherche à dégager des solutions qui sont les mêmes

Source : BIU Cujas

dans un certain nombre de pays et à faire signer des traités d'union pour tâcher de les consacrer.

Le particularisme

A l'universalisme s'oppose le particularisme, c'est-à-dire le fait que chaque pays possède ses règles de solution qu'il applique pour lui et qui ne sont applicables que chez lui. Il n'y a donc aucun effet des règles de solution d'un conflit d'un pays dans l'autre. L'un soumettra les successions à la loi A, l'autre à la loi B, un troisième à la loi C. Chacun suivra son système ; il n'y aura aucun universalisme de solution. Suivant que l'on passera d'un pays dans l'autre, la solution du problème sera différente, ce qui fait que des individus peuvent être mariés dans un pays, ne plus l'être dans l'autre, l'être de nouveau dans le troisième, être divorcés dans l'un, séparés de corps dans le second, etc. puisque les pays ne suivent pas les mêmes règles quant à la loi applicable, quant aux solutions des conflits. C'est la conséquence du particularisme.

Section II

Délimitation des problèmes de conflits.

Il s'agit de déterminer une compétence quelconque pour pouvoir exercer un droit qui vous appartient. Il faut donc supposer par hypothèse, puisqu'on est à la phase de l'exercice d'un droit, que l'on en possèdait déjà la jouissance, car il est impossible, techniquement parlant, d'exercer un droit si l'on n'en a pas déjà la jouissance, c'est-à-dire l'aptitude à en être le sujet, l'aptitude à en être le titulaire.

Distinction du problème de la jouissance d des droits et du problème de conflits

Tout droit quel qu'il soit implique toujours deux questions : a-t-on la jouissance de ce droit ? Et si l'on en a la jouissance se pose le deuxième problème principal : alors il faut acquérir ce droit. Une personne par exemple a la jouissance du droit de devenir propriétaire, mais cela ne la rend pas propriétaire ; encore faut-il qu'elle fasse un acte qui la rende propriétaire, c'est-à-dire un échange, une vente ou bien un acte de donation. On n'est pas propriétaire si l'on n'a pas la jouissance de ce droit mais la jouissance de ce droit à elle seule ne suffit pas.

Les problèmes de jouissance des droits, nous les connaissons : ce sont tous les problèmes dits de condition des étrangers

Source : BIU Cujas

Intérêt de la distinction quant à la loi applicable

Il est fondamental - et si nous employons cette expression, c'est parce que la confusion a été faite très fréquemment, et qu'heureusement la doctrine moderne a contribué à remettre chaque notion bien à sa place - il est fondamental de ne pas confondre les questions de jouissance des droits et les questions d'exercice des droits. L'intérêt qu'il y a à ne pas les confondre et à les séparer bien nettement est que les questions de jouissance des droits et les questions d'exercice des droits n'obéissent pas aux mêmes règles. Les questions de jouissance des droits obéissent toujours invariablement à la loi du pays où l'on veut se prévaloir d'un certain droit ; un individu ne peut se prévaloir d'un certain droit en France que s'il en a la jouissance d'après notre loi.

Nous savons qu'à cet égard, il y a des distinctions à faire entre Français eux-mêmes et Français et étrangers ; il y a des droits dont la jouissance sera refusée aux étrangers ; très peu d'ailleurs dans le domaine des droits privés, sous réserve de l'hypothèque légale de la femme mariée, il n'y a tout de même pas beaucoup de droits privés refusés aux étrangers En tout cas, dans chaque pays, il y a où il peut y avoir des droits privés qu'on refuse aux étrangers.

C'est la loi de chaque pays qui peut seule déterminer quels sont les droits dont un étranger jouira : peu importe qu'il en ait la jouissance dans son pays. C'est une question de souveraineté, c'est un problème de politique de chaque pays vis-à-vis des étrangers.

Au contraire l'exercice des droits n'est pas nécessairement soumis à la loi du pays où l'on veut exercer ces droits. Si un étranger veut faireun contrat en France, nous n'appliquerons pas la loi française à la capacité de contracter de cet étranger; l'exercice de ce droit ne sera donc pas du tout soumis à la loi française. Si une société étrangère, c'est-à-dire une société de statut étranger créée à l'étranger veut faire des actes juridiques en France et que nous ayons à apprécier sa capacité ou la capacité de ses dirigeants de faire tel ou tel acte, leurs pouvoirs, la validité des délibérations prises par les assemblées, etc..., nous appliquerons la loi de la société et non pas la loi française. La loi qui régit l'exercice des droits n'est donc pas la même que celle qui résout le problème de leur jouissance. Pour savoir si une société étrangère aura en France la jouissance de tel ou tel droit, c'est toujours la loi française que nous appliquerons ; pour savoir si elle en aura l'exercice, nous appliquerons la loi qui régit cette société.

On voit donc la différence essentielle entre les problèmes de jouissance des droits et les problèmes d'exercice des droits. Voici dès lors ce qui se produit si on les confond en-

Source : BIU Cujas

tre eux ou si, ce qui arrive quelquefois, on escamote l'un d'entre eux, notamment le problème de la jouissance des droits : on risque d'accorder la jouissance d'un droit qui pourtant est refusé, ou inversement de laisser exercer un droit dont la jouissance manque.

Confusion de la jouissance avec l'exercice

Reprenons ces deux confusions possibles. Première confusion possible : en oubliant de résoudre d'abord le problème de la jouissance des droits, on risque de laisser exercer un droit dont la jouissance manque. Et nous constaterons cette confusion dans un arrêt assez récent et important, qui en montre la portée pratique : arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 21 Juin 1938. Revue 1938, p. 141.

Il s'agissait d'une succession qui comportait des biens situés en France, notamment un immeuble situé à Paris. Cet immeuble avait été légué à des évêques étrangers, aux évêques de Madrid, de Barcelone et de Buenos-Ayres. Deux questions se posaient au point de vue de cette succession. La première était celle-ci : est-ce que des évêques étrangers agissant non pas en tant qu'individus personnes physiques, mais en tant qu'évêques, c'est-à-dire en tant que représentants d'une collectivité religieuse, est-ce que les évêchés étrangers sont dotés de la personnalité morale, est-ce que le diocèse est doté dans le pays étranger, de la personnalité morale ? Il y a des pays qui l'admettent et d'autres pays qui estiment inutile de donner cette personnalité au diocèse. Il va de soi que des évêchés ne peuvent recueillir des biens en France que s'ils sont des sujets de droit, c'est-à-dire que si on leur reconnait la personnalité morale pour l'exercice de leurs droits. Il faut donc qu'ils soient des personnes morales. C'est un problème d'exercice de droits.

Mais alors même que la loi étrangère en fait des personnes morales, ont ils en France la jouissance du droit à cette personnalité puisqu'ils sont étrangers ?

Nous avons un problème préalable : des évêchés espagnols pour nous cantonner dans la question de l'évêché de Madrid ont-ils la jouissance du droit à la personnalité en France ? La première question ne pouvait se résoudre qu'à la lumière de la loi française. Si nous répondions affirmativement à la question de jouissance pour savoir si les évêchés en question étaient des personnes morales on ne pouvait évidemment plus consulter la loi française sur la question de l'existence même de leur personnalité. Il fallait consulter la loi qui seule pouvait leur donner la personnalité morale pour l'exercice de ce droit c'est à dire pour l'évêque de Madrid et celui de Barcelone, la loi espagnole et pour l'évêque de Buenos-Ayres la loi de la République argentine.

Source : BIU Cujas

Comment a raisonné la Cour de Paris dans cette espèce Nous restons dans l'hypothèse de l'évêque de Madrid La Cour d'appel de Paris a consulté la loi espagnole et l'interprétant elle a dit que d'après la loi espagnole les évêques représentaient bien la collectivité des églises de leur diocèse, ils avaient la personnalité morale et la capacité de recueillir des successions Et par là elle a reconnu ce droit de recueillir une succession en France à ces évêques Mais elle n'a oublié qu'une question préalable essentielle Alors même que la loi espagnole donnait en Espagne aux évêques espagnols la personnalité morale sur le terrain de l'exercice des droits encore fallait il qu'au préalable en France nous leur concédions quoique étrangers la jouissance du droit à la personnalité La question a été complètement omise et l'ayant omise, on a reconnu aux évêques un droit dont il n'est pas certain que ceux ci pouvaient se prévaloir Voilà la conséquence très dangereuse de cette confusion faite entre les deux problèmes

Nous reprendrons une autre application un peu plus ancienne qui remonte à 25 ou 30 ans. Il s'agissait de ce que l'on appelle dans le droit ecclésiastique suisse un bénéfice cure Le bénéfice cure d'une ville de Suisse était en Suisse doté de la personnalité morale Il se présente en France devant les tribunaux et la question se pose de savoir s'il peut ester en justice comme tel c'est-à dire comme représentant de la collectivité ecclésiastique qui est la sienne. Deux questions se présentaient logiquement : est-ce qu'une personne morale ecclésiastique étrangère a la jouissance du droit à la personnalité en France ? -problème de condition des étrangers - et ce problème étant résolu affirmativement possède-t-elle effectivement la personnalité morale ? -question d'exercice des droits qui, elle ne pouvait être résolue qu'à la lumière du droit suisse

Or, le tribunal de Saint Julien en Genevois a tout simplement consulté la loi suisse pour résoudre les deux problèmes. Il a décidé que puisque la loi suisse reconnaissait au bénéfice cure la personnalité il pouvait ester en justice en France Le tribunal aurait dû se demander si une personne morale ecclésiastique étrangère avait en France, quoique étrangère la jouissance de ce droit

On s'est donc trouvé dans ces deux espèces omettre l'un des deux problèmes le problème préalable, le problème de la jouissance des droits Il ne faut donc pas confondre la jouissance des droits et l'exercice de ceux ci.

Confusion de l'exercice avec la jouissance

Prenons maintenant la confusion en sens inverse : celle où l'on a accordé l'exercice d'un droit à un étranger sous prétexte qu'il en avait la jouissance.

Source : BIU Cujas

On a consulté sur les deux tableaux la loi française qui résolvait le problème de la jouissance des droits. Supposons que notre loi accorde la jouissance d'un droit à un étranger, il faut maintenant qu'il en ait l'exercice et, pour l'exercice de ce droit on pourra consulter la loi qui est compétente. Ce peut être s'il est étranger la loi étrangère.

Supposons que nous accordions la jouissance du droit à une personnalité ecclésiastique étrangère. Donc les évêchés espagnols, les bénéfices cures de la Suisse ont la jouissance du droit à la personnalité en France. Mais est-ce que cela suffit pour que cette personnalité existe ?

Il y a une deuxième question, la question d'exercice du droit : il faut qu'en Espagne pour l'évêché de Madrid, en Suisse pour le bénéfice cure, la loi donne la personnalité. Si on dit, nous accordons la personnalité morale à tel évêché donc il la possède, on oublie la deuxième question, la question de l'exercice du droit à la personnalité ; on omet la question du conflit des lois ; on ramène tout à la question de la jouissance des droits et sous prétexte que nous accordons en France la jouissance des droits, on consulte la loi française à la fois pour la jouissance et pour l'exercice du droit.

Il faudra toujours bien faire la distinction pour chaque problème question de jouissance des droits soumise à la loi française si l'on veut se prévaloir des lois en France ; ensuite question d'exercice du droit ou de conflit pour laquelle on devra consulter la loi du pays qui est compétent en matière de conflit.

Section III

Problème de l'autonomie ou de l'indépendance des diverses compétences.

Les trois compétences qui constituent la branche des conflits sont la compétence quant à la loi, la compétence quant à l'autorité, la compétence quant à la juridiction. Est-ce que ces trois compétences appartiennent nécessairement au même pays ou peuvent-elles appartenir à des pays différents ? En d'autres termes, est-ce que du fait que la loi française est compétente dans un cas, il en résulte nécessairement la compétence des autorités françaises ou la compétence des tribunaux français ? Ou bien est-ce que du fait qu'un tribunal français est compétent,

Position du problème

Source : BIU Cujas

il en résulte nécessairement la compétence de la loi française pour apprécier la question et la compétence des autorités françaises pour intervenir. Est-ce que ces trois compétences doivent être toujours celles d'un seul et même pays ou peuvent elles se répartir entre plusieurs pays ? C'est le problème de l'autonomie ou de l'indépendance des diverses compétences

Nous sommes ici en présence de deux règles. L'une de ces règles est la dissociation en principe des compétences législative et judiciaire ; la deuxième règle est l'association indivisible des compétences des autorités judiciaire et législative

Dissociation des compétences législative et judiciaire

Première règle : dissociation de principe des compétences législative et judiciaire.

Le postulat du droit international privé est que l'on accepte dans un pays de faire une certaine place à la compétence des autres pays. Cela implique donc une dissociation des compétences législative et judiciaire. Si l'on ne veut pas faire cette dissociation, c'est donc qu'on se déclarera toujours compétent, que jamais on n'admettra une compétence étrangère. Si l'on rejette cette idée de base, jamais un tribunal français ne pourra appliquer une loi étrangère ou inversement, il devrait toujours se déclarer incompétent lorsque la loi étrangère serait applicable.

Evolution historique

Or, à cet égard, dans son développement historique, le droit international privé est passé par trois phases. Une première phase a été celle de l'absolue territorialité, chacun chez lui ne connait que ses lois, ses autorités, ses juridictions.

A cette première phase en a succédé une deuxième dans laquelle un tribunal ne peut pas appliquer d'autres lois que la sienne, mais si sa loi n'est pas compétente, si c'est la loi d'un pays étranger, il se déclare lui-même incompétent, il laisse le pays étranger statuer dans la question. Donc, dans cette phase un tribunal français ne se déclarera compétent que si la loi française est applicable et toutes les fois que la loi française lui semblera inapplicable il dira : "je n'applique pas la loi étrangère" Dans cette phase aucun tribunal n'applique la loi étrangère, mais il se déclare incompétent si la loi étrangère est applicable

La troisième phase, dans laquelle nous nous trouvons la phase de dissociation qui est un stade beaucoup plus raffiné du droit avec une répartition des compétences. Les tribunaux d'un pays se déclareront compétents dans un assez grand nombre de questions et n'appliqueront pas leur loi, mais appliqueront

Reproduction interdite

Source : BIU Cujas

la loi étrangère. Par exemple, pour prendre un problème en matière d'état : deux époux étrangers qui ne s'entendent pas veulent divorcer ; nos tribunaux se déclareront compétents pour connaître de leur divorce et pour le prononcer, mais ils appliqueront la loi du pays auquel appartiennent ces époux pour voir si la cause de divorce existe, d'après les conditions admises dans ce pays. Les époux appartiennent à un pays qui rejette le divorce : ils ne pourront pas divorcer bien qu'ils le demandent à un tribunal français. La dissociation va se faire entre le tribunal qui sera saisi de l'affaire et d'autre part, la loi dont il fera l'application au cas dont il est saisi. C'est le stade qui est actuellement suivi dans tous les pays : stade de dissociation des compétences législative et judiciaire.

Mais il a été très long à se préciser : et au XIXème siècle on doit citer parmi les jurisconsultes qui ont exercé une très grosse influence pour cette dissociation indispensable, le jurisconsulte Savigny. Si cette dissociation n'existait pas la vie juridique internationale serait compliquée ou parfois même complètement paralysée. En effet, si un juge ne pouvait appliquer que sa loi, il faudrait donc toujours aller saisir le juge du pays dont la loi serait applicable : toutes les fois par exemple que la loi étrangère serait applicable, il faudrait aller dans le pays étranger pour saisir le juge. Or, il y a des procès dans lesquels il n'y a pas une loi applicable, mais peut-être deux peut-être davantage. Nous allons reprendre notre exemple pour le montrer.

Supposons que par le jeu des lois modernes de certains pays dont la nôtre d'ailleurs, et nous l'avons critiquée précédemment : les deux époux n'aient pas la même nationalité ; la femme appartient à un pays qui admet le divorce : par exemple une femme de nationalité belge - et elle a épousé un Espagnol qui appartient à un pays où le divorce n'existe pas. Ils saisissent le tribunal français de leur action en divorce : celui-ci évidemment se trouve en présence de deux lois étrangères. S'il disait aux époux : "non, je n'applique pas la loi étrangère : allez dans votre pays", une question se pose : dans lequel ? S'ils vont en Belgique le juge dira : "oui, mais le mari est Espagnol" et s'ils vont en Espagne le juge dira : "oui, mais la femme est belge".

Prenons maintenant un exemple dans l'ordre du commerce ou de l'industrie. Supposons un contrat international passé entre deux ou trois maisons qui appartiennent à des pays différents ; survient une difficulté au sujet de l'exécution du contrat, on veut saisir le juge de l'un des pays, or il y a peut-être trois pays qui sont compétents, parce qu'il y a trois sociétés différentes qui sont intervenues dans le contrat. On ne trouverait jamais de juge pour statuer dans ce procès.

Source : BIU Cujas

C'est dire qu'il faut faire la dissociation du juge qui statue et des pays dont les lois sont applicables. Un juge français peut, dans une seule et même affaire appliquer selon les plaideurs, selon les problèmes et les questions, deux, trois ou quatre lois de pays différents. Cela se produit couramment.

Cette dissociation des compétences législative et judiciaire est aujourd'hui absolument consacrée. Elle ne se discute pas, ni en doctrine, ni même en jurisprudence ; tout le monde l'admet.

Atténuations au principe

Seulement comme toujours le principe étant absolument consacré, il y a des situations dans lesquelles certaines incidences de l'une des compétences vis-à-vis de l'autre sont susceptibles de se produire. Il n'y a pas entre ces deux compétences - législative et judiciaire - une cloison étanche et de temps à autre certaines infiltrations juridiques se produiront de l'un des problèmes vers l'autre, qui auront pour conséquence d'amener un retour à une liaison des deux compétences. Cette double incidence peut s'exercer de la juridiction sur la loi ou de la loi sur la juridiction.

Influence de la juridiction sur la loi.

Cette influence de la juridiction sur la loi signifie que, malgré le principe de la dissociation des compétences, la circonstance que le juge d'un pays est saisi - par exemple le juge français - va nécessairement exercer une certaine incidence sur la loi qui sera appliquée à ce procès. Quelles sont ces incidences ? Nous n'en citerons que deux.

La règle de conflit dépend de la lex fori

1 - Le juge français va nécessairement appliquer le système français de solution des conflits. Voilà déjà une certaine incidence de la juridiction sur la loi ; le système français de solution des conflits va déterminer la loi applicable. Or, comme chaque pays a son système, il y a ainsi une influence exercée par le pays dans lequel on fait son procès. C'est pourquoi dans la vie internationale, on cherche souvent à saisir le tribunal d'un pays plutôt que d'un autre, parce qu'on sait très bien que dans tel pays on suit telle loi pour la solution des conflits et que dans un autre, on suit une loi différente.

Un exemple le fait immédiatement comprendre. Il y a des pays dans lequels on soumet la capacité des personnes à leur loi nationale. Il y en a tout autant dans lesquels on soumet l'état et la capacité des personnes à la loi de leur domicile. Mais une personne peut avoir intérêt à saisir le juge du pays

Source : BIU Cujas

de son domicile, parce qu'elle sait que la loi de ce pays lui est plus favorable. Supposons qu'elle veuille divorcer et que dans le pays de son domicile on puisse divorcer alors que dans le pays de sa nationalité on ne le peut pas. Elle a intérêt à faire son procès dans le pays de son domicile. Le fait qu'on choisit un juge d'un pays plutôt que d'un autre déclenche des règles de conflit différentes : compétence de la loi nationale dans l'un, compétence de la loi du domicile, dans l'autre. C'est pourquoi il y a des procès si nombreux dans les rapports internationaux sur la compétence judiciaire. On cherche surtout à obtenir que le tribunal d'un certain pays accepte de faire votre procès et l'autre plaideur fait des efforts désespérés pour échapper à ce tribunal, en soulevant des exceptions d'incompétence. Il y a peut-être plus de décisions sur la question de compétence judiciaire que sur la loi applicable, car ce que l'on veut surtout, c'est obtenir la compétence d'un tribunal ou échapper à la compétence d'un tribunal parce que chaque juge applique le système de solution des conflits qui est en vigueur chez lui.

En France, les tribunaux ne peuvent pas appliquer d'autre solution des conflits que celle qui est applicable en France. Il y a donc une certaine incidence sur la législation qui sera appliquée.

2 - Une deuxième incidence est à emprunter à une matière que nous étudierons plus tard longuement, c'est ce que l'on appelle l'ordre public.

L'ordre public est celui de la lex fori

L'ordre public est constitué par les notions juridique irréductibles sur lesquelles nous ne pouvons pas admettre de transaction. De sorte que lorsque l'ordre public français est en cause - et ce que nous disons de la France vaut pour tous les pays - nous n'appliquerons jamais la loi étrangère contraire, alors même que normalement nous devrions l'appliquer.

Supposons qu'il s'agisse d'une question de divorce ; en matière de divorce on suit la loi nationale des époux. L'un d'entre eux invoque comme cause de divorce l'état de folie de son conjoint ; cette cause de divorce est admise par la loi étrangère, il semble donc qu'on devrait prononcer le divorce si vraiment cette cause de folie existe. Or, en France on considère que la demande en divorce basée sur la folie du conjoint, c'est-à-dire sur un état de maladie du conjoint, heurte l'ordre public et jamais nos tribunaux ne prononceront un pareil divorce.

Voilà donc une dérogation, on aurait dû appliquer la loi des époux mais on s'y opposera parce que, en France, il y a un certain nombre d'idées en matière de mariage qui sont irréductibles. Si les époux avaient choisi le juge d'un autre pays

Source : BIU Cujas

celui-ci aurait peut-être statué différemment mais du fait qu'ils se sont adressés au juge français, la notion d'ordre public va ici intervenir.

Il y a là une incidence, une influence exercée par le pays du procès sur la solution qui sera donnée à celui-ci.

Autre exemple : il s'agit d'un enfant adultérin, de nationalité étrangère comme ses parents et qui a été légitimé dans un des rares cas où en France il n'aurait pas pu l'être ; est-ce que cet enfant adultérin ainsi légitimé conformément à sa loi étrangère va pouvoir invoquer en France sa qualité d'enfant légitime, par exemple dans une succession ? La Cour de cassation a répondu non. La légitimation des enfants adultérins en dehors des cas où la loi française l'admet heurte notre ordre public. Par conséquent si le procès est fait en France, l'ordre public français va établir une sorte de barrage. Si on avait fait le procès dans un pays étranger qui a une conception plus large de la légitimation, l'enfant aurait peut-être triomphé. Le pays du procès influe donc sur la solution, puisque le juge est tenu d'observer la loi en vigueur, la lex fori.

De même un enfant a été adopté en pays étranger dans un cas où il n'aurait pas pu l'être en France - En France on ne peut pas adopter un enfant quand on en a soi-même ; or, il est adopté dans un pays étranger où, malgré l'existence d'enfants on peut en adopter d'autres, et cet enfant se présente en France pour recueillir des biens dans une succession.

La Cour de cassation a répondu négativement : l'interdiction d'adopter des enfants quand on en possède déjà de son mariage concerne véritablement la structure de la famille, elle est d'ordre public en France. Jamais nous n'appliquerons une loi étrangère qui aille à l'encontre de cette solution.

Le fait par conséquent que le procès se soit déroulé devant un tribunal français a ici une conséquence certaine. Il en est ainsi dans toutes matières, chaque fois que l'ordre public est en jeu.

Influence de la loi applicable sur la juridiction compétente

Voici maintenant l'influence inverse : la loi applicable à une affaire va agir également sur la compétence judiciaire et une interdépendance va s'établir entre les deux compétences.

Normalement, il devrait y avoir dissociation des deux compétences, la loi applicable pouvant être celle d'un pays, le tribunal qui l'applique pouvant être celui d'un autre. Or, il se trouvera des hypothèses dans lesquelles la loi à appliquer sera telle qu'elle ne pourra être appliquée que par le tribunal qui édicte cette loi elle-même. Par exemple, si c'est la loi belge qui s'applique il n'y aura qu'un tribunal belge qui sera

Source : BIU Cujas

susceptible de l'appliquer ; il y aura nécessité de lier la loi au tribunal ou le tribunal à la loi.

Quand cela se produira-t-il ? Cela se produira tantôt par suite de nécessités d'ordre technique, et tantôt par suite de nécessités touchant à l'opportunité.

Nécessité d'ordre technique

Cas dans lesquels cette liaison des compétences, qui déroge au droit strict qui doit être la dissociation, provient d'une nécessité d'ordre technique : C'est lorsque par son contenu, par son agencement, la loi étrangère ne peut pas être appliquée par le juge d'un autre pays. Les raisons seront généralement des raisons de procédure, et le terrain classique de cette question, de cette difficulté, est celui du droit confessionnel lorsqu'on se trouve en présence de législations dans lesquelles l'élément religieux et l'élément laïque ne sont pas encore séparés.

Exemple : le mariage religieux

Il en a été ainsi en France jusqu'à la Révolution, puisque c'était l'Eglise qui règlementait la matière du mariage. Il y avait donc chez nous association nécessaire de la législation religieuse spirituelle et de la juridiction ; c'étaient les juridictions ecclésiastiques qui connaissaient seules et qui pouvaient seules connaître et appliquer ce droit de l'Eglise ; les deux choses étaient absolument liées.

La dissociation qui s'est faite chez nous et d'ailleurs dans la plupart des Etats modernes depuis longtemps n'existe pas cependant encore partout, ou tout au moins n'existait pas il y a un certain nombre d'années. Il y a des territoires où l'élément civil et l'élément religieux ne sont pas séparés ni quant à la loi, ni quant à la juridiction, c'est tout l'Islam. En Islam, le Coran régit à la fois les obligations religieuses et le droit de la famille, celui-ci n'est susceptible d'applications que par les organes religieux.

Il y a également, dans les pays où cette législation est restée applicable à un certain nombre d'individus, le droit rabbinique, qui était en vigueur encore dans certains pays qui n'avaient pas l'unité de législation. Il soulevait des problèmes assez délicats qui ont souvent défrayé la chronique de nos tribunaux, puisque l'application de cette loi ne pouvait pratiquement se faire que par les tribunaux rabbiniques eux-mêmes.

Quelle en était la raison ? C'était que l'application du droit rabbinique impliquait l'intervention de rabbins et de certains rites. Or, il est bien certain que les tribunaux civils d'un autre pays ne peuvent pas se transformer en juridictions ecclésiastiques et observer ces rites. Ils ont bien leurs rites à eux, c'est leur procédure civile, ils ne peuvent pas admettre des rites de procédure religieuse, ils sont dans l'impossibilité

Source : BIU Cujas

d'appliquer de pareilles lois ; ces lois ne peuvent être appliquées que dans les pays même où elles sont en vigueur.

La conséquence, lorsqu'on s'est trouvé en présence de semblables législations, a été l'incompétence des tribunaux des autres pays. Nos tribunaux se sont déclarés incompétents et ont dit : certes, nous devons appliquer telle loi étrangère musulmane ou rabbinique, ou telle autre, mais nous ne le pouvons pas parce que c'est une loi spécifiquement religieuse et que dans cette législation étrangère l'élément de fond du droit et l'élément de procédure sont encore trop liés. On ne peut pas confier à une juridiction civile d'un autre pays l'application de cette loi qui implique l'intervention d'un certain nombre de rites de caractère purement religieux. D'où l'incompétence des tribunaux.

L'arrêt Levinçon

La question chez nous en Droit international privé est célèbre depuis un arrêt de la Chambre civile rendu le 29 Mai 1905 (S 1906 I 161) dans l'affaire Levinçon. Il s'agissait de deux époux de nationalité russe qui vivaient fixés en France. En Russie, à cette époque le droit privé n'était pas unifié, ce qu'il est devenu depuis lors. Le droit privé n'étant pas unifié chaque groupe de la population pouvait se trouver régi par sa législation et les juifs russes étaient soumis à la législation rabbinique appliquée par des tribunaux rabbiniques. Cela étant les époux Levinçon plaident en France en matière de divorce. Il n'est pas douteux que la loi compétente pour leur divorce puisqu'il s'agissait d'époux russes était la loi russe. Mais comment les tribunaux français pouvaient-ils appliquer cette loi russe puisque c'était une loi religieuse et que d'après la loi rabbinique, telle qu'elle fonctionnait en Russie, seule une autorité religieuse rabbinique pouvait, moyennant l'emploi de certains rites et d'une certaine procédure, prononcer le divorce ?

Dans cette espèce on se trouvait donc dans une impossibilité en quelque sorte technique d'appliquer la loi étrangère. Comme on l'a fait remarquer au cours de ce procès, le juge français, en présence d'une législation semblablement confessionnelle ne peut que se voiler la face, et se refuser à l'appliquer ; il ne peut pas intervenir en pareil cas, l'audience d'un tribunal français ne peut pas se transformer en une cérémonie religieuse.

D'où la Cour de cassation a déclaré que nos tribunaux seraient incompétents. Voici les arguments donnés par la Chambre civile : d'une part la Chambre civile constate la compétence de la loi russe ; d'autre part le procès se déroule en France, par conséquent la procédure ne peut être que la procédure civile française, ce qui dans les hypothèses normales s'applique sans difficulté. On consulte la loi d'un pays étranger quant au

Source : BIU Cujas

fond et quant à la procédure civile on applique celle du pays dans lequel le procès se déroule. Si nous avons à appliquer la loi d'un pays dans lequel la législation du mariage n'est pas confessionnelle nous prenons dans cette législation les règles de fond et nous les adaptons à la procédure française.

Mais tel n'était pas le cas. Dès lors, dit la Cour, les tribunaux français sont dans l'impossibilité d'en connaître dès l'instant où les dispositions de ladite loi étrangère, soit par la juridiction qu'elle impose soit par les conditions de forme ou de fond qu'elle édicte, se trouvent incompatibles avec notre loi. Et c'est le cas de la loi qui intègre en elle les questions de fond et de procédure religieuse. Toutes les fois qu'on se trouve en présence d'une loi confessionnelle étrangère qui est encore la loi civile du pays que cette loi ne dissocie pas l'élément de fond de l'élément de procédure, il n'est pas possible que dans un autre pays, on applique cette loi confessionnelle.

Voilà donc le cas de nécessité d'ordre technique.

Nécessité tenant à l'opportunité

Passons maintenant à une deuxième hypothèse de nécessité dans laquelle le fait que la loi d'un pays sera applicable entrainera l'impossibilité par les tribunaux d'un autre pays de l'appliquer : il s'agit de nécessités tirées de l'opportunité.

Ici, il n'y a pas d'impossibilité procédurale comme celle que nous avons relevée à propos de l'affaire Levinçon ; le tribunal d'un autre pays pourrait très bien appliquer la loi, mais il y a une question d'opportunité pour que les tribunaux du pays qui édite la loi l'appliquent eux-mêmes.

Prenons l'exemple d'une loi de police. Ce qu'on appelle loi de police en droit international n'a aucun rapport avec ce qu'on appelle police en termes courants. Aux termes de l'art. 3 du Code civil on appelle lois de police les lois d'organisation administrative en général. Prenons la loi sur le registre du commerce: loi qui établit la police du commerce. Cette loi régit incontestablement tout commerce qui se fait sur le territoire français, elle entrainera automatiquement la compétence des tribunaux français pour l'appliquer.

Etant donné qu'une loi de police française s'applique on ne peut pas laisser le soin à des tribunaux étrangers d'en assurer le respect. Du moment où la police française est intéressée à la question, il faut que les tribunaux français puissent également en connaître. Voilà donc un cas où, pour des raisons d'opportunité, la compétence de la loi d'un pays entrainera nécessairement la compétence des tribunaux de ce même pays.

Il y a ainsi un certain nombre d'hypothèses qui peuvent se présenter : toutes les fois qu'une loi de police française est applicable les tribunaux français seront compétents parce

Source : BIU Cujas

qu'il faut qu'ils assurent l'application de cette loi. Il en est ainsi toutes les fois qu'entre un pays et le nôtre il y a une trop grande différence des institutions. Ceci nous ramène aux rapports de l'Islam et des pays dits de chrétienté.

Le régime des Capitulations

Pendant très longtemps il y a eu un régime spécial dans l'Islam qui s'est appelé le régime des capitulations, régime en vertu duquel les pays européens disposaient de privilèges, tout à fait considérables. Parmi ces privilèges il y avait ceux de rendre la justice pour les Français qui vivaient dans les territoires de l'Islam, et d'y faire rendre la justice par des magistrats français. C'est évidemment un privilège exorbitant, parce que l'un des premiers aspects de la souveraineté des Etats est de battre la monnaie et de rendre la justice ; et on ne laisse pas facilement un souverain étranger installer des tribunaux sur son territoire pour y rendre la justice.

Or, depuis plusieurs siècles, en vertu du régime des Capitulations, les consuls qui n'étaient pas seulement des fonctionnaires de l'ordre administratif, mais également de l'ordre judiciaire, rendaient la justice. Il y avait des tribunaux consulaires, le consul statuant assisté de deux notables de la colonie française.

Ce régime qui apparut extrêmement lourd aux pays musulmans a disparu petit à petit. Sa disparition pour l'Egypte, a été marquée par les accords de Montreux signés en 1937 ; l'art 10 de ces accords du règlement d'organisation judiciaire organise une liaison entre la loi applicable et la juridiction. Les ressortissants des anciens pays capitulaires - car les accords de Montreux ont été signés par la plupart des pays européens, France, Allemagne, Grande-Bretagne, Italie, Espagne, etc... en vertu de ces accords, seront soumis pour un certain nombre de matières à leur loi nationale, c'est-à-dire pour les Français à la loi française ; et ce sont des tribunaux français, mais siégeant en France et non plus en Egypte, qui appliqueront cette loi.

S'il en est ainsi c'est à cause de la trop grande différence de développement entre le droit indigène et le droit des pays de chrétienté, puisque le droit musulman est essentiellement un droit confessionnel. Toutes les fois que la loi française sera applicable à des Français en matière de statut de la personne, elle entraînera l'incompétence des tribunaux égyptiens, et la compétence au contraire des tribunaux français. Voilà donc un cas où , pour des raisons d'opportunité, on a lié la loi et la juridiction.

Signalons encore la convention d'établissement de Lausanne de 1923, signée entre la plupart des pays et la Turquie,

Source : BIU Cujas

qui a mis fin à la Grande guerre avec la Turquie. Ses dispositions sont identiques : compétence de la loi nationale des individus dans un certain nombre de matières et incompétence des tribunaux ottomans pour l'appliquer.

En d'autres termes, le principe demeure bien qu'il doit y avoir indépendance et autonomie de la compétence législative et de la compétence judiciaire, l'une pouvant appartenir à un pays et la seconde à un pays différent. Mais exceptionnellement, un certain nombre d'infiltrations juridiques peuvent se produire de l'une à l'autre, tantôt pour des raisons d'ordre technique, tantôt pour des raisons d'opportunité.

Liaison de la compétence législative et de la compétence instrumentaire

Deuxième règle : association de principe de la compétence législative et de la compétence des autorités.

Si, en principe, la compétence relative à la loi et la compétence relative à la juridiction doivent être séparées, sous réserve d'un certain nombre d'exceptions, ici c'est le contraire : en principe, la compétence des autorités et la compétence législative sont indivisibles, l'une entraînant nécessairement l'autre.

Quelle est celle des deux qui entraîne l'autre ? C'est la la compétence des autorités qui entraîne la compétence législative. Toutes les fois qu'une certaine autorité publique est compétente, pour un acte, elle applique et ne peut appliquer que sa propre loi. La raison provient de considérations d'organisation des services publics. L'agent d'un service public est un agent de l'autorité publique, il ne peut pas appliquer d'autre loi que celle qui est en vigueur dans son pays, que celle qui préside à l'organisation du service. Un agent de l'autorité publique française ne peut pas appliquer une loi étrangère pour les services qu'il rend. Par exemple, un notaire, pour les actes qu'il dresse, est essentiellement lié par les dispositions fondamentales de l'organisation du notariat, la loi de base est la loi du 25 Ventôse, an XI et il ne peut dresser ses actes sous une autre forme que celle qui est fixée par la loi française. Le notaire est soumis à une règle professionnelle et ne peut rédiger ses actes que dans la forme prévue par la loi française. Et si on allait trouver un notaire d'un pays étranger, ce serait la même chose, il dirait : si je donne l'authenticité aux actes, c'est en raison d'un certain pouvoir que j'ai reçu de la loi de mon pays, mais cette authenticité que je donne aux actes ne peut exister qu'autant que je me conforme à ma loi.

De même l'officier de l'état civil ne peut dresser ses actes que dans la forme française ; autrement ils n'auraient aucune valeur.

Source : BIU Cujas

Donc toutes les fois qu'un acte sera dressé par une autorité publique, cette autorité publique doit nécessairement appliquer la loi en vigueur dans son propre pays.

Qu'il s'agisse donc des notaires, des autorités judiciaires, des consuls, des autorités de tutelle, des syndics de faillite, etc... la règle est la même, il y a un lien absolu entre la compétence des autorités et la compétence législative. Le seul problème est donc de déterminer l'autorité compétente pour dresser un acte.

Voilà par exemple des étrangers qui sont en France. Quelle est l'autorité devant laquelle ils doivent se présenter pour faire un acte ? Est-ce l'autorité française, est-ce l'autorité de leur pays, un consul ? C'est le seul problème qui se pose. Quand ce conflit est résolu, le second l'est aussi automatiquement. S'ils se présentent devant leur consul, celui-ci ne pourra dresser les actes que dans la forme en vigueur dans son pays, absolument comme les consuls français à l'étranger dressent les actes dans la forme ordonnée par la loi française. Si, au contraire, ils se présentent devant un fonctionnaire public français en France, celui-ci dressera leur acte dans la forme française.

Le conflit est donc simplifié, en ce sens qu'il n'y a pas à se demander quelle est la loi que l'on applique ; c'est toujours celle en vigueur dans le pays qui a investi celui qui l'applique.

Section IV

Méthode dans l'élaboration de la règle de solution des conflits.

Nous allons rencontrer ici un certain nombre de problèmes de méthode très importants et que nous retrouverons sans cesse lorsque sera exposé en détail tout le développement historique du Droit international privé.

Une opposition fondamentale se manifeste en effet, qui a existé depuis plusieurs siècles et dans les divers pays. Ce sont deux conceptions d'après lesquelles on peut envisager les problèmes pour résoudre les difficultés ; c'est soit l'esprit d'éclectisme, soit l'esprit dogmatique.

A- L'esprit d'éclectisme

A - D'abord l'esprit d'éclectisme.

Cet esprit se manifeste par deux traits principaux, essentiels : un esprit

Source : BIU Cujas

de recherche scientifique, et en second lieu un esprit de recherche désintéressée.

Esprit de recherche scientifique. - Lorsqu'on aborde la solution des problèmes de droit international privé avec une tendance éclectique, comme l'ont fait un certain nombre d'écoles historiques, on rejette tout a priori, on ne part d'aucun principe d'aucune idée générale, mais on cherche la solution la meilleure à établir d'après les principes du droit. C'est ce que l'on a pu appeler une doctrine d'esprit, en quelque sorte, académique. Elle se place sur le seul terrain des principes juridiques, et à la lumière des principes juridiques elle dégage, elle recherche la solution qui paraît découler de ceux-ci et qui est la meilleure.

Point de départ des principes du droit

Cette méthode éclectique résout dès lors - voici le point important - les conflits en faisant abstraction de toute considération d'ordre politique ; elle se laisse donc guider simplement par la raison juridique.

Esprit de recherche désintéressée. - Elle recherche la solution qui juridiquement lui paraît la meilleure, mais sans se soucier des conséquences qu'elle peut produire. Elle l'applique parce que la meilleure, abstraction faite des résultats qu'elle peut produire et notamment de ses conséquences internationales. La doctrine éclectique se place donc en quelque sorte dans la situation d'un législateur supranational, au dessus des Etats, qui chercherait à établir un droit a-national de solution des conflits.

Indifférence à l'égard des résultats

L'éclectisme conduit donc dès lors et normalement à des conceptions universalistes, c'est-à-dire qui ne sont pas faites pour un seul pays, mais qui doivent être si elles sont bonnes, suivies par tous, absolument comme la morale absolue. Ce qui est bien l'est partout. Si une solution est bonne elle doit être suivie dans n'importe quel pays.

L'éclectisme entraîne l'universalisme

Nous allons montrer les conséquences de cette doctrine par un exemple. Sur le point de savoir quelle est la loi qui doit régir l'état et la capacité des personnes, on se demandera -ce sont là les deux termes d'une alternative qui est insoluble- faut-il soumettre l'état et la capacité des individus à leur loi nationale, c'est-à-dire la loi du pays dont ils ont la nationalité, ou à la loi de leur domicile ? Quelle est celle de ces deux lois qui convient le mieux au statut personnel, au droit des personnes ?

D'après la doctrine éclectique, on cherchera, en raison

Source : BIU Cujas

d'après les principes juridiques, si c'est la loi nationale ou la loi du domicile qui convient le mieux, et selon que l'on choisira l'une ou l'autre des deux lois, on voudra que ce système soit suivi dans tous les pays.

On raisonnera un peu comme on le ferait en matière de nationalité si on voulait découvrir une sorte de critère universel de la nationalité de naissance, alors qu'on se trouve à un carrefour où aucun principe juridique ne donne la solution ; il faut choisir entre la nationalité de filiation et la nationalité de territoire, ou l'une ou l'autre, ou les deux à la fois selon les évènements et selon les pays.

La doctrine éclectique veut coûte que coûte prendre parti ou pour la nationalité de filiation ou pour la nationalité de territoire. Elle prendra parti ici, en matière de conflit de lois, ou pour la loi nationale ou pour la loi du domicile pour résoudre le statut des individus.

Or, elle oublie, en agissant ainsi, cette considération essentielle que la configuration des pays est essentiellement distincte : il y a notamment des pays d'émigration et des pays d'immigration. Il existe donc une opposition fondamentale que nous avons vue en matière de nationalité et que nous retrouvons ici. On ne peut pas résoudre le problème du statut des personnes en faisant abstraction de la configuration démographique d'un pays.

Voilà donc la conséquence de la méthode éclectique : elle est essentiellement désintéressée, c'est-à-dire qu'elle se désintéresse des conséquences de ses constructions pour les différents pays. S'il s'agit d'un pays sur le territoire duquel il y a beaucoup d'étrangers, on fait un sacrifice très grand et il peut courir des dangers graves s'il soumet le statut personnel à la loi nationale des individus, car il appliquera ainsi la loi étrangère à beaucoup de personnes situées sur son territoire au contraire si dans un pays on applique la loi du domicile, on coupe les ponts entre les pays d'origine de ces individus et ceux qui sont fixés sur le territoire d'un autre.

L'éclectisme, dans notre matière, suppose par hypothèse qu'il existe des solutions absolues qui soient possibles quelque chose comme des solutions mathématiques ou des vérités scientifiques, aussi fondées que celles qu'on peut justifier par les expériences de laboratoires. Or, nous sommes ici non pas en présence d'une science exacte, mais d'une science sociale, qui nous fait immédiatement quitter l'absolu pour entrer dans le simple relatif. L'éclectisme n'attache pas assez de place à cette considération.

Source : BIU Cujas

La conception dogmatique

B - La conception dogmatique.

La conception dogmatique, elle, part d'un a priori qu'elle affirme. Elle affirme un dogme qui, comme tout dogme ne se discute pas, ne doit pas se discuter, est une une vérité à admettre a priori, à considérer en quelque sorte comme une vérité révélée. Et, après avoir affirmé ce dogme, elle déclare que tout doit lui être sacrifié, tout doit être ramené à lui, il joue alors le rôle d'idée directrice, de ce que l'on peut appeler, d'après une expression moderne, une idée force. Il y a un dogme qui doit tout dominer et tout diriger.

Quel sera ici ce dogme ? Ce dogme - et on l'aura sans doute deviné puisqu'il traverse d'un bout à l'autre le droit international privé - c'est le caractère politique de cette branche du droit, dogme que nous avons rencontré en matière de nationalité et qui peut seul expliquer et justifier l'ensemble des solutions que nous avons rencontrées et qui sans cela seraient absurdes pour la plupart. Il y a un caractère politique du problème, parce que les intérêts en présence sont des intérêts politiques.

Par exemple, entre un pays qui exporte beaucoup de ses nationaux parce qu'il a trop de population sur son territoire et un pays qui importe des étrangers, un pays d'immigration, il y a opposition d'intérêt. Le pays qui exporte ses nationaux a un intérêt politique à les maintenir sous sa loi, parce que même quand ils sont loin de chez lui, ils restent obligés d'obéir à ses dispositions, c'est encore un dernier lien d'allégeance effective. Le pays d'immigration, au contraire, a tout intérêt à rompre ce lien pour chercher à assimiler l'élément étranger qui vient se fixer sur son territoire.

Le conflit, dans la matière du droit des personnes, qu'il s'agisse de la loi nationale ou de la loi du domicile par exemple, ne peut se résoudre qu'en fonction des intérêts politiques et s'il n'en avait pas été ainsi dans le passé, des pays auraient sacrifié leurs intérêts à de simples mystiques.

Il y a donc à la base de la solution des conflits ce que l'on peut appeler un acte de foi politique. C'est la défense de l'intégrité du pays en question, de chaque pays ; il ne s'agit pas de trouver une formule universelle, qui d'ailleurs ne sera jamais bonne pour tous les pays.

Il faut préférer la solution dogmatique

Que faut-il penser de ces deux conceptions ?

L'élément essentiel du Droit international privé comme nous l'avons déjà indiqué à plusieurs reprises est l'élément politique. Le droit n'est pas une science mathématique, ce n'est pas une science exacte, c'est une science politi-

Source : BIU Cujas

que. Donc la tendance qu'il faudra choisir sera de faire prévaloir la conception dogmatique qui ne fait que traduire en formules les exigences politiques de chaque Etat. On ne pourra pas raisonner ici comme tout à l'heure, car il faudra s'adapter aux nécessités sociales. On partira donc d'une certaine ligne de conduite qui sera la défense des intérêts nationaux dans toutes les circonstances où il y aura lieu de prendre parti sur un conflit de lois.

Il va de soi que cette conception peut appartenir à n'importe quel pays. Chaque pays doit résoudre les conflits de lois à la lumière de ses intérêts politiques. Par là même il faut éviter que cette doctrine ne soit une doctrine de déracinés qui n'attachent pas l'importance voulue aux questions de terroir.

Quelles sont les conséquences du dogmatisme ?

Le dogmatisme entraîne deux conséquences : tout d'abord le particularisme, et d'autre part l'esprit de synthèse.

Le particularisme conséquence du dogmatisme

Etant donné que le point de départ de cette doctrine est l'intérêt de chaque pays en particulier il n'y aura pas de recherche de solution universelle. On cherchera au contraire, à trouver dans chaque pays une solution qui soit adaptée à la configuration même de ce pays, et la solution qu'il faudra trouver sera celle qui conviendra le mieux à l'Etat. Au XVIIIème siècle, un célèbre auteur de droit des gens, un auteur suisse, Vattel, s'exprimait à cet égard de la façon suivante : "Les devoirs envers soi-même l'emportant incontestablement sur les devoirs envers autrui, une nation se doit premièrement et préférablement à elle-même. Tout ce qu'elle peut faire pour son territoire et pour sa perfection elle doit le faire. Lors donc qu'elle ne pourrait contribuer au bien d'une autre sans se nuire essentiellement à soi-même, son obligation cesse dans cette occasion particulière et la nation est censée dans l'impossibilité de rendre cet office".

Il en résulte que les règles de solution des conflits seront essentiellement nationales. Chaque pays a ses règles de solution des conflits. Malgré l'étiquette qu'il porte, le Droit international privé n'est qu'une branche du droit interne. Le Droit international privé est donc particulier à chaque pays, puisqu'il est subordonné aux intérêts politiques de l'Etat. Ce dogme ne peut pas conduire à un droit commun à tous les pays, chaque Etat établit son droit international privé pour lui-même uniquement, sous cette seule réserve que l'Etat a le devoir d'élaborer des règles de solution des conflits qui donnent le plus possible satisfaction aux intérêts de la vie internationale, toutes les fois qu'il le peut sans compromettre un intérêt national. Toutes les fois que ses intérêts sont saufs il doit, dans le maximum du possible, faciliter la vie internationale.

Source : BIU Cujas

Il y a un deuxième assouplissement de la rigueur de ce dogme - mais sur ce point les progrès ne sont pas très grands aujourd'hui et les tentatives qui ont été faites n'ont pas été très heureuses - c'est l'assouplissement par les traités diplomatiques.

Nous avons dit précédemment que la mesure dans laquelle on pouvait déroger par les traités à la loi d'un pays n'était pas étendue, et nous avons parlé de la loi du maximum de différence des traités diplomatiques et du droit interne. Il suffit d'y renvoyer.

Le dogmatisme implique l'esprit de synthèse

La deuxième conséquence de la doctrine dogmatique est l'esprit de synthèse.

Ici, nous trouvons l'opposition de deux méthodes, soit la méthode d'analyse, soit la méthode de synthèse. La méthode d'analyse consiste à examiner le plus d'hypothèses possible de conflits, séparément, sans lien entre elles, en les isolant, absolument comme des cas cliniques diversifiés sont traités les uns séparément des autres. La méthode analytique est une méthode qui travaille en profondeur mais qui, en approfondissant, perd évidemment le contact avec le reste.

La synthèse, au contraire, s'élève au-dessus des cas particuliers, elle consiste à dégager un certain nombre d'idées générales qui vont dominer toute la matière, et d'après lesquelles on établira les règles de solution applicables à toutes les hypothèses.

Les inconvénients de l'analyse dans la solution des règles de conflits, sont d'aboutir à une dispersion des solutions : on émiette trop les problèmes et il manque là un certain travail, ce que l'on peut appeler le travail de l'ensemblier qui harmonise les divers éléments d'une décoration.

Or, c'est un fait expérimental, c'est-à-dire un fait historique, que les méthodes dogmatiques du droit international privé ont été des doctrines de synthèse qui ont ramené l'ensemble des conflits à un certain nombre, très petit, d'idées générales. Ces idées générales une fois dégagées, toutes les solutions sont susceptibles d'être admises en fonction de ces idées générales.

Ainsi, l'esprit éclectique contribue à admettre une doctrine universaliste et une doctrine analytique ; l'esprit dogmatique conduit au contraire au particularisme et à la synthèse. Nous verrons comment ces deux manifestations - éclectisme et dogmatisme - se partagent, depuis des siècles, les diverses écoles qui se sont occupées de notre matière.

Source : BIU Cujas

Section V

Portée de la règle française de solution des conflits.

Deux problèmes se posent à cet égard : la règle de solution des conflits est-elle unilatérale, ou est-elle double ? Et, en second lieu, la règle de solution des conflits est-elle ou non subordonnée à la réciprocité ?

§ I- La règle française de solution des conflits est-elle unilatérale ou est-elle double?

Position du problème : Il s'agit de savoir si les règles qui donnent des solutions pour les conflits doivent être appliquées à la fois pour déterminer la compétence française et également pour déterminer la compétence étrangère.

Pour bien comprendre cette question, deux hypothèses doivent être examinées séparément :

Hypothèse de compétence française

1°- D'après la règle française de solution des conflits, il y a compétence française, d'une loi française, d'une autorité française ou d'une juridiction française.

Par exemple l'art. 3, al. 1 du Code civil déclare que les lois de police et de sûreté obligent tout le monde en France. Nous sommes en présence d'une loi de police, d'une loi de sûreté, par conséquent il y a compétence française. Ou bien il s'agit d'un acte de l'état civil à dresser en France, il y a encore là compétence française. Ou bien il s'agit d'un immeuble situé en France, que l'art. 3, al. 2 du Code civil soumet à la loi française. Dans ces divers cas il y a compétence d'une loi, d'une autorité ou d'une juridiction françaises. Ceci est très simple ; nous n'avons qu'à consulter cette compétence et à en tirer les conséquences.

Absence de compétence française

2ème hypothèse : notre règle de solution des conflits ne réclame pas la compétence pour la France.

Les Cours de Droit
158, Rue St-Jacques, PARIS (Vᵉ)

Reproduction interdite

Source : BIU Cujas

Il ne s'agit pas d'une loi de police de notre pays ; il ne s'agit pas d'un acte de l'état civil à dresser en France, il ne s'agit pas d'un immeuble donnant lieu à une action en revendication en France, il n'y a donc pas de compétence française. Mais alors quel sera le pays étranger dont la loi, l'autorité ou la juridiction seront compétentes ? est-ce à nous à le déterminer ? la règle française ne réclame pas la compétence pour la France, elle ne dit rien. Dans l'art. 3 du Code civil, elle déclare qu'un acte de l'état civil concernant un étranger en France doit être dressé en France comme celui des Français, mais elle ne dit rien pour les étrangers à l'étranger. Ou encore elle dit que le tribunal du lieu de la situation est compétent pour un procès en matière immobilière, mais elle ne dit rien dans le cas où il s'agit d'un immeuble situé à l'étranger.

Que faut il alors décider ? Le problème ici consiste à se demander si la règle française de solution des conflits détermine et doit déterminer uniquement les cas de compétence française en se désintéressant des autres, ou si elle détermine et doit déterminer également les cas de compétence étrangère. Si elle ne détermine que les cas de compétence française en se désintéressant des autres, on dira qu'elle est unilatérale; si, au contraire, elle détermine en même temps que les cas de compétence française les cas de compétence étrangère, on dira que la règle de solution des conflits est double. On peut, enfin, se demander si elle ne serait pas mixte.

La conception double

Dans ce cas on doit dégager deux solutions : une solution pour le cas de compétence française, et une solution pour déterminer la compétence étrangère. On dira : nous ne pouvons pas consulter les lois d'un pays étranger pour savoir si elles sont compétentes, parce que c'est une question de souveraineté française. Pour que nous appliquions en France une loi étrangère il faut que nous décidions nous-mêmes que cette loi, ou cette autorité ou cette juridiction étrangères sont compétentes ; leur compétence ne peut exister vis-à-vis de nous qu'autant que notre règle de compétence les déclare compétentes. Nous devons donc décider aussi bien la compétence française que la compétence des pays étrangers.

Dès lors dans cette conception, on utilise les textes du droit français non pas à sens unique, mais à sens double.

Prenons par exemple l'art. 3, al. I du Code civil ; les lois de police et de sûreté obligent les étrangers qui résident en France. On dira alors ceci : les lois de police et de sûreté étrangères obligent ceux qui résident sur le territoire de tel pays étranger.

De même la loi déclare que les procès concernant les immeubles sont soumis à la compétence du tribunal du lieu de la situation de l'immeuble ; si l'immeuble est situé à l'étranger

Source : BIU Cujas

nous déciderons que le tribunal compétent sera celui de la situation de l'immeuble, c'est-à-dire le tribunal étranger.

Prenons également la règle de l'art. 3, al. 3 du Code civil. Aux termes de cette loi, l'état et la capacité des Français sont régis par la loi nationale ; d'où résulte que quand on est en présence d'un Français il y a compétence française. Mais quand on est en présence d'un étranger, quelle est la loi qui régit l'état et la capacité de cette personne ? Nous dirons alors : "l'état et la capacité des individus sont soumis à leur loi nationale". On utilisera la règle de conflit dans les deux sens : au profit de la compétence française et au profit de la compétence étrangère ; mais la compétence étrangère ne jouera que parce que nous l'aurons décidé. Il faut que nous attribuions cette compétence au pays étranger. En d'autres termes, la règle de solution des conflits de la France est une règle double.

Un testament dressé en France par un étranger est valable s'il le dresse en la forme française, c'est une règle coutumière "locus regit actum". Cette règle, qui est traditionnelle chez nous est-elle unilatérale ou est-elle double ? Allons-nous l'appliquer à la compétence étrangère ? Si nous appliquons la règle "locus regit actum" le testament sera valable s'il est rédigé dans la forme du pays dans lequel il a été fait. En d'autres termes, est-ce que l'autorité étrangère dans la forme de laquelle il a fait son testament est compétente ? Oui, si nous appliquons la même règle.

De même si un procès a lieu à l'étranger, en ce qui concerne la juridiction, le tribunal étranger sera compétent toutes les fois que, dans l'hypothèse inverse, le tribunal français aurait été compétent.

La conception unilatérale

La conception double est la conception classique toujours suivie jusqu'ici, consacrée dans la plupart des pays aussi bien par la doctrine que longtemps par la jurisprudence qui aujourd'hui s'en détache. La conception unilatérale, au contraire, est nouvelle.

D'après cette conception, chaque pays doit statuer évidemment sur sa compétence propre, mais il n'a plus à statuer sur la compétence des autres pays, ce n'est plus son affaire. Toutes les fois qu'un pays - la France par exemple - ne réclame pas la compétence pour lui, il n'a pas le droit de dire "c'est telle loi qui est compétente, c'est telle autorité, telle juridiction". Il doit dire simplement : je ne suis pas compétent. La règle est donc unilatérale : un pays n'a pas à statuer sur la loi étrangère, parce que la compétence étrangère ne peut exister que si le pays étranger l'établit lui-même.

Nous ferons ici une comparaison avec la matière de la nationalité. La loi française - chose curieuse parce que la na-

Source : BIU Cujas

tionalité est une solution consacrée universellement - n'a jamais statué que pour la détermination de la nationalité française. Elle dit à certains individus "vous êtes Français", à d'autres "vous n'êtes pas Français" mais elle n'a pas à statuer sur la nationalité de ceux qui ne sont pas Français, elle se borne à ne pas leur donner la nationalité française. Il est admis que nous ne pouvons pas donner à un individu la nationalité de n'importe quel pays parce que notre loi ne peut statuer que sur la nationalité française. Il y a donc là conception unilatérale.

Il en est de même ici, nous pouvons déterminer la solution des conflits en faveur de la compétence française, nous pouvons déterminer dans quels cas une autorité française peut intervenir, mais nous n'avons pas à dire : "c'est la loi de tel pays qui est compétente, c'est l'autorité de tel pays qui est compétente alors que celui-ci ne reconnaît probablement pas sa compétence. Autrement ce serait aussi absurde que si nous disions à un individu : "vous êtes belge ou vous êtes Italien" alors que dans ce pays on dirait à cet individu "vous n'êtes pas notre national". Seul le pays dont la législation doit être applicable peut résoudre le problème de la compétence.

Arguments en faveur de la conception unilatérale

Quels sont les arguments essentiels à donner en faveur de cette conception unilatérale ? Ces arguments sont tirés du droit constitutionnel. Nous avons le droit de statuer sur l'empire de la loi de notre pays. Les règles de solution des conflits déterminent la solution des conflits dans l'espace, comme dans le temps. Déterminer l'empire de notre compétence fait indiscutablement partie de notre pouvoir constitutionnel, et cela concerne aussi bien le conflit dans l'espace que le conflit dans le temps. Les règles de conflits de lois dans le temps sont au fond des règles constitutionnelles. Nous ne pouvons pas statuer sur l'étendue d'application des lois étrangères car nous ne pouvons pas aller à l'encontre des lois constitutionnelles étrangères. Nous avons le droit de dire que notre constitution régit telle et telle matières françaises, mais nous ne pouvons pas nous substituer au législateur étranger pour faire à sa place du droit constitutionnel, pour fixer l'empire de sa loi. Nous pouvons refuser d'appliquer les lois étrangères, mais nous ne pouvons pas dire par exemple que dans tel cas on appliquera la loi belge car le pays étranger en question peut en décider autrement. Supposons un Belge qui fait un acte en France, nous lui appliquons la loi belge, alors que la loi belge ne s'applique pas à cette hypothèse. Nous n'en avons pas le droit, nous ne pouvons pas nous substituer à la souveraineté belge pour soumettre à la loi belge des situations auxquelles elle ne se déclare pas applicable.

Donc, pour qu'il y ait compétence étrangère, il faut que

Source : BIU Cujas

le pays étranger réclame la compétence ; absolument comme en matière de nationalité, pour qu'un individu ait la nationalité d'un pays il faut que ce pays lui dise "vous êtes mon national". De même ici, lorsqu'un pays étranger réclame la compétence, si la nôtre n'est pas applicable, nous pouvons appliquer la compétence de ce pays étranger, mais ce n'est pas à nous à décider de la compétence étrangère. Comment en effet, pourrions-nous donner la compétence à un tribunal étranger si la loi étrangère conteste cette compétence ?

Il résulte de cette règle unilatérale de solution de conflits qu'elle se limite à rendre la France compétente toutes les fois que cette compétence existe et que toutes les fois qu'elle n'est pas compétente il y a solution négative jusqu'à ce que l'on vienne justifier qu'un pays étranger réclame dans ce cas la compétence pour lui, que ce soit sa loi, ses autorités ou ses juridictions.

En faveur de cette doctrine unilatérale on peut faire valoir encore les arguments suivants. Si on part de l'idée que notre règle est double, on risque de soumettre un acte à une règle qui n'est pas applicable dans le pays étranger.

a)- Conflits d'autorités. - Par exemple on se présente devant un consul étranger en France pour lui demander de célébrer un mariage. Or, il y a des pays qui ne permettent pas à leurs consuls de célébrer les mariages. Nous aurons beau lui dire "la France vous donne le droit de célébrer le mariage" nous ne pouvons pas le forcer à célébrer un mariage, à faire un acte contraire à l'organisation législative de son pays.

b) Conflits de juridictions. En ce qui concerne les tribunaux, c'est la même chose. Les juges sont compétents en vertu des règles de leur pays et non en vertu de celles qui leur seraient données par un pays étranger. Nous ne pouvons pas forcer un juge à statuer dans un cas où son pays lui interdit de le faire.

c)- Conflits de lois. - Il y a, par contre, un dernier type de conflits et c'est le seul sur le terrain duquel la règle double puisse être efficace ; ce sont les conflits de lois. Nous pouvons en effet prendre une loi dans un code étranger, même si dans le pays étranger elle n'est pas applicable, car la loi est inerte, passive. C'est là ce qu'on a pu dire. Mais le résultat n'en est pas plus juste pour cela.

En résumé, dans le système unilatéral, pour qu'il y ait compétence d'un pays étranger, il faut d'une part que la France ne réclame pas la compétence pour elle, mais il faut en second lieu - et c'est l'essentiel - que le pays étranger réclame pour lui la compétence. Il ne nous appartient pas, à nous de déterminer la compétence étrangère, il faut que ce soit le pays étranger qui déclare qu'il est compétent. En effet, déclarer compétents

Source : BIU Cujas

une loi étrangère si le pays étranger ne le décide pas lui-même ce n'est plus appliquer la loi étrangère, c'est en réalité appliquer autre chose, c'est faire ce qu'on pourrait appeler, en employant l'expression du droit civil, une véritable novation dans la loi. Evidemment, nous avons toujours le droit de soumettre un rapport juridique à la règlementation que nous voulons mais il faut alors dire que nous le soumettons à une loi quelconque de notre imagination, mais que ce n'est plus la loi étrangère que l'on applique.

Deux situations dans ce sytème peuvent alors se présenter; une situation négative et une situation positive.

La situation négative

La situation négative est celle où aucun pays étranger ne réclame la compétence pour lui. Voilà un cas dans lequel la loi française déclare "moi je ne réclame pas la compétence pour la France", si aucun pays ne la réclame pour lui, quelle sera la solution à donner au problème ? Cette situation se présente en matière de nationalité. Nous ne donnons pas la nationalité à certains individus et il se peut qu'aucun pays étranger ne la leur donne non plus, alors ces individus sont apatrides. C'est une situation qu'il faut supporter puisqu'on ne peut pas l'empêcher. Mais dans notre cas on ne pourra pas se contenter de la supporter, il faudra donner une solution. Voilà un individu qui veut faire un acte juridique, qui veut se marier par exemple il ne suffit pas de lui dire "ni la loi française ni la loi étrangère ne veulent régler votre statut", il faut tout de même qu'il puisse faire les actes de la vie juridique conformément à une certaine loi. En pareil cas, on sera en présence de ce qu'on peut appeler un rapport de droit apatride.

La solution sera de lui appliquer la loi française, d'abord parce qu'il n'est pas choquant d'appliquer la loi française en France, c'est plutôt l'inverse qui implique toujours une certaine idée de sacrifice. Donc si aucun pays étranger ne réclame la compétence pour lui dans un cas où primitivement nous ne l'avions pas demandée pour nous, nous reviendrons à la compétence française parce qu'il ne faut pas que certaines situations juridiques restent sans aucune solution possible. Cela heurterait l'ordre public. Voilà qui ne paraît pas de nature à soulever des difficultés.

Situation positive

Mais voici la situation inverse : plusieurs pays réclament la compétence pour le même individu. Supposons qu'en matière de capacité l'un des pays étrangers, la Belgique par exemple, dise "je réclame cet individu et je le soumets à ma loi sur la capacité parce qu'il a ma nationalité, c'est un belge". Et puis un

Source : BIU Cujas

autre pays dit:" je soumets les individus à la loi du domicile et cet individu ayant un domicile sur mon territoire, je le soumets à ma loi". Deux pays étrangers réclament donc la compétence pour le même problème, la capacité de l'individu qui veut faire un acte juridique.

Comment résoudre ce conflit ? Il ne suffit plus de dire: c'est à la loi étrangère à déterminer la solution. Ici il y a deux lois étrangères. Nous raisonnerons comme en matière de conflit positif de nationalités. Il faudra faire prévaloir l'une de ces deux lois étrangères absolument comme lorsqu'un individu a deux nationalités étrangères nous sommes bien obligés de faire prévaloir en France l'une de ses deux nationalités. Quelle est celle de ces deux lois étrangères que nous ferons prévaloir ? Il n'y a guère qu'un système empirique qui puisse se recommander et le moins mauvais, puisque nous sommes en présence d'une certaine anomalie ; ce sera de faire prévaloir celle des deux lois étrangères qui se rapproche le plus de nos conceptions. Alors en pareil cas, si dans l'un des pays on soumet la capacité à la loi nationale, et si dans l'autre pays on la soumet au domicile nous ferons prévaloir la loi étrangère qui se rapproche le plus de la conception française, c'est-à-dire qui soumet la capacité à la loi de la nationalité. On pourrait aussi s'attacher à une autre conception. Ce serait de donner la préférence au pays dans le territoire duquel la vie de l'individu se déroule.

Tels sont les deux systèmes : système unilatéral ou système double. Entre ces deux systèmes est venu se glisser une troisième conception qui est le système mixte.

La conception intermédiaire : le système mixte

Cette conception est en somme aujourd'hui - bien qu'elle ne le déclare pas dans ses motifs, mais cela résulte de la construction synthétique de ses solutions - ce système est aujourd'hui certainement celui de la jurisprudence. On peut l'appeler le système de l'offre de compétence étrangère. Il est à cheval sur les deux précédents systèmes, système de la règle double et système de la règle unilatérale à chacune de ces deux règles il prend quelque chose.

Au système de la règle double il prend l'idée qu'un pays étranger ne peut être compétent que si nous le déclarons compétent, il ne suffit pas qu'il s'affirme compétent, il faut que nous lui disions "vous êtes compétent". Donc un pays étranger ne sera compétent vis-à-vis de nous que dans le cas où la règle française le rendra compétent.

Mais ce système prend à la règle unilatérale un autre trait : il admet qu'un pays étranger ne peut pas être compétent s'il ne le veut pas. Le pays étranger ne sera donc compétent, en vertu du premier trait, que si notre règle le déclare compétent

Source : BIU Cujas

mais d'autre part, il ne sera compétent que s'il accepte cette compétence. Il y a en quelque sorte une combinaison, une transaction entre les deux formules. D'où on peut l'appeler le système mixte ou système de l'offre de compétence. Dans ce système, qui est intermédiaire entre les deux précédents, on ne dit plus, comme dans le système double : la loi française déclare impérativement compétente la loi de tel pays étranger ; non, la loi française offre la compétence à un pays étranger. Il ne suffit pas que ce pays étranger se déclare compétent, il faut que nous lui offrions cette compétence, et d'autre part, il ne suffit pas que nous la lui offrions, il faut qu'il l'accepte. On a donc pris quelque chose à chacun des deux systèmes, système double ou système unilatéral. C'est ainsi que s'explique une construction très importante de la jurisprudence dont nous ne prononcerons que le nom pour l'instant mais que nous retrouverons plus tard, le système du renvoi. Le système du renvoi ne peut se comprendre et se justifier que par l'idée d'une offre de compétence au pays étranger, et d'une offre qui ne s'impose pas.

Critique de cette conception

Ce système mixte a évidemment l'avantage d'être transactionnel et de rapprocher les deux formules, mais d'autre part il est sujet, lui aussi à la critique. D'une part, il restreint le champ de la compétence étrangère puisqu'elle n'existera que si nous la lui offrons. Or, de ce que nous n'offrons pas la compétence à un pays étranger ne résulte pas qu'il n'est pas compétent.

Et, d'autre part, il est un peu illogique parce que si nous estimons que nous devons déterminer la compétence étrangère, pourquoi nous contenter de l'offrir au pays étranger ? Néanmoins, le système mixte qui est, comme toute institution essentiellement humaine, relatif, a l'avantage d'expliquer les solutions de la pratique.

En somme, logiquement parlant, c'est le système unilatéral qui devrait s'imposer. De lege ferenda ce serait de beaucoup le meilleur. Mais puisque notre système positif n'est pas cela à l'heure actuelle, le système mixte a l'avantage d'en pallier les inconvénients les plus grands.

§ 2 - La règle de conflit est-elle subordonnée ou non à la réciprocité ?

Dans les cas où une loi étrangère est compétente, ou une autorité, ou une juridiction étrangère, est-ce que cette compétence est subordonnée vis-à-vis de la France au fait que dans les mêmes hypothèses, ce pays admet notre compétence ? Faut-il qu'il y ait réciprocité ? En d'autres termes, n'appliqué-

Source : BIU Cujas

Position du problème

rons-nous la loi nationale à la capacité d'un étranger que si dans le pays étranger on applique aussi la loi nationale à la capacité des Français? Est-ce que nous appliquerons les compétences étrangères sans nous soucier de ce que l'on fait dans ces pays à l'égard des Français ou bien faut-il que le pays étranger accepte et fasse les mêmes sacrifices que nous faisons à son égard ?

Par exemple, en vertu de l'art. 3, § 3, nous décidons que la capacité des étrangers en France peut être soumise à leur loi nationale ; mais nous nous refuserons, si on exige la réciprocité, à appliquer leur loi nationale aux nationaux des pays qui n'appliquent pas aux Français notre loi. Or, il y a une bonne moitié du monde qui applique en matière de capacité des individus non pas la loi nationale, mais la loi du domicile. Si donc un individu appartenant à un pays qui suit la loi du domicile fait un acte en France, d'après notre règle de conflit, telle qu'on l'interprète en droit positif, nous offrirons la compétence au pays auquel l'individu appartient. Devons-nous néanmoins lui offrir cette compétence alors que, lui, n'applique jamais la loi française aux Français qui font les actes chez lui puisqu'il les soumet à la loi de leur domicile ? Doit-il ou ne doit-il pas y avoir réciprocité ?

Caractère du problème

Quelle est la nature de cette difficulté ? Ce n'est pas un problème d'ordre technique ; il n'y a aucune exigence impérieuse de faire une chose ou une autre ; c'est un pur problème d'appréciation, d'opportunité. Est-il politique, est-il avantageux de faire profiter les étrangers de leur loi en France sans nous assurer que nos nationaux profitent de nos lois chez eux ?

Il y a une première hypothèse théorique, qui est à rejeter parce qu'elle ne se réfère plus à des situations qui se présentent, mais à des situations qui ont existé pendant des siècles. C'est celle d'un pays étranger qui systématiquement n'appliquerait jamais à aucune question la loi française. Il en a été ainsi pendant des siècles dans nos rapports avec l'Islam et, pour cela, il y avait un régime spécial dit des Capitulations, mais c'est une hypothèse devenue purement théorique, ou bien il faudrait des pays d'un stade de civilisation tellement inférieur qu'aucune communauté juridique ne pourrait s'établir avec eux.

La question en législation

Mais l'hypothèse la plus pratique est celle d'un pays qui rejettera la loi française, non pas d'emblée, toujours, mais qui, dans certains hypothèses, refusera d'appliquer notre loi alors que dans les mêmes hypothèses nous appliquerons nous,

Source : BIU Cujas

la loi de ce pays.

Il semble qu'il faille partir de l'idée qu'on a peut-être trop perdue de vue que la reconnaissance d'une compétence étrangère en France - et ce que nous disons de la France vaut pour n'importe quel pays - implique toujours un certain sacrifice. En somme, il est plus normal qu'un pays applique ses lois à toutes les questions. Il y a tout de même une sorte de dérogation à la règle qui consent à s'incliner devant une compétence étrangère ; il y a donc bien de sa part un sacrifice. Or, pourquoi ce sacrifice serait-il purement unilatéral et, pour employer une comparaison que nous emprunterons au contrat, pourquoi ne serait-il pas synallagmatique, pourquoi ce sacrifice n'aurait-il pas pour cause le sacrifice que font aussi en pareil cas les Etats étrangers ?

On pourrait donc admettre que la réciprocité - nous le répétons, c'est une question d'opportunité - serait parfaitement justifiée, parce qu'il est tout de même exagéré d'appliquer toujours les lois de certains pays qui n'appliquent jamais les nôtres.

Le droit positif rejette la réciprocité

Quel est notre droit positif en la matière ? Notre droit positif en la matière est tout simplement négatif, la question de la réciprocité ne se pose pas, et depuis des siècles, ne s'est même jamais posée. On n'a jamais subordonné à la réciprocité l'exigence de la réception - et peut-être a-t-on eu tort - d'une compétence étrangère.

Certaines lois étrangères modernes contiennent des dispositions qui permettent d'écarter tel ou tel droit étranger s'il n'y a pas réciprocité, par exemple de ne pas reconnaître un jugement étranger si les jugements du pays en question ne sont pas reconnus dans le pays étranger. Il paraîtrait logique que nous n'accordions aucun effet à un jugement rendu en pays étranger si dans ce pays étranger on n'accorde aucun effet aux jugements rendus en France.

Il y a des codes modernes qui appliquent cette idée et en particulier le Code suisse (art. 33 de la loi suisse de 1891) formule cette règle de la réciprocité. En France, elle n'existe pas.

On peut signaler - et c'est une exception à peu près unique - un décret-loi du 14 Juin 1938 sur les sociétés d'assurances art. 42, pour le cas où les sociétés françaises sont soumises à certaines règlementations dans les pays étrangers. Sur le terrain du conflit des lois nous pouvons, nous aussi, prendre des mesures en quelque sorte de rétorsion. Mais c'est un cas unique et très spécial.

Si l'on voulait un jour modifier notre droit positif et subordonner la compétence étrangère en France d'une manière générale ou dans certaines matières déterminées, à la réciprocité,

Source : BIU Cujas

comment construire cette réciprocité ? Faut-il laisser au juge dans chaque cas le soin d'apprécier si elle existe ou non ? Ce serait un mauvais système, car rien n'est plus délicat et plus incertain que l'appréciation de cette réciprocité et tous les cas qui se sont présentés, notamment en matière de jouissance des droits lorsqu'une loi subordonne celle-ci à la réciprocité, ont montré la difficulté d'application du système.

Il y aurait un système préférable, si l'on voulait exiger la réciprocité - nous avons dit tout à l'heure que c'était une question d'appréciation une question politique - ce serait d'en faire une affaire gouvernementale. C'est au gouvernement - et il faudrait une loi pour lui reconnaître ce pouvoir - qu'il appartiendrait de décider s'il estime qu'il y a lieu de restreindre la compétence des lois des autorités ou des juridictions vis-à-vis de tel pays parce qu'on ne fait pas assez appel dans ce pays à la compétence française. Il y aurait alors une décision gouvernementale objective, officielle, portée à la connaissance de tous et qui ne pourrait plus se discuter devant les tribunaux. C'est d'ailleurs le système suivi dans certains pays étrangers; il échape à toute complication. On sait par exemple que dans les rapports de la Suisse et de tel pays étranger, il n'y a pas réciprocité parce que le Conseil fédéral l'a ainsi décidé, et les tribunaux n'ont plus qu'à s'incliner.

La question, en France, ne peut se poser que de lege ferenda, puisqu'en droit positif la réciprocité n'est pas exigée à l'heure actuelle, mais on pourrait peut-être le faire dans l'avenir.

Source : BIU Cujas

Titre I

DETERMINATION DE LA REGLE FRANCAISE DE SOLUTION DES CONFLITS

Ce titre sera divisé en quatre chapitres

Chapitre I - Formation historique de cette règle.
Chapitre II - Le Code civil de 1804.
Chapitre III - Evolution des faits et des idées depuis le Code civil.
Chapitre IV - Exposé de ce que doit être la règle française de solution des conflits

Chapitre I

DE LA FORMATION HISTORIQUE DE LA REGLE FRANCAISE DE CONFLITS JUSQU'AU CODE CIVIL

Parmi les travaux fondamentaux intervenus sur cette matière, un ouvrage encore inégalé reste celui de Lainé : "Introduction à l'étude du Droit international privé". 2 vol. 1888.

Comment s'est formée la règle française de solution des conflits ?

Cette origine n'est pas extrêmement ancienne, dans ce sens qu'ici lorsque nous parlons de choses anciennes, nous pensons toujours au Droit romain. Elle est loin de remonter au Droit romain qui, pour des raisons d'organisation sociale, n'a pas connu une société internationale dans laquelle le droit international privé eût existé, se soit manifesté et développé L'origine du droit international privé ne remonte pas au-delà

Le Droit romain

Source : BIU Cujas

du XIème siècle et du XIIème siècle, ce n'est guère qu'au XIII° et au XIVème siècles qu'il a vraiment commencé à s'affirmer.

La personnalité des lois

A partir de l'effondrement de l'Empire romain, il se produisit un état de droit qui dura un certain nombre de siècles. Il fut le résultat des invasions barbares au cours desquelles le territoire ne fût plus un objet véritable de souveraineté. Les peuples barbares étaient des groupes itinérants, des groupes migrants qui changeaient de place.

L'Etat moderne comporte deux éléments : une souveraineté qui s'exerce sur un territoire et sur la population fixée sur ce territoire. Or, cette notion de l'Etat à cette époque du droit n'existe pas, il n'y a pas une souveraineté sur un territoire déterminé et sur la population qui existe sur ce territoire, il n'y a qu'une seule souveraineté, la souveraineté qui s'exerce sur un groupe, sur le groupe auquel l'individu appartient. On a appelé ce stade du droit - l'expression est consacrée - l'époque de la personnalité du droit. Puisque le sol n'existe pas comme objet de souveraineté, n'est qu'un moyen, une occasion, les individus sont tous rattachés à un groupe, un groupe politique, et ils sont soumis en tout et pour tout aux lois, aux institutions de ce groupe, quel que soit l'endroit où ils se trouvent. En général, ils ne sont pas isolés, le groupe sans cesse change de place, mais c'est la loi du groupe qui s'applique à tous les individus du groupe, d'où l'expression "personnalité du droit", veut dire application à chacun de la loi qui régit sa personne, et la loi qui régit sa personne, c'est celle de celui qui exerce la souveraineté sur la personne, c'est-à-dire le groupe.

Cette situation a disparu à peu près complètement de tous les pays civilisés, elle se retrouve encore, dans un état tout à fait primitif et rudimentaire qui n'intéresse plus que les sociologues et de moins en moins, dans certaines tribus migratrices de l'Afrique qui ne sont pas très importantes et dont la législation est assez primitive. Ces tribus n'ont aucun sol, le membre de la tribu est régi par les institutions de celle-ci pour sa famille, pour ses biens, pour sa succession, pour tout ce qui peut lui appartenir. C'est encore le régime de la personnalité du droit qu'on rencontre. C'est celui qui a été le régime général pendant un certain nombre de siècles à l'époque des invasions barbares.

La territorialité absolue

Il s'est effectué une stabilisation des groupes sur les territoires : c'a été l'embryon de ce qui deviendra l'Etat moderne. Le groupe est fixé sur un certain territoire sur lequel il exerce maintenant son pouvoir, et il n'a plus de pouvoir en dehors de ce territoire, puisqu'il ne s'y

Source : BIU Cujas

rend plus, puisque sa population n'y va plus. La population est stabilisée sur un territoire ; il y a donc pouvoir sur les individus et sur le sol. Alors succède au régime antérieur de la personnalité du droit un régime inverse, le régime de la territorialité absolue du droit. On ne connaît, on n'applique jamais d'autre loi que la loi du territoire sur lequel on se trouve, cette loi régit toutes les questions. On ne fait jamais appel à une compétence étrangère. Pourquoi ? parce que l'état d'insécurité fait qu'on ne circule pas, qu'on ne commerce pas d'un groupe d'un territoire avec un autre. Si par hasard un individu se rend sur un autre territoire, il demeurera soumis à la loi de cet autre territoire et il deviendra en position de servage. Donc, c'est un régime de territorialité, on ne connaît dans chaque pays d'autre loi que la loi de ce pays, il n'y a jamais place pour la moindre compétence étrangère.

Ce régime va s'affirmer au maximum pendant le temps que durera en France, comme dans d'autres pays, ce régime spécial terrien qui d'ailleurs a prolongé certaines de ses conséquences ou de ses ramifications jusqu'à la Révolution, tout au moins dans son essence, car il s'était considérablement atténué bien entendu ; c'est le régime féodal. Sous le régime féodal où la souveraineté de l'Etat n'existe pas encore, où il y a un émiettement une quantité de souverainetés locales qui s'appellent des seigneuries, chacun étant maître absolu sur sa terre ne connaît que ceux qui vivent sur celle-ci, et entend naturellement les soumettre intégralement à la règlementation puisque tout est subordonné à un service terrien politique, le service féodal.

Nous sommes donc passés, avec l'époque de la féodalité, à la situation inverse de celle des invasions barbares, où la souveraineté était personnelle ; maintenant la souveraineté est essentiellement territoriale, il n'y a jamais à rechercher une loi, parce que ce ne peut être que la loi du sol, la loi du territoire ; aucune intercommunication juridique ne s'établit puisque l'individu qui passe d'une seigneurie dans une autre risque fort d'y perdre sinon la vie, du moins la liberté.

Et c'est une époque où on assimile le serf et l'aubain ; ils étaient l'un et l'autre dans la même situation.

Ce n'est qu'au fur et à mesure que se desserra l'étreinte de la féodalité que les relations pourront dans les périodes de calme tout au moins s'établir d'une fraction du territoire à une autre que l'on va se rendre compte de l'opportunité, disons même du besoin de faire une certaine place à la compétence des autres. Employer le mot compétence étrangère serait peut-être exagéré, parce que tout cela se passe à l'intérieur d'un seul et même pays ; la notion de l'étranger n'est pas ce qu'elle est devenue maintenant où chaque pays est délimité par des frontières politiques ; c'est à l'intérieur d'un même pays, entre seigneuries qui sont voisines, c'est dans les rapports

Source : BIU Cujas

d'une province à une autre, d'une ville à une autre que se poseront dans chaque pays ces problèmes.

Les nécessités du commerce poussent les individus à aller d'une province à une autre, pour fréquenter les foires notamment, y apporter leurs marchandises. Alors se pose pour la première fois dans notre histoire la question de la détermination des compétences. Ce sera un marchand venant d'une autre province qui, subitement malade, voudra faire son testament, et l'on se demandera quelle forme il faudra qu'il suive pour faire son testament ; faudra-t-il qu'il fasse son testament dans la forme du lieu où il se trouve ou bien faudra t-il qu'il le fasse dans la forme en vigueur dans la ville d'où il vient ? Ou bien, il veut faire un contrat, ou bien au cours d'un de ses voyages il désire se marier avec une personne - et déjà le mariage mixte surgit - d'une autre ville que la sienne ; comment appréciera-t-on les conditions de formation de ce mariage et comment sera réglé le régime matrimonial ? Ces questions surgissent.

La naissance du Droit international privé

C'est alors que commence, au point de vue historique, que naît dans une forme rudimentaire et encore embryonnaire le droit international privé ; situation qu'on ne peut guère placer qu'aux environs - et encore c'est très sporadique - du XIème ou du XIIème siècle.

Quelle fut d'ailleurs la force de cette réaction contre la territorialité absolue. Cette force ne fut pas la même partout ; elle dépendit des idées, de la configuration du territoire. Dans les territoires plus commerçants, on avait une certaine tendance à un libéralisme assez grand alors que dans d'autres on se fermait davantage, on vivait en vase clos. Il y eut ainsi, au point de vue historique, selon les milieux géographiques, deux tendances qui petit à petit se dégagèrent pour, à partir d'un certain moment, s'affirmer très nettement. Ce sont ces deux tendances qui, plusieurs siècles après, influeront sur la formation de la règle française de solution des conflits.

Les deux tendances

Ces deux tendances seront l'une une tendance précisément libérale, plus large pour l'admission des compétences étrangères ; l'autre très limitée, très hostile aux compétences étrangères.

La tendance libérale constituera ce que l'on peut appeler le foyer historique juridique, et l'autre tendance constituera le foyer historique de caractère politique. Et pour chacun de ces foyers nous allons constater précisément les caractères précédemment dégagés. Le foyer juridique sera un foyer éclectique, dont les juristes suivront la méthode de l'analyse et auront pour tendance l'universalisme ; tandis que les représentants du foyer politique seront des dogmatiques, ce qui les conduira à un par-

Source : BIU Cujas

ticularisme très marqué et ils utiliseront l'esprit de synthèse.

Nous trouvons donc là une expérience historique qui groupe trois par trois les caractères : éclectisme, universalisme et analyse d'une part, et d'autre part, dogmatisme particularisme et synthèse.

Nous allons maintenant dans deux sections examiner en détail la naissance, le développement de ces deux foyers et la part prise par chacune d'eux.

Section I

Le foyer juridique

Cette section sera divisée en deux paragraphes :

§ I - Développement du foyer juridique.
§ 2 - Examen de la doctrine en elle-même.

§ I - Développement du foyer juridique.

Le pays de naissance de ce foyer juridique, c'est, vers le XIème ou le XIIème siècle - tout au moins d'après l'état actuel des connaissances - la Haute Italie.

Le temps et le lieu

Quels sont les facteurs qui ont contribué à le faire naître et à le faire naître à cet endroit ?

Il y a des raisons géographiques qui expliquent sa naissance et l'itinéraire mondial qu'il a pu suivre - et nous retrouverons ces raisons géographiques pour le foyer politique - et il est ainsi très intéressant de voir que les doctrines suivent des courants géographiques.

la situation politique

Les facteurs sont tout d'abord un facteur politique. La Haute Italie a connu et subi, pendant les temps qui ont précédé le XIème et le XIIème siècles des conquêtes à la suite desquelles elle s'est trouvée **asservie** à des souverainetés étrangères. Au XIème siècle elle est encore sous la domination de l'empereur d'Allemagne. Or, à cette époque un certain nombre de villes de la Haute Italie vont réussir à s'affranchir et, en se liguant à imposer au pouvoir dont elles

Source : BIU Cujas

dépendaient un traité de libération qui desserrera l'étreinte qui s'exerçait sur elles et leur accordera un certain nombre d'immunités. C'est le traité de Constance du 2I Juin II83.

Ces villes de la Haute Italie un peu libérées vont en profiter immédiatement pour se développer ; donc il y a là un facteur politique, un facteur de libération, un facteur d'indépendance.

Le facteur juridique

Le deuxième facteur est un facteur juridique : ces villes - c'est la conséquence du précédent - ayant obtenu un certain nombre de privilèges, étant devenues plus indépendantes, vont pouvoir se libérer du pouvoir de l'Empire et de l'Empereur, c'est-à-dire du droit romain, car tout l'Empire était soumis au droit romain. Elles vont se créer une législation propre, tout au moins dans un certain nombre de matières, car il restera toujours beaucoup de points pour lesquels ces villes seront soumises à ce qu'on appelle le droit commun ou le droit romain. Mais indépendamment de ce droit commun romain, chaque ville -et ce seront leurs immunités - pourra se constituer une législation autonome; et on a donné à ces législations des villes le nom de statuts. Il y avait donc deux législations en vigueur dans chacune d'elles ; d'une part le droit romain pour un certain nombre de questions et, d'autre part, le statut de la ville pour d'autres.

La situation économique

Or, -et nous arrivons maintenant au troisième facteur qui est indispensable pour comprendre et se rendre compte que tout cela s'est réuni et a fusionné pour donner un résultat - à ces deux facteurs s'est joint le facteur économique. C'est, à cette époque et de plus en plus l'extrême prospérité commerciale de toutes ces villes de la Haute Italie qu'anime un esprit essentiellement non pas de cloisonnement, mais de mercantilisme, c'est-à-dire d'entrer en commerce avec les autres villes non seulement de l'Italie, mais même avec des villes de pays étrangers, que ce soit un commerce maritime, ou un commerce par les routes de terre. Ce qui manifeste la civilisation, à cette époque, de ces villes, c'est qu'elle est avant tout ouverte aux apports des autres villes, et c'est un point bien connu sur le terrain économique que la prospérité considérable qui, à cette époque y existait.

Donc, un facteur politique, joint à un facteur juridique, une certaine autonomie législative, et d'autre part facteur économique : prospérité de ces villes, qui les conduit à commercer avec d'autres, ce commerce allant très loin, puisqu'il faut y englober un certain nombre de villes du Midi de la France Marseille, Montpellier, Narbonne, qui étaient incluses dans ces courants commerciaux.

Or - et voici comment le droit international privé va

Reproduction interdite

Source : BIU Cujas

naître ici - à partir du moment où l'habitant d'une de ces villes se rend dans une autre pour faire du commerce lorsqu'il ne sera plus chez lui, quelles seront les règles juridiques qu'on lui appliquera ? La territorialité stricte ? Non, car si on veut vraiment l'appliquer les individus ne sortiront pas de chez eux, or ils ont besoin de sortir de chez eux ils veulent sortir de chez eux à raison de l'esprit commerçant qui les anime et qui est un esprit réciproque. Ils ne vont pas dans des pays féodaux, mais dans des villes qui ont les mêmes besoins et qu'anime le même esprit Et l'on trouve très juste dans une ville, quand un commerçant d'une ville voisine vient, qu'on ne lui applique pas intégralement les lois de la ville où il se trouve temporairement.

Chose curieuse, l'un des problèmes qui se pose toujours mais qui est pratique c'est toujours la question du commerçant qui tombe malade ou qui croit qu'il va mourir et qui veut faire son testament. Il est très embarrassé parce qu'on ne sait pas du tout dans quelle forme il doit le faire. C'est là un des premiers problèmes qui ait suscité la sagacité et la subtilité des juristes.

La doctrine des statuts

Alors naissent les conflits inter-villes auxquels on a donné le nom de conflits inter-statutaires, d'où il faudra bien qu'une doctrine soit inventée et qui sera l'origine du futur droit international privé, et qui est restée connue sous le nom de doctrine des statuts. Elle subsistera jusqu'à la Révolution française, car nous le verrons, elle va s'étendre à d'autres pays.

Ainsi, pour résoudre les conflits entre des individus qui font des affaires d'une ville à une autre, il y a une doctrine des statuts. Quelles sont les sources du développement de ce premier droit international privé ?

Ces sources sont tout d'abord les glossateurs, et ensuite les post-glossateurs.

Les glossateurs.

On n'est pas définitivement fixé sur le point de savoir quels furent les plus anciens, car de temps à autre les travaux historiques permettent d'en découvrir un nouveau. Mais dans l'état actuel des connaissances, le plus ancien des glossateurs qui se serait occupé de ces conflits inter-villes serait un nommé Carolus de Tocco, qui vivait vers le XIème siècle. On ne le connaît d'ailleurs que de nom et il n'a laissé aucune oeuvre écrite.

Un autre glossateur, que lui aussi on ne connaît que par la réputation assez grande qu'il avait de son temps mais qui n'a pas laissé de travail écrit, qu'on ne connaît d'ailleurs que

Source : BIU Cujas

depuis une trentaine d'années et qui a été révélé par de nouvelles recherches historiques en 1910, c'est Aldricus (1154-1180). On trouve de lui en effet une glose de quelques lignes.

La méthode des glossateurs

Les glossateurs furent ainsi appelés parce que les questions juridiques qu'ils étudiaient ils les étudiaient à propos des textes du droit romain. C'est une époque - et cela dura longtemps - où l'on n'avait pas le droit de penser directement, il fallait toujours penser par le droit romain. Et alors on cherchait dans le droit romain un texte qui pût servir de prétexte à un certain travail de développement juridique, disons même d'imagination, qui puisse permettre de faire une glose. C'est ainsi qu'il y eut une glose d'Aldricus, qui se posa la question de savoir :

"Lorsque les hommes qui appartiennent à des provinces différentes, qui ont des coutumes différentes, font un procès devant le même juge - il s'agit d'un procès entre deux plaideurs n'ayant pas la même coutume - quelle est celle des deux coutumes que le juge doit appliquer ?"

On se posait donc la question de savoir si le juge appliquerait sa coutume ou celle de l'un des deux plaideurs. C'est tout de même le début de droit international privé.

La glose d'Accurse

Mais la glose de beaucoup la plus connue pendant des siècles, parce qu'elle a été le point de départ de très nombreux travaux, est la glose d'Accurse, qui est de 1228.

La glose d'Accurse - qui est véritablement classique dans notre matière et sur laquelle nous devons nous arrêter plus longtemps - a été écrite en marge d'un texte du droit romain, en marge du Code de Justinien qui est un des éléments du corpus juris civilis, et en marge d'une loi à laquelle on donne le nom des deux premiers mots qui la commençaient, la loi Cunctos Populos, une loi qui émane des empereurs Gratien, Valentinien et Théodose.

La loi Cunctos Populos

Comment cette constitution qui émane des empereurs Valentinie, Gratien et Théodose peut-elle avoir servi, en quelque sorte, de cellule initiale à un développement formidable de doctrine sur le droit international privé, puisque le droit romain n'avait pas connu en somme le droit international privé ? C'est que l'on n'avait pas le droit de traiter directement une question juridique, il fallait, selon l'expression de l'époque, élire domicile dans un texte de droit romain; il fallait donc trouver un texte de droit romain qui, ayant parlé d'autre chose, put même servir de prétexte et ne pas être trop lointain du problème au sujet duquel on allait écrire en marge de celui-ci sa glose.

Source : BIU Cujas

Or, cette Constitution évoquait bien en effet, l'idée d'un certain conflit, non pas du genre de ceux dont nous avons à nous occuper, mais tout de même d'un certain conflit. Cette constitution est, en effet, placée dans le Titre De summa trinitate et fide catholica ; c'est en somme une constitution dans laquelle les empereurs déterminent quels sont les ressortissants de l'Empire romain qui sont astreints à respecter le dogme de la Sainte Trinité. Ils disent à un certain nombre de personnes de l Empire romain "vous êtes forcés d'observer ce dogme" et à un certain nombre d'autres, "vous êtes dispensés d'observer ce dogme". Il y avait là une répartition des habitants au sujet de ce dogme, et cette loi Cunctos populos servira de prétexte aux juristes pour exprimer leur opinion.

Cette loi Cunctos populos commence ainsi : "Les peuples soumis à l'empire de notre bienveillante autorité,... etc." et elle part dans des questions de caractère religieux.

Et voici maintenant la glose d'Accurse, qui est beaucoup plus précise que celle d'Aldricus, dans la question des conflits. Cette glose est ainsi conçue : "Que si un habitant de Bologne se rend à Modène (et ici Accurse ne pose pas simplement la question comme Aldricus, il la résout) il ne doit pas être soumis à la loi de Modène, parce qu'il ne tombe pas sous son empire". Et comme il faut obtenir, en quelque sorte, l'exequatur de l'autorité du droit romain pour donner une opinion, il rattache cela à la loi Cunctos Populos et il dit : "c'est ce que veut dire la loi Cunctos Populos". Cela n'a en réalité aucun rapport, mais c'est là façon de travailler à cette époque. L'essentiel à retenir de la glose d'Accurse, c'est que si un habitant de Bologne se rend à Modène, ce n'est pas parce qu'il se rend à Modène qu'il sera soumis à la loi de Modène, il n'est pas de Modène donc il n'est pas soumis à la loi de Modène.

Voilà la première solution pratique qui fait échapper un habitant d'une ville à la loi de la ville dans laquelle il se trouve. Dès lors, la territorialité stricte qui avait existé dans ces villes d'Italie comme ailleurs se trouvait entamée. Bien entendu, cette doctrine est restée à l'état assez schématique et ce sont les post-glossateurs qui véritablement en ont fait le développement complet.

Les post-glossateurs

Les post-glossateurs, comme leurs prédécesseurs, continuaient à écrire tous en latin et à propos de la loi Cunctos Populos ; on n'osa pas s'en affranchir. On disait même à cette époque ceci : "on déclarerait bien impertinent l'auteur qui oserait dire "etsi glossa dicit sic ego dico sic" , si la glose dit une chose, moi j'en dis une autre. On n'avait pas le droit de parler indépendamment de la glose.

Source : BIU Cujas

L'influence des post-glossateurs a resulté de deux centres de culture : un centre italien tout d'abord et un centre français ensuite ; et c'est ainsi que nous allons rentrer dans l'histoire de la règle française de solution des conflits.

I - Le centre italien Bartole

Le centre italien d'abord. De très nombreux juristes italiens célèbres du XIIIème et du XIVème siècles ont repris les travaux des glossateurs sur ce point et comme le problème était extrêmement pratique précisément en raison de la grande prospérité commerciale de ces villes de la Haute Italie, il y a eu un centre célèbre d'études du droit qui est bien connu le centre de Bologne. Nous ne citerons les noms que de deux de ses grands représentants, et d'abord Bartole, qui a laissé des travaux considérables (1313-1357). L'influence de Bartole a été grande et son rayonnement énorme non seulement en Italie, mais même en dehors de celle-ci ; on peut dire de lui que, venant après un certain nombre d'auteurs dont nous ne citerons pas le nom, il est celui qui a mis au point une doctrine qui s'était affirmée déjà depuis un siècle. Nous signalerons aussi un de ses principaux successeurs, son élève Balde (1327-1400) qui fut professeur à Pérouse et qui a laissé quelque chose comme deux mille consilia, dont un certain nombre se trouvent relatifs à nos questions.

Le centre français

Passons maintenant au centre français Y a-t-il eu en France un développement autonome, indépendant du développement italien ? Dans l'état actuel des travaux historiques il est très difficile de l'affirmer. Cependant tout récemment, des découvertes ont permis de penser que l'on s'était occupé également à la même époque des conflits, sans que l'influence ne fut venue de la doctrine des post-glossateurs, c'est-à-dire de l'école de Bologne. En particulier cela résulterait de ce que l'on a surnommé la glose d'Avranches.

La glose d'Avranches

La glose d'Avranches est ainsi appelée parce qu'elle a été découverte dans les archives de la ville d'Avranches, il n'y a pas longtemps, dans un texte du droit romain qui y avait échoué et qui avait échappé jusque là à toutes les investigations. C'est en 1930 que cette glose d'Avranches a été découverte. Cette glose d'Avranches remonte - et l'on voit que c'est par hasard qu'elle a échoué dans cette ville parce qu'elle ne se réfère à rien de la Normandie - au tout début du XIIIème siècle, probablement vers 1219, ainsi qu'il résulte des travaux d'un professeur hollandais, M. Meijers, qui l'a découverte. C'est une dissertation anonyme qui avait été faite à Paris, à la Sorbonne, devant des étudiants au sujet du conflit de la

Source : BIU Cujas

coutume de Paris avec celle de Chartres ; elle avait été faite probablement dans des séances de travaux pratiques de l'époque

Dans ce conflit entre la coutume de Paris et la coutume de Chartres, on se demandait quel était le régime matrimonial des personnes de l'une des coutumes qui allaient se marier dans l'autre, notamment quels étaient les droits du conjoint survivant sur les biens de son conjoint prédécédé. Voilà évidemment qui montre qu'à cette époque on se posait des questions de conflit de lois ; on commençait à sortir du régime de la territorialité absolue.

On cite également de la même époque, l'échiquier de Normandie de 1211, dans lequel il y a des traces de solution de conflit à propos d'un mari qui a promis lors du mariage certains biens à sa femme.

Toulouse (Guillaume de Cum)

Mais, en réalité, c'est plutôt l'influence - dans l'état actuel des connaissances historiques - de la doctrine italienne qui paraît avoir exercé une action sur le développement ultérieur des choses en France. Plusieurs centres d'études des conflits se sont alors constitués chez nous. D'abord il y a eu le centre de Toulouse, dont l'un des représentants était Guillaume de Cum, professeur de l'Université de Toulouse dont les cours, paraît-il, avaient une certaine réputation, mais il ne les a pas lui-même publiés. Certains de ses étudiants ont recueilli en partie son enseignement, et celui-ci se ressent évidemment, dans ce qui nous en est parvenu, de la façon plus ou moins soigneuse que mettaient à le recueillir ses auditeurs qui ne disposaient pas des moyens techniques et modernes qui existent aujourd'hui et qui n'avaient évidemment personne pour les remplacer quand ils n'étaient pas au cours, ce qui fait qu'il peut y avoir certaines lacunes ou certaines idées du professeur que l'on rapporte par on-dit.

L'un d'entre eux nous dit en effet, à propos d'une question qu'il discute : "vous qui lirez cette question, il faut que vous sachiez qu'elle n'est pas très bien reportée," et il nous en donne très gentiment et très innocemment la raison, "et pour cause, ajoute-t-il, parce que j'ai été invité et que je fus allé aux noces hors la ville d'une Mademoiselle de Chateauneuf, ma très belle cousine".

Montpellier (Cinus)

Un autre centre est le centre de Montpellier, où là encore on fait certaines découvertes étranges.

L'un des plus grands représentants de l'Ecole de Montpellier a été le jurisconsulte Cinus de Pistoie qui est mort en 1312. Il est le premier à avoir utilisé les textes du corpus juris civilis pour le conflit entre les coutumes françaises. Jusqu'alors on n'utilisait ces textes du corpus juris civilis

Source : BIU Cujas

que pour les conflits entre les villes, entre droits écrits

Cinus de Pistoie était un grand jurisconsulte dont l'oeuvre compte, mais il n'a pas laissé seulement des oeuvres juridique C'est à cet égard que l'on fait à son sujet des découvertes amusantes. Il partagea sa vie entre l'étude du droit et la poésie. Or, Cinus de Pistoie qui, comme juriste, est très estimé n'était pas moins estimé comme poète, puisque de lui Dante a parlé en lui décernant, dans la Divine Comédie le titre de très grand poète. Il en parle même quelque part comme étant l'un des meilleurs poètes - et ceci nous écarte beaucoup des conflits de lois - et ajoute-t-il, des meilleurs chantres de l'amour.

Or, on ne sait pas quel est celui de ces deux enseignements qui portait le plus sur ses étudiants car s'il a fait école dans le domaine du droit, il l'a fait davantage dans le domaine de la poésie.

Il y avait à cette époque un étudiant qui était le fils d'un notaire et qui était destiné comme son père aux carrières juridiques. Ce notaire était très strict, il ne tolérait pas beaucoup de livres dans la bibliothèque de son fils, il ne lui avait permis que deux ouvrages - mais peut-être avait-il eu tort et un seul aurait suffi puisque le second devait agir sur la destinée de l'enfant plus que le premier. L'un était Cicéron pour le guider dans ses études de droit ; l'autre était pour lui forger une âme, Virgile Or, Virgile exerça une influence beaucoup plus grande sur celui-ci, et il semble que les conversations du maître et de l'étudiant aient porté davantage sur la poésie que sur le droit. Quoiqu'il en soit, l'intéressé n'est jamais devenu juriste, mais il est devenu poète, très grand poète, encore plus grand poète que son maître, puisque c'est tout simplement - et nous pouvons nous enorgueillir qu'il soit sorti d'un enseignement du conflit de lois - Pétrarque.

Lorsque Pétrarque mourut plus tard, à son tour un de leurs successeurs, poète comme eux, Boccace, les unira dans la même admiration et il dira :

"Tu es maintenant là où tu a eu souvent le désir d'être appelé pour recevoir Laure, celle que tu as tant chantée là où avec Cinus et avec Dante, tu vis, certain d'un repos éternel"

L'Ecole d'Orléans

Passons maintenant à une troisième école plus strictement juridique, c'est le centre d'Orléans. A cette époque, il y avait une université à Orélans, universitas legum, très fréquentée ; et deux d'entre ses grands représentants ont joué un rôle important. Il est vrai qu'ils ne sont pas devenus poètes comme Pétrarque mais après avoir enseigné l'un comme l'autre le droit, ils ont terminé leur carrière comme évêques.

Source : BIU Cujas

L'un est Jacques de Révigny, qui a vécu de 1214 à 1296, qui a professé assez longtemps à l'Université d'Orléans, qui est célèbre par sa Dialectique.

L'influence italienne a pénétré en France par le centre de Toulouse, par le centre de Montpellier avec Cinus de Pistoie, par le centre d'Orléans avec Jacques de Révigny et un autre auteur qui est mort au début du XIVème siècle, Pierre de Belleperche, professeur à Orléans et qui termina sa carrière comme évêque d'Auxerre alors que Jacques de Révigny terminait la sienne comme évêque de Verdun.

Enfin, le dernier centre, peut-être le plus important de tous et auquel on doit un jurisconsulte de la plus grande réputation est le centre parisien avec Charles Du Moulin.

Dumoulin

Dumoulin est un avocat au Parlement de Paris qui a eu un grand renom comme praticien, et dont la dernière partie de l'existence dût être quelque peu vagabonde à raison d'ennuis politiques qu'il avait eus avec les autorités de l'époque. Il fut d'abord calviniste, ensuite luthérien et dut pour ces raisons, s'éloigner. On retrouve sa trace dans diverses villes où il enseigne, à Dôle, à Montbéliard et finalement à Tübingue en Allemagne, où il se fixera un certain nombre d'années.

Ses oeuvres sont importantes : on y trouve d'une part le commentaire du Code de Justinien et à ce propos il commentera la fameuse loi Cunctos Populos qui nous concerne et un grand nombre de Consilia, c'est-à-dire de consultations qu'il a eu l'occasion de donner comme praticien et dans lesquelles le consilium 63 est particulièrement célèbre, puisqu'il est à la base d'idées qui aujourd'hui encore font partie de notre droit positif.

Dumoulin se rattache encore nettement à l'Ecole des juristes, c'est-à-dire à l'école des post-glossateurs. Il a contribué à lui donner une impulsion nouvelle, car au XVIème siècle, elle commençait à être dans un état de stagnation ; il l'a, en quelque sorte, revivifiée. Bouhier dira plus tard, que "jusqu'à Dumoulin on n'avait fait que bégayer", ce qui est peut-être injuste, et d'ailleurs on a continué à bégayer après lui.

On lui doit une doctrine très importante du droit international privé que nous retrouverons, celle de l'autonomie de la volonté. Dans le domaine des contrats et aussi dans celui des régimes matrimoniaux, elle a eu un singulier succès et se trouve encore consacrée par la jurisprudence actuelle.

Il est le père de cette solution qui est à la base de notre droit positif actuel ; son rayonnement a été considérable. Mais il convient d'insister sur ce point : Dumoulin, par sa

Source : BIU Cujas

formation, par son existence, bien qu'il ait enseigné, mais assez peu, était surtout un praticien, un très grand praticien qui a par conséquent abordé nos problèmes comme doit le faire un bon praticien, c'est-à-dire en vue de gagner les procès dont il était chargé et non pas - ce qui serait le fait d'un mauvais praticien - d'assurer simplement le développement de la science juridique.

§ 2 - Caractères de cette école des juristes.

L'école des juristes a comme caractère dominant, essentiel, le fait que c'est une école éclectique, avec deux corollaires : l'universalisme et l'esprit d'analyse.

Caractère éclectique

D'abord l'éclectisme. Nous avons précédemment défini ce qu'il fallait entendre par ce terme. Aucun de ces auteurs ne part d'un principe général, il n'affirme aucune solution de principe à laquelle il convienne de se conformer. La fréquence d'application de la loi de telle coutume ou de telle autre, ou la réciprocité de son application les laisse complètement indifférents. Ils cherchent la loi qu'ils jugent la meilleure, quelle qu'elle soit et en elle-même.

Raison de cet éclectisme

Le fait que cette doctrine soit éclectique s'explique fort bien et se justifie par des considérations de milieu social. Nous avons déjà dit - et c'est important - que cette doctrine est née dans un milieu essentiellement mercantile où régnait un esprit d'intercommunication un esprit libéral qui faisait dire que ces cités de la Haute Italie étaient particulièrement ouvertes les unes par rapport aux autres. Ce fait explique par conséquent, comme adjuvant de ce besoin de commerce, l'esprit éclectique : ne pas se barricader, ne pas se verrouiller par des principes qui pourraient gêner le commerce, mais au contraire se montrer non seulement dans le domaine commercial mais dans le domaine juridique, particulièrement libéral.

En outre, à cette époque, la notion de nation n'existe pas encore, bien entendu. Les idées nationales qui joueront un rôle plus tard ne se manifestent pas dans ce milieu ce qui explique très bien le caractère éclectique des idées, au moins pour l'Italie.

Mais comment se fait-il que cette doctrine des post-glossateurs ait eu un certain nombre d'échos particulièrement brillants et retentissants en France comme celui de Dumoulin ?

Pour les pays de droit écrit le phénomène s'explique parce que, entre eux, existait une certaine communauté qui était

Source : BIU Cujas

celle du droit romain, qui par conséquent impliquait des sacrifices beaucoup moins grands pour les solutions que l'on proposait. Et quant aux pays de coutumes, c'est que le caractère coutumier de la formation du droit en excluait peut-être l'idée de dogme. Le droit coutumier se forme petit à petit par les apports quotidiens, les apports de l'histoire; c'est un droit empirique, il ne part pas d'une affirmation, d'une solution imposée comme la loi. Le fait, par conséquent, que notre droit était coutumier dans une partie de la France présentait un terrain d'élection assez satisfaisant pour les idées quelque peu éclectiques.

Voyons maintenant les deux corollaires de cette doctrine l'universalisme tout d'abord.

L'universalisme

L'universalisme signifie qu'une solution, qu'une règle de conduite qu'on cherche à élaborer, à dégager, à justifier, si elle est bonne pour un pays, une ville, une province, est également bonne pour les autres villes, les autres pays et les autres provances. Les solutions sont universalistes, elles ne sont pas à sens unique, elles ne sont pas unilatérales. Ce qu'on admettra donc à son profit, on doit l'admettre au profit des autres.

Et pour justifier cet universalisme, nous allons trouver les mêmes influences que tout à l'heure.

Explication de l'universalisme

Pour le berceau d'élection de la doctrine italienne, l'Italie, il y a un droit commun qui unit entre elles toutes ces villes, c'est le droit romain. Or, le droit romain est un droit universaliste par excellence pour tout l'Empire ; il n'est donc pas étonnant que cherchant à résoudre les conflits de lois, les solutions qu'on donne doivent être des solutions suivies partout, comme le droit romain est en vigueur partout. Il en est de même naturellement pour les pays français de droit écrit.

Dans les pays de coutumes, les conflits qui se présentent à cette époque présentent une particularité. Ces conflits ne sont pas ce qu'ils deviendront plus tard, ce qu'ils sont surtout aujourd'hui, des conflits internationaux, ce sont des conflits internes, des conflits inter-provinciaux. Or, il y a tout de même bien des différences, bien des nuances entre un conflit interprovincial et un conflit international. Ainsi que l'écrivait il y a un certain nombre d'années un auteur au sujet de Dumoulin ses conclusions ne sont pas autre chose qu'une expression d'un droit inter-coutumier universel. Il avait donc la notion qu'il devait exister une sorte de droit coutumier universel ; l'idée d'une localisation vraiment géographique du droit qui s'est affirmée depuis lors n'était pas encore bien sentie . Le droit coutumier avait comme une possibilité virtuelle de se fondre dans un seul droit coutumier général, droit coutumier universel.

Source : BIU Cujas

"Professées à Tubingue en 1553, ces idées entendent être vraies non seulement en Allemagne mais en Italie où le droit romain est aussi le droit commun et à Paris où il est équité et raison. Elles entendent, suivant la tradition séculaire, organiser le rapport des statuts personnel et réel de toutes les coutumes du monde chrétien".

Voilà bien l'affirmation du caractère universaliste de la doctrine du conflit des lois par cette Ecole des juristes : chercher la solution la meilleure et dans tous les cas la solution que l'on aura dégagée, qu'elle soit ou non la meilleure partout. On s'imagine qu'elle l'est, on l'appliquera dans tous tous les pays, elle ne sera pas limitée à une coutume plus qu'à une autre. Donc doctrine universaliste.

Ce qui l'explique encore, c'est que plus un pays est morcelé entre un certain nombre de législations comme l'était la France coutumière - il y avait un certain nombre de grandes coutumes mais dans l'ensemble il y avait bien 150 coutumes en France - plus un pays est morcelé juridiquement et plus il a besoin d'une sorte d'ubiquité d'un même droit pour raccorder entre eux ces droits différents. Nous n'avions pas d'unité du droit privé, d'unité du droit en général mais au moins fallait-il, pour rendre la vie possible, qu'il y eût un ajustement de ces droits différents pour que tout le monde fût d'accord dans chaque cas pour savoir quel est celui que l'on appliquerait, de telle province plutôt que de telle autre. Il y avait donc tendance vers des notions communes de solution des conflits.

Atténuations pratiques de l'universalisme

Il faut d'ailleurs avoir présent à l'esprit un point très important parfois perdu de vue. L'une des matières qui à l'époque moderne - c'est-à-dire depuis la Révolution - ont soulevé et continuent à soulever beaucoup de conflits, c'est la matière de la famille C'est d'abord le mariage, parce que cette institution subit des évolutions sous la pression d'éléments variables selon les pays, parce que l'indépendance de la nationalité des époux crée des ménages à nationalité double qui compliquent les choses. La filiation, avec les réformes qu'elle a subies, facilité plus grande pour la filiation naturelle, légitimation des enfants, adoption plus facile ici que là, bref les questions de famille, - on le voit si l'on parcourt les revues de jurisprudence - donnent lieu constamment à des procès. Nous ne parlons pas de la porte de sortie du mariage qui s'appelle le divorce, il est dans les rapports internationaux une source extrêmement fertile de décisions judiciaires et par là même de difficultés. Or, dans l'ancien Droit, c'est une branche du droit qui ne soulevait pas autant de conflits.

Pourquoi ? Il y avait tout de même des gens mariés, des questions de filiation, des questions concernant le mariage et

Source : BIU Cujas

sa dissolution ou son relâchement. Mais c'est une branche qui n'existait pas sur le terrain des conflits pour l'excellente raison qu'elle n'était pas règlementée par l'autorité civile. Le mariage sous l'ancien régime est règlementé par l'Eglise, il est donc universel ; il n'y avait pas une législation propre à chaque coutume, il n'y avait que la législation canonique. Le mariage était même plus que Français puisque c'était la législation de l'Eglise catholique qui le régissait. Le droit du mariage s'appliquait dans tous les pays où le droit canonique était en vigueur. C'étaient les juridictions religieuses qui avaient à connaître de la validité du mariage et du relâchement du mariage, qui s'appelait le "divortium" (qu'il ne faut pas traduire par divorce), c'était la séparation de corps. C'étaient les juridictions de l'Eglise qui connaissaient seules des validités de mariage et des séparations de corps. Il n'y avait pas de conflits de lois puisque le droit était universel, et que les juridictions étaient par là-même celles de l'Eglise.

Une deuxième matière qui constituait un terrain fermé pour les conflits et qui allait en augmentant tout de même, c'était aussi à l'endroit de la famille, la matière règlementée par les ordonnances royales, de plus en plus nombreuses. Certaines avaient des vicissitudes, n'étaient pas enregistrées partout, mais un certain nombre le furent. Partout où existaient des ordonnances royales il y avait unité de droit dans le Royaume, il n'y avait plus de conflits.

Donc, d'une part, une branche importante du droit privé, le droit du mariage et de la séparation de corps dépend d'une législation universelle, celle de l'Eglise, jusqu'à la Révolution, avec les officialités. Puis tout le droit des Ordonnances.

L'universalisme ferment d'unité française

Il ne reste que les autres matières, encore assez nombreuses. Mais, chose curieuse et de caractère politique, l'universalisme de la règle de solution des conflits qui était un ferment d'unité au milieu de la disparité des lois du royaume pour l'ensemble des autres matières, allait tout à fait dans le sens de la politique royale qui était une politique de consolidation de l'unité du pays, qui avait commencé par l'unité politique, qui se serait certainement réalisée un jour par l'unité du droit privé si le phénomène de la Révolution ne l'avait hâtée. Mais l'unité des solutions de conflits sous l'ancien Régime était déjà un ferment, un commencement d'unité. Par conséquent, elle était vue favorablement par l'autorité royale ; par conséquent il y avait là des conditions favorables de réception de la théorie des juristes, de la doctrine italienne, parce qu'elle allait dans le sens de l'unité du pays.

Il faut d'ailleurs, en ce qui concerne l'universalisme à cette époque, distinguer deux sortes d'universalisme : l'univer-

Source : BIU Cujas

salisme interprovincial et l'universalisme international.

L'universalisme interprovincial est désirable et nécessaire à l'intérieur d'un seul et même pays, tandis que l'universalisme international, celui que nous retrouverons fortement amplifié au XIXème siècle, c'est l'universalisme dans les rapports d'un pays avec les autres pays. Or, celui-ci est beaucoup plus dangereux. Tandis que l'universalisme interprovincial a pour but d'être un ferment d'unité nationale, l'autre est, au contraire, un ferment de dissociation, puisqu'il édulcore les frontières juridiques, il cherche à amalgamer les lois des pays entièrement différents et par conséquent fait disparaître ce qui est essentiel, les intérêts véritablement nationaux du droit de chacun d'entre eux.

Par conséquent l'universalisme interprovincial qui, lui, était désirable et en formation sous l'ancien Droit, ne doit pas être confondu avec celui qui pourrait exister aujourd'hui, qui serait tout différent, qui serait d'ailleurs beaucoup plus dangereux.

Caractère analytique

Deuxième corollaire : l'école des juristes est une école analytique. C'est une école qui procède par voie d'examen de nombreux cas concrets, elle n'a pas d'idées générales. Elle ne ramène pas tout à un certain nombre de catégories; au contraire elle fait de très nombreuses coupes dans ce qu'on pourrait appeler le tissu juridique, de façon à faire apparaître comme autant de cas cliniques chaque difficulté qui se présente. C'est ainsi que chez Bartole, le grand maître de l'Ecole de Bologne, il y a un nombre très grand de catégories juridiques.

Critique de la méthode analytique

Ceci a eu pour conséquence de faire perdre complètement le sens de la ligne du droit, précisément parce que, à force de faire des analyses et de ne pas raccorder entre elles ces solutions, on perdait tout-à-fait le sens de l'ensemble.

Un auteur de la fin du XIXème siècle, dont nous aurons plus tard à reparler, de Vareilles-Sommières, disait de ces auteurs, en le leur reprochant, qu'ils étaient sans cesse embarrassés dans un véritable chapelet de cas et il ajoutait : nous pourrions préférer parfois qu'il y eût un peu moins de cas et un peu plus d'idées générales.

D'autres auteurs ont dit qu'ils avaient réduit le droit des conflits, tant ils avaient fait de distinctions et de sous-distinctions, en atomes. On leur a encore reproché de l'avoir en quelque sorte tellement distingué et divisé qu'ils l'avaient pulvérisé.

Source : BIU Cujas

Nous n'en avons pas terminé avec les critiques et nous relevons encore deux critiques sous la plume d'auteurs du XVIII° siècle. L'un d'eux dit que les auteurs de l'Ecole des juristes étaient un peu, avec leurs analyses, comme les membres d'Hippolyte qu'une vie tout entière ne suffirait pas à rassembler. Un autre fait une comparaison avec ceux qui sont au bord de la mer et qui qui voudraient compter les vagues, il leur compare les représentants de cette école d'analyse : ils veulent compter les vagues au fur et à mesure qu'elles s'amoncellent mais les flots dérangent sans cesse leurs calculs, et ils font ainsi de la science du droit un océan sans bornes.

Toutes ces critiques se ramènent à la même conception d'ensemble : on ne voit pas très bien à quoi voulaient aboutir ces auteurs de l'école juridique puisque, à force d'analyser, ils perdaient complètement la direction qu'il convenait d'avoir. En effet, quand ils ont terminé leur analyse, quand ils sont en présence d'un cas concret, quelle solution donnent-ils à ces cas super-analysés ? Ces auteurs étaient très embarrassés pour trouver la solution, ils invoquent alors une sorte de providence, cette providence qui les inspirera plus ou moins et qu'ils appellent - et nous retrouverons cette expression sous la plume d'un très grand auteur du XIXème siècle - la nature des choses. C'est la nature des choses qui doit, en présence de chaque cas concret, de chaque cas de clinique juridique, permettre de donner la solution.

Mais la nature des choses est essentiellement personnelle à chacun, d'où un reproche que l'on peut et que l'on doit faire aux représentants de cette école comme à tous ceux qui dans l'avenir la suivront : c'est que chacun, en somme, donne la solution qui lui paraît personnellement la meilleure, et on tombe dans l'impressionnisme juridique. Il n'y a pas deux auteurs qui généralement penseront de la même façon, parce que chacun sentira les choses avec sa propre sensibilité de juriste.

De même - et on le lui a reproché avec d'ailleurs une certaine injustice - Bartole aurait soi-disant trouvé (nous employons le conditionnel parce que la chose est tellement anormale qu'on ne peut pas la croire sérieusement) le procédé suivant pour savoir si une loi devait être considérée comme territoriale ou extra-territoriale : il se serait attaché simplement aux deux premiers mots de la phrase. Si les deux premiers mots avaient évoqué l'idée d'une personne le texte aurait été extra-territorial, si les deux premiers mots avaient évoqué une chose, il aurait été territorial.

Si l'on dit par exemple "les biens du défunt", le statut sera territorial, parce que les biens sont de l'ordre territorial, et si l'on dit "le défunt dont les biens", la loi successorale sera extraterritoriale, puisque la phrase commence par le défunt, c'est-à-dire par l'idée d'une personne.

Source : BIU Cujas

Une pareille distinction, purement de vocabulaire et tenant au hasard, ne peut pas se défendre.

Plus tard, le jurisconsulte Alexander dira de Bartole "qu'il a eu tellement de succès qu'il ne dormait certainement pas quand il l'a fait". Mais Boullenois a dit beaucoup plus justement au XVIIIème siècle que si véritablement il en était l'auteur, il dormait indiscutablement à ce moment-là.

Quelle est la valeur de ces solutions en elles-mêmes ?

Il serait injuste de dire que les solutions de l'école des juristes aient été dans l'ensemble mauvaises. Il en est beaucoup qui sont restées, qui se sont conservées, et qu'on suit encore aujourd'hui. Il y en a même qui ont été des solutions d'avant garde et que l'on n'a pas atteintes encore aujourd'hui en droit positif. Mais le point faible de cette doctrine c'est précisément, en plus de son caractère éclectique et universaliste, le manque d'une méthode sûre pour trouver la solution. Il ne suffit pas de dire que l'on se trouve en présence d'un cas nouveau ou différent, il faut savoir comment traiter ce cas.

Section II

Le foyer politique.

Terminologie

On l'appelle généralement l'Ecole française, ce qui n'est pas absolument exact puisque nous avons déjà trouvé de nombreux représentants de l'école des post-glossateurs en France, mais on l'appelle l'Ecole française parce qu'elle est née en France. C'est donc une doctrine spécifiquement française puisqu'elle n'est pas venue d'un pays étranger, elle n'a pas été approuvée et consacrée par les auteurs français ; elle est née dans notre pays.

§ 1 - Exposé.
§ 2 - Rayonnement universel.

Source : BIU Cujas

§ I - Exposé de la doctrine.

Le milieu de l'éclosion

Cette doctrine s'explique par le lieu où elle est née, elle s'explique essentiellement par des raisons géographiques, absolument comme la doctrine italienne ne peut se comprendre que si on la situe dans son milieu géographique. Détacher une doctrine du milieu où elle est née, c'est faire un travail abstrait et irréel.

Pourquoi la doctrine française est-elle née là où elle a vu le jour ?

La Bretagne au XVIème siècle

Elle est née en Bretagne au XVIème siècle. Les raisons en sont que le milieu social breton du XVI° siècle n'a absolument rien de commun avec celui de la Haute Italie, en particulier avec le milieu de la Lombardie. La Bretagne au XVIème siècle vient à peine d'être rattachée au royaume et non sans certaines hostilités qui, d'ailleurs, vont encore subsister un certain temps. Au point de vue de l'organisation sociale il y règne, et il y règnera encore longtemps l'esprit féodal. C'est un pays fermé et qui, au point de vue du commerce, ne peut se comparer en rien aux villes de l'Italie essentiellement prospères, essentiellements commerçantes, mercantiles et cherchant à commercer.

Mais la doctrine italienne s'était répandue en France ; or il n'y a aucune comparaison à faire entre les rapports de la coutume de Paris où elle s'était fait recevoir et la coutume de Bretagne, parce que la coutume de Paris faisait partie du royaume depuis toujours, tandis que la Bretagne venait à peine d'y être rattachée.

Dès lors, au XVIème siècle va se produire un choc très violent, sur ce point comme sur beaucoup d'autres, entre les idées de l'école des juristes et les conceptions qui sont en vigueur en Bretagne sur la solution des conflits qui sont des conflits inter-coutumiers, entre la coutume de Bretagne, coutume d'un pays encore féodal, très fermé et peu ouvert aux apports extérieurs et les coutumes de l'ensemble de la France.

C'est à ce moment que précisément va vivre celui qui sera le fondateur de la doctrine vraiment française, Bertrand d'Argentré.

Bertrand d'Argentré

Bertrand d'Argentré est né à Vitré en 1519 et mort en 1590. Il a été à la fois magistrat, membre du Parlement de Bretagne, législateur, puisqu'il a contribué à la rédaction de la coutume de son pays, et historien puisqu'il est l'auteur d'une histoire de la Bretagne qui d'ailleurs lui a valu des fronsements de

Source : BIU Cujas

sourcils royaux - c'était une époque où le rattachement de la Bretagne était encore trop proche - et qui l'obligea à s'exiler sur la fin de sa vie.

Son oeuvre écrite essentielle, c'est le commentaire de la coutume de Bretagne et dans ce commentaire, la dissertation sur les conflits se trouve à propos de l'art. 218. C'est la dissertation De statutis.

Esprit de d'Argentré

L'esprit de l'oeuvre de Bertrand d'Argentré, est une opposition systématique de propos délibéré à la doctrine des juristes c'est-à-dire à la doctrine des post-glossateurs et surtout à son grand contemporain et adversaire avec lequel il n'a cessé de rompre des lances - et celui-ci le lui rendait bien car ils ont été deux adversaires farouches - Dumoulin.

D'Argentré entend autant que possible diminuer le prestige -il n'y parviendra peut-être pas pour les autres provinces tout au moins immédiatement - de Dumoulin et empêcher les idées de Dumoulin et de l'école des juristes de pénétrer en Bretagne. Il a considéré que la défense de l'intégrité juridique de sa province était essentielle et il "entra dans la lice nous reprenons les expressions des auteurs du XVIII° siècle avec grand appareil, mais aussi avec une démangeaison trop marquée de contredire les sentiments de Dumoulin".

Son rôle a été indiscutablement d'être le fondateur de l'école politique qui va s'opposer à l'école des juristes et il l'a marquée d'un sillon extrêmement profond si profond qu'il subsiste encore dans une bonne partie de l'humanité et qu'il n'est pas sans exercer une influence en France comme nous le verrons bientôt.

Le trait essentiel de cette doctrine qui l'oppose à la doctrine éclectique des juristes, c'est son dogmatisme, qui entraîne deux corollaires: son particularisme et la synthèse

Le dogmatisme.

D'Argentré s'élève essentiellement et violemment contre l'eclectisme de la doctrine des juristes et son indifférence à l'égard des résultats fournis par les solutions.

Ce qui préoccupe d'Argentré, et qui laissait totalement indifférente l'école des juristes, ce sont les résultats c'est-à-dire la finalité. D'Argentré veut savoir quels résultats produiront les solutions de conflits et si elles seront bonnes ou mauvaises non pas en elles-mêmes, d'une façon abstraite comme le bien absolu mais très relativement - et cela lui suffit amplement - si elles seront bonnes, satisfaisantes pour sa province

Reproduction interdite

Source : BIU Cujas

Affirmation de la territorialité

Il affirme donc un dogme ; ce dogme est un dogme politique et il sera le centre même de sa doctrine et de l'école dont il va être le fondateur ; c'est le dogme de la territorialité. Chacun est maître chez lui, chaque coutume est territoriale, elle doit donc s'appliquer là où elle est en vigueur ; c'est l'idée essentielle de son système. Elle se traduit par cette formule lapidaire "finitae potestatis, finita jurisdictio et cognitio" ; là où sont les frontières, là finit l'autorité et la compétence d'une coutume d'un autre pays.

Déjà d'ailleurs en France - mais sur ce point nous sommes assez mal renseignés - il est possible que les idées qui ont jailli spontanément en Bretagne au XVIème siècle sous la plume de d'Argentré aient déjà, par un certain parallélisme, été admises bien antérieurement si l'on en juge notamment par l'adage célèbre que l'on trouve dans l'œuvre de Loisel : "les coutumes sont réelles". Le mot réel voulait dire ici les "coutumes territoriales". C'était donc une idée qui existait en France même en dehors de la Bretagne et qui avait été éclipsée momentanément par la doctrine de Dumoulin et des Juristes.

Voilà donc le dogme essentiel de d'Argentré qu'il faut avoir présent à l'esprit , l'affirmation de la territorialité ; comme tout dogme elle ne se discute pas et on doit tout lui sacrifier. Et précisément ce dogme va entraîner comme premier corollaire le particularisme.

Particularisme de d'Argentré

D'Argentré est aux antipodes de l'universalisme. Il ne s'agit pas de faire une doctrine basée sur les principes juridiques et susceptible d'une application universelle. Il s'agit d'une doctrine basée sur l'intérêt politique de sa province. Or, cette province veut conserver ses institutions : en effet, plus fréquente sera l'application en Bretagne, par les tribunaux bretons, des coutumes des autres provinces de la France, plus grande sera alors l'éviction du droit de la Bretagne. Il ne faut pas laisser entamer ce droit de la province ou tout au moins le laisser entamer trop souvent par le droit des autres provinces, car il finira par s'établir trop de contacts, trop de mélanges, trop d'influences qui peuvent précisément lui enlever son homogénéité.

Par conséquent, c'est toujours l'idée de la défense des institutions bretonnes et du milieu breton qui sont à l'origine de son particularisme. La doctrine de d'Argentré est donc une doctrine particulariste ; il ne cherche pas à réglementer les solutions de conflit pour les autres, il le fait en partant simplement de l'intérêt politique de sa province. Il ne veut donc admettre aucune hégémonie d'une coutume sur une autre. Certains juristes étaient, en effet, enclins à considérer que la coutume

Source : BIU Cujas

de Paris, pour bien des raisons, aurait une sorte de prééminence morale dans le royaume ; il s'y oppose absolument et pour des raisons politiques. La coutume de Bretagne est totalement indépendante, elle n'entend recevoir aucun apport de la coutume de Paris et des règles de solution des conflits de celle-ci.

Le particularisme de d'Argentré se manifeste en ce sens encore qu'il cherchera à appliquer le moins souvent possible les coutumes des autres parties du royaume. En principe, c'est la coutume de Bretagne qui s'appliquera toujours en Bretagne, et ce n'est que dans les cas tout à fait exceptionnels qu'il en sera autrement. C'est ce qui nous amène à ce deuxième corollaire la synthèse.

La synthèse de d'Argentré

Tout découle ici d'une idée générale nous sommes loin des analyses et super-analyses de la doctrine des juristes. On part d'un point très net, l'idée générale de la territorialité. On sort d'une période d'éparpillement, de dissociation juridique pour se trouver en présence d'un véritable bloc de métal : le droit applicable sera le droit de la province. Voilà l'idée générale qui guidera le juriste, c'est une sorte de force centripète qui va exercer une attraction vers le droit de la province de Bretagne. Tel est le principe.

Mais alors, dira-t-on, il n'y a pas de droit international privé si nous sommes dans la territorialité striote. Voici maintenant la soupape. Il faut bien évidemment admettre dans certains cas une dérogation, mais ce ne sera qu'une dérogation, qu'une exception à une règle générale. Le principe c'est la territorialité, et cette dérogation, on devra l'admettre très étroitement et dès qu'on ne sera plus dans les conditions de celle-ci, il faudra immédiatement revenir comme en vertu de cette attraction dont nous parlions, vers le point de départ qui est la territorialité. Il n'y a donc aucune hésitation sur les solutions et si l'on n'est pas dans un des rares cas où l'on peut admettre l'extra-territorialité, la règle reste la territorialité. L'extraterritorialité est une anomalie, on ne peut l'admettre que contraint et forcé ; c'est un sacrifice que l'on fait. Certes, elle est obligatoire pour le juge, mais quand en sera-t-il ainsi ?

L'extra-territorialité dans le statut personnel

Il en sera ainsi simplement pour le droit des personnes et encore faut-il qu'il s'agisse strictement parlant d'une institution concernant et ne concernant que le droit de la personne.

Que faut-il entendre alors par le droit de la personne ? C'est celui qui est absolument exclusif de tout contact, de tout mélange avec d'autres institutions juridiques du droit des personnes. D'Argentré dira ainsi : il faut qu'on soit en présence

Source : BIU Cujas

du droit de la personne, pure personnaliter, exclusivement le droit de la personne. Et si l'on n'est pas exclusivement en présence du droit exclusif de la personne, on revient au domaine de la territorialité.

Les statuts mixtes

Mais il y a des droits, des statuts comme on disait à cette époque, qui ne sont ni strictement pour les choses ni strictement pour les personnes, qui sont un peu intermédiaires. D'où d'Argentré a finalement classé les statuts en trois catégories : les statuts réels qui sont territoriaux - réels dans leur objet parce qu'ils concernent les choses, et qui dans leur étendue d'application sont territoriaux ; les statuts personnels qui concernent dans leur objet les personnes et qui dans leur étendue d'application sont extra-territoriaux ; les statuts mixtes qui sont à cheval sur les personnes et les choses. Et voici un exemple qui montrera que, grâce à ces statuts mixtes, comme un véritable tonneau des Danaïdes, on va vider en grande partie le compartiment des statuts personnels de presque toute sa substance, tant et si bien qu'il ne restera presque plus rien.

Exemple de statut mixte : la capacité de tester. La capacité de tester est incontestablement un statut de la personne, mais on ne teste pas pour des idées, on teste sur les biens de ce monde, et les biens qui font l'objet de ce testament ce sont des choses. Par conséquent la capacité de tester est quelque chose de mixte, elle touche au droit des personnes par la capacité et elle touche au droit des choses par le testament. Au fond cette catégorie des statuts mixtes imaginée par D'Argentré n'est qu'un procédé, n'est qu'un subterfuge pour reprendre après avoir fait la concession du statut des personnes, les quatre cinquièmes de ce statut. En effet, que seront ces statuts mixtes ? Puisqu'ils sont mixtes on pourrait dire qu'ils seront aussi bien personnels que réels. Mais non, il y a une règle - et voilà l'idée de synthèse - quand on n'est plus sur le terrain de l'exception on revient nécessairement à la règle ; et puisque l'on n'est plus sur le terrain de l'exception, puisque ce n'est plus du droit pure personnaliter alors les statuts mixtes sont des statuts territoriaux.

Les statuts mixtes ne sont donc qu'une sorte de jeu de l'esprit pour vider le compartiment des statuts personnels. Ainsi on revient le plus souvent possible au statut du territoi-

Le statut personnel est soumis à la loi du domicile

Et d'ailleurs dans la mesure très restreinte où l'on appliquera le statut des personnes - et les auteurs de cette école ne manqueront pas de se montrer toujours très stricts pour considérer que ce statut de la personne doit être vraiment quelque chose qui

Source : BIU Cujas

ne concerne que quelques exceptions quelle est la loi qui régira ce statut de la personne ? C'est la coutume du domicile de la personne

Cette solution a déjà été admise il y a plusieurs siècles par l'école des juristes ; les droits de la personne sont régis par la loi de son domicile. Ce n'est que bien plus tard, lorsque l'idée de la nation se développera, que dans certains pays dont la France, peut-être pas toujours avec beaucoup de bonheur on substituera la loi nationale à la loi du domicile. A cette époque, la loi nationale n'a pas de signification. La loi nationale, c'était la loi française, mais il y en avait des quantités. Il fallait donc localiser le Français. Un français est soumis à la loi française, cela ne voulait rien dire ; il fallait dire : il est soumis à telle coutume de France. Quel était le point de rattachement ? Cela ne pouvait pas être la nationalité cela ne pouvait être que la notion de domicile.

Mais si la solution est la même, le domicile n'a pas la même base chez d'Argentré que chez les juristes.

Chez les juristes le domicile s'explique parce que c'est l'ancien rattachement de l'individu à la civitas, et on considère par conséquent que c'est cette loi qui doit suivre l'individu qui, selon l'expression de l'époque "ossibus suis inhaere" était rattachée à son propre corps ; c'est vraiment un statut extra-territorial.

Le domicile est un aspect de la territorialité

Chez d'Argentré le statut du domicile va redevenir dans une certaine mesure un statut territorial : le domicile est le lieu où la personne a vraiment le centre de son établissement le centre de ses intérêts, son habitation. Or, en fait où se déroule pour la plupart des personnes, leur existence ? C'est évidemment là où elles sont domiciliées. Il faut tout de même se rendre compte que ceux qui vivent en dehors de leur domicile constituent une minorité. Donc appliquer la loi du domicile à des personnes c'était, pour la majorité d'entre elles, appliquer la loi de la coutume où elles se trouvaient, où elles faisaient les actes du droit de la personne. Le domicile chez d'Argentré, qui est une notion qui théoriquement est extra-territoriale finit pratiquement par s'identifier au fond avec une notion territoriale. Ce n'est que dans de très rares cas que l'individu se trouvera en dehors de son domicile et qu'on aura par conséquent à lui appliquer la loi de celui-ci ; mais ce sera tout à fait exceptionnel. Dans la majorité des hypothèses - et c'est un point important qui montre à quel point la territorialité était à la base de la doctrine, la vie de l'individu se déroule dans le pays de son domicile. Voilà qui raréfie encore singulièrement le domaine de l'extraterritorialité.

Source : BIU Cujas

Conclusion sur cette école au point de vue de son exposé.

C'est une doctrine spécifiquement française, puisqu'elle est née en France. Elle a pour but de réagir contre les idées de l'école des juristes et de revenir par l'affirmation d'une idée de synthèse à la territorialité du droit.

2 - Echo que cette doctrine a pu recevoir dans les autres parties du royaume ou en pays étranger.

Insuccès immédiat de d'Argentré en France

La doctrine de d'Argentré émise au XVIème siècle restera pendant assez longtemps sans aucun écho dans le royaume. La raison en est fort compréhensible. D'abord d'Argentré appartient à la Bretagne et ses écrits ont été censurés par l'autorité royale, notamment son Histoire de la Bretagne. D'autre part, son grand contemporain et brillant adversaire Dumoulin a réussi pour longtemps - et cela ressort des coutumes et notamment de la coutume de Paris - à asseoir des idées qui correspondent à un état social qui est différent de l'état social de la Bretagne. Les idées de l'école française ne pénétreront donc pas en France pour le moment.

Mais elles vont au contraire trouver des terrains d'accès en pays étranger, là où les circonstances de milieu sont précisément favorables à sa réception et à son éclosion. Le voyage fait par la doctrine de l'école française est une confirmation de plus que les idées juridiques suivent des itinéraires géographiques qui s'expliquent par des milieux qui sont préparés à les recevoir.

En effet, elle va passer tout d'abord, au siècle suivant (XVIIème siècle) dans les Flandres et des Flandres elle va se scinder en deux courants dont l'un ira plus vers le Nord, puis vers l'Ouest et dont l'autre au contraire, reviendra vers la France ; cette doctrine rentrera ainsi en France par l'étranger.

Succès de l'école française dans les Flandres

Voyons comment et pourquoi elle est passée dans les Flandres au XVIème siècle.

Elle est passée dans les Flandres, parce que les considérations politiques de milieu ressemblaient beaucoup à celles de la Bretagne. La différence qui avait opposé Dumoulin à d'Argentré est que l'un avait un esprit coutumier alors que l'autre avait un esprit plus particulièrement féodal qui conduisait à un cloisonnement interprovincial du droit. Les idées qui existent dans les Flandres proviennent de la situation très douloureuse de ces provinces. Elles ont connu et subi depuis le XIVème siècle une douloureuse décadence et une occupation étrangère fort lour-

Source : BIU Cujas

de, dont l'histoire nous a livré bien des traces, sous la domination des ducs de Bourgogne. Ces provinces ont été souvent ravagées par les guerres dont chacune d'elles naturellement leur a valu une occupation étrangère. Il est normal que ce milieu ne présente aucune communauté avec celui de la Haute Italie ; c'est un milieu fermé, qui se recroqueville sur lui-même, comme toutes les provinces périodiquement dévastées par le flot des invasions.

Et ceci s'étendra même à certaines villes du Nord de la France qui n'ont pas du tout la même conception commerciale que les villes de la Haute Italie. Les villes du nord de la France, Douai notamment, non seulement ne sont pas du tout commerçantes comme les villes de la Haute Italie, mais sont des villes essentiellement fermées. Dès lors, une doctrine de cloisonnement comme celle de d'Argentré trouve là un milieu particulièrement propice ; et précisément l'édit perpétuel qui, dans les Flandres sera pris en 1611, reflète l'esprit de d'Argentré qu'on appelle dans ces provinces "princeps juris magister", ce qui prouve que précisément sa doctrine est tenue en très haute considération. Au lieu d'être connu dans son propre pays, il est donc célèbre en dehors de celui-ci.

Les jurisconsultes flamands

Trois jurisconsultes importants y seront les propagandistes de la doctrine de d'Argentré : Burgundus (1596-1689), Stockmans (1608-1671), et Rodenburgh, qui écrit en 1643 sur le droit qui provient de la diversité des coutumes.

Ces auteurs sont les continuateurs de d'Argentré ; voilà donc la doctrine de d'Argentré qui n'a pas pénétré en France mais qui est sortie de France et qui trouve un territoire étranger. A partir de ce moment, elle va se scinder en deux : l'une de ses branches la conduira plus vers le Nord et l'ouest, l'autre la fera revenir en France.

Les idées de d'Argentré aux Pays-Bas

Elle va d'abord se répandre aux Pays-Bas. Quelles seront les raisons d'attraction de cette doctrine par les Pays-Bas ? Exactement les mêmes que dans les Flandres. Les Pays-Bas ont connu comme les Flandres des occupations militaires anciennes puisqu'ils ont été sous la domination de la maison de Bourgogne, de la maison d'Autriche puis de l'Espagne, et les atrocités commises par le duc d'Albe au XVIème siècle sont restées célèbres. Le milieu était par conséquent un milieu peu xénophile.

Quels sont les représentants de l'école dite hollandaise -car c'est sous ce nom qu'elle sera connue - qui va naître et se développer au XVIIème siècle ? C'est d'abord Paul Voet (1619-1677) ; Jean Voet, son fils (1647-1714) et Ulrich Huber (1636-1694).

Source : BIU Cujas

L'essentiel de la doctrine est dans dix pages célèbres du jurisconsulte Paul Voet.

La doctrine hollandaise

Comment se présente cette doctrine ? Cette doctrine est tout d'abord le prolongement de la doctrine de d'Argentré qu'elle adopte complètement c'est-à-dire avec le dogme de la territorialité, et ses deux corollaires : le particularisme et l'esprit de synthèse. Mais y a-t-elle ajouté quelque chose ? C'est ce point qu'il faut remettre en place grâce à des travaux assez récents - question essentielle.

L'idée de courtoisie

On a prétendu que les Hollandais du XVIIème siècle auraient été encore beaucoup plus loin que d'Argentré et auraient admis que le juge n'était jamais tenu, dans aucun cas, même pas dans ceux qui concernaient strictement parlant la personne, d'appliquer une coutume étrangère. Il pouvait le faire mais n'y était pas obligé. Et quand il le faisait, c'était pure condescendance de sa part, ex comitate, par courtoisie. D'où le nom qui a été donné à cette doctrine et sous lequel elle a été longtemps connue dans le monde, de doctrine de la courtoisie.

Sens exact de la courtoisie

Est-ce qu'il est exact que cette école hollandaise ait ainsi complété, modifié, transformé en la rendant encore plus sévère, la doctrine de d'Argentré, par cette idée de la courtoisie ? En réalité, l'école hollandaise n'a pas ajouté grand'chose à l'école de d'Argentré ; elle a peut-être simplement un peu rajeuni le vocabulaire, mais pas très heureusement, puisque le mot de comitas a fait commettre à son égard des erreurs assez graves.

Distinction

En réalité, pour comprendre cette école hollandaise, il faut distinguer deux phases qui sont pourtant bien simples dans le déroulement du droit : la phase de l'élaboration d'une règle de droit, celle du domaine de la source du droit, c'est-à-dire aujourd'hui du domaine du législateur, et une deuxième phase, la phase de son application par le juge.

Ière phase : Phase de l'élaboration de la règle de conflit

Sur ce terrain la courtoisie joue

D'après ce que l'on a écrit pendant plus d'un siècle sur les Hollandais, la règle de conflits serait une règle purement facultative pour le juge ; la règle lorsqu'elle serait élaborée, ne serait jamais une règle impérative ; le juge aurait le droit de l'appliquer ou de ne pas l'appliquer. Il le ferait par pure courtoisie, par conséquent ce serait l'arbitraire du juge.

Or, ceci n'est pas possible ; dans la mesure, même faible

Source : BIU Cujas

où l'on admet l'extra-territorialité c'est qu'elle est fondée sur une idée de droit et non pas sur une idée de pure opportunité Ce qui est exact, c'est que le législateur, lorsqu'il élabore la règle de droit, est, lui, entièrement libre. Par conséquent la courtoisie existe au plan législatif. Le législateur n'est jamais obligé d'élaborer une règle de solution plutôt qu'une autre, il le fait parce qu'il le veut bien, il peut statuer arbitrairement. La courtoisie existe donc et doit exister à la phase de l'élaboration de la règle de droit ; quand une règle de droit est créée dans un pays, on donnera la solution que l'on voudra par courtoisie ; ce sont de purs motifs d'opportunité qui vont dicter l'élaboration de la règle de conflits de lois.

C'est cela qui constitue la véritable courtoisie internationale. Selon que l'on aura un sentiment plus ou moins large de la courtoisie, on se montrera dans la règle de droit, plus ou moins large pour admettre l'application des coutumes des autres. C'est ainsi qu'on dira "comitas" ou bien, ce qui est synonyme "urbanitas", ce qui marque bien l'idée d'opportunité ; ou encore "necessitas facti", nécessité de fait et non pas de droit. La comitas n'est donc rien d'autre que la manifestation du particularisme en notre matière sur le plan législatif.

Pas de courtoisie sur le plan judiciaire

2ème phase : Phase judiciaire de la règle de droit.

Si, lorsqu'il s'agit d'élaborer la règle de droit on est entièrement libre d'y mettre ce qu'on veut par opportunité, par courtoisie, c'est une affaire entendue parce que, autrement, ce serait aller à l'encontre de l'indépendance des coutumes des Etats. Mais lorsque la règle de droit existe et que l'on arrive devant le juge, c'est-à-dire à la phase judiciaire, elle a perdu ce caractère de pure opportunité et elle est une règle de droit, elle s'impose donc au juge comme n'importe quelle règle de droit. Il n'y a pas de courtoisie sur le plan judiciaire et il ne peut pas y en avoir.

Et pourquoi cela ? Parce que la courtoisie est une question d'appréciation politique, le législateur se laisse guider par des motifs d'opportunité qui sont de son ressort. Le juge n'a pas à statuer par les motifs d'opportunité et surtout les motifs de caractère politique. Cela le dépasse, cela est en dehors de lui. Le juge doit appliquer la règle de droit. Il n'y a donc aucune place pour la courtoisie devant le juge ; la véritable place de la courtoisie est dans la phase d'élaboration de la règle par le législateur, et l'ayant rappelé, sauf à avoir imaginé l'expression, les Hollandais n'ont rient dit de plus que ce qui existait chez d'Argentré.

Source : BIU Cujas

La doctrine de la courtoisie internationale ne doit donc jamais être portée, comme on l'a fait trop souvent et comme les travaux historiques modernes ont permis de le reconstituer mieux sur le plan judiciaire, mais être maintenue essentiellement au plan législatif. Sur le plan judiciaire la règle de conflit est une necessitas juris, tandis que sur le plan législatif elle n'est jamais qu'une necessitas facti.

Qu'est devenue cette doctrine des Hollandais ? Des Pays-Bas elle a suivi un certain itinéraire géographique dont il faut qu'on connaisse la raison d'autant qu'elle a été riche en conséquences. La doctrine hollandaise - que l'on a tort d'appeler ainsi parce que c'est simplement la doctrine de d'Argentré acceptée par les Hollandais - passe en Angleterre.

La doctrine hollandaise en Angleterre

L'Angleterre, jusqu'au XVIIème siècle et peut-être même jusqu'au XVIIIème, d'après les travaux historiques que l'on connaît, a été comme la Bretagne essentiellement féodale, et encore plus fermée à l'apport du droit étranger. La territorialité la plus stricte y régnait. C'était par conséquent un pays bien préparé pour recevoir une doctrine imbue d'esprit territorial : le milieu politique et géographique nous explique pourquoi la doctrine y sera accréditée.

Mais comment passera-t-elle ? Par un concours de circonstances. Un juge anglais en exil, le juge Jenkins, fréquente les universités néerlandaises ; il y recueille là l'enseignement des juristes hollandais et il le transporte avec lui quand il rentre dans son pays. C'est le point de départ de l'acclimatement de la doctrine de d'Argentré en Angleterre, d'où elle s'est étendue petit à petit, parce que le milieu politique lui était particulièrement propice, à l'ensemble de la Grande-Bretagne et de là dans les colonies britanniques, c'est-à-dire qu'elle est devenue le droit des Etats-Unis et du Canada.

La doctrine de d'Argentré est donc la doctrine qui est devenue la source essentielle de tout le droit de solution des conflits dans l'ensemble de l'empire britannique et des Etats-Unis d'Amérique qui ont reçu ce qu'on appelle le common law.

Voilà l'un des voyages faits par la doctrine de d'Argentré Mais il y en a un autre, qui nous intéresse davantage, c'est de savoir comment cette doctrine est revenue en France par le crochet étranger.

Triomphe de d'Argentré en France

La doctrine de d'Argentré, qui n'avait pas pénétré en France au XVIème siècle, lorsqu'elle a été émise, pour des raisons déjà indiquées, et qui était passée à l'étranger parce qu'elle avait trouvé en France un milieu qui était imperméable,

Source : BIU Cujas

va maintenant revenir en France au XVIIIème siècle. Elle y reviendra par suite d'une sorte de hasard - mais les petites causes entraînent souvent des effets importants - par un hasard de littérature, juridique bien entendu.

Rôle de Boullenois

Ce hasard de littérature c'est le fait d'un ouvrage français qui obtiendra une grande notoriété, l'ouvrage de l'avocat au Parlement de Paris, Boullenois au XVIIIème siècle. Boullenois vint à parcourir la littérature des auteurs flamands, la trouva particulièrement intéressante et chercha à l'introduire en France.

Le livre qui exercera sur lui une influence est celui de Rodenburgh et il va le traduire. Il va publier du Traité des conflits de lois de Rodenburgh, une traduction, qui d'ailleurs, est singulièrement libre ; et il va ajouter à propos de cette traduction de très nombreuses observations qui lui sont personnelles ; il va donc l'inclure dans sa propre oeuvre. Et comme l'ouvrage de Boullenois a eu un très grand retentissement, vous voyez par là que les idées de d'Argentré, par Rodenburgh, pénètrent en France au XVIIIème siècle.

Le Traité de la personnalité et de la réalité de Boullenois, qui contient cette traduction de l'ouvrage de Rodenburgh, est de 1766. De tous les ouvrages qui ont été écrits sur les statuts, Rodenburgh est celui qui l'emporte par la méthode, par la bonne déduction des principes et par la solidité des décisions. Rodenburgh était conseiller au gouvernement d'Utrecht et il avait étudié les auteurs, ses prédécesseurs et notamment d'Argentré.

Quelle a été le résultat de cette pénétration de l'idée et de l'école de d'Argentré par le détour flamand et grâce au concours de Boullenois en France au XVIIIème siècle ?

Rencontre des deux courants de pensée

Il s'est produit à ce moment un phénomène de rencontre de deux courants essentiellement différents, et que nous connaissons maintenant : le courant juridique et le courant politique. Le courant juridique était resté le courant dominant dans la plus grande partie de la France, notamment dans le ressort de la coutume de Paris où il avait été représenté par les idées brillantes de son chef, Dumoulin, courant éclectique, courant à tendance universaliste et utilisant la méthode analytique.

Or, il va se produire un heurt entre ce courant qui constitue dans une très large mesure les idées admises et le foyer politique de Rodenburgh qui repose sur les idées du dogme de la territorialité avec pour conséquences le particularisme et l'idée de synthèse qui ramène tout à un certain nombre de points généraux.

Source : BIU Cujas

Les statutaires du XVIIIème siècle

Que sera l'école française du XVIII° siècle en cette matière ? On a parfois qualifié l'école française du XVIIIème siècle d'école statutaire. C'est une école qui a eu un très grand développement. Elle comporte trois grands noms, parmi d'autres, qu'il faut citer : d'abord le président Bouhier (1673-1746), membre de l'Académie française et célèbre par son Commentaire de la coutume de Bourgogne, oeuvre véritablement de construction doctrinale. Il a consacré les chapitres 21 à 36 à la matière des conflits de statuts.

Puis l'oeuvre essentiellement plus pratique et plus décousue par là même d'un avocat au Parlement de Paris, Froland, "Mémoire concernant la nature et la qualité des statuts", ouvrage en deux volumes. On ignore la date de naissance de Froland, il est mort en 1729.

Quant à Boullenois, (1680 à 1762) il a fait un certain nombre d'ouvrages dont le plus connu est celui que nous avons cité : "Traité de la personnalité et de la réalité", et qui a été l'occasion d'introduire les idées de d'Argentré en France.

Pourquoi les conflits inter-statutaires ont-ils connu une nouvelle vogue ? Pourquoi y a-t-il eu au XVIIIème siècle le développement à nouveau d'une grande doctrine française ? Cela provient d'abord de l'importance pratique prise par les questions de conflits qu'on appelait à cette époque les questions mixtes. Cela n'a aucun rapport avec les statuts mixtes de d'Argentré. On appelait questions mixtes dans la littérature du XVIIIème siècle les conflits entre statuts parce qu'ils étaient à cheval sur la législation de plusieurs coutumes. Or, plus la vie juridique se développe, plus on se rapproche de l'époque moderne, et plus les rapports juridiques inter-coutumiers deviennent intenses, plus il y a une gêne à l'existence de ces coutumes variables et plus on a besoin de résoudre les conflits qui se produisent. Voilà pourquoi à cette intensité de besoins va correspondre une intensité d'études de la part d'un certain nombre de groupes.

La légende du testament de Riparfond

Et puis il y a une légende longtemps accréditée mais dont des travaux historiques assez récents ont montré l'inanité, c'est la légende du testament de M. de Riparfond. Gabrio de Riparfond, mort le 6 Décembre 1704, a légué ce qu'il avait de plus cher au cours de son existence, sa bibliothèque à ses confrères. C'est l'origine de la bibliothèque des Avocats de Paris. Il l'a léguée avec une charge et elle s'exécute toujours, c'est que ses confrères devraient se réunir régulièrement pour y discuter entre eux de questions de droit. Les confrères à cette époque, c'étaient les confrères déjà d'un certain âge ; aujourd'hui cette conférence est devenue une pép

Source : BIU Cujas

nière de jeunes, une école d'apprentissage. Or, M. de Riparfond aurait dit dans son testament que, dans cette conférence, on devrait discuter les questions mixtes et on l'a cru et répété pendant longtemps. Mais il a suffi de se reporter à ce testament lui-même pour s'apercevoir qu'il y avait bien eu un legs de bibliothèque avec la condition que les confrères se réuniraient pour discuter des questions de droit, mais pas du tout des questions mixtes, c'est-à-dire sur les conflits.

Voilà par conséquent la légende du testament de M. de Riparfond qui, au point de vue des conflits de lois, n'a pas exercé une influence quelconque. Mais ce qui est exact, c'est qu'un certain nombre de séances de l'époque, de réunions des avocats du Parlement de Paris, ont été consacrées à l'étude des conflits. On en a trouvé la trace dans les procès-verbaux que l'on tenait à cette époque assez complètement et qui se trouvent dans les archives de l'Ordre des avocats.

Etat de la doctrine à la fin de l'ancien droit

Quel est le caractère de la doctrine française à la suite de tous ces évènements. Elle donne une impression particulièrement confuse. On a peine à y découvrir une ligne nette. C'est en somme un perpétuel compromis entre la doctrine des juristes et la doctrine de d'Argentré, la doctrine politique. Chacun fait prévaloir les idées qui correspondent à son propre tempérament : Bouhier, dont l'esprit est particulièrement libéral, sera plutôt enclin à faire prévaloir les idées qui sont celles des juristes, tandis que Boullenois, puisqu'il est l'introducteur de d'Argentré en France par la traduction qu'il en donne, se montrera plutôt partisan dans bien des cas de la territorialité.

Etat de la jurisprudence

D'ailleurs - et c'est un point qu'il faut vous signaler - nous ne sommes pas très documentés sur le contenu du droit en cette matière dans la deuxième moitié du XVIIIème siècle. Nous ne possédons sur ce point que des opinions d'auteurs et souvent les opinions de praticiens, qui bien ont eu un procès sur ce point, ou sont en train de l'avoir sont un peu tendancieuses en vue de faire triompher la thèse qu'on leur a confiée. Ce qu'il faudrait, pour se faire véritablement une opinion positive du droit de l'époque et savoir dans quelle mesure il a pris les idées des juristes et de d'Argentré, ce serait un dépouillement méthodique des arrêts. A cette époque les décisions judiciaires ne sont pas motivées, leur dépouillement est donc assez compliqué et aussi leur classement ; il faudrait dans les archives dépouiller d'innombrables décisions pour en trouver seulement quelques-unes sur nos questions. C'est un travail qui reste encore à faire et qui, lui, serait véritablement la seule source. On trouve bien dans les ouvrages

Source : BIU Cujas

des auteurs des indications de jurisprudence, mais on n'en trouve malheureusement que trop parfois et Rodenburgh disait déjà au XVIIème siècle et Boullenois le répète à son tour, que bien des auteurs citent des espèces, sans référence d'ailleurs, par simple on-dit. Il est arrivé - Rodenburgh s'en plaint - qu'ils ont cité certaines décisions par on-dit sans même les connaître personnellement ; et probablement subissent- elles, du fait de ces citations imparfaites, une grande déformation.

Or, à force d'être ainsi citées par ces auteurs et n'ayant peut-être jamais existé, elles finissent par acquérir une véritable force par l'habitude. Ainsi, des décisions sont invoquées qui peut-être n'ont pas été rendues ou qui ont eu une toute autre signification et qui, petit à petit, acquièrent une sorte de confiance. Ainsi l'erreur se perpétue.

Cette question de la connaissance exacte des sources qui précèdent le Code civil est importante ; nous allons le voir dans un instant précisément parce que notre droit étant resté coutumier, on a besoin de connaître le droit antérieur pour trouver des solutions dans le cas où les Codes n'en ont pas données.

Ce qui est certain, c'est que la territorialité a marqué au XVIIIème siècle un certain nombre de progrès indiscutables; en voici une ou deux manifestations.

D'abord on la trouve dans un des plaidoyers de Le Maistre, au sujet des coutumes. Le Maistre se montre extrêmement chatouilleux - et ceci aurait pu être écrit par d'Argentré - sur le terrain de l'indépendance des coutumes et par conséquent sur le terrain du particularisme. Ce sont là bien des idées qui rappellent la doctrine politique.

"Les coutumes, dit-il, sont souveraines dans leur ressort ainsi que les Princes dans leur Etat. Comme les souverains ne relèvent que de Dieu, elles ne relèvent que du Roi".

Mais ici il est forcé de faire une sorte de combinaison assez particulière : "Elles sont toutes égales, dit-il, parce que, en général, elles sont toutes filles d'un même père ; elles n'ont qu'un père qui est le Prince ; c'est le Prince qui les anime, mais elles ont toutes des mères particulières et différentes car elles naissent de diverses volontés des peuples".

Et ailleurs, le même plaidoyer s'élève encore contre toute primauté qu'on voudrait essayer de reconnaître à la coutume de Paris. C'était parfois une tendance et c'était évidemment un procédé pour résoudre les questions de dire : voilà ce qu'on décide dans le ressort de la coutume de Paris, c'est une solution à tendance universaliste. Il s'élève absolument contre cela en disant : le fait qu'il s'agisse de la coutume de Paris ne lui donne droit qu'au respect, mais pas à l'obéissance, et les autres sont tout aussi bien qu'elle, reines de leurs citoyens.

Source : BIU Cujas

Il a dit encore : "on préfère se soumettre plutôt au droit romain qu'à la coutume de Paris, parce que la coutume de Paris n'a pas le pouvoir de commander aux autres ; en effet, le droit romain est celui de Rome qui a été le lion des nations, et le maître de tout le monde, tandis que Paris n'est que l'admiration des peuples et l'ornement de la France".

Et il termine "Rome a été comme le soleil, qui a jeté des rayons de feu sur le monde ; Paris n'en est qu'un et qu'un seul, qui ne jette que des rayons de chaleur sur la France".

Ce plaidoyer de Le Maistre témoigne d'un état d'esprit qui aurait pu plaire à d'Argentré, à savoir que la coutume de Paris n'était pas plus qu'une autre coutume de France, que, par conséquent les coutumes sont indépendantes et ce particularisme rappelle bien cette formule lapidaire de Loisel au XVIème siècle "en France les coutumes sont réelles", c'est-à-dire les coutumes sont territoriales.

Voici une autre manifestation empruntée à l'ouvrage qui constitue ce qu'on peut appeler le testament de l'ancien Régime, le Dalloz avant la lettre, c'est le Répertoire général de Guyot qui a paru dans les années qui ont précédé la Révolution française. Or, dans le Répertoire de Guyot, la réalité est présentée comme un dogme ; on y trouve encore la formule de Loisel qui y est répétée "généralement les coutumes sont réelles". Voilà bien l'affirmation de la territorialité. On y ajoute encore - ce qui n'est que le prolongement de la même idée, sous la plume du célèbre juriste Garat - "le juge doit être en quelque sorte nationaliste et chez lui l'amour de la patrie doit être un sentiment qui n'a de commun que celui qu'a pour elle le guerrier".

Ceci évoque bien le conflit de d'Argentré et de Dumoulin, nous voici sur le terrain de la territorialité. Quant à dire que la territorialité de d'Argentré a été entièrement consacrée, ce serait exagéré mais on peut affirmer qu'elle a marqué des points très importants au cours du XVIIIème siècle.

Source : BIU Cujas

Chapitre II

LE CODE CIVIL DE 1804

Les conflits présentent depuis le Code civil une nouvelle caractéristique qu'ils n'avaient jamais eue jusqu'alors. Le Code a réalisé l'unité du droit privé en France ; le Code civil a été suivi du Code de commerce, puis du Code de procédure ; ils ont réalisé l'unité du droit en France dans toutes les matières quelles qu'elles soient. Le plus grand bienfait que l'on doit au génie de Bonaparte est d'avoir assuré cette unité morale complète du pays par l'unité de ses lois dans toutes les matières. A partir de l'Empire il n'y a plus qu'une seule loi en vigueur sur l'ensemble du territoire ; il n'y a donc plus de conflits interprovinciaux.

Aspects nouveaux des conflits

Voilà un point important : les seuls conflits qui subsistent à partir de nos Codes, ce sont les conflits internationaux, conflits entre la loi française et telle ou telle loi des pays étrangers.

Normalement cela devait entraîner, semble-t-il, un renforcement du facteur politique ; en admettant même que les conflits interprovinciaux ne fussent pas politiques puisqu'ils étaient à l'intérieur du pays, les conflits de la loi d'un pays avec les pays étrangers faisaient naître le phénomène de la frontière, faisaient naître par conséquent un facteur politique, c'est-à-dire de politique internationale. Et la doctrine de territorialité trouvait là, semble-t-il, un terrain favorable à son affirmation.

D'autre part, la codification devait exercer encore l'influence suivante : si elle assure l'unité du droit à l'intérieur, elle cloisonne le droit vis-à-vis de l'extérieur, vis-à-vis des autres pays. Un Code isole davantage le droit d'un pays. Il n'y avait pas plus de différences jusqu'alors entre le droit français et le droit étranger qu'entre le droit de la coutume de Paris et le droit d'une coutume voisine. A partir du moment où les coutumes sont unifiées, où un Code est créé, une sorte de fossé s'établit entre le droit du pays et le droit des autres pays, les mélanges qui, sur le terrain coutumier, peuvent s'établir quand le droit est non écrit, deviennent impossibles parce qu'il y a véritable-

Source : BIU Cujas

ment une fermture complète, une rupture désormais totale qui sépare les droits des deux pays

Tâche des rédacteurs du Code

Dès lors, quels sont les problèmes qui se posaient aux auteurs du Code ? Ils avaient à codifier les règles de solution de conflits comme ils codifiaient l'ensemble du droit pour n'avoir plus qu'un seul droit sur tous les points. Il fallait donc extraire de l'ancien droit une substance quelconque pour la faire passer dans la codification moderne non pas de droit privé, mais de solution des conflits de lois, et tenir compte aussi du passage des conflits du plan provincial au plan international, des solutions bonnes pour le plan provincial pouvant ne plus l'être autant sur le terrain international.

Lacunes du Code

Comment les auteurs du Code ont-ils résolu ce problème ? C'est très simple, ils ne l'ont pas résolu leur oeuvre sur ce point est essentiellement fragmentaire schématique et aussi peu satisfaisante que possible. Elle se caractérise surtout par ce qu'on ne s'y trouve pas beaucoup plus que par ce qu'on peut y rencontrer.

Le projet de l'an VIII

Les projets qui ont donné naissance au Code, le célèbre projet de l'an VIII dont le Code civil est sorti, n'avaient pas omis complètement le problème de solution des conflits. Il n'y avait pas fait une grande place mais elle était plus grande qu'elle ne le sera dans le Code de 1804.

Trois articles de principe se trouvaient au titre préliminaire qui deviendront, plus ou moins allégés d'un certain nombre de leurs dispositions, l'art. 3 définitif.

C'était d'abord l'art. 4 du projet qui disait que la loi oblige indistinctement ceux qui habitent le territoire ; puis il ajoutait : "l'étranger est soumis à la loi française pour les biens qu'il y possède et pour sa personne pendant sa résidence". L'art. 5 visait les meubles et l'art. 6 la forme des actes.

Tels étaient les textes de principe ; ce n'était pas grand'chose, mais cela ne subsistera même pas complètement. Le projet de Code civil fut soumis à l'observation de certains tribunaux, et parmi les observations de ces tribunaux qui ont été conservées, il n'y en a que deux qui concernent ces dispositions, c'est-à-dire le conflit des lois. L'une est une observation du tribunal de cassation sur l'article 4 du projet, observation assez sybilline, assez obscure et qui semble être demeurée totalement inaperçue. Une autre, plus importante, du tribunal de Gre-

Reproduction interdite

Source : BIU Cujas

noble, qui relève, non sans raison, une certaine contradiction entre les art 4 et 5 du projet ; l art 4 étant un texte de territorialité et l'art 5 un texte d'extra territorialité.

On y voit toujours ces deux tendances que nous avons rencontrées au XVIIIème siècle ; tantôt on fait un texte de territorialité, tantôt un autre texte d'extra-territorialité. Le Tribunal de Grenoble fait remarquer qu'il convient de savoir si on veut prendre parti pour la territorialité ou contre, mais qu'on ne peut pas conserver ces deux textes contradictoires.

Etat final du Code, l'art 3

Quel a été l'état final du Code en cette matière ? Nous parlons uniquement du Code civil parce que dans les autres Codes il n'y a pas de dispositions de conflits de lois, c'est donc avec les règles du Code civil qu'il faut étudier les conflits de lois.

Dans son état final, il n'y a plus qu'un seul article dans le titre préliminaire du Code civil, l'article 3. Comme cet article est unique il faut savoir qu'il existe et savoir quelles sont les trois matières dont il s'occupe. Ce texte s'occupe dans son al I des lois de police et de sûreté françaises, dans son al 2 des immeubles situés en France, et dans son al 3 de l'état et de la capacité des Français. C'est un texte de principe et la jurisprudence l'a toujours interprété comme tel.

Il est extrêmement bref, car il n'a abordé que de rares questions ; mais tant était grande la concision et le laconisme des auteurs du Code qu'il fut encore trouvé trop long et que le tribun Andrieu, devant le Corps législatif se plaignit de sa longueur et de son caractère doctrinal.

C'est ce texte de principe qui est dans le titre préliminaire du Code et qui, d'après la jurisprudence, est le centre du Droit international privé. Quelle que soit la question qui se présente devant un tribunal, on invoque l'art. 3 qui vaut beaucoup plus parce qu'il ne dit pas, que par ce qui s'y trouve.

Les autres textes

Mais voici quelques autres textes qui sont des textes de matières spéciales pour les conflits d'autorités : les art 47 et 48, sur les actes de l'état civil, les art. 170 et 171 sur le mariage, enfin les conflits de juridictions, art. 14 et 15 l'art 2123, l'art. 2128 sur la forme des actes, et encore un texte qui est dans le Code de procédure civile, l'art. 546.

Telles sont les sources au début du XIXème siècle de la branche du conflit des lois.

Raisons du silence du Code

Quelles sont les raisons de ce silence ? Nous savons fort peu de chose sur ce point et les travaux du Code sont assez peu prolixes. Nous avons tout de même quelques éléments :

Source : BIU Cujas

c'est le discours préliminaire de Portalis avec une phrase célèbre : "il nous a paru sage de faire la part de la science et la part de la législation" Et il ajoute "tout ce qui est définition, enseignement doctrine est du ressort de la science".

Sur ce point tout le monde sera d'accord avec lui que tout ce qui est enseignement, doctrine est du ressort de la science mais c'est tout de même du ressort de la législation que de codifier le droit antérieur et de donner des décisions sur les questions concrètes susceptibles de se présenter. On ne comprend pas très bien cette raison.

Mais il y en a une autre, la véritable raison est qu'il n'y avait pas, à la fin de l'ancien Régime, un corps de doctrine bien établi et homogène Cette matière était très discutée, comme elle l'avait toujours été et elle continua à l'être, d'où le très grand embarras en présence de ces grands foyers juridique et politique qui s'entrechoquaient, le grand embarras des auteurs du Code de prendre parti sur eux et d'y voir clair au milieu des innombrables controverses des auteurs. Il est certain que si l'on a quelques idées un peu claires après avoir lu des ouvrages comme ceux de Froland et de Boullenois, qui d'ailleurs sont pleins de bonnes choses, il reste évidemment beaucoup de confusion dans l'esprit.

Qu'est-ce en effet, qu'un travail de codification ? Un travail de codification est un travail de clarification, un travail de simplification, c'est avant tout un travail de synthèse. On remplace beaucoup de choses par beaucoup moins, par une seule. En particulier, le travail de codification des auteurs du Code a eu une particularité non seulement de remplacer beaucoup de choses par une chose unique, mais en outre d'unifier le droit dans l'ensemble de la France. C'était ce qu'on pouvait appeler une codification dans le temps, dans la chronologie des évènements, et une codification dans l'espace.

Or, faire cette codification dans l'espace, c'était précisément supposer qu'il existait une doctrine bien établie, et comme celle-ci n'existait pas dans toutes les parties de la France, il aurait été extrêmement difficile d'amalgamer entre elles des opinions aussi distinctes. Les auteurs du Code se sont sentis, en quelque sorte, déroutés par la difficulté du problème et c'est pourquoi ils ont préféré ne pas règlementer dans son détail la matière.

Comment combler les lacunes du Code

Mais alors y a-t-il un système général consacré par le Code civil ? Certes, il a énormément de lacunes, mais y-a-t-il une idée générale ? A-t-il consacré la théorie juridique, a-t-il consacré la théorie politique ? En a-t-il consacré une autre ? Les a-t-il mêlées ou n'en a-t-il consacré aucune ?

Source : BIU Cujas

Tout ce qu'on peut affirmer c'est qu'il a donné quelques solutions positives ; il y a des textes que l'on doit appliquer qui ont force de loi.

Opinion de la doctrine du XIXème siècle

Et quelles en ont été les conséquences au XIXème siècle ? Ces conséquences ont été assez lourdes. La doctrine s'est considérée longtemps comme entièrement libre ; par suite des lacunes du Code elle a un peu raisonné comme s'il n'y avait jamais rien eu avant le Code. Elle a pensé que toutes les opinions étaient bonnes à proposer, bonnes à défendre puisque le Code avait laissé libre carrière à tous les juristes sur ce point.

Aussi, les opinions les plus variées, les plus distinctes, les plus étrangères à celles qui avaient jamais pu exister dans l'ancien droit étaient-elles appuyées par les auteurs sur la liberté qui leur était laissée par les auteurs du Code. Les auteurs du Code n'ont pas voulu appliquer une doctrine plutôt qu'une autre, ils ont entendu laisser la liberté à tous les interprètes ce qui leur a donné la possibilité de faire d'innombrables arabesques doctrinales, mais tout est de savoir si celle ci avaient une autre valeur que celle des opinions d'auteurs ou si elles pouvaient être considérées comme constituant notre droit positif.

Beaucoup d'auteurs sur ce point paraissent avoir commis une méprise. La doctrine est toujours libre et doit rester libre à peine de disparaître et de ne plus être . Une doctrine qui n'est plus libre n'en est pas une. Mais la doctrine n'est pas le droit positif. Le droit positif dépend dans sa formation d'éléments que nous connaissons bien, qui sont les éléments qui peuvent lui servir de sources ; or la doctrine n'est pas à elle seule et ne peut pas être la source du droit.

Comment résoudre cette difficulté ? Il faut la résoudre comme on résout toute interprétation des textes, comme on résout toute lacune des textes. Deux questions se posent alors : le Code a-t-il abrogé l'ensemble du droit positif antérieur ? S'il a véritablement abrogé le droit positif antérieur il n'y a plus de droit coutumier depuis le Code. Deuxième question : les quelques solutions qui sont dans le Code dénotent-elles une volonté qui déroge à ce qui se faisait jusqu'alors ?

Reprenons ces deux questions.

Le Code a maintenu le droit antérieur, quand il est muet

I - Le Code a-t-il vraiment abrogé l'ancien Droit ?

A cet égard, nous n'avons qu'à nous reporter - et ce faisant nous restons sur le terrain bien solide de textes et

Source : BIU Cujas

de l'interprétation tout à fait orthodoxe du droit - nous n'avons qu'à nous reporter à l'art. 7 de la loi du 30 Ventôse an XII, loi de promulgation du Code civil, loi contenant la réunion des lois civiles :

"A compter du jour où ces lois seront exécutoires les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales les statuts, les règlements cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet des dites lois composant le présent Code".

Donc le Code civil n'a pas abrogé tout l'ancien droit ; il a abrogé l'ancien droit dans la mesure où il l'a codifié. Bien entendu, il aurait été absurde, après avoir codifié l'ancien droit, de le maintenir en vigueur. Il était à peine besoin de le dire, nous savons que l'abrogation tacite est aussi valable que l'abrogation expresse. Quand un législateur fait une nouvelle loi, il abroge les textes antérieurs mais il en oublie forcément, il y a abrogation tacite de tout texte ancien contraire au texte nouveau. Donc, dans la mesure où le Code civil a codifié le droit des conflits naturellement il a abrogé le droit antérieur. Mais dans la mesure où il ne l'a pas codifié c'est-à-dire dans la mesure des 9/10 pour notre matière, puisqu'il n'a presque rien dit sur ce point, il faut appliquer l'art. 7, de la loi de Ventose. Quand il n'a pas codifié les matières, il ne les a pas davantage abrogées.

Donc l'ancien droit demeure la source des règles françaises de conflits, même au-delà du Code civil, malgré la codification. C'est l'opinion, entre beaucoup d'autres, que dès leur première édition, Aubry et Rau ont posée. Le Code civil ne contient pas en cette matière un ensemble complet de législation, pour compléter ses lacunes, il faut recourir aux doctrines de nos anciens auteurs et à la pratique judiciaire.

Cette opinion d'Aubry et Rau a toujours été consacrée par la jurisprudence. La conséquence est que dans toute la mesure très large où il n'y a pas de textes le droit des conflits, la règle française de solution des conflits est restée ce qu'elle était sous l'ancien Régime, une règle coutumière. C'est pourquoi nous disions au début même du cours que ce qui faisait l'intérêt et la caractéristique du droit international privé, c'est que c'est une des rares branches du droit qui soit encore une branche de droit coutumier. C'est peut-être seule où un droit coutumier très ancien est encore notre droit positif. C'est par conséquent la grande particularité de la règle de solution des conflits d'être toujours coutumière.

Difficulté de connaître l'ancien Droit

Mais il en résulte pour son application une double difficulté qui, bien que nous soyons à 150 ans du Code, n'a pas encore disparu. Tout était terriblement controversé dans l'ancien droit. Or, il

Source : BIU Cujas

ne suffit pas de dire que l'ancien droit est conservé, qu'est-ce qui est conservé de l'ancien droit, lorsque sur la même chose l'ancien Droit donnait des solutions distinctes selon que l'on était dans la coutume de Paris, dans la coutume de Bretagne ou de Normandie ?

Ceci montre l'importance capitale dans cette matière des travaux historiques. Encore à l'époque récente dans les 30 dernières années, des revirements de jurisprudence ont été obtenus de la Cour de cassation en montrant que jusqu'alors les solutions avaient été fondées sur une méconnaissance de la véritable histoire de telle ou telle solution.

Il faut associer à ces travaux historiques le nom d'un des très grands spécialistes de notre matière à la fin du XIXème siècle Armand Lainé. Grâce à des travaux historiques extrêmement poussés, des points qui étaient mal connus ont été restitués dans leur vérité historique. Il y en a encore énormément qui restent douteux et c'est le droit du XVIIIème siècle qui devrait être étudié.

Mais voici cependant une particularité qui d'ailleurs n'est pas spéciale à notre matière. Même pour interpréter le Code civil on est forcé souvent de remonter à l'histoire et constamment les professeurs de Droit civil invoquent telle ou telle jurisprudence ancienne, telle disposition de l'ancien droit pour éclairer un article du Code. Or, quand il y a un article du Code civil, c'est un texte unifié ; mais comment interpréter les opinions différentes de l'ancien droit ?

Prenons par exemple l'art. 2279. L'art. 2279 était interprété différemment sur certains points à Paris et dans les juridictions de la coutume d'Orléans. Donc la même règle "en fait de meubles possession vaut titre", avait dans des ressorts voisins l'un de l'autre des différences d'interprétation. Quand on veut, au point de vue historique, éclairer l'article 2279, quelle est celle des deux interprétations qu'il faut prendre ? C'est là un travail très délicat, qui demande beaucoup de subtilité d'esprit.

C'est le même travail qu'on trouve pour le droit international privé ; il faut prendre parti entre les opinions différentes de l'ancien droit. A cet égard, malgré le plaidoyer de Le Maistre il faut reconnaître que c'est encore la coutume de Paris qui, pour compléter les lacunes du Code, sauf pour le régime dotal par exemple, a, par sa jurisprudence, joué dans le pays et continue à jouer une influence quelque peu prépondérante.

C'est bien cette position qu'a prise la jurisprudence. En présence des questions qui se présentent à elle, comme il n'y a presque jamais de texte, elle recherche les solutions de l'ancien droit. Signalons à cet égard deux arrêts relativement récents qui montrent la vérité, l'exactitude de nos affirmations.

Source : BIU Cujas

C'est en 1909 le très important arrêt de la Chambre civile qui intervient à propos de la forme du testament sous seing privé arrêt qui revient sur une interprétation antérieurement donnée par la Chambre civile à la suite des beaux travaux de Lainé Plus récemment en 1939, la Chambre civile statue encore sur l'application d'une telle règle en matière de succession mobilière, sur la signification de laquelle il y avait eu des hésitations, et que les travaux historiques est replacée dans son véritable éclairage.

Evidemment, il y a de l'imperfection dans ce droit qui est celle d'un droit coutumier ; un droit coutumier est toujours plus imprécis, plus vague qu'un droit écrit. Et d'autre part un droit coutumier a l'avantage que n'a pas le droit écrit d'être évolutif.

Le Code a figé la coutume

Or, ce qui caractérise la jurisprudence française depuis le début du XIXème siècle, c'est que d'une part elle affirme avec raison que la règle française de conflit est une règle coutumière, mais cette règle s'est trouvée en quelque sorte gelée depuis le Code civil c'est-à-dire qu'elle n'a plus jamais subi de transformation et que la jurisprudence ne paraît pas admettre qu'elle puisse en subir. Il semblerait donc que le Code civil ait eu pour conséquence une sorte de phénomène de stabilisation du droit coutumier antérieur. Le droit coutumier antérieur, dans notre matière, est maintenu, mais il ne peut plus se transformer. Il y a donc l'inconvénient de la coutume sans son avantage qui - dans l'école historique notamment celle de Savigny, est de se nuancer sans cesse au gré des évènements, de s'adapter aux besoins de chaque période. Or, la coutume, dans notre matière, est une coutume qui n'a plus de transformisme ; c'est par conséquent une coutume imparfaite. C'est une coutume qui s'applique encore comme droit positif et c'est une coutume qui est déjà morte puisqu'elle ne peut plus se modifier.

Position des solution légales par rapport à l'ancien Droit

Deuxième question - Quelle est la signification des quelques solutions du Code par rapport aux solutions qu'on suivait dans l'ancien Droit ?

Toutes les solutions qui sont dans le Code civil, sauf une, n'innovent en rien sur l'ancien Droit. Ce sont les solution qu'on suivait avant le Code ; ainsi en est il pour l'art. 3 al. I et 2, dont la jurisprudence considère qu'il constitue le centre du droit international privé alors qu'il est plutôt le signe de ce qui pourrait s'y trouver. L'art. 3 est le signe d'un droit international privé qui n'existe pas.

Source : BIU Cujas

Innovation de l'art 3, al. 3

Il y a cependant dans l'art. 3, al 3 du Code civil - et ceci est très important - une décision de principe qui a pour but de modifier les solutions anciennes : l'art 3 décide : "les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français même résidant en pays étranger". C'est le seul point sur lequel les auteurs du Code aient innové profondément par rapport à l'ancien Droit.

Mais en quoi ont ils innové ? Dans l'ancien Droit, l'état et la capacité des personnes étaient soumis à la loi en vigueur au pays de leur domicile ; cela n'avait pas de sens de dire qu'un Français était soumis à la loi française ; il était soumis à la loi de son domicile en France. Mais à partir du moment où le Code français avait unifié tout le droit, cela n'avait plus de sens de dire qu'on était soumis au droit de son domicile puisqu'il n'y avait plus qu'un seul droit en France. Normalement, logiquement on se trouvait conduit à dire : le Français est soumis à la loi française, puisqu'il n'y en a plus qu'une seule ; c'est ce qu'avait dit l'art. 3 du Code civil. L'état et la capacité ne sont plus soumis à la loi du domicile, mais sont soumis pour les Français, même résidant en pays étranger, à la loi française.

Il s'est alors produit un phénomène de subsitution de la nationalité au domicile, que l'on exprime aujourd'hui - car c'est le droit positif de la France - en disant que l'état et la capacité sont régis par la loi nationale des individus après l'avoir été pendant des siècles par la loi de leur domicile; solution que la jurisprudence a rendu réciproque en l'appliquant aux étrangers et en disant : les étrangers sont soumis à leur loi nationale.

Voilà donc un point capital puisqu'il concerne le statut des personnes, où l'on est passé du domicile à la loi nationale - ce qui a d'ailleurs aggravé les conséquences de l'extra-territorialité, car il est tout de même moins grave d'appliquer à des individus la loi de leur domicile, étant donné qu'ils vivent généralement dans le pays de leur domicile , que de leur appliquer la loi de leur nationalité car ils peuvent très bien ne pas vivre du tout dans le pays dont ils sont les nationaux.

L'unification du droit en France, par le Code civil, a donc eu une conséquence que l'on aurait pu éviter après tout, car d'autres pays l'ont fait, mais qui a conduit presque sournoisement les auteurs du Code à se dire : puisqu'il n'y a plus qu'un droit en France, nous allons dire que l'état et la capacité des Français se trouvent soumis à la loi française.

Telle est la très grande modification et innovation apportée par les auteurs du Code par rapport à une solution coutumière, et qui sera extrêmement grave.

Source : BIU Cujas

Pour conclure sur le droit positif d'après le Code civil la théorie des statuts telle qu'elle a existé dans le droit positif à la fin du XVIIIème siècle, avec toutes ses incertitudes est passée dans le droit moderne. Celui-ci est une sorte d'amalgame des deux anciennes tendances juridique et politique avec plutôt une préférence marquée pour la tendance politique.

La règle française de conflits est double

Présentons encore deux observations pour terminer cette question la règle française est-elle unilatérale ou double La jurisprudence l'a toujours interprétée, comme d'ailleurs les auteurs de l'ancien Régime, comme étant une règle double c'est-à-dire déterminant la compétence française et la compétence étrangère ; on applique donc les textes dans les deux sens.

Et elle est réciproque

Et d'autre part, deuxième observation : le droit français, ni sous l'ancien droit, ni sous le Code, le droit positif ne subordonne l'application en France de la compétence étrangère à la réciprocité. Même si un pays étranger n'applique pas nos lois aux Français, nous appliquons tout de même les lois de ce pays à nos nationaux.

Chapitre III

EVOLUTION DES IDEES ET DES FAITS DEPUIS LE CODE CIVIL

Sur cette période il y a à signaler deux travaux tout à fait capitaux, deux thèses de doctorat intervenues à une trentaine d'années d'intervalle. La première a été soutenue en 1905 "Evolution de la jurisprudence française depuis le Code civil" par M. H. Donnedieu de Vabres. Son fils a repris et continué l'oeuvre. M. Jacques Donnedieu de Vabres a soutenu en 1938 une thèse sur l'évolution de la jurisprudence depuis 1905 jusqu'à 1938.

Ce chapitre sera divisé en deux sections :

Section I - Les idées.
Section II- Les faits.

Source : BIU Cujas

Section I

Les idées (c'est-à-dire la doctrine).

Durant cette période, qui va du Code civil jusqu'à maintenant, il y a eu un mouvement considérable d'idées non seulement en France mais dans les divers pays étrangers.

Distinction de trois périodes

On peut en ce qui nous concerne ramener ce mouvement d'idées à trois périodes

La première est une période de statisme au début du XIXème siècle, à base de territorialité

La deuxième est celle durant laquelle la doctrine s'en est donnée à coeur joie de toutes les libertés possibles et imaginables en raison de ce que le Code n'avait consacré aucun régime positif - c'est la période d'abandon de la territorialité au profit dans une large mesure, de l'extra-territorialité. On peut la qualifier de période romantique.

Enfin, la troisième période, dans laquelle nous nous trouvons actuellement depuis une trentaine d'années, c'est-à-dire depuis la guerre de 1914-1918, est une période de réaction territorialiste.

§ I - Première période : Le statisme à base territoriale

Faible production doctrinale

Cette période va depuis le Code civil jusqu'en 1850 environ. L'évolution doctrinale n'est pas importante ; le nombre de travaux consacrés à notre matière est infime et cela s'explique parce que, au lendemain d'un Code, on est généralement absorbé par les commentaires. C'est un phénomène universel que dans un pays, lorsqu'on vient de faire un Code, et pendant un certain temps la littérature juridique est presque absorbée par le commentaire du Code et laisse de côté les travaux différents et notamment les travaux historiques qui sont si importants dans notre matière.

Foelix

On ne rencontre, comme travail important en France en 1843 que l'ouvrage cité précédemment dans l'étude des sources et de la nature du Droit international

Source : BIU Cujas

privé d'un avocat de Paris Foelix , "Traité du Droit international privé". C'est le premier auteur qui dans le monde vraisemblablement, ait employé cette expression qui depuis a eu un succès universel, de Droit international privé, pour cette branche du droit, puisqu'il lui a donné le nom de son ouvrage

Le Traité de Droit international privé de Foelix se rattache encore nettement à l école politique qui fut aussi celle de la jurisprudence pendant cette période. Il est le continuateur de la doctrine française et trouve une adhésion importante au milieu du XIXème siècle. Son ouvrage aura un grand succès et plusieurs éditions, car ses idées correspondaient aux opinions les plus répandues et d'autre part, il n'y avait pas beaucoup d'ouvrages pour lui faire concurrence.

Waechter

On doit citer, à peu près à la même époque, un auteur allemand Waechter I84I qui, dans une série d études parues dans une revue se montre également le protagoniste de la doctrine de la territorialité

Aubry et Rau

On considérait à cette époque que la territorialité du droit était véritablement la base de notre Droit et c'est encore ce qu'esprimeront au fond Aubry et Rau dans le paragraphe 31 de leur ouvrage :

"Les juges n'ont en principe d'autre règle à observer que les lois de leur pays", ce qui marque bien qu'il n'y a pas à se laisser aller à une tendance de caractère universaliste.

§ 2 - Deuxième période (de I850 à la guerre de I9I4)

Cette période a connu un très grand développement doctrinal dans le monde et selon les tendances, une véritable explosion d'extra-territorialisme, par réaction peut-être du territorialisme des idées précédentes

Déclin de la territorialité

Les idées territorialistes ont pendant cette longue période subi en doctrine une éclipse à peu près complète sur le continent, mais elles ont continué à être suivies sans faiblesse en Grande B etagne, aux Etats-Unis d'Amérique et au Canada puisque la doctrine de d'Argentré a constitué et constitue encore de nos jours le droit positif de ces pays.

Mais dans l Europe occidentale les idées de d Argentré ont subi à cette époque une éclipse à peu près totale

Où sont les foyers d'idées qui vont se développer ? Aucun ne se créera en France, ce qui ne veut pas dire qu'il n'y aura pas une doctrine et une littérature françaises importantes

Source : BIU Cujas

on peut même dire que ce sont les Français qui de beaucoup ont consacré à cette matière la littérature la plus copieuse. Mais les idées qui vont être le fond de la doctrine française seront des idées qui vont d'abord naître dans des pays étrangers, qui après seront importées chez nous et selon les tempéraments, adoptées par les uns ou par les autres.

Ces foyers qui vont s'ouvrir dans des pays étrangers trouveront des adeptes tout-à-fait éminents dans la littérature française et c'est ce qui leur donnera pendant longtemps une très grande force.

Les deux foyers

Il y a eu deux foyers et chose curieuse, ce sont les mêmes que sous l'ancien droit, ce qui fait qu'on assiste ici à un phénomène en quelque sorte cyclique. Dans l'ancien droit tout se ramenait à deux foyers, un juridique et un politique. On assiste à un nouveau phénomène cyclique au XIXème siècle qui va se produire à l'étranger la naissance de deux foyers, un foyer juridique et un foyer politique.

Divorce entre doctrine et jurisprudence

Pendant cette période, qu'il s'agisse du foyer juridique ou du foyer politique, on constatera - il est bon qu'on le sache au début même de l'étude de cette doctrine - un divorce à peu près total, qui n'a sans doute jamais existé dans le passé, entre la doctrine et la pratique, c'est-à-dire la jurisprudence. La doctrine se laisse aller à des recherches, à des travaux d'imagination innombrables mais la pratique a rapidement perdu le contact avec elle de sorte que la doctrine n'exercera à peu près aucune influence sur la jurisprudence, ce qui est une chose néfaste, la jurisprudence ayant toujours besoin d'être guidée par la doctrine. Mais à partir du moment où le contact sera perdu entre l'une et l'autre, elles ne pourront plus s'appuyer l'une sur l'autre. Or, la caractéristique de cette période est précisément ce divorce total qui a permis de dire qu'on était en présence d'une véritable période romantique de notre droit. Un vaste bond avait été fait dans l'irréel.

Le foyer politique italien

Voyons tout d'abord le premier foyer le foyer politique, qui a tendu à un très grand développement de l'extra-territorialité. Ce foyer politique est né en Italie. Or, l'Italie qui avait été au XIIIème et au XIVème siècle le berceau du foyer juridique est devenue au XIXème siècle le berceau d'un foyer différent d'un foyer politique, d'où le nom d'Ecole italienne moderne. Il faut faire attention, car il y a deux écoles italiennes : l'école italienne ancienne, école de Bologne des post-glossateurs, et l'école italienne moderne qui n'a aucun point commun avec la première.

Source : BIU Cujas

L'école italienne moderne qui est née en Italie vers 1860 peut-être quelques années avant est appelée école de la personnalité du droit. Elle a eu pour fondateur et ensuite la plupart des jurisconsultes italiens l'ont adoptée Mancini le célèbre homme d'Etat italien.

Mancini

Mancini, a donné la première mouture de ses idées dans un compte rendu qu'il faisait vers le milieu du siècle en 1843, d'un ouvrage écrit par le jurisconsulte Rocco, à l'Académie des Sciences de Naples. Mais c'est un peu plus tard en 1851 dans une leçon inaugurale à l'Université de Turin qu'il a donné le véritable exposé de ses idées qu'il ne cessera de reprendre dans les diverses circonstances de sa vie.

De même que pour les doctrines précédentes, soit celle de d'Argentré, soit celle des juristes au XIIIème siècle, il a été essentiel de la situer dans son milieu social, de même on ne comprendrait pas la naissance, le développement les succès de cette doctrine si on la détachait de son milieu social.

Le milieu

Pourquoi est-elle née en Italie au moment même précisément où ce fait s'est produit ? C'est qu'elle n'a été qu'un des éléments, un des pions sur un échiquier politique qui était celui de la formation de l'unité italienne. Et l'un des éléments de la formation de cette unité italienne, c'était l'un des dogmes que nous avons nous-mêmes forgés, dont d'ailleurs le monde s'est plus d'une fois servi contre nous, le dogme qui est un produit de la Révolution française, le principe des nationalités.

Mancini, qui était homme d'Etat, veut se servir de ce dogme et c'est ainsi qu'il a contribué à jeter les idées qui réussiront à la formation de l'unité politique de l'Italie. C'est l'idée que la nation l'emporte sur le territoire. C'est d'un de ces principes de caractère politique que va découler sa doctrine de droit international privé. La nation l'emporte sur le territoire, c'est-à-dire le groupe ethnique sur le groupe politique. Et voilà pourquoi il y a eu là un dynamisme puissant pour la formation de l'unité italienne : les groupes nationaux doivent appartenir non pas à l'Etat dont ils dépendent à cette époque il y avait une hégémonie autrichienne - mais à l'Etat auquel ils appartiennent au point de vue ethnique. Voilà la machine de guerre en faveur de l'unité italienne sur le terrain politique.

Mais si la nation l'emporte que le territoire, c'est-à-dire le groupe ethnique sur le groupe politique, l'individu au point de vue de ses rapports doit être soumis à la loi de son groupe ethnique et non pas du tout à la loi de son territoire. Ce n'est pas parce qu'on est sur un territoire qu'on doit être soumis au pouvoir politique du pays auquel appartient le terri-

Source : BIU Cujas

toire ou aux lois de ce pays. On doit appartenir au pays auquel on est rattaché par une unité ethnique

Dogme de la loi nationale ou de la personnalité du droit

Dès lors cette doctrine conduit à dire - en droit des gens affranchissement politique de tous les hommes d'un même groupe ethnique, et en droit international privé l'individu est lui-même le porteur de son droit. C'est donc l'antithèse du principe de la territorialité. C'est l'affirmation - et c'est pourquoi c'est une doctrine dogmatique - d'un principe de base qui est opposé à celui de d'Argentré : l'extra-territorialité.

Le droit est fait pour l'individu donc l'individu est soumis dans toutes les circonstances de sa vie dans quelque pays qu'il se trouve à la loi du groupe ethnique auquel il appartient. L'Italien dans quelque pays qu'il se trouve doit être soumis à la loi italienne. Et l'on fait remarquer dans cette école que l'individu n'a pas le même développement partout, que donc puisque la loi est adaptée au développement des individus, l'individu doit rester soumis partout où il se trouve à cette loi d'origine.

Conséquence : affirmation du dogme de l'extra-territorialité ou, ce qui revient au même de la personnalité du droit.

C'est une doctrine politique puisqu'elle a à la base une préoccupation essentiellement politique et affirme le dogme de la compétence de la loi nationale pour l'individu : l'individu est soumis à la loi de sa nationalité.

Les exceptions

Cette doctrine doit **prévoir** évidemment, et ce sera sa condamnation un très grand nombre d'exceptions ; on ne peut pas faire abstraction de la réalité. Trois exceptions sont admises : les conventions des **parties** peuvent ne pas obéir à leur loi nationale, parce qu'on est dans le domaine de la liberté. Les formes intrinsèques des actes peuvent aussi ne pas obéir à la loi des individus. Enfin troisième et dernier compartiment **immense** le droit public et l'ordre public. Ce troisième compartiment qui, en apparence paraît assez amoindri est en réalité considérable; il contient à peu près tout ce que dans d'autres écoles on peut faire entrer sous le vocable de territorialité, notamment toute la propriété immobilière, les principes du droit public, toutes les lois de police ; tout cela dérogera à la loi nationale des individus.

Caractères de la doctrine de Mancini

Les caractères de cette doctrine - pour la situer toujours dans le champ général sur lequel nous nous sommes placés jusqu'ici - sont d'être une doctrine dogmatique avec deux corollaires : le

Source : BIU Cujas

Dogmatisme

particularisme et la synthèse. Le dogme c'est précisément l'idée de la personnalité du droit Elle est le contrepied de la doctrine de d'Argentré qui affirmait l'idée de la territorialité . Mancini affirme au contraire comme point de départ l'extra territorialité ce qu'il appelle la personnalité du droit. En principe on doit appliquer la loi nationale des individus à tous leurs rapports de droit sauf quelques exceptions .

Voilà par conséquent le dogme , l'extraterritorialité Voyons maintenant ses corollaires : le premier corollaire est le particularisme ou - ce qui revient au même le nationalisme

Nationalisme

Cette doctrine est en somme une des pièces et c'est pourquoi il faut la situer dans son atmosphère politique et historique de l'édifice qui devait tendre à la formation de l'unité italienne Elle se rattachait à la fameuse doctrine des nationalités. Elle est donc un élément d'expansion internationale de l'Etat ; et comme tel elle convient particulièrement à un pays de forte émigration comme de tout temps était l'Italie qui envoie beaucoup de ses nationaux à l'étranger à cause d'une trop forte population et qui a dès lors intérêt à les maintenir sous son allégeance juridique dans le plus grand nombre de questions bien qu'ils soient encore à l'étranger où ils seront fixés. C'est donc une forme du particularisme ou du nationalisme affirmer précisément la notion de la personnalité du droit c'est un moyen avec d'autres de servir les fins de la politique de l'Etat.

Doctrine de synthèse

C'est une doctrine de synthèse puisqu'elle part d'une idée générale : l'extra-territorialité ou personnalité du droit L'individu constituant le centre de tout, de sorte que lorsqu'on ne se trouve pas dans une des rares exceptions on doit revenir à l'idée générale, c'est-à-dire à la personnalité du droit. C'est l'idée de synthèse qui se trouve nettement à la base de cette doctrine et qui confirme une fois de plus ce que nous avons déjà dit plusieurs fois En général, les doctrines dogmatiques ont ces deux corollaires d'être particularistes et d'être des doctrines de synthèse .

Critique de la doctrine de Mancini

Que faut-il penser de cette doctrine ? Tout d'abord en ce qui concerne son dogme, c'est-à-dire la personnalité du droit ; celui-ci peut recevoir deux critiques une critique d'ordre politique et une critique d'ordre technique

Source : BIU Cujas

Cette doctrine est dangereuse· on ne peut la pousser à bout

Critique d'ordre politique - Il suppose l'identité de la nation et de l'Etat L'identité peut être souhaitable désirable, mais depuis le début de l'histoire du monde elle paraît être une utopie plus ou moins irréalisable. Cette doctrine va même plus loin que l'identité de la nation et de l'Etat, elle demande l'identité de la nation et de l'ethnie proprement dite, car l'idée de nation et l'idée d'ethnie ne sont pas du tout identiques. Les individus de races entièrement différentes, c'est-à dire d'ethnies entièrement différentes peuvent parfaitement faire partie d'une nation, la nation c'est le vouloir-vivre collectif, des groupes d'origine ethnique différente peuvent avoir et ont eu d'ailleurs dans l'histoire et on peut en donner même dans les Etats actuels de nombreuses applications - ce vouloir-vivre collectif tout en étant d'origine ethnique assez dissemblable. Il faudrait donc que la nation coïncidât exactement avec les caractères ethniques des individus. Tout ceci est donc subordonné à des remaniements considérables de la carte du monde. C'est donc une doctrine de caractère offensif et même dangereux à certains égards

En mettant d'abord, l'accent personnel sur la notion de l'extra-territorialité, elle nie le territoire ; elle fait donc de la souveraineté une notion non plus territoriale mais a-territoriale. La personnalité du droit a déjà existé, mais il y a très longtemps, à l'époque où la souveraineté territoriale de l'Etat n'était pas encore affirmée, où les groupes étaient des groupes itinérants, des groupes migrants, Mais l'Etat moderne vit essentiellement en vase clos, il a son territoire sur lequel s'exerce sa souveraineté. On ne peut donc pas concevoir que l'élément essentiel de la souveraineté soit la personne : c'est la personne sur le territoire et non pas le territoire auquel appartiennent les personnes. C'est un renversement de toutes les conceptions.

Voilà la critique politique extrêmement grave qu'on peut faire à cette doctrine.

En outre, prise dans sa logique, elle conduirait à soumettre des individus à une loi qui ne serait ni celle de l'Etat auquel ils appartiennent, ni même celle de leur nation, mais peut-être celle d'un troisième pays ou d'un troisième groupe, leur groupe ethnique.

Et nous prendrons un exemple très simple pour montrer l'impossibilité politique, par conséquent la critique politique irréfutable que soulève cette doctrine :

Supposons un Chinois naturalisé dans un Etat européen, ayant donc sollicité de devenir citoyen de cet Etat, ayant été accepté dans cette collectivité. Il aurait le droit et on aurait le devoir de continuer à le soumettre, lui et sa descendance, à

Source : BIU Cujas

la loi chinoise, c'est-à-dire à la loi d'un pays auquel il n appartient plus. Il en serait ainsi si c'était l'idée ethnique qui était véritablement à la base du statut des individus Or il y a là une absurdité de caractère politique que personne n'oserait soutenir

Critique technique

Elle concerne les exceptions qu'on est obligé d y apporter Ces exceptions se présentent avec une certaine timidité comme sur le plan effacé mais en réalité elles sont tellement vastes qu on peut se demander si elles ne sont pas aussi nombreuses on doit même affirmer qu elles sont beaucoup plus nombreuses - que les cas qui constituent la règle Ce sont les exceptions apparentes qui constituent la règle et la règle qui en réalité est l'exception

Les exceptions dévorent le principe

I) En effet prenons l'une d'entre elles prenons l ordre public Que fait-on rentrer dans l'ordre public ? On fait rentrer dans l ordre public à peu près tout ce que les autres écoles font rentrer sous la notion de territorialité du droit Il suffira d'indiquer deux ou trois compartiments juridiques , tout ce qui concerne la propriété la police du territoire , tout ce qui concerne notamment le droit pénal Voilà déjà quelque chose qui à soi seul est tellement énorme qu'on ne peut pas y voir une exception On ne peut pas concevoir qu on applique à ces matières une autre loi que celle du territoire , ce n est donc pas une exception c'est une règle un principe Une exception est quelque chose qui déroge à une règle mais encore faut il que cette exception puisse être considérée comme étant une dérogation Or il n y a pas dérogation à une règle lorsqu on applique la loi du territoire aux éléments qui se trouvent situés sur lui puiqu'on ne peut pas concevoir une compétence différente

2) D autre part si toutes les conventions des parties échappent à la règle de la personnalité du droit c est donc qu'il y a là tout un compartiment de droit qui ne fait pas partie de la personnalité Il n'y a pas là une exception il y a un autre principe

3) Enfin quant à la forme des actes la compétence du lieu de l acte ne peut être envisagée pour les actes authentiques comme une exception C est l'application d un principe

Ainsi techniquement la personnalité du droit est inapplicable en pratique à toutes les matières autres que celles qui concernent strictement la personne Et ainsi au delà des termes qui paraissent envelopper beaucoup de choses on arrive à des résultats qui ne sont pas tellement différents de ceux

Source : BIU Cujas Reproduction Interdite

qui sont dans les autres doctrines, sauf cependant sur le point suivant : la doctrine de la personnalité du droit a contribué à substituer la compétence de la loi nationale à la loi du domicile des individus, et d'autre part à étendre le nombre de matières que l'on soumettrait à la loi nationale, notamment les successions, les régimes matrimoniaux matières qui jusqu'alors n'avaient jamais été soumises qu'à la loi territoriale. C'est par conséquent ce qu'il faut en retenir le plus - ce qu'il y a de plus pratique, de plus positif - ce sont là en somme les seules applications qu'elle ait pu pratiquement recevoir : c'est l'augmentation du champ de la loi nationale des individus à plus de matières que dans d'autres doctrines.

Influence en France des idées de Mancini

Quelle influence cette école italienne moderne a-t-elle exercée en France ? C'est à ce titre seul que nous avons à l'examiner. Il faut examiner cette influence sur le terrain de la méthode et sur celui des solutions.

a)- Influence sur le terrain de la méthode.

Sur le terrain de la méthode, elle n'a exercé à peu près aucune influence en France ; bien rares ont été les juristes qui s'en sont faits les défenseurs. Nous citerons parmi eux un juriste dont le nom est bien connu et qui dans un passé quelque peu lointain a occupé la chaire de Droit international privé André Weiss qui s'est fait le défenseur en France de la doctrine italienne. Ce que l'on peut dire à sa décharge c'est qu'il le faisait à une époque où le problème de l'immigration avec la gravité qu'il a prise, ne se présentait pas encore en France c'est-à-dire à la fin du siècle dernier.

Faible influence sur le terrain de la méthode

b)- Influence sur le terrain des solutions

L'écho de la doctrine italienne a été beaucoup plus grand sur le terrain des solutions et précisément nous reprenons l'idée déjà développée sur la substitution de la loi nationale à la loi du domicile pour régir l'état des individus d'une part et d'autre part pour soumettre à cette loi nationale des matières toujours plus nombreuses.

Rayonnement de la loi nationale

Il y a eu à la fin du XIXème siècle - et on peut dire que les auteurs français sauf un ou deux ont été à peu près unanimes, la question ne se discutait pour ainsi dire plus - la mythomanie de la loi nationale. Ce faisant ces auteurs perdaient peut-être de vue qu'en accroissant les intérêts de l'Etat national ils lésaient les intérêts de leur propre pays qui étaient au moins

Source : BIU Cujas

aussi intéressants à prendre en considération Mais c'est en cela que réside la caractéristique de la tendance doctrinale des dernières années du XIXème siècle en France c'est l'accentuation de ce que le Code civil avait déjà commencé dans l'article 3, al 3 lorsqu'il soumettait l'état et la capacité des Français à la loi nationale alors que, sous l'ancien Régime c'était la loi du domicile ce qui était beaucoup moins grave parce qu'on vit généralement là où on est domicilié tandis qu'on ne vit pas nécessairement dans le pays dont on a la nationalité

Voilà donc le trait caractéristique que l'on doit à l'influence exercée par la doctrine italienne qui s'est transformée chez nous comme dans d'autres pays : augmentation du champ de la loi nationale des individus pour des matières comme les successions auxquelles on n'avait pas jusqu'alors songé à l'appliquer Chose d'autant plus étonnante que les raisons n'étaient pas les mêmes La doctrine italienne était parfaitement compréhensible et notamment le système général de Mancini était une pièce de la politique italienne Transporter une solution faite pour la politique d'un pays pour l'adopter dans un autre dont la politique est toute différente dans cette matière était évidemment quelque chose d'assez dangereux

Second foyer du XIXème siècle : le foyer juridique

Les caractères

Le foyer juridique a les mêmes qualités les mêmes caractères que ceux que nous avons déjà rencontrés dans le passé avec l'école historique ancienne italienne, il est éclectique avec pour corollaires, l'universalisme et la méthode de l'analyse Ce sont les continuateurs en esprit de l'ancienne école des post-glossateurs et qui ont ainsi contribué à souder le présent à un passé déjà assez lointain Ils ont en réalité renouvelé la doctrine ancienne des juristes en conservant sa substance mais en lui donnant un nouvel édifice une nouvelle présentation Cette doctrine des juristes du XIXème siècle a eu un très gros succès infiniment plus grand quant à la méthode que la doctrine de l'école de Mancini Nous aurons l'occasion de dire quel rayonnement considérable elle a eu en France Ce succès était dû à la présentation nouvelle assez originale de la doctrine et ensuite à ce qu'elle s'offrait comme une doctrine universaliste qui s'offrait donc comme bonne pour tous les pays sorte de médecine susceptible d'être avalée par n'importe quel malade

Deux très grands noms entre beaucoup d'autres émergent de ceux qui se sont faits les protagonistes de cette école d'abord son fondateur le jurisconsulte Savigny puis un des grands jurisconsultes français Antoine Pillet

Source : BIU Cujas

Savigny

Savigny est né en 1779 et mort en 1861 Il est le fondateur de l'école juridique moderne qui a jeté un pont pour se relier à l école juridique ancienne Il est l'auteur d'un célèbre traité de "Droit romain actuel"

On peut s'étonner et du titre et du contenu ; mais il s explique très bien Savigny jurisconsulte allemand écrit pour son pays Or le droit romain était en vigueur encore au XIXème siècle en Allemagne sous le nom de droit commun Le droit commun c était le droit romain conservé et qui régissait un certain nombre de rapports juridiques là où il n y avait pas des droits particularistes D où écrivant pour son pays il écrit un traité de droit romain actuel c est à-dire un traité du Droit romain encore applicable de son temps Mais comment trouve dans un Traité de droit romain actuel les règles de conflits de lois ? Mais précisément puisqu'il écrit pour l'Allemagne et que l'Allemagne n'est pas unifiée au XIXème siècle il est bien forcé de prévoir comment on pourra résoudre les conflits entre les diverses provinces les diverses parties de l'Allemagne Il y a cette communauté du droit romain actuel mais au milieu d un très grand particularisme de ces questions

Il a consacré à cette question le tome VIII de son Traité se référant à deux sortes de conflits : les conflits de lois dans le temps ce qui correspond à ce que nous appelons aujourd hui très inexactement la non rétroactivité des lois, parce que la matière du conflit de lois dans le temps est beaucoup plus vaste et déborde du cadre de la non rétroactivité des lois ; et un deuxième type de conflits auxquels il a donné le nom - et peut-être est il un des premiers à avoir employé l expression qui s'est ensuite répandue et généralisée de conflits de lois dans l'espace Il oppose donc deux sortes de conflits, les conflits temporeux et les conflits dans l'espace Et c'est à propos de ces conflits dans l'espace qu'il a donné l'exposé de sa doctrine

Mentalité de Savigny

Nous devons encore ajouter à cette notice qui permet de comprendre sa position scientifique que Savigny est le grand chef incontesté de l école historique allemande, c'est-à-dire de celle d'après laquelle le droit est le produit non pas d une intervention accidentelle d'un législateur, mais d'un développement incessant de l histoire Tant et si bien que toute intervention du législateur est une anomalie une sorte d'anachronisme puisqu elle empêche elle gêne le développement libre des institutions sur le terrain purement historique Il suffit de rappeler d un mot la fameuse controverse de Savigny et de Thibaut sur la codification Savigny

Source : BIU Cujas

était l'adversaire absolu de la codification qui précisément arrête en quelque sorte le droit et ne permet pas son développement.

Mais cette position de Savigny comme chef de l'école historique explique précisément les caractères dominants de sa doctrine que nous allons maintenant rencontrer

Eclectisme de Savigny

Son trait dominant c'est l'eclectisme. En effet, puisque le droit est un produit de l'histoire, il ne doit connaitre aucune entrave provenant ou d'une affirmation d'un dogme tel que la territorialité ou d'un autre dogme tel que celui de l'extra-territorialité. La règle de solution des conflits ne doit être ni l'un ni l'autre, elle doit être ce qui conviendra dans chaque solution, dans chaque hypothèse. Comme il écrit pour les conflits interprovinciaux le problème se présente - il faut le reconnaitre assez différemment de ce qu'il est dans les rapports internationaux - l'élément politique y est infiniment moindre comme il était également moindre sous l'ancien Régime.

Pour lui donc, toute question doit recevoir la solution rationnellement la meilleure. Cela s'explique. Puisqu'il y a un droit commun à l'ensemble de l'Allemagne il doit y avoir un droit commun des conflits qui lui sera applicable. Savigny est donc comme tous les auteurs éclectiques que nous allons rencontrer, totalement indifférent aux conséquences sociales ou politiques des solutions juridiques qu'il propose. Il se livre à une sorte d'expérience de laboratoire dont il tire des résultats, mais la cornue qui lui sert ne reçoit pas beaucoup d'influences extérieures.

Les critiques qu'on peut adresser au système de Savigny sont celles que nous avons déjà rencontrées maintes fois à propos des doctrines éclectiques dans notre matière : elles présentent un caractère plus académique que réel et ne tiennent pas suffisamment compte des besoins politiques des divers Etats.

Nous allons retrouver la trace du même esprit dans les deux corollaires : l'universalisme d'abord et l'analyse.

L'universalisme

Savigny intègre sa doctrine dans un Traité de Droit romain, or qui est universaliste par excellence, si ce n'est le Droit romain ? Il l'a été dans le Haut moyen-âge pour toute une partie de l'Europe. Il le reste encore, puisque l'Allemagne n'a pas encore connu au XIXème siècle la codification ; il reste encore la raison écrite, le fond du droit dans lequel on puise. Il y a donc là comme une communauté générale de droit, et d'ailleurs Savigny - et c'est là une idée qui lui est très chère - dit qu'il existe

Source : BIU Cujas

entre les Etats civilisés une communauté juridique, communauté juridique qui fait qu'au-delà de leur particularisme il y a un certain nombre de points d'histoire du droit sur lesquels ils sont d'accord

Son universalisme lui fait donc rejeter totalement toute prise en considération des exigences politiques opposées des Etats les uns par rapport aux autres ce qui nous ferait immédiatement retomber dans le particularisme dans le nationalisme du droit Selon lui le sens de l'histoire - et bien qu'il ait été le chef de l'école historique depuis un siècle tout a prouvé que l'orientation était entièrement différente - est une tendance des législations à se fondre dans une universelle communauté du droit Cette doctrine dépasse de beaucoup le cadre du Droit international privé Si jamais l'histoire a infirmé une affirmation, c'est bien celle-ci le XIXème siècle et le début du XXème siècle ont été des périodes au contraire de codification C'est nous qui avons ouvert le feu avec la codification napoléonienne qui s'est petit à petit répandue dans de nombreux pays au fur et à mesure qu'ils ont fait leur unité : l'Italie en 1865 la Roumanie par un Code qui est de la même époque l'Allemagne par son grand Code qui a été longtemps en chantier et qui ne fut terminé qu'en 1896 le Brésil la Chine et tant d'autres Etats Cette période est essentiellement une période de compartimentage du droit Jamais dans l'histoire du monde on n'a assisté à un pareil développement de nationalisme juridique que depuis le début du XIXème siècle puisque tous les pays les uns après les autres se sont lancés dans la codification

Par conséquent voilà un point d'histoire qui s'est trouvé complètement infirmé La tendance a été moins dirigée vers une sorte d'universelle communauté du droit que vers une suppression de celle-ci On peut donc dire que le sens de l histoire contrairement à ce que certains comparatistes prenant leur désir pour des réalités ont affirmé c'est que nous sommes venus de l'universalisme du droit qui a existé par le passé et que maintenant nous marchons et que nous continuons de plus en plus à nous rapprocher vers un particularisme du droit qui est un perfectionnement technique du droit une preuve de son raffinement c'est-à-dire de son adaptation plus exacte aux besoins de chaque milieu social Le droit n'est pas une sorte de vêtement de confection qui doit aller à tout le monde le droit doit être quelque chose d'essentiellement à la mesure des nécessités de chaque société Et voilà pourquoi le droit qui se perfectionne à l'époque moderne est aussi un droit qui se rationalise partout Sur ce point l universalisme de Savigny s'est trouvé totalement infirmé

Source : BIU Cujas

Voici cependant ce qu'il écrivait : "On se convaincra que le point de vue dominant de la législation et de la pratique moderne n est nullement le maintien jaloux de leur autorité exclusive mais qu'au contraire il existe une tendance à une communauté de droit véritable c est-à-dire à juger les cas de collision d'après leur nature intime et les nécessités de chaque rapport de droit sans égard aux limites des différents Etats et de leurs droits"

Une double conséquence résulte chez Savigny de cette conception universaliste Tout d abord selon lui la règle de solution de conflit est obligatoire ; c'est un droit universel un peu comme le droit des gens qui doit s imposer aux divers Etats Or, sur ce point nous avons déjà eu l occasion de dire que le droit positif actuel tel qu'il a été consacré et affirmé par les hautes juridictions est que les règles de conflits sont essentiellements nationales que chaque Etat prend celles qui lui conviennent ; il élabore celles qui lui conviennent et personne ne peut le forcer à en prendre d autre.

Enfin et surtout, deuxième conséquence de la doctrine de Savigny c'est que cela supposerait des Etats appartenant au même stade de développement du droit ; or ce stade est très variable pour les uns et les autres La critique essentielle qu'on peut faire à son universalisme - et c'est une critique suffisante - c'est qu'elle fait abstraction totale du facteur qui est le facteur central et rayonnant de toute notre matière le facteur politique

L analyse

Deuxième corollaire : l analyse Comme la doctrine des post-glossateurs la doctrine de Savigny est un doctrine analytique mais cette analyse est complètement renouvelée Elle se présente dans un appareil infiniment plus scientifique que chez les post glossateurs

Le rapport de droit

Le système est fait en quelque sorte de l'assemblage de trois pièces D'abord Savigny part de l'idée que toute difficulté juridique nous met en présence de ce qu'il appelle d'une expression un peu abstraite mais qui en réalité recouvre quelque chose de très simple et de très concret un rapport de droit Le rapport de droit est simplement un cas quelconque un cas de clinique juridique une situation juridique Quel est l âge pour contracter quelle est la loi qui régit un contrat ? -

Le siège du rapport de droit

Il part donc de l idée du rapport de droit et voici maintenant la deuxième pièce Chaque rapport de droit a un siège dans l'espace ce qui veut dire que chaque cas concret a une localisation ; on peut

Source : BIU Cujas

l asseoir quelque part dans l'espace Il se situe dans un pays plutôt que dans un autre dans tel lieu et non pas dans tel autr-

La compétence

La troisième pièce est la compétence la loi du siège du rapport de droit On part d une situation juridique donnée et il faut la localiser dans l'espace et sa localisation en un lieu entraine la compétence de la loi de ce lieu

La localisation résulte de la soumission volontaire

Mais comment découvrir l'endroit où l'on posera le rapport de droit ? Un aéroplane en général se pose où il veut sauf accident mais notre rapport de droit où va t-il atterrir ? Pour cela Savigny a dû se livrer à un véritable travail de prestidigitation juridique Il a imaginé une idée qui au fond n est qu un trompe-l oeil mais qui a eu un certain succès l idée de la soumission volontaire

La soumission volontaire veut dire que quiconque participe à un rapport de droit comme contractant comme émettant une volonté dans un acte juridique se soumet volontairement à une certaine loi la loi du lieu où ce rapport de droit a son siège Et voici les applications pratiques de cette idée de la soumission volontaire quiconque achète un immeuble se soumet nécessairement implicitement à la loi du lieu où l'immeuble est situé Quiconque contracte se soumet volontairement et implicitement à la loi du lieu où il a son domicile Et les individus d une manière générale sont soumis à la loi du lieu de leur domicile chez Savigny parce que l individu doit obéissance à la loi de celui qui exerce sur lui une certaine autorité il se soumet volontairement dira-t on à celui-ci

A défaut de soumission volontaire intervient la nature des choses

D autre part il y aura parfois des situations dans lesquelles la soumission volontaire ne donnera aucune réponse à la question posée , nous trouvons la même imprécision que dans la doctrine italienne ce sera la nature des choses qui donnera la réponse c'est-à-dire quelque chose d'infiniment vague

Critique de Savigny

Que faut il penser de ce procédé de Savigny ? Il est certain que la notion du rapport de droit est exacte puisque ce n est que la constatation d un fait , on se trouve en présence d une question précise Il n est pas moins certain qu il faut bien localiser et sur ce point Savigny a fait progresser la méthode , il n est pas douteux que chaque rapport de droit doit être localisé dans un certain milieu Mais c'est le troisième point qui est le plus

Source : BIU Cujas

délicat comment trouver ce lieu ? L idée de la soumission volontaire n'est qu un pur travail d'imagination. En effet alors même qu un individu achetant un immeuble dirait formellement dans le contrat "je ne me soumets pas à la loi de ce lieu" Savigny dirait "mais si vous ne pouvez pas acheter un immeuble sans vous soumettre à la loi de ce lieu" Ce n'est plus alors une soumission volontaire c'est une subordination légale c'est une sorte de transformation de l idée de la volonté Ou bien on est libre et il faut pouvoir échapper à la loi de situation de l'immeuble ou bien c'est une obligation du législateur

En réalité c est la soumission volontaire de Savigny qui déclare qu'il faut obéir à cette loi Et on en peut dire autant de toutes les lois Cela ne veut pas dire que la solution n est pas juste mais la construction qu il en donne la soumission volontaire n'est pas défendable , c'est faire de la volonté le criterium de la règlementation et de la solution des conflits alors que la volonté n'est qu un élément de la nature des actes juridiques mais qu'elle n'en est pas l'élément directeur

D autre part dans toutes ces analyses que fait Savigny, il manque - comme tous ceux qui se sont livrés à cette méthode analytique - totalement de principe directeur ; on ne sait jamais où on va atterrir Et lorsqu il applique au statut personnel des individus la loi du domicile il est vrai que c'est la loi du pays où la vie de l individu se déroule ce qui évidemment il faut le dire à sa décharge lui donne une force un peu plus grande

Rayonnement de cette doctrine

Son rayonnement a été immense On peut dire que sous quelques réserves notamment de ceux qui se sont rattachés à la doctrine italienne, mais qui ne sont pas très nombreux parce que c était une doctrine surtout académique la doctrine de Savigny par ses contours juridiques était de nature à séduire davantage et dans le désarroi qui devait régner au XIXème siècle sur ce point elle devait plaire C est ce qui est arrivé dans de très nombreux pays de l Europe continentale ; nous disons de l'Europe continentale parce que en dehors de l Europe continentale c est la doctrine de d'Argentré qui est demeurée adoptée chez les anglo-saxons

En France en particulier presque tous les jurisconsultes de la fin du XIXème siècle ou du début du XXème ont accepté en y ajoutant naturellement leur apport personnel la doctrine de Savigny

Si l on veut résumer l oeuvre du XIXème siècle c'est à-dire des deux écoles politique et juridique que nous avons ren

Source : BIU Cujas

Les disciples français de Savigny

contrées on peut donner l'explication suivante à la doctrine politique de Mancini les jurisconsultes ont pris le développement de la loi nationale des individus mais à l école juridique de Savigny ils ont pris sa méthode méthode éclectique avec le corollaire de l'universalisme et de l analyse

Nous ne prendrons que les auteurs français les plus notoires On n a que l'embarras du choix pour citer des noms importants pour montrer ce que fut l'opinion dominante . l'un de ceux qu'il faut citer un des plus brillants est celui d un des prédécesseurs de M Niboyet M Etienne Bartin auteur d ouvrages de valeur considérable et notamment de Principes de Droit international privé ainsi que de la Vème et VIème éditions en cours d'Aubry et Rau dont dans sa retraite il poursuit avec une inlassable activité la continuation M Et Bartin se rattache par bien des côtés à la doctrine de Savigny du moins quant à l analyse et à l'éclectisme de ses conceptions Par contre il est plutôt particulariste et recherche quel est le droit international privé français

Parmi les disparus Armand Lainé qui est mort en I908, fut longtemps dans cette chaire le protagoniste très fidèle de la doctrine de Savigny ; puis le doyen de la Faculté de Montpellier Valéry dont les idées ont été exposées non seulement dans son enseignement mais dans un Manuel de Droit international privé paru en I9I4

Le plus important de tous au point de vue de la forme donnée à sa doctrine a été Antoine Pillet

Antoine Pillet

Antoine Pillet est né en I857 et mort en I926 Il a exercé sur de nombreuses générations par son enseignement une très grosse influence et son oeuvre écrite est également considérable La principale est un ouvrage paru en I903 . "Les Principes de Droit international privé" Il a été fait après sa mort une sélection d'un certain nombre de ses notes de jurisprudence ou d'articles qu il avait publiés réunis dans deux volumes intitulés "Mélanges d Antoine Pillet" en I929 Enfin il a lui même peu avant sa mort, exposé sous une nouvelle forme sa doctrine dans deux volumes intitulés "Traité pratique du Droit international privé" ouvrage paru en I923

Pillet en somme est un continuateur de la doctrine de Savigny mais il l a renouvelée dans sa présentation Et cela provient de sa formation même Il a été essentiellement et avant tout un publiciste et c'est avec l esprit du publiciste qu'il a abordé nos problèmes

Source : BIU Cujas

Eclectisme de Pillet

Voyons comment cette formation l a conduit à être éclectique Pillet examine nos problèmes en se plaçant non pas sur le plan national mais comme le font les publicistes spécialistes du Droit international public ce qui était son cas sur le plan supra national En effet le droit international public ou droit des gens est essentiellement un droit commun aux nations ; on ne conçoit pas un droit international public national ce serait une absurdité Pillet qui est un grand spécialiste du droit international public se dit que le droit international privé doit devenir une branche satellite du droit international public ce qui serait évidemment désirable mais peut-être pas réalisable Et dès lors le droit international privé doit être un droit commun aux nations

La loi du maximum de respects des souverainetés

Il aborde donc le problème avec un esprit éclectique c'est à dire avec le désir de rechercher dans chaque cas quel est l'Etat qui a le plus d'intérêt à appliquer sa loi Tous les Etats sont égaux tous les Etats ont des intérêts identiques Pillet va dégager une loi qu il appelle la loi du maximum de respect des souverainetés en présence Dans chaque cas concret, il y a toujours un souverain qui est plus intéressé que les autres et les autres doivent s'incliner devant lui à charge de revanche d ailleurs

Doctrine parfaitement éclectique puisqu elle recherche simplement celui qui a le plus d intérêt sans vouloir faire prévaloir a priori une opinion une doctrine ou une autre

De même que chez Savigny on n'affirme ni territorialité ni extra territorialité on cherchera dans chaque cas la solution la meilleure Et cet éclectisme se manifeste encore dans la solution en ce sens que subissant l'influence de la doctrine de Mancini , Pillet fera la part très large à la loi nationale des individus

L universalisme

Deuxième trait de sa doctrine premier corollaire de son éclectisme c'est son universalisme Universalisme qui résulte de ce que le droit international privé - et c'est une des particularités de la méthode de cet auteur - n est qu'une branche du droit international public Nous savons qu il n en est rien certainement en droit positif Cependant Pillet place le droit international privé sur le plan supra-national du droit des gens par conséquent il doit essentiellement avoir des solutions universelles, il répond à des obligations des Etats Chacun n est pas libre de donner la solution qui convient à ses intérêts chacun doit donner la solution qui convient à l' ensemble des Etats ,

Source : BIU Cujas

il ne s'agit même plus de parler national, il s'agit de parler universel.

Inutile de dire que dans cette doctrine on rejette toute place faite à la courtoisie; l'élaboration de la règle de conflit n'est pas une question de courtoisie, c'est une question d'obligation internationale.

La méthode d'analyse

Dernier trait de la doctrine de Pillet comme de toutes les doctrines de juristes c'est une doctrine analytique. Mais c'est la partie la plus originale de son oeuvre la plus connue et où il a le plus renouvelé ce que ses devanciers avaient pu donner jusque là.

Voici l'analyse de Pillet : selon lui, il faut partir du classement des lois d'après leurs caractères en droit interne et ensuite, quand on a bien classé les lois, d'après ces caractères il faut satisfaire leur caractère essentiel.

Caractères de la loi en droit interne

I°- Comment classer les lois d'après leurs caractères ?

Pour arriver à ce classement des lois d'après leurs caractères dans les rapports internationaux Pillet se livre à une analyse extrêmement originale Il n'y a que lui qui l'eût faite jusqu'alors. Il ne livre à une analyse des lois en droit interne, dont il va utiliser les conséquences après pour les rapports internationaux

Comment analyser les lois en droit interne ? Selon Pillet en droit interne toute loi présente deux caractères : elle est permanente et elle est générale

La permanence

La permanence de la loi pour Pillet signifie que la loi interne est à partir du moment où elle est en vigueur jusqu à celui où on l abroge d une application constante d'où l'expression par laquelle il rend cette idée de constance dans l application de la loi : elle est permanente elle régit les individus d une manière permanente Voilà le premier caractère dit il, que présentent les lois en droit interne

la généralité

Le deuxième caractère des lois est leur généralité ; il signifie que la loi en droit interne s applique indistinctement à tout le monde puisqu il n'y a pas de problème de droit international privé , elle est donc générale dans son application

La loi a nécessairement en droit interne ces deux aspects ces deux antennes elle doit être pour tout le monde et l'être d une manière continue

Dans les rapports internationaux il n'est pas possible de donner satisfaction à ces deux caractères que la loi possède en droit interne : il faut nécessairement l'amputer de quelque chose

Source : BIU Cujas

Impossibilité de maintenir les deux caractères en D.I.P.

En effet si on lui maintenait ces deux caractères on serait en présence de deux forces centripète et centrifuge qui s'a néantiraient mutuellement qui se neutra liseraient. En effet, la permanence de la loi voudrait dire que l'individu devrait toujours être soumis à sa loi tandis que la généralité signifierait qu'on n'appliquerait jamais que la loi française en France Il faut donc nécessairement neutraliser l'un de ces deux caractères

Il faut en droit international privé conserver le caractère dominant et sacrifier l'autre

D'où le deuxième trait de la doctrine de Pillet : il faut dans les rapports internationaux rechercher quel est le caractère dominant de la loi dans chaque cas

Si le caractère dominant de la loi dans un cas déterminé - car il y a selon Pillet c'est une sorte d'hypothèse un caractère dominant de la loi bien qu'elle soit en droit interne à la fois générale et permanente - est la permanence on en tirera dans les rapports internationaux la conséquence suivante il faut que la loi reste permanente c'est-à dire qu'il faut qu'elle soit continue dans son application , en d'autres termes il faut qu'elle soit extra territoriale La loi permanente conduit donc à la loi extraterritoriale

Si au contraire le trait dominant de la loi en droit interne est sa généralité, on va comprimer l'autre caractère puisqu'il faut nécessairement faire disparaître l'un des deux. Il y a comme un ressort qui va permettre de comprimer le caractère de la permanence et c'est le ressort de la généralité qui va au contraire se détendre La généralité veut que la loi s'applique à tout le monde cela va conduire à la territorialité Une loi générale chez Pillet sera une loi territoriale

Reste alors à déterminer comment on va faire apparaître ce caractère prédominant de l'une ou de l'autre, soit la généralité soit la permanence.

Jusqu'ici la construction se présente d'une manière assez harmonieuse et d'ailleurs le succès qu'elle a eu a été parfaitement légitime Mais nous allons toucher au point le plus délicat toujours de toutes les doctrines c'est lorsqu'il s'agit de faire la réalisation pratique du principe Comment faire apparaître ce caractère dominant ?

Critère du caractère dominant le but social

Pillet alors - c'est l'idée la plus connue de sa doctrine - fait appel à un criterium ; ce criterium est le but social de la loi Quel est dans chaque cas le but social c'est à dire le but que le législateur s'est proposé ? Ce but ne peut il être atteint que par

Source : BIU Cujas

une application continue de la loi, que par une application permanente ? Alors la loi va être dans les rapports internationaux, extra-territoriale Si au contraire, le but de la loi ne peut être atteint que par sa généralité d'application dans le pays alors c'est le trait de la généralité qui va l'emporter, la loi va être une loi territoriale

Applications

Voici maintenant, par deux ou trois exemples comment Pillet applique son critère à des cas concrets Prenons dans le droit de la filiation ou dans le droit de la personne par exemple la capacité ; quel est le but social de la loi qui édicte une incapacité ? Est-ce la permanence ou la généralité ? Quand la loi édicte une incapacité, ce qu'elle cherche ce n'est pas tant de soumettre tout le monde à la même incapacité que d'y soumettre une personne déterminée, c'est un but de protection de règlementation d'une personne déterminée En droit interne cette remarque est d'ailleurs vraie il n'est pas nécessaire que tout le monde ait la même capacité, le majeur a une certaine capacité le mineur en a une autre le majeur incapable mentalement en a une troisième et la femme mariée, jusqu'à une époque toute récente avait une certaine forme d'incapacité. Il n'y avait donc pas généralité en droit interne de la forme de capacité Le législateur s'était appliqué à chercher les règles de la capacité qui convenaient aux nécessités sociales la loi de capacité doit suivre la personne et Pillet avait l'habitude de prendre une comparaison très familière mais également très vivante Si l'incapable se transportant en pays étranger et ceci aurait été vrai encore plus autrefois des conflits interprovinciaux puisqu'on changeait de loi à chaque relais de poste, changeait de capacité chaque fois qu'il passait une frontière la loi de capacité n'atteindrait pas le but social qui est de le protéger Il faut qu'il reste sous ce régime d'une manière permanente La comparaison familière que prenait Pillet était la suivante : quand il pleut on ouvre son parapluie et en général on ne le ferme pas tant qu'il continue à pleuvoir Tant que l'individu est mineur il faut qu'il reste soumis à la loi de protection que le législateur a imaginée pour lui

Si, au contraire, comme dans la matière des biens le but de la loi n'est du tout la protection d'une personne, mais de règlementer d'une manière objective une institution comme par exemple le droit de la propriété, ce but social sera atteint et ne sera atteint que si tous les biens sont régis de la même façon On ne concevrait pas que dans une même ville, une même rue, le régime hypothécaire variât avec la nationalité du propriétaire ; ce serait une impossibilité technique sociale et pratique Ce que la loi veut dans son but, c'est l'unité du ré-

Source : BIU Cujas

gime de la propriété Tout le monde y sera soumis quelle que soit son origine ; la loi générale sera donc une loi territoriale

C'est donc par le but social que Pillet cherche le trait dominant de la loi Quand il n'y arrive pas directement il se pose la question d'une manière inverse : qui souffrirait à qui préjudicierait la non-application de tel caractère de la loi le non-maintien de tel caractère ? Qui souffrirait si la loi n'était pas permanente ? Est-ce un intérêt individuel ou est ce un intérêt collectif ? Pour l'incapacité c'est le mineur qui souffrirait si la loi de capacité n'était pas permanente c'est donc un intérêt individuel et la loi est bien permanente Si au contraire c'était un intérêt collectif une loi de publicité par exemple - qui souffrirait du défaut de publicité ? Ce n'est pas un individu c'est un ensemble - alors la loi sera une loi générale

Tels sont les deux traits de la permanence et de la généralité avec les conséquences que Pillet en tire

Il serait totalement injuste de nier que par rapport aux doctrines antérieures et notamment à la doctrine de Savigny elle ne constitue un très grand progrès Beaucoup de jurisconsultes modernes l'ont adoptée et, en effet, il faut reconnaitre que dans bien des cas pratiques elle permet de trouver plus aisément une solution satisfaisante à laquelle on n'aboutissait pas autrefois

Critique du système de Pillet

Mais elle n'échappe pas, elle non plus, à des critiques ; c'est là le fait du progrès scientifique de contribuer sans cesse à améliorer le droit

Arbitraire du point de départ

Tout d'abord le classement des lois en droit interne : en réalité, les lois internes ne sont ni permanentes ni générales; Pillet est un internationaliste qui a imaginé des caractères pris dans le droit international pour les transposer dans l'ordre interne Mais il n'y a jamais pour la loi interne à se poser la question de savoir si elle est ou générale ou permanente, parce que cela n'a pas d'intérêt pratique ; c'est une classification de l'esprit des conflits de lois dont on a voulu à toute force coiffer en quelque sorte les lois internes et ce n'est pas sans un certain arbitraire pour ensuite s'en servir dans les rapports internationaux

Voilà une première critique de caractère technique que l'on a faite et il faut le reconnaitre non sans une raison valable : cette classification est un peu imaginée pour les besoins de la cause

Source : BIU Cujas

Insuffisance et vague du but social

D'autre part que vaut la doctrine du but social ? Incontestablement elle aboutit à des résultats pratiques dans bien des cas mais il y en a d'autres dans lesquels elle est insuffisante et d'autres dans lesquels elle peut conduire à des erreurs.

Qu'est ce d abord que le but social ? C est un peu subtil cela nous rappelle cette notion dont on a un peu usé et abusé aujourd hui nous sommes tombés dans la situation contraire des travaux préparatoires de la loi Pour peu qu une loi ait été assez longtemps en préparation qu'elle ait été l'objet de quelques navettes de la Chambre au Sénat il était vraisemblable que toutes les opinions avaient été exprimées dans tous les sens au cours de ses travaux et on pouvait trouver au sein de ces travaux préparatoires une opinion favorable à la thèse que l'on cherchait à défendre

Le but social c est en somme cela ; il n y a pas de criterium objectif bien ferme Quel est le but social ? Ce sera la conception que l'interprète s'en fera Mais surtout au point de vue du droit international cette notion peut parfois conduire à des insuffisances et à des erreurs En effet ce qui est essentiel tout en reconnaissant naturellement l importance du but social c'est de tenir compte aussi d'un deuxième élément le moyen technique par lequel ce but social se réalise Comment le législateur s y est il pris pour atteindre son but social ? Ce n'est pas le but en lui même c'est la façon dont il l at teint Et nous allons par deux ou trois exemples vous montrer précisément que la notion du but social est de nature à tromper

Prenons la matière de la subrogation réelle La subrogation réelle est une institution en vertu de laquelle un bien va dans une masse prendre les caractères d un autre bien qui en est sorti On rencontre un cas de subrogation réelle dans l hypothèse du remploi un bien sort d'une masse un autre prend sa place il a le même statut juridique il sera propre comme l'était le bien précédent Quel est le but social de l institution de la subrogation réelle dans le cas notamment du remploi ? Le but social c est un but de caractère familial indiscutablement il se rattache aux régimes matrimoniaux qui sont eux-meme un des éléments du statut de la famille Or comment le législateur atteint il ce but ? Il atteint ce but en disant : les biens qui appartiennent à tel conjoint si les conditions du remploi sont remplies resteront sa propriété Le remploi se réalise donc par une institution du droit de la propriété Il a un but familial mais le moyen de le réaliser le procédé juridique est un procédé emprunté à la matière des biens La notion de subrogation réelle est une notion du droit des biens ce n est

Source : BIU Cujas

pas une notion du droit de la famille.

Mais si nous transposons le but social dans les rapports internationaux, qu'est-ce que nous allons dire ? Le remploi dépend de la loi des rapports conjugaux ; nous allons donc appliquer la loi qui régit les rapports conjugaux. Mais cette loi se réalise par un procédé de propriété ; nous ne pouvons pas faire abstraction du moyen. Le but social est donc insuffisant ; il faut que nous le complètions par l'attention donnée au procédé technique. Le procédé technique étant ici une institution du droit de la propriété, nous sommes forcés de consulter la loi territoriale, la loi qui régit la propriété. Il n'y aura donc pas de remploi dans l'ordre international si la loi de la situation des biens ne le prévoit pas.

Il faudra passer du but social qui conduirait à la permanence, au moyen technique qui conduira à la généralité.

Prenons maintenant l'inaliénabilité dotale ; quel est son but social ? C'est incontestablement de maintenir une masse de biens à la disposition de la famille dans l'intérêt de celle-ci ; c'est une institution du droit de la famille. Par conséquent, la théorie du but social conduirait à dire dans les rapports internationaux ; l'inaliénabilité dotale est soumise d'après son but à la loi de la famille. Il faut qu'elle soit permanente parce que la famille ne peut pas avoir une loi qui change sans cesse. Donc loi permanente, en d'autres termes loi extra-territoriale.

Mais voici précisément où serait l'erreur : l'inaliénabilité dotale se construit et se réalise comment ? Elle se réalise par une indisponibilité des biens et l'indisponibilité des biens fait partie du régime de la propriété ; ce n'est pas du droit de la famille. En somme l'édifice complet de l'inaliénabilité est le résultat d'une sorte de jonction de deux conceptions ; une conception familiale réalisée par une conception de propriété. Tout ceci n'a pas d'intérêt en droit interne parce que le législateur n'a pas à se poser ces questions subtiles il fait ce qu'il veut, il ordonne une chose, il peut la construire à sa guise. Mais dans les rapports internationaux où malheureusement les lois ne coïncident pas - la loi permanente et la loi générale - il faut tenir compte de l'indisponibilité des biens. Donc on ne peut pas uniquement consulter la loi du statut familial pour l'inaliénabilité dotale ; il faudra tenir compte essentiellement aussi de la réalisation technique de cette indisponibilité, c'est-à-dire du pays dans lequel sont les biens parce que la loi qui régit la propriété, l'indisponibilité des biens, est une loi de propriété, c'est-à-dire une loi

Reproduction Interdite

Source : BIU Cujas

générale dans le système même de Pillet.

Voilà deux exemples qui montrent que si la notion du but social est intéressante en elle-même, il faut tenir compte des procédés par lesquels elle se réalise, par lesquels on cherche à atteindre ce but. Et ce sont ces procédés qui détermineront quel est le caractère prédominant de la loi.

Exagération du domaine des lois étrangères

Enfin, dernière observation à propos de la doctrine de Pillet. Elle fait trop abstraction de l intérêt de l'Etat territorial, en augmentant inutilement le domaine d'application des lois étrangères:

1)- en substituant la loi nationale à la loi du domicile,

2)- en soumettant à cette loi nationale beaucoup trop de matières, notamment la matière des successions et la matière des régimes matrimoniaux.

Telle est dans son dernier état cette doctrine des juristes ; sous une forme ou sous une autre que ce soit celle de Savigny, celle de Pillet ou d'autres, elle a exercé un rayonnement considérable et tous les congrès internationaux de la dernière moitié du XIXème siècle se sont invariablement placés sur le terrain des juristes, c'est-à-dire d'une doctrine éclectique, universaliste et analytique. Ce fut notamment la position invariable d'une académie de droit international qui s'appelait l'Institut de Droit international fondé en 1873 et qui dans les nombreuses réunions qu'il tint depuis lors, dans les très nombreuses résolutions adoptées, s'est toujours rangé à cette idée. C'est assez normal, car un congrès international, à moins de perdre sa raison d'être, est forcé de se placer sur le plan universaliste, ce qui fait la faiblesse pour certaines matières des résolutions des congrès internationaux. Ils sont par définition, par hypothèse même a-nationaux.

Ce développement prodigieux de l'éclectisme et du domaine de la loi nationale devait soulever tôt ou tard, une réaction.

3ème période : période de la réaction territorialiste.

Causes de la réaction

Cette réaction a eu pour cause les excès de la doctrine de la fin du XIXème siècle et des toutes premières années du XXème siècle qui a été sous la double influence d'une part de la doctrine de Mancini qui développait trop la compétence de la loi nationale et, d'autre part, des doctrines éclectiques comme celle de Savigny qui conduisaient à l'individualisme et à l'anationalisme. De tous ces excès de la doctrine de la fin du XIXème siècle devait naître une réaction

Source : BIU Cujas

Cette doctrine avait eu cette caractéristique d'être tout à fait indifférente devant les résultats des opinions qu'elle défendait. Un point de vue lui avait totalement échappé : elle s'était placée exclusivement sur le terrain juridique, sans envisager un point de vue auquel on restait tout à fait indifférent encore il y a trente ou quarante ans, le point des vue des intérêts politiques. Il semblait que cette discipline était semblable à toutes les disciplines notamment du droit privé et du droit interne, et qu'elle pouvait se résoudre à la seule lumière d'un certain nombre de principes juridiques.

Or, on s'est aperçu qu'il y avait un certain nombre d'idées qu'il convenait de défendre d'affirmer et que par là même, le retour à un certain dogmatisme se recommandait

Vareilles-Sommières

L'auteur du renouveau, le premier tout au moins, bien que sur le moment sa voix restât à peu près sans écho, est un auteur des dernières années du XIXème siècle dont nous avons déjà incidemment cité le nom, de Vareilles-Sommières, jurisconsulte catholique.

L'homme

Il a déroulé son existence comme professeur à la Faculté catholique de droit de Lille et on lui doit un certain nombre de travaux dans diverses matières dont la nôtre, qui ne sont pas sans avoir exercé une influence assez profonde sinon immédiate. En ce qui nous concerne, l'ouvrage essentiel est la Synthèse du Droit international privé, ouvrage en deux volumes paru en 1897.

Il n'est pas indifférent de se rendre compte - car pour l'ensemble des doctrines nous avons vu sans cesse jouer le facteur géographique - de la région de la France où se déroule l'existence de de Vareilles-Sommières. Il est professeur à Lille Nord de la France, province où les idées territorialistes ont toujours eu autrefois beaucoup d'audience. Les idées de d'Argentré, émises en Bretagne au XVIème siècle, restées sans écho en France, sont passées dans les Flandres et de là se sont répandues dans le monde, dans le Nord et dans l'Ouest, avant de revenir en France. Or, on est là en quelque sorte dans la zone d'influence de l'ancienne Ecole flamande.

La doctrine

Quelle a été la doctrine de de Vareilles Sommières ? Son entrée en matière rappelle un peu quant à la forme et aussi quant au fond ce qu'avait été au XVIème siècle l'intervention de d'Argentré. Il était intervenu pour défendre les privilèges les institutions, l'esprit national de sa province à l'encontre de l'éclectisme qui régnait notamment chez Dumoulin son grand contemporain. C'est un peu la même conception qu'on trouve chez de Vareilles Sommières qui veut entrer en guerre contre l'éclectisme de ses contemporains. Dans son avant-propos, il décide

Source : BIU Cujas

qu'il va, pendant un certain temps "entrer dans la brousse pour y faire oraison". En effet il a appelé le Droit international privé la brousse ou la science des broussailles. Il en est sorti conscient que toutes les ténèbres de la science des broussailles ne tenaient pas à celle-ci mais étaient le fait des auteurs qui avaient oublié certaines vérités premières. D'un bout à l'autre on respire chez de Vareilles-Sommières une sorte d'odeur d'épopée juridique ; c'est une véritable croisade qu'il entreprend contre les idées qui avaient absolument cours et d'une manière à peu près unanime de son temps.

En quoi consiste sa position scientifique - position scientifique que rend encore plus accessible, ce qui chez un jurisconsulte est qualité rare - un style tout à fait brillant et d'une haute valeur littéraire ?

Affirmation du dogme de la territorialité

De Vareilles-Sommières affirme une position dogmatique : le caractère politique de nos matières et prend comme point de départ la territorialité. Depuis d'Argentré presque jamais on n'avait affirmé avec la même netteté ce principe. C'est, dit-il, la vérité fondamentale que l'école a rejetée depuis 50 ans. Il aurait pu dire beaucoup plus, mais c'était surtout depuis le début du XIXème siècle que l'Ecole avait sans cesse abandonné l'essentiel de la territorialité pour développer toujours plus l'extra-territorialité. C'est donc la vérité fondamentale que l'Ecole a reniée depuis cinquante ans.

Vareilles Sommières dit que c'est à tort qu'on a rangé la territorialité dans le magasin des accessoires comme une sorte de vestige féodal alors qu'en réalité elle est la nécessité même. Et il s'en prend à tous ceux qui veulent développer l'extra-territorialité. Il écrira même à la même époque une brochure d'un ton extrêmement vif qui a pour but de critiquer avec beaucoup d'âpreté le projet d'une convention internationale destinée à soumettre les successions à la loi nationale du défunt alors qu'il considère que c'est la loi territoriale qui doit être compétente. Ainsi, dit-il, à propos des successions et du projet éventuel de les soumettre à la loi nationale du défunt : "un statut personnel continuerait à régir les individus dans la tombe en vue de régner à la fois et sur un cadavre et de l'opposer encore aux vivants".

"Ce pouvoir de la loi étrangère, ajoutera-t-il ailleurs que l'on affirme ainsi depuis si longtemps sans jamais le justifier, tombe sous les mues, c'est-à-dire qu'il vient du caprice des jeunes théories".

Voilà donc aussi nettement que possible son point de départ : c'est l'affirmation d'un dogme, la territorialité.

Nous allons trouver les deux corollaires qui, généralement

Source : BIU Cujas

accompagnent le dogme partout où il se manifeste : c'est le particularisme et l'esprit de synthèse.

L'esprit particulariste

Le particularisme. De Vareilles-Sommières, à la différence de tous ceux qui l'ont précédé, ne tend nullement à l'élaboration d'une doctrine internationale ou universaliste. Ce qu'il veut c'est envisager les règles de solution des conflits qui conviennent à son pays, ce que chaque jurisconsulte doit faire pour le sien. Il tend donc à contribuer à l'élaboration d'une doctrine française du droit international privé. Il reconnait qu'il existe bien un certain nombre de principes universels, mais en dehors de ceux-ci chacun doit songer à lui-même.

Qu'on se rappelle la phrase du jurisconsulte suisse Vattel, au XVIIIème siècle : "Chaque pays a d'abord des devoirs vis-à-vis de lui même, avant d'en avoir vis-à-vis de l'humanité" Vareilles Sommières écrira dans le même sens : "L'Ecole présente l'uniformité totale dans tous les pays comme un idéal et presse les Etats de l'établir par des traités. Nous tenons ce voeu pour imprudent et nous n'avons garde de nous y associer. Nous ne voyons pas ce que les Etats gagneraient à se lier par des traités multiples et minutieux, mais nous voyons très bien ce qu'ils y perdraient ; ils y perdraient avant tout la chose essentielle : le droit d'être maîtres chez eux".

La synthèse à base de territorialité

D'autre part, sa position est une position de synthèse. Tout se trouve en quelque sorte orchestré en fonction de l'idée de base qui est l'idée de la territorialité, qui sert en qualque sorte de pôle d'attraction.

Il reproche aux analystes et notamment à Savigny, d'être acculés à rechercher sans cesse un chapelet interminable de cas et de solutions particulières. Selon lui, dès l'instant que l'on part de la territorialité, on doit y revenir toujours. Et, à cet égard, il apporte à la territorialité une précision qui est extrêmement profonde qui sera féconde et que l'on ne trouve pas chez les auteurs qui l'ont précédé. C'est ce qui explique peut-être la phobie qu'ils ont eue de cette même territorialité.

Sens exact de la territorialité

Territorialité signifie selon lui que tout fait qui se produit dans un pays doit être en principe soumis à la loi de ce pays ; mais cela ne signifie pas que l'on doive dans un pays déterminé n'appliquer jamais que sa propre loi. Et il distingue selon que le juge doit apprécier un fait qui s'est produit dans son propre pays ou dans un autre pays. Si le juge français doit apprécier un fait qui s'est produit dans un autre pays, il va de soi que c'est la loi de cet autre pays qui doit s'appliquer. La territorialité contrairement

Source : BIU Cujas

à ce que l'on a parfois pensé et à ce que certains auteurs même de l'ancien droit laisseraient croire, la territorialité ne signifie pas qu'on n'appliquera jamais la loi d'un autre pays. Elle signifie qu'on appliquera la loi du pays sous l'empire duquel les faits se sont passés

Cette distinction essentielle a pour but de permettre de reconnaitre dans le monde entier les droits qui sont nés dans un autre pays quand ils sont nés sous l'empire de la loi qui était vraiment la loi compétente. Il ne s'agit pas de méconnaitre ce qui s'est fait chez les autres, il s'agit de reconnaitre ce qui s'est fait chez celui qui était véritablement qualifié. Dès lors, il faut bien retenir cette distinction : la territorialité ne veut pas dire application toujours de sa propre loi, elle veut dire application de la loi du pays dans lequel un fait se produit. Il y a là d'ailleurs une distinction juridique extrêmement féconde que nous ne tarderons pas à retrouver parce qu'elle est à la base d'une doctrine essentielle : la théorie de l'efficacité des droits.

les exceptions à la territorialité

Voilà donc le principe : à ce principe il faut admettre quelques exceptions, sans cela on n'appliquerait jamais les lois étrangères à des faits qui se produisent sur un territoire déterminé.

La première exception - exception classique, que Vareilles Sommières conserve comme tout le monde - est l'exception qui concerne l'état et la capacité des personnes. Les lois relatives à l'état et à la capacité des personnes seront des lois territoriales. De Vareilles-Sommières admet très bien cette distinction et il en donne trois raisons. La première est que ces lois sont adaptées aux individus qu'elles concernent. Ensuite, par courtoisie on doit agir réciproquement, ce qui est une sorte de vertu de la chevalerie du droit. Enfin, cette application est juste. La loi d'état et de capacité des personnes est attachée à l'individu comme - et de Vareilles-Sommières rappelle un vieil adage qui d'ailleurs n'est pas très exact parce que l'état et la capacité n'a rien de repoussant - la lèpre est attachée au corps.

Il a fait encore d'autres exceptions pour le mobilier d'un défunt. Il existe sur ce point un adage historique que nous retrouverons : "mobilia sequuntur personam". Il admet encore le domaine de la liberté des conventions qui n'est d'ailleurs nullement une exception à la territorialité. Et enfin, que les actes pourront quant à leur forme être faits selon d'autres lois que celles du lieu où on les rédigera.

Telle a été cette doctrine de de Vareilles-Sommières émise dans les dernières années du XIXème siècle.

Source : BIU Cujas

Insuccès immédiat de Vareilles-Sommières

Quel en fut le rayonnement ? Il lui advint - mais c'est une éclipse qui durera moins longtemps - ce qui arriva à d'Argentré. D'Argentré fut entièrement méconnu si ce n'est dans sa province, ses idées ne pénétrèrent en France qu'au XVIIIème siècle, c'est-à-dire deux siècles plus tard après un itinéraire assez varié. Les idées de de Vareilles-Sommières, à l'époque où elles furent émises, ne trouvèrent aucun écho parce qu'elles tombaient en pleine période d'euphorie de la théorie de l'extra-territorialité L'époque où de Vareilles Sommières écrivait était le moment où l'on pensait que véritablement l'on était arrivé à ce stade du Droit international privé où les solutions pourraient être universalistes, que l'on pourrait signer de très nombreux traités pour les consacrer et que la loi des individus pourrait règlementer un certain nombre de faits sans cesse grandissant. Aussi les idées de de Vareilles-Sommières étaient-elles à ce moment-là assez inopportunes et, malgré tout son talent, il faisait une figure d'importun. Il heurtait par ses idées un certain nombre de vérités qu'il était difficile de heurter de front, il heurtait des vérités officielles Et ce qui est encore plus grave peut-être, il gênait un certain nombre de personnages officiels, dont l'extra-territorialisme était un des éléments. une des touches sur le clavier de la politique internationale.

Il y eut donc une véritable conspiration du silence qui se fit à l'égard de de Vareilles Sommières, dont les idées paraissaient comme un scandale en quelque sorte. Dans les toutes premières années de ce siècle, Armand Lainé ne prononçait le nom de de Vareilles Sommières sans blêmir et sans frémir tant il semblait que cet homme fût quelque chose qui rappelât une véritable apocalypse juridique

Il y eut d'ailleurs une controverse extrêmement violente à cette époque entre Lainé et de Vareilles-Sommières, qui parut dans des articles de la Revue critique de législation et de jurisprudence, articles d'une violence qui dépassa celle que l'on avait l'habitude de trouver sur le terrain de la controverse juridique qui affecte la plupart du temps un caractère plus académique.

Puis tout rentra dans l'ordre et il ne fut plus question de rien du tout. Aux environs de 1906, le nom de de Vareilles Sommières menaçait d'aller avec son livre se perdre dans la poussière des bibliothèques Et cependant il est sorti de l'oubli, l'oubli a cessé par suite de l'excès du développement doctrinal de l'extra territorialité dans les dix premières années du XXème siècle

Cet excès s'est marqué par la signature d'un certain

Source : BIU Cujas

Les conférences de la Haye

nombre de conventions de Droit international privé dans une ville qui est beaucoup plus connue par une célèbre conférence qui se tint dans la dernière année du XIXème siècle et que l'on appela - sans doute parce qu'elle devait être le prodrome d'une longue période ininterrompue et dans laquelle nous nous trouvons encore, de guerres - la Conférence internationale de la Paix.

Or en marge en quelque sorte et à l'ombre de ces grandes conférences tapageuses de la Paix se tenaient dans la même ville des conférences de Droit international privé qui aboutirent assez rapidement à la signature d'un certain nombre de conventions d'union sur le droit de la famille, notamment surle mariage, sur la divorce sur la tutelle, sur l'interdiction. Des projets étaient sur le point d'aboutir notamment sur les successions qui avaient soulevé la très vive opposition de de Vareilles Sommières. Il avait même cru utile d'écrire une brochure spéciale contre ce projet.

Difficultés soulevées par les conventions

Or ces conventions internationale qui répondaient à une sorte de préoccupation universaliste qui était à base d'un développement toujours plus grand de la loi nationale des individus, à peine en vigueur soulevèrent pour un certain nombre de pays de telles difficultés qu'on s'aperçut que véritablement on s'était engagé à la légère dans un domaine où les idées n'étaient pas encore mures pour une pareille règlementation internationale C'est qu'en effet, cet envahissement de la loi nationale à partir du moment où il était consacré par un traité, avait ce résultat de créer une obligation à la charge des Etats. L'Etat n'était plus libre, le droit n'était plus particulariste, il était devenu uniforme L'Etat s'était engagé par un traité et devait quoiqu il advint, quelque inconvénient qu'il en résultât pour lui, appliquer la loi nationale des individus

Sur le terrain politique en particulier, le seul que l'on n'avait pas voulu prendre en considération comme s'il n'existait pas les intérêts politiques heurtèrent un certain nombre de pays qui avaient signé ces conventions Comme elles étaient faites pour une durée de cinq ans que l'on pouvait renouveler par tacite reconduction - la France dénonça dès l'expiration de la première période quinquennale ces diverses conventions qui lui pesaient beaucoup, qui étaient contraires à toutes ses traditions juridiques et qui étaient non moins contraires à tous ses intérêts politique essentiels.

Ainsi en ce qui concerne la France l'oeuvre si rapidement élaborée de la Haye devait être à peu près sans lendemain puisque ces conventions mises en vigueur aux environs de 1905

Source : BIU Cujas

étaient déjà résiliées cinq années après.

La guerre de 1914 et ses conséquences

Là dessus survint la guerre de 1914 qui devait avoir pour conséquence de modifier beaucoup d'idées sur un certain nombre de problèmes juridiques. La guerre devait avoir comme conséquence de transformer tout au moins d'aggraver car peut être existait il déjà dans des proportions considérables un problème démographique celui de la diminution de notre population qui a comme compensation l'immigration sans cesse grandissante sur le territoire français. Or la multiplication des immigrants en France était absolument incompatible avec une augmentation de la consommation peut-on dire des lois étrangères. Plus un pays est un pays d'immigration plus il se doit dans son intérêt de limiter les cas dans lesquels il appliquera les lois étrangères. Ce facteur population devait donc lui aussi agir pour en quelque sorte revenir à un mouvement opposé nous ramener de l'extra territorialité à la territorialité.

Et l'on peut dire que ce fut la fin de toutes les idéologies qui avaient marqué depuis déjà le milieu du XIXème siècle les écoles des juristes et que l'on sentit le besoin de restituer à notre Ecole le caractère qu'elle n'aurait jamais dû perdre c'est-à-dire de la renationaliser et de reprendre l'examen des problèmes sur le plan particulariste.

Le Comité français de Droit international privé

C'est alors qu'en 1934 fut constituée en France l'association qui se proposait précisément pour but de donner une tribune à l'école française dans ce sens. Cette association est le Comité français de Droit international privé. Jusqu'ici tous les comités ou associations qui s'étaient constitués étaient des comités ou associations internationaux. Or par hypothèse un comité ou une association internationale ne peut travailler que sur le plan commun sur le plan universaliste. Le but de ce comité était au contraire étant un comité français de ne travailler qu'au développement à l'affirmation des règles propres à chaque pays. Notamment voici quel était son programme il travaillait à rassembler les énergies dispersées des juristes de notre matière et à discipliner leur activité. Il voulait une doctrine du Droit international privé qui soit tout d'abord et en premier lieu français c'est à dire essentiellement adaptée aux besoins de notre pays mais qui recherche ensuite bien entendu mais ensuite seulement et sans rien sacrifier de ses intérêts essentiels à établir des communications multiples avec les doctrines étrangères.

Les divers travaux de ce comité qui d'ailleurs n'ont pas été bien longs puisque créé en 1934 les travaux se sont trouvés interrompus en 1939 avaient une orientation très

Source : BIU Cujas

nette dans le sens de la territorialité ainsi qu'il résulte en particulier d une communication qui fut faite en 1935 par M. Louis Lucas, doyen de la Faculté de Dijon sur l'impérieuse territorialité du droit et les tendances nouvelles en ce sens

L état actuel de la doctrine

Si nous faisons le point actuel des idées en cette matière nous constaterons depuis une trentaine d'années un renversement de position très net Le mouvement que la guerre de 1914 avait déjà suscité ne peut que continuer à la suite de la guerre actuelle qui ne fera que bousculer les choses en dissipant bien des mystiques et des illusions

C est le moment de rappeler ce que, dans une lettre écrite en 1898, que le destinataire a publié dans ses Cahiers, Gebhard, écrivait à Maurice Barrès Il lui demandait que la science française qui était partie sur les chemins des plus hauts sommets de l'humanité consentit tout de même à prendre en considération un certain nombre de données pratiques, pour les besoins du pays

Au fond c était dire que pour faire de la science juridique comme pour faire le reste, il faut se servir d'une boussole L aiguille de la boussole est aimantée elle est attirée vers le Nord par un phénomène magnétique. Il y a donc des lois magnétiques mais il y a aussi des lois des sociétés L'une d'entre elles est précisément ce dogme que l'on doit affirmer et devant lequel toutes les volontés doivent être tendues, c'est le dogme de la territorialité du droit

De Vareilles-Sommières aura rappelé un certain nombre de vérités qui avaient été affirmées au XVIème siècle par d Argentré Elles sont celles de d'école qui, de toutes celles que nous avons rencontrées au cours de cette longue évolution historique, est vraiment la seule qui soit née en France, où elle a été rénovée à nouveau par de Vareilles-Sommières

Section II

Les faits depuis le Code

Les faits depuis le Code ce sont les solutions positives Nous n étudierons que les solutions positives internes à l exclusion des traités L oeuvre positive de ceux-ci est d'ailleurs peu importante en présence de l écho des Conférences de la Haye

Source : BIU Cujas

Quelles sont les solutions données par les textes, par la coutume et par la jurisprudence ?

Aucune addition au Code

Pour ce qui est du droit écrit depuis 1804, nous sommes dans un état de statisme absolu. Aux quelques textes du Code civil précédemment indiqués, rien n'est venu s'ajouter dans le Code. On trouve - mais à l'époque toute contemporaine surtout depuis la période des décrets-lois, - quelques rares dispositions qui résolvent les points de conflits, mais dans des matières tout à fait spéciales et qui d'ailleurs ne les abordent pas par la voie du principe. Ce sont des solutions d'espèce.

Donc, au point de vue de la base même de notre droit international privé la position initiale du Code n'a subi absolument aucune modification et le législateur est resté pendant tout le XIXème siècle et le début du XXème insensible aux grandes échappées, aux grandes chevauchées de la doctrine.

Hors de France certaines codifications se sont pourtant produites dans nos matières. Quelles sont les raisons pour lesquelles chez nous ce droit est resté toujours aussi stable ? Il est resté aussi stable précisément parce que la doctrine est instable. Pour qu'un droit puisse être codifié il faut qu'on soit en présence d'un corps de doctrine bien établi et définitivement établi comme il l'est depuis des siècles dans les matières fondamentales du droit civil où il peut y avoir des controverses sur tel ou tel point mais où la direction essentielle ne donne lieu à aucune discussion. Or, le législateur aujourd'hui comme il y a 150 ans comme à la veille du Code, aura toujours la même difficulté, trouvera les mêmes scrupules à codifier une matière alors qu'il semble que tout est discuté par l'ensemble de la doctrine. Voilà pourquoi il préfère laisser la matière telle qu'elle fonctionne jusqu'alors, ce qui après tout n'a pas donné de trop mauvais résultats.

La coutume

Quant à la coutume, aucune codification ne s'est également produite. C'est la coutume qui règlemente presque toute la matière des conflits des lois à part les rares textes du Code civil. Nous sommes toujours sous l'empire de la coutume ancienne et, comme nous l'avons dit, aucune coutume nouvelle ne s'est produite.

Statisme de la jurisprudence

Quant à la jurisprudence dans son ensemble et malgré les apparences par fois trompeuses auxquelles on s est laissé prendre plus d'une fois, elle aussi est complètement statique. Elle n a même pas cette évolutionnisme, cette hardiesse très grande qu'on lui a reconnue avec raison dans bien des matières du Droit civil : lorsqu'on pense que d'un

Source : BIU Cujas

membre de phrase tout à fait anodin dont on ne s était pas aperçu pendant un siècle l'alinéa I de l'art I384 elle a fait sortir tout un ensemble d'institutions considérables et parfaitement cohérentes ou que d'un texte qui n avait pas été conçu pour cela l'art II2I stipulation pour autrui elle a par sa hardiesse fait sortir toute l'institution des assurances sur la vie bien avant que le législateur en I930 ne les eut règlementées Au contraire dans notre matière elle a fait preuve sans cesse du conservatisme le plus aigu et continue la coutume sans lui apporter la moindre modification Elle se contente de l interpréter et d'appliquer les textes du Code civil

Naturellement elle s est montrée comme le législateur totalement imperméable à tous les courants juridiques exactement pour la même raison parce que d'abord ces courants juridiques étaient trop instables et surtout parce que ces courants juridiques étaient véritablement trop loin de la réalité et que pour que la doctrine puisse exercer une action sur la pratique il ne faut pas qu'il y ait entre elle et celle-ci de trop grandes séparations de trop grandes différences On peut comparer la doctrine à une cavalerie d'exploration qui ne doit pas être tellement loin qu elle perde entièrement le gros des troupes qu elle est chargée de couvrir car dans ces conditions elle ne sert plus à rien ce qui a été un peu le cas de la doctrine

Ici la jurisprudence ne s est laissée entraîner à rien C est ainsi que M Donnedieu de Vabres écrivait dans sa thèse déjà citée en I905 . "les auteurs que n'entraine aucune tradition et dont les idées n'engagent qu eux mêmes ne reculent pas devant les innovations hardies quand elles satisfont aux nécessités du moment et aux idées ambiantes Les tribunaux sont plus prudents la crainte du recours en cassation est pour eux un frein et la Cour de cassation elle-même dont la raison d'être est d'assurer l'uniformité et la continuité dans l'interprétation de la loi est de sa nature conservatrice"

Cependant et c'est à cela que nous faisions allusion quand nous disions qu'il y avait eu des apparences parfois trompeuses certaines décisions notamment des juges du fond ont laissé croire que le domaine de la loi nationale serait sur le point de subir un accroissement dans certaines matières aux quelles jusqu ici elle ne s étendait pas et que dès lors et c était là une certaine illusion de la doctrine que les idées extra-territoriales auraient trouvé un écho dans la jurisprudence

Mais au fond ce ne furent là que des apparences que des motifs peut-etre maladroits qui ne correspondaient pas au fond des choses Si en tous les cas on se place au plan le seul

Source : BIU Cujas

qui ait véritablement de la valeur de la Cour de cassation elle n a jamais dans aucune manifestation permis de croire à l accroissement du domaine de la loi nationale

Et c'est ainsi qu'à très juste titre M J Donnedieu de Vabres dans une thèse de 1938, continuation de celle de son père écrivait que "ces opinions avaient eu un succès limité que la personnalité du droit n avait jamais pénétré dans la jurisprudence et qu'elle était en outre précaire et menacée et que les événements ne tardèrent pas à le montrer : dès avant la guerre (de 1914) les signes avant-coureurs multiples annonçaient la faillite prochaine du système

La jurisprudence est territorialiste

Ainsi, au point de vue de la jurisprudence, si l'on veut faire la synthèse de ces décisions on constate que la base est toujours la territorialité comme à la fin de l'ancien Régime que notre droit international privé est essentiellement un droit particulariste. Cela rappelle le mot de Garat dans le répertoire du Guyot dans les dernières années du XVIIIème siècle : "le jus est aussi nationaliste que doit l être le guerrier"

Les tribunaux ramènent tout à quelques compartiments extrêmement simples Certes ils doivent appliquer dans certains cas la loi nationale des individus ils le doivent puisque l'article 3 du Code civil innovant sur l ancien droit l a ainsi que expressément l état et la capacité des Français sont soumis à la loi nationale Ce que les tribunaux ont interprété comme signifiant que l état et la capacité des étrangers étaient également soumis à leur loi national Mais tout en étant forcés de reconnaitre cette exception notre jurisprudence diminue sans cesse le domaine de la loi nationale des étrangers Elle l'édulcore en quelque sorte par un très grand nombre de procédés, que nous ne pouvons qu énumérer pour l instant mais que nous rencontrerons bientôt : par sa conception des qualifications par l'admission du renvoi par la place qu elle fait à l ordre public et enfin par la façon dont elle conçoit le recours en cassation

Grâce à ces quatre moyens, tout en affirmant la compétence de la loi nationale dans la matière de l état et de la capacité des étrangers en France, elle arrive très souvent à retirer beaucoup du domaine de cette loi

On doit dire de la jurisprudence ce qu'ont exprimé il y a bien longtemps - et cela n a pas changé Aubry et Rau Le Code Napoléon ne contient pas dans cette matière un ensemble complet de législation, pour combler ces lacunes qu'il présente il faut recourir aux doctrines de nos anciens auteurs et à la pratique judiciaire, c'est-à-dire que c'est le droit de l'ancien Régime qui a été conservé par les tribunaux toutes les fois qu'un texte du code civil n'indiquait pas une solution contraire.

Source : BIU Cujas

Chapitre IV

CE QUE DOIT ETRE LA REGLE FRANCAISE DE SOLUTION DES CONFLITS

Trois caractères de la règle de conflits

Les trois sommets de notre règle de solution des conflits sont le dogmatisme c'est-à-dire l'affirmation d'une idée politique, - notre matière n'est pas une matière du droit privé ce n'est pas seulement une matière du droit public, c'est une matière du droit politique - avec les deux corollaires le particularisme, c'est-à-dire que chaque pays doit avoir des solutions qui lui soient adaptées, il n'a pas à rechercher des solutions universelles, et enfin la synthèse, c'est-à-dire la possession d'un certain nombre d'idées générales auxquelles on puisse tout ramener. Ces idées générales étant précisément la compétence de la loi territoriale.

Comment mettre en oeuvre ce dogme, ce principe de la territorialité ? Et d'autre part, quelles exceptions conviendra-t-il de lui appliquer ? Car la territorialité sera la règle et l'exception ne jouera que là où la règle le permettra.

Envisageons tout d'abord, dans une Section I le domaine de principe de la territorialité ; puis dans une section II, le domaine exceptionnel de l'extra-territorialité

La territorialité et l'extra territorialité ne sont pas comme les théories éclectiques, sur le même plan : il y a une règle, mais il peut y avoir à cette règle des dérogations exceptionnelles.

Source : BIU Cujas

Section I

Domaine de principe de la territorialité

Ici nous distinguerons la territorialité française et la territorialité étrangère.

§ I - Territorialité française

Il faut partir d'une donnée extrêmement simple sans s'embarrasser de théories compliquées et inutiles. Cette donnée extrêmement simple et qui est empruntée au bagage général du droit est une notion connue, la notion de fait juridique

Point de départ le fait juridique

Un fait se produit nécessairement dans un certain lieu ou alors il n existe pas ; c'est là le point de départ. Prenons un accident qui se produit sur le territoire français, c est un fait matériel ; il se produit nécessairement dans un certain lieu Nous sommes jusqu'ici en présence d'un fait et non pas d'un fait juridique. Que faut il pour qu un fait c'est-à-dire une circonstance matérielle, un accident, un dommage qui s'est produit et qui s est produit nécessairement quelque part en France devienne un fait juridique ? Il faut que le législateur décide qu'il attachera des conséquences à ce fait. Ainsi un automobiliste parcourt une route en se livrant à de grands excès de vitesse Il se peut qu'il n'y ait pas d accident dans ce cas le législateur ne s'en soucie pas tout au moins au point de vue civil ; cet excès de vitesse constitue alors un fait matériel Mais si par malheur à la suite de cet excès de vitesse un accident se produit, le législateur intervient et dit : attention ! je vous déclare responsable des conséquences de ce fait Et dès lors ce fait n est plus un fait pur et simple, c'est-à-dire un fait ordinaire, il devient un fait juridique.

Un fait juridique est donc toute circonstance à laquelle le législateur fait produire des effets de droit.

Il y a beaucoup plus de faits que de faits juridiques. Il y a des quantités de faits qui sont du domaine de la conscience et qui échappent à l'action du législateur. Il y a des faits même qui sont des faits matériels mais que le législateur

Source : BIU Cujas

ne peut pas transformer en faits juridiques par suite d'imperfection de la technique juridique : le meilleur exemple qu'on puisse en donner est celui de la filiation paternelle. La filiation paternelle qui met en cause la conscience est tout de même un fait de la vie physique. C'est un fait matériel. Néanmoins le droit ne peut pas toujours admettre la preuve de la filiation pour des raisons d'imperfection technique. C'est donc un fait pur et simple ce n'est pas toujours un fait juridique.

Il n'y aura de fait juridique que toutes les fois que le législateur entendra transformer ce fait pur et simple, lui donner un vêtement juridique en quelque sorte, en faire un fait de droit.

Jusqu'ici nous ne sommes encore que dans le domaine du droit interne; mais nous allons utiliser cette conception pour le droit international.

Compétence de la loi du lieu où le fait se produit

Si toute source de droit découle d'un fait auquel le législateur attache des effets de droit, quel est, dans le monde, le législateur qui est qualifié et compétent pour donner à un fait son vêtement juridique, si ce n'est celui sur le territoire duquel ce fait s'est produit ? Le fait juridique ne tire son existence que de la volonté du législateur ; le fait juridique n'existe pas par la volonté des individus qui sont incapables de le créer. Le fait juridique existe parce que le législateur l'a décidé et ce n'est que le législateur intéressé qui peut le décider, on ne conçoit pas très bien dès lors un législateur d'un pays étranger venant dire, pour un accident qui s'est produit en France : je fais, de ce fait un fait juridique. C'est évidemment là où les faits se sont déroulés que le législateur seul peut dire : c'est un fait auquel j'attache un certain nombre de conséquences.

Principe de la territorialité

D'où résulte, à titre de principe général et fondamental, que tout fait se produisant en France est, au point de vue de la solution des conflits soumis à la souveraineté française. C'est à elle qu'il appartient pour tout fait qui se produit sur notre territoire de dire si c'est ou non un fait juridique. Si elle décide négativement nous restons dans le néant juridique ; si au contraire elle élève ce fait à la hauteur d'un fait juridique, elle en fait une source du droit en vertu de la loi territoriale. Contester ce pouvoir du lieu où un fait s'est produit, c'est tout simplement contester sa souveraineté. Si un pays étranger entendait régir un fait qui se place sur le territoire français il substituerait sa souveraineté à la souveraineté française absolument comme si nous voulions régir un fait qui se passerait sur un territoire d'un pays étranger.

Source : BIU Cujas

Applications

Tous les faits de France seront donc du ressort de la loi française et en voici quelques applications glanées au hasard

Délits civils

Tous les faits qui sont susceptibles de constituer un délit civil aux termes des art. 1382 à 1386, lorsqu'ils se produisent sur le territoire français sont naturellement entièrement régis par la loi française Ils ne seront des faits juridiques que si les conditions de la loi française sont remplies ; mais ils le seront dans le cas positif où elle l'affirmera

Biens situés en France

Supposons des biens situés en France Quel est le fait matériel ? Le fait matériel c'est un immeuble ou un meuble situés en France. Ce fait matériel se transforme, par la volonté du législateur, en un fait juridique ; il dit : "je soumets ces biens à telle ou telle règlementation, si vous voulez les acquérir si vous voulez aliéner un bien qui est situé en France, ou bien si vous voulez le classer en meubles ou en immeubles voilà ma solution c'est un fait matériel dont je fais un fait juridique" Tous les biens seront donc soumis à la loi du lieu de la situation par application de la simple territorialité

Actes juridiques

Il faut en dire autant d'un acte juridique que l'on fait sur le territoire français. Des personnes font un acte juridique sur notre territoire, c'est un fait A quelles conditions ce fait se transformera-t-il en fait juridique ? Ce fait ne deviendra un acte juridique que si le législateur l'a bien voulu et aux conditions qu'il aura décidées ; car la présence des individus et la volonté de faire cet acte constituent précisément un fait

Quel rapport y a-t-il entre un fait juridique et un acte juridique ? Les faits juridiques sont un genre et les actes juridiques sont une espèce de faits juridiques. Les actes juridiques ce sont des faits volontaires ; mais il y a des faits juridiques qui ne sont pas volontaires, auxquels le vocabulaire de la loi n'a pas trouvé de nom spécial, ce sont les obligations légales. Mais l'acte juridique n'est jamais qu'un fait juridique volontaire ; c'est une espèce de fait qui s'est produit sur le territoire français, qui est donc soumis au principe de la territorialité.

Même solution pour un contrat que l'on passe sur le territoire français. Deux étrangers se trouvent en France et contractent ensemble ; voilà un fait. Est-ce que le législateur

Source : BIU Cujas Reproduction Interdite

français va admettre qu'ils contractent sur notre territoire et va t il admettre que ce contrat se formera Par conséquent le fait matériel de la réunion de ces individus qui à l issue d un grand déjeuner tout au moins en temps de paix vont négocier et discuter un contrat ce fait matériel va etre transformé par le législateur en fait juridique et il dira il y a un contrat et ce contrat je le soumets à la règle ci après que vous allez être forcés de respecter

Nous sommes en présence d'un fait territorial

Et l'on peut multiplier à l'infini les exemples comme vous le voyez c est extrêmement simple Il y a une seule question à se poser un fait s est il produit ? Ce fait s est-il produit en France ? Et s il s est produit en France est ce que la loi française lui attache des conséquences est ce qu'elle en fait un fait juridique ? Il n'y a pas besoin de tomber dans les analyses multiples comme le faisait l école éclectique de faire appel à la nature des choses à la soumission volontaire On arrive beaucoup plus directement à un résultat parce qu on est parti d une idée de principe l idée de la territorialité En principe, la loi de chaque pays est faite pour s'appliquer dans ce pays et c'est une singulière conception que de penser que les lois d un pays sont surtout faites pour ne pas s y appliquer

Voilà donc quel sera le domaine de la territorialité , c'est assez dire qu'il sera très large Mais c est normal puisque la territorialité est le principe puisqu elle est la règle Cependant à cette règle on apportera un certain nombre d atténuations qui sont opportunes pour la vie internationale nous disons opportune car aucun principe de droit ne les impose Mais il y a un certain nombre d atténuations qui sont opportunes et que la tradition depuis des siècles a cru devoir consacrer

Au préalable demandons nous dans quelles hypothèses il y aura territorialité étrangère

§ 2 Domaine de la territorialité étrangère

Il y aura territorialité étrangère toutes les fois qu un fait ne se produira pas en France Il n y a qu à employer exactement le même raisonnement : si un fait se produit en pays étranger on connait le pays ce n'est que celui sur le territoire duquel ce fait s est produit qui peut dire "j attache des conséquences à ce fait j'en fais un fait juridique" Tout dépendra donc du point de savoir ce que décidera le pays étranger

Le principe

Source : BIU Cujas

Applications

Si des biens sont situés par exemple en Suisse, c'est la loi suisse qui régit ces biens car il s'agit d'un fait suisse. Supposons une action d'un individu qui cause un préjudice qui se déroule sur le territoire suisse, un délit qui puisse être un délit civil, tout dépend de la loi suisse pour savoir si elle en fait ou non un délit civil ou si, au contraire, elle ne lui attache aucune conséquence. Elle peut être beaucoup plus extensive que la nôtre, ou moins, cela dépend, en fait sur certains points elle l'est beaucoup plus. La loi suisse, à la différence de la nôtre, sanctionne la lésion dans les actes juridiques, tandis qu'en droit français la lésion n'existe pas en principe. En Suisse on considère que le fait de poursuivre l'exécution d'un contrat qui lèse le co-contractant est constitutif d'un délit civil. Il faudra savoir si les faits constitutifs de la lésion dans un contrat qui aura été passé entre Français et Suisses, se déroulent en territoire suisse. Dans ce cas ce sera un fait de la Suisse et la Suisse dira : je prend en considération la lésion je la transforme en fait juridique. Et ainsi pour un acte quelconque fait sur le territoire d'un pays étranger.

Distinction du fait territorial et de ses conséquences internationales

Dès lors, on doit éviter cette méprise qui serait si grave contre laquelle déjà Vareilles Sommières s'est élevé l'un des premiers avec tant de raison, entre le fait territorial et les conséquences internationales du fait territorial.

Par exemple, le délit qui se produit sur le territoire suisse est un fait territorial suisse. Il n'est donc pas douteux qu'en Suisse on va lui appliquer les règles du Code des obligations de la Confédération helvétique et en faire sortir une responsabilité civile. Mais à supposer que par le hasard des règles de la compétence judiciaire, le procès se déroule devant un tribunal français, est ce que nous allons, en France appliquer la loi suisse ? Pourquoi pas ? Ce serait là ce qui constituerait la méprise de croire qu'on ne puisse pas appliquer une loi territoriale dans un pays autre que celui où elle est en vigueur, rien n'empêche nos tribunaux saisis de la question d'appliquer la loi suisse puisque le fait s'est produit en Suisse.

La territorialité aboutirait à de véritables impossibilités pratiques dans la vie internationale si elle signifiait que l'on n'appliquera jamais que sa propre loi que l'on n'appliquera pas une loi territoriale d'un pays étranger, mais rien ne s'y oppose. Et dès lors qu'un fait qui s'est produit dans un pays peut être reconnu dans le monde entier, au point de vue de la pratique, de la vie du commerce juridique, il n'y a aucun

Source : BIU Cujas

inconvénient, aucune difficulté à appliquer cette compétence Les tribunaux étrangers appliqueront les lois territoriales françaises comme nous appliquons les lois territoriales étrangères Il s'agit simplement de rechercher quel est le pays qui est compétent pour la naissance d'un droit ; le pays qui est compétent pour la naissance du droit est absolument le pays du lieu de naissance de ce droit Et de même qu une personne ne peut pas avoir deux lieux de naissance dans le monde un fait n'a qu'un lieu de naissance dans le monde le lieu où ils s'est déroulé effectivement

Cette distinction à faire entre les faits qui se produisent dans un pays et les conséquences qu'ils produisent est évidente elle nous apparaitra par un seul exemple supposons deux individus qui se marient dans un pays étranger Ils se présentent devant l officier d'état civil de leur pays ; voilà un fait territorial Par exemple deux Espagnols se marient en Espagne devant l officier ou le prêtre qui fait fonction d'officier de l état civil, voilà un fait territorial espagnol que le législateur espagnol transforme en fait juridique si on a rempli les conditions voulues : il dit "c'est un mariage vous êtes donc mariés" Jamais personne n a soutenu que sous prétexte que c était un fait territorial espagnol, si ces Espagnols arrivaient en France ils n étaient plus mariés parce qu un fait territorial étranger ne pourrait pas produire d effet en dehors de ce pays

Il faut donc faire une distinction essentielle entre la naissance d'un droit et la reconnaissance ailleurs des effets qu'il produit Il n'y a que la loi du lieu de naissance qui puisse créer ce droit mais une fois qu'il a été créé il n'y a en principe aucune raison pour qu'il ne soit pas reconnu dans les autres pays étrangers Et ainsi de suite dans toutes les questions qui se présenteront il faudra toujours se poser cette question très simple : où le fait s est il produit ? C est le pays où le fait s est produit qui est compétent à moins que l'on ne soit dans une des rares exceptions où l on fait place à l'extra-territorialité

Nous ne tarderons pas à trouver avec une certaine ampleur un principe important, celui de la distinction de la création et de l efficacité des droits

Source : BIU Cujas

Section II

I extra-territorialité

Définition

L extra territorialité consiste à appliquer à un fait qui se produit dans un pays la loi d un autre pays tandis que la territorialité est la règle qui consiste à appliquer à un fait qui se produit dans un pays la loi de ce même pays lorsqu on n'appliquera pas à un fait qui se produit dans un pays la loi de ce pays même mais celle d'un autre il y aura donc extra territorialité Toutes les écoles depuis des siècles sont unanimes à admettre dans une certaine mesure -les divergences n existent que dans la nature et l étendue de cette mesure - qu'il faut faire une place à l'extra-territorialité Ce qui est le grand terrain des divergences c'est que selon certaines écoles, l'extra-territorialité serait un principe tandis que selon d'autres, comme celle à laquelle nous nous rattachons cette extra-territorialité n'est qu une simple exception disons même une sorte de faveur et dont la quantité sera par conséquent d'autant plus limitée qu'elle constituera une faveur

Nous allons examiner successivement l extra territorialité dans les conflits de lois, dans les conflits d autorités et dans les conflits de juridictions, dans trois paragraphes. Le plus important est le premier, car c'est évidemment le terrain d'élection de l extra-territorialité

§ I - Extra-territorialité dans les conflits de lois.

Quelles sont les matières dans lesquelles joue l'extra-territorialité ? Et quelle est la loi qu'il faut alors appliquer?

I A quelles matières s'applique l'extra-territorialité ?

domaine de l'extra-territorialité est une question d opportunité

Le fondement de l'extra-territorialité est l'opportunité ; il n'y a aucune obligation internationale de l'Etat Le nombre de matières dans lesquelles on admettra cette extra-territorialité ne peut dépendre que de la conception que chaque Etat se fait de sa politique juridique dans les rap-

Source : BIU Cujas

rports internationaux, il convient de rappeler toujours le principe qui est la territorialité. Il faut donc une raison sérieuse qui rende opportun de déroger à la règle, sans jamais oublier que l'extra-territorialité sera une dérogation, qu'elle devra donc être limitée comme toutes les exceptions et qu'à son défaut on reviendra toujours à la règle.

Le statut personnel

Le domaine traditionnel depuis de nombreux siècles de l'extra-territorialité est ce que l'on appelait autrefois et encore maintenant, d'ailleurs, le statut personnel.

Le statut personnel est le droit d'une manière large de la personne. Pratiquement deux éléments constituent le droit de la personne : l'état et la capacité.

L'état des personnes

L'état des individus est la règlementation de leur condition familiale. L'individu naît avec une certaine filiation, voilà un point de son état ; il a l'état d'enfant légitime ou d'enfant naturel ou bien il peut avoir l'état d'enfant légitimé ou d'enfant adoptif. Voilà un premier élément d'état des personnes : la règlementation de l'individu dans la famille.

Rentre dans l'état en outre l'institution du mariage avec ses sanctions ou son extinction notamment le divorce.

La capacité

Quant à la capacité, il s'agit ici de la capacité d'exercice des droits, c'est-à-dire de l'aptitude à exercer les droits dont on a la jouissance. Voilà ce que l'on entend par capacité au sens du statut personnel : quelles sont les personnes qui peuvent faire seules des actes juridiques et quelles sont les conditions dans lesquelles les autres peuvent avec quelles habilitations faire ces divers actes ?

L'ensemble de ces deux notions constitue l'état privé d'une personne. En effet, il y a l'état politique et l'état privé ; il y a plusieurs formes d'état de l'individu. L'état dont nous nous occupons actuellement est exclusivement l'état privé de l'individu : l'état familial. L'état familial comprend l'ensemble des institutions du droit de la famille. L'état et la capacité réunis forment le statut personnel.

Fondement de l'extra-territorialité du statut personnel

Tout le monde est bien d'accord pour soumettre en principe l'état et la capacité des individus au statut personnel, c'est-à-dire à une loi extra-territoriale. La raison qu'on en donne est que ce statut a besoin d'une certaine permanence, on ne peut pas concevoir qu'il change constamment d'un pays à l'autre. Si on fait des contrats dans divers pays rien n'empêche de les faire chaque fois sous une loi qui ne soit pas la même ; mais on ne conçoit pas du tout que le statut d'un individu varie avec les pays

Source : BIU Cujas

dans lesquels la question qui le concerne se présentera. La vie juridique exige donc impérieusement [illegible] une certaine fixité du statut des individus.

Voilà l'intérêt social nécessaire. Rappelons qu'à l'origine première du droit international privé la fameuse glose qui était faite sur la loi Cunctos populos concernait un commerçant de la ville de Bologne qui se trouvait à Modène et qui voulait faire son testament. Il avait besoin d'une certaine fixité de statut pendant qu'il était en dehors de chez lui pour sa capacité pour la capacité de tester.

D'autre part l'Etat territorial dans lequel se trouve un individu est assez désintéressé jusqu'à un certain point dans la question de savoir si l'on appliquera tel ou tel statut. Par conséquent il peut admettre que les individus seront soumis à leur statut d'origine ; il n'a pas un intérêt impérieux à appliquer sa propre loi. Si un étranger veut se marier, si un étranger a une question de filiation qui l'intéresse l'Etat territorial c'est à dire l'Etat dans lequel cet étranger se trouve n'a pas un intérêt impérieux à appliquer sa loi à cette question, il peut donc déroger au principe de la territorialité puisqu'il y a un grand intérêt pratique à la permanence du droit et qu'il n'y a pas pour l'Etat, lui-même, une source de sacrifice trop grand.

Limite de l'extra territorialité.

Seulement cette indifférence, ce libéralisme de l'Etat en ce qui concerne le statut personnel a tout de même une limite. Il ne doit admettre cette dérogation à la territorialité que jusqu'au point où l'intérêt qu'il porte aux étrangers serait plus que compensé par le besoin qu'il a de satisfaire les intérêts de sa propre collectivité. Il y aura donc des limites à envisager au delà desquelles il pourrait être dangereux pour lui d'admettre l'application du statut personnel étranger.

Surtout, il y a entre les lois des divers pays et cette matière est une de celles où cette opposition se manifeste le plus, le droit de la famille, des oppositions si marquées parce qu'elles sont le produit de civilisations distinctes dans lesquelles entrent souvent notamment des éléments moraux philosophiques ou religieux que certains lois étrangères d'un pays sont incompatibles avec l'état social d'un autre et notamment se heurtent à ce grand mur contre lequel viennent se briser tous les statuts personnels que nous rencontrerons plus tard (Infra sous-titre 2, chap. 2) et qui est ce qu'on appelle l'ordre public.

Nous en donnerons dès à présent un exemple. Il y a des pays dans lesquels on pourra admettre la recherche de la filiation paternelle naturelle dans des conditions infiniment plus larges

Source : BIU Cujas

que chez nous la Cour de cassation décide qu'il y a là un certain danger pour le repos des familles et elle n'admet pas en France l'application des lois de ce pays.

Il y a des pays qui peuvent admettre la légitimation des enfants adultérins plus largement que nous ne le faisons ou qui peuvent admettre le divorce pour des causes qui nous apparaissent véritablement inopportunes. Dans des cas de ce genre, l'ordre public français fera échec au statut personnel.

Ainsi donc, tout en admettant une certaine place au statut personnel il faut toujours tenir compte que ce n'est qu'une faveur que l'on fait, une concession qui ne doit donc pas se traduire par des inconvénients trop grands pour la société du pays où la question se pose. C'est d'ailleurs ainsi que la plupart le conçoivent.

Variabilité et contenu du statut personnel

L'Etat exercera donc en cette matière comme dans d'autres une sorte d'auto-défense de ses intérêts et cette auto défense de ses intérêts se manifestera non seulement sur le terrain de l'ordre public qui dans le droit de famille a une application étendue, mais dans la façon dont il définira le statut personnel. Si tout le monde est d'accord pour soumettre le statut personnel à une loi extra-territoriale l'accord cesse quand il s'agit de définir ce que l'on entend exactement par statut de la personne, c'est à dire ce que l'on entend exactement par état ou capacité d'un individu. Dans tel pays on aura une conception plus enveloppante que dans d'autres où elle sera plus étroite. Par là même l'étendue du statut personnel variera avec la conception que l'on s'en fera. Ce sera là l'objet du problème des qualifications que nous retrouverons également bientôt (Infra, sous-titre I, chap. 2).

Nous allons par un ou deux exemples actuels, et aussi par un exemple historique montrer à quel point la conception du statut personnel peut s'étendre ou se rétrécir un peu comme cette coiffe destinée à la lune dont parlait le jurisconsulte Boullenois au XVIIIème siècle.

D'Argentré avait imaginé à côté des statuts personnels et des statuts réels une troisième catégorie de statuts qui n'étaient là que pour les besoins de la cause, pour diminuer l'empire du statut personnel. C'étaient les statuts qui avaient pour objet les personnes mais pas uniquement les personnes, et rappelons un des exemples déjà donnés : la capacité de faire son testament. C'est évidemment du droit de la personne, disait il puisque c'est une question de capacité mais le testament a certainement pour objet des biens dont il touche aux éléments de la propriété. Et pour d'Argentré ces statuts mixtes redevenaient ipso facto des statuts réels. D'Argentré réduisait donc

Source : BIU Cujas

extrêmement et amenuisait en quelque sorte le domaine du statut personnel par sa conception particulièrement étroite de la notion : il fallait qu'il s'agisse de droits concernant la personne pure personnaliter, c'est-à-dire exclusivement le droit de la personne et rien d'autre.

Sans aller aussi loin à l'époque moderne nous avons nous comme d'autres, sur certains points des conceptions plus ou moins étroites de la notion de l'état des personnes et les empruntant à une pratique jurisprudentielle indiscutable nous prendrons deux exemples.

L'article 344 C. civil

L'art 344 du Code civil qui est relatif à l'adoption, ne permet pas d'adopter un enfant lorsqu on a déjà de son mariage des enfants légitimes. Est-ce que cette disposition de l'art 344 fait partie de l'état des personnes ? La filiation paraît bien en effet se rattacher à l'état des personnes. La Cour de cassation décide que l'art 344 est un texte qui concerne évidemment dans une certaine mesure l'état des personnes mais qui, à un autre point de vue concerne aussi le droit successoral.

Supposons deux étrangers qui font une adoption dans leur propre pays où l'on peut adopter des enfants bien qu on en ait déjà de son mariage l'enfant adopté dans ces conditions sera indiscutablement un enfant adoptif et nous le reconnaissons comme tel en France ; mais peut-il succéder à ses parents adoptifs comme un enfant légitime si la succession est soumise à la loi française ? La Cour de cassation, dans un arrêt de 1931 a décidé que l'art. 344 était en partie une disposition du droit successoral d'où résulte que des enfants adoptés dans ces conditions ne pourront pas succéder en France et diminuer la part des enfants du mariage.

La conception de l état peut être plus étroite dans certains pays que dans d'autres ; nous ne faisons pas entrer l'ensemble des droits de la filiation adoptive dans la notion d'état, nous en dissocions une partie pour la faire entrer dans le droit successoral et par la même pour faire un retour au droit territorial puisque le droit des successions est un droit territorial.

Nous prendrons une autre question très familière aux étudiants de 3ème année et qui est extrêmement pratique c est la matière du régime matrimonial.

Le régime matrimonial

Le régime matrimonial d'après la jurisprudence française est - et ceci remonte à Dumoulin - une institution du droit des contrats, y compris la communauté légale que la jurisprudence - à tort nous le verrons plus tard, mais

Source : BIU Cujas

il ne sert de rien de le critiquer car c'est une solution qui est vraiment inébranlable de sa part depuis longtemps - considèr comme une communauté contractuelle tacite

Voilà la conception à laquelle la jurisprudence français est arrêtée : tous les régimes matrimoniaux du droit français qu il y ait ou non contrat de mariage sont des régimes conventionnels Quand il n'y a pas contrat de mariage, c'est un régi conventionnel tacite ; par cela seul qu'on n a pas fait de contrat o est qu on a voulu le régime légal car si on ne l'avait pas voulu on aurait fait un contrat pour s en échapper Nous ne discuterons pas ici l'exactitude de cette thèse , elle est dis cutable au point de vue du droit positif

Or dans bien des pays étrangers et avec beaucoup plus d'a-propos on fait rentrer le régime matrimonial dans les effet du mariage Le mariage entraine deux sortes de conséquences : les unes personnelles c'est-à dire les droits et devoirs res pectifs des époux ce sont celles qui sont en tête du Code civil art 212 et s et le mariage entraine aussi des conséquences nécessaires de caractère pécuniaire que l'on appelle le régime matrimonial Aussi tous les Codes modernes ont ils placé le régime matrimonial dans le mariage et non pas comme le Code civil qui suit la tradition française la tradition issue de Dumoulin et range les régimes matrimoniaux non seulement dans le livre III, mais dans les contrats, y compris la communauté légale qui est au milieu des contrats

Si nous rangeons les régimes matrimoniaux dans les contrats c'est donc qu'ils ne font pas partie de l état ni de la capacité des personnes et par là même l'on voit une très grande différence du contenu du statut personnel entre le droit français et le droit de certains pays étrangers Les autres diront : pour nous c'est un effet du mariag En France nous dirons : ce n'est pas un effet du mariage Lorsque les étranger se marient en France nous n avons pas à appliquer la loi de ces étrangers parce que c est un statut des contrats ce n'est pas du tout un statut personnel

Ceci simplement pour montrer à quel point la définition la qualification que l'on donne d'une institution réagit sur son contenu

Telle est la matière traditionnelle dans laquelle sous réserve de sa définition plus ou moins extensive depuis des siècles, on admet la compétence de la loi extra territoriale

Le statut des personnes morales

Y a-t-il encore d autres matières ? Il y en a quelques unes Il y a et pour la même raison le statut des p rsonnes morales

Les personnes morales qui sont en quelque sorte construi

Source : BIU Cujas

tes sur le plan des personnes physiques puisque cette personnalité morale n'est qu un artifice, une sorte d'automate juridique créé pour permettre à des êtres de développer une vie juridique, les personnes morales ont également une sorte d état c'est-à-dire une condition juridiqu Il se pose pour elles comme pour les autres personnes un problème de capacité quels sont les actes qu elles peuvent faire et à quelles conditions ? On admet donc et sans hésitation, par symétrie de ce qui est décidé pour les personnes physiques que le statut des personnes morales sera extra-territorial Naturellement, beaucoup de questions qui existent pour les personnes physiques n'existeront pas ici parce que ce statut n'est qu un statut limité à des fins commerciales et qu'il n'y a pas de question de droit familial comme pour les individus et que la définition de leur statut sera à peu de choses près la même dans tous les pays

Le statut des navires

Signalons encore parmi les statuts extra-territoriaux celui des navires Le navire ne peut pas changer de législation au cours de ses voyages, alors qu'il passe sans cesse d'un pays à l'autre pour revenir de nouveau dans le premier et ainsi de suite Comment y aurait-il un régime de propriété, un régime hypothécaire viable pour un navire si l'on changeait son régime juridique dans chacun des ports où il peut faire une escale ? Il y a donc là encore des raisons d'opportunité pratique qui vont déroger à la territorialité et faire admettre que les navires sont soumis au point de vue de leur régime juridique à la loi de leur port d'attache. En principe, car les exceptions sont évidemment assez nombreuses, on admet la compétence pour le navire de ce qu'on appelle la loi du pavillon, c'est-à-dire la loi de son port d'attache.

Les aéronefs

Et la tendance - bien que la question ait beaucoup moins d'intérêt pratique - est de décider la même chose pour les aéronefs qui possèdent dans les rapports internationaux un pavillon et un port d'attache.

Les succession mobilières

Il faut signaler encore - matière qui nous a été léguée par l'ancien droit mais solution dont l'exactitude peut aujourd'hui se discuter - celle des successions mobilières Il existe un vieil adage que l'ancien droit nous a légué, aux termes duquel "mobilia sequuntur personam ", les meubles suivant la personne

Etant donné que dans l'ancien droit le meuble n'avait pas beaucoup de valeur, que lorsqu'un meuble avait une certaine valeur économique ou une valeur durable, comme des rentes - les rentes perpétuelles, les rentes constituées - la législation

Source : BIU Cujas

de l époque en général l'immobilisait la plupart des rentes étaient considérées comme des immeubles D'autre part des constructions extrêmement légères que nous appelons aujourd hui des immeubles étaient considérées comme des meubles parce qu elles avaient peu d'importance "Vilis mobilium possessio", chacun connait cet adage

Quoi qu'il en soit l'ancien droit nous a légué la maxime "mobilia sequuntur personam", au terme de laquelle pour des raisons d'ordre pratique, lorsqu'une personne vient à mourir on ne va pas ouvrir autant de successions qu'elle a pu laisser de meubles dans le ressort des coutumes différentes Cette règle s'est maintenue jusqu'à présent ; elle fait partie de notre droit positif Les successions mobilières sont soumises à une loi unique sans se soucier du pays où les meubles sont situés cette loi étant d'ailleurs la loi du domicile du défunt

Et l'explication qu'on en donnait dans l ancien droit, la plus plausible, c'était que précisément comme ces meubles n'avaient pas beaucoup de valeur, on les réputait par une fiction situés au domicile du défunt C était une dérogation si l on voulait dans une certaine mesure à la territorialité mais à un autre point de vue aussi c'était le maintien de la territorialité Ce qui était la dérogation c'était la fiction mais à partir du moment où l'on avait feint que tous les meubles du défunt se trouvaient au domicile de celui-ci on rentrait dans le domaine normal de la territorialité ; il n y avait plus aucune extra-territorialité

En résumé, le domaine de l'extra-territorialité n'est pas considérable

II - Voyons maintenant quelle est la loi qui régit ces matières extra-territoriales

Nous ne raisonnerons que pour l état et la capacité car c'est de beaucoup la matière la plus importante

L'ancien droit

Dans l'ancien droit il était admis unanimement - et dans le tumulte des controverses on éprouve un repos comme après la tempête lorsqu'on constate un accord unanime - et on n a jamais discuté la question, que la loi qui régit l'état ou la capacité, c'est la loi du domicile des individus. Jusqu à ce point par conséquent unanimité complète

Là où étaient les variétés dans l ancien droit - et elles étaient très grandes c'était quant au contenu du statut personnel mais quant à la loi qu'il fallait consulter, c'était unanimement la loi du domicile

Deux observations doivent d'ailleurs être faites sur l'ancien droit Elles ont déjà été présentées mais il est utile

Source : BIU Cujas

de les rappeler Tout d'abord, le contenu du statut personnel était infiniment moins large dans l'ancien droit que maintenant abstraction faite des tours de prestidigitation mentale de d'Argentré avec ses statuts mixtes parce qu'une partie importante du droit des personnes était unifiée dans le Royaume ; c'était tout ce qui faisait partie du droit de l'Eglise notamment le mariage et sa sanction la dissolution son relâchement, les nullités du mariage Tout cela faisait partie du droit de l'Eglise qui était le droit civil du royaume ; il n'y avait pas de droit civil à cette époque pour cette branche du droit Le droit canon était appliqué par les juridictions de l'Eglise et il en fut ainsi jusqu'à la Révolution française sous réserve de quelques ordonnances royales qui sont venues lutter contre le droit de l'Eglise en matière de mariage

Dès lors une matière qui aujourd'hui soulève tant de difficultés comme celle du mariage comme celle du divorce n'en soulevait ni n'en pouvait soulever Elle en soulevait dans les rapports politiques du roi et de l'Eglise mais elle ne pouvait pas en soulever sur le terrain du droit privé étant donné que toutes ces matières étaient régies par une législation uniforme pour l'ensemble du royaume et que quand le roi avait lui-même pu prendre une ordonnance et réussi à la faire enregistrer par l'ensemble des Parlements et à se mettre d'accord avec l'autorité religieuse en pareil cas cette législation était uniforme

Ici la Révolution française a eu pour conséquence sur le terrain du conflit des lois, de créer des conflits qui n'existaient pas jusqu'alors; ceci en raison de la laïcisation du mariage.

Deuxième observation : la loi du lieu qui régissait l'état et la capacité des personnes était celle du domicile lequel coïncidait généralement avec l'endroit où l'individu vivait car l'immense majorité des individus se trouvent avoir leur existence dans le lieu de leur domicile De sorte qu'il n'y avait pas en fait de dérogation à la territorialité ; on appliquait bien la loi du lieu où l'on se trouvait si l'individu se mariait par exemple là où il avait son domicile , il n'y avait pas à faire appel à l'extra-territorialité

Quelles sont les raisons pour lesquelles on a adopté cette loi du domicile ?

Ici les auteurs sont des plus sobres , cela leur paraissait aller de soi, et presque aucun d'eux, sauf peut être Boullenois au XVIIIème siècle, ne crut devoir donner de motifs sur ce point

" Les hommes dit Boullenois n'ont point une assiette de permanence et d'adhésion à aucun lieu ils vont, ils viennent, ce sont les habitants de la terre Si les hommes vont et viennent

Source : BIU Cujas

s'ils n'adhèrent pas à la terre d'une adhésion d'incorporance, ils y adhèrent fictivement etpolitiquement en choisissant un lieu particulier et dans ce lieu ils vivent leurs jours et établissent le siège de leurs affaires et de leur fortune"

Il faut retenir de cette formule un membre de phrase "ils y adhèrent fictivement" Il semble donc que pour Boullenois comme pour certains auteurs, la compétence de la loi du domicile soit la compétence d'une loi territoriale. Au fond, on feint que l'individu ne quitte jamais son domicile et après avoir admis cette fiction, il est soumis à la loi du lieu où il vit, c'est-à-dire à la loi territoriale. Il n'y a donc, dans cette conception de l'ancien droit, aucune place véritable pour l'extra-territorialité. Mais ce qui est certain, c'est que tout le monde admettait la compétence de la loi du domicile

De quel domicile s'agissait-il ?

La seule question qui fut légèrement discutée et seulement à la fin de l'ancien droit était de savoir si l'individu serait soumis à la loi de son domicile d'origine, ce que l'on appelait chez les Romains "origo", ou s'il serait soumis à la loi de son domicile actuel. Un individu peut être amené au cours de l'existence à changer de domicile. Quel est le domicile qui le régit ? Est-ce le domicile d'origine qui exerce une sorte d'empreinte définitive sur l'état et la capacité, c'est-à-dire sur le statut personnel de l'individu ou bien changera-t-il d'état et de capacité au fur et à mesure que son domicile changera s'il est établi maintenant dans une coutume alors qu'il était hier dans une autre et que peut-être demain il sera dans une troisième ?

Cette question fut discutée par certains auteurs et les uns se prononçaient pour le domicile d'origine, parce que celui-ci avait plus de fixité. Mais cette opinion ne l'emporta pas et au XVIIIème siècle indiscutablement l'opinion bien consacrée par la majorité des auteurs et par la pratique, c'est que l'individu est régi par la loi de son domicile actuel, c'est-à-dire la partie de la France où il est domicilié au moment où un intérêt se pose à son sujet.

Il y a donc une constatation à faire, c'est que dans l'ancien droit, puisqu'on n'admettait pas l'application de la loi du domicile d'origine mais de la loi du domicile actuel, il n'entrait pas de considérations ethniques dans la compétence du domicile. Ce n'était pas le domicile du lieu de naissance qui frappait l'individu d'un certain nombre de qualités juridiques indélébiles, c'était tout domicile où il se trouvait parce que c'était le centre de son principal établissement et quand il en changeait par là même il changeait d'état et de capacité.

Donc, pour nous résumer sur l'ancien droit qui sur ce point nous offre une ligne très sûre, compétence de la loi du

Source : BIU Cujas

domicile et sous réserve de rares controverses, qui d'ailleurs furent vite dissipées, compétence de la loi du domicile actuel et non pas d'un domicile primitif qui suivrait l'individu indéfiniment.

Oeuvre du Code civil

Qu'a fait le Code civil ? Le Code civil a modifié tout ce système. C'était normal puisqu'il a unifié le droit de la France ; à partir du Code civil, il n'y avait plus de droit du domicile en France. En effet, il n'aurait rien signifié de dire que les individus étaient soumis à la loi de leur domicile. C'était une règle applicable et concevable et nécessaire pour les conflits entre les diverses provinces, il fallait bien localiser juridiquement les individus dans l'ensemble du territoire français. Le Code a donc tiré la conclusion de l'unification du droit en disant : les Français sont désormais soumis à la loi française ; c'est ce qu'il a dit dans l'art 3 al 3 qui est le seul point sur lequel il y ait une modification par rapport à l'ancien droit

"Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger ".

Mais si sur le principe il ne pouvait pas y avoir de doute, il fallait substituer une autre notion à l'ancien concept du domicile - l'étendue de la modification pouvait se discuter et nous allons voir dans un instant dans quel sens on aurait pu se prononcer, mais aussi dans quel sens d'ailleurs tout différent la pratique s'est fixée depuis longtemps

Comment on aurait pu interpréter l'art 3 al 3

On aurait pu dire : il s'agissait simplement de tenir compte du fait qu'il n'y avait plus qu'une seule loi en France d'où résultait la formule suivante qui eut été peut être meilleure : l'état et la capacité des individus domiciliés en France sont soumis à la loi française. Et par là même l'état et la capacité des individus qui ne sont pas domiciliés en France restent soumis à la loi du pays étranger où ils ont leur domicile.

C'est peut-être ce que les auteurs du Code ont voulu faire, mais dans tous les cas - nous savons si peu de chose sur les travaux du Code en cette matière qu'on ne peut faire que des hypothèses - si telle a été leur intention ils l'ont réalisée avec beaucoup de maladresse quant à la forme du texte.

Reprenons l'alinéa 3 de l'art 3 : l'état et la capacité des Français sont régis par la loi française même s'ils résident en pays étranger. On ne dit pas que la loi française régit les individus domiciliés en France ; on ne parle que des Français d'où il résulte que les étrangers domiciliés en France, si l'on fait l'interprétation littérale ne seraient pas soumis à la loi

Source : BIU Cujas

française. Cependant, si l'on prend la fin du membre de phrase "les Français, même résidant en pays étranger" et si l'on attache à ce mot de résidence, un sens vraiment technique c'est à-dire de la résidence qui est très différente du domicile on peut penser que des juristes aussi avertis que les auteurs du Code savaient la différence entre la résidence et le domicile puisqu'ils avaient fait un chapitre sur ce point - on a le droit dans une bonne interprétation de dire : la loi française ne régit le Français que s'il est simplement résidant à l'étranger, et elle cesse de le régir s'il y est domicilié Les auteurs du Code auraient ainsi conservé la théorie du domicile comme dans l'ancien droit Ils l'auraient exprimée d'une manière qui n'était pas sans une certaine ambiguité mais au fond, si le Français, tant qu'il conserve son domicile en France, est soumis à la loi française, quand il n'a plus son domicile en France il est alors soumis à la loi du domicile étranger Par interprétation on pouvait dire : l'étranger est lui aussi soumis aux mêmes règles.

C'est en somme l'interprétation logique que le Code aurait du recevoir car on ne voit pas pourquoi le fait d'unifier le droit en France obligeait de passer du domicile à la nationalité ce sont des choses assez distinctes Il suffisait de dire : il n'y a plus qu'une loi quand on est Français on est soumis à la loi française Il n'était pas nécessaire de dire : l'état et la capacité sont soumis non plus à la loi du domicile mais à la loi nationale des individus

L'interprétation jurisprudentielle

Quoi qu il en soit cette question pouvait peut-être se discuter au lendemain du Code, mais il est vain de le faire aujourd'hui puisque plus d'un siècle de jurisprudence nous met en présence d'une décision absolument définitive Les tribunaux à tort ou à raison ont interprété l'art 3 al 3, comme signifiant le passage du plan du domicile au plan de la nationalité

Dès lors, il y a eu dans cet article 3 un renversement complet d'une situation séculaire qui entraine la double conséquence suivante : peu importe le domicile de l'individu Ou bien l'on est en présence d'un Français et il est soumis pour son état et sa capacité à la loi française en quelque pays qu'il se trouve, en quelque pays qu'il fasse un acte - il y est soumis évidemment vis-à-vis de la France car nous n'avons pas le pouvoir de décider quelque chose pour les pays étrangers. Mais si un Français se trouve dans un pays étranger, qu'il fasse un acte qui concerne son état et sa capacité en France, nous le maintenons sous l'empire de la loi française Nous ne reconnaitrons ce qui aura été fait à l'étranger que si c'est conforme à la loi française : si un Français se marie à l'étranger contrairement au droit français son mariage ne sera pas reconnu en

Source : BIU Cujas

France. Il doit vis-à-vis de la France, dans quelque pays qu'il se trouve, respecter les lois françaises. Si un Français à l'autre bout du monde fait un acte juridique, sa capacité sera vis-à-vis de la France celle du droit français et on ne reconnaitra, quand la question se posera dans notre pays - si elle se pose - la validité de l'acte qu'à cette condition

Extension de la loi nationale au statut personnel de l'étranger

Inversement on a décidé - et là encore il serait vain de discuter sur le terrain du droit positif - que la même règle s'appliquait à l'étranger bien que l'art. 3 al. 3 fut unilatéral. On aurait pu soutenir que le législateur avait entendu soumettre les Français à la loi nationale et qu'il n'avait rien dit des étrangers et que n'ayant rien dit, il fallait appliquer la coutume c'est-à-dire la loi ancienne du domicile. On pouvait à la rigueur concevoir deux règles, une règle pour les Français et une règle pour les étrangers.

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence a décidé, par un argument qui n'est pas trop bon au point de vue juridique, l'argument de la réciprocité, que les étrangers étaient aussi soumis pour leur état et leur capacité à leur loi nationale, c'est-à-dire à la loi du pays dont ils sont les nationaux. Par là même, l'unité du droit privé a donc entraîné une transformation extrêmement grave, une aggravation du domaine de l'extra-territorialité.

Il est possible qu'un élément sentimental soit entré dans cette solution, peut-être même dans la formule que les auteurs du Code ont donnée. Si l'on se reporte à un passage du discours de Portalis au Corps législatif, on le voit employer en effet une expression qui est précisément de cet ordre d'idées plus que de l'ordre juridique : "Les lois personnelles, dit-il, suivent les personnes partout ; ainsi la loi française avec des yeux de mère suit le Français jusque dans les régions les plus éloignées, elle le suit jusqu'aux extrémités du globe".

Il y a donc une sorte d'idée sentimentale un enveloppement du Français par la loi de son pays qui ne doit le quitter dans aucune circonstance. Il n'en est pas moins vrai que l'extra-territorialité s'en est trouvée en quelque sorte désaxée complètement depuis le Code et cela sur un double terrain quantitatif et, dans une certaine mesure qualitatif

Extension de l'extra territorialité sur le terrain quantitatif

Sur le terrain quantitatif, la consommation de statut personnel a considérablement augmenté depuis le Code civil, pour un certain nombre de raisons : tout d'abord l'aggravation qu'il y a à remplacer le domicile par la nationalité s'augmente

Source : BIU Cujas
Reproduction Interdite

en fonction précisément de ce que beaucoup plus fréquemment on est amené à appliquer les lois étrangères maintenant qu autre fois On a appliqué cette solution dans les deux sens c est à dire aux Français comme aux étrangers

Les deux sources principales d aggravation sont les sui vantes la première est l'unité du droit privé en France et la laicisation du droit du mariag Tant que le droit du mariage n'était pas laicisé en raison de l'universalisme de l Eglise catholique il y avait donc un droit commun universel entre la France et beaucoup de pays étrangers catholiques A partir du moment où le droit de la famille mariage divorce, sépara tion de corps etc... - sont laïcisés les conflits sont beaucoup plus nombreu Il est plus fréquent d avoir à appliquer un droit étranger que sous l ancien Régime où l on appliquait certes un droit français mais qui était le même que celui de bien des droits étrangers

La seconde source d'aggravation est le formidable mouvement d immigration de la fin du XIXème siècle qui aurait dû justifier plus que jamais l application de la loi du domicile à un moment où il y avait plus d étrangers que jamais sur le territoire français Or, nous avions à ce moment là le régime de l'applica tion de la loi nationale à l état et à la capacité des étran gers ce qui augmentait dans des proportions considérables les cas d application des lois étrangères en France

Sacrifices imposés par l'application de la loi nationale

Ensuite il faut remarquer que la loi nationale sur le terrain qualitatif impli que un sacrifice infiniment plus grand que la loi du domicile En effet et c est une observation déjà présentée, en général les individus vivent au lieu de leur domicile Dire qu'on soumettra un individu à la loi de son domicile dont la plupart du temps il s absente rarement ce n est en somme pas beaucoup déroger aux lois de la territoria lité Qu on se rappelle l observation de Boullenois "fictive ment l'individu est considéré comme ne quittant pas son domicile, et en réalité il ne le quitte pas beaucoup il ne le quitte pas longtemps ni souvent

Dès lors qu'on applique le statut personnel à la loi nationale il se fait une rupture entre le pays où vit l'individu où il peut vivre et le pays qui régit sa capacité Toutes les fois que des étrangers se rendent dans un pays différent où leur existence se déroulera plus ou moins longtemps pendant peut-être toute leur existence, ils se trouvent soumis à une loi qui ne sera jamais celle du pays de leur domicile

Il y a donc une aggravation que ne connaissait pas l'an cien droit, dont l'extra-territorialité était exceptionnelle Car si on appliquait la loi du domicile c'était celle du lieu

Source : BIU Cujas

où se trouvait l'individu et l'on pouvait feindre que l individu ne quittât pas son domicile tandis qu'on ne peut pas feindre que l'individu n'a pas quitté sa patrie lorsqu il vit en pays étranger

L'art 3 al 3 a donc des conséquences qui plus on s'éloigne du Code, montrent leur gravité sans cesse croissante et leur caractère un peu néfaste

Valeur respective de la loi nationale et de la loi du domicile en doctrine

Si nous nous plaçons sur un terrain doctrinal le problème étant ainsi posé nous allons nous demander quelle est celle des deux lois qui doit être choisie est-ce la loi du domicile est-ce la loi nationale ? Quelle est la meilleure des deux s'il y en a une ?

Examinons tout d'abord la question en nous plaçant sur le plan sur lequel la plupart du temps on l'a située nous nous placerons ensuite sur le plan sur lequel il semble que la question doive être posée Le plan sur lequel on s'est généralement placé est le plan juridique ; le plan sur lequel il faut se placer, c'est le plan politique

La discussion sur le plan juridique

Le plan sur lequel on s'est placé le plan juridique est en somme un plan académique On discutait des avantages ou des inconvénients respectifs du domicile par rapport à la nationalité et l'on cherchait à dégager une solution rationnelle une solution bonne en elle même une solution universelle Et c est ainsi que devant de nombreux congrès internationaux on discutait les avantages respectifs du domicile et de la nationalité

Or quelles que soient les raisons que l'on puisse donner en se plaçant sur le terrain juridique, en faveur du domicile ou en faveur de la nationalité il faut remarquer qu'il n'y a pas de solution qui puisse s'imposer à un pays plutôt qu à un autre parce que le problème est essentiellement comme beaucoup de ceux que nous avons rencontrés - et nous allons le montrer un problème de caractère non pas juridique mais politique.

On ne saurait faire de meilleur rapprochement qu'entre cette controverse inépuisable chez les juristes de la fin du XIXème siècle et du début du XXème où jamais personne n aura le dernier mot parce que chacun peut avoir raison à son point de vue et une autre controverse que nous avons déjà rencontrée et qui n'est pas moins inépuisable si on veut la continuer sur le terrain juridique c'est celle de la nationalité de naissance, et du choix à exercer entre la nationalité de filiation, ce qu'on appelle le jus sanguinis ou la nationalité du lieu de naissance. nationalité territoriale le jus soli.

Il n'y a pas d'argument juridique décisif en faveur du

Source : BIU Cujas

jus soli ou du jus sanguinis, parce qu'il n'y a que des intérêts politiques et ce qui est bon pour un Etat et vrai pour lui cesse de l'être pour un autre Il en est exactement ainsi en matière de statut personnel : il n'y a pas de solution passe-partout de solution universelle ; il n'y a que des solutions qui conviennent aux nécessités et aux besoins de chaque pays

A vouloir discuter indéfiniment le problème sur le plan essentiellement spéculatif ou sur le plan juridique on se place dans une atmosphère absolument en dehors de la réalité une atmosphère tout-à-fait artificielle qui permet d'attribuer aux juristes de cette école une épithète qu autrefois Catherine II appliquait à un de nos grands philosophes, Diderot, lorsqu elle lui disait : "Vous oubliez dans tous vos plans de réforme la différence de nos deux positions Vous travaillez sur le papier qui souffre votre encre, il est tout uni simple et n'oppose pas d'obstacle ni à votre imagination ni à votre plume, tandis que moi, pauvre impératrice, je travaille sur la peau humaine"

Dans cette phrase de Catherine II à Diderot il y a évidemment une profonde vérité Elle oppose ceux qui peuvent se livrer à des spéculations et ceux qui sont forcés de tenir compte des réalités

Le plan sur lequel il convient de se placer

Voyons précisément maintenant quelles sont en cette matière les réalités. Les réalités nous mettent en présence de problèmes de quatre ordres : problème d'ordre ethnique, d'ordre politique, d'ordre pratique et enfin d'ordre juridique

l'ordre ethnique

On se rappelle la grande doctrine de Mancini au XIXème siècle la grande école de la personnalité du droit qui est partie de l'idée d'après laquelle les individus devraient être soumis à la loi du groupe auquel ils appartiennent par des considérations et pour des raisons d'ordre ethnique, parce que la législation nationale serait adaptée au tempérament de chaque individu. Par conséquent, ce qui conviendrait aux individus d'un certain groupe ne serait pas fait pour les individus d'un autre groupe. Selon le mot qu'on pourrait emprunter à Montesquieu qui pourrait avoir servi de parrain spirituel à cette doctrine de Mancini, les gens du Nord et les gens du Midi n'ont pas la même compréhension et les lois qui conviennent aux uns ne conviennent pas aux autres, le développement étant plus rapide chez les uns que chez les autres. Les lois d'état et de capacité doivent être adaptées à leur tempérament.

a)- L'aspect ethnique.

Source : BIU Cujas

Mais s'il en était ainsi et s'il fallait suivre la loi ethnique des individus parce que seule adaptée et adaptable aux besoins de leur état et de leur capacité il en résulterait d'une part - comme nous avons déjà eu l'occasion de le dire précédemment - que ce n'est pas du tout la loi de la nationalité de l'individu qu'il faudrait prendre mais la loi du groupe ethnique auquel il appartient toutes les fois qu'il n'y a pas coincidence entre ce groupe ethnique et la nationalité ce qui dans le monde est encore assez fréquent C'est là l'élément de danger qui a été déjà signalé dans cette doctrine de Mancini

En outre - et les partisans de la loi nationale, si l'on laisse de côté les excès de Mancini, ne vont pas aussi loin - il faudrait toutes les fois qu'un individu change de nationalité décider qu'il reste soumis à la loi de son ancienne nationalité parce que le fait de changer de nationalité par voie de naturalisation ne modifie par l'ethnie d'un individu Il reste au point de vue de son tempérament et de la loi qui est adaptée à ses besoins personnels, toujours le même Donc le changement de nationalité n'influerait pas sur le statut des individus et on verrait un pays forcé de continuer indéfiniment - surtout un pays comme la France qui naturalise et est obligé de naturaliser un certain nombre d'étrangers - à maintenir les étrangers sous leur loi étrangère Alors à quoi bon les naturaliser ?

La loi nationale n'est pas du tout satisfaisante au point de vue ethnique D'ailleurs, s'il fallait vraiment soumettre au point de vue de leur état et de leur capacité les individus à une loi de caractère ethnique, on s'expliquerait mal que pendant des siècles, depuis le XIIIème siècle jusqu'au XIXème , on les eût toujours soumis invariablement et dans tous les pays de la terre à la loi de leur domicile, sans avoir à aucun moment songé à faire appel à la loi d'un domicile ethnique, puisqu'on a même rejeté, dans le conflit du domicile d'origine et du domicile actuel, le domicile d'origine, fondé sur le fait que l'individu a reçu une empreinte de son lieu de naissance

Toute l'histoire du statut personnel est étrangère à des considérations de caractère ethnique On ne peut les faire entrer dans une matière de caractère purement civil et surtout dans un pays où le droit étant unifié chacun doit être soumis à la même loi

L aspect pratique du problème

En faveur de la loi de la nationalité on a fait remarquer qu'elle assure aux individus pour leur état et pour leur capacité une stabilité plus grande On change rarement de nationalité mais on change peut-être plus facilement de domicile

b) l'aspect pratique

Source : BIU Cujas

Certes l'immense majorité des individus ne change ni de domicile ni de nationalité, mais il est vrai qu'on change plus facilement de domicile que de nationalité Par conséquent la loi nationale des individus en matière d'état et de capacité sera plus stable si un individu doit au cours de l'existence aller passer un certain nombre d années dans un pays où il fixe son domicile il changera d'état et de capacité tandis qu'à le maintenir sous l'empire de la loi nationale son état et sa capacité seraient permanents

Il est donc exact que dans une certaine mesure le changement de domicile emportera plus fréquemment un changement de l état et de la capacité que le changement de nationalité Encore cela serait-il très atténué si nous avions ce que nous ne possédons pas et c'est une lacune de notre loi - une bonne législation sur le domicile dans les rapports internationaux Il ne faudrait pas que ce soit la loi du domicile interne que l'on appliquat et que l'on changeât aussi facilement un domicile international qu'un domicile interne On conçoit que le législateur se montre très facile pour permettre le changement de domicile d'un quartier à un autre d'une ville à une autre, changer de domicile d un pays à un autre c'est quelque chose de beaucoup plus grave, c'est pourquoi il y a des pays étrangers dans lesquels la matière du domicile est entourée de règles infiniment plus pratiques qu'en France où l on se montre très sévère pour admettre qu'un individu ait pu perdre son domicile et en acquérir un en pays étranger ce qui tempérerait donc beaucoup cet inconvénient

Sur le terrain pratique - puisque nous nous y trouvons remarquons d'abord que depuis des siècles même en France jusqu'au XIXème siècle on s'est maintenu sur le terrain du domicile Si la question était vraiment de l'ordre pratique on ne s expliquerait pas qu'à l heure actuelle il y eut encore bien des pays du monde qui soient restés fidèles au domicile (tout le monde anglo-saxons le Danemark la Suisse en grande partie etc etc) si véritablement la chose était aussi peu pratique que possible Dans un pays comme les Etats Unis d'Amérique dont chaque Etat a sa législation spéciale, où il y a donc théoriquement 48 législations différentes on passe en franchissant simplement un ruisseau une route d'une législation à une autre ; si véritablement la chose était si peu pratique, on ne s expliquerait pas qu'on eut conservé ce régime auquel d ailleurs personne ne pense dans ces pays à apporter la moindre modification

La loi nationale a les inconvénients pratiques

En réalité il n'est pas si pratique qu il semble de soumettre l état et la capacité à la loi nationale des individus et en prenant un exemple français nous

Source : BIU Cujas

allons le montrer Cela n'est pratique ni pour les individus ni pour l'Etat

Cela n'est pas pratique pour les individus car lorsqu un individu s est fixé dans un pays étranger et qu'il a besoin de faire des actes de la vie juridique c est pour lui une complication très grande d être régi par la loi de son pays d'origine dont sans cesse il lui faut faire la preuve qu il ne connait pas que l'on ignore dans ce pays qui l'entraine à des frais à des complications et à des incertitudes Ainsi dans le cas d un immigrant qui est fixé en France plus ou moins à demeure et qui doit faire un acte qui rentre dans le domaine de son état ou de sa capacité l obligation pour lui de se soumettre à la loi du pays où il est fixé est certainement beaucoup moins pratique que s il pouvait se soumettre à la loi du pays où il a désormais le centre de son principal établissement

De même pour un Français fixé à l'étranger comme il y en a un certain nombre , voilà une famille française fixée à l'étranger parce que ce sont des commerçants établis dans une ville d'Amerique S'ils ont à faire un acte il est beaucoup plus facile pour eux au point de vue de leur capacité de le faire selon les lois du lieu où ils se trouvent parce qu'ils y trouvent des facilités qu'ils n'auraient pas selon la loi française Et si l'on veut ouvrir une tutelle d'un Français qui est à l étranger comme pourrait on la faire fonctionner à l étranger selon les lois françaises ? L'organisation française de la tutelle avec son conseil de famille avec le juge de paix avec le tribunal civil qui homologue les délibérations n'existe pas dans bien des pays étrangers. Pour une famille française fixée à l'étranger s'il faut ouvrir une tutelle d'un enfant, il n y a qu une solution pratique et c'est celle qu'on suivra le Français fixé à l étranger fera fonctionner la tutelle selon la loi du pays où il se trouve C'est la chose la moins pratique qui soit pour lui que d être obligé de se soumettre à la loi française puisqu il faudrait rentrer en France pour réunir le conseil de famille et chaque fois qu'on aurait à faire la plus petite opération il faudrait faire le même voyage les mêmes complications les mêmes frais On se heurte à de véritables impossibilités de l ordre pratique

Qu'il s'agisse donc des étrangers en France ou des Français à l'étranger. la compétence pour eux de la loi du domicile à condition naturellement qu'il s'agisse d un domicile c'est-à-dire que quelque chose qui soit un centre sérieux et permanent d établissement est infiniment plus pratique que la compétence de la loi nationale qui est plutôt de l'ordre idéologique.

Mais il y a aussi l'intérêt de l'Etat Pour l'Etat dans lequel les individus sont domiciliés, surtout si c'est un pays

Source : BIU Cujas

d'immigration comme nous le sommes, comme l'ont été depuis longtemps les pays d'Amérique, il y a un très grand avantage pratique à vouloir soumettre les étrangers qui s'y trouvent à la loi du lieu de leur domicile. Quelles complications si pour chaque acte que fait un étranger, il faut se documenter pour les autorités publiques, vis-à vis de ces étrangers l'Etat - nous ne parlons même pas de son intérêt politique, mais sur le terrain des facilités pratiques - l'Etat dans lequel vit l'étranger a tout intérêt à ce que la vie juridique de cet individu soit simplifiée et lorsqu'il s'agit d'un Etat qui comme la France s'est donné la peine d'unifier son droit, quelles complications inutiles que de créer de nouveau la diversité des droits à l'égard de tous les étrangers de multiples nationalités, sous prétexte qu'ils sont venus se fixer sur le territoire français. Dans un pays d'unité de droit, on substituerait vraiment de nouveau la disparité à cette unité.

L'aspect politique du problème.

Ici, c'est l'opposition très nette, irréductible, politique au sens véritable du mot entre deux groupes de pays dont les intérêts ne sont pas conciliables : les pays d'immigration et les pays d'émigration. Nous avons déjà rencontré cette opposition irréductible en matière de nationalité. Nous avons dit qu'il n'y avait pas d'accord possible. L'intérêt du pays d'émigration est de conserver la nationalité de filiation pour ses nationaux. Les nécessités vitales - et non seulement l'intérêt - des pays d'immigration sont de faire appel à la nationalité de territoire sans laquelle il n'y aurait aucun Etat dans aucune des trois Amériques ; et en tout cas c'est la situation de la France. Etant donné le formidable apport des étrangers nous serions véritablement submergés si nous n'avions pas fait appel à la nationalité de territoire.

c) L'aspect politique

Le même intérêt politique se représente ici et nous allons voir à quel point ces intérêts sont opposés : Les pays d'émigration c'est-à-dire les pays de surpopulation, qui exportent beaucoup des leurs d'où l'on s'expatrie par nécessité parce qu'on ne peut pas trouver à vivre sur le territoire, ces pays sentent très bien qu'ils s'appauvrissent dans une certaine mesure toutes les fois que leurs nationaux les quittent. Ils ont donc un intérêt politique de maintenir entre ces nationaux dispersés dans le monde et eux-mêmes, des liens qui ne sont pas seulement des liens de patrie, des liens de nationalité, mais des liens de statut juridique.

L'individu expatrié qui continue a être soumis pour un certain nombre d'actes de son état et de sa capacité aux lois de

Source : BIU Cujas

sa patrie continue donc - et c'est l'intérêt du pays d'émigration - à vivre de la vie de ce pays C'est un intérêt politique qui pousse - et ils ont parfaitement raison, ils sont dans la note de leur politique - les pays d'émigration à maintenir l'affirmation de la loi nationale Et elle était à la base de la doctrine de Mancini

Mais pour la même raison les pays d'immigration c'est à-dire ceux qui reçoivent beaucoup d'étrangers ont besoin d'essayer de rompre les influences que les patries des immigrants continuent à exercer sur eux. Certes celles-ci seront rompues le jour où les individus seront devenus des nationaux mais cela se fera au bout d'un temps plus ou moins long Il y a intérêt à les rompre le plus rapidement possible et, en soumettant ces individus à la vie juridique nationale, on commence leur réadaptation leur réassimilation qui est un des problèmes les plus graves de la nationalité car il ne suffit pas de décerner un diplôme à quelqu un pour qu'il ait les connaissances nécessaires et décerner un diplôme de nationalité à quelqu un qui n'a pas été préparé à cette réception c'est évidemment une mauvaise opération politique Mais quand un individu a vécu pendant un certain temps dans un pays et que son état et sa capacité ont été soumis à la loi de celui ci il y a là une préparation à la nationalisation

Il y a un intérêt politique au premier chef pour les pays d'immigration à faire une assimilation juridique aussi rapide que possible des immigrants fixés sur leur sol D'ailleurs l extra-territorialité n'est jamais qu une concession ce n est pas un droit L Etat ne la fait que parce qu il le juge opportun, il ne doit plus la faire la maintenir ou la prolonger au-delà de ce qui irait à l encontre de ses intérêts c est-à-dire des intérêts de la collectivité dont il a la sauvegarde

Ce sont malheureusement lorsque la question est posée sur un terrain politique des problèmes d hégémonie qui ne peuvent pas recevoir de solution d'ordre juridique Chacun sur son sol doit nécessairement faire prévaloir ses conceptions Il n'y a donc pas de solution universelle du problème puisque chacun a raison à son point de vue absolument comme pour la nationalité de filiation et la nationalité de territoire chacun des Etats a raison à son point de vue

L'aspect d'ordre juridique

On a essayé de fonder la compétence de la loi nationale parfois sur certains arguments d'ordre juridique Nous voudrions en retenir un qui se trouve sous la plume d'un jurisconsulte tout à fait éminent un des plus grands maîtres de cette Faculté

d) L'aspect juridique

Source : BIU Cujas

au début de ce siècle Antoine Pillet Pillet qui était un publiciste, a essayé de justifier la compétence de la loi nationale des individus par des principes de droit des gens et voici son raisonnement "Dans les rapports internationaux l Etat national a le droit de protection"

L argument tiré du droit de protection de l Etat

C est une règle consacrée du droit des gens de tous les siècles chaque Etat a l obligation mais il a aussi le droit de protéger ses nationaux dans la vie internationale Si un national a subi un dommage ce n est que son Etat national qui peut prendre en mains sa protection ; ce qui fait que souvent dans des litiges qui se déroulent devant des juridictions internationales un des moyens dilatoires de l'Etat adversaire est de dire mais après tout cet individu n'est pas votre national commencez par justifier qu'il l est car c'est la condition même pour que vous puissiez prendre en mains ses intérêts Notamment ce système de défense fut produit lorsque devant la Cour permanente d'arbitrage internationale il y a quelque 25 ans furent portés de nombreux litiges pour le statut des congrégations européennes françaises allemandes au moment de la Révolution portugaise qui substitua la République à la royauté Un des moyens du gouvernement fut de dire ces congrégations pour lesquelles vous prenez fait et cause ne sont pas des congrégations de votre nationalité Il faut donc que l Etat prouve que les individus qu'il veut défendre ont sa nationalité mais quand il l'a prouvé il a le droit de les défendre

Et Pillet part de là pour tirer des conséquences pour le statut personnel "Les lois d'état et de capacité sont des lois de protection de la personne" Rappelons l'image de Portalis la loi française suit le Français comme une mère" Le Français est toute sa vie sous la protection de la loi de l Etat français qui est destinée à le protéger et l étranger quand il est en France est protégé par la loi de l Etat étranger qui assure sur lui la même protection"

Et dès lors ce n'est que l Etat national qui peut assurer cette protection puisque c est à lui qu appartient le droit de protection Conséquence l état et la capacité des individus doivent être soumis à la loi nationale

Fragilité de cette argumentation

Cette thèse malheureusement établit un mélange entre le droit de protection international qui n'est pas et ne peut pas être en cause parce qu il s appuie sur une coutume internationale et le statut juridique des individus qui est tout différent De ce que l'Etat exerce le droit de protection ne résulte pas nécessairement qu'il soit qualifié pour régir l état et la capacité, parce qu'il y a là dans une certaine mesure sembl

Source : BIU Cujas

t-il un léger sophisme, reste à savoir si véritablement les lois de statut personnel sont des lois de protection des individus

Ce sont pour beaucoup des lois d'organisation sociale ; on ne voit pas pourquoi notamment la loi sur le mariage serait une loi de protection de l individu C est tout simplement une loi de structure de la société et il en est de même du divorce ou de la séparation de corps selon qu on les admet plus ou moins largement Lorsqu on les modifie on atteint la structure même de la société

Et quant aux lois de filiation, où est la protection ? L'individu a la filiation qu il peut prouver, il n y a aucune protection personnelle qui s'exerce sur ce point Les lois d état ne sont pas du tout des lois de protection des individus ce sont des lois pour les individus Bien entendu ce sont des statuts personnels mais quant à dire qu elles soient plus spécialement que d'autres des lois de protection elles ne protègent pas plus l'individu que la loi de propriété ne protège le propriétaire contre les revendications ou les dépossessions

Quant à la loi de capacité celle-là évidemment dans une certaine mesure et plus que la loi d'état a pour but de protéger l'individu encore faudrait il qu il s'agisse d'incapacités visant vraiment des individus manifestant une faiblesse Or bien que cette incapacité vienne de disparaître chez nous on ne pouvait tout de même pas dire que la femme mariée qui était incapable l'était parce qu'elle avait besoin de protection puisque la femme qui n'était pas mariée avait sa pleine et entière capacité L'incapacité de la femme mariée chez nous s'expliquait par des considérations d'ordre historique entièrement différentes et qui n'avaient pas grand rapport avec son aptitude à gérer elle même ses biens ou à faire des actes juridiques

Reste alors simplement le mineur et restent aussi les majeurs aliénés ; ceux là ont évidemment besoin d'une protection Mais rien ne dit que ce soit l'Etat national qui puisse le mieux l assurer Si un enfant mineur se trouve très loin de France et vient à perdre ses parents il a besoin d'un rouage de protection d une tutelle ou de quelque chose de semblable qui fonctionne pour le diriger et le représenter dans la vie Qu est-ce qui le protègera le mieux ? Est-ce un rouage organisé dans sa patrie dans un pays très lointain, ou est-ce de se placer sous l'empire des institutions du pays où il vit et qui peut exercer une protection efficace sur lui ? C'est évidemment dans le lieu où se trouve l'individu qu'il a le moyen d être protégé le plus efficacement

En somme il faut faire une distinction, qui n'existe pas dans cette doctrine entre le statut politique et le statut juridique des individus Le statut politique des individus est

Source : BIU Cujas

Distinction du statut juridique et du statut politique

déterminé par leur nationalité indiscutablement mais l état et la capacité font partie du statut juridique des individus Et dès lors ce statut juridique se rattache comme le mot l'indique au centre de vie juridique de l'individu Or c'est bien à son domicile que l'individu a le centre c est la définition du mot domicile des intérêts juridiques de la personne On en trouve d ailleurs la manifestation dans le fait que lorsque l'individu n'a pas de nationalité quand il est un apatride il faut bien lui appliquer une loi déterminée quand un individu est un apatride on le soumet à la loi de son domicile Cela prouve donc que la loi du domicile et cela s'applique à tous les apatrides fixés en France a une vocation à régir l'état et la capacité

Comparaison avec les personnes morales

Faisons d ailleurs une comparaison avec des personnes morales les personnes morales ont un statut politique une allégeance politique qui est déterminée par le contrôle qu'exercent sur elles certains éléments A côté de cela une personne morale a un statut juridique qui déterminera les conditions de sa validité de son fonctionnement et celui-ci est déterminé par quelle loi ? Par la loi de son domicile par la loi de son siège social

Cette distinction qui est absolument établie pour les personnes morales entre le statut politique de la personne morale qui dépend de la nationalité des individus qui la composent et le statut juridique qui dépend de son domicile doit exister aussi pour les individus Leur statut politique c'est la nationalité mais leur statut juridique qui dépend de l état et de la capacité obéit aux règles du domicile

La loi du domicile est préférable à la loi nationale

En définitive la loi du domicile est très supérieure à la loi nationale en ce qui concerne au moins la France Elle est d'une part la tradition séculaire elle est - sous réserve de l erreur commise par les auteurs du Code civil une vérité pratique elle est une nécessité politique et elle est également une vérité juridique On devrait donc en France pays d'immigration, modifier l art 3 § 3 du Code civil qui a été la seule fausse note du Code dans notre matière pour revenir à la conception du domicile

A plusieurs reprises lorsque la question s'est posée, on s'est heurté à un argument que nous avons déjà rencontré aujourd hui un argument sentimental Certes on ne fait aucune difficulté pour dire qu'il serait très opportun très désirable que les étrangers fixés en France fussent soumis à la loi fran

Source : BIU Cujas

çaise mais on hésite et on répugne même à rompre ce lien très tému très peu pratique et nous ajouterons très peu pratiqué, qui consiste à unir les Français assez peu nombreux d'ailleurs qui vivent à l étranger à la loi française pour leur état et leur capacité En effet l argument sentimental on le comprend parfaitement et on le partage mais ne le paie t on pas trop cher si la compensation est l obligation de soumettre à la loi étrangère les innombrables étrangers qui sont et seront encore pendant très longtemps sur notre territoire ?

Et d'ailleurs on se leurre un peu d'une certaine illusion de croire que les Français fixés définitivement à l étranger obéissent en fait aux lois françaises ; ils s'en affranchissent parce qu'ils ne peuvent pas la plupart du temps faire autrement Si des Français - un mineur une femme mariée qui font un acte - sont fixés dans un pays où l'on applique la loi du domicile, qu'ils le veuillent ou non ils seront forcés de se soumettre à la loi du pays où ils sont fixés L'argument sentimental est donc en somme de l'ordre surtout platonique

A l'extrême rigueur et s'il le fallait bien que ce ne soit pas très élégant on pourrait maintenir la solution pour les Français mais décider que les étrangers domiciliés en France, serait eux soumis à la loi française. Car après tout, il n y a aucune obligation de faire une solution réciproque chaque pays est libre et étant donné le grand nombre d'immigrants sur le territoire français et les intérêts politiques en la matière cette solution pourrait à la rigueur se justifier

Nous venons de voir la question en nous cantonnant sur le terrain des conflits de lois ; voyons maintenant l'extra-territorialité dans les conflits d autorités et ensuite dans les conflits de juridictions

§ 2 Les conflits d'autorités

Pas d extra-territorialité en principe

Dans les conflits d'autorités la règle est à peu près absolue, à savoir qu'un acte fait par une certaine autorité doit toujours être rédigé par elle dans les règles en vigueur là où elle existe et que les autorités ont toujours un pouvoir territorial C'est d ailleurs une règle du droit administratif français les autorités ont en général un pouvoir territorial On ne voit pas comment une autorité française pourrait en principe faire un acte juridique dans un autre pays C est la territorialité qui ici est la règle à peu près absolue Personne n'en a jamais douté à aucun moment dans aucune école ; il n'y a pas eu de controverse sur ce point

Source : BIU Cujas

Exception : les consuls

La seule exception la seule mesure dans laquelle des autorités d'un pays pourront exercer leur pouvoir sur un autre territoire où par conséquent il y aura une certaine extra territorialité mais très limitée c'est d'une part le pouvoir des consuls que les pays ont l habitude d'envoyer les uns chez les autres Le consul est un représentant de l'ordre administratif qui a certaines compétences qui peut faire certains actes Ces consuls de France à l étranger seront des autorités françaises à l'étranger et les consuls étrangers seront évidemment des autorités étrangères sur notre territoire Dans la mesure où il est admis par la coutume internationale et par les traités diplomatiques nombreux qu'un consul étranger peut faire tel ou tel acte sur notre territoire ou qu'un consul français peut faire tel et tel acte sur un territoire étranger il y a extra territorialité d'une autorité puisque l'autorité agit sur un autre territoire que celui qui règlemente sa profession Le consul étranger a son statut règlementé entièrement par la loi étrangère et le consul de France a le sien règlementé par les règles françaises sur les consuls. Il y a donc extra territorialité puisque le consul de France agit à l'étranger selon les lois françaises qui règlementent l'exercice de sa profession C est une des très rares exceptions

Le régime des Capitulations

Il y en a une autre qui a duré quelques siècles mais qui est à peu près disparue partout . c'est le régime des capitulations qui permettait aux pays dits de chrétienté d avoir dans les pays hors-chrétienté des consuls ayant des pouvoirs extrêmement étendus et beaucoup plus étendus que ceux que possèdent les consuls en général.

Les bureaux internationaux

Il faut encore signaler parce que la question n'est pas sans intérêt et que ces organismes extrêmement utiles peu gênants pour la vie des Etats se multiplient et peut être se généraliseront encore dans l'avenir ce que l'on appelle les Bureaux internationaux ou les Offices internationaux Ce sont en somme des services publics internationaux Les Etats se mettent d'accord, de temps à autre pour organiser en commun certains services qu'ils ne peuvent pas faire fonctionner uniquement sur le plan purement national et pour lesquels il faut un organe de liaison, un organe d information de documentation et quelquefois aussi d'administration Alors on crée un organe que l'on appelle un Bureau international

Il y en a déjà un assez grand nombre Signalons les

Source : BIU Cujas

Bureaux internationaux de l'Union postale de l'Union télégraphique qui sont à Berne le Bureau international des Poids et mesures à Meudon le Bureau international des chemins de fer qui est à Berne etc.... Il y a ici une autorité publique non française qui agit sur notre territoire La particularité même de ces bureaux c est qu'ils sont a-nationaux , ils ne sont pas d'un pays plutôt que d'un autre , quand un consul étranger est en France on peut dire qu'une autorité étrangère étend son pouvoir en France; mais quand c'est une autorité d'un Bureau international , c'est une autorité en quelque sorte internationale qui a reçu une certaine compétence pour des actes d ailleurs très limités, qui ne gênent pas vraiment la souveraineté de l'Etat, pour exercer certains pouvoirs

Il faut signaler notamment , parce que c'est de l'ordre pratique et commercial l'enregistrement international des marques de fabrique qui peut se faire au Bureau de Berne grâce auquel une marque une fois enregistrée est valable dans les nombreux - 40 ou 45 - pays de l'union industrielle Il y a donc là une autorité internationale qui fonctionne et qui joue un rôle d'extra-territorialité puisqu'elle est indépendante du pays dans lequel elle fonctionne

§ 3 Les conflits de juridictions

Pas d extra territorialité en principe

Nous n aurons pas beaucoup plus de choses à dire de l'extra territorialité dans les conflits de juridictions Rien n est plus national et territorial non seulement que d'agir comme nous venons de le voir, pour les autorités mais de rendre la justice ; battre la monnaie et rendre la justice sont les deux traits essentiels et de tous temps de la souveraineté On n admettra pas qu'une juridiction d'un pays étranger vienne sur le territoire d'un autre pays où il faudra des considérations tout à fait spéciales

Exception les capitulations

Celles ci se sont produites pendant de nombreux siècles dans les pays de capitulations et à sens unique bien entendu c est à dire que les tribunaux consulaires rendaient et rendent encore là où ces capitulations existent il y en a encore en Egypte dans certains pays d'Orient et d extrême-Orient mais ces territoires vont diminuant de plus en plus la justice en matière civile Ils formaient le tribunal de première instance En cas d appel il fallait aller devant une cour d'appel française pour l Extrême Orient c'était la Cour de Saïgon et pour le proche-Orient c'était la Cour d Aix qui jouaient le rôle de cour d'appel

Source : BIU Cujas

Les tribunaux consulaires se composaient du consul et de notables et rendaient la justice comme un tribunal français de première instance dans les mêmes matières avec les mêmes pouvoirs Le tribunal du consul est également un tribunal correctionnel appliquant la loi pénale et condamnant à des peines

On peut encore ajouter à cela que le consul dans les pay de capitulations qui subsistent a le droit d'expulsion à l égard de ses nationaux c est-à dire de faire réembarquer un Français et de l'envoyer en France où il sera s'il y a lieu poursuivi pour certaines infractions où il pourra aussi être libre

Voilà donc incontestablement un droit de juridiction qui s'exerce sur le territoire étranger mais il est très spé cial et limité Les consuls en dehors de quelques rares pays où les capitulations subsistent encore - et elles vont en diminuant d'année en année les consuls n'ont jamais le droit de rendre la justice ; ce ne sont que des fonctionnaires de l'ordre administratif.

Source : BIU Cujas

Titre II

TECHNIQUE DE LA MISE EN OEUVRE DE LA REGLE FRANCAISE DE SOLUTION DES CONFLITS

Les divers ordres de problèmes

Jusqu ici nous nous sommes posé d'une façon quelque peu abstraite en général la question de savoir ce que devait être la règle française de solution des conflits Il faut montrer maintenant comment elle doit s'appliquer Une nouvelle série de problèmes se présentent à cet égard.

Par exemple si l'on veut appliquer l'article 3 § 3 qui dit que l'état et la capacité sont soumis à la loi nationale, il y a divers problèmes qui se ramènent à deux types généraux d'abord des difficultés inhérentes au choix à faire d'un pays compétent; comment d'une manière concrète en présence d'un cas déterminé trouver le pays compétent c'est-à dire passer de la règle abstraite à son application concrète ?

Deuxième question : quand on connait le pays qui est compétent, on se trouve en présence d'une nouvelle série de difficultés qui sont relatives à la réception de cette compétence elle-même.

Ce sont ces deux séries de difficultés que nous allons avoir à examiner dans deux sous-titres.

Sous-titre I - Technique de la recherche du pays compétent
Sous-titre II- Technique de la réception de la compétence de ce pays

Reproduction Interdite

Source : BIU Cujas

Sous-Titre I

TECHNIQUE DE LA RECHERCHE DU PAYS COMPETENT

Les deux localisations

Pour déterminer dans chaque cas concret le pays qui est compétent même lorsqu'on a une règle de solution des conflits lorsqu'on a un principe comme le médecin peut avoir des règles de diagnostic qu'il doit appliquer à un malade qui est devant lui, il y a deux localisation à faire. L'une de ces localisations est une localisation temporale, c'est-à-dire une localisation dans le temps, tandis que l'autre est une localisation de caractère juridique.

La localisation temporale

La localisation temporale consiste à fixer quel est le moment exact dans une situation juridique où se présente le phénomène de la frontière ; c'est donc de localiser exactement le moment où le conflit se présentera. Et à cet égard, il est extrêmement important de savoir s'il s'agit de donner naissance à un droit nouveau ou de se prévaloir d'un droit qui existe déjà ; à quel moment le phénomène de la frontière va-t-il se produire ? Est-ce quand on va faire naître un droit nouveau ou quand on voudra reconnaître un droit existant ? Un enfant veut faire prévaloir l'existence de sa filiation ou un enfant veut se prévaloir de sa filiation établie, le phénomène de la frontière se produit-il au premier temps ou au deuxième ?

La localisation juridique

Mais il y a une deuxième localisation, la localisation juridique. Il s'agit de localiser chaque situation, chaque cas concret sur ce que l'on peut appeler la carte du droit. Et voici immédiatement un exemple : nous avons une règle comme celle de l'art. 3 § 3, sur l'état et la capacité. Il faut définir ce qu'en droit français actuel nous entendons par état et par capacité, et ce que nous faisons entrer dans ces deux concepts.

Position du problème

Il est tout à fait capital de savoir à quel moment de la vie d'un droit, c'est-à-dire de son déroulement, se produit le phénomène spécifique de la matière des

Source : BIU Cujas

conflits, c'est-à-dire le phénomène de la frontière A quel moment vient-il s'intercaler dans la vie d'un droit . en particulier est-ce que c est lors de la formation de ce droit ou postérieurement à sa formation, une fois qu'il existe et pendant qu'il produit ses effets ? C'est là un concept très élémentaire du Droit que la distinction entre ces deux moments : le moment de la naissance d'un droit et le moment de ses effets. Il est indispensable de préciser la phase exacte à laquelle intervient notre phénomène l'inoculation en quelque sorte du problème provenant de la difficulté inhérente à la frontière C'est pourquoi nous lui avons donné ce qualificatif . problème de localisation temporale des conflits ou encore distinction de la création et de l'efficacité des droits

Quatre hypothèses dans la vie d'un droit sont possibles que nous allons rapidement passer en revue pour voir quelles sont celles dans lesquelles se produit cette espèce d'inoculation du phénomène de la frontière

Droit de caractère purement interne

Première hypothèse : Deux Belges se marient dans leur pays ; ils ne l'ont jamais quitté jusqu'ici et nous supposons qu ils ne le quitteront pas Il n y a pas eu et il n y aura jamais à aucun moment un phénomène de la frontière Nous sommes ici en présence d'un droit de caractère purement interne ; aucun problème de droit international privé ne se trouve soulevé Il n y a eu à aucun moment un élément externe venu se présenter dans la vie conjugale de ces époux pour soulever un conflit Voilà la première hypothèse et il n'y a pas à en parler davantage puisqu elle ne concerne pas le droit international privé Il n'en sera pas de meme des autres

Droit à caractère international au stade de son efficacité

Deuxième hypothèse : nous allons modifier légèrement la donnée de la première hypothèse qui était purement interne Supposons que nos deux Belges qui se sont mariés en Belgique qui y vivent, ont besoin, au cours de leur existence de se prévaloir de leur qualité de conjoints en France ou bien qu'ils viennent en France au cours de leur existence Ici le phénomène de la frontière viendra s'intercaler dans la vie conjugale de ces individus Il se produira, non pas du tout au moment de la conclusion du mariage, mais postérieurement à la conclusion du mariage c est à-dire au cours de la phase d efficacité

Il y a deux phases dans la vie d'un droit sa création et son efficacité notre phénomène de conflit ne se produit qu à la deuxième phase du droit Il n'y aura donc pas eu de problème international pour la création du mariage puisque lorsque deux Belges se marient en Belgique c'est une question pure

Source : BIU Cujas

ment interne ; c'est au moment où ces deux Belges mariés dans leur pays veulent se prévaloir de leur qualité de conjoints dans un autre pays où ils ont été se fixer, au cours de la pha d'efficacité du droit, que se produit notre phénomène de la frontière.

Droit à caractère international au seul stade de sa création

Troisième hypothèse : voyons mai tenant une troisième hypothèse qui va êt inverse de la précédente. Supposons que nos deux Belges se marient en France. La copolusion de leur mariage soulève donc un problème de droit international privé puisqu'ils se sont mariés hors de leur pays. C'est la conclusion du mariage qui nous met déjà en présence d'un conflit et le phénomène de la frontière se présente ici à la phase créatrice du droit. Si nou supposons que nos Belges ne quittent plus jamais la France, il n'y aura donc jamais d'autre problème de frontière au cours de l'existence de leur mariage.

Ici encore, nous sommes en présence du phénomène de la frontière à une seule phase ; seulement au lieu que ce soit dans la phase de l'efficacité, le phénomène se présente à la phase créatrice du droit. L'intercalation se fait toujours à u certain moment ; dans cet exemple comme dans l'exemple précéde on peut donc dire qu'il y a un phénomène monophasé de la frontière puisqu'il n'y a intervention de ce phénomène qu'à une seule phase du droit.

Droit à caractère international au double stade de la création et de l'efficacité

Quatrième hypothèse : dans cette dernière hypothèse enfin, nous allons trouver le phénomène de la frontière à chacune des deux phases du droit, c'est-à dire phase créatrice et phase d'efficacit Nous supposons que nos deux Belges se son mariés en Suisse ; il y a donc eu à la phase de création de leu mariage un problème de conflit. Le phénomène de la frontière s'est posé dès la première phase du droit puisque si deux Belges se marient en Suisse, il y a une question de conflit à résoudre. Et une fois mariés, ces Belges viennent se fixer en France : ici un deuxième phénomène de la frontière se produit durant leur mariage. Il y a donc un double phénomène de la frontière dans cet exemple, à la création du droit et à l'efficacité du droit.

Il est extrêmement important de savoir dans chaque cas s'il s'est produit tout d'abord un phénomène de la frontière parce que s'il ne s'en est pas produit du tout, il n'y a pas de question de droit international privé, il n'est pas nécessaire de chercher à résoudre un conflit qui n'existe pas.

D'autre part dans les 2ème, 3ème et 4ème hypothèses, nou avons des phénomènes de la frontière qui se passent tantôt à la

Source : BIU Cujas

première, à la deuxième phase ou à la fois dans les deux phases. Selon que le phénomène de la frontière se produira à l'une ou à l'autre phase, les conséquences ne seront pas les mêmes. Nous sommes donc en présence d'un problème de chronologie du droit qui rappelle celui de l'application de l'art 2 du Code civil.

Analogie avec le conflit dans le temps

Pour appliquer l'art 2 du Code civil au cas de lois nouvelles à l'intérieur d'un pays - ce qu'on appelle le conflit dans le temps entre deux lois successives - il faut en quelque sorte morceler les institutions juridiques pour savoir à quel moment se produit le changement de législation. Si une loi nouvelle concernant le mariage intervient à un moment où les époux sont déjà mariés, en droit interne - supposons une loi qui vienne à modifier les conditions de célébration du mariage - il va de soi que cette loi ne modifiera pas l'état des personnes déjà mariées. Les mariages déjà conclus resteront valables d'après la loi antérieure parce que le phénomène du changement de droit se produit non pas à la première phase du droit, mais au cours de son efficacité

Mais supposons maintenant une loi qui vienne à rendre le divorce plus difficile : à quel moment du mariage intervient elle ? Au cours du mariage Donc, elle régira naturellement les effets de ce mariage puisqu'elle est faite pour ceux-ci Il faut donc toujours dans le conflit de deux lois successives d'un même pays savoir ce que la loi nouvelle doit modifier et à quelle phase du droit elle se réfère : a-t-elle pour but la création des droits ? Elle ne visera que les droits à créer A-t-elle pour but l efficacité des droits ? Elle visera les droits déjà créés qui sont en train de produire leur efficacité

C'est exactement le même problème dans l ordre international, sauf qu'il se produit entre deux lois de pays différents au lieu de se présenter entre deux lois d'un même pays Il faut donc toujours en présence de chaque cas international qui soulève un conflit délimiter exactement le moment dans la chronologie où se présente notre phénomène, Il s'agit en quelque sorte de battre la mesure des temps internationaux

Intérêt de la distinction quant à l ordre public

Quel est l'intérêt pratique de cette distinction entre la phase de création et la phase d efficacité du droit ?

Il y a un interêt positif très net sur lequel il suffira de prendre un vieil exemple : si le phénomène de la frontière se produit seulement à la deuxième phase du droit il sera possible de se prévaloir en France de droits dont on n'aurait pourtant pas pu y créer Pourquoi ? Parce que le phénomène de la frontière est postérieur à la création du

Source : BIU Cujas

droit S'il était intervenu lors de la création du droit on aurait été soumis aux conséquences de ce phénomène, mais puis qu'il ne se produit qu'après, nous n'avons pas dès lors, à mordre, en quelque sorte, sur cette institution

Exemple du divorce avant 1884

La question s'est présentée et nous rappellerons un exemple ancien qui a perdu maintenant son intérêt pratique mais dont l'intérêt théorique subsiste cet intérêt pratique ayant été grand pendant tout le XIXème siècle à l'époque où le divorce n'existait pas en France. Est-ce que des étrangers qui appartenaient à des pays où le divorce existait pouvaient solliciter des tribunaux français qu'ils prononcent leur divorce ? Et ceci par le raisonnement très simple que voici : "notre état est soumis à notre loi nationale - ce qui est la règle de l'art. 3, al 3 du Code civil - nous sommes ressortissants d'un pays où existe le divorce ; donc si les causes prévues par notre loi existent, prononcez notre divorce".

Les tribunaux français n'ont jamais admis qu'ils puissent prononcer le divorce des étrangers alors que le divorce n'existait pas en France Ils considéraient qu'il y avait là entre la loi étrangère et la nôtre trop de différence pour que nos juges puissent l'appliquer. Il y avait ce que l'on appelait un cas d'ordre public,

Donc les étrangers ne pouvaient pas divorcer en France, Si la question de leur divorce s'était posée en France, à la phase de la demande en divorce, c'est-à-dire de création du droit au divorce, nos tribunaux auraient répondu : "impossible de vous divorcer, allez dans votre pays vous faire divorcer, je ne peux pas prononcer le divorce, cette institution n'existe pas chez moi ; je n'ai même pas de procédure du divorce, comment pourrais-je vous divorcer ?

Mais si ces étrangers avaient été divorcés dans leur pays pouvaient-ils se prévaloir en France de leur qualité d'époux divorcés ou bien étaient ils toujours mariés vis-à vis de la France ? Ici le phénomène de la frontière ne se présentait pas à la phase demande du divorce obtention du divorce ; il se présentait à l'égard de gens qui étaient déjà divorcés dans leur pays étranger et qui demandaient simplement que l'on reconnut leur qualité d'époux divorcés Le tout était de savoir si les exigences de la loi française exigences hostiles au divorce portaient à la fois sur la création du droit et sur son efficacité ou sur la première seule .

Si elles ne portaient que sur la création du droit on pouvait très bien reconnaitre un divorce prononcé à l'étranger si elles portaient sur l'efficacité du droit on pouvait dire non nous ne pouvons pas reconnaitre un divorce même prononcé à l'étranger

Source : BIU Cujas

Or, la Cour de cassation, dans un arrêt de principe très important rendu en 1860, a admis l'efficacité en France du divorce prononcé à l'étranger entre époux dont la loi nationale admettait ce divorce. Pourquoi ? Parce qu'il y avait une différence très grande entre les deux hypothèses. Dans l'hypothèse où les étrangers demandent à un tribunal français de les divorcer, ils sollicitent à la phase créatrice du droit, une intervention active des autorités judiciaires françaises ; il faut que nos tribunaux l'accordent. Il y a donc un sacrifice assez grand à faire en accordant un droit qui n'existe pas dans notre propre pays. Lorsque au contraire le divorce a été prononcé à l'étranger, nos autorités n'ont plus à intervenir activement, elles sont passives, elles n'ont plus qu'à déduire les conséquences de ce qui s'est fait hors de France.

Dès lors, on peut concevoir que notre ordre public soit moins sévère sur le deuxième tableau que sur le premier. C'est ce que la Cour de cassation a admis : notre ordre public ne nous permettait pas de contribuer efficacement à un divorce, mais quand le divorce avait été fait à l'étranger, notre ordre public ne s'opposait pas à déduire les conséquences de ce divorce et à dire aux intéressés : vous n'êtes plus mariés, par conséquent vous pourrez par exemple vous remarier sur le territoire français.

Il est donc très important - et cet exemple suffirait à l'indiquer - de savoir si le phénomène de la frontière se présente à la phase créatrice du droit, obtention du divorce, ou à la phase postérieure.

Nous prendrons encore un autre exemple très pratique qui s'est présenté et qui concerne encore une question d'actualité : la recherche de la filiation naturelle.

Exemple de la recherche de la paternité naturelle

Il y a des pays qui admettent encore, et qui autrefois surtout, avant notre grande réforme de 1912, admettaient plus largement que nous la recherche de la filiation naturelle. Est-ce que des étrangers qui appartenaient à ces pays pouvaient solliciter d'un tribunal français un jugement constatant une filiation naturelle ? Nos tribunaux s'y sont toujours refusé. Ils ont dit, sous l'empire de l'ancien article 340 : "notre texte est un texte d'ordre public, nous ne voulons pas que sur le territoire français il y ait une action en recherche de filiation paternelle à raison des inconvénients qui ne sont pas moins grands pour les étrangers que pour les Français. C'est le scandale de l'instance que nous ne voulons pas ; les tribunaux ne veulent pas collaborer à la recherche de ce droit puisque le législateur n'a pas voulu qu'ils s'en occupent"

Source : BIU Cujas

Donc, des étrangers quels qu'ils fussent ne pouvaient pas demander aux tribunaux de connaître d'un cas de recherche de filiation paternelle en dehors du cas tout à fait platonique où l'art. 340 la permettait. Aujourd'hui encore nos tribunaux considèrent que l'art. 340 constitue un maximum. Si donc la loi étrangère va plus loin - et la Cour de cassation l'a encore décidé en 1945 - il n'est pas possible que nos tribunaux collaborent à une instance en recherche de filiation bien que les facilités de preuve accordées par la loi étrangère soient plus grandes que celles de notre nouvel art. 340.

A la phase d'obtention du jugement, la loi française est d'ordre public ; on ne peut jamais demander plus que ce qu'accorde la loi française.

Mais supposons qu'un enfant ait obtenu dans un pays étranger conformément à sa loi, un jugement de reconnaissance de la filiation. Il veut ensuite s'en prévaloir en France, soit avant la réforme de 1912 soit même maintenant dans les cas où la loi étrangère est plus large que la nôtre ; est-ce que cela heurte l'ordre public ? Pas du tout. Qu'est-ce qui est contraire à notre ordre public ? Ce n'est pas qu'un enfant naturel possède une filiation établie. Pas du tout ; les enfants naturels peuvent avoir une filiation puisque leurs parents peuvent les reconnaître volontairement et qu'il y a des actions en recherche judiciaire. Ce qui est contraire à l'ordre public c'est que l'on puisse faire certaines preuves sur notre territoire ; mais si la preuve s'est faite à l'étranger nous sommes désintéressés dans la question.

Il a donc toujours été admis qu'un enfant qui avait obtenu à l'étranger une décision de filiation pouvait ensuite s'en prévaloir en France au point de vue alimentaire, successoral, etc. Pourquoi ? Parce qu'il se prévalait de sa filiation à la deuxième phase du droit, la phase de l'efficacité et qu'il n'était pas contraire à notre ordre public qu'un enfant naturel invoquât certains droits à l'encontre de son père puisque nous l'admettons nous-mêmes. A partir du moment où en droit français l'enfant naturel a fait reconnaître sa filiation il n'y a plus de différence entre la reconnaissance volontaire ou la reconnaissance judiciaire. L'enfant a sa filiation, cette filiation produit toutes les conséquences d'une filiation naturelle.

La distinction rend tolérable la territorialité

Parmi les intérêts, nous signalerons encore que la distinction de la création et de l'efficacité des droits peut seule rendre tolérable dans la vie internationale le principe de la territorialité et assurer la reconnaissance des droits. En effet, si une personne a acquis un droit de pro-

Source : BIU Cujas

priété dans un pays étranger et que l'objet acquis soit transporté en France, son droit de propriété ne peut être reconnu que si précisément on part de l'idée que le phénomène de la frontière ne se présente qu'à la deuxième période, c'est-à-dire postérieurement à l'acquisition du droit de propriété

La loi française n'a aucun intérêt à intervenir pour une propriété qui a été acquise hors de France ; il est donc impossible d'assurer la reconnaissance internationale des droits si on ne fait pas appel à cette distinction essentielle de la création et de l'efficacité des droits

Histoire de la distinction : le rôle de Pillet

Et cependant, pendant très longtemps presque jusqu'à l'époque contemporaine, cette distinction qui parfois était envisagée par certains auteurs, n'a jamais été élevée à la hauteur d'un système et il en est résulté de très grands malentendus quant à la conséquence de la territorialité. C'est un auteur moderne de la fin du XIXème et du début du XXème siècle, Antoine Pillet, qui a eu le mérite d'avoir présenté dans son ensemble un principe qui repose sur cette distinction des deux phases des droits, principe qu'il a appelé le principe du respect international des droits acquis qui est une sorte de table d'orientation au milieu du labyrinthe des conflits de lois

Malheureusement, la terminologie même de cet auteur a soulevé beaucoup d'objections notamment de la part des publicistes, qui prétendent qu'il n'y a pas de droits acquis étant donné que la loi peut toujours porter atteinte à un droit ce qui est exact De sorte que tout en adoptant son système qui paraît juste on peut abandonner sa terminologie qui soulève des objections à juste titre C est pourquoi il est préférable plutôt que de parler de principe du respect international des droits acquis, de viser le principe de l'efficacité internationale des droits, en laissant tomber l'expression "droits acquis"

Principe général

Et l'on se trouve ainsi en présence d une règle qui peut se formuler de la manière suivante : tout droit régulièrement créé en conformité des institutions compétentes d'un certain pays est efficace dans les autres dans la mesure où il n'est pas incompatible avec leurs institutions

Mettons en application cette formule en examinant dans deux sections :

Section I - Les conditions de l efficacité internationale d un droit

Section II L'étendue de cette efficacité

Source : BIU Cujas

Section I

Conditions de l'efficacité internationale d'un droit

Pour qu'un droit international soit efficace il faut qu'il ait parcouru les diverses phases nécessaires à sa formatio qu'il soit arrivé à la pleine existence juridique Or deux éléments sont à prendre en considération . d abord un élément international qui est la détermination du pays compétent pour la création du droit Ensuite un élément interne : il faut en effet qu'il soit conforme à la législation du pays où ce droit a été acquis

§ I - Détermination du pays compétent pour la création du droit

Deux hypothèses vont ici se présenter :

Première hypothèse : le droit aurait dû naître d'après la compétence française

Cas de compétence française

Cette hypothèse se présente toutes les fois que l'on se trouve en présence d'un droit qui aurait du obéir à la loi française et qui ne lui a pas obéi Il a été créé à l'étranger d'après une autre loi ; il ne peut pas être un droit internationalement efficace vis-à-vis de la France puisqu'il n'est pas né sous l'empire de la loi que nous considérons comme la loi compétente.

Supposons le divorce de deux Français prononcé à l étranger Il va de soi que le divorce de ces deux Français prononcé à l étranger était soumis à la loi française car aux termes de l art. 3, al. 3 du Code civil "l état et la capacité des Français sont soumis à la loi française". Si ce divorce de deux Français, prononcé à l'étranger par des tribunaux étrangers l'a été dans les conditions de la loi française, c'est-à-dire conformément aux règles du droit français et selon une cause du droit français il sera internationalement efficace vis-à vis de la France puisque la loi française était compétente et qu'on a bien respecté la compétence française

Source : BIU Cujas

Mais il se peut aussi que les tribunaux étrangers et ils ne s'en priveront pas,- prononcent le divorce de deux Français par application de leur propre loi Ce divorce sera-t-il un droit internationalement efficace vis-à-vis de la France? Pas du tout puisque c'était la France qui était compétente pour donner la loi de ce divorce aux termes de l'art. 3 al. 3 du Code civil Donc toutes les fois qu'on est en présence d'un droit créé à l'étranger qui aurait dû être créé d'après la loi française et qui ne l'a pas été contrairement à nos propres règles de conflits il ne sera pas un droit efficace vis-à-vis de la France On pourra peut-être s'en prévaloir dans d'autres pays mais pas notre propre pays

Autre exemple : un Français dans un pays étranger adopte un enfant alors que déjà marié il a des enfants de son mariage la loi française interdit l'adoption lorsque l'on a déjà des enfants de son mariage mais dans le pays étranger en question on peut adopter des enfants même si on a des enfants de son mariage Est-ce que cet enfant adoptif aura une filiation valable vis-à-vis de la France ? Non l'adoption est une question d'état des personnes et s'agissant de Français, il fallait se conformer à la compétence française. On ne s'y est pas conformé il n'y a donc pas un droit efficace vis-à-vis de la France

Toutes les fois qu'on aurait dû créer le droit conformement à la compétence française et qu'on n'a pas respecté cette compétence ce droit ne sera pas valable vis-à-vis de la compétence française.

Absence de compétence française

Deuxième hypothèse : il n'y avait pas, dans le cas concret qui se présentait de compétence française. Il s'agit par exemple du divorce de deux étrangers ; pour le divorce de deux étrangers il n'y a pas de compétence française en principe. Comment déterminer - et c'est une question assez délicate encore assez incertaine - si le pays dans lequel le droit est né était ou non un pays compétent.

La thèse classique

Nous exposerons tout d'abord la thèse classique la thèse la plus généralement suivie : aux termes de cette thèse la règle française de conflits - chose que nous avons déjà vue précédemment - n'est pas simplement unilatérale, elle est double c'est-à-dire qu'elle détermine à la fois la compétence française et la compétence étrangère En d'autres termes, l'art. 3 al 3 est une règle à sens réciproque, à sens double.

S'il s'agit d'un divorce d'étrangers prononcé à l'étranger il faut qu'il ait été prononcé, aux termes de l'art. 3, al 3, d'après leur loi nationale

Supposons le divorce de deux Belges prononcé au Brésil d'après la loi brésilienne c'est contraire à la règle de l'art

Source : BIU Cujas

3 al 3 du Code civil Le divorce aurait dû être prononcé d'après la loi belge puisque ce sont des Belges et non pas d'après la loi brésilienne, le Brésil étant le pays où ils ont leur domicile Si donc la règle française de conflits de l art. 3, al. 3 est une règle double, si elle régit les droits acquis à l'étranger comme les droits créés en France le droit n'est pas valablement acquis d'après le pays qui était compétent vis-à-vis de nous Il faut que le divorce de ces Belges prononcé dans un autre pays l'ait été d'après la loi belge.

Ce système qui est le système classique a un gros inconvénient ; il restreint considérablement l'efficacité internationale des droits, et dans un cas où nous n'avons véritablement aucun intérêt. Nous avons intérêt à ce qu'on respecte notre règle de conflit lorsque notre propre compétence est en cause, mais quand notre compétence n'est pas en cause, pourquoi imposer l'application de notre règle de conflits ? C'est aboutir à un résultat qui réduit trop la reconnaissance des droits, car les pays étrangers ne peuvent pas, quand ils créent un droit, tenir compte de notre règle de conflits, ils ne peuvent tenir compte que de la leur.

La théorie moderne Tout ce qu'on peut demander, c'est que le droit ne soit pas né dans un cas où il dépendait de la loi française. Mais si la loi française n'est pas compétente il semble suffisant de dire que le droit sera internationalement efficace, pourvu qu'il ait été créé conformément à la loi du pays où il est né ce qui est l'application d'un système que nous avons rencontré bien des fois notamment dans la matière de la nationalité où l'on consulte la loi étrangère pour savoir si un individu possède la nationalité de ce pays Deux étrangers ont divorcé dans un pays tiers ; il s'agit de savoir si, selon la législation de ce pays tiers leur divorce pouvait être régulièrement prononcé ; dans ce cas il sera reconnu en France

Cette solution ne peut cependant pas être donnée comme étant du droit positif mais elle est en train d'y pénétrer Et notamment, on la trouve à la base d un traité franco-britannique du I8 Janvier I934 sur l'exécution des jugements dans lequel il est dit qu on ne pourra pas refuser l'efficacité à un jugement anglais en France par ce seul motif que pour déterminer la loi applicable dans l espèce il a été fait appel à des règles de conflits qui ne sont pas les nôtres. C'est bien l'application de ce système

Par conséquent, on peut dire que l'idée est en mouvement Elle présente l'avantage d assurer une plus complète efficacité internationale des droits que le système classique, orthodoxe qui est trop imprécis et exagère l'influence de la loi du pays

Source : BIU Cujas

où l'on veut se prévaloir d'un droit dans les cas où celui-ci n'y a pratiquement aucun intérêt

§ 2 - Elément interne

Nous supposons que le droit dont on se prévaut est né dans le pays qui, d'après la loi de conflits était compétent. Il est né à l'étranger, en Belgique par exemple et c'était bien la Belgique qui était compétente. Le premier problème est donc résolu

l'efficacité n'est reconnue qu'aux droits définitivement créés

Il faut que d'après cette loi interne le droit soit arrivé à sa pleine maturité, c'est-à-dire qu'il ait atteint l'état de droit définitif et non de droit en voie de création. On peut reprendre ici une distinction familière aux juristes qui est à la base de la jurisprudence française pour l'application de l'art. 2 : c'est la distinction des simples expectatives et des droits définitivement acquis. Si un changement de législation se produit à un moment où il n'y a encore qu'une expectative, la législation nouvelle s'applique ; si le changement de législation intervient à un moment où il y a déjà un droit définitivement établi, alors la nouvelle législation ne s'applique pas.

Analogie avec le droit interne

Une grande controverse qui n'a pas donné lieu à moins d'une demi-douzaine d'arrêts de la Cour de cassation, s'est élevée au lendemain du nouvel article 340, modifié en 1912, qui avait admis beaucoup plus largement qu'autrefois la recherche de filiation paternelle. Il va de soi que la loi s'appliquait aux enfants nés postérieurement à la réforme de 1912 ; mais s'appliquait-elle aux enfants déjà nés antérieurement? Un certains nombre de pères poursuivis en recherche de filiation avaient immédiatement protesté et leurs avocats avaient déposé des conclusions soutenant que ces pères avaient un véritable droit définitif à ne pas être recherchés parce qu'ils ne s'attendaient pas à pareille mésaventure.

Mais, par des arrêts répétés, la Cour de cassation a décidé qu'il n'y avait qu'une simple expectative, d'autant que la filiation est un fait et que la loi avait admis simplement une nouvelle preuve d'un fait qui existait déjà. Or, les preuves ne sont pas nécessairement soumises à la loi en vigueur au moment où un fait se produit, mais à la loi en vigueur au moment où l'on veut le prouver. Or, la loi de 1912 a admis de nouvelles preuves pour des faits qui étaient antérieurs. La Cour de cassation, en présence de ce qui n'était qu'une expectative, a donc

Source : BIU Cujas

décidé que les intéressés tomberaient sous le coup du nouvel article 340.

Cette solution vaut aussi pour les rapports internationaux Il faut savoir si, au moment où le phénomène de la frontière se produit, où l'on passe d'un pays à un autre, il y avait déjà un droit définitivement créé ou simplement un droit en voie de création, une simple expectative, une simple éventualité en vue de la création du droit. Il faut, en d'autres termes, que le droit ait ses éléments complets pour exister d'après la loi du pays où il a été créé Si deux individus voulaient se marier il faut que le mariage ait été célébré, peu importe si le phénomène de la frontière se produit la veille du mariage De même que, si une loi nouvelle édicte une prohibition et intervient la veille du mariage, le mariage ne peut plus être célébré de même ici, dans les rapports internationaux, il faut que le droit ait été définitivement établi

Application à la transmission de la propriété

Voici dès lors des applications pratiques Nous emprunterons l'une d'entre elles à la matière de la transmission de la propriété et naturellement c'est la seule matière où la question puisse présenter un intérêt pratique - la propriété mobilière puisque les immeubles en principe ne changent pas de territoire

Un meuble a été acquis dans un pays étranger Dans ce pays - comme il y en a encore un certain nombre - la convention n'est pas suffisante pour transférer la propriété ; le système romain est encore resté en vigueur, c'est-à-dire qu'il faut un mode translatif qui rappelle les anciens modes du droit romain la mancipation, la tradition ; il faut un mode spécial pour que l'acquéreur devienne propriétaire du bien transféré Pratiquement, il faut que la tradition ait lieu, c'est-à-dire d'après les règles déterminées par la loi de ce pays la remise matérielle de la chose La tradition n'étant pas intervenue l'acquéreur n'est pas devenu propriétaire, c'est une chose indiscutable.

Supposons donc un objet d'art acheté à l'étranger dans un pays où la tradition est nécessaire en Suisse notamment L'acquéreur n'a pas reçu tradition, il n'est donc pas devenu propriétaire de l'objet d'art Puis l'objet d'art est transféré en France et on a besoin de savoir qui est propriétaire de cet objet ; de nombreux intérêts peuvent découler de cette propriété Le vendeur vient dire à l'acheteur : vous n'êtes pas devenu propriétaire parce que je ne vous ai pas fait la tradition le meuble était situé en Suisse il était donc soumis à la loi suisse L'acheteur essaiera de répondre c'est une affaire entendue, il était en Suisse mais il ne s'y trouve plus il est maintenant en France ; or en France la tradition n'est pas nécessaire La convention suffit à transférer la propriété

Source : BIU Cujas

Or, il y a eu une convention de vente, donc les conditions du pays dans lequel se trouve actuellement le meuble sont remplies; l acquéreur serait donc devenu propriétaire au moment même où l objet avait franchi la frontière

Est-ce que le phénomène de la frontière peut véritablement influer ainsi sur la transmission de la propriété ? Evidemment non, car à l'époque où l acte translatif s'est produit le meuble n'était pas en France. L'art. 1138 qui est beaucoup plus facile que la loi étrangère et qui n'exige pas la tradition ne peut intervenir que pour des meubles qui étaient en France au moment de l'acte juridique de vente. On ne peut pas appliquer la loi française à un meuble qui ne se trouvait pas en France à cette époque ; ce n'est donc pas l'arrivée postérieure du meuble en France qui peut faire dire "maintenant nous remplissons les conditions de la loi française". "Mais non, vous ne les remplirez jamais car quand vous avez acquis le meuble il n'était pas en France. Vous n'avez qu'un moyen, c'est de faire un nouvel acte juridique par lequel vous satisferez aux nouvelles lois de la situation du meuble".

Voilà l'importance pratique qu'il y a à ne pas confondre la phase à laquelle s'est produit le phénomène de la frontière Le phénomène de la frontière ici s'est présenté à la deuxième phase du droit, la phase de l'efficacité. Donc, sur le terrain création du droit, nous nous trouvons encore en présence d'un droit purement interne, étranger ; il n'y a de droit efficace que s'il est né d'après la loi étrangère.

Application à la forme du testament

Autre exemple : un individu fait sont testament olographe dans un pays où cette forme de testament n'est pas permise ou bien est soumise à des conditions plus strictes qu'en France. Il y a certains pays comme les Pays-Bas qui ne permettent pas le testament olographe et qui exigent le testament authentique en raison des garanties plus grandes qu'il offre Ou bien il y a des conditions de solennité, car le testament olographe est un acte solennel, pour lesquelles la loi étrangère peut être plus sévère que la loi française

En pareil cas ce testament qui a été fait à l'étranger dans la forme olographe sera-t-il valable en France sous prétexte qu'en France on pourrait faire son testament dans la forme olographe ? Pas davantage puisque au moment où on a fait son testament il n'y avait pas de question de conflit ; on se trouvait dans un pays étranger. Le phénomène de la frontière ne s'est produit que postérieurement à la rédaction du testament au moment où l'on veut se prévaloir de ce testament en France

On pourrait d'ailleurs modifier un peu l'exemple en disant : il se peut qu'une loi étrangère soit plus facile que la loi française, par exemple qu'elle admette un testament verbal

Source : BIU Cujas

prouvé par témoins. Ce testament verbal sera-t-il valable ou aura-t-on le droit de dire : en France il faut un testament écrit ? Le phénomène de la frontière ne se produit pas à la phase de la rédaction du testament ; il se produit postérieurement donc notre loi n a pas à intervenir pour ce testament qui est déjà fait.

Application au mariage célébré par un consul

Ou bien à l étranger un consul procède au mariage de ses nationaux alors qu'il n en a pas le droit. Tous les pays ne donnent pas les mêmes pouvoirs à leurs consuls ; la France permet aux consuls de France à l'étranger de procéder aux mariages entre deux Français et dans de rares pays une demi-douzaine de pays fixés par décrets qui sont certains pays dits hors chrétienté elle permet aux consuls de France de procéder aux mariages, si l'un des futurs époux est un Français Mais il y a des pays étrangers qui ne permettent jamais à leurs consuls de procéder à des mariages.

A supposer qu'en contravention avec sa loi ce consul ait tout de même procédé à un pareil mariage, ce mariage n'est certainement pas valable Peut-on dire "oui, mais les consuls de France ont ce droit" On ne peut pas le dire puisqu'il ne s'agit pas d'un consul de France Il faut que le mariage soit valable dans le pays où il a été célébré ou tout au moins que le fonctionnaire qui a célébré le mariage eût le pouvoir de le faire d après sa loi

Le phénomène de la loi française n intervient qu'à la deuxième phase du droit ; il ne peut donc pas jouer sur la première phase

Application à l'article 2279 C. civ.

Nous empruntons un dernier exemple à une question éminemment pratique sur laquelle il règne en jurisprudence une confusion très grande ; c'est l'application de l'art. 2279, L'article 2279 est un texte qui a pour but de protéger le tiers acquéreur possesseur de bonne foi contre des revendications intentées contre lui.

Supposons un meuble perdu ou volé. En France la revendication n'est possible que pendant trois ans Une fois le délai de trois ans écoulé, il n y a plus de différence entre les meubles perdus ou volés et les autres Or, voilà un meuble qui a été volé ou perdu dans un pays étranger ; et là il a fait l'objet d une acquisition par un tiers acquéreur, possesseur que nous supposerons de bonne foi Dans le pays étranger où s'est faite l acquisition on peut revendiquer les meubles volés pendant cinq ans , il y a même des pays qui admettent la revendication pendant dix ans. Bref ce meuble qui a été volé en pays étranger qui a été aliéné par le voleur à un tiers acquéreur possesseur de bonne foi, n'est pas devenu la propriété

Source : BIU Cujas

du tiers acquéreur de bonne foi parce qu'il n'a pas encore rempli les conditions de la loi étrangère Il n'y a pas par exemple dix ans qu'il l'a acquis.

Ce meuble est ensuite transporté en France où on le retrouve et où une contestation se produit entre l'ancien propriétaire dépossédé et le nouvel acquéreur Est-ce que l'art 2279 peut être invoqué par ce tiers acquéreur possesseur d'un meuble ? Nous supposons qu'il est en possession car s'il n'était pas en possession, la question ne se poserait pas Est-ce que ce tiers possesseur et acquéreur d'un meuble transporté en France peut invoquer l'article 2279?

On dira, dans le sens de cette conclusion - et c'est là qu'est la confusion, c'est la mauvaise compréhension en droit civil de l'article 2279 "en fait de meubles possession vaut titre" - on dira : je remplis les conditions de 2279, puisque je possède le meuble ; je suis en France et le meuble est soumis à la loi française donc je puis évincer tout propriétaire dépossédé s'il y a plus de trois ans que le vol a eu lieu Mais c'est oublier une chose : l'art 2279 ne protège pas contre la revendication toute personne qui possède un meuble mais uniquement l'acquéreur d'un meuble qui est un tiers par rapport au propriétaire dépossédé et en troisième lieu qui est en possession de ce meuble au moment de la revendication. A la condition d'avoir rempli ces trois conditions, d'être un acquéreur, d'être un tiers par rapport au propriétaire dépossédé et d'être en possession, on peut repousser la revendication

Mais ces trois conditions réunies montrent qu'elles ne peuvent pas se poser pour un meuble qui n'était pas en France au moment de l'acquisition. A quel moment veut-on protéger ? On veut protéger celui qui acquiert d'un individu alors qu'il ne peut pas savoir à qui a appartenu le meuble dans le passé C'est donc au moment de l'acquisition qu'il y a un dommage, un danger social, ce n'est pas après l'acquisition Il faut donc appliquer la loi du pays où notre meuble s'est trouvé au moment de l'acquisition.

L'art. 2279 protège les tiers acquéreurs de bonne foi de meubles qui se trouvent en France quand on en fait l'acquisition. La loi française ne peut pas régir l'acquisition d'un meuble qui ne se trouvait pas en France à cette époque. Le phénomène de la frontière n'est intervenu que postérieurement à l'acte d'aliénation, c'est-à-dire à la deuxième phase du droit Si la loi française n'intervient qu'à la deuxième phase du droit elle ne peut pas jouer pour la première phase, on ne peut pas l'invoquer pour savoir si le tiers acquéreur était devenu propriétaire

Source : BIU Cujas
Reproduction Interdite

C'est donc la loi étrangère qu'il faut appliquer et dire : au moment où le meuble a été transporté en France l'acquéreur n'était pas encore propriétaire et l'ancien propriétaire pouvait le revendiquer contre lui. Par conséquent la revendication sera possible contre lui tant que les conditions d'une propriété ne seront pas réalisées sur sa tête.

Critique de la jurisprudence

C'est pourtant le contraire que, déjà à plusieurs reprises, les juridictions inférieures ont admis et plus récemment un arrêt de la Chambre civile du 14 Mars 1939 (Rev. 1939, p. 281) s'attachant trop à l'idée "possession vaut titre" a oublié complètement qu'en droit civil ce n'est pas la seule possession, mais la possession du tiers acquéreur possesseur et de bonne foi c'est ce chapelet de conditions réunies qui déclenche la protection de l'art. 2279. La simple possession ne suffit pas à évincer le revendiquant qui prouve qu'il est encore dans les conditions de sa revendication.

Cet arrêt a été rendu au sujet de meubles qui avaient été volés à des Français en Espagne, et qui avaient fait l'objet d'une revente en Espagne. Il s'agissait de marchandises que l'on retrouva ensuite transportées en France par l'acquéreur et à leur arrivée à Marseille, la compagnie qui avait été dépossédée de ces marchandises en Espagne procède à une saisie conservatoire. C'est ainsi que les tribunaux français sont appelés à statuer sur la propriété.

La Cour de cassation a appliqué purement et simplement l'art. 2279, mais il n'y a pas l'ombre de motifs à sa décision. On peut même se demander si les parties ont seulement soulevé la question dans leurs conclusions car évidemment les juges du fond auraient dû répondre à la question si elle avait été posée. Or, il est anormal d'appliquer l'art. 2279 à des marchandises qui n'étaient pas en France au moment de leur acquisition puisque la loi française ne peut jouer que pour des biens qui étaient en France. "Tempus regit actum", c'est la même règle que sur le terrain de l'art. 2 du Code civil ; sur le terrain de notre conflit il y a conflit entre deux lois successives. La loi française ne peut s'appliquer qu'aux acquisitions qui seront faites en France.

A supposer que depuis l'arrivée de la marchandise en France, celui qui la possède l'aliène à nouveau à quelqu'un, nous serons en présence d'un tiers acquéreur possesseur de bonne foi qui en France pourra invoquer les articles 2279 et 2280. Mais ce n'est pas le cas ; la loi française ne peut pas s'appliquer et il n'y a pas eu de droit créé après la loi espagnole.

Dès lors, qui est propriétaire ? C'est toujours l'ancien propriétaire.

Source : BIU Cujas

Connaissant maintenant les conditions de l'efficacité internationale d'un droit, conditions qui se composent d'un élément international - détermination du pays compétent - et d'un élément interne - que l'on ait rempli les conditions de la loi étrangère qui était compétente, nous allons voir maintenant l'étendue de l'efficacité internationale d'un droit

Section II

Etendue de l'efficacité internationale d'un droit

L'étendue de l'efficacité internationale d'un droit qui a été créé à l'étranger vis-à-vis de la France peut recevoir une double limitation : l'une tirée de la loi étrangère elle-même et l'autre qui peut résulter des institutions françaises

§ I - Etendue de l'efficacité selon les institutions de la loi étrangère

Principe

Le droit dont on se prévaut est, par hypothèse, par définition même, non pas un droit à créer mais un droit déjà créé, c'est-à-dire un droit étranger. Donc on ne peut s'en prévaloir en France que tel qu'il a été créé par la loi étrangère. La loi étrangère déterminera donc à la fois son plafond maximum et son plafond inférieur.

Le plafond maximum

Reprenons ces deux points. La loi étrangère détermine le plafond maximum : puisqu'on se prévaut d'un droit acquis à l'étranger, il produira tous les effets, - et c'est là son plafond supérieur - que la loi étrangère lui accorde même s'ils sont plus étendus que ceux qu'accorderait la loi française.

Supposons, par exemple, une succession régie par une loi étrangère, si la loi étrangère assimile l'enfant naturel reconnu à l'enfant légitime au point de vue successoral. C'est la loi étrangère qui déterminera ce plafond maximum du droit, qui va au-delà du nôtre.

Ou bien la loi étrangère accorde une obligation alimentaire dans les rapports entre collatéraux, il y a un droit créé à l'étranger dont on peut se prévaloir en France. Il n'y a aucune raison pour refuser à ce droit plus d'efficacité que la loi

Source : BIU Cujas

française ne lui en donnerait puisqu'il est soumis à la loi étrangère. En d'autres termes, il produira tous les effets que lui accorde la loi étrangère, donc des effets qui peuvent être plus complets que ceux qui résulteraient de la loi française elle-même.

Le plafond inférieur

Voyons maintenant le plafond inférieur. Le droit ne peut pas avoir en France des effets plus étendus que ceux qui résultent de la loi étrangère. En effet, dès l'instant qu'il s'agit d'efficacité du droit, on veut se prévaloir d'un droit étranger. C'est donc le droit étranger tel qu'il existe qui peut être invoqué en France et sans qu'il y ait de novation dans ce droit. Reconnaître à ce droit des effets plus étendus que ceux qui résultent de la loi étrangère ce ne serait plus reconnaître ce droit, ce serait en créer un autre et ce serait sortir complètement de la donnée même du problème.

Faisons les applications de cette idée en envisageant successivement des conflits de lois, des conflits d'autorités et des conflits de juridictions.

I - Conflits de lois.

La séparation de corps : affaire Ferrari

Nous supposons qu'une séparation de corps a été prononcée dans un pays étrangers où elle ne correspond pas à la conception française de la séparation de corps, c'est quelque chose de moindre que notre séparation de corps. Et voilà comment le problème va prendre de l'intérêt - il s'est présenté devant la Cour de cassation.

Deux époux étrangers ont obtenu dans leur pays cette séparation de corps qui produit des effets moins étendus que la nôtre et qui s'obtient d'ailleurs plus facilement que la nôtre, qui peut notamment résulter d'un simple échange de consentements. Puis ils deviennent français et devenus français ils disent : maintenant nous voulons divorcer conformément à la loi française, ce qui est, en effet, leur droit. Ils demandent la conversion de cette séparation de corps en divorce puisque droit français la conversion de la séparation de corps en divorce est possible. Est-ce que cette séparation de corps correspond à la nôtre ? Pour faire la conversion en divorce de cette séparation de corps étrangère, il faut qu'elle soit l'équivalent de la nôtre ; or, elle ne l'est pas, elle est moins que la nôtre. Pour que cette séparation de corps puisse être convertie en divorce il faudrait qu'elle fut un droit efficace de la même valeur que la séparation de corps française. La Cour de cassation a donc décidé par un arrêt de 1924 : cette séparation de corps ne correspond pas à la nôtre, les tribunaux fran

Source : BIU Cujas

çais ne peuvent donc pas la convertir en divorce.

Le plafond inférieur du droit est produit selon les dispositions de la loi étrangère ; nous ne pouvons pas y substituer celles du droit français et dire par exemple : "voilà les effets de la séparation de corps française". Il s'agit d'une séparation de corps étrangère, elle produit uniquement les effets que lui donne la loi étrangère.

Les droits d'auteur

Nous emprunterons un deuxième exemple à un très gros procès qui a duré très longtemps et qui a eu son épilogue devant la Cour de cassation en 1887, à propos d'un opéra qui autrefois se joua beaucoup, comme tous ceux de son auteur, Lucie de Lammermoor, de Donizetti. Il y eut un procès au sujet des droits d'auteur qui étaient assez importants à toucher : est-ce que l'oeuvre était ou non tombée dans le domaine public ? Si elle avait été soumise à la loi française elle n'aurait pas été encore à cette époque - en 1887 - dans le domaine public, le délai étant de 50 ans après la mort de l'auteur. Etait-elle une oeuvre française ou était-elle une oeuvre étrangère ?

Si elle avait été une oeuvre française, la solution eût été extrêmement favorable à ceux qui réclamaient des droits d'auteur puisque l'oeuvre n'eût pas été dans le domaine public. Mais la Cour de cassation a fait valoir que l oeuvre ayant été publiée en premier lieu en pays étranger, en Italie, était une oeuvre spécifiquement soumise au droit italien et que, par conséquent, elle ne pouvait pas voir prolonger ses droits d'auteur au delà des délais de la loi italienne qui étaient plus courts que les nôtres.

On voit par là l'intérêt pratique qu'il y a à distinguer la création et l efficacité des droits : en Italie à cette époque au moins, le droit de protection n'étant pas aussi long qu'en France, Lucie de Lammermoor de Donizetti était tombée dans le domaine public avant l'époque où elle y serait tombée si elle avait été soumise au droit français.

Bien que cela n'ait pas donné lieu à un procès parce que la question était évidente, elle s'est posée dans des conditions extrêmement importantes en 1914, au sujet de la représentation dans un certain nombre de pays, dont la France, d'oeuvres qu'on y représentait depuis longtemps mais en payant des droits d auteur, des oeuvres du grand compositeur Richard Wagner et, spécialement pour le droit de représenter Parsifal dont jusque là le théâtre de Bayreuth avait le monopole. Richard Wagner avait publié ses oeuvres d'abord en Allemagne, tout au moins la plupart, elles étaient donc soumises au délai de la loi allemande qui était à cette époque de trente ans après la mort de l'auteur. Or, en 1914, il y avait 30 ans que l'auteur était

Source : BIU Cujas

mort, mais si l'on avait appliqué la loi française, il y aurait eu encore vingt ans pendant lesquels les droits de représentation, les droits d'édition sur les partitions appartenaient soit au compositeur lui-même soit aux personnes auxquelles il avait pu les céder.

La solution était évidente : ces oeuvres avaient été publiées d'abord en Allemagne ; elles étaient donc soumises au régime du droit allemand. Le délai moins long était le délai de la loi allemande et on ne pouvait pas appliquer le délai de la loi française sans confondre les deux questions de la création et de l'efficacité des droits. La loi française n'intervenait qu'au cours de l'efficacité d'un droit car il s'agissait de savoir si on pourrait librement éditer ces oeuvres en France, les représenter ou s'il fallait continuer à payer les droits d'auteur. La loi française ne pouvait pas s'appliquer à cette question. La loi applicable était celle sous l'empire de laquelle la création du droit s'était faite.

Les ex-sociétés russes

Nous emprunterons encore un exemple à une question éminemment pratique qui s'est présentée dans les années qui ont précédé la présente guerre à propos du statut qui a été un véritable imbroglio, des sociétés dites ex-russes. Les sociétés ex-russes sont des sociétés qui, ayant leur siège social en Russie avant l'avènement de l'U.R.S.S., ont été dissoutes par la loi russe, mais dont beaucoup ont continué à fonctionner en pays étranger, soit par les agences qu'elles y avaient et qu'elles ont transformées en sièges sociaux de fait, soit quelquefois par des sociétés étrangères russes qui ont émigré purement et simplement en France avec leur conseil d'administration, une partie de leurs archives et de leur avoir et qui ont continué, ou non, à faire des affaires.

Dès lors, pareilles sociétés pouvaient-elles ester en justice en France ? Etaient-elles des personnes morales ? Leur existence était-elle soumise à la loi française ou à la loi de l'U.R.S.S. ? Poser la question, c'était la résoudre. Une société créée en Russie, est régie par la loi russe ; elle ne peut donc pas avoir d'autres droits que ceux que lui confère le droit de son pays d'origine. Or, la loi russe ayant dissous toutes ces sociétés, les ayant nationalisées, selon l'expression consacrée, il en résultait qu'elles n'existaient plus dans leur pays d'origine et si elles n'existaient plus dans leur pays d'origine, leur personnalité n'avait plus de support, plus de base. Elles ne pouvaient pas avoir en France les droits qu'elles n'avaient pas dans le pays d'origine puisqu'en France elles n'avaient jamais eu de droits propres. Leur en reconnaître c'était appliquer la loi française : c'était confondre la création

Source : BIU Cujas

du droit et son efficacité. La loi française ne pouvait intervenir qu'à la phase de l'efficacité et non à la phase créatrice.

Aussi, la Chambre des Requêtes dans un arrêt du 29 Juillet 1929 (Rev. 1931 p. 342) a-t-elle décidé que, quelle que soit la cause pour laquelle ces sociétés aient été dissoutes, quelles que soient les réserves que l'on puisse faire sur la légitimité de cette dissolution, ces sociétés sont réellement dissoutes c'est un fait. Elles n'existent plus dans leur pays d'origine et par conséquent elles n'existent pas davantage en France elles n'ont plus la personnalité morale.

Telles est l'application très simple dans les rapports internationaux de notre principe.

L'indissolubilité du mariage est-elle un droit acquis ou une expectative

La question s'est posée plus d'une fois devant nos tribunaux et elle a reçu la solution qui vient d'être indiquée. Est-ce que l'indissolubilité du mariage est une expectative pour les époux ou, au contraire, un droit définitivement établi, ce que l'on appelle un droit acquis sur le terrain de l'article 2 du Code civil ?

La question présente de l'intérêt lorsqu'au cours du mariage les époux changent de nationalité. Si l'indissolubilité du mariage est considérée comme un droit constitué, un droit définitif, elle fait partie du droit du mariage et elle doit donc subsister ; si au contraire elle n'est qu'une expectative, les époux qui changent de nationalité seront désormais soumis au droit nouveau qui régit leur état désormais.

Cas où les deux époux deviennent français

Supposons des étrangers qui appartiennent à un pays comme l'Italie ou l'Espagne où existe l'indissolubilité du mariage ; ils se font naturaliser français. Demeurent-ils soumis à l'indissolubilité de leur mariage ou bien pourront-ils se prévaloir de la loi française pour obtenir le divorce ? Le tout est de savoir si l'indissolubilité du mariage était pour eux une expectative ou un droit déjà définitif. Si elle n'était qu'une expectative, le droit ancien ne s'applique plus, ils tombent sous l'empire de la loi nouvelle puisque cette loi régit désormais leur état à partir du moment où ils sont devenus français. Si, au contraire, c'est un droit déjà définitif, bien qu'ils soient devenus français leur mariage ne pourra être dissous, il restera indissoluble.

Ce conflit provient de la modification de l'état d'une personne lorsqu'elle change de nationalité, puisque c'est la loi nationale qui régit l'état d'après l'art. 3, al. 3. Ce conflit a été qualifié, il n'y a pas bien longtemps par M. Bartin d'une expression qui tend à devenir à la mode de conflit mobile parce qu'il se produit un changement dans la loi qui

Source : BIU Cujas

régit l'état des personnes. Si les individus changent de nationalité, une partie de leur état reste soumise à la loi ancienne et une partie est soumise à la loi nouvelle. C'est ce qui se passe également lorsque, dans un seul et même pays une loi intervient qui modifie l'état des personnes : supposons une loi en France modifiant l'état sur tel ou tel point, une partie de l'état restera soumise à la loi ancienne et une partie tombera sous la loi nouvelle. Quelle sera la ligne de séparation qui permettra de dire : voilà l'empire de l'ancienne loi et l'empire de la nouvelle ? C'est la distinction des expectatives et des droits acquis, telle que la jurisprudence l'entend.

Plaçons-nous par exemple, en 1884, en France, à l'époque où le divorce a été rétabli. Est-ce que les époux mariés avant la loi de 1884 ont pu divorcer ? L'indissolubilité de leur mariage avant 1884 était une expectative pour celui des conjoints qui ne voulait pas divorcer ; ce n'était pas un droit définitif. En d'autres termes, l'indissolubilité du mariage fait-elle partie du droit du mariage ou du droit du divorce ?

Si elle fait partie du droit du mariage elle est soumise à la loi qui régit le mariage et qui en régit les effets ; si elle fait partie du droit du divorce, elle est soumise à la loi qui régit le divorce. Quelle est la loi qui régit le divorce ? C'est la loi qui est en vigueur au moment où on le demande ; la loi en vigueur pour le mariage est celle, au contraire, qui s'applique au moment où l'on se marie.

Notre jurisprudence n'a pas hésité à décider que l'indissolubilité du mariage était une expectative, et qu'elle se rattachait non pas au droit de formation du mariage mais à la loi du divorce et qu'il fallait appliquer la loi en vigueur au moment où on sollicitait le divorce. D'où résulte que des époux étrangers, Italiens ou Espagnols, qui deviennent français, ont le droit de demander le divorce. Ils n'avaient pas de droit définitivement constitué à l'indissolubilité du mariage.

Cas où un seul des époux devient français. l'arrêt Ferrari

La question est un peu plus délicate mais elle est aussi très pratique et peut être encore beaucoup plus lorsque l'un seulement des deux époux devient français. C'est notamment le cas des femmes qui se font réintégrer dans la nationalité française au cours du mariage, mais dont le mari reste étranger. Supposons donc une étrangère qui appartenait comme son mari à un des pays que nous avons indiqués ; elle devient ou elle redevient française au cours du mariage. Peut-elle solliciter le divorce conformément à son nouveau statut personnel, bien que son mari soit resté ressortissant de son Etat d'origine ? Sur ce point, la jurisprudence de la Cour de cassation est bien fixée : celui des deux conjoints qui est Français a son état soumis à la loi française et on ne peut pas

Source : BIU Cujas

le priver du bénéfice de cette loi sous prétexte que son conjoint est étranger. Donc, il suffit que de deux conjoints l'un soit Français pour qu'il puisse invoquer les règles du divorce

Voilà ce qui est admis en jurisprudence ; à quoi on a opposé que l'autre conjoint a droit à l'indissolubilité du mariage. La Cour de cassation ne s'est pas laissée arrêter par cet argument, elle a dit : l'indissolubilité du mariage n'est qu'une expectative et puisque l'un des deux conjoints, la femme, est redevenue française, elle tire de son nouveau statut personnel le droit de solliciter le divorce . C'est la solution d'un arrêt de principe de la Chambre civile du 6 Juillet 1922 et depuis lors sont intervenus d'autres arrêts en ce sens.

Voyons maintenant quelques applications des mêmes idées à propos des conflits d'autorités et des conflits de juridictions

Conflits d'autorités.

La loi étrangère limite la force probante de l'acte étranger

Supposons qu'un acte soit dressé en pays étranger ; quelle sera la valeur et la forme de cet acte, par exemple sa force probante ? Un acte notarié a été passé en pays étranger, aura-t-il en France la même force probante que l'acte d'un notaire français ? Non, il n'aura que la force probante qui lui appartient d'après la loi étrangère. Et il se peut que cette force probante soit infiniment moindre que celle que donne à des actes notariés la loi française

Un acte authentique en France ne peut être attaqué que par la voie de l'inscription de faux sur certains points, tandis que toutes les preuves contraires sont possibles quand il ne s'agit que des déclarations des parties qui ont été rédigées par l'officier ministériel. Il se peut qu'à l'étranger un acte authentique puisse être attaqué beaucoup plus facilement que par la procédure assez compliquée de l'inscription de faux. C'est la loi étrangère qui donne le maximum de force de l'acte qui dira s'il peut être attaqué, dénié, contesté par telle personne. N'oublions pas que nous nous prévalons en France d'un droit né à l'étranger, que nous ne pouvons pas lui faire produire plus d'effets qu'il n'en a dans le pays d'origine ; c'est une impossibilité

La forme du mariage

Autre exemple : des époux se sont mariés civilement dans un pays étranger où leur mariage n'est pas valable parce qu'il faut se marier religieusement. Le mariage confessionnel par hypothèse, y est considéré comme un élément de la validité du

Source : BIU Cujas

mariage ; c'est la confusion du temporel et du spirituel qui, depuis la Révolution, ne se manifeste plus chez nous.

Est-ce que, si le mariage vient à être contesté ultérieurement en France, celui des époux qui demande à faire prévaloir sa qualité d'époux contre l'autre qui la conteste ne pourra pas dire : en France le mariage religieux n'est pas du tout nécessaire à la validité civile, c'est un élément de la vie purement spirituelle et que le législateur ne prend pas en considération. Ce raisonnement ne peut pas être fait puisque le mariage n'a pas eu lieu en France. Certes, quand un mariage a lieu en France nous le soumettons aux seules règles du droit français et nous ne nous occupons pas de ce qui se passe dans les pays étrangers ; mais, lorsqu'on invoque un mariage conclu à l'étranger, il faut qu'il soit valable d'après ce pays étranger, quoi que dispose la loi étrangère, soit qu'elle soit beaucoup plus sévère que la nôtre, soit qu'elle soit plus facile. Si dans le pays étranger on exige une célébration religieuse pour la validité du mariage, un mariage purement civil ne sera pas valable vis-à-vis de la France. Inversement, si on se contente d'une forme tout à fait fruste et primitive comme celle qui existait chez nous avant le Concile de Trente : le mariage consensuel, c'est-à-dire le simple échange des consentements, sans aucune rédaction d'un acte, sans aucune célébration, - et la chose existait il y a encore peu de temps dans l'Etat de New-York - ce mariage sera considéré comme valable et suffisant à nos yeux puisqu'il est valable dans le lieu où il a été célébré.

C'est donc la loi étrangère qui détermine si l'acte est valable ou non ; mais nous ne pouvons pas lui donner plus de validité qu'il n'en a dans le pays étranger lui-même.

Conflits de juridictions.

L'étendue de l'exequatur

On se prévaut en France d'un jugement rendu en pays étranger qui reconnait certains droits à quelqu'un. On peut en effet - c'est admis - se prévaloir en France d'un jugement étranger ; il a la force probante par lui-même et il peut au moyen d'une procédure obtenir la force exécutoire.

Mais ce jugement qui a été rendu en pays étranger ne peut pas donner plus de droits en France qu'il n'en pouvait conférer dans le pays dans lequel il a été rendu. Supposons par exemple que le jugement étranger ait condamné Durand à payer à Dupont 10.000 francs ; on ne peut pas en France dire : Durand paiera 15.000 francs, car ce n'est plus le jugement étranger que l'on appliquerait ; ce serait autre chose. Le jugement étra

Source : BIU Cujas

ger constitue le maximum du droit. Nous ne sommes pas en présence d'un droit créé en France, mais d'un problème d'efficacité de droit. C'est donc le droit tel qu'il a existé dans le pays d'origine qui doit donner la mesure de ce que l'on pourra invoquer.

L'arrêt Herzfeld

Il y a quelques années la Chambre des Requêtes a eu à rendre un arrêt assez important le 11 Avril 1933 (Rev. 1933, p. 639). Il s'agissait d'un jugement rendu en Angleterre entre deux plaideurs et l'on demandait à se prévaloir de ce jugement en France contre une personne qui n'avait pas été partie à l'instance britannique, contre une tierce personne, cette tierce personne en l'espèce était l'U.R.S.S., qui était poursuivie comme responsable, garante d'un certain dommage.

La Chambre des Requêtes a décidé, rejetant le pourvoi - faisant droit par conséquent aux conclusions contraires de l'une des parties - que l'on ne pouvait pas faire produire à cette décision rendue en Angleterre, effet à l'égard d'une tierce personne qui n'avait pas été partie à l'instance en Angleterre puisque c'eût été lui faire produire plus de droit qu'elle n'en avait dans le pays d'origine.

Voilà une application du même principe. Cela paraît élémentaire et cependant bien souvent des questions sont confuses et compliquées dans la vie courante parce qu'on ne fait pas cette séparation qui est si simple entre la phase créatrice d'un droit qui obéit à la loi étrangère et celle où le droit n'a pas encore été créé à l'étranger, où naturellement il n'y a plus lieu de consulter la loi étrangère.

Bref, la loi étrangère donne la mesure maxima du droit dont on pourra se prévaloir.

§ 2 - Rôle de la loi française dans l'efficacité des droits.

Dès l'instant où l'on se prévaut en France d'un certain droit, il faut tout de même tenir compte des exigences, des conséquences, des incidences de la loi française.

Double rôle de la loi française

Ce rôle de la loi française va se manifester de deux manières différentes : il va se manifester tout d'abord au cas d'incompatibilité des deux législations et il va se manifester en second lieu lorsqu'il y aura création d'un droit contraire à celui qui était né en pays étranger.

Reprenons ces deux limites qui vont résulter de la loi française.

Source : BIU Cujas

Intervention de l'ordre public

Tout d'abord l'incompatibilité. Nous ne ferons que poser cette question parce qu'il serait prématuré de l'étudier présentement, nous la reprendrons un peu plus tard, lorsque nous retrouverons dans son ensemble le très grand et très grave problème de l'ordre public (Infra, Sous-Titre 2, chap . II). Nous n'en dirons ici que quelques mots. Pour qu'on puisse en France se prévaloir d'un droit né en pays étranger, il faut qu'entre l'institution étrangère et la nôtre, il n'y ait pas trop de différences. Si ces différences dépassent un certain coefficient de latitude il en résultera que l'on ne pourra pas tolérer en France cette efficacité du droit étranger ; on dira en pareil cas que le droit étranger heurte l'ordre public français , et moyennant l'exception d'ordre public on rejettera ce droit dont on veut se prévaloir en France.

Ex. : l'hypothèque mobilière

Nous en donnerons un exemple : supposons que sur un meuble qui se trouve hors de France il ait été constitué dans un pays où cela existe, il y en a un certain nombre, une hypothèque mobilière. On a par exemple constitué une hypothèque mobilière sur des marchandises, sur une cargaison. Cette hypothèque mobilière, par hypothèse, est valable dans le pays où la marchandise se trouve en ce moment. Ultérieurement cette marchandise se trouve transportée en France. Est-ce que le créancier peut venir dire : il m'a été constitué dans tel pays étranger une hypothèque mobilière sur cette marchandise, j'entends me prévaloir de mon droit sur cette marchandise qui est maintenant en France.

La réponse est négative. Pourquoi ? Parce que l'hypothèque mobilière n'existe pas en France ; c'est une institution que nous n'avons pas. On ne peut donc pas se prévaloir d'un droit d'hypothèque puisqu'on n'aurait pas les moyens de l'utiliser Nous n'avons pas d'institution juridique en France par laquelle pourrait se réaliser ce droit ; il n'y aurait pas d'action hypothécaire possible. Il n'y aurait pas de sanction à ce droit hypothécaire puisque l'hypothèque mobilière n'existe pas

Il y a donc une différence entre le pays étranger qui connait l'hypothèque mobilière et le nôtre et cette différence est telle qu'il faudra évidemment opposer une sorte de mur juridique, qui va fermer les communications juridiques entre les deux pays : c'est le remède de l'ordre public

Ex : le gage sans dépossession

Nous donnons encore un deuxième exemple pour bien éclairer ce rôle de l'ordre public : il y a des pays dans lesquels le gage peut se constituer sans dépossession du débiteur ; et on appelle cette institution l'institution du

Source : BIU Cujas

mort-gage. Or, nous avons conservé l'institution romaine, la mise en gage suppose en France, - et c'est un élément essentiel de sa validité - la dépossession du débiteur, c'est-à-dire que donner un gage c'est précisément ne plus posséder la chose C'est en cela d'ailleurs que le gage est lourd et onéreux; si on gardait la chose on donnerait beaucoup plus facilement les objets en gage parce qu'on ne s'en apercevrait pas. Il y a des législations étrangères qui ont une législation différente de le nôtre et qui acceptent la mise en gage sans dépossession du débiteur. C'est évidemment un grand avantage pour le débiteur au point de vue de son crédit ; la nécessité pour le débiteur de remettre le gage au créancier l'empêche de s'en servir et si c'est son instrument de travail il peut en être particulièrement gêné.

Voilà donc par hypothèse un meuble qui se trouvait en pays étranger et qui a fait l'objet d'une mise en gage sans dépossession du débiteur : mettons que ce soit le violon, valant une somme considérable, d'un grand virtuose ; il a mis son violon en gage et il continue à s'en servir. Il vient en France donner des concerts ; est-ce que ses créanciers, s'ils ne sont pas payés, pourront saisir son violon, exercer sur lui le droit de gage qu'ils ont acquis dans le pays étranger ? Non, parce que nous ne connaissons pas de gage sans dépossession du débiteur ; c'est une institution qui n'existe pas chez nous et qui repose sur une technique juridique différente.

Là encore, la communication interjuridique ne pourra pas s'établir ; le gage se heurtera à l'ordre public.

Nous retrouverons bientôt plus complètement et dans son ensemble cette question de l'ordre public (Infra, s-Titre 2, chapt 2).

La création en France d'un droit contraire

Arrivons à la seconde limite que pourra apporter la loi française : c'est la création en France d'un droit nouveau contraire au droit que l'on avait acquis à l'étranger.

Il va de soi que si un droit né à l'étranger ne peut valoir que dans la mesure déterminée par cette loi étrangère, d'autre part, il ne peut valoir que jusqu'au moment où un droit nouveau va naître postérieurement, droit qui sera destructif du droit précédent. Un acte contraire chasse un acte précédent, un droit chasse l'autre.

Une personne a acquis à l'étranger un droit de propriété sur un meuble ; elle transfère ce meuble ensuite en France ; on reconnait sa propriété sur ce meuble bien entendu. Mais il fait l'objet d'une nouvelle aliénation, ou bien le propriétaire est victime d'un détournement en France et un tiers possesseur de bonne foi se trouve acquérir ce meuble. Nous sommes en pré-

Source : BIU Cujas

sence d'un droit contraire qui va être créé sur ce meuble en France et qui va naturellement supprimer le droit qui existait antérieurement. Il en est ainsi déjà en droit interne : toutes les fois qu'un droit nouveau est créé, et qu'un droit de propriété nouveau est créé, il supprime le droit de propriété antérieur. De même dans les rapports internationaux toutes les fois que postérieurement à l'arrivée d'un meuble en France, ce meuble fera l'objet de la constitution d'un droit nouveau en France, ce droit nouveau l'emportera sur le droit qui avait été créé autrefois dans le pays étranger.

Ex. : meuble volé à l'étranger et vendu en France

Mais voici quelques applications pratiques. Un meuble a été volé hors de France, dans un pays où le propriétaire dépossédé peut le revendiquer pendant dix ans. Or, il n'y a que quatre ans que la dépossession a eu lieu ; par conséquent, dans le pays étranger le propriétaire dépossédé est encore propriétaire ; ce n'est pas une expectative, la revendication est un droit pendant encore six ans. Si le meuble est transporté en France, le propriétaire continue à pouvoir le revendiquer puisqu'il est toujours propriétaire ; personne n'a acquis la propriété sur ce meuble avant qu'il ne vienne en France, le propriétaire peut donc continuer encore à revendiquer son meuble.

Mais voici maintenant ce qui va se produire de nouveau. Nous supposerons que le meuble est en France et qu'il fasse l'objet d'une acquisition par un tiers de bonne foi. Il y a plus de trois ans qu'il a été volé. On va cette fois appliquer, puisque l'acquisition a été faite en France, l'art. 2279, al. 2. Le droit de revendication et de propriété de l'ancien propriétaire dépossédé va être supprimé puisqu'il y a création d'un droit nouveau, d'un droit contraire en France au profit d'une autre personne.

C'est l'histoire de tous les droits ; phase créatrice d'un droit à laquelle succède une phase d'efficacité, à laquelle succède ensuite la création d'un autre droit ; les choses s'enchassent sans cesse ainsi les unes dans les autres.

Ex. : la présomption simple de l'art. 2279

Autre exemple. La règle "en fait de meubles possession vaut titre", en France a deux significations, de force variable. L'une des significations est que le propriétaire d'un objet ne peut pas le revendiquer contre un tiers acquéreur possesseur de bonne foi dès sa dépossession, sauf au cas de perte ou de vol, auquel cas il peut encore pendant trois ans le revendiquer.

Mais la règle "possession vaut titre" a encore une deuxième signification, moins forte, et qu'il ne faut pas confondre avec la précédente, aux termes de laquelle en droit français

Source : BIU Cujas

quiconque détient un meuble - la détention n'est pas la possession, la détention est simplement l'appréhension matérielle d'une chose - quiconque détient un meuble est présumé possesseur de ce meuble , et quiconque est présumé possesseur d'un meuble est par là même présumé propriétaire. Il y a là deux présomptions qui se superposent l'une l'autre. D'où la détention d'un meuble entraîne la présomption de possession et la présomption de possession entraîne la présomption de propriété.

Seulement ici, à la grande différence de la règle de l'art. 2279, première signification où le propriétaire revendiquant est complètement forclos, il ne s'agit que d'une présomption simple qui supporte naturellement la preuve contraire. Le voleur qui détient un meuble est présumé possesseur , et étant présumé possesseur, il est présumé propriétaire tant qu'on n'aura pas prouvé contre lui qu'il est un voleur. Le dépositaire est présumé, puisqu'il a l'appréhension de la chose, possesseur et par là même propriétaire tant qu'on n'aura pas prouvé contre lui qu'il n'est qu'un dépositaire.

Voilà la conséquence internationale : à supposer qu'un meuble qui se trouvait jusqu'ici en pays étranger soit transporté en France, qui est présumé propriétaire de ce meuble ? Nous ne disons pas : qui est propriétaire, mais, qui est présumé propriétaire, c'est-à-dire qui a la charge de la preuve à fournir de sa propriété ou de sa non-propriété ? En vertu de la règle dont nous venons de parler en droit français quiconque détient matériellement un objet en France en est présumé le propriétaire : d'où résulte qu'il suffit que des meubles soient en France pour que leur détenteur soit présumé propriétaire, alors même qu'à l'étranger il en eût été autrement. Il y a là par suite, et au moment même où des meubles arrivent sur le territoire français, création d'un droit nouveau, c'est-à-dire d'une preuve, création d'une présomption de propriété. Nous ne sommes plus ici sur le terrain de l'efficacité des droits, nous sommes sur le terrain d'une nouvelle phase de la nouvelle création d'un droit. Donc celui qui était possesseur, propriétaire ou présumé propriétaire à l'étranger d'après la loi étrangère ne pourra plus invoquer ce droit ; on lui répondra : il est trop tard, votre meuble est maintenant en France, il a été créé un nouveau droit contraire au vôtre qui tire sa force de la loi française. Par cela seul qu'un meuble est en France, tout détenteur, jusqu'à preuve du contraire, en est présumé propriétaire.

Il faut faire au point de vue international une distinction très nette entre la présomption de propriété du tiers possesseur de bonne foi qui ne supporte pas de preuve contraire, et la simple présomption de propriété qui résulte de la possession d'un bien.

Source : BIU Cujas

Lorsqu'un bien a été acquis à l'étranger, il ne suffit pas qu'il soit transporté en France pour que la revendication soit soumise à la loi française. Elle reste soumise à la loi du pays d'origine. Mais il suffit qu'un bien soit transporté en France pour que la présomption de propriété joue au profit de quiconque le détient.

Il y a là une distinction nuancée peut-être mais qui est l'application simple d'une règle fondamentale : les deux aspect de la possession des meubles en droit français.

Chapitre II

LOCALISATION JURIDIQUE DES CONFLITS

Au point de vue de la terminologie, ce problème est généralement appelé, et il faut connaître l'expression, problème des qualifications, ou problème des questions préalables. Mais l'expression la plus connue aujourd'hui dans le monde est celle de problème des qualifications, nom que lui a donné un auteur dont nous parlerons plus loin.

Définition de la qualification

Si on ouvre le vocabulaire juridique de Capitant, on trouve au mot "qualification" : "détermination de la nature juridique d'un rapport de droit à l'effet de le classer dans l'une des catégories juridiques existantes".

Est-ce un rapport de famille, est-ce un rapport de propriété, est-ce une question de contrat, est-ce un acte à titre gratuit est-ce un acte à titre onéreux ?

Tout cela ce sont des qualifications. Et, en matière pénale, il y a une expression courante : c'est de parler de la dis qualification d'une infraction, c'est-à-dire de savoir si un individu étant transféré devant une Cour d'assises, ayant commis un délit, il doit y avoir disqualification; ou en correctionnell si c'est un crime, il doit y avoir une autre qualification.

Au point de vue de l'étymologie, on chercherait en vain le verbe qualificare en latin ; c'est ce que l'on appelle du latin scolastique, c'est-à-dire du mauvais latin. Le mot qualificare est pris là dans le sens qui explique bien la signification que prend le terme chez nous : lequel parmi plusieurs : qualifier revient à exercer un choix parmi plusieurs solutions possibles.

Source : BIU Cujas

Quel est alors le but à point de vue du droit international privé des qualifications ? C est de classer les conflits de lois en vue d'en donner la solution et de déterminer le pays compétent

la localisation juridique de chaque conflit est indispensable pour pouvoir appliquer la règle de conflit c'est à dire pour savoir si l'on se trouve dans le cas auquel elle se réfère Qualifier c'est en somme faire le point c'est se situer juridiquement au milieu d un certain nombre de problèmes

D'où la forme suivante qui correspond au chapitre dont nous avons à nous occuper : il s agit de rechercher la qualification nécessaire pour appliquer la règle de conflit

Deux sortes de qualifications

Et à cet égard on doit distinguer deux sortes de qualifications qui feront d'ailleurs l'objet de deux sections d'importance inégale .

- les qualifications qui véritablement constituent l axe de ce chapitre : les qualifications nécessaires à l application de notre règle de conflit ;

- et d'autres qualifications qui se présentent également en droit international privé dont l'objet est différent c'est à-dire qui ne sont plus nécessaires pour appliquer la règle de conflit, mais qui surgissent au cours de l application de la loi qui est compétente

On peut appeler les premières qualifications internationales, et les secondes : qualifications internes.

Section I

Qualifications nécessaires à la solution de la règle française des conflits ou qualifications internationales.

Position du problème

Prenons une règle de conflit que nous connaissons très simple, la règle de l'art 3, al 3 du Code civil : l'état et la capacité des Français sont soumis à la loi française règle que la jurisprudence a généralisée de la manière suivante : l'état et la capacité des individus sont soumis à leur loi nationale. Voilà une règle française de droit international privé , il va de soi que pour appliquer cette règle le juge doit savoir ce qu'il faut entendre

Reproduction Interdite

Source : BIU Cujas

exactement par état et par capacité quels sont les problèmes qui entrent sous le vocable " état" et ceux qui font partie du vocable "capacité". Le juge qui doit appliquer la règle de l art 3 al. 3, règle dont le contenu peut être extrêmement variable d'après précisément la définition qu'on donnera des termes d'état et de capacité, le juge doit en faire la qualification et cette qualification - et c'est là ce qui est important - est une opération préalable. Il ne peut appliquer larègle de l art 3 al 3 à la capacité que s'il est en présence de capacité

Caractère préalable de la qualification

Le législateur n'a pas donné de définition, il a dit vous appliquerez la loi nationale à l'état et à la capacité Mais le juge doit résoudre une question préalable : est-ce que je suis en présence d'une question d'état ou de capacité ? Il est impossible d appliquer la règle de conflit sans avoir résolu celle qui précède et qui est nécessaire ; sans cela on pourrait appliquer n'importe quoi à propos de n importe quelle règle de conflit

Elaboration de la théorie des qualifications

Or bien que cela paraisse évident ce phénomène des qualifications n'a été dégagé qu'assez récemment, il n y a pas plus d'un demi siècle C est un auteur français que cette étude a d'ailleurs rendu célèbre dans le monde qui a constaté ce problème et en a fait la théorie Cet auteur est M Bartin dont le nom a été déjà bien souvent cité Il l a fait dans une série d'articles parus en 1897 articles repris dans une monographie célèbre intitulée " Etudes de Droit international privé"

Est-ce à dire que jusque là on n avait pas qualifié ? Si, n'a jamais pu résoudre un conflit de lois dans le monde sans en donner la qualification mais on avait qualifié sans s'en apercevoir sans se rendre compte qu'il y avait un problème préalable qui posait un certain nombre de question. La qualification était donc un fait de la vie juridique qui avait toujours existé comme l'électricité dans l atmosphère avant qu'on l'ait dégagée ; mais la théorie de ce fait n'avait pas été présentée

Importance capitale de la qualification

Or ce phénomène de la qualification est d une importance extrême puisque selon la réponse que l'on donne au problème on agit comme le fait un régulateur sur le débit de la règle de conflit Le débit de cette règle sera d autant plus fort que la qualification que l'on donnera sera plus large et d autant plus faible qu'elle sera plus étroite Aussi est il extrêmement important de se poser cette question cruciale comment le juge doit il qualifier ? Où doit-il prendre ses qualifications ? C est le problème central

Source : BIU Cujas

Reprenons notre exemple de l'art 3, al 3 et appliquons le à la capacité L'art 3 dit , la capacité d un individu est soumise à sa loi nationale Qu est-ce que l'on entend par capacité ?

Supposons une matière de droit civil que vous connaissez l inaliénabilité dotale Est-ce que l'inaliénabilité dotale est une question de capacité ; est elle une incapacité chez la femme Si l inaliénabilité dotale est une incapacité elle sera soumise à la loi nationale de la femme , si elle est autre chose qu'une capacité on n'appliquera pas l art 3, al 3, parce que la règle de conflit suppose la capacité et ne s'applique pas en dehors de celle-ci

Principe fondamental

Quelle est la loi qui va nous donner la réponse à cette question que le juge doit résoudre ? Voici la règle et nous allons en voir l application et la démonstration : la qualification doit être demandée aux institutions juridiques du pays dont la règle de conflit est applicable

Dès lors deux hypothèses sont possibles : ou bien la règle de conflit applicable est la nôtre, ou bien c'est la règle de conflit d un pays étranger

Voyons dans un § I le cas où la règle française de conflit est applicable compétente - et dans un § 2 le cas où c'est une règle étrangère de conflit qui est applicable

§ I Cas où la règle française de conflit est applicable

Quand la règle de conflit française est applicable le droit français donne les qualifications

Dans quels cas la règle française de conflit est elle applicable ?

La règle de conflit est applicable en général en principe et normalement au cas de procès en France Le juge français applique sa règle de conflit, elle fait partie de son droit national On exprime généralement cette constatation et c est vrai la plupart du temps - en disant que le juge applique la lex fori c'est-à dire qu il prend les règles de droit international privé dans celles en vigueur dans son propre pays et d autre part il prend aussi les qualifications dont il a besoin dans la loi de son pays c'est à dire dans la lex fori

Cependant cette formule de la lex fori n'est pas suffisamment précise et voici pourquoi c est qu'il peut se produire des cas certes rares (v infra § 2) dans lesquels même au cas de procès en France le juge n'appliquera pas la règle française de solution des conflits Il en est ainsi notamment dans

Source : BIU Cujas

une hypothèse que nous rencontrerons bientôt dans une très grosse question la question du renvoi dans les rapports internationaux (infra sous titre 2 chapt I)

Quoi qu il en soit lorsque le juge français applique la règle française de conflit ce qui est la solution la plus normale et la plus générale c'est dans le droit français qu il prend les qualifications

On a cependant soutenu une autre thèse On a dit le juge français n a pas à prendre la qualification de la capacité dans la loi française L'art 3 dit "la capacité est soumise à la loi nationale de l'individu" C est donc que c est la loi nationale de l'individu qui régit sa capacité et si c est la loi nationale de l'individu qui régit sa capacité c est également elle qui donne la définition de cette capacité

En d autres termes selon ce système la qualification n aurait pas à être demandée par le juge aux institutions de son pays celui dont il applique la règle de conflit , la qualification serait à demander au pays étranger dont la loi est applicable en vertu de la règle de conflit ce qui est en somme prendre la question par l autre extrémité Au lieu de la considérer comme une question préalable on prend en quelque sorte le résultat du problème posé pour en trouver la solution

Arguments de M Bartin

Cette solution et c est là la portée de la grande démonstration de M Bartin se heurte à deux arguments décisifs découlant l'un de la nature de la règle de conflit et l'autre argument de logique de l existence d un cercle vicieux

La qualification fait partie de la règle de conflit Elle est nationale comme elle

D abord l argument tiré de la nature de la règle de conflit il s agit pour le juge français d'appliquer sa règle de conflit Il s agit donc de la définir , mais la définir c'est l'interpréter il s agit d en connaître le contenu

Or, comment peut-on consulter une autre loi que la loi française pour définir et interpréter la loi française ? Quand la loi française dit dans un texte la capacité c est évidemment la loi française qui peut seule dire ce qu'elle entend par capacité Le législateur français est souverain pour élaborer sa règle de conflit , tout pays élabore dans sa pleine indépendance sa règle de conflit Il aurait pu ne pas soumettre la capacité à la loi nationale des individus , il pourrait ne soumettre à la loi nationale que certains points de capacité à l'exclusion des autres Il ne soumet donc à la loi nationale des individus que ce qu'il veut ce qu'il croit opportun de lui soumettre La notion de capacité est dès lors un élément intrinsèque de la règle de conflit

Source : BIU Cujas

Ceci conduit à dire que les qualifications font partie de la règle de conflit et sont comme l envers et l'endroit d une seule et meme chose la règle de conflit donne une solution le règle de conflit donne aussi une qualification Seulement comme le legislateur ne donne pas lui meme la réponse à la question le juge se trouve renvoyé au droit français dans son ensemble pour prendre dans les institutions juridiques françaises la définition de la notion de capacité

Revenons alors à notre exemple de l'inaliénabilité dotale Si l'on veut appliquer la règle de l art 3 du Code civil encore faut il savoir si l'on est en présence de capacité et pour savoir si l on est en présence de capacité il faut que d'après la loi française l inaliénabilité dotale soit une question de capacité Ce problème sera donc résolu à la lumière des concepts du Droit civil français C est précisément ce qui montre l'intérêt des études du Droit international privé ; c'est qu el les amèneront à rechercher la nature juridique des institutions françaises pour des intérêts qui ne se présentent pas en droit interne En droit interne que l'inaliénabilité dotale soit une capacité ou autre chose cela ne changera pas grand chose aux solutions données, tandis qu en droit international la réponse donnée à la question nous oriente immédiatement dans un sens ou dans un autre

C est pourquoi le problème des qualifications amène à rechercher de toutes sortes de façons par un éclairage indirect la nature juridique des institutions pour leur donner leur véritable qualification au point de vue des rapports internationaux

Sera donc de la capacité non pas ce que l on entend par capacité dans le pays étranger mais ce que dans le droit civil français on peut entendre par concept ou notion de capacité La capacité sera prise dans le pays dont la règle de conflit est applicable Cela coincide pratiquement la plupart du temps avec la lex fori toutes les fois qu il s agit de la règle française de conflit que le juge français doit appliquer

Voilà le premier argument puisque la qualification fait partie de la règle de conflit elle ne peut pas être donnée par une autre loi que celle du pays qui donné la règle de conflit elle même

l argument du cercle vicieux

Voici maintenant l argument tiré du cercle vicieux Nous prendrons ici un exemple classique l exemple du testament fait en dehors de son pays par un Hollandais Voici comment il se présente la loi hollandaise différente de la nôtre décide que le testament ne peut se faire que de façon authentique Le droit français est beaucoup plus libéral ; on peut faire son testament par un acte authentique on peut le faire par écrit sans aucun formalisme sur un morceau de papier

Source : BIU Cujas.

quelconque pourvu qu il s y trouve les quelques notions indispensables aux termes de l art 970 du Code civil

Quelle est la nature juridique de cette règle du droit hollandais qui dit que le testament doit être fait dans la forme authentique ? Est-ce une disposition de forme est ce une disposition de capacité ? Nous allons d abord voir l intérêt pratique de la question et ensuite sa solution

Intérêt pratique si la rédaction du testament telle que la loi hollandaise l'envisage est une question de forme la loi hollandaise n est applicable que lorsque le testament est rédigé en Hollande par application de cette règle "locus regit actum" ; c'est la loi du lieu où un acte est rédigé qui s'applique Mais si les dispositions du Code civil néerlandais sont une règle de capacité alors en vertu de l article 3 al 3 du Code civil s agissant d'un Hollandais nous devons respecter en France cette règle de capacité et dire que le testament olographe n est pas valable

Nous voilà bien en présence de la question préalable nous sommes à un carrefour nous sommes en quelque sorte dans la cabine de l'aiguilleur , il faut faire passer notre convoi sur une voie ou sur une autre Mais il faut prendre parti est ce de la capacité est ce de la forme extrinsèque ?

Raisonnons comme certains auteurs l'ont proposé nous devrions donc consulter la loi hollandaise pour savoir si c est de la forme parce que si c était de la forme la loi hollandaise s'appliquerait mais nous pouvons aussi bien nous dire nous consulterons la loi nationale de l'individu parce que si c'est de la capacité la loi nationale de l'individu s appliquera Il y a là une véritable pétition de principe ; on ne peut prendre parti sur la loi applicable que si l'on a fait ce travail d'aiguillage On ne peut appliquer la règle qui régit les formes extrinsèques, c'est-à-dire la loi du lieu de la confection du testament, que si l'on est en matière de formes extrinsèques on ne peut appliquer la règle de conflit de l'art 3 al 3 que si l'on est en matière de capacité.

Il est évident qu'on ne peut pas consulter la loi étrangère , il y a un cercle vicieux. Il faut prendre parti d'abord il faut qualifier d'abord et dire si c'est de la forme ou c'est du fond Si c est de la forme appliquons la règle française de solution des conflits pour la forme ; si c'est du fond de la capacité, appliquons la règle française de solution des conflits applicable à la capacité des individus

Pour ces deux raisons - raison tirée de la nature juridique de la règle de solution des conflits, raison de logique même qui fait que l'on s'enfermerait sans cela dans un véritable cercle vicieux, la qualification ne peut être demandée qu au pays dans lequel la question se pose et dont la règle de conflit va s appliquer.

Source : BIU Cujas

Applications jurisprudentielles du principe

Voyons maintenant les applications en jurisprudence

La jurisprudence a toujours qualifié selon la législation en vigueur dans le pays dont le juge applique la règle de conflit, c'est-à-dire pratiquement selon celle du pays du procès. Seulement, comme le phénomène de la qualification n'avait pas été construit, pendant très longtemps elle a donné la solution sans la justifier mais elle l a donnée tout de même. Et des travaux historiques postérieurs même à ceux de M. Bartin ont confirmé son opinion, sa solution en montrant que déjà dans l ancien droit les juges n avaient pas hésité à appliquer la qualification qui était celle en vigueur dans le pays dont la règle de conflit était compétente pour la définir

Les qualifications dans l ancien Droit

Notamment, voici le grand conflit qui se présentait dans les rapports de la coutume de Paris et de la coutume de Normandie: à Paris on avait le droit de faire son testament à tout moment. Selon la coutume de Normandie au contraire on se méfiait des testaments faits trop près de la mort il fallait qu'il y eût un certain laps de temps entre la rédaction du testament et la mort de l individu délai qui était de trois mois

Cette exigence d'un délai de trois mois entre la rédaction du testament et la mort de l'individu était elle une règle qui touchait à la forme du testament, ou était-elle une règle qui touchait à la dévolution héréditaire c'est à dire était ce une règle du droit de la forme ou une règle du droit des successions du droit de la dévolution des biens ?

L intérêt pratique était que si c'était une règle de forme on appliquait la loi du lieu où le testament avait été rédigé ; si c était une règle de succession on appliquait la loi qui régissait la succession

Supposons un individu domicilié en Normandie ayant tous ses biens en Normandie qui faisait son testament à Paris moins de trois mois avant sa mort ce testament était il valable ? Pour le savoir il fallait résoudre la question préalable de qualification la règle de la coutume de Normandie était-elle une règle de forme ou une règle de droit successoral ? Si c'était une règle de forme on appliquait la règle de conflit applicable aux formes ; si c était une règle de succession on appliquait la loi de la situation des biens qui était la loi de la succession à cette époque

Le Parlement de Paris comme le Parlement de Normandie saisis à plusieurs reprises de la même question n'ont jamais hésité à faire prévaloir la qualification qui était en vigue.

Source : BIU Cujas

chez eux c'est-à-dire que le Parlement de Paris décidait que c'était une question de forme alors que le Parlement de Normandie faisait prévaloir la qualification normande c est à-dire qu il y voyait une question de droit de succession On ne motivait pas d'ailleurs à cette époque les arrêts , mais la solution était conforme puisque chaque juge prenait la qualification en vigueur chez lui puisqu'il avait à appliquer sa règle de conflit

La jurisprudence française dans des espèces plus récentes a eu à résoudre ce problème de qualification et l a fait dans le même sens ; la question a été posée devant la Chambre civile en I93I et là le problème des qualifications a été évoqué dans son ensemble de la façon la plus claire la plus complète et la plus scientifique qui soit par son très éminent conseiller rapporteur depuis décédé M Pilon

Qualification de l art 344 C civ

Or dans cette espèce qui a donné lieu à un arrêt du 24 Avril I93I (S I93I, I 377) il s agissait des droits exercés dans une succession par des enfants adoptifs Il y a dans le Code civil un article 344 aux termes duquel on ne peut pas adopter d'enfants si l on en a déjà de son mariage Est-ce que c est une règle d état des personnes ou une règle de droit successoral aux termes de laquelle l enfant qui aurait été adopté malgré cette règle ne pourrait pas venir partager les biens avec les enfants légitimes ? On voit l'intérêt si c est une règle d état on appliquera la règle d'état art 3 § 3 mais si c est une règle de droit successoral on appliquera la règle française de solution des conflits relatifs aux successions Nous ne pouvons pas faire appel à l une ou l'autre règle de conflits sans savoir quelle est notre direction

Dans cette affaire la Cour de cassation a décidé que l art 344 du Code civil était un texte du droit successoral ; par conséquent elle l'a appliqué à une filiation qui était pourtant soumise à une loi étrangère et valable d après la loi étrangère Elle a dit je ne conteste pas que cet enfant soit un enfant adoptif , il a été adopté d'après une loi étrangère, mais l'interdiction d'adopter des enfants lorsque l'on a déjà des enfants de son mariage est aussi une règle de droit successoral ; et dès lors j'applique la règle française de conflit qui est faite pour les successions

Qualification de l'art I708 B G B

Plus récemment la Chambre civile a rendu un arrêt très important le 30 Novembre I938 (Rev I939 p 283) à propos de la qualification à donner à l article I708 du Code civil allemand sur l'action alimentaire de l enfant naturel contre son père

Source : BIU Cujas

Le droit allemand admet beaucoup plus facilement même que le nôtre les preuves que l enfant naturel doit faire pour obtenir des aliments de son père Est ce que l'action que l'enfant intente ainsi avec des facilités plus grandes dans laquelle il a plus de chances de réussir qu'en droit français est ce que cette action tend simplement à obtenir des aliments ou bien tend elle à l établissement d'une filiation ? Si elle ne tend qu'à obtenir des aliments c est beaucoup moins grave que l établissement d'une filiation parce que cela ne produira pas les conséquences d'une filiation ; notamment l'enfant n'aura pas de droits successoraux

Il s agissait donc de qualifier l art I708 du Code allemand Pendant longtemps les tribunaux avaient dit que cet article I708 du Code civil n était pas un texte de filiation mais un simple texte permettant d intenter une action alimentaire sans qu il en résulte une filiation La Cour de cassation a eu à prendre parti sur cette question par son arrêt de I938 et elle a décidé, qualifiant l'art I708 du Code civil allemand selon nous et naturellement elle l a qualifié à la lumière des concepts juridiques français l action par laquelle l enfant fait une demande contre son père naturel et obtient de lui des aliments est une action que nous ne pouvons pas concevoir dans nos catégories juridiques française, comme étant autre chose qu une véritable action tendant à l établissement d'une filiation Par conséquent ayant qualifié cette action comme une action de filiation il résulte qu'elle était soumise à la règle de conflits qui régissait les actions d état des enfants et non pas les actions en pension alimentaire

La Cour de cassation a donc fait prévaloir la qualification qui était en vigueur en France puisque c était la règle de conflit française qui était applicable

Qualification de la lésion

Même application dans un arrêt de la Chambre des Requêtes du 29 Juin I93I (Revue I932 295) à propos de la qualification de la lésion dans les ventes d'immeubles

Est ce que la lésion dans une vente d immeuble est une règle contractuelle ou une règle de protection de la propriété ? Faut-il la qualifier comme une règle contractuelle ou comme une règle de droit des biens ?

Voilà encore précisément le carrefour la question préalable pour savoir si c est une règle contractuelle ou une règle de propriété puisque selon que l on prendra parti pour l une ou pour l autre on déclenchera l une ou l'autre des règles de conflit On ne peut pas dire je vais consulter la règle contractuelle parce que ci c est du droit contractuel c est la loi du contrat qui s applique il faut d abord savoir si c'est

Source : BIU Cujas

du droit contractuel

Dans cet arrêt la Chambre des Requêtes a dit la lésion pour vente d'immeubles est une règle du droit de la propriété, donc application de la règle de conflits qui est faite pour les questions de propriété Elle a donc toujours qualifié d après la loi française

Dans l ensemble de ces espèces si la solution donnée pour la qualification par nos juges a été exacte ils n ont généralement pas motivé leur solution ils ont qualifié implicitement selon la loi française

Qualification de la procédure de séparation de corps

Un arrêt tout récent extrêmement important de la première Chambre de la Cour de Paris du 9 Janvier 1943 (S 1944 2 29) à propos d une affaire de divorce n a pas seulement donné une bonne solution mais il a enfin motivé nettement en disant . toutes les fois que pour résoudre un conflit de lois il est nécessaire de définir une institution juridique c est à dire d en donner la qualification le juge ne peut prendre cette qualification que dans ses propres institutions celles qui régissent sa règle de conflit

Il s'agissait d une question d autorité compétente pour prononcer le divorce L un des étrangers en cause disait dans mon pays l'autorité civile ne peut pas prononcer le divorce ou même la séparation de corps seule une autorité religieuse peut le faire Il s agissait d Espagnols Est ce que la procédure de séparation de corps est une question d état de la personne ou est ce une question d organisation judiciaire ?

Voilà toujours le même carrefour juridique si c est une question d état des personnes il fallait consulter la loi espagnole et donner gain de cause à celui qui soulevait ce moyen Si c était une question d organisation judiciaire, il fallait tenir compte de la règle de conflit selon laquelle la règle judiciaire était celle du pays dans lequel le procès avait lieu

la Cour de Paris a dit la qualification en cas de procès en France pour savoir si c est une question d état ou une question d organisation judiciaire ne peut être donnée qu'à la lumière de la loi française Or en France la séparation est faite nettement entre les questions d état et les questions de procédure ; il s agit donc là d une question de procédure et il y a par suite application de la règle française pour les questions de procédure

Les exceptions admises par M Bartin La distinction des meubles et immeubles

Y a-t-il à cette règle des exceptions M Bartin qui est le premier à avoir eu l immense mérite de dégager le phénomène de qualifications quant à la théorie avait à l'origine admis un certain nombre

Source : BIU Cujas

d exceptions dont il a depuis lors diminué le nombre Finalement il n'en retient plus qu une que nous allons maintenant examiner pour voir sa signification c est le problème de la classification des biens et spécialement la classification des biens en meubles ou immeubles

Nous allons par un exemple montrer que précisément la solution du conflit implique souvent que l'on prenne parti au préalable sur cette classification

Nous avons en effet en France deux règles de solution des conflits pour les successions l'une de ces règles dit que les successions immobilières sont soumisesà la loi du pays de la situation de l immeuble Cette règle se déduit de l art 3, al 2 du Code civil qui est lui-même emprunté à l ancienne coutume d Amiens où c'était un texte successoral Voilà donc une première règle de conflit du droit français les successions immobilières obéissent à la loi de la situation des immeubles Mais nous avons une autre règle de conflit en France d après laquelle les successions mobilières sont soumisesà la loi du dernier domicile du défunt Cette distinction peut au point de vue du droit international morceler les successions selon la nature des biens alors que le droit successoral français ne connait plus à la différence de l ancien droit la distinction des successions selon la nature des biens Au point de vue du droit international le morcellement existe toujours dans notre droit positif

Nous avons donc deux règles de conflit entièrement distinctes selon la nature des biens et l on comprend que notre problème de qualification se présente quand faut-il appliquer l'une ou l autre de ces règles de conflit ? Quand faut-il appliquer la règle du droit immobilier ? C est lorsqu il s agit d une succession immobilière Et quand faut il appliquer la règle mobilière c est lorsqu il s agit d'une succession portant sur des meubles

D où la question préalable, la question de qualification de la classification des biens en meubles ou immeubles Selon que l on aura pris parti pour les meubles ou les immeubles on appliquera l une ou l autre de ces règles Nous sommes en présence d une de ces questions qui sont préalables à l application de la règle de conflit

Arguments de M Bartin en faveur de son exception

Cependant M Bartin a toujours admis ici une exception à la compétence de ce qu il appelle la lex for c est à lire la loi du pays du juge qui statue Voici l explication qu il en a donnée classer les biens en meubles ou immeubles c est une question d organisation de régime de la propriété Or on admet en droit international privé et ceci est exact que le régime de la propriété des

Source : BIU Cujas

biens soit soumis à la loi du lieu de leur situation Donc puisqu il s agit d une question d organisation de la propriété et puisque d'autre part c'est la loi de la situation qui régit l organisation de la propriété conclusion c est la loi de la situation qu il faut consulter pour donner la qualification c est-à-dire pour savoir s'il s'agit de meubles ou d'immeubles Voici le raisonnement Telle est l'exception initiale admise par M Bartin et qu il a toujours maintenue mais dans ses travaux les plus récents il y apporte cependant un certain point d interrogation en raison des critiques qu'on pouvait lui objecter

Critiques de l exception

Quelles sont en effet ces critiques ? C est qu à vouloir consulter la loi du lieu de la situation pour prendre la classification des biens en meubles ou immeubles on commet cette confusion contre laquelle toute la théorie des classifications a pour but de mettre en garde c'est à dire que l'on confond une question préalable avec une question d application de la loi compétente une fois qu elle est déterminée On dit il s agit d une question d organisation de la propriété donc on appliquera la loi qui régit l'organisation de la propriété. Mais le tout est de savoir si précisément il s agit d'une question d'organisation de la propriété

Il s agit de définir la règle française de conflit Lorsque le législateur dit les successions mobilières obéissent à une certaine loi les successions immobilières à une autre il a une idée On ne peut donc pas prendre la conception du meuble ou de l'immeuble autrement qu'il ne la prend lui même Consulter sur ce point la loi d un pays étranger du pays de la situation c'est donc consulter la loi qui serait compétente s'il s'agissait d'une question immobilière C est précisément consulter une loi étrangère alors que c est la loi française qui devrait seule donner la qualification

Si véritablement il faut déroger à la théorie générale pour la classification des biens c est tout le système qui s effondre Cela revient à dire qu on doit prendre la classification dans le pays dont la loi est applicable et on se heurte au fameux cercle vicieux précédemment rencontré puisque le pays est compétent et que précisément on a déjà fait la qualification

Il n'y a donc pas lieu de faire la moindre exception Peu importe ce qu on décide dans le pays de la situation des biens Si nous considérons que les successions mobilières obéissent à la loi du domicile et les successions immobilières à la loi de la situation c est parce que nous voulons faire une répartition des biens entre deux lois C est donc notre conception qui est à la base de notre règle de conflit et qui peut seule aussi la délimiter ou la définir Dès lors toutes les

Source : BIU Cujas

fois que la règle française de conflit est applicable c est aussi aux institutions françaises qu'il faut demander la réponse à la question est ce un meuble ou est ce un immeuble ?

Cela s explique et se justifie d'autant que là où les législations des divers pays varieront ce ne sera pas pour les meubles et les immeubles ordinaires Dans tous les pays du monde aujourd'hui ce que nous appelons immeuble par nature est considéré comme un immeuble et ce que nous appelons meuble par nature est partout considéré comme un meuble Mais la classification des biens en meubles et en immeubles ne se borne pas à des biens qui matériellement sont meubles ou immeubles il y entre un caractère artificiel plus ou moins marqué Il suffit de rappeler les fameuses actions de la Banque de France qui pouvaient etre déclarées immeubles , cette immobilisation n avait véritablement rien de materiel Qu on se rappelle les immeubles par destination qui sont des meubles matériellement mais qui à raison simplement d une affectation à un immeuble prennent artificiellement le statut d immeubles

Notre classification française des meubles et immeubles comprend donc des immeubles et meubles par nature et d'autres par détermination de la loi , tous ces biens qui sont meubles ou immeubles par détermination de la loi le sont par une fiction du législateur et l'on ne voit pas pourquoi la loi du lieu de la situation serait plus qualifiée que la notre pour le faire Quand nous parlons d'une succession mobilière ou immobilière c'est la conception que nous nous faisons de l'immeuble ou du meuble qui doit être seule prise en considération

Position de la jurisprudence

Que le est la position de la jurisprudence ? Elle s est prononcée assez rarement Elle est très incertaine parce qu elle est dans les deux sens

Il y eut d abord un arrêt de la Chambre civile du 28 Juillet 1862 (S 1862, I 988) A vrai dire la question ne s est jamais posée devant nos tribunaux en matière civile , elle ne s'est posée qu en matière fiscale ce qui est déjà un terrain un peu spécial Dans cette espèce il s agissait d une succession; or, il y a des droits de succession à payer sur les successions mobilières comme d'ailleurs sur les successions immobilières, mais dans cette hypothèse il était important de savoir si l on était en présence d'une succession mobilière et si par conséquent les droits de succession mobilière étaient payables Il s agissait de rentes émises par le duché de Naples et ces rentes étaient à Naples des immeubles , elle rappelait les rentes constituées du droit français de l'ancien Régime qui elles aussi étaient souvent considérées comme immeubles à raison de leur importance et de leur durée Bref à Naples les rentes constituées étaient à cette époque vers le milieu du XIXème siècle

Source : BIU Cujas

considérées comme immeuble Dès lors devait on ou non payer les droits fiscaux d'une succession mobilière L'intérêt pratique était le suivant si elles étaient des meubles elles payaient des droits fiscaux si elles étaient des immeubles elles ne les payaient pas parce qu'elles étaient considérées comme n étant pas en France

La Chambre civile a décidé qu il n y avait pas à tenir compte de la classification de ces biens faite à Naples parce qu'il s agissait d'une classification artificielle et que dès lors on devait considérer comme meubles des biens qui dans la classification française depuis le Code civil avaient cette nature On a donc fait prévaloir la classification de la France pays dont la règle de conflit était applicable

Mais un peu plus tard en 1887 la même Chambre civile dans un arrêt du 5 Avril s est prononcée en sens contraire à nouveau dans une affaire fiscale Il est très difficile de savoir s il y a un changement de jurisprudence de principe ou si la différence de solution s explique par des considérations de fait Il s agissait en l'espèce de la cession d une concession minière en Russie Le concessionnaire d une mine en Russie l'avait vendue à titre onéreux et l administration de l enregistrement entendait faire payer les droits sur cet acte Les droits variaient selon que la concession minière était mobilière ou immobilière d'où il fallait savoir quelle était la nature de cette concession située indiscutablement en Russie

La Cour de cassation a décidé que s agissant d'une concession minière de bien situés en Russie c est la loi russe c est à dire la loi de la situation et non pas la loi française qui devait donner la classification elle a donc dit le contraire de l arrêt de 1862 Elle n a pas appliqué la qualification du pays du tribunal saisi elle a appliqué la qualification du pays de la situation des biens

Vers la même époque la Chambre des Requêtes le 15 Juillet 1885 statue dans le sens non pas de la Chambre civile de 1887 mais dans le sens de l arrêt antérieur de la Chambre civile de 1862 Il s agissait d une cession à titre onéreux d une rente qui dans un pays étranger était immobilisée est ce que au point de vue fiscal cette rente qui se trouvait d'après le droit britannique être un immeuble devait être considérée comme meuble ou immeuble ? Est ce que la cession de cette rente devait payer les droits de cession mobiliers ou immobiliers ?

La Chambre des Requêtes dans cette espèce a appliqué la conception française bien que la rente fût située indiscutablement en Angleterre Elle a dit cette rente d après les conceptions françaises est meuble donc on doit payer les droits de cession mobilière

Source : BIU Cujas

La jurisprudence est donc à la fois ancienne et extrêmement incertaine de sorte qu on ne peut pas affirmer beaucoup la position qu'elle prendrait actuellement si la question se présentait devant elle Ferait elle prévaloir la loi de la situation ou au contraire appliquerait elle comme elle le fait en général pour les questions de qualifications la qualification du pays du tribunal saisi qui applique la règle de conflit ? C est évidemment un point d interrogation Elle devrait statuer dans ce sens que c est toujours la règle de conflit du pays qui s applique et qui donne ses propres qualifications

§ 2 Hypothèse où la règle française de conflit n est pas applicable

Jusqu ici nous avons supposé que nous étions dans un cas où la règle française était applicable Plaçons nous maintenant dans l'hypothèse d un procès en France où la règle de conflit ne serait pas applicable C est une hypothèse que M Bart n a pas examinée dans sa théorie générale des qualifications mais qui cependant peut se présenter Elle dépend de la nature de la règle de conflit

L hypothèse

S_ l on admet que la règle française de conflit est unilatérale elle ne s applique jamais que pour déterminer la compétence française ; elle ne s applique jamais pour déterminer la compétence étrangère Donc pour savoir s il y a une compétence étrangère c est la règle étrangère de conflit qu il faut consulter et puisque c'est la règle étrangère de conflit q il faut appliquer c'est aussi la qualification du même pays qu il faut appliquer dans ce cas

La solution

C est pourquoi nous avons dit contrairement au vocabulaire de M Bartin qu il ne faut pas dire que la qualification est donnée par la lex fori mais par le pays dont la règle de conflit est applicable

Supposons un procès en France dans lequel on doit appliquer une règle de conflit étrangère On ne va plus appliquer ici la lex fori et la qualification sera donnée par la loi étrangère c'est à dire la loi du pays dont la règle de conflit est applicable Il est vrai que notre jurisprudence n admet pas que la règle de conflit soit unilatérale mais elle admet à tout le moins qu'elle présente un certain caractère mixte c est à dire que l'on offre la compétence au pays étranger mais qu on ne la lui impose pas Or pour savoir si le pays étranger auquel on offre la compétence l accepte ou la refuse il faut évidemment consulter sa propre règle de conflit lors

Source : BIU Cujas

que nous disons l état et la capacité sont soumis à la loi nationale d'un individu nous offrons la compétence à ce pays L'accepte-t il ou non ? Nous consultons la l i étrangère sur les conflits et dans ce cas puisque nous consultons la loi étrangère de conflit nous devons aussi prendre la qualification qui existe dans ce pays étranger parce que la qualification est toujours celle du pays dont la règle de conflit est applicable

Nous allons d'ailleurs retrouver bientôt la question à propos du problème du renvoi (Infra sous titre 2 ch I) dans lequel nos tribunaux appliquent dans certains cas les règles de conflit des pays étrangers

Applications jurisprudentielles

On trouve précisément une application en ce sens dans un arrêt tout récent de la Chambre civile du 9 Mars I938 (Rev I938, p 472) Il s agissait de la succession d'un Argentin succession mobilière et les tribunaux français avaient décidé que cette succession n était pas soumise à la loi française mais à la loi en vigueur en République argentine Nous avions donc offert la compétence à la loi de la République argentine Mais celle ci n'acceptait pas cette compétence et décidait qu'on devait appliquer la loi du pays dans lequel le défunt avait son domicile Que fallait il entendre exactement par le pays de la résidence habituelle ? La Cour de cassation a décidé que c'était la loi de la République argentine qu il fallait consulter pour savoir ce qu'elle entendait par là Du moment qu elle disait que la succession serait soumise à la loi de la résidence habituelle qu'on la consultait sur ce point on devait aussi nécessairement la consulter pour savoir quelle était sa conception de la notion du domicile

Donc quand on applique la règle de conflit d'un pays étranger on doit aussi prendre dans ce pays étranger ses qualifications

Section II

Les qualification internes

Action de ces qualifications

Il s agit ici de qualifications qui ne sont plus nécessaires à l'application de la règle de conflit; mais ce sont des qualifications comme le droit en est rempli d un bout à l autre que l'on rencontre sur son chemin lorsque l'on applique la loi compétente pour un cas donné

Source : BIU Cujas

Nous supposons le problème de qualification résolu ; nous savons par exemple que nous sommes dans une matière d état des personnes Nous allons donc consulter la loi nationale de l'individu en question Mais dans cette loi nationale de cet individu nous allons trouver des quantités de qualifications puisque le droit en est en quelque sorte pavé et il faudra bien donner une réponses à ces qualifications Ces qualifications-là nous les demanderons à la loi étrangère qui est compétente pour l état

On voit donc qu il faut distinguer les qualifications nécessaires à l'application de la règle de conflit et les qualifications qui sont nécessaires à l application de la loi étrangère compétente Nous sommes à un stade ultérieur la règle de conflit a été appliquée il s agit simplement d appliquer la loi qu'elle désigne

Voici un ou deux exemples qui aideront à comprendre

Ex . reconnaissance d'enfant naturel

Supposons qu'il s agisse d'une question de reconnaissance d'enfant naturel Première question : quelle est la règle de conflit à appliquer en France pour statuer sur cette question de filiation naturelle ? Notre règle de conflit dit : l état et la capacité sont soumis à la loi nationale Est-ce que la filiation est une question d état ? Nous qualifions d après la loi française et nous répondrons affirmativement ; nous appliquons donc la règle de conflit sur l'état des personnes et elle nous dit : compétence de la loi nationale Nous consultons maintenant la loi nationale de cet individu ; cette loi nationale nous dit que la filiation d'un individu est établie s'il y a un aveu de son père Mais qu'est-ce qu'il faut entendre par aveu de son père ? Il faut qualifier cet aveu en donner la définition rechercher quels en sont les éléments Voilà par conséquent une qualification qui n'a plus aucun rapport avec celle dont nous nous sommes occupés précédemment.

Il va de soi que la loi nationale de l'individu qui règlemente les conditions de la filiation les fixe comme elle veut , c'est à elle de nous dire quelles sont les conditions de fond et les conditions de forme de cet aveu C est à elle à nous dire si cet aveu peut être un aveu sous seing privé s il doit être fait par acte authentique ou si un simple aveu verbal est suffisant Bref cette qualification n est plus du tout nécessaire à l'application de la règle de conflit mais elle est indispensable à l application de la loi nationale étrangère de l'individu compétente pour son état

Nous consulterons donc pour ces qualifications la loi qui est compétente pour le fond du problème , ce n est plus une qua-

Reproduction Interdite

Source : BIU Cujas

lification internationale c'est une qualification interne

Ex . notion d acte authentique

Autre exemple : il s'agit d'une question de transmission de propriété Nous avons résolu le conflit nous savons qu il faut appliquer la loi de la situation et il s agit d'un bien situé à l étranger. Or, la loi étrangère subordonne la transmission de la propriété du bien à la rédaction d'un acte authentique, à la différence par exemple de la loi française Que faut il entendre ici par un acte authentique ? Cette définition n'influe plus sur la solution du conflit le conflit est résolu c'est la loi étrangère qui est applicable La définition de l acte authentique fait partie de la loi qui règlemente la transmission de propriété c'est elle qui va nous dire ce qu elle entend par un acte authentique. Nous n avons donc pas à consulter sur ce point une autre loi que la loi de la situation

Bref il ne faut pas confondre les qualifications internes on en rencontre à tout moment lorsque l on applique une loi étrangère avec les qualifications internationales bien que la même expression puisse être employée Les seules qualifications qui sont à soumettre, avec le système de M Bartin à la loi du pays dans lequel le procès se déroule ce sont les qualifications qui sont indispensables pour pouvoir appliquer la règle de conflit celles qui préfigurent la règle de conflit de lois

Source : BIU Cujas

Sous-Titre II

TECHNIQUE DE L'APPLICATION

DES INSTITUTIONS DU PAYS COMPETENT

Lorsque nous avons à appliquer la compétence d'un pays étranger, un problème très important se présente, que nous nous bornons à signaler ; c'est de prendre connaissance et de savoir comment on peut prendre connaissance des institutions du pays étranger. Il soulève d'assez grosses difficultés.

Ce que l'on entendra par institutions du pays étranger, c'est ce que dans ce pays comme sources du droit, on envisage comme étant la base de la règlementation. Si dans un pays étranger, le droit est entièrement coutumier c'est évidemment la coutume étrangère qui sera considérée comme la base du droit. Bref on consultera le pays étranger pour savoir ce qu'il décide dans la question sur laquelle il est compétent

Mais un très gros problème se présente ; c'est de savoir exactement ce que l'on va prendre dans ce droit étranger ; c'est là que nous allons rencontrer la question dite du renvoi.

Nous verrons d'abord dans un chapitre I comment matériellement appliquer la compétence étrangère , ensuite nous aurons à envisager une deuxième question déjà annoncée à maintes reprises ; c'est le cas où nous ne pourrons pas appliquer la compétence étrangère parce qu'il y aura incompatibilité avec nos institutions. c'est-à-dire le cas où cette compétence sera contraire à notre ordre public. Nous verrons donc dans un chapitre II l'intolérance de l'organisme juridique français à la réception du droit étranger.

Source : BIU Cujas

Chapitre I

COMMENT APPLIQUER LA COMPETENCE ETRANGERE

Rôle du pays étranger dans l application de sa compétence

Le très grave problème qui se présente ici et qui a déjà été évoqué plusieurs fois c'est de savoir s'il est nécessaire pour appliquer une compétence étrangère que celle-ci l'accepte ; pouvons-nous imposer une compétence à un pays étranger ? Evidemment nous ne pouvons pas l'imposer à ses tribunaux nous supposons toujours qu il s'agit d'un procès en France Pouvons nous dire tel pays est compétent et consulter la loi de ce pays ou faut il qu il accepte la compétence C est là un des plus graves problèmes qui ait secoué le droit international privé dans les cinquante ou soixante-quinze dernières années

C'est ici qu'il faut revenir à la fameuse question de savoir si la règle de conflit est unilatérale double ou mixte Si elle est unilatérale nous ne statuons que sur notre compétence si elle est double nous statuons à la fois sur notre compétence et sur la compétence étrangère , si elle est mixte nous nous bornons à offrir la compétence au pays étranger et c'est à lui qu'il appartient de savoir s'il l'accepte ou s'il la rejette

Plaçons-nous dans cette dernière hypothèse puisque c est l'hypothèse de la pratique c'est elle qui a déclenché tout le problème du renvoi Puisque c'est un problème expérimental nous devons nous placer dans les données mêmes de l'expérience faite nous offrons la compétence au pays étranger Dès lors deux choses l une , ou bien le pays étranger accepte cette compétence ou bien il la refuse

Par exemple nous disons , en matière d état des personnes compétence de la loi nationale il s agit, supposons-le d un Belge la loi belge est identique à la nôtre puisqu elle a comme nous l art 3 du Code civil elle accepte donc la compétence aucune difficulté le juge puisque le pays étranger accepte la compétence n'a qu à appliquer la loi de ce pays étranger

Mais là où surgit et où a surgi la difficulté c'est lorsque le pays étranger auquel on a offert la compétence n'en

Source : BIU Cujas

L'hypothèse refus de compétence par le pays étranger

veut pas qu il la refuse Il la refuse tou tes les fois qu il a une règle de conflit différente de la notre Il suffit pour cela de supposer qu'il s'agit d'un individu qui appartient à l'un des nombreux pays dans lesquels on soumet l état et la capacité non pas à la loi nationale des individus mais à la loi de leur domicile C'est par exemple un Danois notre règle de conflit dit compétence de la loi nationale de cet individu ; nous offrons la ompétence à ce pays Le Danemark répond je soumets l état et la capacité de mes nationaux non pas à la loi danoise mais à la loi de leur domicile je ne veux pas de la compétence s'ils n'ont pas leur domicile chez moi C'est le système de l'ancien droit qui est demeuré dans un certain nombre de pays Il est resté au Danemark et dans une très large mesure en Suisse ainsi dans dans l'ensemble des pays nordiques et dans tout le groupe angl. saxon Ces pays n'acceptent pas la compétence de la loi nationale pour leurs nationaux et pour personne ils disent nous soumettons l état et la capacité au domicile le domicile n est pas chez nous nou n'acceptons pas la compétence Avec le système de l offre de compétence on se trouve repoussé ; le pays étranger auquel on offre la compétence pour ses nationaux déclare qu il n en veut pas

Les atitudes possibles du droit français

Quelles sont alors les conclusions à tirer de ce refus de compétence que fait le pays étranger toutes les fois que sa règle de conflit est différente de la notre ? Il peut y avoir une façon négative et une façon positive d envisager les conséquences de ce refus Lafaçon négative consiste à dire le pays étranger n acceptant pas la compétence il n'y a aucune compétence il y a ce qu on peut appeler un rapport de droit apatride il y a une question à régler mais personne ne veut donner de solutio La situation est comparable au cas où un Etat ne veut donner sa nationalité à un individu

Alors on peut se demander si en présence de cette ce rence du pays étranger nous ne devons pas appliquer notre loi parce qu il ne faut pas qu'une situation juridique qui se présente sur notre territoire reste sans réponse

Mais ce n'est pas encore là que la question du renvoi s est présentée Elle s'est présentée précisément lorsque l on envisage la conséquence du refus du pays étranger de façon positive Non seulement on va tenir compte du refus de compétence du pays étranger qui dit je ne veux pas de cette compétence mais on se demande s il faut consulter ce pays étranger pour savoir quel est le pays qui doit être compétent Nous lui offrons

Source : BIU Cujas

la compétence est ce que par là même il a la possibilité de dire ; à mon défaut voici le pays qui est compétent ?

Et alors s il a une règle de conflit aux termes de laquelle, comme dans notre exemple, il admet la compétence du pays du domicile sommes nous forcés d'appliquer la loi du pays du domicile à cet individu parce que le pays étranger l'a décidé ?

Le renvoi

Et dans ce cas-là on dit - c'est de là qu'est venue l'expression, et la théorie et tout le problème - qu'il y a renvoi fait par le pays étranger auquel nous avions offert la compétence à la loi d'un autre pays qui est celle du pays dans lequel l'individu a son domicile. Non seulement le pays étranger peut accepter ou refuser la compétence mais il a un pouvoir encore plus grand il a le pouvoir de résoudre le conflit définitivement et de dire : ce n'est pas moi, mais c'est tel pays Il renvoie la compétence à ce pays.

Les deux formes du renvoi

Ce renvoi peut d ailleurs affecter deux formes Il peut y avoir d abord renvoi que l on appelle le renvoi pur et simple ou renvoi au premier degré, c'est-à-dire au renvoi au point de départ renvoi à la France- Il peut aussi y avoir un renvoi que l on appelle un renvoi au deuxième degré c'est-à dire renvoi qui est fait à un pays tiers Dans l'exemple précédent si le Danois a son domicile en France, il y a un renvoi du Danmark à la France le Danemark nous renvoie la compétence , mais si nous supposons que notre Danois a son domicile dans un troisième pays, mettons aux Pays-Bas alors il y aura renvoi de la loi danoise à la loi des Pays Bas

Renvoi au premier degré dans le cas du renvoi pur et simple. renvoi au deuxième degré dans le cas du renvoi à un pays tiers.

Le problème du renvoi

On se trouve en présence de ce problème : doit on ou non accepter le renvoi ? Et si on l'accepte, faut il accepter le renvoi dans ses deux manifestations : renvoi au premier degré, c'est à-dire renvoi à la lex fori ou renvoi dans un pays tiers ? Problème que l'on peut formuler de la façon suivante : lorsque la loi d'un pays étranger est compétente cette compétence comprend elle l'ensemble du droit de ce pays étranger, y compris sa règle de conflit ; ou bien se limite-t-elle à l'application des règles de pur droit interne de ce pays Si on n'applique que les règles de droit interne on refuse le renvoi ; si on applique la règle étrangère de droit international on accepte évidemment le renvoi.

Voyons comment la question s'est présentée dans la pratique dans une première section et dans une deuxième section nous discuterons ce point de droit

Source : BIU Cujas

Section I

Le renvoi en droit positif

Le phénomène du renvoi est moderne A vrai dire les travaux historiques prouvent qu il s est tout de même manifesté déjà très anciennement mais de façon sporadique il n avait pas été dégagé C est dans tous les cas dans une jurisprudence assez récente qu'il s'est présenté pour la première fois et c'est meme en France que l'on peut dire qu'il est né et de là il s'est étendu à de très nombreux pays faisant en quelque sorte suivant une expression chère à certains auteurs tache d huile

Le renvoi a d abord été admis dans la matière des conflits de lois ensuite dans celle des conflits d'autorités et même plus récemment dans celle des conflits de juridictions

Le renvoi dans les conflits de lois

A **Voyons d'abord comment il est né et s est développé dans la matière des conflits de lois**

Les successions mobilières

L affaire Forgo

Il a fait son apparition en France à propos d une affaire de succession mobilière mémorable connue dans le monde entier c'est l'affaire Forgo

Forgo était un enfant naturel - et c'est bien ce signe originel qui devait etre cause de tous les débats ultérieurs - d'origine bavaroise A l âge de quatre ans il était venu en France avec sa mère et il n avait plus quitté notre pays il y avait vécu toute son existence et il y mourait ayant largement dépassé la soixantaine et ayant amassé un certain patrimoine qui devait être la source du procès Lorsque Forgo mourut il ne laissait aucun héritier même naturel tout au moins on n en entendit pas parler Il mourait en laissant des biens Qui allait recueillir cette succession ? L un des appelés était l Etat français qui venait dire l intéressé est mort sans laisser d'enfant, il n'était pas marié personne ne peut recueillir ses biens C'est alors que surgirent des parents extrêmement lointains dont Forgo n avait probablement jamais entendu parler toute sa vie puisqu il était enfant naturel C'étaient des collatéraux naturels c'est à dire des parents de sa mère Il faut immédiatement ajouter qu'en droit français les collaté

Source : BIU Cujas

téraux d'un enfant naturel n'auraient pas pu recueillir de biens Au contraire, d'après le droit bavarois, s'il avait été applicable à la succession, les collatéraux lointains de cet enfant naturel auraient été appelés.

D'où l'administration des Domaines avait grand intérêt à dire qu'il fallait appliquer la loi française, parce que si l'on appliquait la loi française les collatéraux de Forgo restés en Bavière, ne pouvaient pas succéder et l'Etat recueillait la succession par voie de déshérence. comme cela se produit quand il n'y a aucun héritier ou successeur appelé Au contraire les collatéraux, d'après le droit bavarois, si ce droit était applicable pouvaient venir recueillir ses biens C'est sur ce point que le procès s'engagea : quelle était la loi applicable à la succession de Forgo ?

Il y eut une première phase dans ce procès où tout était déconcertant, qui donna lieu à un premier arrêt de la cour de cassation de 1875, pour savoir où Forgo, qui était arrivé en France à quatre ans et y avait vécu toute sa vie y était domicilié On alla jusqu'en cassation et par un arrêt de principe la Chambre civile déclara que Forgo n'était pas domicilié en France, qu'il était toujours resté domicilié en Bavière Pourquoi ? Parce qu'il n'avait jamais eu la jouissance du droit au domicile en France et que, tel qu'on l'interprétait sans doute à tort - l'art 13 était considéré par la jurisprudence de l'époque comme privant les étrangers non pas de la jouissance des droits civils, mais même de la jouissance du droit au domicile La Cour de cassation avait trouvé un argument dans l'art 102 du Code civil qui déclare "le domicile de tout Français " Par conséquent, Forgo qui n'était pas Français ne pouvait pas avoir de domicile en France , Forgo étant resté étranger, la Cour de cassation déclara que n'ayant jamais eu la jouissance du droit au domicile Forgo n'avait donc pas de domicile en France; Tel fut le prologue de l'affaire Forgo

Forgo n'étant pas domicilié en France sa succession qui était une succession mobilière était soumise à la loi que déterminait la règle française de conflit Cette règle française de conflit dit : loi du domicile du défunt Puisque Forgo n'avait jamais eu de domicile en France, où était son domicile ? On aurait pu dire qu'il n'avait pas davantage de domicile en Bavière, car il pouvait n'en avoir nulle part Nos juges ne se sont pas posé la question , ils ont admis que dès l'instant où Forgo n'avait pas son domicile en France il avait nécessairement conservé son domicile d'origine c'est-à-dire le domicile de son lieu de naissance Forgo par conséquent mourait domicilié en Bavière et à cette époque où l'unité du droit allemand n'était pas encore réalisée, le Code bavarois régissait sa succession mobilière

Source : BIU Cujas

Il semblait que tout fut terminé et qu il n y avait plus qu à ouvrir le Code bavarois dans ses dispositions du droit successoral Il décidait que les collatéraux pouvaient recueil lir la succession ; c'est ce que jugea la Cour de Bordeaux en attribuant la succession aux collatéraux

L administration des Domaines qui avait perdu cette partie du procès ne se tint cependant pas pour battue Elle fit un pourvoi en cassation fondé sur ce fait que l'on avait appelé les collatéraux à l'exclusion de l État français et que par là même on avait violé l art 3 du Code civil

L art 3 du Code civil est un texte que la Cour de cassation invoque quand il s agit de droit international privé. Il ne parle pas des successions mais c'est une sorte de texte symbolique. Il est considéré comme étant le microcosme de tout le droit international privé et quand on fait un pourvoi c'est toujours sur l article 3 qu'on le base et la Cour de cassation répond toujours : attendu qu'aux termes de l'article 3..... alors qu'on peut le retourner dans tous les sens sans rien trouver de tout cela

Bref, le pourvoi était basé sur l art 3 du Code civil Dans le mémoire que l'administration de l'Enregistrement déposa à l'appui de son pourvoi on trouve simplement qu'elle prétend que la succession devrait être soumise non pas à la loi bavaroise mais à la loi française sans que l'on sache pourquoi d ail leurs

l arrêt de I878

C est alors qu intervint le grand arrêt de principe par lequel le phénomène du renvoi a fait son entrée un peu déguisé un peu hypocrite encore dans notre droit l arrêt du 24 Juin I878 (S I878 I 429 et note de Labbé) La Chambre civile a admis que la succession de Forgo était soumise à la loi bavaroise , mais que pour appliquer la loi bavaroise il fallait appliquer la loi française. "Attendu, dit la Chambre civile que suivant le droit bavarois les meubles sont régis par la loi de leur situation combinée avec celle du domicile de fait du défunt , il suit de là que la dévolution héréditaire des biens meubles que Forgo possèdait en France où il s'était fixé doit être régie par la loi française "

En d autres termes la loi bavaroise qui était applicable à la succession de Forgo comme le reconnait la Cour de cassation comporte une règle de conflit de lois qui est dans le titre des successions Cette règle de conflit de lois dispose que les successions mobilières sont soumises à la loi du pays dans lequel sont situés les biens et où le défunt avait son domicile de fait Or, Forgo avait son domicile de fait en France et les biens étaient aussi situés en France

C est pourquoi la Cour de cassation décide qu appliquer la

Source : BIU Cujas

loi bavaroise conduisait précisément à appliquer la loi française puisque la loi bavaroise renvoyait à la compétence française Comme la Cour d appel n'avait pas appliqué la loi française à la succession l arret a été cassé

L affaire est revenue devant une cour de renvoi, elle a fait l'objet d'un nouveau pourvoi mais cette fois le procès a été terminé par un arrêt de la Chambre des Requêtes du 22 Février 1882 où on relève le motif suivant "suivant la loi bavaroise on doit appliquer en matière de statut personnel la loi du domicile qu ainsi dans l espèce la loi française était seule applicable "

l'arrêt de 1882

Donc d après la loi bavaroise on doit appliquer la loi du domicile de fait ; et alors on a fait en somme cette espèce de promenade de vagabondage juridique On a commencé par dire que la succession de Forgo n'était pas soumise à la loi française parce qu il n avait jamais eu de domicile de droit en France mais elle y revient tout de même par l'ordre de la loi étrangère qui dit que la succession doit être soumise à la loi du domicile de fait

Le phénomène du renvoi ayant fait son apparition ainsi dans la jurisprudence la doctrine s'en est immédiatement montrée tant en France qu'à l'étranger fortement scandalisée Mais et il n'y a peut-être pas de question qui dans les fastes du droit international privé ait été aussi discutée que celle ci en France comme à l'étranger plus la doctrine protestait plus elle amassait les anathèmes contre la jurisprudence plus celle-ci. à laquelle on montrait le monstre qui était sorti d elle semblait l'adorer davantage et lui donnait des consécrations nouvelles

C est ainsi que dans une période de 25 ans devant les juges du fond dans l immense majorité des cas le phénomène du renvoi fut accepté, Toutes les fois que la loi du pays étranger déclarait compétent le pays du domicile nos tribunaux acceptaient le renvoi et non plus cette fois d'une manière déguisée comme dans l'affaire Forgo mais en disant nettement que la loi étrangère renvoyant à la loi française, on devait appliquer la loi française puisque appliquer la loi française c'était en effet respecter la loi étrangère

L affaire revint une deuxième fois devant la Cour de cassation dans une autre affaire de succession mobilière sur laquelle la Chambre des requêtes rendit un arrêt de rejet le Ier Mars 1910 Cette fois le problème ne se présenta pas d'une manière subreptice. La Cour de cassation fut mise dans son ensemble en présence de la gravité du problème , on pouvait se demander si elle allait

l arrêt Soulié 1910

Source : BIU Cujas

maintenir la jurisprudence de 1878 Elle n'hésita pas et la renforça même de façon suivante

"La loi française de droit international privé ne souffre nullement du renvoi qui est fait à la loi interne française par la loi de droit international privé étrangère". Evidemment on ne peut pas au point de vue juridique mieux poser le problème il n est pas implicite mais nettement exprimé. Est ce que la loi française de droit international privé, c'est à dire notre règle de conflit peut supporter que la règle étrangère de conflit lui renvoie la compétence qui lui a été ainsi offerte ? Et alors la Cour ajoute ce motif qui nous fait comprendre beaucoup de choses "Il n y a qu avantages à ce que tout conflit se trouve ainsi supprimé et à ce que la loi française régisse d après ses propres vues les intérêts qui naissent sur son territoire"

Arrêt de 1933

Ceci se passait en 1910 à une époque où la doctrine éclectique et universaliste battait encore son plein et il n est pas besoin de dire que cet arrêt fût âprement critiqué en doctrine Mais n pure perte. La Cour de cassation en même temps que les juges du fond sauf de très rares dérogations de très rares tribunaux d ailleurs pas toujours très conséquents avec eux mêmes puisqu on a vu à quelques mois d intervalle la même Chambre de la Cour d'appel de Paris rejeter le renvoi et puis l admettre à nouveau la Cour de cassation maintint sa position La question revint une troisième fois devant la Chambre des requêtes le 7 Novembre 1933 (Rev 1934 p 440) à propos de la succession d un sujet britannique en Tunisie

Cette succession etait soumise à la loi britannique la loi de cet individu était la loi en vigueur à Gibraltar dont il était originaire Or la règle de conflit en vigueur à Gibraltar déclarait applicable la loi du domicile de fait du défunt c'est à-dire qu elle renvoyait du droit britannique au droit du pays du défunt

La Cour de cassation dans cet arrêt du 7 Novembre 1933 a admis presque sans motifs ce renvoi de la loi britannique compétente à la loi du domicile du défunt. A deux reprises encore la question ayant été présentée tant en 1938 qu'en 1939 la Cour de cassation a confirmé le renvoi (Civ, 7 Mars 1938 Revue 1938, p. 472).

Cet arrêt fut rendu à propos d'une succession mobilière C est un arrêt intéressant parce que c est le premier que la Chambre civile ait eu à rendre depuis l arrêt Forgo depuis 1878 "Attendu qu après avoir reconnu le caractère en principe obligatoire du renvoi fait par la loi nationale d'un étranger à la législation successorale française ....." La Cour de cassation admet que ce renvoi fait par la loi nationale a la compétence

Source : BIU Cujas

française est obligatoire

Le renvoi en matière de statut personnel

Toutes les espèces dont on vient de parler se sont situées sur le terrain des successions mobilières Cependant devant les tribunaux du fond les cours d'appel ce renvoi a été éten du dans tous les cas où la loi étrangère pouvait être compétente; c est à dire l'état des personnes leur capacité et encore dans d'autres matières Ce qui explique cette formule employée par un jurisconsulte disant qu il était parti d un point et que sans cesse la tache d huile s était augmentée et que le nombre des matières qu il englobait ne cessait de croître

L'arrêt Birchall I939

La Chambre des requêtes a d ail. leurs eu à affirmer en I939 que le renvoi ne se limitait pas en matière successorale mais qu il était général (arrêt du IO Mai I939 Revue I939, p 472) Elle l'a admis pour le divorce en employant les mêmes motifs que dans l'arrêt rendu en I9IO.

On peut donc dire qu'en jurisprudence le phénomène du renvoi est bien établi Il résulte de cinq arrêts de la Cour de cassation de I878 I9IO I933, I938 et I939 C est donc un fait jurisprudentiel indéniable.

Jusqu ici il ne s'est présenté devant la Cour de cassa tion que pour les successions mobilières et le statut personnel mais il n'y a pas de raison pour qu il soit limité à ces questions

Explication de la jurisprudence

Ce qui est assez important à relever c'est que la jurisprudence française n'a jamais admis sauf peut-être une ou deux exceptions et encore de simples tribu naux que le renvoi fait à la loi française ce qui montre évidemment les raisons de la faveur de celui ci , rappelons les motifs donnés par l arrêt de la Chambre des requêtes de I9IO "Il n'y a qu avantages à ce que la loi française régisse d'après ses propres vues les intérêts qui naissent sur son territoire"

La faveur à accepter ce renvoi provient précisément de ce qu'il permet de ne pas appliquer la compétence étrangère qui est toujours un certain sacrifice une certaine complication et de revenir à la compétence française Mais elle montre aussi que le système du renvoi n est pas un système véritable puisqu on n a jamais admis le renvoi à la loi d'un pays tiers Si par exemple les intéressés avaient eu leur domicile dans un pays qui ne fût ni la France ni leur pays d origine le renvoi n'aurait vraisemblablement pas été admis on n en trouve pas une application jusqu ici dans la jurisprudence française et on peut présager qu il ne s en produira pas

Source : BIU Cujas

B Le renvoi dans le domaine des conflits d'autorités.

Le renvoi dans les conflits d'autorités

Il n'a pas encore gravi les marches de la cour du temple suprême du Droit ; mais il est bien vraisemblable que, lorsque la question s'y présentera, il trouvera la même solution qu'il a déjà reçue des cours d appel et notamment de la cour d appel de Paris en 1934 à propos de la tutelle d'un sujet marocain

Aux termes de notre règle de conflit la tutelle de ce Marocain était soumise à la loi de la coutume indigène qui régit dans ce pays son statut Or, cette coutume indigène, du moins telle qu'elle a été interprétée par les juges dans l'affaire disait que la tutelle devait être organisée par les autorités du lieu du domicile de fait du mineur Et la Cour de Paris a admis que la tutelle serait ouverte en France conformément aux lois françaises par renvoi de la loi marocaine

Il y a là un conflit d'autorités Ce sont les autorités françaises qui ont été compétentes qui ont accepté cette compétence puisque la Cour de Paris l'a décidé - qu'elles n'avaient pas primitivement parce que la loi marocaine la leur a retournée

C - Conflits de juridictions

Le renvoi dans les conflits de juridictions

Dans le domaine des conflits de juridictions on trouve aussi quelques décisions notamment un arrêt de Requête du 22 Janvier 1923 et un arrêt de la Cour de Chambéry du 17 Décembre 1934

Nous analyserons l'arrêt de la cour d appel de Chambéry parce que les faits sont très nets Il s'agissait d'un accident d automobile qui s'était produit dans une rue d'Annecy et la victime voulait actionner l'auteur de l'accident devant le tribunal d Annecy De son côté, l'auteur de l'accident cherchait à rompre le contact avec sa victime et à échapper à la compétence du tribunal d'Annecy d'autant qu'il y avait des compagnies d assurances

Or il s agissait d'un Suisse ; il invoqua et il faut le dire pour comprendre comment le phénomène s est présenté - un traité toujours en vigueur de 1869, en vertu duquel dans les rapports franco-suisses les Suisses ne peuvent être actionnés que devant le tribunal du lieu de leur domicile Ce Suisse n avait pas de domicile en France et il disait . aux termes du traité franco suisse de 1869 vous devez m'actionner en Suisse

Source : BIU Cujas

devant le tribunal de mon domicile.

La Cour de Chambéry ne pouvait pas ne pas reconnaitre qu'on devait actionner l'individu devant les tribunaux suisses puisqu'il y a un traité diplomatique. Mais voilà comment le renvoi s'est fait, car on a repris d'une autre main ce que l'on avait donné de l'une Il y avait en Suisse - comme il y a maintenant chez nous une loi disant qu'en cas d accident la victime peut actionner l'auteur de l accident devant le tribunal de son domicile ou devant le tribunal du lieu de l'accident Alors ont dit les juges c'est la Suisse qui est compétente pour ce procès , mais la Suisse nous dit elle même qu'en cas d accident on peut actionner devant le tribunal du lieu de l'accident ou du domicile du défendeur Puisque l accident a eu lieu en France on peut donc actionner devant le tribunal du lieu de l accident

On oubliait une chose c'est que cette règle de compétence qui était dans le droit suisse, était une règle de compétence interne pour les tribunaux suisses qu elle n'était pas faite pour les rapports internationaux. Quoi qu'il en soit la Cour de Chambéry a décidé qu il y avait compétence française par application de la loi suisse elle même. Il y a bien là un renvoi-

Résumé de la jurisprudence

En définitive, pour résumer maintenant dans son ensemble le phénomène du renvoi tel qu il est présenté en jurisprudence on peut dire que toutes les fois qu'une règle d un pays étranger est applicable, nous devons consulter sa règle de conflit et accepter, d'après la jurisprudence, le renvoi qu'elle nous fait à notre propre compétence

Le renvoi a-t-il trouvé des manifestations législatives ? Pas en France jusqu'ici, mais dans certains pays étrangers. Il a même trouvé mieux qu'une confirmation législative. Certains traités diplomatiques de la France acceptent formellement le renvoi , notamment les deux unions signées en 1930 et 1931 sur les effets de commerce, lettres de change, billets à ordre et chèques Ces deux unions disent l'une et l'autre dans leur art 2 que la capacité pour émettre une lettre de change, pour émettre un billet à ordre ou un chèque, est soumise à la loi nationale de l'intéressé Mais ajoute un autre alinéa du même article si cette loi nationale déclare compétente la loi d'un autre pays cette dernière loi est appliquée. Ainsi donc l'Union de Genève sur les effets de commerce et les chèques a admis formellement le renvoi du pays étranger et le renvoi complet , pas seulement le renvoi au premier degré, mais le renvoi à un pays tiers quelconque.

Supposons par exemple un Suisse qui tire une lettre de change en France, il s'agit de savoir s'il était capable de tirer cette lettre de change. On consulte la loi suisse et la

Source : BIU Cujas

loi suisse nous dit application de la loi du domicile Supposons que le tireur soit domicilié en Italie c est la loi italienne qu'il faudra consulter pour sa capacité

On peut trouver étonnant que l'on fasse un traité diplomatique pour se renvoyer ainsi la balle de l'un à l'autre car on crée plus de difficultés en réalité que l'on n'en résout

Quoi qu il en soit tel est le phénomène il nous reste à le discuter pour voir quelle est sa valeur, s'il faut l accepter ou s'il faut au contraire le rejeter

Section II

Discussion en doctrine de la question du renvoi

Tel qu'il se présente en jurisprudence le renvoi repose en réalité sur deux propositions :

I° Il n y a pas de compétence étrangère possible à l'encontre du pays étranger qui la refuse

2°- D'autre part, il appartient à ce pays de rendre compétente la France par le renvoi qu'il lui fait.

Donc, pas de compétence étrangère sans la volonté du pays étranger, et le pays étranger qui n'accepte pas la compétence peut rendre compétente la France en vertu d'un renvoi qu'il lui fait. Telles sont les deux propositions qui résument tout l'ensemble du développement jurisprudentiel

Reprenons ces deux propositions pour les discuter.

§ I - Le pays étranger ne peut pas être compétent s'il n'accepte pas la compétence

La règle de conflit double détermine la compétence étrangère

Ici la cause de tout le mal provient de ce que la règle de conflit entend non seulement déterminer la compétence française mais même la compétence étrangère Si en effet la règle de compétence française se contentait de déterminer notre compétence le problème lui-meme n aurait pas pu naître puisqu'il n'y aurait pas de compétence étrangère sans qu'un pays étranger le voulut pas plus qu'il n'y a de nationaux étrangers sans qu'un pays étranger ne les réclame Mais c'est précisément parce que notre règle de conflit, dans notre droit positif, est double et non pas unilatérale, parce qu'elle entend

Source : BIU Cujas

déterminer aussi bien la compétence étrangère que la compétence française, que la question se pose de savoir quelle est la force de cette détermination par nous faite de la compétence de ce pays étranger

Etant donné que notre règle de droit international privé est double puisque tel est notre droit positif, c'est donc que nous entendons définir nous-mêmes la compétence étrangère

Ne pas appliquer la compétence étrangère est contraire à la souveraineté de l'Etat

Mais élaborer une règle de conflit de lois et déterminer l'empire des compétences c'est faire oeuvre de souveraineté Dès l'instant où nous avons fait oeuvre de souveraineté notre décision ne peut pas être combattue, ni paralysée par une décision contraire prise dans le pays étranger

Une fois que nous avons décidé que nous appliquerons dans tel cas la loi d'un certain pays et que nous reconnaîtrons dans tel cas une certaine compétence, nous avons épuisé le conflit Il n'est pas possible que la souveraineté étrangère se substitue à la souveraineté française

Cet argument, tiré de la souveraineté est décisif C'est celui que l'on trouve sous la plume d'auteurs éminents qui ont écrit contre le renvoi tels que MM A Pillet ou Bartin Dès l'instant où un pays a le droit d'élaborer une règle de conflit et qu'il l'a fait, il n'y a pas de raison pour qu'il cède devant la décision contraire d'un autre pays ou alors c'est la négation même de la souveraineté d'un pays au profit de celle d'un autre La souveraineté locale doit l'emporter sur la souveraineté étrangère On s'enferme en quelque sorte dans un dilemme dès l'instant que l'on a commencé par formuler le caractère double de la règle de conflit On est forcé d'admettre la compétence étrangère et de l'appliquer à l'encontre d'elle même Or la jurisprudence s'y refuse

Explication de la jurisprudence : caractère mixte de la règle de conflit

Comment expliquer le fait de la jurisprudence qui déclare qu'il n'y a pas de compétence étrangère à l'encontre du pays étranger lui même ? C'est que pour la jurisprudence française nous l'avons déjà dit mais nous en trouvons ici la manifestation essentielle la règle de conflit n'est ni unilatérale ni double elle est mixte c'est-à dire que nous offrons la compétence au pays étranger mais nous ne lui imposons pas cette compétence ; c'est une possibilité Nous disons nous ne sommes pas compétents mais vous pouvez l'être Comme toute offre il faut qu'elle soit acceptée en sorte que le pays étranger peut parfaitement la refuser

Le système de la jurisprudence d'après lequel le pays étranger n'est pas compétent s'il ne le veut pas est parfaite

Source : BIU Cujas

ment compatible avec l idée que la règle serait mixte et l'on peut justifier fort bien cette solution

Justification du caractère mixte

Evidemment dans le droit du pays étranger la règle de conflit et la règle de droit interne sont deux choses entièrement distinctes , on l'a dit avec raison : il ne faut pas confondre dans le droit étranger les règles de fond et les règles de droit interne avec les règles de droit international privé ; elles sont généralement dans des emplacements différents elles sont de nature différente elles n'ont pas le même objet. Tout ceci est exact mais, d autre part, en reconnaissant que la règle étrangère de droit international privé n'a ni la même nature ni le même objet que la règle de droit interne, comment peut-on appliquer une compétence étrangère en dissociant celle-ci de la règle de conflit qui en conditionne l existence ?

On ne peut appliquer une loi contre ses règles de conflit

Renversons l'hypothèse et nous allons voir les singularités auxquelles elle nous conduirait : supposons qu'un pays étranger en vertu de sa règle de conflit déclare la France compétente ; il y a un procès dans un pays étranger et la règle de conflit du juge étranger dit : compétence de la loi française, parce qu il s'agit d'un individu de nationalité française Or, cette loi française, si on l'appliquait alors que nous-mêmes nous ne l'appliquons pas à cette question, serait une pure abstraction ; nous ne pouvons pas admettre que la loi française s applique à une question en l'isolant des deux règles suivantes des conflits : de la règle de l'art. 2 du conflit dans le temps et de la règle de l'art. 3 du conflit dans l'espace La règle française de conflit ne peut pas s'applique autrement que dans les conditions déterminées par le pays dont la loi est applicable

La loi française n est donc absolument rien sans la règle française de conflit qui est nécessaire à déterminer son étendue ; or la règle de conflit appartient au droit constitutionnel Et le droit constitutionnel ne peut évidemment être que celui du pays dont les institutions constitutionnelles sont en cause : quand il s agit de l étendue d'application des lois françaises ce n'est que la loi constitutionnelle française qui peut déterminer celle-ci C'est donc le pays dont la loi est applicable qui peut seul l élaborer par son pouvoir constituant et qui peut seul la délimiter

Dès lors imposer la compétence d un pays qui s'y refuse ce n'est plus appliquer sa loi, c'est inventer le droit c'est imaginer un autre droit que le sien c'est en quelque sorte

Reproduction Interdite
Source : BIU Cujas

sortir du réel pour rentrer dans le pur conventionnel.

Conclusion

Pour conclure sur la première proposition de la jurisprudence elle a raison à l'encontre de la doctrine lorsqu'elle décide qu'il n'y a pas de compétence étrangère, quelle qu'elle soit, si le pays étranger lui-même ne l'accepte pas, parce que la compétence étrangère est absolument liée aux règles de solution des conflits qui sont en vigueur dans le pays étranger. Pas davantage - et nous avions renversé l'hypothèse pour montrer la question d'une manière plus saisissante - que l'on ne peut concevoir que la loi étrangère puisse appliquer la loi française à un cas où nous-mêmes en France nous ne l'appliquons pas. Ce ne serait plus du droit français mais du droit imaginé. Si d'autre part le juge français appliquait une loi étrangère qui d'après le pays étranger n'est pas applicable à cette hypothèse, ce ne serait plus du droit étranger, ce ne serait pas non plus du droit français, ce serait du droit purement imaginaire.

D'ailleurs - et cela nous l'avions déjà dit - s'agissant du conflit des autorités et des juridictions nous ne pouvons pas aller à l'encontre de la volonté du pays étranger. Comment pourrions nous forcer une autorité étrangère si elle ne le veut pas, si elle n'en a pas le droit à dresser un acte ? Et d'autre part, s'agissant des juridictions comment pourrions-nous obliger un tribunal étranger à statuer dans un cas pour lequel il se déclare incompétent ? Donc, sur le terrain des autorités et des juridictions, nous n'avons aucun moyen matériel de coercition pour forcer le pays à accepter une compétence que nous lui offrons.

Quand il s'agit de conflits de lois, nous pouvons évidemment appliquer le texte de la loi étrangère et rendre une décision appliquant soi-disant celle-ci parce que cette loi est passive. Il n'en est pas moins vrai que nous faisons là quelque chose d'artificiel. Ce n'est plus la loi étrangère que l'on applique en réalité.

En d'autres termes, dans ce conflit important qui a séparé la doctrine et la jurisprudence, le moins qu'on puisse dire c'est que le système de la règle mixte est évidemment très supérieur à celui de la règle double, puisque la règle double en invoquant la souveraineté d'un des pays, fait complètement abstraction de celle de l'autre.

Source : BIU Cujas

§ 2 - Le pays étranger qui n'accepte pas la compétence a le droit de nous renvoyer la compétence.

la thèse du renvoi

D'après la jurisprudence, non seulement le pays étranger n'est compétent que s'il l'accepte, mais le pays étranger a le droit de nous renvoyer la compétence, c'est-à-dire de nous désigner comme compétent dans l'affaire qu'on lui avait attribuée. Que vaut ce renvoi ?

Autant la première proposition de la jurisprudence paraît légitime, autant la seconde l'est moins, autant même elle est dans un paradoxe complet avec elle. En effet, la première proposition consiste à respecter la souveraineté du pays étranger tandis que la deuxième dénie complètement la nôtre, ce qui est une inversion assez inattendue car si de deux souverainetés l'une doit être sacrifiée, cela ne doit pas être en principe la nôtre.

Il a été invoqué deux sortes d'arguments en faveur de ce renvoi à la loi française : des arguments de technique juridique et des arguments d'opportunité juridique.

Exposons d'abord les arguments de technique juridique qu'on a fait valoir en faveur du renvoi, nous en verrons la valeur.

Argument selon lequel le droit étranger forme un tout

En faveur du renvoi, on a fait valoir - et ce fut l'argument initial dans l'affaire mémorable, affaire Forgo, argument que l'on trouve dans l'arrêt de la Chambre civile de 1878 que la loi bavaroise est compétente pour la succession de Forgo. Or, la loi bavaroise contient dans le titre des successions un article disant "compétence du pays du domicile de fait ou de la résidence habituelle du défunt". Donc appliquons la loi bavaroise et ne faisons aucune différence entre la loi bavaroise selon la nature et l'objet de ses règles. Puisque la loi bavaroise est applicable elle est applicable dans sa totalité, ce que l'on a pris l'habitude d'exprimer de la façon suivante : on dit qu'en pareil cas on applique la loi étrangère aussi bien dans ses dispositions de droit interne que de droit international privé.

Appliquer la loi étrangère, c'est la prendre dans son ensemble et non pas dans une partie seulement. C'est notamment ce que disait la Cour de cassation "Attendu que sous la loi bavaroise les meubles corporels et incorporels sont régis....." Elle ne faisait aucune différence. Dès lors, puisque la loi bavaroise de droit international privé ou plus exactement la

Source : BIU Cujas

règle de conflits du droit bavarois déclare compétente la loi du domicile de fait du défunt, elle renvoie la solution à la loi du domicile de fait du défunt la loi française dans l'affaire Forgo, ce qui entraîne la compétence française.

C'est ce que l'on a appelé l'argument de l'indivisibilité dans le pays étranger des règles de droit interne et de droit international privé.

Réfutation : l'argument de la raquette

Or, à cet argument qui fut l'argument initial dans l'affaire Forgo il y a longtemps que l'on a fait une objection qui est classique et décisive ; c'est d'ailleurs pourquoi on a cherché ensuite d'autres arguments ; c'est l'objection dite de la raquette. C'est bon, a-t-on dit, dans la loi bavaroise en effet, il y a deux sortes de dispositions et nous ne pouvons pas faire des différenciations, nous devons prendre la loi bavaroise dans son ensemble et nous trouvons une règle de conflit que nous devons appliquer. Jusqu'ici l'argument se soutient très bien puisqu'il est conforme à ce que nous disions plus haut. On ne peut pas aller à l'encontre des règles du pays étranger sur sa propre compétence. Mais voici la conséquence quelque peu inattendue mais parfaitement logique et indispensable : la loi bavaroise déclare compétent le pays dans lequel le défunt a vécu, c'est à dire la France, dès lors il faut appliquer la loi française. Mais ce qui est vrai pour la loi bavaroise l'est aussi pour la loi française. Il y a en France une règle de droit interne et une règle de droit international privé et elles sont indivisibles. Alors, dit le juge, appliquons la loi française. Or que dit la loi française ? Elle dit que les successions sont soumises au droit du domicile de droit du défunt. On est alors renvoyé à nouveau à la loi bavaroise. Mais la loi bavaroise contient deux règles de droit interne et de droit international privé qui renvoient encore une fois à la loi française et ainsi de suite. C'est ce que l'on appelle l'argument de la raquette avec cette particularité qu'il n'y a pas de raison pour que cela s'arrête jamais on se renverra indéfiniment l'argument. C'est évidemment au point de vue de la logique, un argument irréfutable.

Argument selon lequel le juge français doit statuer comme ferait le juge étranger

On a cherché un autre argument pour essayer de justifier le renvoi. On a dit : le juge français qui doit appliquer une loi étrangère doit statuer exactement comme le ferait le juge du pays étranger. Puisque la loi étrangère est applicable il doit se placer dans la position même du juge étranger, dans l'affaire Forgo il doit statuer comme aurait fait un juge bavarois. Comment aurait fait le juge bavarois ? C'est la question qu'on doit se poser, et on doit

Source : BIU Cujas

statuer de la même façon que lui. Le juge bavarois, dit-on, aurait, en vertu de sa règle de conflits, appliqué la loi française. Statuant exactement comme il l'aurait fait, nous appliquerons la loi française puisque nous ne pouvons pas appliquer la loi bavaroise autrement que le juge bavarois l'aurait fait. Cependant cet argument conduit à ce que l'on a appelé la destruction du renvoi par lui même.

Réfutation : la destruction du renvoi par lui-même

en effet nous allons voir comment précisément le juge bavarois aurait statué s'il avait vraiment statué dans la même affaire. Il n'aurait pas du tout décidé comme on le croit, mais il aurait dit le contraire : Supposons que le procès Forgo se soit présenté devant le juge bavarois. Le juge bavarois aurait dit : je consulte ma règle bavaroise de conflit qui m'ordonne d'appliquer la loi française, loi du domicile de fait du défunt. Comme il aurait trouvé dans la loi française une règle de conflit qui renvoie au domicile de droit, il aurait appliqué en définitive la loi bavaroise. Le juge bavarois aurait donc appliqué la loi bavaroise et non pas du tout la loi française. Par conséquent, il ne faut pas dire qu'en appliquant le renvoi on statue comme l'aurait fait le juge bavarois ; on fait exactement le contraire de ce qu'il aurait fait. Il aurait, par renvoi de la loi française, appliqué la loi bavaroise et nous, nous avons en définitive, appliqué à l'affaire Forgo la loi française. Il en résulte donc que le juge français fait le contraire de ce qu'il aurait dû faire et que le juge bavarois fait aussi le contraire de ce qu'il aurait dû faire de son côté, en appliquant sa loi au lieu de la loi française.

Cet argument conduit à la destruction du renvoi par lui-même parce que celui-ci n'est bon qu'à une condition, c'est que le juge étranger n'accepte pas le renvoi. Et cela même le condamne car s'il est fondé il ne peut être à sens unique.

Le renvoi limité au statut personnel

Un troisième argument donné en faveur du renvoi a été emprunté à une matière plus limitée, c'est l'argument de ceux qui ont pensé qu'il ne pouvait être admis que dans les matières du statut personnel. Le renvoi, a-t-on dit, découle du pouvoir du pays national de régir ses nationaux (Argument de Fiore et de Weiss). La compétence du pays national découle du fait que le statut personnel est lié à la nationalité, d'où le pays national a seul qualité pour statuer pour son national. Il peut le faire soit en le soumettant à sa loi, soit en lui disant "je vous soumets à une autre loi" ; mais c'est un pouvoir qui lui est reconnu comme Etat national de dire quelle est la loi qui convient à son national. S'il n'accepte pas la compétence pour lui il dit : ma loi n'est pas bonne pour mon national.

Source : BIU Cujas

mais c'est telle loi qui lui convient, par exemple celle du pays de son domicile. Il a le droit de résoudre le conflit définitivement.

Réfutation : cette théorie ruine son point de départ

Cet argument se heurte à son tour à des objections qui sont décisives. D'abord il suppose admis le postulat qui est très discutable encore et très discuté de la compétence de la loi nationale en matière de statut personnel. Rien n'est moins certain et dans une bonne moitié du monde on rejette ce système. Si même on prend le système de la personnalité du droit qui est celui dans lequel on trouve les auteurs qui ont admis cette forme limitée de renvoi, le système de la personnalité du droit est à base ethnique - c'est le point de départ - la loi nationale s'applique pour des raisons ethniques. Qu'on se rappelle les idées de Mancini. Or, si la loi nationale s'applique pour des idées ethniques, comment peut-elle refuser de s'appliquer pour dire : mes nationaux sont soumis à la loi du domicile. C'est le contrepied de l'idée ethnique. La loi nationale n'existe que pour des raisons ethniques et la loi nationale viendrait dire : mes nationaux sont soumis à la loi du pays de leur domicile, pays avec lequel ils n'ont aucun rapport ethnique. L'admission du renvoi dans cette doctrine est donc la négation même du point de départ.

Et puis enfin et surtout, il est bien hasardeux d'expliquer l'art. 3 du Code civil base de la règle française de solution des conflits par le système de la personnalité du droit qui est né en 1860 et qu'ignoraient certainement Portalis et les autres rédacteurs du Code.

Voyons maintenant l'argument d'opportunité que l'on a invoqué en faveur du renvoi.

Argument pratique : le renvoi aboutit à l'uniformité des solutions

Un des meilleurs arguments d'opportunité qu'on ait cru devoir invoquer c'est celui d'obtenir autant que possible une uniformité internationale des solutions. A quoi bon, a-t-on dit, refuser le renvoi la décision que vous allez prendre n'aura aucune valeur dans les pays étrangers ; alors sur le terrain de l'opportunité il vaut bien mieux que vous acceptiez le renvoi puisque de cette façon la décision que vous rendrez aura une portée internationale.

Réfutation : on ne peut savoir dans quel pays le jugement recevra exécution

C'est évidemment un argument que l'on trouve sous la plume de certains partisans du renvoi. Or d'une part, on ne sait pas toujours au moment d'un procès quel est le pays dans lequel on aura besoin de se prévaloir d'un jugement quelquefois on ne

Source : BIU Cujas

le sait pas, on ne peut pas encore le savoir. Je fais condamner mon débiteur, je ne sais pas dans quel pays je ferai saisir ses biens ce sera dans le pays où il aura des biens et je ne sais pas quels ils seront. S'il s'agit d'un jugement en matière de divorce par exemple, je ne sais pas dans quel pays j aurai besoin de me prévaloir de mon jugement de divorce. Bien mieux - et c'est fréquent dans la vie internationale - je peux avoir besoin de me prévaloir d'un jugement dans plusieurs pays. Alors pourquoi suivre le système de l'un plutôt que de l autre, puisqu'à priori, il n'est pas dit que le jugement devra être invoqué plutôt ici qu ailleurs.

L'uniformité des solutions est un mythe. On ne peut pas y parvenir. Surtout dans une affaire comme l'affaire Forgo où tous les intérêts étaient en France, il n'y avait pas à rechercher une uniformité de solution avec la Bavière, puisque Forgo avait vécu toute sa vie en France et qu'il n'avait aucun intérêt hors de France.

Ce sont donc des arguments donnés après coup et au surplus, on l'a déjà vu, le juge étranger statuerait probablement dans un sens différent du juge français de sorte qu'on n arriverait même pas à la fameuse uniformité désirable

Aucun argument ne peut justifier le renvoi

Pour conclure, aucun argument doctrinal ne peut justifier l'acceptation du renvoi, c'est-à-dire pour le pays étranger le droit de dire : je déclare compétente à mon défaut la loi française. Aucun argument ne peut donc justifier dans l'affaire Forgo par exemple le renvoi de la loi Bavaroise à la loi française parce que ce renvoi est la négation même de la souveraineté française. Si le pays étranger a le drdit - c'était la première proposition de la jurisprudence elle est indiscutable selon M Niboyet - de refuser la compétence par respect de sa souveraineté, par respect de la nôtre il n'a pas le droit de déterminer notre propre souveraineté C'est à nous seuls qu'il appartient de déterminer à quels faits nous appliquons ou non nos lois. Et ce qui est vrai pour lui doit l être aussi pour nous. La jurisprudence a donc eu tort d accepter comme elle l'a fait maintes fois dans ses motifs, le renvoi la Cour de cassation a dit : "La France ne souffre pas du renvoi qui lui est fait" Ainsi posée la question n'est pas satisfaisante.

C'est qu'en somme cette deuxième proposition est absolument en contradiction avec la première. La première est basée sur le respect de la souveraineté étrangère. la seconde est basée sur la violation de la souveraineté française et à cet argument on n'a jamais pu donner de réponse satisfaisante

Source : BIU Cujas

Il faut construire autrement une solution bien établie en jurisprudence

Cependant, en présence d'un phénomène aussi invariable que celui de la jurisprudence il faut tâcher de voir s'il ne comporte pas une explication C est un phénomène en quelque sorte sociologique Peut-être que la construction que la jurisprudence en donne elle-même n est pas la véritable n'est pas la meilleure et peut-être n est-il pas impossible de conserver la solution mais en la construisant autrement c est à dire en ne se servant pas de cette espèce d'échafaudage dont la jurisprudence a cru bon de cacher la construction véritable échafaudage qu il faut faire disparaitre pour ne se contenter que de regarder le résultat ?

Or le résultat en lui même est indiscutablement heureux et satisfaisant Comme le disait la Chambre des Requêtes en 1910, la loi française ne souffre pas de s'appliquer à défaut de la loi étrangère, il n'y a qu intérêt à ne pas appliquer la loi étrangère

N'oublions pas et ceci est tout à faire logique qu en France les idées de territorialité sont toujours restées sous jacentes Appliquer une compétence étrangère c'est toujours un sacrifice Dès l'instant où le pays étranger ne demande pas ce sacrifice refuse l'offre qui lui est adressée il y a tout intérêt à revenir à la compétence française, c'est tout de même plus normal d'appliquer nos lois dans les procès qui ont lieu en France que d'appliquer les lois étrangères

Peut on conserver expliquer et justifier ce résultat ce retour à la compétence française mais en se passant du renvoi c'est à dire de l'ordre donné par la souveraineté étrangère à la loi française ?

Système de M Lerebours-Pigeonnière

Il y a exactement vingt ans, dans une étude extrêmement nuancée fine et suggestive, M Lerebours Pigeonnière a exposé un système tout nouveau qui tend selon lui à permettre de conserver le résultat c'est à dire de justifier la compétence française sans cette espèce de crochet sans cet ordre évidemment choquant inexplicable donné par la souveraineté étrangère

Système de l'offre de compétence

Voici comment cet auteur construit son système Toutes les fois dit il que la règle de conflit décide qu il y a une compétence étrangère il y a une offre de compétence Il prend donc le système de l offre de compétence Si le pays étranger n accepte pas la compétence - tout ce qu'il peut faire c'est de dire qu il l'accepte ou ne l'accepte pas s'il n accepte pas la compétence nous n avons

Source : BIU Cujas

plus à nous occuper du pays étranger, nous n avons pas à consulter le pays étranger pour savoir ce que nous devons faire à défaut de la compétence dont il n'a pas voulu On évite donc le renvoi Il est supprimé dans sa base il n'y a pas de renvoi puisqu il n y a pas de possibilité même de consulter la loi étrangère pour une autre compétence que la sienne

En cas de refus de l'offre, une seconde règle de conflit s'applique

Mais alors comment trouver la compétence dans le procès et comment expliquer la nôtre puisque nous avons commencé par dire que nous n étions pas compétents ?

Selon M Lerebours-Pigeonnière notre règle de conflits ici est alternative Il y a deux règles de conflis en quelque sorte

Reprenons l'exemple de l affaire Forgo La première règle est la compétence du pays d'origine du défunt la Bavière , et la deuxième règle règle qui est en quelque sorte en réserve pour le cas où le pays étranger n'accepterait pas cette compétence - décide que la compétence appartient à la France c est à dire compétence de la loi du tribunal saisi de la lex fori

S agit il de l'état et de la capacité des personnes ? Nous avons une première règle celle de l'art 3 al 3 du Code civil: compétence du pays national de l'individu Si le pays national de l'individu est un de ceux qui n'admettent pas la compétence de la loi nationale, comme tout le système anglo saxon il n'y a pas de compétence étrangère S il n'y a pas de compétence étrangère nous regardons la règle subsidiaire. Nous avons donc deux règles de conflit une règle principale et une règle subsidiaire Nous consultons dans ce deuxième cas la règle subsidiaire de conflit qui nous répond compétence du pays dans lequel le tribunal statue c'est-à-dire compétence de la lex fori la règle subsidiaire étant toujours celle du tribunal

Primitivement, dans son article de 1924 M Lerebours Pigeonnière avait admis que la compétence subsidiaire était celle du pays du domicile mais il y a renoncé avec raison depuis lors Il admet la compétence de la lex fori ce qui n est pas du tout la même chose car le pays du domicile peut être un pays tiers tandis que la lex fori en France est nécessairement la loi française

Il n'y a que deux matières dans lesquelles cet auteur exclut cette double règle - ce sont les conventions et la forme des actes

Valeur du système

Que faut il penser de cette construction toute nouvelle et qui renouvelle complètement le problème ? Les avantages sont très grands puisqu on conserve tous les résultats du renvoi tout ce qui est opportun mais en se débarrassant de ce qui

Source : BIU Cujas

est un peu choquant et tout de même difficile à justifier du fait que la souveraineté étrangère puisse donner des ordres à la souveraineté française. Nous n'avons pas d'ordres à lui donner elle n'en a pas à nous donner. Ce n'est donc pas par un ordre étranger que notre compétence se manifeste dans toutes les hypothèses où, à tort la jurisprudence dans ses motifs a parlé de renvoi ; c'est par ordre de la souveraineté française Une règle subsidiaire de conflit s'applique ici.

Voilà ce qu'il y a d'avantageux, d'indiscutablement intéressant dans le système. Voyons maintenant les points faibles

Cette double règle de conflit paraît bien avoir été imaginée un peu pour les besoins de la cause. C'est une explication après coup puisque dans toute l'histoire des conflits n'apparaît nulle part, jamais chez aucun auteur, l'idée d'une double règle de conflit. On n'a jamais parlé que d'une règle unique et non pas d'une règle principale et d'une règle subsidiaire. De sorte que cette règle subsidiaire, d'ailleurs très élégante au point de vue juridique, serait plutôt fondée de lege ferenda que de lege lata. Certes elle explique les résultats du renvoi mais il faut les expliquer et les justifier de lege lata avec les principes et les solutions de notre droit positif

Or quelque séduisante que soit cette présentation, il est difficile d'admettre qu'en droit positif, nous ayons deux règles de conflit, une règle principale et une règle subsidiaire. D'autre part, si l'idée est exacte, elle devrait se retrouver dans toutes les hypothèses de compétence étrangère et non pas dans quelques-unes pourquoi l'exclure pour les conventions et la forme des actes ?

Système proposé

On peut, semble-t-il, conserver ce qu'il y a de suggestif dans le système de M. Lerebours-Pigeonnière en l'améliorant en l'adaptant précisément à notre droit positif

Le refus de compétence de la loi étrangère prive le rapport de droit de règlementation

Quand il y a absence de compétence étrangère quelle est la situation qui en résulte ? Quand il y a absence de compétence étrangère alors que nous avons nous-même dit au préalable que nous n'étions pas compétents nous sommes en présence de ce qu'on peut appeler un rapport de droit apatride. Il s'agit d'une succession comme celle de Forge, ou bien il s'agit d'une question de mariage de divorce Nous les soumettons à la loi nationale du domicile d'origine des individus. Le pays d'origine refuse la compétence, alors il n'y a pas de compétence personne n'est compétent pour ces questions

Or, il peut y avoir des intérêts essentiels qui ne peu-

Source : BIU Cujas

vant pas rester et ne doivent pas rester en souffrance. Il y a des biens qui sont dans un certain pays, en France par exemple. Ils ne peuvent rester à l'abandon. Dans un autre ordre d'idées on peut très bien admettre des individus apatrides parce que personne ne veut leur donner la nationalité. Il y en a des centaines de mille dans le monde d'aujourd'hui, ils sont sans nationalité, mais ils sont sur terre et il faut bien résoudre les problèmes qui se posent à leur sujet, et s'ils n'ont pas de loi nationale il faut tout de même une loi pour eux : on applique alors celle de leur résidence.

Or, reprenons le cas Forgo. La Bavière n'a pas voulu reconnaître la compétence et nous avons dit : nous ne sommes pas compétents au point de vue du droit successoral français parce que le défunt n'avait pas son domicile en France. Or Forgo laissait des biens en France ; on ne pouvait pas ne pas donner une solution. Il fallait une solution successorale. Il y avait un intérêt français en cause.

La police du territoire exige que toute situation obéisse à une règle de droit

Dans ces conditions, la police du territoire français était en cause. Il y avait des biens qui ne pouvaient pas être laissés à l'abandon, il fallait savoir à qui ils appartenaient : était-ce à l'Etat était-ce à tel ou tel particulier ? La police du territoire français était en cause et si la police du territoire était en cause, nous possédions une règle de conflit toute trouvée. M. Niboyet propose d'appliquer une règle indiscutable de notre droit positif, l'art. 3, al. 1 du Code civil : les lois de police et de sûreté obligent tous les individus sur le territoire. Règle de conflit qui a toujours existé en France.

Donc toutes les fois qu'une compétence étrangère se dérobe, mais que nous avons besoin en France de résoudre une question, la police du territoire étant en cause, l'art. 3 § 1 nous donne une règle de compétence de la France qui permet d'appliquer la loi française d'une manière satisfaisante et sans faire appel au crochet du renvoi. Il n'y a pas de renvoi; il y a refus de compétence du pays étranger et en présence de cette situation nous avons une nouvelle situation qui ne peut pas rester sans solution et qui, en vertu de l'art. 3 § 1 du Code civil entraîne la compétence française.

De cette façon il semble qu'on puisse conserver et le résultat du renvoi et la pensée de M. Lerebours-Pigeonnière en l'amendant quelque peu.

Conclusion

D'où la formule suivante : on fera appel à la compétence française toutes les fois qu'il y aura incompétence étrangère et

Source : BIU Cujas

que les intérêts de la France se trouveront en souffrance la police du territoire français appellera la substitution de notre compétence étrangère défaillante

Ainsi ce phénomène jurisprudentiel qui est entré dans notre droit positif pourra acquérir en quelque sorte droit de cité

Chapitre III

De l'intolérance de l'organisme juridique français en présence des institutions étrangères ou problème plus généralement connu sous le nom de

PROBLEME DE L'ORDRE PUBLIC

Hypothèse : compétence étrangère

Nous supposons que dans un cas déterminé nous devons appliquer une compétence étrangère, compétence de la loi compétence de l autorité ou compétence de la juridiction étrangère et que toutes les questions préalables que nous avons déjà rencontrées sont élucidées questions de qualification et de renvoi Il est entendu que nous devons appliquer le droit étranger

Incompatibilité du droit étranger compétent avec le nôtre

Mais alors voici un nouvel obstacle, hélas fréquent décevant et irrémédiable qui surgit encore trop souvent sur le chemin c est que par son contenu le droit étranger va être incompatible avec le nôtre Et l on peut se rendre compte de ce qu il y a d'irrémédiable il s'agit d opposition provenant de différences législatives et tant qu il y aura des pays différents il y aura des lois différentes car l idée d un Code universel est évidemment tellement lointaine qu'elle n entre pas encore dans les programmes actuels

La diversité des législations internes

Donc chaque pays a sa législation et cette législation est le produit de son histoire, histoire politique histoire sociale histoire religieuse Il y a des oppositions techniques ou morales telles que fréquemment d'un pays à l autre on se trouve dans une difficulté qui ne permet pas de reconnaître la compétence étrangère Par exemple, on voudra appliquer à un étranger sa loi

Source : BIU Cujas

pour son état ou sa capacité , il s'agira du fonctionnement d'une loi étrangère ou de l effet reconnu à un jugement rendu en pays étranger ; nous allons voir que l incompatibilité des institutions étrangères avec les nôtres va créer une sorte d état d'intolérance tel que l'on évitera par conséquent d'absorber dans notre organisme ce droit étranger

L'obstacle provient précisément du contenu des institutions étrangères L'application d'une institution ou la reconnaissance d'une institution en France produit toujours une sorte de phénomène de choc puisqu elle vient d'un pays différent du nôtre ; mais le tout est de savoir quelle sera l'importance de ce choc quelle sera sa violence

Deux ou trois exemples suffiront à montrer que précisément il y a des hypothèses dans lesquelles il y a trop de différence entre la législation étrangère et la notre

Par exemple il s agit de la détermination de la loi applicable à la légitimation d'un enfant Quelle est la loi applicable ? La règle française de solution des conflits répond compétence de la loi nationale des parents illégitimes Les parents sont étrangers donc application de leur loi nationale pour savoir s ils peuvent légitimer Le pays des parents admet supposons le la légitimation d'un enfant adultérin dans des conditions plus larges que la loi française Est ce que cette légitimation d'un enfant adultérin peut être reconnue en France dans les effets qu elle produira ? N y a t-il pas ici une considération de caractère social et moral qui dit nous ne pouvons pas admettre qu'un enfant adultérin soit légitimé alors qu en France on ne permettrait pas une pareille légitimation

Ou bien il s'agit de la reconnaissance d'un enfant adultérin Le droit français n admet pas la reconnaissance des enfants adultérins ; il admet la reconnaissance à fin de légitimation mais la reconnaissance seule est nulle Il y a des pays étrangers qui admettent cette reconnaissance Est ce que cette reconnaissance d enfant adultérin ne sera pas incompatible avec nos conceptions sociales ?

Ou bien il s'agit d une demande en divorce basée sur des motifs tels que ceux de maladie d'un des conjoints est ce que cela n'est pas contraire à nos idées morales ? Est-ce que nous pouvons admettre un pareil divorce ?

Prenons maintenant le conflit des autorités , nous avons à apprécier une réquisition d'un bien intervenue en pays étranger mais qui en réalité était une véritable expropriation sans indemnité c'est à dire une spoliation Pouvons-nous nous associer à celle ci par nos tribunaux est-ce qu il n y a pas incompatibilité entre les institutions du pays étranger et les notres.

Et s'il s agit de l effet d'un jugement rendu en pays

Source : BIU Cujas

étranger ? A supposer que le jugement étranger condamne le débiteur à payer en francs-or, est-ce que cette condamnation en francs or ne va pas à l'encontre des règles françaises sur le cours forcé en vigueur à l'heure actuelle ? N'y a-t-il pas incompatibilité entre le droit étranger et le nôtre ?

L'application du droit étranger suppose une communauté juridique

Pour qu'un droit étranger puisse être reconnu et appliqué en France, il y a une condition essentielle (et sur ce point l'idée a été fort bien dégagée par le jurisconsulte Savigny au XIXème siècle et par beaucoup d'auteurs modernes notamment M. Bartin dans une très belle étude parue sur l'ordre public) l'idée dont il faut partir est celle de la communauté juridique des Etats.

La communauté juridique des Etats chez Savigny signifie que l'inter-application du droit n'est possible qu'entre Etats dont les institutions présentent entre elles une suffisante communauté, c'est-à dire une suffisante parenté. Si les institutions de deux pays déterminés sont trop lointaines l'une de l'autre, elles ne font pas partie de la même famille juridique, elles ne font donc pas partie de la même communauté juridique ; or, l'inter-application du droit n'a lieu qu'à l'intérieur du cercle dans lequel se trouvent les pays de la même communauté de ce droit.

Communauté juridique ne signifie pas identité évidemment car s'il y avait identité ce qui serait d'abord quelque chose d'impossible puisque l'identité n'est pas de ce monde, ce serait la négation du droit international privé qui, par hypothèse suppose qu'il n'y a pas identité des lois. Les conflits n'existent qu'autant qu'il y a opposition et variété des lois. Mais alors, quelles seront les limites extrêmes de cette communauté puisqu'elle ne suppose pas qu'elle ne peut pas supposer une identité ?

Limites de cette communauté

C'est ici qu'intervient ce qu'on peut appeler une loi du maximum de différence des institutions des pays en présence. L'hypothèse même est que les institutions sont différentes, mais de combien peuvent-elles être différentes, quel est le maximum de différence qu'elles peuvent présenter pour qu'on puisse les appliquer d'un pays à l'autre ? C'est là précisément tout le problème. On admettra une certaine latitude dans la différence au delà de laquelle il ne sera plus possible de faire appel à la compétence étrangère. En d'autres termes, entre l'institution étrangère et la nôtre il faut un minimum, et nous reprenons sous une autre forme juridique l'idée de Savigny, un minimum d'équivalence juridique. Ce minimum d'équivalence juridique doit exister sous

Source : BIU Cujas

peine de supprimer toute communauté du droit international privé.

Remarquez que cette idée n'est pas seulement une idée de droit international privé, mais on la trouve déjà en droit interne. Lorsqu'une loi nouvelle survient, les droits antérieurement créés ne subsistent qu'autant qu'il y a entre le droit ancien et le droit nouveau un minimum d'équivalence juridique. Toutes les fois que ce minimum fait défaut parce que la loi nouvelle a transformé les institutions juridiques, on ne peut plus faire la moindre reconnaissance des droits nés antérieurement parce qu'il n'y a plus la même communauté entre le passé et le présent. En droit interne, le législateur prend des mesures transitoires, mais entre la loi d'un pays et la loi d'un autre pays, toutes les fois que la transition est trop brutale un choc se produit qui ne permet pas d'appliquer le droit étranger.

On peut encore dire qu'entre le droit étranger et le nôtre il faut qu'il y ait une sorte de nivellation minima.

Mais d'où peut provenir l'insuffisance d'équivalence ? Cette insuffisance dans l'équivalence des institutions peut provenir soit d'un élément de technicité du droit soit d'une considération de pure opportunité.

Elément de technicité du droit

Défaut d'équivalence dans la technique

Supposons que dans un pays étranger on admette l'hypothèque mobilière et qu'on nous demande de reconnaître en France sur un bien qui s'y trouve maintenant transporté l'hypothèque née à l'étranger. Entre le pays étranger qui admet l'hypothèque mobilière, et la France, qui l'ignore, il y a insuffisance d'équivalence juridique. Il faudrait que les deux pays admettent l'hypothèque mobilière ; ils pourraient la règlementer un peu différemment on pourrait tout de même passer de l'un à l'autre. Mais si l'un ne l'admet pas du tout ce qui est le cas de la France, comment pourrait-on reconnaître l'hypothèque mobilière en France puisque nous n'avons pas d'institution sur ce point. Nous n'aurions pas possibilité de la faire fonctionner. Il faut qu'il y ait en droit français des institutions qui servent de support au droit dont on peut se prévaloir.

Il y a ici un choc qui se produit par suite des considérations techniques trop différentes trop lointaines des deux pays l'un par rapport à l'autre.

Prenons un autre exemple : l'inaliénabilité dotale et renversons l'hypothèse. Supposons que ce soit une femme fran

Source : BIU Cujas

qaise mariée sous le régime dotal qui veuille se prévaloir hors de France de son inaliénabilité dotale ; le peut-elle ? En France évidemment Mais peut-elle se prévaloir de son inaliénabilité dotale dans un pays étranger ? Oui à la condition que le pays étranger connaisse dans ses institutions le régime dotal ou l'inaliénabilité des biens S'il n'y a pas dans les institutions du pays étranger de régime d'inaliénabilité il ne peut pas y avoir non plus de moyens pour faire fonctionner pour reconnaître cette inaliénabilité Il y a entre le droit français qui accorde l inaliénabilité dotale et le pays étranger qui l'ignore insuffisance complète de communauté juridique Il n'y a pas d équivalence juridique il y a un pas trop grand pour passer d une législation à l autre et l'inter application de cette loi ne pourra pas se faire

L insuffisance de communauté juridique ou l insuffisance d équivalence juridique peut encore résulter et encore beaucoup plus souvent de raison d'opportunité

Défaut d équivalence tenant à des raisons d'opportunité

Il faut bien reconnaître qu étant donné les grands courants du droit dans l'ensemble des pays de plus en plus les institutions juridiques arrivent à avoir des constructions assez proches les unes des autres ; il y a encore des cas qui diffèrent comme l'hypothèque mobilière ou l inaliénabilité dotale mais sur beaucoup de questions la construction technique finit par se rapprocher beaucoup d'un pays à l'autre

Au contraire ce sont les solutions d'opportunité qui les éloignent le plus c'est à-dire les solutions données dans chaque pays pour des raisons purement sociales dans lesquelles entrent l élément politique l'élément moral l élément religieux bref de pures raisons d'opportunité Or ce sont celles là parce qu elles sont le reflet de la société de chaque pays qui à juste titre manifestent précisément les oppositions les plus grandes Et les exemples ici foisonnent

Ce sera par exemple le cas du divorce admis dans certain pays et rejeté dans d'autres Comment les époux étrangers pourraient ils demander le divorce à un pays qui ne l admet pas ? Comment des Français la France admettant le divorce pourraient ils demander à un pays comme l'Espagne qui l'ignore de prononcer leur divorce ? Il n'a pas l'institution du divorce Il y a ici insuffisance totale de communauté juridique

De même pour ce qui concerne la légitimation la reconnaissance des enfants naturels ou adultérins ce sont de ces matières dans lesquelles les considérations d opportunité sociale jouent un très grand rôle et opposent le plus les législations les unes aux autres

Source : BIU Cujas

Ou bien - raison d'opportunité - cela pourra être le mauvais fonctionnement d'une tutelle dans un pays étranger, comment pourrions-nous la reconnaître en France ? Voilà un étranger qui est soumis à une tutelle qui devait être organisée à l'étranger ; les autorités de tutelle s'en désintéressent complètement, il y a carence de leur part. Il y a là véritablement une insuffisance d'équivalence juridique entre la façon dont doit fonctionner la tutelle en pays étranger et celle dont nous concevons que les choses devraient se passer.

Quelle est alors la conséquence de ce fait qu'il y a dans un cas concret insuffisance d'équivalent juridique ?

Le remède au défaut de communauté juridique : l'exception d'ordre public

Il est indispensable d'avoir un remède parce que si nous ne l'avions pas il se produirait un mal, un très grand mal c'est-à-dire l'obligation d'accepter, d'adopter cette compétence étrangère qui créerait un malaise social, un véritable trouble, un scandale parfois même une impossibilité lorsqu'il s'agit de raisons techniques. Il faut donc un remède qui permette de verrouiller le droit étranger, c'est-à-dire de ne pas l'appliquer alors que normalement on aurait dû le faire.

Ce remède, c'est une exception, l'exception d'ordre public. La règle française de conflit contient donc au sujet de l'application de toutes les compétences étrangères une condition coutumière mais nécessaire, c'est la réserve que le droit étranger présente une équivalence suffisante avec le nôtre, réserve qui est sous-entendue et que personne n'a jamais contestée.

On peut donc donner la définition suivante de l'exception

Définition

L'exception d'ordre public est le remède en vertu duquel il est fait échec à la compétence étrangère au cas d'une incompatibilité juridique entre les institutions des deux pays.

Cette définition montre qu'il y a donc une dérogation et ceci est capital, à ce que devrait être normal. Normalement nous aurions dû appliquer la compétence étrangère, mais nous allons déroger à cette règle parce que nous ne pouvons pas le faire dans certains cas. Nous allons y déroger en nous protégeant par l'exception d'ordre public.

On se rend compte de la gravité du mal puisque même si tous les pays - ce qui n'est pas et vraisemblablement ne sera pas avant bien longtemps - si tous les pays avaient la même règle de conflit ils n'auraient jamais les mêmes institutions

Reproduction interdite
Source : BIU Cujas

internes ; par conséquent les cas d'opposition existeront toujours. Nous dirons presque que ce n'est pas un mal, que c'est au contraire un bien, parce que la législation de chaque pays doit être adaptée aux exigences de son milieu social. Il ne s'agit pas de faire une sorte de législation espérantiste ; la législation doit être conforme au génie de chaque pays.

Terminologie

Au point de vue terminologie, l'expression consacrée pour notre matière est celle d'ordre public, mais il faut s'arrêter un instant à ce problème parce que le mot d'ordre public est pris souvent dans bien des sens qui n'ont pas beaucoup de rapport avec le nôtre.

On entend parler dans diverses matières, notamment en droit civil, de l'ordre public ; ceci est conforme ou contraire à l'ordre public ; telle convention est valable ou nulle parce qu'elle est contraire à l'ordre public. Il y a d'ailleurs un texte du Code civil, l'art. 6 qui parle des lois qui sont contraires à l'ordre public et aux bonnes moeurs.

Or, notre ordre public n'est pas du tout le même ; le langage juridique manifeste ici une très grande pauvreté. Ce que l'on entend par ordre public en général en dehors du droit international privé, c'est tout ce qui est impératif. Quand on dit qu'une convention est contraire à l'ordre public, c'est qu'elle contrevient à une loi impérative et, par suite, elle est nulle ; il y a donc synonymie à établir entre loi impérative ou obligatoire et ordre public.

En droit international privé, le mot d'ordre public n'a pas ce sens du tout car s'il l'avait ce serait la suppression même de la compétence de toutes les lois étrangères. Si toute loi impérative était d'ordre public, nous n'appliquerions jamais en France aucune loi étrangère ; notamment en matière de divorce on dirait : en France la loi de divorce est impérative.

En Droit international privé l'ordre public veut dire simplement que les lois étrangères par leur contenu doivent être conciliables avec les nôtres. Ce n'est pas du tout la même conception, c'est quelque chose de beaucoup plus étroit que la notion de l'ordre public du droit interne qui est infiniment plus large.

On a parfois employé les expressions, pour les opposer d'ordre public absolu et d'ordre public relatif en disant que l'ordre public du droit international privé est l'ordre public absolu et l'ordre public du droit interne, l'ordre public relatif. Mais à cela on peut répondre qu'ils sont aussi absolus l'un que l'autre : en droit interne, lorsqu'une question d'ordre public est en cause, elle est absolue, elle n'est pas du tout relative ; et dans les rapports internationaux l'ordre public n'est ni absolu, ni relatif, il joue sur un terrain dif-

Source : BIU Cujas

férent. Répétons que seul le mot est commun, mais qu'on n'y met pas du tout le même contenu.

Pour marquer la différence entre l'ordre public du droit interne et celui du droit international on a souvent employé une expression qu'on rencontre souvent dans les livres, et dans des décisions judiciaires même modernes, d'ordre public international opposé à l'ordre public interne.

Mais malheureusement l'expression "ordre public international" évoque l'idée d'un ordre public qui serait international, comme par exemple la suppression de la traite des nègres ou l'interdiction de la piraterie. Il y a un certain nombre de conditions contraires au droit international public qui sont d'ordre public international ; ce n'est pas du tout notre ordre public, c'est même le contrepied. L'ordre public international est en effet le droit public commun à tous les Etats, tandis que notre ordre public à nous, c'est au contraire, une manifestation du paroxysme national.

L'expression "ordre public international" veut donc dire ici ordre public pour les questions internationales et pas du tout un ordre public qui, de sa nature, serait international.

Il nous reste alors à voir, en fonction de cette idée générale que l'ordre public est un remède sous forme d'exception qui écarte une solution normale, quelles sont les conditions d'intervention de notre exception et quels sont ses effets.

Section I

Conditions d'intervention de l'exception d'ordre public

Il y a trois conditions à l'intervention de l'exception d'ordre public :

Ière condition : il faut un cas de compétence normale étrangère,

2ème condition : il faut diagnostiquer le défaut d'équivalence juridique,

3ème condition ; il faut déterminer la phase d'un droit où se manifeste ce défaut.

Source : BIU Cujas

§ I - Première condition : Il faut la compétence normale étrangère

L'ordre public constitue une exception à la compétence normale

Cette compétence étrangère peut être ou bien celle de la loi étrangère ou bien celle d'une autorité étrangère, ou bien celle d'une juridiction étrangère. D'où - et ce point est un des plus importants de la matière de l'ordre public - il n'y a pas de place pour l'ordre public c'est-à-dire pour l'intervention de l'exception de l'ordre public toutes les fois qu'il n'y a pas en principe compétence étrangère. L'exception d'ordre public est un remède pour se défendre contre un mal qui résulterait de la compétence étrangère ; il n'y a pas lieu de faire appel à cette exception si ce mal n'existe pas, c'est-à-dire s'il n'y a pas compétence étrangère. Donc l'expression d'ordre public doit être bannie du vocabulaire d'une manière absolue toutes les fois qu'il y a déjà compétence française pour une autre cause.

Lois impératives et ordre public

Et à cet égard, il y a souvent des confusions en doctrine et en jurisprudence où l'on confond lois impératives et exceptions d'ordre public. Si nous sommes dans une des matières que nous allons énumérer maintenant, où la loi française est nécessairement et toujours compétente, il n'y a pas lieu de faire appel à l'exception d'ordre public. L'exception d'ordre public est une médecine, or, en principe on ne prend une médecine que lorsque l'on est malade, c'est-à-dire dans le cas qui nous occupe, lorsqu'il y a une compétence étrangère.

Voici les applications de cette idée sur laquelle on ne saurait trop attirer votre attention.

a)- Les lois pénales françaises : lorsqu'il s'agit d'infractions qui ont eu lieu en France elles s'appliquent normalement. On ne peut pas concevoir une compétence étrangère pour réprimer une infraction qui a eu lieu sur notre territoire il ne faut donc pas dire que la loi pénale française est d'ordre public. Elle l'est au point de vue du droit interne, mais à notre point de vue il ne faut pas dire que la loi pénale française s'applique en vertu de l'exception d'ordre public. S'appliquer en vertu de l'exception d'ordre public signifierait que nous repoussons une compétence étrangère normale ; or, il n'y a pas de compétence étrangère lorsqu'un délit est commis sur le territoire français.

Source : BIU Cujas

b)- Les lois de police - Il en est de même toutes les fois qu'une loi française de police intervient en vertu de l'article 3 al I Les lois de police et de sûreté obligent tous les individus sur le territoire, l'ordre public n existe pas puisqu'il n'y a pas de compétence étrangère. On ne peut pas concevoir que dans une matière qui intéresse la police du territoire et pour des faits de France une question de publicité ou la responsabilité délictuelle en matière civile on applique une loi étrangère. Par conséquent l'exception d'ordre public n'intervient pas ici , nous sommes en présence de compétence française normale.

Il ne faut donc pas oublier de se poser la question - y a-t-il ou n'y a-t-il pas compétence normale étrangère ? S'il n'y a pas compétence normale étrangère, il n'y a pas à faire intervenir l'exception d'ordre public il y a d'emblée compétence française. Et celarésulte d'une idée déjà développée à la fin de la matière du renvoi. Nous avons dit que lorsque la compétence étrangère n'existait pas on revenait à la compétence française, non pas du tout par renvoi du pays étranger mais parce qu'il y a des situations qui ne peuvent pas rester sans règlementation. La police du territoire, par application de l'art. 3 al. I du Code civil, exige qu'on donne une solution à certains problèmes par exemple les successions pour des biens situés en France. En pareil cas il y a compétence normale française, et pas du tout pour des raisons d'ordre public

Nous dirons la même chose de toutes les lois de propriété C'était la grande erreur de l'école de Mancini que d'avoir dit; en principe nous appliquerons la loi nationale des individus mais exceptionnellement la loi de la situation des biens au nom de l'ordre public Ce n'est pas une compétence d'ordre public c'est une compétence de principe La loi de la situation régit normalement les biens la compétence française ici est une compétence rigoureusement normale ; par conséquent nous sommes en dehors du terrain de l'ordre public.

c)- Lois politiques. Même observation pour ce qui concerne les lois politiques. Les lois politiques française sont évidemment faites pour s'appliquer et ne s'appliquer qu'en France, il n y a pas besoin de faire appel à l'exception d'ordre public, c'est-à-dire à cette idée d'une médecine pour repousser un mal qui résulterait de l'application d'une compétence étrangère

d)- Lois fiscales. On peut citer encore les lois fiscales françaises ou encore - car cette énumération n'est pas limitative - toutes les lois de procédure. Dans le cas d'un procès

Source : BIU Cujas

en France, les lois de procédure française doivent s'appliquer bien entendu, mais c'est leur compétence de principe, c'est leur compétence tout à fait normale.

e)- Conflits d'autorités. Voyons maintenant des exemples touchant aux conflits d'autorités. Un pays étranger n'organise pas la tutelle d'un de ses nationaux, mais cet individu vit en France ; c'est un mineur, on ne peut pas le laisser sans tutelle. Ou bien c'est un majeur qui a besoin d'une protection. Du moment que le pays étranger n'organise pas de tutelle, il faut pour cet individu qui est en France l'organisation d'une tutelle, et ce ne sera pas au nom de l'ordre public, ce sera parce qu'il y a des intérêts français à ce que les mesures de protection soient prises contre l'individu. On peut les rattacher aussi à l'art. 3, al. I du Code civil. C'est une mesure de police de doter un mineur étranger en France d'une tutelle si son pays ne lui en donne pas.

f)- Conflits de juridictions. Enfin, quant aux conflits de juridictions, lorsqu'aucun tribunal étranger ne peut connaître d'un procès dans le pays même de l'étranger, on dit que nos tribunaux peuvent être compétents pour éviter le déni de justice, c'est-à-dire le refus de justice à quelqu'un qui a besoin d'une solution judiciaire d'un de ses intérêts. Ici encore, la compétence française sera basée sur ce fait que les individus étant en France, il y a une idée de base de la vie juridique qui veut que leurs intérêts ne restent pas en souffrance. Ce sera donc une compétence française normale.

Bref, il faut rejeter toute assimilation de la compétence normale française ou d'un pays avec l'idée de l'ordre public ; on a justement reproché à un auteur extrêmement éminent, Antoine Pillet, d'avoir, dans son système général de l'ordre public, assimilé en somme les lois impératives et les lois d'ordre public. Toutes ces lois dont nous venons de donner l'énumération, Pillet les faisait entrer dans le compartiment de l'ordre public qui en somme ne servait à rien, ce qui a soulevé les vives critiques de son contemporain M. Bartin : c'est véritablement exprimer des paroles qui n'ajoutent rien.

Conclusion.- Nous limiterons par conséquent l'intervention de l'exception de l'ordre public, comme l'indique la première condition, aux cas de compétence normale étrangère.

Source : BIU Cujas

§ 2 - Deuxième condition : il faut un diagnostic d'un défaut d'équivalence juridique: l'exception d'ordre public intervient quand il y a insuffisance de communauté juridique.

Les deux conceptions

Comment constater cette insuffisance juridique entre le pays étranger qui est compétent et le nôtre. Il y a à cet égard deux conceptions qui se sont partagé les opinions. L'une est la conception a priori ; l'autre est celle qui rejette précisément tout a priori et qui est une conception purement empirique.

La conception a priori

A - La conception a priori consiste à dire : nous ne pouvons pas abandonner ce problème à l'incertitude ou en laisser au juge la responsabilité, on craint de laisser se développer le danger d'amenuiser en quelque sorte beaucoup trop les compétences étrangères au nom de l'ordre public ; c'est une formule que l'on appliquerait peut-être trop aisément. D'où il faut l'enfermer dans des limites, il faut en donner une formule en quelque sorte. L'ordre public répond à un certain nombre d'éléments de base.

Critique de cette conception Son impossibilité

Dans cette conception a priori on énumère les conditions de réceptivité de cette exception d'ordre public, c'est-à-dire les cas dans lesquels il y a insuffisance d'équivalence juridique. Or, l'expérience a montré que toutes les tentatives étaient vaines. Elles étaient d'ailleurs parfaitement louables. On comprend très bien l'hésitation des auteurs disant "nous voudrions mettre un peu d'ordre et de limites à cet ordre public, nous ne voudrions pas que ce soit un procédé pour se débarrasser trop facilement de la compétence étrangère" ; l'idée est très facilement compréhensible, louable et si elle était réalisable, ce serait la perfection. L'expérience a montré que toutes les tentatives qui ont été faites en doctrine pour enfermer l'exception d'ordre public dans une certaine limite, fixée à l'avance, ont échoué que ce soit celles d'André Weiss ou de Pillet. Cette énumération visait non pas des lois étrangères de compétence normale, mais des lois françaises de compétence normale. Il y avait là un complet malentendu.

On ne peut énumérer les cas d'ordre public ni par voie législative - et d'ailleurs il n'y en a pas de précédent -

Source : BIU Cujas

ni par voie doctrinale ; nous verrons dans un instant pourquoi on ne le peut pas, ni même par voie de traités diplomatiques. Quand on a voulu à La Haye conclure au début de ce siècle un traité sur les successions, matière qui touche de si près aux intérêts politiques de chaque pays et où le défaut de communauté juridique est très grand, et y énumérer les cas d'ordre public, on a dit : à quoi sert-il de faire un traité si au nom de l'ordre public il devient possible de ne pas appliquer le traité ? Toutes les tentatives qui ont été faites dans cette conférence de La Haye pour arriver à enchasser l'ordre public dans une formule un peu étroite, qui permettrait de voir exactement quelles sont les hypothèses dans lesquelles on ferait appel à lui, ont échoué. Et pourquoi cela ? C'est qu'il est impossible de procéder à une énumération a priori pour les raisons suivantes :

Le défaut d'équivalence juridique est la constatation du fait qu'entre la législation de tel pays et la nôtre il y a insuffisance de rapport juridique, trop grande dénivellation juridique. Or, pour le faire apparaitre, il faut mettre en contact les institutions d'un pays étranger et les nôtres. Ce n'est que de ce contact, de ce choc entre de telles institutions étrangères et les nôtres que peut résulter l'ordre public ; on ne peut pas le savoir à l'avance, on ne peut pas dire : ceci est ou n'est pas de l'ordre public. C'est seulement lorsque notre institution se trouve en contact avec telle institution d'un pays étranger qu'on peut dire : oui vraiment il y a ici incompatibilité. C'est donc un a posteriori qui peut seul répondre à la question mais a priori il est impossible de le faire. Il faudrait donc juxtaposer toutes les institutions du monde entier : on voit le travail gigantesque auquel cela donnerait lieu.

Mais surtout le rejet de la conception a priori s'impose pour une raison péremptoire ; c'est que le défaut d'équivalence juridique est variable dans l'espace - variabilité spatiale - et qu'il est variable dans le temps - variabilité temporale Voyons ces deux éléments de variabilité

Variabilité spatiale.

L'ordre public varie dans l'espace

Qu'est-ce que le défaut de l'équivalence juridique ? C'est la constatation que les institutions d'un certain pays étranger n'arrivent pas à s' harmoniser suffisamment avec les nôtres pour que nous puissions les appliquer, leur reconnaitre un certain effet sur notre territoire Or, la carte du droit varie essentiellement d'un pays à l'autre. Tous les Etats ne sont pas arrivés au même stade de développement juridique ou

Source : BIU Cujas

bien sans établir d'ailleurs ce qui serait inexact des hiérarchies entre eux, leur développement juridique suit des stades, des progressions parallèles parfois, mais différentes D où une formule assez heureuse que l'on trouve sous la plume de M Bartin disant que le Droit international privé ne peut véritablement bien s'appliquer qu'entre pays qui ont le même développement géographique de leurs institutions juridiques c'est-à-dire entre pays dont les institutions qu'elles soient meilleures ou moins bonnes que les nôtres peu importe font partie d'un même arbre juridique que les nôtres

Ce défaut d'équivalence juridique peut affecter d'ailleurs des coefficients variables, il peut être absolu il peut être relatif Absolu, ce sera très rare Ce fut le cas autrefois par exemple entre les pays de chrétienté et les pays hors chrétienté, il y avait défaut absolu d'équivalence juridique. L'Islam pour des raisons confessionnelles se trouvant entièrement séparé de tous les droits des pays de chrétienté En pareil cas on pouvait dire que dans les rapports de ces pays les civilisations étaient trop différentes pour que des contacts puissent s'établir il y avait opposition totale

Mais ce ne sera plus le cas maintenant la variabilité que nous constatons aujourd'hui est une variabilité relative et se présente entre des pays de même civilisation mais dont les institutions, pour des raisons historiques ou d'opportunité sont autrement construites Telle institution étrangère peut être dans un pays de même civilisation que le nôtre incompatible avec les nôtres parce que conçue autrement, mais dans les rapports de ces mêmes pays il y aura peut être sur un autre point une institution française qui sera incompatible avec telle autre institution de ce pays étranger

Il y a donc une variabilité dans l'espace d'un pays à l autre Dès lors, comment énumérer a priori les cas d'ordre public puisque les exigences de l'ordre public sont propres à chaque pays ? L'ordre public est essentiellement national, voilà ce qui est essentiel ce qui exclut toute formule a priori

Exemple pris dans le statut personnel

Prenons le statut des personnes. Il y a des pays qui admettent et d'autres qui rejettent le divorce il y a des pays qui admettent le divorce pour des causes plus ou moins faciles Pour la filiation il y a des pays qui admettent la reconnaissance d'enfant naturel plus ou moins facilement Ce sont là des oppositions qui sont propres à chaque pays ; par conséquent ce qui sera d'ordre public en France ne le sera pas dans le pays étranger. Aucune énumération a priori ne peut être donnée

Source : BIU Cujas

Exemples pris dans les obligations

Prenons la matière des obligations. En France nous n'acceptons pas de pactes sur succession future ; la jurisprudence française les interdit à la fois dans les rapports internationaux et dans les rapports internes. Elle considère que le pacte sur succession future est quelque chose d'immoral ; elle a peut-être tort, elle a peut-être raison, mais sa position en tout cas est certaine.

Or, il y a des pays étrangers de la même civilisation juridique que la nôtre qui admettent parfaitement ces pactes sur succession future ; en particulier le Code civil suisse, qui est récent, admet la validité des pactes sur succession future. Comment énumérer a priori les cas d'ordre public puisque un pacte sur succession future fait en France ne sera pas valable en France mais sera valable en Suisse ; et inversement un pacte sur succession future fait en Suisse sera valable en Suisse mais pas en France. Les exigences de l'ordre public affectent un caractère essentiellement national.

Prenons la matière de la lésion dans les contrats : la lésion dans les contrats peut être construite de plusieurs manières différentes. Il y a des gens qui la construisent sur la notion de bonnes moeurs dans les contrats, entendue au sens large du mot ; or, il va de soi que dans ces pays s'il y a lésion dans un contrat, on considère que le contrat étranger heurte l'ordre public. En France, nous ne construisons pas la lésion sur les bonnes moeurs ; nous considérons qu'un contrat lésionnaire fait à l'étranger ne heurte pas l'ordre public. Tout cela est donc fonction des institutions de chacun des pays, et c'est pourquoi il faut absolument rejeter le vocable ordre public international.

Non, l'ordre public n'est pas un ordre public international, quelque chose de comparable au droit des gens ; l'ordre public est une notion propre à chacun des pays. Et dans un seul et même pays il peut encore être variable selon les espaces. Il y a, à cet égard, trois espaces à distinguer : l'espace international, l'espace interprovincial et l'espace intercolonial.

L'ordre public dans l'espace international

L'espace international. - Ce sont les conflits dans les rapports internationaux, et voici un exemple sur lequel nous allons raisonner.

Les clauses, si fréquentes à un certain moment dans les contrats, par lesquelles le débiteur stipulait qu'il ne serait pas responsable de sa faute ou s'exonérait en tout ou partie de sa faute, constituaient ce que l'on appelait les clauses

Source : BIU Cujas

de non responsabilité. La jurisprudence française a toujours décidé, sauf en matière maritime, que les clauses de non responsabilité étaient immorales ; on n'avait pas besoin de faire un contrat mais si on contractait on devait exécuter le contrat. L'idée de ne pas être responsable de sa faute était quelque chose de paradoxal avec l'idée même de contrat, par conséquent notre jurisprudence décide que les clauses de non-responsabilité sont contraires à l'ordre public.

L'ordre public dans l'espace interprovincial

Prenons maintenant l'espace interprovincial : ce sont les conflits entre diverses parties d'un même territoire. Or, sur ce point nous avions, depuis une vingtaine d'années, dans cette matière même dont nous avons pris l'exemple, entre les trois départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, et le reste de la France, un conflit inter-provincial. Nous avions maintenu pour les transports sur le Rhin la validité du droit antérieur ; or ce droit antérieur admettait la validité des clauses de non-responsabilité. Il y avait donc en France des transports qui pouvaient être faits avec des clauses de non responsabilité et d'autres au contraire, les transports intérieurs, où cette clause était absolument interdite en vertu de l'art. 103 du Code de commerce.

Dans l'espace interprovincial les clauses de non responsabilité n'étaient pas partout contraires à notre ordre public, puisque le législateur français les avait maintenues pour les transports du Rhin. Un tribunal français de l'intérieur de la France, saisi d'une action pour un transport sur le Rhin, ne pouvait pas dire : la clause de non responsabilité est contraire à l'ordre public. Il y avait deux ordres publics, l'un pour les rapports internationaux, la clause de non responsabilité étant nulle, et l'autre pour les rapports interprovinciaux où elle était valable. Parce que le législateur avait admis une double législation, l'ordre public n'avait pas les mêmes exigences.

L'ordre public dans l'espace intercolonial

Enfin, dans l'espace inter-colonial les exigences de l'ordre public sont encore moindres. Il y a une série de paliers décroissants. Ces exigences sont au maximum pour les rapports internationaux, elles sont moindres pour les rapports inter-provinciaux, et encore moindres dans les rapports inter-coloniaux. Il va de soi qu'elles sont moindres, car si l'ordre public était aussi exigeant dans les rapports inter-coloniaux que dans les rapports interprovinciaux, aucun mariage polygamique ne serait plus valable en Afrique du Nord pour les indigènes, alors que la législation indigène ayant

Source : BIU Cujas

été conservée de tels mariages ne peuvent pas heurter les tribunaux qui sont appelés en Afrique à en connaître.

Il y a donc des paliers dans l'ordre public et cela montre qu'une énumération a priori est essentiellement impossible puisque l'ordre public est très contingent.

Variabilité de l'ordre public dans le temps

Variabilité dans le temps. - Les législations de tous les pays changent, la nôtre comme les autres. Il se peut très bien qu'une institution d'une législation étrangère soit incompatible avec la nôtre aujourd'hui et ne le soit plus demain ; ou bien au contraire elle était compatible hier avec la nôtre et aujourd'hui elle devient incompatible. Cela dépendra des variations des législations ; à tout moment il y a des transformations.

On voit donc l'impossibilité d'énumérer les cas d'ordre public. Lorsqu'il y avait du papier et des marchandises à vendre, les commerçants faisaient des catalogues et la clientèle en était inondée, constamment ils la tenaient au courant de ce qu'ils avaient à vendre et des prix. Ici aussi il faudrait refaire à tout moment des catalogues pour se tenir au courant des modifications législatives du monde entier puisque ce qui à un moment donné heurtait ou non l'ordre public pourra ensuite se transformer.

Exemple du cours forcé

Prenons l'hypothèse du cours forcé sans remonter bien loin, une trentaine d'années au maximum. Jusqu'en 1914 il n'y a pas de cours forcé en France, donc les contrats passés en pays étrangers qui contiennent des clauses or peuvent recevoir toute leur efficacité en France il n'y a aucune incompatibilité, aucun défaut de communauté juridique entre les pays étrangers qui admettent la validité de la clause-or et la France avant 1914.

1914, la guerre, le cours forcé. Jusqu'en 1928 pendant une période de 14 années, prohibition sauf dans un certain nombre de types de contrats qu'on appelle les contrats internationaux des clauses-or. Si par conséquent un contrat, d'après une loi étrangère qui le régissait admettait la clause or celle ci allait à l'encontre du cours forcé en France et naturellement nos tribunaux saisis de la question la déclaraient sans valeur.

En 1928, intervient une nouvelle loi monétaire qui rend la liberté au commerce de l'or. Par conséquent, qui supprime le cours forcé. Donc ce qui était la veille contraire à l'ordre public a cessé de le heurter, les contrats qui ont été faits en pays étranger avec des clauses-or, peuvent librement produire leur effet en France. Mais ceci ne dure qu'un temps et c'est

Source : BIU Cujas

pourquoi cette expérience du cours forcé est instructive car elle montre les évolutions fréquentes de la législation : la loi du Ier Octobre 1936, sous l'empire de laquelle nous vivons encore, rétablit le cours forcé, c'est-à-dire l'inconvertibilité du billet de banque contre de l'or, et depuis cette date les contrats passés en pays étranger en valeur-or sont de nouveau devenus contraires à l'ordre public. Et il faut espérer qu'un jour la liberté des échanges internationaux sera de nouveau rétablie.

Cette variabilité des exigences de l'ordre public dans le temps rend impossible tout catalogue puisqu'il faudrait à tout moment le modifier.

Exemple du divorce

Pour le divorce, le même phénomène s'est produit. Du Code civil jusqu'à la loi de la Restauration en 1816, les tribunaux français pouvaient prononcer le divorce des étrangers ; depuis la loi de la Restauration jusqu'en 1884, nos tribunaux ne pouvaient pas prononcer le divorce des étrangers en France, même quand leur loi le leur permettait, parce que cette institution n'existait plus en France ; défaut d'équivalence juridique. En 1884 le divorce est rétabli. Par conséquent l'équivalence juridique a été reconstituée entre les pays étrangers qui admettaient le divorce et la France.

La recherche de la paternité

Prenons la filiation. Jusqu'en 1912 il y avait prohibition de la recherche de la paternité naturelle sauf le cas d'enlèvement avec séquestration. Depuis 1912, transformation complète de notre loi, la preuve de la paternité naturelle peut être faite dans un très grand nombre de cas : donc changement dans l'ordre public. Jusqu'en 1912 nos tribunaux n'acceptent pas les recherches de paternité, même si la loi étrangère les admet. Il y a donc insuffisance d'équivalence des législations des deux pays.

La conception empirique de l'ordre public

B - Pour conclure sur ce point, la notion d'ordre public étant essentiellement variable dans l'espace et dans le temps, il est impossible d'en dresser a priori les contours. Mais il faut tout de même bien donner une solution. La conséquence du rejet de tout système a priori, c'est qu'on est nécessairement appelé, quelque regrettable que cela soit, à adopter un système plus empirique. Il faut dans chaque cas concret qui se présente déterminer si les institutions étrangères heurtent ou non notre communauté juridique, si elles peuvent être reçues ou si elles doivent être rejetées.

Source : BIU Cujas

Le diagnostic est l'oeuvre du juge

Mais qui sera chargé de faire ce travail, de prendre cette décision ? C'est et ce ne peut être que le représentant de la société dans les choses judiciaires, c'est-à-dire le juge. Il est l'arbitre dans la matière. Il s'agit en somme de la constatation d'un fait : y a-t-il incompatibilité entre le droit étranger et le nôtre ? Y a-t-il un choc tel entre les législations que l'on ne puisse pas reconnaitre d'effet à la législation étrangère ? Le juge dira donc dans chacun des procès dont il est saisi : dans ce cas je considère que l'institution étrangère heurte ou non l'ordre public français. Cela dépendra donc essentiellement des conceptions du juge. Ses conceptions à lui-même seront le reflet du milieu social auquel il appartient et là encore il se produit une évolution, abstraction faite de toute modification législative, parce que les hommes changent d'opinion. Le juge peut à une certaine période avoir certaines conceptions qu'il n'avait pas quelques années auparavant et qu'il n'aura peut-être plus quelques années plus tard. Il y aura donc des transformations dans la sévérité ou dans la propension plus ou moins grande du juge français à dire : telle institution n'est pas contraire, ou est contraire à notre ordre public. Et même, cela dépendra, peut-on dire, des tribunaux ; ce qui dans un tribunal sera considéré comme heurtant l'ordre public sera peut-être devant un autre tribunal ayant d'autres idées, considéré dans un sens contraire.

Il est vrai qu'il y a le contrôle de la Cour de cassation, laquelle s'agissant de l'ordre public peut être saisie de la question. Mais il est assez rare qu'elle ait eu à statuer sur ce point.

Seul un catalogue expérimental est possible

Quoi qu'il en soit, il n'y a que le juge qui puisse dire ce qui est d'ordre public. Dès lors, tout ce que l'on peut faire c'est de dresser un catalogue expérimental des cas que les juges ont jusqu'ici retenus comme d'ordre public, en faisant bien attention de ne pas retenir des cas trop anciens, car il est des cas trop anciens qui ne seraient peut-être plus retenus aujourd'hui ; on doit se dire aussi que des cas qui n'ont pas été anciennement retenus le seraient au contraire peut-être maintenant. C'est en dépouillant les répertoires de jurisprudence que l'on trouve l'énumération de tous ces cas que l'on ne peut rapporter à cette place . V. le Répertoire de Droit international V° Ordre public.

Exemples : divorce pour aliénation mentale

Prenons d'abord le divorce. Les tribunaux français ont toujours, avant 1884, considéré qu'il était contraire à l'ordre

Source : BIU Cujas

public français qu'ils prononcent le divorce d'étrangers. Depuis 1884, ils considèrent qu'il est contraire à l'ordre public français de prononcer le divorce pour cause d'aliénation mentale du conjoint, cause qui n'existe pas en droit français. Les tribunaux refuseront généralement dans ce cas de prononcer le divorce ; ils considèreront qu'il y a incompatibilité entre la loi étrangère qui admet trop facilement cette cause de divorce et la loi française.

L'âge de la majorité

La question de l'ordre public s'est aussi présentée sur un terrain assez délicat, celui du terrain de la capacité. En principe, aux termes de l'art. 3, al. 3 du Code civil, la capacité est soumise à la loi nationale des individus ; par conséquent en France la capacité d'un étranger est soumise à sa loi nationale. Mais il n'est pas toujours facile de connaître la loi nationale de cet étranger, et puis cette loi nationale peut différer très profondément de la nôtre en ce qui concerne la capacité. Est-ce que nous appliquerons cette loi étrangère de capacité, quelle qu'elle soit, tiendrons-nous compte des incapacités étrangères ou inversement, tiendrons-nous compte de la capacité donnée par les tribunaux étrangers quelle qu'elle soit ?

Il se peut qu'il y ait dans certains pays étrangers - le cas a été soumis à nos tribunaux - des incapacités de caractère politique. Tiendrons-nous compte de celles-ci sur le territoire français ? Est-ce qu'il n'y aura pas incompatibilité entre le droit étranger et le nôtre ? Il se peut que dans tel pays étranger on reste incapable plus longtemps qu'en France. A ce sujet la Cour de cassation (Req.) a eu l'occasion d'émettre le 16 Janvier 1861 un grand arrêt de principe sur lequel il convient d'attirer l'attention, arrêt qui a consacré ce que l'on appelle la théorie de l'intérêt national ou encore de l'intérêt français ; c'est l'arrêt Lizardi.

L'arrêt Lizardi : la notion de l'intérêt français

Voici, d'après les faits de l'espèce, les circonstances qui éclairent l'intérêt français qui se présentait : le sieur Lizardi était un Mexicain qui avait une certaine fortune, une assez grande aisance et qui avait été envoyé par sa famille en France. Ceci se plaçait sous le Second Empire, période fastueuse. Lizardi était donc venu à Paris pour se façonner un peu au contact de notre civilisation. Il fréquentait beaucoup les magasins où se vendaient de belles choses et notamment le quartier qui entoure l'Opéra, et là il avait vu chez certain joaillier de ces bijoux qui lancent des reflets magnifiques et qui sont susceptibles d'exercer des fascinations. Bref, il acheta des bijoux.

Mais il fallut les payer. Lizardi émit une traite. Et à

Source : BIU Cujas

l'échéance il ne put pas payer. Il alla alors voir un avocat et celui-ci trouva un moyen. Lizardi avait 22 ans ; or, d'après la législation mexicaine qui était en vigueur à cette époque, la majorité au Mexique - et c'est de là qu'allait venir tout le procès - n'était qu'à 25 ans. Le joaillier répondit à cet argument qu'il ne pouvait pas se douter que ce grand jeune homme qui avait 22 ans n'en avait peut être pas plus et qu'en tout cas, il était encore un mineur. Or, d'après la législation mexicaine, Lizardi à l'époque où il avait signé les fameuses traites, était un enfant mineur. Il voulait donc se prévaloir de l'incapacité du Code mexicain ; peu importe qu'en France on soit majeur à 21 ans, que les traites que l'on signe soient valables, l'engagement qu'il avait contracté aux termes de son statut personnel qui d'après l'article 3 § 3 était applicable, cet engagement n'était pas valable. Il cherchait ainsi à échapper à une obligation qui n'était pas minime parce que le prix des bijoux au charme desquels il n'avait pu résister était élevé.

Et c'est ainsi que nos tribunaux furent saisis de la question de savoir si l'on pouvait, si l'on devait appliquer le statut personnel de Lizardi, ce qui avait pour conséquence que l'engagement ayant été contracté par un mineur était conformément au droit du Mexique frappé de nullité. Le joaillier n'aurait pas eu d'action pour ses bijoux et il n'aurait eu qu'à s'en prendre à lui de l'imprudence qu'il aurait commise en les vendant à crédit.

Mais le joaillier lui aussi se défendit et prétendit en sens contraire qu'il était impossible de faire aucun commerce s'il fallait demander à chaque acheteur et son âge et sa nationalité et annexer au comptoir de toute maison de commerce un bureau de contentieux pour savoir quel était l'âge des personnes et quelle était leur capacité.

A cette occasion la Cour de cassation a décidé que l'on pouvait se contenter de se fier aux apparences ; peu importe qu'un individu appartienne à un pays où il n'est pas encore capable ; comment pourrait-on le savoir ? On peut demander à un commerçant français qu'il ne traite pas avec un mineur français ; s'il a des doutes sur l'âge de la personne qui approche de la majorité il n'a qu'à lui demander de justifier de son âge, mais en présence d'un étranger de 22 ans peut-être lui avait-il demandé son âge - comment le commerçant pouvait-il penser que l'individu n'était pas capable d'après la loi de son pays d'origine ?

Aussi pour des raisons d'incompatibilité entre cette loi étrangère et les exigences du commerce français, la Cour de cassation a-t-elle admis que l'engagement serait valable au nom de l'intérêt français. Car on se rend compte qu'il n'y aurait aucun commerce possible que ce serait une paralysie

Source : BIU Cujas

totale du monde des affaires si l'on ne pouvait jamais traiter avec quelqu'un sans s'être assuré de sa capacité pour les opérations courantes. Et la formule très importante que la Cour de cassation a consacrée est la suivante :"pourvu que le commerçant ait contracté sans légèreté, sans imprudence et de bonne foi".

De bonne foi c'est naturellement dans l'ignorance de l'incapacité de l'intéressé; sans légèreté et sans imprudence c'est-à dire en s'entourant des précautions habituelles. Or, lorsque l'on entre dans un magasin pour acheter une marchandise en général le marchand ne peut pas pratiquement procéder à une enquête sur la personne. C'est donc une pure question de fait, de savoir si le co-contractant français a agi sans légèreté, sans imprudence et dans l'ignorance de l'incapacité de l intéressé

A cet égard on pourrait faire la différence suivante entre un acte qui est fait ainsi dans un magasin et qui est un acte instantané, un acte rapide et un acte qui se fait lentement c'est-à-dire pour lequel on se documente, par exemple un acte fait par un notaire Supposons une opération faite par devant notaire, telle qu une vente un prêt ou un contrat de mariage etc ... L'officier ministériel lui, doit apporter des précautions particulières dans la confection des actes et l on peut considérer que si l'on traitait dans ces conditions il y aurait imprudence et il y aurait légèreté, si l'on achetait par exemple ou si l'on vendait un immeuble sans s'entourer des renseignements sur la capacité des individus. Mais pour des actes courants, tels que les achats et ventes dans les magasins il est absolument impossible de demander de telles précautions L'ordre public exige dans ces conditions que l'on se contente de se fier à certaines apparences.

§ 3 - Troisième condition : Quel est le moment à prendre en considération pour apprécier le défaut d'équivalence juridique

A cet égard, il faut rappeler la distinction entre ces deux périodes de la vie d'un droit sur lesquelles nous avons beaucoup insisté entre la création et l efficacité du droit

Deux situations sont possibles : le défaut d'équivalence juridique se manifeste seulement à la phase de la création de droit ou bien il se manifeste également à la phase de l'efficacité

Reproduction Interdite

Source : BIU Cujas

A Première situation Le défaut d équivalence juridique se manifeste seulement à la phase de la création du droit

Le principe

Aucun droit ne peut être créé en France si les exigences de notre ordre public s'opposent à cette création , donc toutes les fois qu'il s agit de créer un droit en France il faut se demander si les exigences de l'ordre public sont relatives à la création du droit ou simplement à son efficacité. Si les exigences de l ordre public français concernent la création du droit, il faudra leur satisfaire. Ce n'est donc pas l'ordre public tel qu'il se présentera à l'époque d'une contestation qu'il faut envisager mais l'ordre public tel qu'il existait au moment où le droit est né.

A cet égard on peut faire un rapprochement entre le conflit dans l'espace et le conflit dans le temps, sur le terrain de l'art 2 du Code civil quel est le moment qu'il faut prendre en considération lorsque l ordre public interne change ? Est-ce le moment où l'on se prévaut d'un droit ou le moment où l'on veut le faire naître ? C'est incontestablement le moment où l'on veut faire naître un droit Donc si la loi nouvelle permet ce que la loi ancienne interdisait ce qui était interdit reste interdit car il faut se placer au moment où le droit naît.. Inversement si la loi ancienne permettait ce que la loi nouvelle interdit, cela reste permis puisque c'est au moment de la création du droit que l'on doit se placer pour savoir si l ordre public est ou non en cause.

Applications

Il faut donc se demander si c est la création du droit que l'ordre public interdit ou son efficacité. Voici un exemple emprunté à la jurisprudence : supposons une clause monétaire insérée dans un contrat, en 1924 par exemple. A cette époque il y avait encore en France le cours forcé La clause monétaire était contraire au cours forcé, donc elle heurtait l'ordre public français Mais depuis 1928 jusqu en 1936 le cours forcé avait cessé Or, supposons que la question se soit présentée devant nos tribunaux en 1933, c est-à-dire à une époque où le cours forcé n'existait plus : est-ce que la clause monétaire était valable ou non ? Elle n était pas valable puisque, à l époque où le contrat avait été passé en 1924 il y avait le cours forcé Il ne faut pas se placer au moment du procès mais au moment de la formation du droit

Le tout est de savoir si au moment où le droit a été formé il était possible en France d'après les exigences de notre ordre public

Source : BIU Cujas

Autre exemple : des lois relativement récentes, qui remontent à 20 ou 25 ans ont admis la légitimation de la plupart des enfants adultérins. Supposons un enfant adultérin légitimé il y a quarante ans : aujourd'hui il pourrait être légitimé en France, mais il y a 40 ans il ne le pouvait pas : est-ce que sa légitimation produira des effets ? Il peut y avoir intérêt aujourd'hui encore au point de vue successoral. Non cette légitimation n'était pas valable au point de vue de notre ordre public lorsqu'elle est intervenue, même si la loi étrangère l'admettait ; c'est au moment de la naissance du droit qu'il faut se placer c'est lorsqu'il s'agit d'apprécier la validité d'un droit

Seule la création du droit en France heurte l'ordre public. D'où possibilité d'invoquer un tel droit créé à l'étranger

Ceci est très important au point de vue des conséquences : c'est qu'en pareil cas, ce qui heurte l'ordre public, c'est et ce n'est que la création du droit. Mais une fois que le droit est créé lui-même ne heurte pas l'ordre public. Et dès lors on arrive à cette conséquence indiquée précédemment, qu'on pourra parfaitement se prévaloir en France de certains droits bien qu'on n'aurait pas pu, au nom de l'ordre public, les y acquérir. Pourquoi ? Parce que c'est la création du droit qui heurte l'ordre public et non pas le fait de se prévaloir de ce droit.

Conséquences

A ce point de vue un ou deux exemples traditionnels qui se sont produits sont tout à fait convaincants. Jusqu'en 1884 il était impossible à un étranger d'obtenir le divorce en France : notre ordre public s'y opposait, il ne pouvait donc pas obtenir la création de cette situation nouvelle, c'est à dire la dissolution de son union conjugale : l'ordre public s'y opposait, parce qu'il n'y avait pas de procédure de divorce, parce qu'il y avait incompatibilité absolue entre l'institution étrangère qui admettait le divorce et la nôtre.

Mais l'incompatibilité ne se manifestait qu'à la phase de la création du droit parce qu'il n'était pas possible qu'il y ait de la part des autorités françaises une intervention active pour prononcer le divorce. Supposons maintenant que le divorce eût été prononcé à l'étranger, puisque l'ordre public en France n'était en cause que pour la création du droit, et que celle-ci ait eu lieu hors de France. Il s'agissait simplement de savoir si l'on pouvait en France se prévaloir de ce qui avait été fait ailleurs.

Or la Cour de cassation par un arrêt très important de la Chambre civile du 28 Mars 1860 (S. 1860 I 210 arrêt Bulkley) a décidé que l'on pouvait se prévaloir en France de certains droits quand ils avaient été acquis à l'étranger bien qu'on

Source : BIU Cujas

n aurait pas pu les acquérir en France : il n'était pas contraire à l'ordre public français d'invoquer la qualité d'époux divorcé ce qui était contraire à l'ordre public c'était de se faire divorcer en France.

Il y a donc une très grande différence entre le cas où l'on demande une intervention active française pour divorcer, et celui où l'on demande simplement de reconnaître ce qui s'est fait à l'étranger.

Bien que le divorce existe en France depuis 1884 la question n'a pas perdu son intérêt pratique. Supposons des époux appartenant à un pays où l'on peut divorcer pour aliénation mentale ou pour impuissance ; nous ne prononcerons pas ce divorce au nom de l'ordre public. Mais si les époux l'ont obtenu dans leur pays étranger rien ne fait obstacle à ce qu'ils puissent se prévaloir en France de leur qualité d'époux divorcé. Tout au moins c'est ce que la jurisprudence a décidé ; la jurisprudence a donc fait preuve d'un certain libéralisme en considérant que ce qui heurtait l'ordre public c'était de nous demander de divorcer mais non de reconnaître la qualité d'époux divorcés. Il est, en effet, absurde que nous refusions à des individus divorcés dans leur pays de les reconnaître comme époux divorcés ; ce serait vraiment travailler dans l'artificiel. Il faut faire des choses un peu réelles un peu plausibles et pratiques.

Il convient de signaler un très bon arrêt rendu récemment par la Cour de Nancy le 1er Mai 1935 qui déclare : "Attendu en effet qu'un droit né à l'étranger n'est pas contraire à l'ordre public français par cela seul qu'il n'aurait pu y être acquis ; attendu que ce qu'il importe de déterminer seulement c'est si les effets de ce droit acquis et l'application qui doit en être faite sont contraires à l'ordre public du pays dans lequel la décision doit être exécutée".

Ainsi, pour en terminer avec ce premier cas, lorsque l'ordre public se présente à la phase de la création du droit il empêche la création du droit mais il n'empêche que la création du droit en France et ne fait pas obstacle à son efficacité.

B - Deuxième situation : ici le défaut de communauté juridique est beaucoup plus grave ; il se présente aux deux phases.

Non seulement on ne pourra pas créer le droit en France mais on ne pourra même pas s'en prévaloir s'il est né en pays étranger parce que l'équivalence juridique doit exister aux deux moments et que le juge estime qu'elle n'est pas réalisée.

Donc toutes les fois qu'on voudra se prévaloir en France d'un droit né hors de France incompatible avec nos institution

Source : BIU Cujas

l exception d'ordre public devra jouer, tantôt pour des raisons de technique juridique tantôt pour des raisons d'opportunité juridique

Incompatibilité tenant à la technique

Applications au conflit de lois

Raisons de technique juridique - Une hypothèque mobilière a été constituée en pays étranger, elle ne pourrait pas être constituée en France du moment qu'elle a été constituée en pays étranger donc nous n'avons aucune raison pour en contester la validité tant que le meuble n'est pas en France. Mais si le meuble ou les meubles objets de l'hypothèque mobilière sont transportés en France et que le créancier cherche à exercer son droit contre les tiers en disant j'ai une hypothèque mobilière, ce droit ne peut évidemment pas produire l effet en France parce que nous ne connaissons pas en France l institution de l'hypothèque mobilière. Il y a insuffisance d équivalence juridique, l'ordre public va s'opposer à toute efficacité de ce droit même sur le terrain de l'efficacité. Comment reconnaitrions-nous une efficacité à ce droit puisque nous n'avons pas l'institution d'hypothèque mobilière sur le territoire français ?

Même solution pour un gage mobilier sans dépossession du débiteur. Dans un pays étranger des marchandises font l objet d'un gage, mais le créancier n'est pas en possession. Ultérieurement ces marchandises arrivent en France et il y a une contestation. On peut supposer que le débiteur ne paie pas et qu il soit insolvable, car s'il était solvable il aurait des biens à saisir ; est-ce que les créanciers gagistes peuvent faire valoir leur gage sans dépossession ? Là encore les tribunaux décideront que le gage sans dépossession est contraire à notre ordre public. L'institution du gage sans dépossession et la nôtre sont des institutions vraiment trop différentes l'une de l'autre, par conséquent il y aura inopposabilité sur le territoire français du droit de gage.

Applicationau conflit des autorités

Prenons maintenant un exemple emprunté à la matière des autorités : une tutelle est organisée en pays étranger. Cette tutelle suppose pour fonctionner des rouages que nous ne possédons pas en France. L'étranger en question vit en France et il s'adresse à un juge français en lui disant "voulez-vous prendre le rôle qui dans mon pays appartient à ce que l'on appelle le juge des tutelles comme en Allemagne ou en Suisse". Ce n'est pas possible. Les juges ne peuvent pas se mettre ainsi à la disposition des particuliers. Le juge a une fonction réglementée ni le juge du tribunal civil ni le juge du

Source : BIU Cujas

tribunal de paix ne peuvent se transformer en juge de tutelle cela n'existe pas en droit français Tout ce que peut faire le juge de paix, c'est d'être président du conseil de famille

Il y a donc incompatibilité entre le droit du pays étranger et le nôtre et dans ces conditions la tutelle étrangère ne pourra pas fonctionner sur notre territoire.

Applications au conflit de juridictions

Prenons enfin un exemple emprunté à la matière des juridictions Supposons un jugement intervenu en pays étranger auquel à la différence de la loi française - car en France c'est extrêmement rare - la loi étrangère accorde l'autorité absolue de la chose jugée. En France la règle est, en principe l'autorité relative de la chose jugée

Si l'on demande à se prévaloir en France d'un tel jugement à l'égard des individus qui ont été parties au procès. pas de difficulté ; nous sommes dans les conditions de l autorité relative de la chose jugée. Mais si l'on demande à se prévaloir en France du jugement à l égard de personnes qui n'ont pas été parties au procès, c'est-à dire à lui faire produire l'autorité absolue de la chose jugée, peut-on invoquer la loi étrangère ? Non parce que l'autorité absolue de la chose jugée est quelque chose qui suppose un tel défaut de communauté juridique par rapport au droit français, c'est tellement grave d'opposer un jugement à des personnes qui n'ont pas été parties au procès, que cette autorité de la chose jugée ne pourra pas produire effet sur notre territoire

Voici donc quelques exemples d'impossibilité technique

Incompatibilité tenant à l'opportunité

Raisons d'opportunité. - Prenons un ou deux exemples pour des matières tirées de l'opportunité, dans des cas où il n'y a pas impossibilité technique, mais où véritablement la décision de la loi étrangère, de l'autorité étrangère ou de la juridiction étrangère heurte nos sentiments des convenances sociales, morales et autres. Il y a là une rupture de communauté juridique telle que le juge refusera l'application de la loi étrangère

Prenons d'abord un exemple emprunté aux conflits de lois puis aux conflits d'autorités, puis enfin aux conflits de juridictions.

Exemple de la capacité de la femme mariée

Conflits de lois.

Nous nous servirons encore de la matière de la capacité. Une personne invoque pour la validité d'un acte qu'elle a fait

Source : BIU Cujas

sa loi étrangère. Est-ce que l'on reconnaîtra l'efficacité à cette loi étrangère, reconnaîtra-t-on, selon les cas que la personne en question est capable ou incapable si le résultat va à l'encontre de ce que nous pouvons appeler les sentiments des convenances chez nous ?

Le cas s'est produit il y a une dizaine d'années pour une actrice bien connue. Elle se maria et son mari qui était un très riche ressortissant de la ville de Chicago prétendit s'être offert le luxe d'une femme qui n'aurait désormais d'autre théâtre que son foyer conjugal. Et c'est alors que surgirent les difficultés. L'intéressée voulut continuer à faire du théâtre, son mari voulut s'y opposer. Il fit alors défense au directeur d'un grand établissement parisien d'avoir à accorder l'accès de son établissement à sa femme et de ne pas mettre désormais son nom sur ses affiches en vedette. C'est dans ces conditions que la 3ème Chambre du tribunal de la Seine fut saisie de la question.

L'actrice prétendait qu'elle n'était plus française qu'elle était devenue ressortissante de l'Etat de Chicago puisqu'elle avait épousé un ressortissant de cette ville et que désormais elle était régie, en vertu de l'art. 3 al. 3 du Code civil, pour sa capacité, par la loi de cet Etat. Or d'après cette loi les femmes mariées jouissaient de leur pleine et entière capacité. Donc disait-elle j'ai toute ma capacité, je n'ai pas besoin de l'autorisation de mon mari pour exercer une profession, il n'a pas le droit de s'y opposer.

Dans ces conditions, il y avait dès lors un conflit qui se posait entre la loi de l'Etat de Chicago qui reconnaissait à la femme pleine et entière capacité d'exercer une profession sans l'autorisation et même à l'encontre de son mari et la loi française telle qu'elle était en vigueur à cette époque, et même telle qu'elle est encore puisque le mari a toujours un certain droit d'opposition. Est-ce que véritablement il n'y avait pas une différence trop grande entre ces deux lois pour qu'on puisse permettre d'appliquer la première à l'encontre de la seconde ?

C'est ce qu'a admis la 3ème Chambre du tribunal de la Seine. Elle a estimé que quoique puisse disposer la loi étrangère qui régissait les intéressés, la possibilité pour une femme mariée de jouer sur un théâtre et d'avoir son nom sur les affiches malgré l'interdiction de son mari, la possibilité de ne tenir aucun compte de la volonté de celui-ci et de bafouer son autorité, allaient à l'encontre de nos conceptions sur le rôle du mari dans la vie conjugale, et que ceci était d'ordre public en France.

On peut donc déduire de cette décision que les règles

Source : BIU Cujas

sur l'exercice de professions par des femmes mariées dans la mesure où la loi étrangère leur reconnait plus de droits que la loi française vont à l'encontre d'un certain nombre de convenances minima qui intéressent notre ordre public

L'expropriation sans indemnité

Conflits d'autorités.

C'est, par exemple lorsque des expropriations sont intervenues en pays étranger sans indemnité. La jurisprudence française considère que nul ne doit être dépossédé de ses biens sans une juste indemnité

On peut citer un arrêt des Requêtes du 5 Mars 1928 à propos de la flotte de la Ropit, flotte russe qui avait été expropriée et avait gagné les ports français Cet arrêt a décidé que l'expropriation sans indemnité qui avait été faite en Russie ne pouvait pas être reconnue sur le territoire français, que par conséquent les anciens propriétaires avaient gardé la propriété de leurs biens le principe de la légitime indemnité à la suite d'une réquisition ou d'une expropriation pour cause d'ordre public, étant d'ordre public

Conflits de juridictions

Un jugement étranger allant à l'encontre du cours forcé par exemple, sera contraire à l'ordre public français et ne pourra produire aucun effet sur notre territoire.

L'actualité de l'ordre public

Il convient de préciser, pour terminer sur ce point, le sens du principe de l'actualité de l'ordre public, formule due à Antoine Pillet. Elle signifie que pour déterminer l'époque de l'ordre public en matière d'efficacité des droits, il faut se placer au moment où l'on veut invoquer cette efficacité Quand il s'agit au contraire de la création des droits on doit se placer à l'époque de cette création. S'il s'agit donc de se prévaloir d'un droit né à l'étranger il faut savoir si, au moment où l'on veut s'en prévaloir, il est ou non conforme à l'ordre public, d'où le problème de l'actualité de l'ordre public. Tel droit qui était contraire à l'ordre public français quand il a été créé ne l'est peut-être plus aujourd'hui et peut produire ses effets en France. Inversement tel droit qui, quand il a été créé à l'étranger était conforme à notre droit mais ne l'est plus aujourd'hui où l'on veut s'en prévaloir, est un droit qui heurtera notre ordre public

Il faut se placer au moment où l'on veut invoquer le droit sur le territoire français pour voir à cet instant même cette actualité même, si le défaut de communauté juridique manifeste

Source : BIU Cujas

Section II

Effets produits par l'exception d'ordre public

Nous supposons réalisées les conditions d'intervention de l'exception. Il faut maintenant nous demander quel va être le résultat de l'intervention de ce remède.

Le but à atteindre N'oublions pas le but à atteindre c'est d'éviter le choc social, le mal qui se produirait si, dans certains cas qui heureusement constituent tout de même une exception, on était obligé de faire appel à la compétence étrangère, bien qu'il y ait incompatibilité juridique entre les deux pays. C'est donc d'éviter le mal. Il s'agit d'une exception, l'exception dite d'ordre public, qui permettra en quelque sorte de contingenter l'admission du droit étranger, comme on contingente une marchandise, comme on en limite la quantité ou qu'on supprime même toute possibilité d'importation. Il y aura une sorte de contingentement d'importation du droit étranger, à partir du point exact où le défaut d'équivalence juridique se manifestera dans les rapports juridiques. Ce contingent variera en somme selon le dommage que causerait la réception du droit étranger et ce dommage à son tour variera selon qu'il se présentera à la phase de la création ou à celle de l'efficacité des droits ; le dommage n'est pas le même selon qu'il s'agit de faire créer un droit ou simplement de se prévaloir d'un droit.

De sorte que notre exception, qui est un remède, doit être adaptée exactement à la mesure du mal qu'il convient d'éviter. Il ne faut pas rester en-deçà de celui-ci, il ne faut pas non plus le dépasser, puisque ce serait aller au-delà des exigences de l'ordre public.

§ I - Rôle de l'exception d'ordre public au stade de la création des droits

L'hypothèse Par hypothèse dans ce cas il s'agit de créer un droit en France. Ce droit qu'il s'agit de créer en France devrait normalement être soumis à la compétence étrangère. Or, on ne peut pas le faire parce que cel

Source : BIU Cujas

le-ci est incompatible avec les exigences de notre milieu juridique. Mais de quelle façon va agir notre exception ? Cela dépend de la façon dont le droit étranger est incompatible avec le notre et ici deux hypothèses sont à distingue:

Il se peut que le droit étranger accorde une faculté qui précisément n'est pas compatible avec nos exigences il permet de faire quelque chose qui n'est pas compatible avec nos exigences. Mais ce peut être l'inverse le droit étranger défend quelque chose et cette prohibition étrangère est incompatible avec les exigences de notre milieu. Dans le premier cas le droit étranger autorise et le nôtre défend ; dans le second cas le droit étranger défend et le notre autorise.

Reprenons ces deux hypothèses :

Le droit étranger permet ce que notre ordre public défend

I) Le droit étranger accorde une faculté qui normalement devrait être accordée puisque c'est lui qui est compétent mais on ne peut pas appliquer le droit étranger dans ce cas parce qu'accorder cette faculté cette autorisation et y participer c'est aller à l'encontre des exigences de notre communauté juridique.

Age de la puberté

Prenons la matière du mariage. La loi étrangère qui est compétente pour les conditions du mariage des étrangers, autorise celui-ci à un age qui est inférieur à l'âge légal du mariage en France pour l'homme ou pour la femme - 18 ans pour l'homme et 15 ans pour la femme. Il se peut très bien que pour des raisons parfaitement plausibles l'âge soit inférieur à ce qu'il est chez nous, donc normalement le mariage devrait être permis selon la disposition de la loi étrangère. Par exemple selon certaines coutumes indigènes, le mariage peut être permis pour la femme bien plus tôt. S'il en est ainsi, permettrons-nous ce mariage ? Evidemment, nous ne pouvons pas le permettre sur notre territoire. Il y a opposition entre le droit étranger qui permet et le droit français qui s'oppose. C'est cette différenciation qui constitue la rupture de la communauté juridique et qui constitue la cause de l'intolérance du droit étranger en France. En pareil cas, on ne pourra pas se prévaloir du droit étranger.

La reconnaissance des enfants adultérins

Ou bien une législation étrangère admet la reconnaissance des enfants adultérins que la nôtre prohibe. S'il en est ainsi il se produit là également un choc. Le juge estime qu'entre une loi étrangère qui autorise la reconnaissance d'enfant adultérien et la nôtre qui la prohibe il y a vraiment lieu à l'intervention du remède nécessaire de l'exception d'ordre public.

Source : BIU Cujas

Les pactes sur successions future

Encore un autre cas dans le domaine patrimonial une loi étrangère et il y en a plus d'une admet les pactes sur succession future. Voilà donc des époux qui font leur contrat de mariage sur le territoire français, peuvent-ils dans ce contrat insérer un pacte sur succession future et sera-t il valable ? Leur loi le leur permet, la loi française elle prohibe en principe les pactes sur succession future notre jurisprudence estime que la prohibition des pactes sur succession future intéresse l'ordre public même quand ceux-ci sont admis par une loi étrangère à raison de leur danger et, dans une certaine mesure de leur immoralité Cette conception est peut-être excessive mais c'est la conception du droit français, il ne s'agit pas de savoir si elle est exacte ou non Dans ces conditions le droit étranger qui admet le pacte sur succession future heurte l'ordre public français qui le prohibe

Que faut il faire dans ces divers cas ? Il faut empêcher l'application du droit étranger Il faut empêcher le mariage il faut empêcher la reconnaissance il faut empêcher que soit valable le pacte sur succession future Pour empêcher cela il faut éliminer le droit étranger, interdire ce qu il autorise le mariage ne pourra donc pas être célébré sur notre territoire la reconnaissance même si elle a eu lieu ne sera pas valable et enfin le pacte sur succession future qui serait fait sur le territoire français sera frappé de nullité

L'ordre public fait écarter le droit étranger

Mais quelle est exactement la fonction que va jouer en pareille matière le droit français ? Ici il y a des différenciations, peut-être nuancées et subtiles à faire, mais qui sont tout de même nécessaires Le droit étranger va être neutralisé, paralysé, évincé en quelque sorte, en vertu de l'exception d'ordre public. Quelle sera la conséquence de cette éviction ? C'est qu il n'y aura plus de droit étranger en la matière ; il n'y aura plus aucun droit en la matière pour règlementer le mariage, pour règlementer cette reconnaissance, pour règlementer ce pacte sur succession future Voilà le rôle de l'ordre public mais il ne va pas plus loin

Est-ce à dire que la loi française n aura pas à s'appliquer ? Elle pourra peut-être comme conséquence secondaire de l'intervention de l'exception d'ordre public avoir à s'appliquer mais non plus au nom de l'ordre public Elle pourra avoir à s'appliquer comme loi de compétence normale

Supposons en effet que des faits se produisent sur le territoire français il peut y avoir intérêt à les règlementer On fera intervenir la loi française comme loi de police ; aux

Source : BIU Cujas

termes de l'article 3, al. 1 du Code civil les lois de police obligent tous ceux qui se trouvent sur le territoire mais ce ne sera que dans le cas où il y aura vraiment un intérêt français. Il n'y a pas d'intérêt français à ce que ce mariage puisse être célébré, donc le mariage ne sera pas célébré il n'y a pas d'intérêt français à ce que la reconnaissance puisse intervenir bien au contraire Ce n'est que dans le cas où il y aurait sur le territoire français des intérêts français en souffrance que, faute de pouvoir appliquer la loi étrangère, on serait obligé de faire appel à la loi française, dans le cas où la loi étrangère autorise quelque chose que la nôtre prohibe

Le droit étranger prohibe ce que notre ordre public permet

2)- Le droit étranger prohibe quelque chose qu'au contraire le nôtre autorise

Ici l'intervention du droit français sera plus complète . la prohibition étrangère qui défend de faire un acte va à l'encontre de nos idées sur la communauté juridique. En pareil cas, si le juge estime qu'il y a rupture de communauté juridique alors il fera intervenir l'exception d'ordre public. L'exception d'ordre public va jouer ici un peu différemment de tout à l'heure. Tout à l'heure le droit étranger autorisait ce que le nôtre refusait , pour satisfaire l'ordre public français il suffisait de refuser de faire l'acte, de célébrer le mariage, de reconnaitre l'enfant, de faire le contrat. Ici le droit étranger défend de faire quelque chose. Or, ce qui est contraire à notre ordre public c'est cette défense ; nous ne voulons pas sur notre territoire empêcher de faire un acte parce que la loi étrangère défend de le faire, nous ne voulons pas nous associer à cette défense

Les empêchements à mariage

Par exemple, s'il s'agit d'un empêchement canonique né des voeux perpétuels, il y a des pays dans lesquels les voeux perpétuels constituent un empêchement au mariage, ce qui n'est pas le cas chez nous, en raison de la laicisation de l'institution . Il y a des pays où il y a empêchement de mariage entre personnes de couleur différente. Il y a l'exigence du mariage religieux qui existe dans certains pays parce qu'ils n'ont pas fait ce qui s'est produit dans bien des pays, notamment le nôtre, depuis la Révolution, la différenciation entre l'élément de forme et l'élément de fond dans la conclusion du mariage ; ils estiment que la célébration religieuse qui est du formalisme évidemment, est aussi un élément de fond. Naturellement dans la doctrine de l'Eglise catholique c'est essentiel puisque cela constitue un sacrement, les deux choses sont liées, mais il y a des pays dont la législation civile a encore conservé ce système.

Devons-nous par conséquent consacrer en France des inter-

Source : BIU Cujas

dictions de se marier autrement que religieusement et défendre aux personnes de ce statut personnel de célébrer un mariage purement civil sur notre territoire ? Quelles sont les exigences en pareil cas, de notre communauté juridique ?

L'ordre public fait échec à la prohibition Le droit français s'applique

L'exigence de notre communauté juridique c'est que ces prohibitions en général ne produisent pas d'effet sur notre territoire ; donc l'exception d'ordre public va faire rejeter le droit étranger, la prohibition va disparaître Mais quelle sera la conséquence de ce rejet de la prohibition étrangère ? C'est que le rapport de droit va devenir apatride Il ne suffit pas de dire nous empêchons le droit étranger de s'appliquer, il faut tout de même que les personnes puissent faire sur le territoire français précisément cet acte que la loi étrangère leur interdit Si nous faisons intervenir simplement notre exception d'ordre public cela ne leur permet pas de faire l'acte sur le territoire français Il faut qu'ils puissent invoquer les règles du droit français, se placer sous l'empire du droit français pour pouvoir faire sur notre territoire cet acte qui normalement aurait dû être sous l'empire de la loi étrangère et ne pourra pas l'être

Ici il y aura beaucoup plus de cas pratiques Par application de l'art. 3 al I du Code civil, on dira qu'un fait se situant sur le territoire français la possibilité de se marier civilement, la possibilité de ne pas tenir compte d'un engagement confessionnel -, fait partie des lois de police du territoire et dès lors le mariage sera possible en vertu de la loi française. Il ne faut pas dire que c'est en vertu d'une loi d'ordre public : l'exception d'ordre public n'a qu'un effet d'élimination du droit étranger, elle ne va pas plus loin Il y a une situation française qui doit tomber sous l'empire de la loi de police pour permettre la célébration du mariage. Notre loi s'appliquera donc, en pareil cas, comme loi de compétence normale puisque ce qui empêchait sa compétence normale c'est à dire la compétence du pays étranger aura disparu En conséquence, l'individu pourra se marier sur le territoire français quel que soit l'empêchement à son mariage dans son pays d'origine si c'est un empêchement qui est considéré par la jurisprudence comme heurtant notre ordre public, son mariage pourra conformément aux règles du droit français, considérées loi comme de police intervenir en France

Valeur internationale du droit ainsi créé

Quelle sera la valeur internationale de ce mariage ? Il est évident que dans le pays de ces étrangers pays dont la loi s est trouvée évincée ce mariage ne sera pas reconnu ; après avoir formulé une pro-

Source : BIU Cujas

hibition ce pays ne peut pas s'incliner devant ce qui sera la violation de celle ci dans un pays étranger Si par conséquent un ressortissant hellénique tenu de se marier religieusement se marie civilement en France son mariage sera valable en France cela va de soi mais il ne sera pas reconnu dans son pays d origine

L'effet réflexe de l'ordre public

Mais quelle sera la valeur internationale de ce mariage dans un autre pays C est une question sur laquelle les auteurs ne sont pas d'accord Dans l'étude remarquable qu il a écrite à la fin du siècle dernier M Bartin estime que l'ordre public n'est pas seulement national en ce sens que chaque pays a son ordre public ce qui est bien évident mais que ce qui se fait comme conséquence de l'ordre public ne peut pas produire d'effet dans les autres pays ce serait en somme reconnaître dans un pays l ordre public d un autre pays Nous pouvons incontestablement marier les individus sur notre territoire au mépris de leur loi nationale si notre ordre public le commande mais dans aucun pays du monde l acte qui aura été fait n'aura de valeur parce qu'il sera fait en vertu d'une loi française d'ordre public et que les lois françaises d ordre public ne peuvent pas constituer des droits efficaces vis-à vis des autres pay

Critique du système de M. Bartin

Cependant il y a là une sévérité inutile et on peut très bien arriver à justifier l'efficacité d'un pareil droit dans certains pays tier

A cet égard il convient de distinguer deux sortes de pays ceux qui ont la même conception de l'ordre public que nous sur ce point même et ceux qui au contraire se rattachent à la conception du pays qui prohibe l acte On peut décrire en quelque sorte deux cercles dans l un on mettra les pays qui exigent la cérémonie religieuse pays qui ne reconnaîtront évidemment pas le mariage célébré en France parce qu ils ont la même conception religieuse du mariage que le pays des époux et on peut mettre dans un autre cercle les pays qui ont la même conception de l'ordre public que la France qui considèrent que la séparation de l'élément civil et de l élément religieux est une nécessité sociale autant que juridique

Dans ces pays pourquoi ne reconnaîtrait-on pas le mariage célébré en France puisqu ils ont la même communauté juridique que nous Le tout est donc de savoir si le pays dans lequel on veut se prévaloir de ce mariage célébré en France fait partie du même cercle de communauté juridique que la France

La question s est déjà posée et elle a été résolue par le tribunal de la Seine dans un arrêt du 15 Février 1922 (S

Source : BIU Cujas

1922 p 397) Il s'agissait d'époux étrangers d'origine polonaise qui appartenaient par leur origine à la partie de la Pologne la Galicie dans laquelle le mariage religieux était encore une condition de validité du mariage Ces Polonais voulaient se marier en Belgique, la Belgique a exactement la même règlementation que nous sur le mariag Bien entendu on n'a pas tenu compte en Belgique de cette exigence de la loi nationale et leur mariage au nom de l'ordre public belge a pu être célébré en Belgique. Il était donc valable en Belgique indiscutablement mais indiscutablement nul dans le pays des époux c'est-à-dire en Pologne Qu'était-il vis-à-vis de la France ? Voilà le problème. Nous étions ici le pays tier La France dans ce cas concret avait exactement les mêmes exigences d'ordre public que la Belgique, nous faisions partie du cercle des pays admettant la laicisation du mariage. Il n'y avait donc pas de raison pour ne pas admettre la validité de ce mariage, et c'est ce qu a décidé le tribunal de la Seine avec raison semble-t-il

Cette efficacité international de l'ordre public que M. Bartin a proscrite puisqu'il en a fait une notion territorial. Pillet, au contraire l'a défendue en lui donnant un vocable assez imagé, assez exact d'ailleurs ; il l'appelle l'effet réflexe de l'ordre public Il entend par là qu'un droit fondé dans un pays comme conséquence des exigences de l'ordre public peut très bien être reconnu dans un autre effet réflexe de l ordre public belge sur la France qui a reconnu ce mariage

On signalera dans le même sens une décision tout à fait identique, intervenue en 1925 devant le tribunal de l'Empire en Allemagne. Il s'agissait de ressortissants grecs au point de vue doctrinal cette décision est intéressante parce qu il y en a peu qui eux aussi devaient se marier d'après leur loi nationale religieusement sans quoi leur mariage en Grèce n était pas valable Et ces Grecs veulent se marier en Norvège, selon la loi norvégienne, c'est à dire civilement En Norvège leur mariage était certainement valable au nom de l'ordre public norvégien, en Grèce, pays d'origine des époux leur mariage n était indiscutablement pas valable Mais quelle était la valeur de ce mariage dans un troisième pays l'Allemagne en l'occurence ? Le Tribunal de l Empire, qui avait à cette époque la même règlementation que la Norvège, c'est-à-dire la laicisation pure et simple du mariage a décidé que ce mariage civil célébré conformément aux exigences de l'ordre public norvégien devait être reconnu en Allemagne C'est encore une application de l effet réflexe de l ordre public Evidemment pour les époux ce n est pas une situation très commode parce qu'il n est pas facile de n'être pas mariés partout, il y a nécessairement certains pays qui ne reconnaitront pas leur mariage d'abord leur pays d'origine et puis les pays qui ont la même conception

Source : BIU Cujas

C'est ainsi qu'il y a une vingtaine d'années des Grecs croyant bien faire, s'étaient mariés à Paris religieusement dans la chapelle de la légation de Grèce, mariage qui avait été célébré par le chapelain de la légation ; ce mariage était valable en Grèce, mais il n'était plus valable en France. La Cour d'appel de Paris a dit : le chapelain de la légation n'est pas officier d'état civil en France et n'a aucune qualité pour célébrer un mariage. Il aurait été assez facile de donner satisfaction aux deux pays : ils pouvaient tout de même passer à la mairie avant d'aller à la légation de Grèce, ils auraient ainsi fait un mariage qui aurait été valable dans les deux pays.

Formule

Pour en terminer sur ce point voici la formule qu'il convient dès lors de donner de cet effet réflexe de l'ordre public : un droit qui est né dans un pays où l'exception d'ordre public avait éliminé le droit étranger normalement compétent peut être reconnu dans tous les pays où se serait manifesté le même état d'intolérance.

§ 2 Effets de l'exception d'ordre public au stade de l'efficacité des droits.

L'hypothèse

L'hypothèse est celle-ci : il faut supposer un droit qui a été créé en pays étranger et qui y est valable, car s'il n'est pas valable il ne peut pas produire d'effets. Notre ordre public n'est pas intervenu, n'avait pas à intervenir au stade de la création de ce droit puisque ce droit n'a pas été créé en France, il n'y a pas eu d'acte en France, tout s'est passé à l'étranger.

Mais ceux qui ont ce droit veulent s'en prévaloir ultérieurement en France, ce qui constitue précisément le problème de l'efficacité des droits. L'ordre public jouera si l'efficacité de ce droit n'est pas possible en raison du défaut de la communauté juridique, car il y a des cas où l'ordre public ne s'oppose qu'à la création, d'autres où il s'oppose même à la simple efficacité.

Rôle de l'ordre public

Quel sera le mécanisme de l'exception d'ordre public ? Il sera très différent de celui que nous avons rencontré précédemment et il faut y faire bien attention. Lorsque nous avons rencontré l'exception d'ordre public à propos de la création du droit, nous avons dit : ou bien le droit ne pourra pas être créé en France parce que c'est sur notre territoire qu'il doit l'être, ou au contraire il pourra être créé sur notre territoire contrairement à la loi étrangère. Dans le premier cas, s'il s'agit d'un droit que notre ordre

Source : BIU Cujas

public réprouve, d'un mariage comme celui de l'enfant qui n'a pas atteint l'âge de la puberté selon le droit français et qui voudrait se marier en France, notre ordre public s'oppose à la passation de l'acte en France, et notre ordre public en donne la sanction. Voilà le point important, c'est-à-dire que ce mariage cette reconnaissance d'enfant adultérin, ce pacte sur succession future fait sur le territoire français, seront frappés de nullité absolue, la loi française qui prohibe donne également la sanction. Et comme c'est à la phase de la création du droit que nous nous plaçons, la conséquence du rôle de l'ordre public, c'est que ou bien on sera en présence d'un acte fait, valable, ou bien en présence d'un acte qui sera nul.

Lorsqu'il s'agit de l'efficacité, il va en être tout différemment, au stade de l'efficacité des droits nous n'avons pas à intervenir pour la création d'un droit, c'est-à-dire pour dire soit qu'il sera créé, soit qu'il sera nul. Le droit a été créé valablement en pays étranger, et cependant il faut respecter les exigences de notre ordre public. Et, d'autre part, nous ne pouvons pas déclarer nul un acte qui ne s'est pas fait en France, et qui n'était pas soumis pour sa validité à la loi française.

Le droit n'est pas nul mais inopposable

Pour cela il y a une notion du droit déjà rencontrée bien des fois et qui répond à toutes les exigences, c'est la notion de l'inopposabilité. L'inopposabilité n'est pas une nullité, un droit inopposable est un droit valable. Il est valable vis-à-vis de tous ceux auxquels il n'est pas inopposable et il est très important de savoir qu'il n'est pas nul.

Notamment une vente que l'on ne transcrit pas conformément à la loi de 1885, n'est pas nulle, elle est inopposable à certains tiers, ce qui est très différent. En effet, si le tiers veut bien se la laisser opposer la vente produira tous ses effets, tandis que si elle était nulle, malgré la concession du tiers, on ne pourrait pas lui faire produire d'effets.

Inopposabilité et actualité de l'ordre public

L'effet de l'exception d'ordre public en matière d'efficacité des droits, c'est, et c'est seulement l'inopposabilité du droit. On ne pourra pas s'en prévaloir en France ; tout au moins on ne pourra pas s'en prévaloir en France actuellement. Rappelons la notion de l'actualité de l'ordre public. Lorsqu'il s'agit de la création du droit l'ordre public doit s'envisager à l'époque de la création du droit ; lorsqu'il s'agit de l'efficacité du droit, l'ordre public doit être pris en considération au moment où l'on veut se prévaloir de ce droit. Supposons que l'ordre public

Reproduction Interdite
Source : BIU Cujas

ait changé entre le moment de la création du droit et le moment où l'on veut s'en prévaloir en France : au moment où il a été créé à l'étranger il n'aurait pas pu être invoqué en France ; puis nos exigences de l'ordre public ont changé dans l'intervalle, l'inopposabilité alors naturellement disparaît. L'inverse est possible : au moment où le droit était créé à l'étranger il aurait pu être efficace en France ; une nouvelle loi intervient, il devient inopposable.

Il est très important de savoir qu'il n'est pas nul mais inopposable parce que si précisément un changement de législation se produit, l'obstacle à l'efficacité du droit peut disparaître, et en outre il est valable dans les autres pays. Si le droit était nul, il serait nul partout ; nous ne pouvons pas le rendre nul pour les pays étrangers et nous ne pouvons que le rendre inopposable sur le territoire français.

Voilà donc une très grande différence entre les effets de l'exception d'ordre public selon qu'ils se présentent à la phase création ou à la phase efficacité du droit : nullité dans le premier cas ou, quand il s'agit de l'efficacité du droit, simple inopposabilité avec toutes les conséquences de cette notion.

Applications jurisprudentielles

C'est ce qu'a très justement décidé un arrêt de la Cour d'appel de Grenoble le 20 Novembre 1908 (Cl. 1909 p. 765). Il s'agissait d'une société canadienne qui s'était constituée pour exploiter des marques françaises de fabrique de produits pharmaceutiques. Or, la règlementation de la pharmacie en France interdisait l'exploitation de marques de produits pharmaceutiques sans que l'exploitant fût un pharmacien ; or, cette société canadienne n'était pas un pharmacien et incontestablement elle ne remplissait pas les conditions de notre loi.

Est-ce que cette société qui avait acquis des marques françaises de produits pharmaceutiques pouvait exploiter ces marques en France et était-elle valable ?

On soutenait qu'elle était nulle, mais comment pouvions-nous déclarer nulle une société qui s'était constituée au Canada conformément aux lois canadiennes et qui était valable selon les lois du Canada ? Nous n'avions aucun pouvoir de la déclarer nulle ; tout ce que nous pouvions faire, c'était de décider que son objet était illicite en France, de sorte qu'elle ne pouvait pas produire d'effet sur notre territoire, tout au moins tant qu'elle n'aurait pas rempli les conditions de la loi française pour l'exploitation de ces marques.

C'est ce qu'a dit très justement la Cour de Grenoble. Elle a décidé qu'elle n'avait pas à prononcer et qu'elle ne pouvait pas prononcer la nullité de la société, contrairement

Source : BIU Cujas

à ce qu'on lui demandait. En effet, certains avaient intérêt à aller plus loin car ils visaient, au delà de l'exploitation des marques, la disparition même de la société ; en effet, si la société ne pouvait pas simplement exploiter les marques il lui était possible de se mettre en règle en mettant à la tête de son exploitation quelqu'un qui avait le diplôme de pharmacien. La Cour de Grenoble a refusé de prononcer la nullité, mais elle a déclaré simplement inopposables les droits de cette société.

Par contre, un jugement du tribunal de la Seine rendu en 1939, très intéressant, très bon sur bien des points, mais discutable sur le nôtre, a eu à statuer sur un cas analogue. Il s'agissait d'un contrat passé aux Etats-Unis entre un mari et sa femme dans des condition un peu spéciales, c'est-à-dire disait-on sous la menace du revolver. Le mari, qui était fort riche, avait consenti par ce contrat, à sa femme et à sa fille des dotations magnifiques, de nombreux millions de dollars ; après cela on plaida au sujet de l'efficacité de ce contrat en France.

Le Tribunal de la Seine en 1939 considéra que ce contrat n'avait pas de cause, il ne pouvait pas être reconnu en France. A cela on répondait : mais dans l'Etat de New-York un contrat peut exister sans cause. A quoi le tribunal de la Seine a répondu - sur ce point sa décision parait inattaquable - qu'un contrat sans cause est quelque chose qui heurte notre sentiment de l'ordre public. Ce n'est pas la conception française du contrat il n'y a pas d'équivalent juridique il y a insuffisance de communauté juridique. Mais le tribunal a cru bon dans son motif d'aller un peu plus loin et il y a peut-être là une incidente regrettable, en disant que ce contrat était nul : il suffisait qu'il déclarât : le contrat ne produira pas d'effet sur le territoire français. Car nous n'avions aucune possibilité de déclarer nul un contrat qui n'avait pas été fait en France ni soumis à la loi française.

Cela ne changeait rien au résultat, mais la construction eût été préférable en déclarant simplement le contrat inopposable.

Nous avons ainsi terminé cette étude de l'intolérance de l'organisme français à la réception du droit étranger qui suppose un minimum de parenté entre les institutions. Il y a là un remède permanent et d'autant plus grave dans tous les pays que leslégislations internes seront toujours sur un certain nombre de points plus ou moins en opposition les unes avec les autres.

Conclusion sur le Titre II

Pour conclure sur l'ensemble des matières qui constituaient ce Titre II, on peut bien dire qu'en somme dans notre

Source : BIU Cujas

droit positif, c'est bien la territorialité qui pratiquement demeure la règle, l'extra-territorialité n'étant qu'une exception et une exception que sans cesse on cherche à diminuer, au détriment de laquelle se produit une sorte de constant phénomène d'érosion.

Nous avons, en effet, trois notions qui conjuguent leur effet pour entamer l'extra-territorialité qui déjà n'est qu'une exception, pour entamer cette exception à son tour. L'une de ces formes qui tendent précisément à minimiser l'extra-territorialité, ce sont les exigences des qualifications, par lesquelles le juge, en qualifiant à la lumière de son propre droit, diminue l'action comme il le veut de la règle de conflit.

C'est ensuite l'acceptation par la jurisprudence du renvoi, qui permet de revenir à la compétence de la loi française toutes les lois que la loi française ne réclame pas pour elle la connaissance du procès ; ce qui fait en somme que, dans les rapports de tous les pays qui soumettent l'état et la capacité au domicile, les individus domiciliés en France se trouvent soumis à la loi française, nouvelle diminution du domaine de l'extra-territorialité.

C'est enfin l'exception d'ordre public, que selon sa tendance le juge peut admettre plus ou moins largement ; il y a là encore un nouveau moyen de diminution du contenu du droit étranger, au profit du droit français.

En définitive, le principe est bien la compétence territoriale.

Source : BIU Cujas

Titre III

LA SANCTION JUDICIAIRE

DES EXIGENCES DE LA REGLE DE CONFLIT

Il est nécessaire qu'il y ait une sanction à la règle de conflit, car elle édicte un principe d'ordre c'est un commandement du législateur, du souverain, même quand elle est coutumière et c'est souvent le cas pour nous. La règle de conflit est donc impérative, comme tout ce qui touche à la souveraineté.

Or, comme toutes les règles de droit, il peut arriver qu'on cherche à s'en affranchir, qu'il y ait violation de la règle de solution des conflits. Quel peut être le coupable de cette violation ? Ce peut être le juge, le juge viole évidemment de temps à autre la loi, car s'il ne le faisait pas on pourrait se demander à quoi servirait la Cour de cassation.

D'autre part, les individus eux-mêmes cherchent parfois par des manoeuvres frauduleuses à échapper à l'empire des lois qui devraient les régir.

Voilà donc deux situations que nous devons envisager : le cas de la violation de la règle de conflit par le juge et le cas de violation de la règle de conflit par la fraude des individus ; c'est ce que l'on appelle la fraude à la loi.

Source : BIU Cujas

Chapitre I

DE LA VIOLATION DE LA REGLE DE CONFLIT PAR LE JUGE

Quelles sont les conditions de cette violation, et quelles en sont les sanctions ?

Section I

Conditions de cette violation

Une observation préalable doit être faite sur le rôle du juge qui a pour but de rappeler des notions du droit interne avant de passer à celles propres au droit international privé.

Rôle du juge en droit interne

D'abord, les notions du droit interne. Dans notre organisation judiciaire, le rôle du juge est passif en ce sens qu'il ne statue que sur la base de ce qu'on lui a demandé d'examiner: il n'a pas le pouvoir en quelque sorte d'évoquer dans son ensemble les contestations des parties pour dire : vous ne me soumettez qu'une partie de vos difficultés, mais j'entends clarifier toute la situation. Le juge est saisi par les parties et ne peut statuer que sur les questions dont l'une ou l'autre l'ont saisi par leurs conclusions ; il n'a donc pas un pouvoir complet d'évoquer l'affaire. Dès lors, le juge n'est pas obligé d'appliquer une règle de conflit si les parties ne l'en ont pas sollicité c'est là une règle générale de la procédure civile qui d'ailleurs fait que souvent on peut commettre des erreurs d'optique dans l'appréciation de certaines décisions de jurisprudence. Il faut toujours tenir compte de ce que l'on avait demandé au juge de juger et le juge ne peut pas statuer au-delà ; il statuerait sans cela ultra petita, il encourrait la cassation. Il ne faut pas croire qu'un procès vide une question une fois

Source : BIU Cujas

pour toutes, il ne vide que le litige qui a été présenté au juge. Or, il est possible que les parties, à tort ou à raison, n'aient pas voulu soumettre tel ou tel argument de droit au juge. Cela ne prouve pas que le juge les a rejetés, il n'en a pas parlé, il n'avait pas le droit de s'en occuper. Le juge est donc sur ce point limité, il est lié.

Mais, d'autre part, dans la mesure où les parties ont saisi le juge, il leur appartient de le documenter intégralement sur les faits. C'est aux plaideurs à fournir au tribunal les éléments de fait. Naturellement, ils le feront avec une certaine partialité, c'est leur rôle, mais la partialité de l'un sera contrebalancée par la partialité contraire de l'adversaire. Dans cette imprécision générale le juge cherchera à dégager en fait ce qui lui paraît être la vérité.

Les parties doivent donc fournir au tribunal les éléments de fait du procès, mais elles n'ont pas à éduquer le tribunal sur le point de droit. Elles ont déposé des conclusions demandant l'application des règles de droit, mais elles n'ont pas du tout à justifier, à prouver le droit devant le tribunal ; il y a là un vieil adage "le tribunal connaît le droit". On n'a pas par conséquent - et théoriquement on ne devrait pas le faire - à plaider sur un point de droit.

Voici dès lors, au-delà des notions connues de la procédure civile, ce qu'il y a de spécial au droit international privé.

En Droit international privé, à la différence du droit interne, le juge n'a pas d'office à connaître le droit étranger, à se documenter sur lui. Voilà la grande différence des procès de droit interne et des procès de droit international privé selon la coutume jurisprudentielle.

En droit interne, le juge doit se procurer le texte de la loi, doit chercher à la connaître, à la comprendre, les parties n'ont pas à la lui procurer, elles ne vont pas arriver avec des codes qu'elles fourniront au tribunal. Dans les rapports internationaux, le juge est entièrement passif ; il n'a pas à se documenter sur la loi, c'est aux parties en litige à lui fournir tous les éléments. Dès lors, qu'il connaîtrait par lui-même une règle de droit de tel pays étranger, il n'a pas l'obligation d'en tenir compte si les parties ne la lui ont pas elles-mêmes fournie.

En D I P la loi étrangère est un fait

En d'autres termes, les plaideurs doivent fournir au tribunal tous les éléments du procès et - c'est là la thèse de la Cour de cassation - c'est précisément l'idée qui vient compléter les notions du droit interne - il n'y a pas dans les procès de droit international privé pour l'application des lois étrangères, de point de droit, il n'y a que du

Source : BIU Cujas

fait Le contenu de la loi étrangère, sa connaissance sont des points de fait et comme c'est aux parties à fournir le fait au tribunal les juges n'ont pas eux-mêmes à se documenter.

On verra bientôt quelle est la conséquence extrêmement grave qui résulte de ce point, que les éléments de solution du procès, même sur les textes de loi étrangers qui sont fournis par les parties, sont des faits au point de vue du recours en cassation.

Pour nous résumer sur ce point préalable qui est important, toutes les règles du droit interne subsistent sauf une: en droit interne le juge doit d'office connaître le droit interne français et l'appliquer, en droit international privé, il n'a à connaître que le droit tel qu'il le trouve dans le dossier des plaideurs. C'est aux plaideurs à lui fournir le texte des lois étrangères, à indiquer leur interprétation, à indiquer le contenu de la coutume du droit étranger. Le juge n'aura aucune recherche personnelle à faire.

Sous cette réserve, quels sont donc les reproches que l'on peut alors faire au juge en ce qui concerne la solution des conflits ?

Le juge n'a à appliquer une règle de conflit que si dans leurs conclusions, les parties l'ont sollicitée. Si elles l'ont sollicitée et qu'il ne l'a pas fait, alors nous sommes en présence d'une question de savoir s'il devait ou non faire droit aux conclusions des parties.

Deux situations sont à envisager : la première c'est celle où on reproche au juge d'avoir violé le droit français, la seconde c'est celle où au contraire, on lui reproche d'avoir violé le droit étranger.

§ I On reproche au juge d'avoir violé le droit français.

L'hypothèse pratique.

Pratiquement on reproche au juge d'avoir violé la règle française de solution des conflits dont on lui avait dit qu'elle était applicable dans les conclusions des parties. Il n'a pas consenti à l'appliquer ou bien il l'a appliquée autrement qu'il n'aurait dû le faire.

Cette règle de solution des conflits pouvait conduire ou bien à la compétence française ou bien à la compétence étrangère. En effet, après la règle de conflit, tantôt il y a compétence française, tantôt il peut y avoir incompétence française. Examinons successivement ces deux situations.

Source : BIU Cujas

Le juge n'a pas appliqué la compétence française

Première situation - D'après la règle française de conflit, on prétend qu'il y avait compétence française. Or le juge a admis la compétence étrangère, donc si vraiment la règle française de solution des conflits impliquait compétence française, ce qui est à prouver, il a donc violé la règle française de conflit, puisqu'il a admis la compétence étrangère.

Exemple : l'affaire Forgo. Dans l'affaire Forgo la Cour de Bordeaux a appliqué le droit bavarois et l'on prétendait que le juge avait violé la règle française de conflit en vertu de laquelle on aurait dû appliquer le droit français. C'est sur ce point qu'il y avait recours devant la Cour de cassation qui a cassé l'arrêt de la cour d'appel de Bordeaux en décidant que la succession de Forgo ne devait pas être soumise du tout au droit bavarois, mais au droit français par renvoi du droit bavarois. Il y avait donc eu dans ce cas violation du droit français.

Ouverture du recours en cassation

Si le juge en effet a appliqué le droit étranger dans un cas où il aurait dû appliquer le droit français, il y a fausse application de la loi française. Et dans le cas de l'affaire Forgo on avait doublement violé la loi française : le juge a d'abord violé la règle française de conflit, il a en deuxième lieu violé les dispositions du droit français qui auraient dû être appliquées ; par exemple, les dispositions du droit successoral sur le droit de déshérence de l'Etat. Il y a donc violation des dispositions de droit international privé et des dispositions de droit interne : le recours en Cassation est recevable.

Il a été recevable dans l'affaire Forgo et dans bien d'autres, constituant une sanction des obligations du juge qui avait mal interprété la règle française de solution des conflits.

Le juge n'a pas appliqué la compétence étrangère

Deuxième situation. Il n'y avait pas, d'après notre règle de conflit, compétence française. Et cependant on reproche au juge du fond d'avoir admis la compétence française. D'après notre règle française de conflit il aurait dû admettre la compétence étrangère et il a statué d'après le droit français. Qu'est-ce qu'on a violé en pareil cas ? On a violé la règle française de conflit, puisque la règle française de conflit, tout au moins on le suppose par hypothèse, impliquait la compétence étrangère, sauf si l'on est dans un des cas de renvoi, puisque d'après la règle française de conflit, telle que la jurisprudence l'interprète on doit admettre que la règle étrangère peut nous retourner la compétence. Mais sous

Source : BIU Cujas

cette réserve toutes les fois qu'aux termes de notre règle de conflit on aurait dû appliquer la compétence étrangère et qu'on ne l'a pas fait, il y a eu violation du droit français et la Cour de cassation sanctionne par la cassation de l'arrêt.

Ceci alors prouve nettement une chose, et nous allons rapprocher ce que nous allons dire d'une doctrine ancienne. Nous avons parlé dans l'introduction historique de la courtoisie internationale, théorie dans laquelle on soutenait que la courtoisie impliquait le droit pour le juge d'apprecier s'il appliquerait ou non les lois étrangères. M. Niboyet avait prétendu à la lumière des travaux récents de la fin du XIXème siècle, que la véritable courtoisie existait au plan législatif mais non pas au plan judiciaire. En effet, la Cour de cassation décide que lorsqu'il y a compétence étrangère, le juge est obligé de l'appliquer, il n'a pas de pouvoir d'appréciation. Donc la courtoisie n'est pas à la base de notre jurisprudence, la courtoisie existe peut-être au plan législatif, elle n'existe pas au plan judiciaire. Quand la règle de conflit prescrit une compétence étrangère, cette compétence est obligatoire pour le juge.

§ 2 - Violation du droit étranger.

Ici une distinction essentielle est à faire ; on doit s'attacher à employer un vocabulaire exact - entre l'application et l'interprétation du droit étranger.

Distinction de l'application et de l'interprétation du droit étranger

L'application du droit étranger, c'est la détermination du pays dont le droit sera pris en considération. Il va de soi que si l'on n'applique pas le droit du pays étranger qui est compétent et si l'on applique le droit français, il y a violation de la règle française de conflit et il y aura cassation.

Mais qu'est-ce que l'interprétation du droit étranger qu'il ne faut surtout pas confondre avec l'application du droit étranger ? L'interprétation du droit étranger suppose que l'on a, en effet, appliqué le droit du pays étranger. Il s'agit, supposons-le, d'un contrat soumis à la loi étrangère, on a appliqué la loi de ce pays étranger. Mais l'un des plaideurs soutient qu'on a mal interprété cette loi étrangère. Le juge français qui applique un article du Code civil applique le droit français, mais on peut prétendre qu'il l'interprète mal et c'est dans ce cas qu'il y a recours en cassation pour mauvaise interprétation des dispositions du droit français.

La distinction de l'application et de l'interprétation n'a pas d'intérêt en droit interne parce qu'il y a pourvoi en cassation dans les deux cas. Dans les rapports internationaux

Source : BIU Cujas

elle est indispensable à faire ; il faut savoir si le juge a bien appliqué les lois du pays étranger et les ayant appliquées s'il les a bien interprétées

La fausse interprétation donne-t-elle lieu à cassation

Y a-t-il une sanction à l'égard d'une décision judiciaire dont on prétend qu'elle a mal interprété les règles du droit étranger ? Le juge s'est trompé, dit-on sur la signification du droit étranger

Aucun texte formel ne résout cette question chez nous, d'où elle a été et elle est controversée. Nous allons d'abord voir comment la question se pose en doctrine

Le problème en doctrine : celle-ci admet le pourvoi

Dans sa très grande majorité la doctrine française estime qu'il n'y a pas lieu de faire de différence entre l'interprétation de la loi étrangère et l'interprétation de la loi française. En effet, dira-t-elle ce ne serait pas vraiment appliquer le droit étranger que mal l'interpréter ; puisque la règle française de conflit oblige à peine de cassation d'appliquer le droit étranger, cela veut dire implicitement que ce droit doit être interprété de manière satisfaisante. Il ne suffit pas de dire : nous appliquons tel article de tel Code civil étranger et de lui faire dire n'importe quoi. Donc l'obligation d'appliquer le droit étranger implique l'exacte compréhension de ce droit étranger ; on ne peut pas priver les plaideurs d'un recours en cassation. Le droit étranger est incontestablement du droit ; par conséquent si c'est du droit il doit y avoir recours en cassation pour violation de ce droit. Voilà l'argument de droit

On fait valoir en fait - et l'argument n'est pas sans poids - que si les juges du fond pouvaient interpréter les lois étrangères sans que jamais la Cour de cassation ne puisse censurer leur interprétation, il leur serait possible de donner de celles-ci les interprétations les plus osées ou les plus fantaisistes, qui quelquefois pourraient presque friser le déni de justice. Les plaideurs manqueraient totalement des garanties habituelles qui leur appartiennent d'obtenir le recours devant une Cour suprême pour sanctionner la mauvaise compréhension de la loi

Arguments opposés à la recevabilité du recours

Ces deux arguments de droit et de fait ont leur valeur ; nous allons voir maintenant quels sont les arguments contraires et qui malheureusement l'emportent sans qu'on puisse trouver une amélioration à cette situation dans l'état actuel des choses

Argument tiré du rôle de la Cour de cassation

Les raisons de droit tout d'abord L'une de ces raisons est tirée du statut organique de la Cour suprême qui reste le décret du 27 Novembre 1790 : "Le Tribunal - car il s'appelait

Source : BIU Cujas

à cette époque le tribunal de cassation - est institué pour sanctionner la contravention expresse aux textes de la loi" (art. 3 du décret du 27 Novembre 1790). Or, il va de soi que cela s'entend non pas seulement de la loi écrite, tout le monde est bien d'accord, mais du droit dans son ensemble aussi bien le droit écrit que le droit non écrit. Mais il s'agit manifestement de la contravention expresse aux règles du droit français. Lorsque le décret de 1790 a institué le tribunal de cassation, il l'a fait pour établir l'unité d'interprétation du droit dans le royaume, c'est pour établir cette unité d'interprétation du droit en France qu'on a créé un tribunal qui a d'ailleurs précédé l'unité du droit privé. Sous l'ancien Régime, il n'y avait pas de Cour suprême en France, il y avait des provinces qui avaient chacune leur Parlement. Il y avait bien le Conseil du roi devant lequel on pouvait porter certaines questions mais dans l'ensemble chaque province avait sa jurisprudence indépendante. Or, une première condition d'unification du droit dans le Royaume c'était qu'une décision qui était rendue en un point du pays fût reconnue dans tous les autres, qu'on ne pût pas en contester la valeur. C'est pourquoi le tribunal de cassation est institué au-dessus de toutes les juridictions provinciales. Lorsque le Tribunal de cassation aura statué, toutes les juridictions de France devront s'incliner. D'ailleurs, l'art. 3 dit ceci à l'alinéa 2 : "jusqu'à l'élaboration d'un Code unique le Tribunal de Cassation jugera de la contravention aux lois particulières aux différentes parties de la France". Ceci montre bien qu'il ne s'agissait là que de sanctionner l'application des lois en vigueur en France.

D'où une distinction doit être faite entre l'erreur d'interprétation de la loi française et l'erreur d'interprétation de la loi étrangère.

Impossibilité de réaliser l'unité d'interprétation

Une deuxième raison de droit peut être donnée encore : quel est le rôle essentiel dans n'importe quel pays d'une Cour suprême ? C'est, nous l'avons dit il y a un instant en paraphrasant le texte du décret de 1790, de réaliser l'unité d'interprétation du droit dans le pays. A partir du moment où le tribunal de Cassation a été créé il y a eu unité d'interprétation judiciaire du droit de la France, avant même qu'il y ait des Codes. En Allemagne 25 ans avant le Code civil qui n'est entré en vigueur qu'en 1900, fut fondée la Cour suprême, le tribunal d'Empire également pour établir à l'intérieur et au milieu de la variété des lois une unité d'interprétation judiciaire. Et ainsi dans un certain nombre de pays.

Mais on ne peut pas réaliser cette unité d'interprétation dans les rapports internationaux, car ce que la Cour de cassation jugerait pour la loi d'un pays ne créerait aucune unité inter-

Source : BIU Cujas

tation judiciaire. Supposons que nous ayons à appliquer la loi italienne ; l'interprétation que la Cour de cassation donnerait n'aurait aucune valeur en dehors de la France, il n'y aurait donc pas unité d'interprétation de la loi italienne et, dans chaque pays où l'on appliquerait la loi italienne, les cours suprêmes donneraient une interprétation qui pourrait être différente de la loi italienne.

L'idée qui est à la base d'une cour suprême - un droit qu'on ne puisse plus contester - ne peut se réaliser qu'à l'intérieur d'un seul et même pays. Le but de la Cour suprême disparait. Et d'autre part, il ne faut pas considérer que l'institution d'une cour suprême soit un troisième degré de juridiction qu'on veuille donner aux plaideurs. Ils en ont eu deux normalement ce qui est largement suffisant. Le recours en cassation tire son pouvoir de la souveraineté de l'Etat qui veut qu'on ne conteste pas sur le territoire, selon les parties du territoire, les interprétations de règles de droit qui y sont en vigueur. Or, ce recours n'a pas à être donné dans les rapports internationaux.

Selon le mot qu'employait devant la Cour de cassation en 1843 l'avocat général, le magistrat de cassation doit s'arrêter devant la loi étrangère, car il n'en est pas le vengeur. C'est un peu cela. La Cour de cassation pour la loi interne, est le vengeur de la loi, c'est-à-dire qu'elle doit la faire avant tout respecter. Voilà quelles sont donc les raisons de droit qui permettent de dire que la Cour de cassation n'est pas instituée pour contrôler l'exacte interprétation des lois étrangères.

Impossibilité pour la Cour de cassation de contrôler l'interprétation des lois étrangères

Mais il y a aussi des raisons de fait. C'est l'impossibilité matérielle dans laquelle elle se trouve pour réaliser ce travail. Elle a déjà beaucoup à faire pour assurer l'interprétation des lois françaises et chacun sait le soin minutieux avec lequel elle s'y emploie et la difficulté de cette tâche. Or, comment la Cour de cassation d'un pays pourrait-elle être documentée d'une manière satisfaisante sur les droits de tous les pays du monde ? Il y a là une impossibilité matérielle.

Peut-être que plus tard, dans très longtemps, il y aura des organismes de documentation tels qu'on pourra connaitre exactement le contenu des lois étrangères, mais dans l'état actuel tout à fait imparfait de la documentation sous l'empire duquel nous vivons, une Cour suprême d'un pays qui voudrait être le vengeur d'une loi étrangère risquerait de donner des décisions qui ne feraient que la discréditer aux yeux des pays étrangers. Elle n'est pas préparée à ce rôle, elle n'a pas la compétence, dans tous les sens du mot. Une cour suprême d'un pays n'a pas les moyens voulus pour l'interprétation des droits

Source : BIU Cujas

étrangers. Il y a donc là une véritable impossibilité de fait à celle-ci.

Attitude de la jurisprudence. Pas de recours en cassation

La jurisprudence française est invariable depuis longtemps. Durant tout le XIXème siècle et au XXème siècle, elle a toujours décidé qu'il n'y avait pas de recours en cassation pour mauvaise interprétation de la loi étrangère. On peut se plaindre de ce que l'on n'ait pas appliqué une loi étrangère alors qu'elle était compétente, mais si on l'a appliquée, peu importe la façon dont on l'a appliquée. Si les juges disent par exemple qu'il ne faut pas appliquer la loi belge dans un cas où elle est compétente, il y aura recours en cassation pour fausse application de la loi, mais s'ils ont appliqué la loi belge, même si l'on se plaint de leur interprétation, il n'y a pas de recours en cassation.

Les motifs invoqués par la Cour de cassation

Pendant longtemps, la Cour de cassation motivait ses arrêts, mais depuis longtemps elle ne les motive même plus, attendu qu'il n'y a pas de recours en cassation et que le pouvoir des juges du fond est souverain.

Les deux motifs principaux que l'on peut glaner dans les arrêts, déjà un peu anciens, lorsque la Cour suprême motivait ses décisions, sont les deux suivants : tout d'abord, cette idée que nous avons exposée la dernière fois au point de vue doctrinal, à savoir que la loi étrangère devant le juge français n'est pas du droit, elle est du fait. Elle se pose devant lui comme du fait et alors, au point de vue du recours en cassation, on applique les règles du fait, les juges du fond sont souverains. On trouve notamment ce motif dans un arrêt de la Chambre civile du 30 Mai 1876.

Un deuxième motif, c'est que la Cour suprême est faite pour assurer l'unité d'interprétation de la loi française. Elle ne peut pas établir l'unité d'interprétation de la loi étrangère puisqu'elle n'est pas la Cour suprême pour les étrangers ; ce n'est pas son rôle d'être, selon le mot d'un avocat général "le vengeur de la loi étrangère".

Inconvénients de la jurisprudence

Il y a à ce système jurisprudentiel qui est une inéluctable nécessité de fait, évidemment des inconvénients qui ne sont pas douteux. L'un d'entre eux c'est que la sécurité des individus est relative, puisque les juges du fond, au premier ou au deuxième degré, peuvent interpréter la loi étrangère avec plus ou moins de soin et d'exactitude et qu'il n'y a aucun recours. Il y a donc là pour les intérêts des particuliers un certain danger.

Source : BIU Cujas

D'autre part, on sait avec quelle facilité le juge français accepte le renvoi de la loi étrangère à la loi française. Or, il n'y a pas de recours en cassation pour savoir si la loi étrangère renvoie vraiment à la loi française, car savoir si elle y renvoie c'est interpréter la loi étrangère et interpréter la loi étrangère, c'est une question de fait résolue souverainement par les juges du fond. Il est évidemment possible qu'il y ait eu erreur dans plusieurs cas. Les juges du fond ont donc là, selon leur tendance à interpréter dans ce sens la loi étrangère, un moyen de reprendre la compétence et de la lui retirer.

Voilà les inconvénients, ils sont indiscutables. On ne peut pas obtenir dans les rapports internationaux une justice aussi satisfaisante que dans les rapports internes. Mais nous savons les raisons de cette solution, et il n'est pas possible que la Cour suprême se livre à un examen de l'interprétation des lois.

Distinctions inexactement attribuées à la jurisprudence

Cependant on a prétendu parfois que la Cour de cassation ferait des distinctions ; examinons-les rapidement. Nous allons voir qu'en réalité il n'en est rien.

Dans un article paru dans le Clunet de 1890, M. Ambroise Colin soutenait que la Cour de cassation ferait une distinction illogique ; lorsqu'elle devrait appliquer une loi étrangère en vertu d'un texte écrit, elle admettrait le recours en cassation parce que mal interpréter dans ce cas la loi étrangère, serait désobéir à l'ordre de la loi française. Mais lorsqu'elle appliquerait la loi étrangère par application d'un texte de droit coutumier - ce qui est le cas le plus fréquent en droit international privé - il n'y aurait pas de recours en cassation. M. A. Colin reprochait à la Cour suprême de faire une distinction illogique, car si véritablement la loi étrangère est compétente, elle l'est aussi bien dans un des cas que dans l'autre. La coutume est une règle de loi obligatoire au même titre que la loi écrite ; ou bien il faut admettre toujours le pourvoi ou bien il ne faut jamais l'admettre. En réalité la Cour de cassation n'avait jamais fait cette distinction et elle n'a pas tardé à montrer qu'elle n'était pas décidée à la faire, puisque la question se présentant devant elle pour interpréter l'article 999 du Code civil, en 1897, elle a décidé qu'il n'y avait pas de recours en cassation. Donc elle ne distingue pas. Elle a été logique avec elle-même, mais pas dans le sens qu'A. Colin avait proposé, puisqu'il demandait qu'il y eût un recours en cassation dans tous les cas.

Une deuxième distinction que l'on trouve dans un certain nombre d'arrêts anciens jusqu'au milieu du XIXème siècle, serait qu'il y aurait un recours en cassation toutes les fois que la mauvaise interprétation de la loi étrangère aurait pour consé-

Source : BIU Cujas

quence une contravention à notre loi.

Il est très difficile de savoir ce que la Cour de cassation entendait à cette époque par une contravention à notre droit qui aurait dû entrainer un recours en cassation, puisqu'elle n'en a jamais fourni d'application positive. On ne peut relever une seule espèce où elle ait admis le recours en cassation, où la mauvaise interprétation de la loi étrangère aurait eu pour conséquence une contravention à notre droit. Et en fait, ce motif a disparu depuis lontemps.

Il n'y a donc pas lieu d'envisager cette hypothèse qui était peut-être une sorte de soupape que la Cour de cassation apportait à ce système, mais que depuis elle a fait petit à petit disparaitre en se rendant compte qu'elle n'était pas susceptible d'application pratique.

On trouve une troisième distinction dans un arrêt de la Chambre des Requêtes du 22 Octobre 1913, rendu dans une affaire d'enregistrement. Il s'agissait d'un droit d'enregistrement à propos d'un acte fait en pays étranger. Le droit d'enregistrement variait selon que l'acte constituait un partage amiable ou un partage judiciaire ; il fallait appliquer la loi autrichienne, pays où le partage était intervenu. L'arrêt décide que "dans la matière de l'enregistrement, l'interprétation par les juges du fond d'une loi étrangère n'échappe pas au contrôle de la Cour de cassation". Il y aurait donc là semble-t-il - mais on va voir qu'il n'en est rien- pour les matières de l'enregistrement un système spécial d'interprétation de la loi étrangère, celle-ci n'étant pas donnée souverainement par lesjuges du fond. En fait, dans cette affaire il n'y a pas eu d'application positive puisque c'est un arrêt de la Chambre des Requêtes ; c'est un simple motif. Mais en réalité, il n'y a rien à en déduire pour les rapports internationaux. Il n'y a qu'une application d'un système général, même en droit interne, en matière d'enregistrement où les faits ne sont pas interprétés souverainement par lesjuges du fond lorsqu'ils ont une incidence sur la perception d'un droit fiscal. Le Cour de cassation se reconnait le droit de reprendre l'interprétation des faits pour en déduire la véritable analyse de l'acte et la perception du droit qui en découle. Ce que l'on décide en droit interne, doit être décidé tout autant pour les rapports internationaux. Les faits ne sont donc pas souverainement interprétés par les juges du fond en droit interne ; ils ne le sont pas davantage dans les rapports internationaux.

Mais depuis l'arrêt de 1913, qui n'était qu'un arrêt de motif - jamais la Cour de cassation n'a rendu aucun arrêt dans lequel elle ait admis la révision de l'interprétation de la loi étrangère.

On peut donc conclure que c'est un système absolument

Source : BIU Cujas

définitif en France ; il n'y a pas de recours en cassation pour interprétation des lois étrangères, et quelque regrettable du point de vue absolu que cela puisse être, cela s'impose pour des raisons décisives.

Section II

Sanction de la violation des obligations du juge.

Lorsqu'on est dans un cas où il y a vraiment violation de la règle française de conflit et que le recours exceptionnel est donné, il existe deux procédures : l'une est le recours en cassation pour violation de la loi et l'autre est le recours en annulation pour excès de pouvoir.

§ 1 - Le recours en cassation.

Application du droit commun

C'est le recours de droit commun. Dans les cas où les juges n'interprètent pas souverainement la loi ou lorsqu'ils ont mal appliqué la loi compétente, nous savons qu'il y a un recours en cassation qui est le recours du droit commun, recours qui peut être introduit par l'un ou l'autre des plaideurs ou par le Procureur général près de la Cour de cassation dans l'intérêt de la loi et avec la conséquence que si une cassation intervient dans ce second cas, elle n'interviendra que dans l'intérêt de la loi et non pas dans l'intérêt des parties. La base de ce recours est alors la violation de la règle française de conflit qui commandait d'appliquer la loi française ou la loi d'un pays étranger. Ce recours normal en cassation n'est recevable que pour violation de la loi française ; nous savons, en effet, qu'il n'y a pas de recours pour mauvaise interprétation de la loi étrangère.

§ 2 - Le recours en annulation pour excès de pouvoir.

Ce recours est fondé sur l'article 80 de la loi de Ventôse an VIII.

Reproduction Interdite

Source : BIU Cujas

Base de ce recours : l'excès de pouvoir

La base de ce recours qui, en droit interne, est exercé rarement ce n'est plus la violation de la loi, ce n'est même plus sa mauvaise interprétation ; c'est l'excès de pouvoir, c'est-à-dire que le juge a empiété sur le pouvoir d'une autre autorité ou bien que le juge est sorti de son rôle. Par exemple il a procédé par voie de règlement général, il s'est livré à une activité qui n'est pas son activité normale ; il a commis au point de vue administratif ou au point de vue judiciaire l'excès de pouvoir.

Définition jurisprudentielle de l'excès de pouvoir

L'excès de pouvoir est, d'après une formule récente de la Cour de cassation, l'empiétement sur les attributions des pouvoirs législatif, exécutif ou administratif, ou - et c'est là le plus important pour nous - l'atteinte à des principes d'ordre public

Mais immédiatement il faut ouvrir une parenthèse de vocabulaire pour marquer qu'ici l'expression d'ordre public n'est pas prise dans le sens où nous l'avons rencontrée récemment en droit international privé. Ce que l'on entend ici par principes d'ordre public, ce ne sont pas des règles qui dérogent aux lois étrangères, ce sont des situations, des solutions telles qu'elles créeraient des difficultés, des complications en France s'il n'y avait pas un contrôle de l'interprétation de l'activité des juges.

Voici des exemples : la violation d'une règle du droit des gens qui pourrait avoir des répercussions diplomatiques pour la France, la violation d'un traité diplomatique qui pourrait exposer la France à des réclamations de la part d'un pays étranger.

Donc ici le mot principe d'ordre public n'est pas pris dans le sens de la théorie générale de l'ordre public exposée précédemment. Cette remarque montre à quel point il faut faire attention quand on rencontre dans la langue juridique française cette expression d'ordre public qui a des sens multiples

Cette question du recours en annulation pour excès de pouvoir suppose une situation très grave

Developpement récent du recours pour excès de pouvoir en D.I.P.

Pendant tout le XIXème siècle et le début du XXème on ne relève pas une seule application de ce recours en annulation pour excès de pouvoir dans la matière du Droit international privé. Et c'est tout récemment que dans ces dernières années, plusieurs applications ont été données en Droit international privé sur l'intervention hardie d'un des derniers précurseurs généraux de la Cour de cas

Source : BIU Cujas

cation, M. le procureur général Matter, qui a joué un rôle très important dans la jurisprudence moderne, notamment sur les paiements internationaux. M. Matter a eu l'idée de faire intervenir le recours en annulation pour excès de pouvoir et il a été suivi par la Cour suprême dans nos matières. Nous allons tout simplement passer rapidement en revue les trois cas dans lesquels cela s'est produit dans les dix dernières années.

Recours pour excès de pouvoir à raison d'une méconnaissance de l'inviolabilité des agents diplomatiques

Cela s'est produit une première fois par un arrêt de la Chambre des Requêtes du 23 Janvier 1933 pour la violation de la règle française de solution des conflits de lois, mais dans une espèce où il n'y avait pas que la France qui fût intéressée à la question, où il y avait en effet des conséquences diplomatiques possibles si la décision des juges du fond avait été maintenue.

L'exemple que nous allons donner montrera l'intérêt qu'il y a à user d'un recours spécial qui ne soit pas le recours de droit commun. Il s'agissait dans cette espèce d'une action qui était intentée devant le tribunal de la Seine contre un agent diplomatique d'un pays étranger pour émission de chèques, et le tribunal de la Seine s'était déclaré compétent. Evidemment l'intéressé aurait pu faire appel, et suivre la procédure du droit commun, mais dans certaines espèces internationales où nos tribunaux se reconnaissent à tort compétents, il faut qu'il y ait un moyen plus énergique, plus efficace et plus officiel de leur interdire de continuer le procès et de faire disparaître la décision.

En effet, c'est une règle de droit des gens, consacrée par la coutume internationale, que l'inviolabilité de l'agent diplomatique, c'est-à-dire de tous ceux qui figurent sur la liste des agents diplomatiques. Quels que soient les faits que l'on reproche à l'agent diplomatique ou à un simple attaché de légation, comme c'était le cas, - qui figure sur la liste en question, on ne peut pas l'assigner devant un tribunal à moins qu'il n'ait l'autorisation, car il ne peut y consentir lui-même, de son propre gouvernement. Le tribunal n'aurait donc jamais dû se déclarer compétent dans cette affaire et d'office il eut dû se déclarer incompétent parce qu'il y avait là un intérêt international.

Non seulement il ne l'avait pas fait mais il avait condamné l'intéressé par un jugement du 23 Janvier 1933 (Revue 1934 p. 935).

En pareil cas le recours en annulation pour excès de pouvoir a été mis en mouvement. Comme il est étudié en procédure il n'est point nécessaire d'en faire ici l'exposé d'ensemble. Nous ne rappellerons que ses caractères importants. Ce recours

Source : BIU Cujas

diffère du recours en cassation en ce qu'il ne peut être introduit que sur l'ordre du Garde des Sceaux, par le procureur général. Le procureur général n'a pas ici de pouvoir d'appréciation. Pour le recours de droit commun, le recours en cassation dans l'intérêt de la loi, le procureur général décide d'office s'il doit y avoir ou non recours, sans avoir à attendre un ordre ni à déférer à aucun ordre. Le recours en annulation, lui, est un recours sur l'ordre du gouvernement parce qu'il y a un intérêt politique en cause. Le procureur général attend la décision du gouvernement qui sollicite et requiert de la Cour suprême l'annulation de la décision.

Dans cette espèce, le gouvernement immédiatement mis au courant de la question, probablement sur la réclamation du pays auquel appartenait cet agent diplomatique, a usé de cette procédure pour violation d'une règle de droit des gens qui pouvait entraîner des complications internationales. Il y avait excès de pouvoir parce que les tribunaux ne peuvent pas juger un agent diplomatique, ils ont pour cela une incompétence vraiment totale.

Recours à raison de motifs injurieux pour une autorité étrangère

Une deuxième application de la Cour de cassation résulte d'un arrêt de la Chambre des Requêtes du 18 Mars 1935 (Gaz. Pal. 1936 I. 715). Il s'agissait d'une commission rogatoire dont on sollicitait l'envoi aux autorités d'un pays étranger, pour procéder à l'interrogatoire d'un ouvrier qui avait été victime d'un accident en France. Dans les rapports internationaux, on procède ainsi par voie de commission rogatoire ; on prie l'autorité étrangère de bien vouloir procéder à une enquête et de faire faire une expertise. La commission rogatoire est une institution importante de la procédure civile et elle fonctionne dans les rapports internationaux comme dans les rapports internes.

La Cour de Nancy s'était laissé aller, dans des motifs pour le moins inopportuns, à dire qu'elle ne pouvait pas admettre que l'on sollicitât par commission rogatoire l'interrogatoire de l'ouvrier, qui s'était retiré dans son pays d'origine après l'accident, et son examen médical parce que, disait-elle, les autorités étrangères ne sont ni assez compétentes, ni assez impartiales dans la matière. Il y avait là une appréciation inadmissible de la façon dont la justice peut fonctionner dans un pays étranger et qui d'ailleurs ne semblait pas du tout fondée étant donné qu'il s'agissait d'un grand pays dans lequel les institutions offrent assez de garantie.

Mais ce motif était regrettable et dans ces conditions, le recours en annulation pour excès de pouvoir avait pour but précisément de faire rétracter, en réalité, cette appréciation

Source : BIU Cujas

qui n'était pas du tout du domaine du juge. Le juge doit statuer, il n'a pas à juger les autorités étrangères. Dans ce cas le recours en annulation pour excès de pouvoir doit permettre aux autorités gouvernementales d'intervenir.

Recours pour violation d'un traité diplomatique

Enfin, nous trouvons une troisième application dans un arrêt de la Chambre des Requêtes du 5 Février 1936 (Revue 1936, p. 451). C'est peut-être la plus intéressante des trois espèces parce que c'est le cas le plus dynamique et qui a donné l'exemple préventif le plus utile, car ces trois décisions bien connues dans les milieux judiciaires exercent une action préventive dans l'avenir. Toutes les fois qu'il s'agit de l'application et de l'interprétation d'un traité diplomatique, si les juges du fond ont violé ce traité, il y a recours en annulation pour excès de pouvoir. Cela ne veut pas dire qu'il ne puisse y avoir parfois recours en cassation ordinaire, mais l'un n'exclut pas l'autre. Si le gouvernement, pour des raisons dont il est absolument juge, car c'est une matière politique, ne croit pas devoir déclencher le recours en annulation, puisqu'il faut l'ordre du Garde des Sceaux, les parties disposent toujours, dans la mesure du droit commun, du recours en cassation. Mais indépendamment de cela, soit parce que l'on est dans un cas où il n'y a pas de recours en cassation soit parce qu'on n'est pas encore dans les conditions du recours en cassation, le recours en annulation pour excès de pouvoir peut être déclenché. C'est le cas toutes les fois qu'il y a un traité diplomatique, parce que le pays étranger peut venir dire : "j'ai signé un traité diplomatique, vous ne remplissez pas vos obligations vis-à-vis de moi, vous engagez votre responsabilité internationale". On se rend compte des conséquences diplomatiques que ce fait peut entraîner.

Il y a donc intérêt à ce que cette question soit mise au point le plus rapidement possible et que la mauvaise application ou le refus d'application d'un traité diplomatique donne lieu à une sanction. C'est ce qu'a décidé la Chambre des Requêtes le 5 Février 1936.

Il s'agissait d'une décision qui avait refusé d'appliquer un traité qui dispensait les étrangers d'un certain pays de la caution judicatum solvi. Il ne s'agissait pas ici d'un conflit de lois, mais du moment que l'on se plaint de la mauvaise interprétation d'un traité, on peut procéder par la voie du recours en annulation pour excès de pouvoir. Toutes les fois qu'il y a un intérêt politique et diplomatique dans les rapports de la France avec un pays étranger il y a intérêt à faire disparaître une décision inopportune.

Quel est l'intérêt pratique de ce recours en annulation pour excès de pouvoir.

Source : BIU Cujas

Intérêts pratiques du recours pour excès de pouvoir

Le premier intérêt est la procédure spéciale qui ne se déclanche que sur l'ordre du Garde des Sceaux, mais qui se déclenche sur son ordre ; c'est donc une question gouvernementale.

En second lieu, c'est la Chambre des Requêtes qui est saisi de la question et qui la termine ; nous sommes en face d'un des rares cas où n'existe pas la filière régulière : Chambre des Requêtes, Chambre civile. L'affaire va devant la Chambre des Requêtes et se termine devant la Chambre des Requêtes. Voilà donc une différence très sensible de procédure.

Troisième intérêt : la rapidité pour des raisons de droit et de fait.

Rapidité d'abord pour des raisons de fait. C'est sur l'ordre du gouvernement que la question est portée devant la Cour de cassation à raison de l'intérêt politique qu'elle présente et de son urgence. Il ne s'agit pas d'un de ces procès où l'affaire peut attendre son tour. Il faut qu'elle soit tranchée très rapidement et, dans l'espèce dont nous avons parlé, la question a été tranchée dans l'intervalle d'un mois, ce qui montre que c'est vraiment la justice expéditive comme il convient qu'elle eût toujours lieu si c'était possible. C'est qu'il y a un intérêt politique en cause et le pays étranger ne peut pas attendre des années que la solution soit donnée, d'après le rôle de la Cour de cassation l'affaire sera immédiatement portée devant la Chambre des Requêtes.

Raison de droit : il a été exposé en procédure civile qu'on ne peut pas aller devant la Cour de cassation sans avoir épuisé les voies de recours de droit commun. Le recours en cassation est ce qu'on appelle un recours extraordinaire. On ne peut pas user d'un recours extraordinaire tant qu'on n'a pas utilisé les recours normaux. En d'autres termes, on ne peut pas aller devant la Cour de cassation si l'on n'a pas d'abord fait appel, dans les cas où l'on a le droit de le faire. Or, dans le recours pour excès de pouvoir, on est dispensé de cet épuisement des recours intermédiaires, et cela s'explique. Il y a une raison politique essentielle, il faut que l'affaire soit décidée très rapidement. Or, s'il y avait un recours intermédiaire on s'exposerait à ce que la juridiction d'appel statue dans le même sens que la première ; il y aurait là un gros inconvénient. C'est la grosse différence entre le recours en cassation et le recours en annulation, il n'est pas nécessaire d'avoir épuisé tous les recours du droit commun dès que la décision est rendue le gouvernement peut porter la question devant la Cour suprême.

Nous n'avons pas par là même épuisé les différences et nous allons toucher aux plus importantes d'entre elles. La plus

Source : BIU Cujas

importante d'entre elles résulte du vocable même de ces deux recours, l'un de droit commun qui est le recours en cassation l'autre qui est le recours en annulation.

Distinction de l'annulation et de la cassation

Quelle différence y a-t-il entre un cassation et une annulation ? Elle a été exposée au cours de Procédure et nous ne reprenons la question que d'un mot. Dans le recours en cassation, outre que la Chambre des Requêtes ne peut pas casser et qu'il faut que l'affaire aille devant la Chambre civile, ce n'est pas le gouvernement qui est souverain, c'est la Cour de cassation qui va apprécier. Si la Cour de cassation, dans une affaire de droit commun, estime qu'il y a lieu à cassation elle ne termine pas le procès. Elle casse et elle désigne une Cour de renvoi, cour de renvoi contre l'arrêt de laquel le il pourra y avoir s'il y a lieu, un recours, cas où l'on arrivera alors à la procédure des Chambres réunies. Mais cette procédure est encore très longue et suppose des années de procès.

Ici, au contraire, la Chambre des Requêtes va terminer l'affaire. Si la Chambre des Requêtes cassait ce qu'elle n'a d'ailleurs pas le droit de faire - le procès reprendrait ailleurs. On aurait pu concevoir que l'on dise : la Chambre des Requêtes cassera et l'affaire ira devant une juridiction de renvoi. Or, ici la Chambre des Requêtes ne casse pas, mais elle fait plus que casser, elle annule et, étant annulée la décision disparait complètement. Dans le cas de la cassation, la Cour suprême ne fait que casser la décision mais le procès reprend ; ici il y a annulation de la décision et il n'en reste rien. On va alors transcriro l'arrêt de la Cour de cassation au greff de la juridiction - que ce soit tribunal ou Cour - qui a rendu l'arrêt annulé et désormais la première décision n'existe plus.

On voit par conséquent l'intérêt de procédure très grand qui se traduit par une rapidité extrême puisque, dans les espèce rapportées c'est en quatre ou cinq semaines que la question avait été réglée et que tous les inconvénients avaient donc disparu.

Tel est ce recours en annulation qui vient sanctionner de façon énergique et par des procédés auxquels on n'avait pas pensé puisque tous ces arrêts sont très récents des obligation des rapports internationaux alors que ce recours en annulation pour excès de pouvoir, rarement utilisé, ne jouait la plupart du temps que dans les questions du droit interne.

Il faut donc attirer l'attention sur ce point car il y a évidemment une sanction extrêmement intéressante et efficace et nouvelle des règles du Droit international privé

Source : BIU Cujas

Chapitre II

VIOLATION FRAUDULEUSE DE LA REGLE DE CONFLIT PAR LES INDIVIDUS

C'est encore la matière que l'on appelle la fraude à la loi.

Tout individu doit respecter la règle française de conflit s'il a à faire un acte juridique, parce que cette règle est une règle impérative, elle ne fait pas partie du droit facultatif et n'est pas dans le domaine de la liberté des individus.

Or, les individus peuvent être incités à violer ou comme on dit plus couramment dans les milieux judiciaires, à tourner la règle de conflit, soit en l'attaquant de front, c'est-à-dire directement, soit en l'attaquant indirectement.

Violation directe de la règle de conflit par les particuliers

Si l'on va à l'encontre de la règle de conflit directement, il n'est pas douteux qu'il y aura une sanction puisqu'on aura violé la loi française. Supposons par exemple un mineur français qui est astreint par l art. 3, al. 3 du Code civil, à respecter la loi française et qui va se marier à l'étranger où on le marie sans aucune autorisation de ses parents. Ce mariage n'aura aucune valeur en France Il a violé directement la règle française de conflit, il a été à l'encontre du droit français qui le régit et des règles du droit français qui interdisent son mariage, comme mineur, sans autorisation de ses parents.

Violation indirecte de la règle de conflit

Aussi, en général, les intéressés violeront-ils parfois la règle française de conflit indirectement, dans l'espoir parfois couronné de succès d échapper à toute sanction. Et cela consistera à modifier artificiellement les éléments de fait d'une situation en vue de modifier également sa règlementation juridique.

Toute règlementation juridique n'est que le vêtement donné à des faits qui se sont déroulés, en modifiant les faits on peut modifier aussi la règlementation juridique.

Source : BIU Cujas

La fraude à la loi en droit interne

La question se pose déjà en droit interne. On peut s'en rendre compte par l'exemple suivant. Les sociétés, au point de vue judiciaire, sont soumises à la compétence du tribunal du lieu de leur siège social, c'est-à-dire de leur domicile, et la faillite peut être prononcée par le tribunal du lieu du siège de la société. Cela étant, une société qui avait son siège social à Paris et qui était dans une situation mauvaise, s'attendait à brève échéance à une demande de ses créanciers et par conséquent à une déclaration de faillite de la part du tribunal de commerce de la Seine qui était seul compétent pour cela. Ses organes imaginent alors la combinaison suivante : nous allons changer le siège social de la société et allons le transporter dans un autre milieu où nous pensons devoir trouver des complaisances, des facilités et échapper par là même, puisque désormais nous serons soumis à la compétence de ce nouveau tribunal, à la déclaration de faillite.

Voilà bien l'opération frauduleuse. La société change son siège social pour échapper à la compétence d'un tribunal qui sera peut-être plus sévère qu'un autre au point de vue de la définition de la cessation de paiements et de la déclaration de faillite, car il y a tout de même là un élément d'appréciation du tribunal.

Voilà le prototype de la fraude : on change les circonstances de fait et par là même la règle de droit est changée. Au lieu de la compétence du tribunal du domicile ancien, tribunal de la Seine, il y avait compétence du tribunal du nouveau domicil situé dans une autre partie de la France.

Ces faits se déroulent avec beaucoup plus de facilité et d'efficacité dans les rapports internationaux. En effet, dans le cas dont nous parlons, le tribunal de la Seine a déclaré : je continue à déclarer la faillite parce que votre changement de siège social est frauduleux, vous n'avez changé votre siège social que pour échapper à la compétence du tribunal de la Seine mais vous continuerez à y être soumis.

La fraude à la loi en D.I.P.

Dans les rapports internationaux, la sanction de la fraude sera peut-être plus difficile. Les hypothèses sont anciennes et les principales, les plus classiques, les plus tapageuses, se sont situées à une époque où le divorce n'existait pas en France. Déjà à propos de la perte de la nationalité française, nous avons parlé de ces Français qui tenaient moins à la nationalité française qu'à leur liberté conjugale et qui avaient acquis une nationalité étrangère d'un pays bien choisi où existait le divorce et un divorce facile, rapide, expéditif, pour échapper aux conséquences de leur mariage.

Source : BIU Cujas

L'affaire de Beauffremont

Dans la fameuse affaire de la princesse de Beauffremont, qui fut portée devant la Cour de cassation, il s'agissait justement d'une Française, simplement séparée de corps qui, pour divorcer, avait acquis la nationalité d un Etat dont on pouvait acquérir assez facilement la nationalité, et où l'on pouvait aussi facilement divorcer En quelques mois elle avait pu acquérir la nationalité étrangère, obtenir le divorce et elle s'était déjà remariée avec quelqu'un d une autre nationalité Elle avait acquis de ce fait, on le sait la nationalité romaine

Voilà le prototype de la fraude à la loi On change de nationalité non pas parce que l'on veut changer de nationalité, mais parce que l'on veut échapper aux règles impératives de la loi française qui vous régissent et qui vous empêchent de divorcer. On change l'élément de fait de la situation juridique et désormais comme étranger l'art. 3, al 3 du Code civil conduirait normalement à dire : la personne en question n étant plus française, l'indissolubilité du mariage ne la régit plus elle est soumise à la loi de son statut personnel.

Ces cas de changement de nationalité étaient assez fréquents avant 1884. Il y avait des agences qui s'étaient constituées dans certains pays étrangers qui faisaient des annonces dans les journaux de l'époque et qui, discrètement, mais non gratuitement, offraient leurs services précisément pour l'acquisition d'une nationalité, d'un divorce Tout cela pouvait être fait à forfait

La même question peut se poser à propos d'un changement de domicile Elle exista même dans l'ancien droit et l'on peut citer le cas de maris qui changeaient de domicile, parce que le domicile règlementait les rapports conjugaux, notamment les rapports pécuniaires entre époux. On changeait alors plus facilement de domicile puisqu'il suffisait d'aller d'une coutume dans une autre en transportant le domicile seulement à quelques kilomètres du lieu où on était, pour changer le statut pécuniaire des époux.

Mais il y avait là une fraude à la loi ; on n avait pas changé de domicile normalement, on ne cherchait pas à changer de domicile pour changer de domicile, on chageait de domicile pour échapper à une règle impérative.

Il pouvait s'agir encore d'un tuteur qui changeait de domicile pour échapper à certaines obligations de la tutelle ou encore d'un plaideur pour échapper à la compétence d'un certain tribunal Nous pouvons transposer ces situations dans les rapports internationaux , une société transporte son siège à l'étranger pour échapper à la compétence française

Source : BIU Cujas

On peut encore imaginer l'hypothèse qui s'est réalisée, de personnes qui vont dans un pays étranger pour y passer un acte qu'elles ne pourraient pas passer en France. Il y a là encore une fraude à la loi puisqu'elles se rendent en pays étranger dans cette fin

Dans toutes ces hypothèses il y a violation indirecte de la règle de solution de conflit La règle de l'art. 3, al. 3 disait : le divorce est soumis à la loi nationale, il y a violation indirecte parce qu'on modifie la nationalité ou le domicile Il y a là un très grave danger C'est une sorte de fuite du droit qui est évidemment facilitée par le phénomène de la frontière

Sanction de la fraude à la loi en droit international exception de fraude à la loi

A cette situation qui finirait en quelque sorte par anémier le sentiment que l'on a du respect du droit, il faut une sanction Cette sanction, coutumière chez nous c'est l'exception de fraude à la loi.

L'exception de fraude à la loi, qu'il ne faut pas confondre avec la fraude à la loi en général, rencontrée dans les études de droit civil, est encore un concept qui a le même vocabulaire que ce terme, mais qui a sa signification propre. Notre exception de fraude à la loi n'est pas l'exception ordinaire de fraude à la loi. Cette exception de fraude à la loi la jurisprudence l'a consacrée dans un certain nombre d'hypothèses suffisantes pour exercer une action salutaire et préventive et éviter que ces cas ne se reproduisent trop souvent C'est une règle coutumière, mais bien établie chez nous puisqu'on en trouve déjà des applications sous l'ancien régime.

Base de l'exception de fraude à la loi

Quelle en est la base ? Sa base c'est évidemment une sorte d'idée éthique du droit. Il y aurait une situation un peu dissolvante si la fraude n'était pas sanctionnée. En effet si les Français n'avaient plus qu'à se faire naturaliser étrangers, à divorcer et à revenir vivre en France et à se remarier, il y aurait là une situation tout à fait regrettable au point de vue social.

Mais comment construire juridiquement cette exception, car c'est un remède pour éviter un mal qui se produirait sans cela. De même que l'exception d'ordre public est un remède pour éviter le mal qui résulterait de l'application étrangère, l'exception de fraude à la loi est un remède pour éviter le mal qui résulterait de la violation indirecte de la règle de fond

Base cherchée dans les idées morales

On s'est parfois basé sur une simple idée morale. On a dit : il n'est pas moral qu'un tel résultat reste sans sanction. La règle morale dans nos activités veut

Source : BIU Cujas

donc qu'il y ait ici une répression, répression civile. Telle est notamment l'opinion de M. Ripert, dans son ouvrage sur la Règle morale dans les obligations civiles. Il signale la fraude à la loi comme étant, en droit international privé, une des applications du facteur moral, si puissant dans les règles de notre droit, facteur moral qui est d'inspiration nettement chrétienne et qui montre la valeur spirituelle de notre droit. Nous avons, en effet, pas mal d'institutions qui sont simplement basées sur des idées morales : on le constate par exemple en matière d'obligations naturelles, il y en a un certain nombre que la jurisprudence base sur des devoirs moraux.

Construction par le détournement de pouvoir

Cette base serait déjà suffisante, il faut le reconnaitre. Mais il semble qu'on puisse aller un peu plus loin et donner à notre exception de fraude à la loi une base qui ne soit pas simplement la consécration d'une obligation morale, mais d'une obligation vraiment juridique. Et celle-ci on peut peut-être la trouver en enchassant, en quelque sorte, cette obligation morale dans un cadre juridique qui est le suivant : ce cadre juridique ce serait la notion, d'ailleurs connue, dont nous trouverions ici des manifestations mais qui ne sont là les seules, du détournement du pouvoir.

Tout individu dispose d'un certain nombre de moyens d'action qui lui ont été donnés dans un but normal, il ne doit user de ces moyens d'action que dans le but pour lequel on les lui a octroyés. Il ne faut pas qu'il détourne ces moyens en vue d'un but qui n'était pas celui pour lequel il les avait.

Or, ce détournement de pouvoir peut se manifester au moins sur trois terrains : deux que nous allons voir rapidement en droit interne, et le nôtre. Mais cette trilogie n'est en somme qu'un des reflets d'une seule et même idée : l'idée de l'usage normal du pouvoir qui nous est reconnu d'agir librement pour faire un certain nombre d'actes.

Le détournement de pouvoir en droit civil : la cause illicite

Ce détournement de pouvoir peut se manifester à propos d'un acte de pur droit privé interne, du droit civil : il s'appelle en pareil cas la cause illicite.

Par exemple, un coutelier a le droit de vendre un couteau, mais il n'a pas le droit de vendre un couteau à quelqu'un qui demande ce couteau pour commettre un crime. C'est un exemple classique. En pareil cas, si les deux parties ont le droit de faire un contrat de vente, lequel a un objet parfaitement licite, un couteau est un objet qui en lui-même est tout à fait licite, ce contrat devient une opération illicite si dans son but final il tend à un résultat illicite. C'est ce qu'on appelle en droit civil la

Source : BIU Cujas

cause finale. L'achat d'un couteau de cuisine est la vente d'un objet parfaitement licite, mais s'il est acheté en vue de commettre un crime et que celui qui le vend le sait, l'opération a une cause illicite, à raison de sa finalité.

La cause illicite est tout simplement le détournement que chacune des deux parties - le vendeur et l'acheteur - a fait du pouvoir l'un de vendre, l'autre d'acheter le couteau qui n'était pas fait pour le but auquel on l'utilisait.

Prenons par exemple une donation, où l'on verra encore en droit civil l'application extrêmement importante de la notion de la cause illicite. Les personnes qui font une donation et surtout celles qui font un legs par un testament, n'ont que trop de propension à imposer soit à leur donataire, soit à leur légataire des charges défendues par la loi. Et, bien souvent, certaines libéralités testamentaires ou par donation sont inspirées beaucoup moins par le désir de faire une libéralité que d'obtenir le résultat auquel on astreint le donataire ou le légataire : par exemple créer une oeuvre interdite. Il y a une jurisprudence très compacte en France au sujet des clauses charitables ou pieuses dans les donations ou testaments et la jurisprudence a toujours tenu compte du fait que les clauses de cette sorte étaient la cause des donations ou des legs.

Lorsqu'elles sont la cause de ces donations et legs elles en sont la cause illicite. La partie qui fait une donation ou un legs de cette façon, détourne le pouvoir qu'elle avait de faire une libéralité ou de léguer ses biens, car ce qu'elle veut c'est non pas faire une donation ou un legs, c'est obtenir le résultat auquel elle astreint le légataire ou le donataire. C'est la cause illicite, le détournement de son pouvoir, et la jurisprudence invariablement a toujours annulé toutes ces libéralités par application de la théorie de la cause illicite.

Au contraire, lorsque cette charge apportée à une donation n'était pas du tout le but final, n'était qu'une occasion, mais que le but véritable de l'opération était de léguer à quelqu'un ou de donner à quelqu'un, ce qui était parfaitement licite, ce qui était l'usage du pouvoir reconnu, la jurisprudence applique l'art. 900 du Code civil qui réputé non écrite la condition illicite. Elle la réputé non écrite parce que le reste peut subsister, parce que le reste a une cause et une cause licite. Mais si la charge en question est l'essentiel et le but, l'ensemble de l'opération a cause illicite et par application de la théorie de la cause illicite, la donation ou le testament sera annulé.

Voilà donc une première application de la théorie du détournement de pouvoir des individus.

Source : BIU Cujas

le détournement de pouvoir en droit administratif

Une deuxième application qui n'est qu'un des aspects d'un même problème est le détournement de pouvoir du droit administratif. Une autorité, un préfet ou un maire par exemple, ont reçu le pouvoir de faire des arrêtés en vue de règlementer telle ou telle matière. Un maire ou un préfet détourne ce pouvoir qui ne lui a été donné que dans une fin déterminée, pour atteindre une autre fin qui ne lui est pas permise et pour laquelle il n'a pas plus de pouvoir que n'importe quel citoyen. En pareil cas, il y aura recours devant le Conseil d'Etat, recours en annulation pour excès de pouvoir parce qu'il y a un détournement de pouvoir. Il y a là utilisation d'une faculté qui appartenait à une autorité administrative et dont elle ne s'est pas servie pour atteindre la fin pour laquelle elle lui avait été donnée.

Le détournement de pouvoir en D.I.P. : fraude à la loi

Enfin la troisième hypothèse, qui est la nôtre, du détournement de pouvoir, c'est de se servir de la faculté que nous avons de nous rendre en pays étranger ou d'acquérir une nationalité étrangère. C'est en somme de se servir du phénomène de la frontière pour atteindre un résultat illicite ; c'est donc encore un détournement de notre pouvoir propre. Changer de nationalité est parfaitement admis, pourvu qu'on remplisse les conditions de ce changement ; changer de nationalité uniquement pour divorcer, c'est détourner le pouvoir que nous avons de changer de nationalité. Le but n'est pas de changer de nationalité, mais de divorcer ; le but n'est pas de changer de domicile, mais d'échapper à la compétence d'un tribunal. Le changement de nationalité et le changement de domicile ne sont pas une simple conséquence, c'est l'opération principale. Il y a en somme ici une cause illicite.

Or, la théorie du détournement de pouvoir du droit administratif ou la théorie de la fraude à la loi dont nous parlons ne sont l'une et l'autre que des aspects d'une idée beaucoup plus générale qui rayonne dans tout notre droit et qui est manifestée par la théorie de la cause illicite qui n'est pas seulement une théorie du droit privé mais une théorie générale.

Dans ces diverses situations par conséquent où il y a un détournement d'un pouvoir on a utilisé un moyen licite pour atteindre un résultat illicite - formule importante que nous reprendrons. La fraude à la loi est alors, en droit international privé le nom que prend le détournement de pouvoir, dans certaines de ses manifestations ; et la sanction sera l'exception de fraude à la loi.

Source : BIU Cujas

Fraude à la loi et ordre public

Certains auteurs, parmi lesquels M Bartin ont pensé que la fraude à la loi ne serait pas une notion autonome du droit international privé ; ils reconnaissent - et nous ne le mettons pas en doute un seul instant - la nécessité d'une sanction à la fraude à la loi, mais pour eux, cette sanction devrait être assurée par une notion autre et qui existe déjà, c'est la notion d'ordre public Permettre de se prévaloir en France d'un droit que l'on a ainsi acquis, c'est heurter l'ordre public.

Mais cela ne se concilie pas avec la théorie générale de l'ordre public que nous avons exposée et même avec la théorie de l'ordre public de M. Bartin lui-même, car l'ordre public, c'est l'incompatibilité du droit français avec le droit étranger Or, dans tous nos exemples il n'y a aucune incompatibilité entre le droit français et le droit étranger puisque si les individus avaient divorcé, par exemple dans le pays étranger sans commettre cette fraude, le divorce qu'ils auraient obtenu n'aurait pas été contraire à notre droit. Ce n'était pas le divorce qui était contraire à notre droit, c'était l'attitude des individus Il n'y a donc pas d'opposition des législations, l'exception d'ordre public ne donnerait pas de remède. Il faut un remède autonome et sans lequel on n'aurait aucune possibilité de sanctionner ce détournement de pouvoir. Il faut une cause en dehors et en outre de l'ordre public, il faut précisément l'exception de fraude à la loi.

En fonction de cette idée générale voyons, dans deux sections les conditions d'intervention de notre remède, et les effets qu'il va produire.

Section I

Conditions d'intervention de l'exception de fraude à la loi

Il y a trois conditions :

une volonté frauduleuse,
- l'obtention d'un résultat illicite
- l'utilisation de moyens licites

Source : BIU Cujas

§ I - Une volonté frauduleuse.

La volonté frauduleuse, c'est l'intention coupable, c'est la volonté psychologique d'échapper à la règle impérative pour obtenir un résultat en se plaçant sous l'empire d'une autre loi. C'est une simple volonté. Mais quelle doit être alors son intensité, à partir de quel moment y a-t-il véritablement intention frauduleuse ?

Certains diront : dans les actes de l'individu rien n'est tout à fait désintéressé ; on a toujours un but quand on fait quelque chose ; celui qui change de nationalité a tout de même un but pour changer de nationalité, nous ne sommes pas des automates et si l'on veut se mettre à peser des intentions on pourra toujours faire apparaitre des motifs que l'on reconnaitra plus ou moins opportuns.

La volonté frauduleuse doit être déterminante

En réalité, il faut que cette intention frauduleuse soit prépondérante et le droit civil nous offre ici une construction déjà toute faite ; c'est ce que l'on appelle en droit civil le motif déterminant. Un motif seul ne suffit pas, c'est une affaire entendue, mais il faut que ce soit le motif déterminant. A partir de quel moment le motif prend-il cet aspect d'être déterminant ? Toute la jurisprudence du droit français est là pour répondre que c'est une question de fait et que l'on peut parfaitement arriver à démêler puisqu'elle l'a fait dans quantité d'hypothèses. Il arrivera peut-être des cas où il y aura intention prépondérante et où on ne s'en apercevra pas, où on ne pourra pas en faire la preuve, mais il est bien fréquent que quelque chose existe qu'on ne peut pas prouver.

Mais si l'on peut établir que le changement de nationalité a eu pour motif déterminant le divorce, par exemple, nous serons dans l'hypothèse de l'intention frauduleuse.

Mais de qui doit émaner cette intention frauduleuse ? Dans les actes unilatéraux, il suffit qu'elle émane de la personne qui a fait l'acte en vue d'en profiter, par exemple dans le cas de changement de nationalité, c'est l'intention de la personne qui change de nationalité comme dans le cas de la princesse de Beauffremont.

Dans les contrats la volonté frauduleuse doit être commune

Dans les actes contractuels il faut faire application de la théorie de la cause illicite. Il existe sur ce point une grande différence entre l'acte unilatéral et l'acte contractuel. Dans l'acte unilatéral il-

Source : BIU Cujas

il suffit que la cause illicite existe chez celui qui a fait l'acte. Dans un contrat la cause illicite doit être connue par les deux parties. Pour reprendre un des exemples courants du droit interne, le coutelier ne peut pas être responsable d'un crime qu'éventuellement on commettra avec un couteau qu'il aura vendu s'il ne sait pas pourquoi on a acheté le couteau. Ce n'est que dans le cas où le coutelier sait l'usage du couteau - ou l'armurier l'usage du revolver qu'on lui achète - que la cause illicite existera.

Supposons quelqu'un en temps de paix, qui se serait présenté chez un armurier, et qui aurait eu cette attitude désordonnée : l'armurier aurait su à quoi allait servir l'arme. La cause aurait été illicite parce qu'elle aurait été partagée ou au moins connue par les deux parties. C'est l'application de la théorie générale de la cause illicite.

Comment prouvera-t-on que l'intention est le motif déterminant ? Par tous moyens puisque c'est un fait comme on prouve dans les actes juridiques les faits, c'est à-dire qu'il y aura une recherche d'intention psychologique à faire.

§ 2 - L'obtention d'un résultat illicite.

L'exception n'atteint que le résultat obtenu

Nous ne disons pas la recherche d'un résultat illicite, mais son obtention c'est-à-dire qu'il faut avoir atteint ce résultat illicite. L'intention n'est pas punie par elle-même : c'est exactement comme la cause illicite. Même si dans un contrat ou dans un testament une partie a une intention illicite, si elle n'a pas atteint le but qu'elle s'est proposé, la cause ne sera pas illicite. Il faut qu'on obtienne le résultat projeté par l'intention frauduleuse. Ce n'est pas, en d'autres termes, ce que l'on appelle un impératif catégorique : c'est la sanction sociale d'une résultat qu'il faut empêcher.

Il faut donc être parvenu à des fins illicites, c'est-à-dire avoir obtenu de modifier les règles normales de la compétence internationale. Si pour une cause quelconque on n'y est pas parvenu, il manquerait une condition essentielle, le résultat n'ayant pas été obtenu.

Dans l'affaire de Beauffremont par exemple, le résultat avait été obtenu puisque la princesse avait obtenu la nationalité étrangère à la suite de quoi elle avait pu divorcer. Mais supposons qu'après avoir obtenu la nationalité roumaine elle n'ait pu divorcer, le résultat illicite n'aurait pas été obtenu, l'emploi de la fraude à la loi n'avait pas à intervenir. De même

Reproduction Interdite

Source : BIU Cujas

si le changement de domicile n'a pas pu être fait ou bien si le pays étranger, selon la jurisprudence, renvoie à la loi française, alors il n'y a pas à craindre de fraude puisque nous revenons à la compétence de la loi française. Dans toutes ces hypothèses, le résultat ne s'étant pas produit, il n'y a point besoin de remède puisqu'il n'y a pas de mal ; il ne s'agit pas de sanctionner des intentions, il s'agit d'empêcher un résultat qui se produirait si l'on n'avait pas l'exception de fraude à la loi.

§ 3 - Utilisation de moyens licites.

La troisième condition est capitale et nous met tout à fait dans l'ambiance de la théorie de la cause illicite dans les contrats : l'utilisation d'un moyen licite pour obtenir un résultat illicite.

Dans l'achat du couteau ou du revolver, il y a eu utilisation d'un moyen licite; achat d'un objet qui est dans le commerce, pour obtenir un résultat illicite, c'est-à-dire l'usage qu'on en fera, qui peut être licite, mais aussi particulièrement illicite. Tout dépend donc de l'utilisation que l'on voudra faire ; mais il faut qu'il y ait moyen licite.

Nous allons distinguer deux hypothèses :
Ière hypothèse : les moyens sont illicites,
2ème hypothèse : les moyens sont licites.

Si les moyens sont illicites, l'exception de fraude est inutile

I)- Les moyens sont illicites. - Si les moyens sont illicites, il n'y a pas besoin de faire appel au remède de la fraude à la loi. Le remède de la fraude à la loi est un moyen d'empêcher un mal de se produire mais si on s'est servi d'un moyen illicite, ce moyen est sanctionné par lui-même puisqu'il est illicite. Donc le résultat ne se produira pas.

Supposons que quelqu'un achète un objet illicite en ce moment, par exemple un revolver. Les armes ne sont pas dans le commerce, le contrat est nul pour objet illicite, il n'y a donc pas besoin de faire intervenir la théorie de la cause qui est un moyen subsidiaire. Voilà ce qui est important. Le remède est un remède subsidiaire parce que si on ne l'avait pas on ne pourrait pas atteindre le contrat. Si l'on n'avait pas la cause illicite on ne pourrait pas faire tomber la donation, la vente-vente du couteau qui a été acheté pour servir à un crime, on ne pourrait pas faire tomber le testament. Mais si l'acte est nul parce qu'on a utilisé un moyen qui n'était pas licite, il n'y

Source : BIU Cujas

a pas besoin de faire appel à la cause illicite.

Par exemple, un mineur français, sachant que ses parents ne lui permettront pas de se marier, met la frontière entre sa famille et lui ; c'est un cas classique. Il va se marier dans un pays étranger. Notamment il y avait le fameux forgeron de la frontière écossaise qui, en présence de deux témoins, vous mariait sans vous poser beaucoup de questions indiscrètes et inutiles. On revenait rapidement en France, généralement parce qu'on était à bout de ressources et à ce moment-là la question se posait de savoir si le mariage était ou non valable. Evidemment l'attitude était frauduleuse, mais l'exception de fraude à la loi ne sanctionne pas les attitudes frauduleuses par elles-mêmes, il ne les sanctionne que s'il n'y a pas d'autre remède. Or, ici il y avait un remède direct, c'est l'art. 3, al. 3 du Code civil puisqu'un mineur ne peut pas se marier sans le consentement de ses parents. Il n'y avait donc pas besoin de faire intervenir notre remède.

ractère subsidiai
de la fraude à la
i

Nous ferons une comparaison avec une institution du droit civil, l'enrichissement sans cause. L'action d'enrichissement sans cause n'est qu'une action subsidiaire, basée sur une idée de morale, parce qu'il serait anormal qu'un tel enrichissement pût se produire, mais qui est subordonnée à l'absence de toute autre action. Toutes les fois qu'il existe une action directe pour empêcher un enrichissement sans cause, l'action d'enrichissement sans cause n'est pas recevable. elle est seulement l'ultimum remedium, elle n'est que subsidiaire pour empêcher l'injustice qui se produirait.

Ici, c'est la même chose : l'action basée sur notre fraude à la loi suppose qu'il n'y a aucun moyen d'éviter le dommage qui se produirait si on ne l'invoquait pas. Donc, cela justifie la formule que nous avons employée : il faut un moyen licite pour obtenir un résultat illicite. Toutes les fois que le moyen est illicite, l'exception de fraude à la loi est inutile.

La question s'est posée notamment dans le cas des sièges sociaux fictifs d'une société. Une société établit son siège social fictif à l'étranger. Il n'y a pas besoin de faire appel à la fraude à la loi parce que le moyen employé est illicite. Si on crée une société irrégulièrement on commet le délit de constitution irrégulière de société, il y a là déjà un moyen illicite, suffisant à entacher la société de nullité.

Source : BIU Cujas

Section II

Effets de l'exception de fraude à la loi.

Le but à atteindre

Ce qu'il faut lorsqu'on se trouve dans une hypothèse où les conditions de la fraude à la loi sont remplies, c'est de repousser vis-à-vis de la France le résultat frauduleux qui a été poursuivi, escompté et atteint. Par exemple dans le cas du divorce de la princesse de Beauffremont, il fallait éviter qu'elle ne pût vis-à-vis de la France, se prévaloir de son divorce et en tirer les conséquences ordinaires. Il est nécessaire que la force impérative de la règle de solution du conflit soit respectée car cette règle lisait : un Français est soumis à la loi française qui ne permet pas de divorcer.

Nature de la sanction inopposabilité du résultat

Quelle est alors la nature de la sanction que l'on peut envisager c'est-à-dire de l'effet que va produire cette exception de fraude à la loi ? En jurisprudence elle correspond à ce que l'on pourrait appeler et l'expression est bien connue en Droit civil une inopposabilité. Ce que l'on aura obtenu grâce à cette fraude on ne pourra pas l'opposer en France ; cela ne veut pas dire que ce que l'on aura fait n'existera pas. On sait la différence entre la nullité et l'inopposabilité. Sur le terrain de la loi du 23 Mars 1855 en matière de propriété la transmission de propriété non transcrite existe, elle n'est pas nulle, mais inopposable à certaines personnes qui peuvent ne pas se la laisser opposer mais qui peuvent aussi se la laisser opposer. Donc n'oublions jamais qu'en droit français une inopposabilité n'est pas une nullité, c'est une simple neutralisation vis-à-vis de telle ou telle personne.

Dès lors, la conséquence sera que l'acte frauduleux sera maintenu en principe dans toutes ses autres conséquences. Prenons l'hypothèse de la dénationalisation et raisonnons toujours sur le cas de la princesse de Beauffremont : le divorce en vue duquel cette opération avait été montée sera inopposable, elle n'est pas divorcée, elle ne peut donc pas se prévaloir de cet état en France, elle a encore sa qualité de femme mariée, avec les droits et devoirs qui en résultent. Mais il n'est pas nécessaire, avec

Source : BIU Cujas

la notion d'inopposabilité d'aller plus loin. En particulier princesse de Beauffremont n'est plus française. On ne va pas jusqu'à dire qu'elle a conservé la nationalité française parce que c'est par fraude qu'elle a voulu acquérir une nationalité étrangère. Non, elle a bien perdu la nationalité française seulement elle ne pourra pas se prévaloir de certaines de ses conséquences, notamment du divorce qu'elle a obtenu.

En effet nous ne pouvons pas dire qu'elle n'a pas acquis une nationalité étrangère puisqu'il ne dépend pas de nous de la lui donner ou de la lui retirer. Nous pourrions dire à la rigueur elle est restée Française, nous pourrions dire la fraude empêche de perdre la nationalité française, en pareil cas elle aurait deux nationalités. Mais la jurisprudence ne l'a pas décidé la Cour de cassation a eu bien soin en redressant sur ce point les motifs de certaines décisions du fond qui peut être avaient été trop loin de décider que dans les cas de naturalisation frauduleuse on a perdu la nationalité française. La fraude n'empêche pas de perdre la nationalité; on a acquis une nationalité étrangère si un pays étranger vous l'a donnée. Mais pourquoi a-t-on fait cette opération ? Pour divorcer. Eh bien on n'est pas divorcé. Il y a simplement inopposabilité de tel effet de la fraude. Mais la personne n'est plus française et vis-à-vis de la France elle est désormais frappée de toutes les incapacités qui frappent les étrangers.

Supposons, pour reprendre un de nos exemples précédents une société qui a changé frauduleusement son siège social pour éviter la compétence du Tribunal de la Seine dont elle craignait une déclaration de faillite. Le siège social de cette société reste définitivement transporté là où elle l'a fixé on ne remet pas la chose en question, mais le Tribunal de la Seine sera tout de même compétent pour prononcer la faillite. Il y a inopposabilité sur ce point des conséquences de la fraude.

Voici encore un exemple : il s'agit d'un individu qui ayant des démêlés avec sa femme trouve opportun de placer la frontière entre elle et lui et il se fait naturaliser Suisse. Après quoi il attend de pied ferme les évènements et les hostilités judiciaires. Sa femme l'actionne devant les tribunaux français pour une cause quelconque de divorce ; à quoi le mari répond "je ne suis plus Français je suis devenu Suisse je me suis fait naturaliser dans ce pays". Or aux termes du traité franco-suisse sur la compétence des tribunaux nos tribunaux français ne sont pas compétents à l'égard d'un Suisse domicilié dans son pays.

Dans cette affaire la Cour de cassation qui a rendu un arrêt le 19 Juillet 1875 (S. 1876 I p. 289) applique de nouveau la théorie de l'inopposabilité. Le mari en question n'est plus Français. Il est bien devenu suisse si la Suisse lui

Source : BIU Cujas

a conféré le droit de bourgeoisie dans un canton, cela n'est pas contesté, mais il n'a demandé la nationalité suisse que pour échapper à la compétence des tribunaux français car c'était uniquement - et les faits de la cause le prouvaient - pour rompre le contact judiciaire avec sa femme. Le mari s'était dit en effet : il est beaucoup plus compliqué de faire le procès en Suisse, ma femme n'aura pas les mêmes facilités, cela lui coûtera beaucoup plus cher et probablement y renoncera-t-elle.

Voilà la combinaison frauduleuse pour échapper à la compétence des tribunaux français et c'est précisément cet effet, qu'il voulait éviter, que les tribunaux déclarent inopposable. Donc compétence des tribunaux français, mais à d'autres points de vue l'intéressé a cessé d'être Français, il est devenu suisse.

Valeur de la sanction

Que faut-il penser de cette notion de l'inopposabilité appliquée à notre matière de la fraude à la loi ? Il faut reconnaître qu'elle atteint le résultat voulu : en effet, ce qu'il fallait éviter c'était précisément ce divorce, cette rupture de compétence judiciaire, c'était ce résultat illicite. La fraude à la loi est l'utilisation d'un moyen licite pour atteindre un résultat illicite, ce résultat illicite ne sera pas reconnu en France. L'inopposabilité rétablit donc les choses telles qu'elles auraient dû être et réduit d'autre part au minimum l'atteinte que l'on fait à l'acte de l'individu. On le maintient dans toutes ses parties autres que celle qui précisément comporte la conséquence illicite.

Pourquoi on déroge à la théorie de la cause illicite

Cependant, nous avons dit que la fraude à la loi pouvait se situer dans le champ plus général de la notion juridique de la cause illicite. Quelle en serait alors la conséquence ? Si l'on admettait la théorie de la cause illicite, on serait amené à dire - comme on le fait dans la théorie des actes juridiques - qu'elle n'entraîne pas seulement l'inopposabilité mais qu'elle entraîne toujours la nullité absolue de l'acte ou du contrat à la base duquel elle se trouve.

La jurisprudence ne l'a pas fait, quelle en est la raison ? Est-ce parce qu'elle s'est détachée de la notion de cause illicite ? Non. C'est plus exactement parce que l'exception de fraude à la loi s'est formée indépendamment des concepts du droit privé interne. C'est une formation autonome. On peut actuellement chercher à en faire la synthèse et dire que l'exception de fraude à la loi n'est qu'une des manifestations de la théorie de la cause illicite mais, du point de vue du développement historique de l'exception de fraude à la loi, elle

Source : BIU Cujas

s'est formée, développée, établie sur un plan autonome et s'étant ainsi établie sur ce plan séparé du droit civil, la jurisprudence a considéré que la notion de l'inopposabilité était sans doute suffisante.

Si l'on admettait ici la théorie de la cause illicite il faudrait décider, en cas de naturalisation frauduleuse non pas que l'individu n'a pas acquis la nationalité étrangère, car nous ne pouvons pas le dire, mais qu'il est resté Français qu'il n'a pas pu perdre la nationalité française puisque tout serait nul vis-à-vis de lui ; il aurait donc deux nationalités. On pourrait aller jusque là. Ou bien si c'est un changement frauduleux de domicile, que tout en ayant acquis un domicile à l'étranger il a vis-à-vis de la France, conservé son domicile français.

Peut-être faut-il approuver la jurisprudence de ne l avoir pas décidé, c'est, qu'en effet, il y a une différence entre notre matière et la cause illicite dans le domaine des contrats comme dans celui des actes administratifs. Dans un contrat -par exemple le fameux achat du couteau de cuisine, ou une donation,- qui aurait une cause illicite, si l'on retire la cause illicite du contrat, si l'on déclare inopposable le résultat illicite du contrat, il n'y a plus rien. Notre contrat de vente d un couteau de cuisine, si l'on supprime le couteau, n'existe plus, il n'y a plus d'objet dans le contrat. On ne peut pas concevoir que notre contrat subsiste sans le résultat qui était de vendre le couteau. De même on ne peut pas concevoir que la donation subsiste sans la charge qui était la cause de l'opération ; l'opération serait alors sans cause. Elle n'aurait peut-être plus de cause illicite si on supprimait le but poursuivi, mais elle n'aurait plus de cause du tout ; or, il n'y a pas d acte sans cause.

On comprend donc que dans les contrats la cause illicite ait la conséquence d'infecter complètement le contrat ou l'acte de le faire tomber dans sa totalité, parce qu'il ne resterait plus aucun élément sain.

Prenons maintenant les actes administratifs. Lorsqu une autorité administrative, à la suite d'un détournement de pouvoir, a pris un arrêté qu'il faut annuler, on ne concevrait pas que l'on maintint cet arrêté sans le but illicite que l'on se proposait puisqu'il n'en resterait plus rien. Si, par suite d'un détournement de pouvoir, on a fait une nomination et qu'on supprime cette nomination, qu'est-ce qui restera ? Absolument rien. L'acte doit donc tomber dans sa totalité.

L'inopposabilité est une sanction complémentaire

Ici il y a une nuance pour la fraude à la loi en droit international privé. On peut concevoir que l'on supprime l'effet illicite que l'on se proposait mais que l'on maintienne l acte juridique pour

Source : BIU Cujas

le reste, l'infection généralisée dépasserait le but qu'il convient d'atteindre. Et d'ailleurs, il y a là comme une sanction nouvelle car en maintenant l'ensemble de l'opération sauf le résultat illicite, on semble donner satisfaction à la volonté des auteurs de l'acte. On maintient donc ce qui pour eux n'était d'ailleurs qu'accessoire : changer de nationalité par exemple, mais on rend inopposable ce qui pour eux était principal, l'effet de ce changement de nationalité, c'est-à-dire la possibilité de divorcer. Il y a là une sanction supplémentaire une sorte de peine privée ; vous avez voulu changer de nationalité ? Vous n'êtes plus Français Vous avez voulu divorcer ? Votre divorce sera inopposable. En maintenant l'acte, sauf dans sa partie inopposable, il y a là comme une sanction supplémentaire à l'égard des intéressés. En somme, l'inopposabilité du résultat illicite c'est, en quelque sorte la sanction limitée que prend la cause illicite au cas de fraude de la loi C'est quelque chose qui est équivalent à l'art 900 du Code civil, ce texte qui dit que dans les donations et testaments les conditions illicites immorales ou impossibles sont réputées simplement non écrites la donation restant pour le reste C'est une peine que les auteurs du Code civil ont voulu édicter à l'égard des auteurs de testament ou de donation en leur disant : vous avez voulu insérer dans votre donation ou votre testament une charge illicite, je la supprime, seulement vos héritiers garderont le bénéfice du legs et votre donataire gardera le bénéfice de la donation sans avoir à exécuter la charge Il y aurait ici quelque chose d'équivalent, formation spontanée de la jurisprudence qui maintiendrait l'acte sans le résultat illicite Ce que l'on voulait faire n'existera pas et ce qu on ne faisait qu'accessoirement subsistera au contraire

Nous avons terminé avec cette exception de fraude à la loi toute la partie première du cours qui était relative à l'exposé fondemental et essentiel des théories générales et nous abordons maintenant dans une 2ème partie, l examen de quelques applications concrètes c'est-à-dire de quelques types de conflits, pour mettre en oeuvre les principes généraux Nous ne pourrons envisager que quelques rares applications faute de temps.

Source : BIU Cujas

Livre II

EXAMEN DE QUELQUES APPLICATIONS PRATIQUES DE LA REGLE FRANCAISE DE SOLUTION DES CONFLITS RENCONTREES A LA MATIERE DES CONFLITS DE LOIS

Nous retiendrons trois applications

I - La dévolution des biens à cause de mort
II - Les contrats
III - La forme des testaments

Chapitre I

DEVOLUTION DES BIENS A CAUSE DE MORT

La question à résoudre

Quelle est la loi applicable dans les rapports internationaux à une successio succession aussi bien ab intestat que testamentaire ?

Domaine du droit successoral

Ajoutons sans qu'il soit possible de nous y étendre que les règles du droit successoral s'appliquent également dans une large mesure aux donations La donation est un acte particulier en droit français c'est un acte en quelque sorte qui a un pied dans la vie et un pied dans la mort. La donation a un pied dans la vie. c'est un contrat indiscutablement qui obéit aux règles des contrats dans

Source : BIU Cujas

sa formation bien que le Code ne l'ait pas placé dans les contrats. Mais, d'autre part, la donation est fortement influencée, impressionnée par le droit de la mort, c'est-à-dire par le droit des successions. Ce n'est que lorsque le donateur sera mort que l'on saura si la donation est définitive ou s'il y a des évènements qui se rattachent à sa mort et qui viendront influer à celle-ci. Et puis, il y a une forme particulière de donations ce sont les donations par contrat de mariage, entre futurs époux, qui portent sur des biens que le donateur laissera à sa mort, que l'on appelle institutions contractuelles ou donations de biens à venir. Ainsi la donation est une institution mixte ; dans la mesure où la donation est influencée par le droit des successions, il faut lui appliquer évidemment les règles de celui-ci.

Mais, pour des raisons de simplicité, nous ne parlerons que de la succession ab intestat ou testamentaire.

Difficulté du problème

La difficulté, dans les rapports internationaux, provient d'une circonstance matérielle qui n'est que trop fréquente c'est qu'une personne peut mourir en laissant des biens dans plusieurs pays. Evidemment, si elle meurt sans laisser aucun bien le problème est supprimé. Mais si le défunt laisse des biens dans plusieurs pays, faut-il tenir compte de chacun de ces pays pour l'application de la loi qui déterminera la dévolution héréditaire ? Qu'est-ce qui sera désirable en pareille matière ? Incontestablement en pareille matière c'est que lorsqu'une personne meurt laissant des biens des divers pays, il n'y ait qu'une seule succession, c'est-à-dire l'unité de la loi applicable à celle-ci, ce qui en droit interne nous paraît si normal. Il est évidemment très choquant lorsqu'une personne vient à laisser des biens dans deux ou trois pays, qu'il puisse y avoir deux ou trois liquidations différentes et par conséquent un morcellement de la succession, plusieurs liquidations, plusieurs partages, un testament valable dans un pays qui ne le sera plus dans le second et le sera à nouveau dans le troisième, des droits inégaux pour les enfants qui prendront 1/4 dans un pays, la moitié dans l'autre, etc... tout cela n'est pas très pratique, ni très satisfaisant.

Le désirable serait donc qu'il y eût unité de législation mais le désirable serait évidemment, dans une certaine mesure, qu'il n'y eût pas du tout de droit international privé c'est-à-dire que les mêmes lois fussent en vigueur partout, car il n'y aurait évidemment pas de conflit. Ce serait désirable dans une certaine mesure, mais regrettable aussi à un autre point de vue parce que dans chaque pays nous n'aurions plus notre propre législation et nous ne serions plus nous-mêmes.

Source : BIU Cujas

Les inéluctables nécessités de la vie internationale permettent-elles cette unité du droit successoral ?

Tel est le problème que nous devons maintenant nous poser, après quoi nous verrons comment il a été résolu en droit positif; c'est un des points sur lesquels notre droit positif est le mieux établi et le plus ferme.

Section I

Quelle doit être la loi applicable à une succession aussi bien ab intestat que testamentaire ?

Thèse de l'unité de la loi successorale

L'école italienne qui a amplifié au XIXème siècle le rôle du statut personnel comme vous le savez, l'école de Mancini et tous ceux qui s'y sont rattachés se sont invariablement prononcés pour l'universalité de la loi successorale. Il n'y a qu'une seule loi qui régit la succession, quels que soient les pays où les biens se trouvent. Et cette loi c'est la loi nationale du défunt. Cela se rattache au dogme de cette école que nous avons déjà rencontré, la personnalité du droit : les individus sont soumis à leur loi nationale, la succession fait partie du droit des personnes.

Et, pour une raison ou pour une autre, mais le fait n'a qu'à être constaté : dans la dernière moitié du XIXème siècle et au début du XXème, dans sa presque unanimité - de Vareilles-Sommières a été en France un des rares opposants, il l'a fait d'ailleurs avec une rare vigueur - sous réserve de celui que l'on se plaisait à cette époque à qualifier un peu d'égaré, dans son immense majorité la doctrine de la fin du XIXème siècle et du début du XXème, était partisan de l'unité du statut successoral et de le soumettre à la loi nationale du défunt. Certaines législations modernes ont même consacré cette règle dans leurs Codes.

C'était encore cette solution qui se trouvait à la base des travaux qui allaient d'ailleurs traîner en longueur et ne jamais aboutir de conférence en conférence et de difficulté en difficulté croissante - des conférences de Droit international privé de la Haye qui se tenaient depuis les dernières années du siècle précédent et dont la dernière s'est encore tenue sans aucun succès d'ailleurs en 1928.

Au cours de ces travaux, de Vareilles Sommières avait fait paraître une brochure dans laquelle il s'élevait avec véhémence

Source : BIU Cujas

contre le danger qu'il y aurait à soumettre à la loi nationale du défunt en quelque pays que les biens fussent situés la dévolution des successions

Mais pourquoi n'a-t-on pas abouti dans les conférences de Droit international de La Haye ? C'est qu'on s'est livré à un véritable travail de Pénélope On affirmait un principe, la compétence de la loi nationale mais on disait : il faut y apporter une exception, puis une deuxième et une troisième exception et d'exception en exception on se demandait s'il restait encore un principe On n'arrivait pas à être d'accord sur le nombre et l'étendue de ces exceptions : chacun sentait bien qu'ayant proclamé la compétence de la loi nationale du défunt, il y aurait des impossibilités pratiques trop fortes à s'y maintenir

Argumentation en faveur de la loi nationale

La loi nationale du défunt est-elle vraiment celle qui convient à la succession, comme dans son immense majorité, la doctrine française et même celle de certains pays étrangers l'ont admis pendant si longtemps ? L'idée dont on partait dans cette doctrine et que tant de jurisconsultes ont exposée, c'est que les lois successorales ont à leur base une idée essentiellement familiale : les biens vont à la famille, tout au moins dans la succession ab intestat, ils ne vont pas à des étrangers Puisque c'est une dévolution à l'intérieur de la famille, c'est bien du droit de la famille. Or, le droit de la famille c'est le droit des personnes, et si c'est le droit des personnes c'est la loi de la personne qui doit s'appliquer c'est-à-dire par conséquent la loi du défunt. On partait donc de cette idée que les lois successorales sont des lois à conception, à base familiale, on les insérait dans le statut des personnes, c'est-à-dire avec la compétence de la loi nationale

On faisait encore valoir que dans la succession ab intestat la dévolution du législateur était faite avec un souci en quelque sorte sacré de ne pas trahir les volontés du défunt qui n'en avait certainement pas eu, puisque s'il en avait eu il aurait fait son testament C'était un lieu commun de dire que la succession ab intestat était le testament présumé du défunt

Mais qui dit présumé dit qu'il n'y a pas eu de volonté car si la volonté a existé elle n'est pas présumée il n'y a qu'à la rechercher, une volonté présumée c'est une volonté imaginée

La succession ab intestat étant alors le testament présumé du défunt, il s'agit de faire la dévolution selon un ordre qui est conforme à la volonté qu'aurait eue le défunt s'il avait eu une volonté ; c'est l'ordre familial. On aboutissait là encore à la compétence de la loi nationale et à l'unité du statut suc-

Source : BIU Cujas

cessoral

Réfutation de ces arguments

Que faut-il penser de cette conception qui était admise il y a encore vingt ou vingt cinq ans en doctrine d'une manière à peu près inébranlable à tel point que nous avons employé à l'égard de de Vareilles Sommières l'expression d'égaré et que nous avons même dit qu'il avait fait scandale

La dévolution ab intestat n'est pas un testament

La succession ab intestat est-elle vraiment le testament du défunt ? Le testament présumé c'est le testament du législateur c'est le testament imposé par le législateur et la meilleure preuve en est que si on fait un testament nul en la forme ou nul pour violation d'une règle de fond mais dans lequel une volonté a été manifestée nettement, la loi n'en tient aucun compte pas plus qu'elle ne tient compte d'un contrat de mariage nul en la forme Ce n'est donc pas le testament présumé du défunt mais appelons les choses par leur nom, c'est la volonté du législateur et il faut qu'il y en ait une, car si le défunt n'a pas fait son testament les biens ne peuvent pas rester à l'abandon., la succession ab intestat n'est donc rien de conforme aux intentions du défunt c'est la volonté du législateur Selon le mot d'un auteur, "on a l'air de vouloir saisir la volonté dans les derniers battements du coeur du défunt et, comme le sacrificateur des païens de voir dans les soubresauts de ses entrailles qu'est ce qu'il a bien voulu vouloir ! Il y a là peut-être une exagération de langage, mais véritablement il n'y a aucune volonté dans une succession ab intestat

Et voici un argument historique : la succession ab intestat, a existé avant la succession testamentaire Or si la succession ab intestat a existé à une époque où il n'y avait pas encore de succession testamentaire, comment dire que la succession ab intestat soit le testament présumé du défunt ? Le droit de l'héritier à cette époque découlait d'une toute autre notion que de celle d'une volonté de celui-ci d'une notion de co-propriété familiale c'est-à-dire d'une notion de biens Voilà une idée à retenir ; la succession ab intestat se rattache historiquement dans sa première manifestation, à la co propriété entre les membres de la famille Comme il y a un membre sortant de cette co-propriété, il faut tout de même tenir compte de cette situation.

Il est indispensable de bien déterminer, au point de vu du droit international privé, ce qui a peut- être moins d'intérêt au point de vue du droit interne, le caractère exact de la loi successorale

Source : BIU Cujas

On parle d'idée de famille et on en conclut : compétence du statut de la famille, de la loi nationale. Mais de plus en plus il y a des familles, surtout maintenant que la femme peut avoir une autre nationalité que son mari, où les divers membres de la famille ont des nationalités distinctes

Alors qu'appelle-t-on le droit de la famille ? Est-ce celui du défunt, est-ce celui des héritiers ? Et pour connaître les héritiers quelle est la loi qu'il faut consulter si l'ont veut tenir compte de leur loi ?

La succession est un fait territorial

En réalité, la succession pose un problème beaucoup plus simple ; c'est un fait territorial que les biens sont situés dans divers pays ou dans un pays déterminé; les biens ont une situation, il s'agit de leur dévolution, c'est-à-dire de leur transmission d'une personne à une autre. Or, ce fait territorial de biens qui sont dans un pays dont il s'agit d'assurer la transmission à des personnes, c'est un fait territorial qui doit donc, par application du principe qui constitue selon moi la règle, être de la compétence territoriale, c'est-à-dire de la loi du lieu de la situation des biens. Voilà ce qui est normal, ce qui découle des principes généraux.

Y a-t-il lieu d'appliquer ce principe ou d'y apporter une exception ? Faut-il faire entrer exceptionnellement les successions dans l'extra-territorialité ? Mais il faudrait pour cela que la question ait un rapport, malgré les apparences avec le droit de la famille, alors qu'il s'agit du droit des biens, de la transmission des biens. Ce n'est pas du droit de la famille, la famille n'en est que l'occasion. L'opération technique en elle-même consiste à faire passer la propriété de biens d'une personne à une autre, c'est un mode de transmission de la propriété des biens.

Les auteurs du Code d'ailleurs l'ont très bien senti car ils ont mis les règles sur les successions - on s'en aperçoit en feuilletant le Code civil - non pas dans la partie du Code relative à la famille, mais dans le Livre III : "Les modes d'acquisition de la propriété"

C'est l'Etat territorial qui est intéressé par la succession

Quel est l'Etat intéressé par le problème des successions ? Nous n'avons nous, si nous nous plaçons au point de vue français, aucun intérêt à appliquer notre loi à la succession des biens d'un Français décédé en pays étranger Nous avons au contraire, un intérêt majeur à appliquer notre loi à la dévolution héréditaire des biens d'un individu quelconque quelle que soit sa nationalité si ses biens sont situés sur notre territoire Pourquoi y avons

Source : BIU Cujas

nous un intérêt ? Parce que les lois successorales mettent en jeu l'ordre économique, l'ordre social, l'ordre politique interne. C'est l'ordre économique social et politique français qui sont en cause dans la dévolution des biens situés sur notre territoire et la loi successorale n'est qu'un des moyens d'agir sur ce triple ordre. Ce sont comme trois leviers de commande, comme trois manettes par lesquelles on agit sur le facteur économique, le facteur social et le facteur politique. Ce qui compte donc dans la loi successorale, c'est évidemment l'un et l'autre de ces résultats auxquels on doit tendre et auxquels on aboutit par le jeu de la dévolution héréditaire.

Reprenons ces trois facteurs.

I - Le facteur économique

Incidences économiques des lois successorales

Inconstestablement, la répartition des biens est de l'ordre économique. Or la dévolution des successions, c'est la répartition des biens entre des personnes différentes, c'est donc une opération économique. Tout ce qui est distribution des biens est un facteur de la vie économique d'un pays. Il y a divers procédés de répartition des biens ; la succession est un de ces procédés de répartition des biens.

Il n'est donc pas douteux que le jeu des lois successorales influe sur la vie économique d'un pays et qu'inversement la vie économique d'un pays influe sur les lois successorales. Il y a des incidences de l'une à l'autre de ces deux catégories de lois et c'est ce qu'on peut montrer facilement par quelques exemples.

L'indivision qui existe entre les cohéritiers a des conséquences économiques considérables ; or y aura-t-il ou non indivision ? C'est la loi successorale qui va le décider. Si en effet, toute la succession peut être dévolue à un seul enfant par exemple par droit d'aînesse si on a la liberté de tester comme cela existe en pays étranger. Il ne faut pas croire que la liberté de tester soit un droit féodal ; dans le droit britannique c'est un vestige du droit féodal mais dans le droit des Etats-Unis il n'y a jamais eu un régime féodal et néanmoins il y a la liberté de tester. Or, si la liberté de tester existe c'est donc qu'on peut supprimer l'indivision et supprimer l'indivision c'est évidemment supprimer une cause de stagnation dans la valeur dans le rendement de la propriété.

D'autre part, il y a une grosse question du droit civil qu'on rencontre à propos des successions : c'est celle de savoir si les cohéritiers appelés ont une réserve en nature ou en valeur. La thèse de la réserve en nature consiste à dire

Source : BIU Cujas

chaque héritier dans une succession a droit à une fraction de chacun des biens il a droit à un peu de tout On ne lui dira pas - vous aurez droit à une valeur déterminée non, en principe, c'est la réserve en nature, à laquelle s'oppose une autre conception, celle de la réserve en valeur. On se rend facilement compte que ceci a des répercussions économiques parce que si chaque héritier a droit à un morceau de chaque bien à moins de supposer qu'ils s'entendent entre eux, il faudra évidemment liquider les biens D'où cette institution successorale qui serait soi-disant une institution du droit de famille, conduit directement à la [illegible] des biens des famille

noter Il y a encore une clause fort connue c'est la clause dite de fonds de commerce dans les contrats de mariage Quel est l'un des buts de cette clause de fonds de commerce ? C'est la crainte du commerçant que lorsqu'il viendra à mourir son fonds de commerce ne soit dispersé parce que son fonds de commerce peut constituer son seul actif et comme il aura plusieurs héritiers plusieurs enfants et son conjoint qui auront des droits à faire valoir il a pour que ce fonds ne soit aliéné Aussi la clause de fonds de commerce est-elle faite pour assurer au survivant la conservation de celui-ci c'est un des épisodes de la lutte économique contre les principes trop rigides du droit civil

On peut encore signaler tous ces usages régionaux qui viennent s'inscrire en marge des règles du droit civil tant et si bien qu'il y a certaines provinces de France où on peut se demander si le Code civil français y est en vigueur, les particuliers n'en faisant absolument rien assurant la dévolution des successions selon les règles qui correspondent au rendement économique de leur exploitation et naturellement étant toujours d'accord pour le faire car si l'un d'entre eux rompait la règle du jeu il pourrait immédiatement attaquer ce que les autres voudraient faire.

Il suffit de renvoyer à cet égard à un très intéressant rapport qui a été fait par Le Ball (V la publication : Journées de Droit civil de Lille de 1939) lors des journées tenues par l'Association Henri Capitant Il montre dans ce rapport les préoccupations régionalistes Par exemple dans certaines provinces comme la Lozère où la pauvreté du sol s'oppose au partage des propriétés on s'est arrangé de façon à l'éviter circonstance économique Dans le Nivernais où la considération dominante est celle du bétail, dans certains cantons de Bretagne, des accords interviennent pour exclure un certain nombre d'enfants de la succession de façon à éviter le morcellement des exploitations Ailleurs encore, l'aîné reçoit

Source : BIU Cujas

toute la quotité disponible. Tout cela ce sont des usages locaux donc territoriaux et qui font partie de ce que l'on appelle aujourd'hui le folklore juridique, c'est-à-dire que chaque province a ses habitudes par lesquelles elle reconstitue les usages anciens.

Or, tout cela montre que nous ne sommes plus en présence de circonstances purement familiales, mais essentiellement de considérations économiques : le facteur économique est donc un facteur extrêmement important dans la dévolution héréditaire. Le législateur français a fini par le comprendre lui-même et une serie de réformes récentes qui remontent les unes à 1938, d'autres postérieures - que l'on trouve dans les art.832,866 et 1079 - s'inspirant essentiellement de cette idée que la dévolution héréditaire doit tenir compte de certains besoins, de certaines exigences de caractère économique de rendement des propriétés.

Nous sommes donc loin dans ce facteur économique de considérations purement familiales.

II - Le facteur social.

Nous ne nous attacherons, en ce qui concerne le facteur social, qu'à une ou deux de ses manifestations, mais il y en a d'autres.

Droit successoral et natalité

Une de ces manifestations principales est grave et voilà bien longtemps qu'on l'avait dit, mais sans vouloir l'entendre ni écouter ceux qui l'annonçaient, c'est qu'il y a une incidence certaine des lois héréditaires sur la natalité d'un pays. Il est bien certain que l'enfant unique français est un produit, dans une très large mesure, de nos lois successorales. La loi successorale agit sur la configuration des couches sociales, dont elle exerce une influence démographique.

Ne serait-ce que la question dont nous avons parlé au point de vue économique et que l'on rencontre sur le terrain population, la nécessité du partage en nature a été également une des grandes raisons de la diminution du nombre des enfants pour éviter le partage des propriétés familiales, le partage du bien rural.

L'une des raisons provient précisément des frais que les successions apportent. Rien n'est plus instructif à cet égard que de se reporter à l'ouvrage de Le Play sur l'organisation de la famille, d'où nous extrayons deux ou trois situations qui

Reproduction interdite

Source : BIU Cujas

montrent vraiment les répercussions que la loi successorale a sur la natalité

Le Play rapporte le cas ancien, qui remonte à 1839, d'un veuf avec quatre enfants mineurs. La famille vivait évidemment très simplement, mais elle arrivait à vivre sur un petit bien rural et qui valait en 1839, 900 francs. La mère meurt. Il y eut indivision et le conseil de famille exigea que l'on procédât au partage du bien, c'est-à-dire de ce petit domaine qui valait 900 francs. Le partage eut lieu et l'officier ministériel qui s'y était consacré dressa un état de frais de ce pauvre bien d'une valeur de 900 frs en 7 pages, et d'une dépense de 725 frs. Il restait donc après l'opération 175 frs.

Voilà par conséquent des cas qui évidemment n'ont pas incité à avoir beaucoup d'enfants pour éviter précisément ce morcellement des exploitations.

Autre exemple donné par Le Play : en 1852, il relève dans les statistiques du ministère de la Justice, qu'il y a eu près de 2.000 ventes de biens de mineurs qui doivent avoir lieu aux enchères, biens d'une valeur de moins de 500 francs. L'ensemble ces biens a produit 558 092 francs ; or d'après le Play, ces 2.000 ventes - exactement 1980 ventes - ont coûté 628 609 francs c'est-à-dire qu'elles ont coûté 12 % en plus de ce qu'elles ont rapporté. Donc une fois l'opération terminée non seulement les héritiers ne touchaient rien, mais ils devaient 70 517 frs. tout cela par l'obligation de vendre les biens des mineurs aux enchères pour assurer la dévolution de la succession.

Bien d'autres règles du droit civil interviennent encore qui ont pour conséquence d'agir sur le facteur population. Il y a longtemps que l'on a soutenu que l'obligation de partager entre les héritiers de leur donner un droit sur chaque élément de la succession est une cause de dénatalité.

Le droit successoral et la condition de l'enfant naturel

Dans un autre ordre d'idée et sur le terrain social, il faut signaler également la condition de l'enfant naturel, des droits qu'on lui donnera. Selon qu'il y aura pour lui des droits plus ou moins étendus, il y a là toute une question de politique sociale qui intervient et qui intéresse une certaine société. Laquelle ? Evidemment celle du pays dans laquelle les biens sont situés.

La situation du conjoint survivant

Dans le même ordre d'idées, il faut signaler le désir qui va sans cesse grandissant d'améliorer la situation du conjoint survivant. Rappelons cette clause de fonds de commerce qui a également des caractères d'ordre social. Ce que l'on veut c'est assurer au conjoint survivant la

Source : BIU Cujas

continuation d'une existence décente et qu'il ne soit pas forcé de partager son fonds de commerce avec tous ses enfants qui attendront plus tard, d'où des combinaisons multiples, clause de fonds de commerce, clause de préciput, clause d'attribution totale de la communauté au survivant, toutes clauses qui ont précisément pour but de donner quelque chose au conjoint survivant malgré le nombre des enfants. Mais jusqu'ici précisément les droits du conjoint survivant diminuent à proportion du nombre des enfants ; par conséquent pour assurer plus au conjoint survivant il y a intérêt à diminuer le nombre des enfants. Si le père avait une plus grande liberté de tester, la natalité pourrait en être influencée.

Tout cela montre par quelques exemples que l'agencement des lois successorales, la liberté dont disposent soit les conjoints, soit les testateurs a une répercussion indiscutable sur le terrain social, sur le facteur population, si grave, si névralgique, ou sur le facteur économique qui n'est pas moins important.

VII - Le facteur de caractère politique.

Caractère politique des lois successorales

Il est indéniable que l'idée politique est à la base des lois successorales et tout le monde est même d'accord en doctrine pour reconnaître que jusqu'à la Révolution française la préoccupation principale des lois successorales était de caractère politique. Dans l'ancien droit, la loi successorale était d'autant plus politique qu'elle avait pour but de maintenir les séparations des castes, des catégories de la population et notamment de maintenir les privilèges de la noblesse et les conséquences du régime de la féodalité. Ce qui était essentiel, c'était non pas du tout de répondre à l'idée de famille, c'était de répondre à une idée de politique que les biens restent entre les mains de ceux qui étaient jadis astreints au service politique, c'est-à-dire au service féodal. Et tout cela se maintint même après la disparition de la féodalité et dura tout l'ancien régime.

Mais l'on prétend que tout cela aurait changé avec et depuis la Révolution française. Que la Révolution française ait complètement renversé les principes antérieurs au point de vue de la conception du droit successoral, c'est évident. Mais la loi successorale a-t-elle cessé d'être une loi politique ? Cela est moins certain, car précisément ce renversement des conceptions successorales n'est pas du tout l'abstraction d'une considération politique mais tout encore l'affirmation d'une autre idée politique, le renversement des idées successorales

Source : BIU Cujas

par la Révolution, c'est le remplacement d'une idée politique par une autre. Le facteur politique n'a pas besoin d'être le même dans tous les temps et dans tous les pays; mais ce qu'il faut en retenir, c'est l'influence immédiate qu'a sur l'organisation de la loi successorale la conception politique de l'époque où l'on fait cette loi.

Rappelons notamment la fameuse loi tant décriée de Nivôse An II, qui était inspirée sous la Révolution par des considérations de caractère essentiellement politique. Le Code civil qui a maintenu ces conceptions n'a fait que se réttacher à un certain ordre politique. Et cela n'a pas cessé d'être vrai : on peut dire que plus on se rapproche de l'époque actuelle, plus cela devient même exact. Dans les vingt ou trente dernières années, chaque parti politique avait dans son programme électoral des articles consacrés, plus ou moins directement ou d'une façon voilée, à la dévolution des successions. Cela se traduisait sans cesse par des propositions parlementaires qui avaient pour but de modifier la dévolution héréditaire. N'a-t-on pas vu une proposition qui fut momentanément adoptée par une commission parlementaire et qui ramenait à quatre degrés au lieu de six le droit des héritiers recevables, tout cela pour accroître le droit de l'Etat.

Il ne s'agit pas de prendre parti ici sur le facteur politique quel qu'il soit, mais de constater qu'à toutes les époques un facteur politique intervient sur la dévolution héréditaire.

Les droits de mutation par décès

Et puis il y a un facteur pécuniaire mal qui est indirectement dérivé du facteur politique, c'est l'impôt successoral . L'Etat pourrait, s'il le voulait, obtenir ce que lui donne l'impôt successoral par d'autres procédés, ce n'est pas l'idée fiscale qui est ici principale. A la base de la loi fiscale en matière héréditaire, il y a une idée politique et cette idée politique se traduit précisément par la façon dont on calculera les droits.

Quel est l'Etat intéressé par ces trois facteurs

Quelles sont alors les conséquences de ces trois facteurs que nous venons de rencontrer, le facteur économique, le facteur social et le facteur politique ?

Pour le facteur économique, quel est l'ordre économique intéressé ? Il suffit de poser la question pour que la solution éclate immédiatement ; quel est l'ordre économique intéressé par une loi successorale puisque la loi sociale agit sur l'ordre économique? Si un Français vit à l'autre bout du monde, quel est l'ordre économique intéressé? Ce n'est évidemment pas l'ordre français, mais l'ordre économique français est intéressé lorsque les biens sont sur notre territoire. Si l'on admet que

Source : BIU Cujas

la loi successorale agit sur le facteur économique, c'est l'ordre économique français toutes les fois que les biens sont en France.

Prenons l'ordre social : si la dévolution héraditaire agit sur la natalité, quel est l'ordre social intéressé, c'est l'ordre du pays dans lequel sont les biens, c'est le facteur démographique. On retombe essentiellement dans le facteur territorial.

Et quant à l'ordre politique, en général, les pays ne font pas la politique du voisin mais la leur. Si la loi successorale agit sur le développement politique, si elle est influencée elle-même par les idées politiques, ce sont celles du pays dans lequel cette politique se réveloppe, peut se manifester, peut s'imposer; ce n'est que le pays dans lequel les biens sont situés.

La loi successorale doit être teritoriale

Dès lors on arrive à cette conclusion que la loi successorale n'est nullement une loi familiale. Encore une fois elle agit entre les membres de la famille mais c'est essentiellement une loi de portée politique, économique et sociale ; par conséquent elle doit être territoriale.

Faut-il distinguer entre meubles et immeubles ?

Faut-il cependant distinguer entre les meubles et les immeubles ? Pour les immeubles, c'est évident, c'est le rôle de la terre, la territorialité est ici dans son élément. Si la loi successorale agit véritablement sur le facteur économique, sur le facteur social, c'est le pays de la situation de l'immeuble qui est plus qualifié pour déterminer la succession.

Faut-il étendre cette solution aux meubles ? Il y a en France une vieille idée qui d'ailleurs a totalement cessé d'être exacte depuis longtemps au point de vue économique, dont on n'a pas eu toujours le courage de s'affranchie, idée qui se traduisait par cet adage "vilis mobilium possessio" , parce que dans l'ancien droit les meubles n'avaient pas beaucoup de valeur ou que lorsqu'ils avaient une valeur durable comme les rentes constituées ou comme certains fonds de commerce, on en faisait des immeubles. Tout ce qui avait une certaine durée était immeuble le reste était considéré comme sans valeur.

Mais tout cela a complètement changé , on sait quelle est l'importance économique aujourd'hui de la propriété mobilière. Nous venons d'évoquer le fonds de commerce, mais rien n'intéresse plus le pays où est le fonds de commerce que précisément son rendement, son fonctionnement économique. On ne voit pas très bien pourquoi un simple arpent de terre intéresserait l'ordre d'un pays alors qu'un fonds de commerce qui brasse des affaires considérables et agit beaucoup plus peut-être sur la vie économi-

Source : BIU Cujas

que du pays ne l'intéresserait pas et pourquoi ce serait le pays du propriétaire qui vit à l'autre bout du monde qui devrait être pris en considération. Les fonds de commerce ont une assise territoriale qui intéresse l'Etat dans lequel ils se trouvent autant que les immeubles.

D'ailleurs, la classification des biens en meubles et immeubles est purement artificielle et ne découle pas de la nature des choses.

Nous en dirons autant d'une forme de propriété qui, dans la vie moderne, a pris tant de valeur et qui est à la base de la richesse même d'un pays, de son développement commercial ou industriel, c'est la propriété dite industrielle. Selon qu'un brevet d'invention existe ou non, c'est toute une industrie qui peut se créer, se développer, prospérer ou, au contraire péricliter. Selon qu'une marque de fabrique est protégée ou non dans un pays, c'est tout un commerce, c'est toute une fortune pour le pays. Et ainsi de suite pour les éléments de la propriété industrielle. On ne voit donc pas en quoi ces éléments si importants pour la vie d'un pays pourraient être considérés avec ce détachement de la vilis mobilium possessio, tandis qu'un simple champ serait quelque chose d'intangible, la propriété mobilière serait, elle, détachée du pays dans lequel elle se trouve.

Pas de distinction à faire

En réalité il n'y a pas de différence à faire entre la propriété mobilière et la propriété immobilière. Le meuble est aussi bien un facteur économique, social et politique que l'immeuble. La seule réserve serait pour les meubles qui n'ont pas d'attache fixe qui pourraient être, par une certaine fiction, centralisés au domicile de leur propriétaire pour des raisons de commodité pratique. Il s'agit là de meubles que l'on a l'habitude d'emporter avec soi en voyage et que l'on pourrait considérer comme pouvant rester dans le pays du domicile de l'intéressé. Mais son mobilier d'habitation qui peut avoir une valeur parfois très grande, intéresse tout autant le pays de la situation que tout autre (Cas d'un mobilier très ancien garnissant une maison).

Dès lors, la conclusion doctrinale à laquelle on aboutit est la suivante : les successions qui se rattachent à la transmission des biens et qui sont influencées par les facteurs territoriaux, doivent être soumises à la loi territoriale, c'est-à-dire à la loi du lieu de la situation de ces biens. Evidemment on arrivera à un morcellement de la succession dans les rapports internationaux, mais c'est un des nombreux inconvénients de la vie internationale qu'on ne peut pas éviter et à vouloir l'éviter on sacrifierait des intérêts qui sont beaucoup plus importants, c'est-à-dire l'ordre économique, social et politique du pays

Source : BIU Cujas

Voyons maintenant comment les choses ont été resolues en pratique, nous verrons que dans une large mesure notre droit positif correspond déjà à la solution que nous avons indiquée au point de vue doctrinal en tous cas pour les immeubles

Section II

Etude du droit positif

Il est nécessaire de distinguer quel est le pays normalement compétent en matière de succession et ensuite s'il n'y a pas lieu de temps à autre d'apporter certaines dérogations notamment au nom de l'ordre public

§ I Du pays normalement compétent

Qualification des institutions successorales

Une observation préalable doit être présentée il faut qu'il s'agisse d'un problème de droit successoral C'est presque une vérité de La Palice que pour appliquer la loi de la succession il faut être en présence d'une succession Mais dans le domaine du droit qui n'est pas celui du langage de l'homme de la rue il n'est pas toujours aussi simple qu'il paraît de savoir ce que c'est qu'une succession si l'on est en présence d'une succession ou d'autre chose

En d'autres termes il y a un problème préalable c'est une application à faire de la théorie générale un problème de qualification Si nous sommes en présence d'une question de succession nous allons appliquer la règle de conflit successoral Il est donc nécessaire de qualifier la notion de loi successorale Mais si nous ne sommes pas en présence d'une question successorale c'est une autre règle de conflit qui sera appliquée Or il y a souvent des actes ou des contrats pour lesquels il peut y avoir des hésitations et quelquefois même davantage

La clause de fonds de commerce

Nous en signalerons un c'est la fameuse clause de fonds de commerce dans le régime de la communauté portant sur un bien propre de l'un des époux Il y a là deux conceptions au point de vue de la qualification et elles se sont manifestées en doctrine.

Source : BIU Cujas

Les uns, et c'est la thèse que la jurisprudence a sanctionnée, ont dit : la clause de fonds de commerce est une clause de dévolution héréditaire donc application de la loi successorale. Mais d'autres, parmi lesquels M.Gény, dans de nombreuses notes de jurisprudence, ont dit : ce n'est pas un acte successoral,ce n'est pas un acte de dévolution héréditaire , c'est un contrat post mortem, c'est-à-dire un contrat dont la réalisation est subordonnée à la mort d'une personne, mais c'est encore un contrat donc un acte entre vifs.

Il faut donc prendre parti sur la définition juridique et alors la solution sera celle de la théorie générale. Le juge prendra nécessairement cette qualification dans la règle de conflit qu'il doit appliquer ; c'est ce que l'on a traduit, mais nous avons mis en garde contre cette expression parce qu'elle n'est pas toujours exacte, en disant qu'il qualifie d'après la lex fori.

D'autre part, dans le droit des successions, - et en droit français interne la question n'a pas d'intérêt - il faut faire une ventilation qui est souvent très délicate entre les questions successorales et les questions de régime de propriété proprement dit. Il y a en effet la vocation héréditaire, mais il y a aussi une deuxième question qui est de savoir quelles sont les formalités que l'on doit remplir pour que la propriété aille bien de l'un à l'autre. Est-ce que le fonctionnement de l'indivision est une règle du droit successoral ou une règle du droit de la propriété ? Voilà encore une question de qualification qui surgit à l'origine de notre problème. Est-ce que le partage se rattache au droit des successions ou au droit de la propriété ? Sur tous ces points la qualification doit être préalable et elle est donnée, comme nous l'avons dit, par le juge du pays dont la règle de conflit est applicable.

Sous réserve de cette observation préalable, le droit positif français repose sur une distinction traditionnelle, entre les immeuble et les meubles.

I - Les successions immobilières.

Nous allons tout d'abord nous occuper des successions immobilières.

Compétence de la lex rei sitae

En matière de successions immobilières, nous avons en France une solution traditionnelle; c'est une des rares questions sur lesquelles il n'y ait jamais eu la moindre modification , c'est la compétence de la lex rei sitae , c'est-à-dire celle du pays dans lequel les immeubles héréditaires sont situés. Cette règle est rappelée par l'article 3 du Code civil en

Source : BIU Cujas

ces termes: "Les immeubles même ceux possédés par les étrangers sont régis par la loi française".Evidemment, ce texte ne vise pas formellement les successions, mais au point de vue de sa filiation historique, il a été pris dans la coutume d'Amiens dans les textes successoraux et, depuis le Code civil, il n'y a jamais eu de doute sur le terrain du droit positif. La solution qui avait été consacrée invariablement dans toutes les doctrines de l'ancien droit avait été également maintenue par le Code civil.

nséquence: morcelle- nt de la succession

Donc compétence de la loi de la situation, ce que l'on exprimait dans l'ancien droit par les deux maximes suivantes : "tot hereditates quot patrimonia alibi sita" - autant d'hérédités qu'il y a de biens situés dans des pays différents - ou encore: "tot patrimonia quot bona diversis territoriis obnecta" , autant de patrimoines qu'il y a de biens sous l'empire de coutumes différentes .

Il n'y a donc pas à se souvier en matière de succession immobilière des immeubles qui ne sont pas en France : les immeubles qui sont en France constituent une succession autonome en principe, disons en principe car nous verrons une dérogation- succession qui se liquide indépendamment de ce qui se passe à l'étranger et ainsi on fait de même en pays étranger. Si un individu laisse des immeubles dans trois ou quatre pays différents il y aura trois ou quatre successions entièrement différentes et distinctes quant à la dévolution héréditaire, quant à la réserve, quant au partage absolument comme s'il y avait plusieurs personnes différentes les unes des autres , comme s'il s'agissait de quatre défunts différents. C'est la conséquence de la territorialité stricte et sur ce point, la jurisprudence n'a jamais varié un seul instant.

II - Les successions mobilières.

Ici nos explications seront plus longues parce que la question a été infiniment plus complexe, compliquée même à certains égards.

Silence du Code

Le Code civil est entièrement muet sur les meubles, tandis que nous venons de voir que l'art.3,al.2 contient une disposition sur les immeubles dont on n'a jamais douté qu'elle était applicable aux successions. Dans le projet de l'an VIII, d'où devait sortir le Code civil, il y avait un article qui s'occupait des meubles du Français et qui disait que les meubles du Français étaient soumis à la loi française ; il ne parlait pas des meubles de l'étranger . Mais cette dispoqition , sans qu 'on sache trop pourquoi, a disparu et on se trouve en présence d'une

Source : BIU Cujas

lacune complète [illegible] par application de la méthode générale que nous avons indiquée il y a déjà longtemps au sujet de l'interprétation des règles du Code : dans le silence du Code il faut en revenir à la coutume.

La tradition de l'ancien droit : mobilia sequuntur personam

Le problème est donc déplacé : quelle était à l'époque du Code la coutume puisque c'est cette coutume que par son silence, le Code a maintenu en vigueur par application de la loi de Ventôse qui n'a abrogé que les coutumes des matières dont le Code s'était occupé.

Dans l'ancien droit jusqu au XIVème siècle en matière mobilière, il y eut une territorialité absolue, c'est à dire qu'on appliquait aux meubles comme aux immeubles la coutume du lieu où ils se trouvaient. Puis on s'est aperçu que cette règle était peu pratique, notamment la préoccupation que l'on avait c'était surtout celle des marchands qui allaient dans les marchés, dans les foires des pays étrangers qui accompagnaient leurs marchandises et qui venaient à mourir au cours de l'un de ces voyages. On trouvait qu'il était assez compliqué d'appliquer la loi du lieu où se trouvaient effectivement les marchandises de l'intéressé. Aussi, dès la fin du XIVème siècle, l'école italienne ancienne, l'école des post-glossateurs dégage-t-elle une règle qui fait encore partie du droit positif actuel, que l'on traduisait par un adage "mobilia sequuntur personam" les meubles sont attachés à la personne, ou encore "mobilia ossibus personae inherent", ce qui n'est qu'une autre façon de traduire la même idée : les meubles font en quelque sorte partie inhérente de l'individu.

Il y eut bien quelques résistances pendant un siècle ou deux à l'adoption de cette règle qui dérogeait à la territorialité stricte. En effet par cette règle d'après laquelle les meubles suivaient la personne, on appliquait la loi de la personne et non la loi de la situation des biens. Mais à partir du XVIème siècle, la règle "mobilia sequuntur personam" est bien établie, nettement consacrée, acceptée par les auteurs les plus notoires, et enfin on la trouve dans les coutumes rédigées du XVIème siècle.

Quelle était alors la loi compétente pour réglementer la succession mobilière, la succession portant sur les meubles du défunt ? C'était la loi du domicile du défunt, point encore sur lequel il n'y avait aucune contestation. Le Code civil étant resté muet, c'est la coutume ancienne qui devait normalement rester en vigueur tant que le législateur ne lui apporterait pas une modification.

Source : BIU Cujas

Difficulté soulevée par la règle mobilia sous l'empire du Code

Mais la mise en vigueur du Code avait soulevé un problème assez délicat qui a été extrêmement controversé, qui était de savoir quelle était exactement la signification de cette règle "mobilia sequuntur personam" Ce problème très grave n'avait sous l'ancien droit aucun intérêt pratique il n'avait qu'un intérêt théorique de construction. Cependant divers auteurs y ont apporté leur contribution.

Le problème qu'a soulevé le Code civil résulte du nouvel art 3, al. 3 qui, comme on le sait a dérogé à une règle traditionnelle depuis des siècles. L'état et la capacité des individus sont depuis le Code soumis à la loi nationale des individus et non pas comme sous l'ancien régime à la loi de leur domicile.

Dès lors, est-ce que la règle mobilia sequuntur personam était un statut personnel dans l'ancien droit ou un statut réel ?

La règle mobilia était-elle un statut réel ou personnel ?

Encore une fois, dans l'ancien droit la question n'avait aucun intérêt pratique Que la règle mobilia fût un statut réel ou un statut personnel, c'était nécessairement la loi du domicile qui s'appliquait. Mais là où le problème a rebondi c'est depuis le Code civil puisqu'il soumettait le statut personnel à la loi nationale du défunt Dès lors, il fallait prendre parti maintenant plus que dans l'ancien droit sur la nature qu'avait eue dans l'ancien droit puisque nous sommes en présence d'une règle coutumière - la règle mobilia Etait-elle un statut personnel ? Dans ce cas elle faisait partie du droit de l'individu et était donc soumise désormais à la loi nationale de l'individu puisque depuis le Code civil, c'est la loi nationale qui régit le statut personnel Etait-elle un statut réel ? Dans ces conditions on devait appliquer la loi du domicile du défunt.

Cette controverse, extrêmement grave, sur la nature de la règle mobilia, réagissait directement sur la solution du conflit puisque selon que l'on adoptait l'une ou l'autre des natures on appliquait la compétence de la loi nationale du défunt statut personnel - ou la compétence de la loi du domicile si c'était un statut réel

Sens de la règle mobilia dans l'ancien droit

La clef du problème est donc dans l'ancien droit qu'était alors la règle mobilia sequuntur personam dans l'ancien droit ? Un statut personnel ou un statut réel ? Comment justifiait-on cette règle ? La règle mobilia s'est formée comme une dérogation à ce

Source : BIU Cujas

ce qui se pratiquait encore au XIVème siècle, c'est-à-dire compétence de la loi du lieu où les meubles étaient situés. Pour des raisons pratiques on a estimé qu'il était préférable de ne pas appliquer à la succession mobilière la loi du lieu où les meubles sont situés, mais une autre loi. C'est donc une sorte de modification du droit commun. On voulait arriver à un résultat pratique et on considérait qu'on l'obtiendrait en soumettant les meubles à la loi du domicile du défunt. N'oublions pas qu'il s'agissait - vilis mobilium possessio - de meubles, c'est-à-dire de biens qui en dehors des marchandises n'avaient pas grand intérêt, que l'on songeait surtout aux marchandises du commerçant qui voyageait avec elles. Il était plus normal d'appliquer la loi de son domicile puisqu'il en venait, puisqu'il allait y retourner, que de tenir compte de la loi du lieu de situation tout à fait temporaire où ces biens pouvaient se trouver dans une foire.

La solution que l'on voulait - et l'on va voir comment on allait lui donner sa justification - c'était l'application de la loi du domicile comme étant celle qui correspondait le mieux à tous les intérêts. Le domicile c'est le centre des intérêts patrimoniaux de l'individu, c'est là que son existence se déroule normalement. Ne tenons donc pas compte du fait que les biens sont momentanément en dehors du domicile.

La règle mobilia repose sur une fiction de localisation au domicile.

Mais il fallait tout de même déroger à la territorialité de la situation et on y arriva par subterfuge, par une fiction. On feignit de croire que les meubles d'une personne, lorsqu'elle viendrait à mourir, ne seraient pas dispersés là où effectivement on pourrait les trouver, mais qu'ils se trouvaient au lieu de son domicile qui est le centre de ses intérêts, de sa vie juridique, de sa vie patrimoniale. La règle mobilia était donc une fiction de situation, de sorte qu'en réalité, il n'y avait aucune dérogation au principe pas plus pour les meubles que pour les immeubles. Meubles et immeubles étaient soumis à la loi du lieu de leur situation, sauf que pour les meubles c'était une situation fictive. Mais c'était tout de même comme loi de la situation qu'on appliquait la loi du domicile et c'eût été mal connaître les auteurs de cette époque et leurs préoccupations que de croire qu'ils auraient fait rentrer dans le statut de la personne, c'est-à-dire dans son état et sa capacité quelque chose qui réglementait la propriété . Non, c'était du droit de la propriété, du droit des successions , mais on faisait comme si les meubles se trouvaient tous au lieu du domicile par voie de fiction. Alors la règle mobilia était un statut réel puisque les meubles étaient au domicile du défunt par fiction, c'était bien en tant

Source : BIU Cujas

que loi de la situation qu'on l'appliquait.

Dumoulin, qui est un des moins territorialistes de cette époque et, avant lui, l'école des post-glossateurs, n'héditent pas un instant au XVIème siècle, à lui reconnaître ce caractère "mobilia censentur in loco ubi mensura sunt". Donc c'est une fiction, ils sont considérés comme existant dans le lieu où est fixé le commerçant. On a pourtant imputé et avec une grande persistance mais peut-être aussi avec une assez grande incompréhension, un système tout différent à d'Argentré, le grand adversaire de Dumoulin. Chose un peu déconcertante, c'est ici Dumoulin qui aurait été le défenseur de la territorialité et d'Argentré qui aurait été le défenseur de la personnalité, lui qui incarné au contraire, aux yeux de notre histoire, toute la résistance du milieu territorial. D'Argentré dit, en effet, lorsqu'il parle des successions mobilières, qu'il soumet indiscutablement à la loi du domicile du défunt en vertu de la loi mobilia, "quare statutum de bonia mobilius, vere personale est"; étant donné que le statut des biens mobiliers est un statut personnel. Ce statut est donc un statut personnel. Or, pour d'Argentré, et pour bien des auteurs de l'époque, il faut savoir cé qu'ils entendent par le mot "vere personale est". Veulent-ils dire que c'est un statut personnel au sens où nous le disons aujourd'hui , c'est-à-dire un statut qui a pour objet la personne ? Non; nous avons dit précédemment en tête de cette étude des conflits de lois que les auteurs de l'ancien droit emploient souvent l'expression statut personnel et stztut réel dans un autre sens, non pas celui d'objet d'un statut, c'est-à-dire statut ayant pour objet une personne ou pour objet des biens, mais dans le sens étendue d'application que l'on trouve encore dans des décisions actuelles et où l'on dit qu'un statut est personnel parce qu'il est extra-territorial et réel parce qu'il est territorial.

Opinion de d'Argentré sur la question

Pour d'Argentré, quand il dit que le statut des biens meubles est un statut personnel, il veut simplement dire par là qu'il produit fes effets en dehors du lieu où les meubles sont situés, puisqu'on applique la coutume du domicile sans tenir compte du lieu où les biens se trouvent effectivement. Ce n'est donc pas du tout, selon d'Argentré, que l'on serait en présence d'une matière d'état des personnes ce qui aurait entraîné - et c'est la thèse que l'on avait essayé de faire prévaloir depuis le Code - l'idée que dans l'ancien droit la règle mobilia aurai été une règle de statut personnel qui serait désormais de la compétence de la loi nationale depuis le Code civil. On en trouve la preuve d'ailleurs chez Rodenburgh,l'auteur flamand du XVI siècle qui a été continuateur de d'Argentré et par le canal duquel les idées de d'Argentré ont pénétré en France au XVIIIème

Source : BIU Cujas

siècle Rodenburgh qui est le propagateur de la doctrine de d'Argentré nous dit en ces termes "quot in domicili loco mobilia intelligantur existere" les meubles sont supposés exister au lieu du domicile du défunt.

Par conséquent celui qui est le propagateur de la doctrine de d'Argentré lui-même reprend l'idée que les meubles sont en vertu d'une véritable fiction censés situés au domicile du défunt.

Au XVIIIème siècle si l'on prend la plupart des auteurs il y a une perpétuelle équivoque chez eux parce que la question n'a pas d'intérêt pratique, c'est toujours la loi du domicile qui s'applique dans les deux systèmes. Il est intéressant de noter d'ailleurs qu'à la veille du Code chez Merlin, dans le Répertoire important dont il est l'auteur, il est dit que les meubles sont censés n'avoir d'autre situation que celle du domicile. Il reprend toujours la même idée de la fiction : les meubles sont censés situés au lieu du domicile, c'est un statut de situation ce n'est pas du tout un statut de la personne.

Conséquences actuelles de la signification ancienne de la règle

On doit conclure de l'ancien droit que la règle "mobilia sequuntur personam" était essentiellement une règle de statut des biens. Si on appliquait la loi du domicile qui était également la loi applicable à l'état des personnes, c'était une coïncidence de fait. Si on aboutissait à la même solution dans les deux hypothèses, c'était par des cheminements juridiques entièrement distincts. Et peu importait que depuis le Code le statut des personnes fût soumis à la loi nationale, toutes les successions restaient soumises à la loi du domicile puisque sur ce point aucune modification n'était intervenue dans le Code civil.

Il aurait été beaucoup plus grave d'admettre depuis le Code que le statut des biens meubles en vertu d'une fiction est centralisé dans un seul et même lieu. On aurait substitué la loi d'un pays étranger à la loi du domicile, car n'oublions pas que pour la plupart des individus, l'existence se déroule dans le lieu de leur domicile.

Solutions de la Cour de cassation

Qu'a décidé dans notre matière la jurisprudence ? La Cour de cassation a toujours admis les deux points suivants et invariablement : d'une part la survivance de la règle "mobilia sequuntur personam" la coutume de l'ancien droit est toujours notre droit positif et d'autre part que la règle mobilia dans l'ancien droit était une règle de statut réel, c'est-à-dire de statut des biens d'où la conclusion que

Source : BIU Cujas

malgré le Code civil et depuis le Code civil c'est toujours la loi du domicile qui régit les successions mobilières et pas du tout la loi nationale comme le prétendaient ceux qui voulaient en faire un statut personnel.

Dès lors en matière de succession mobilière, c'est le pays du domicile du défunt qui régit celle-ci ; mais loi il y a tout de même un point extrêmement intéressant et qui fait différer la matière de celle des immeubles ; c'est qu'il y a universalité de la succession mobilière, tandis qu'il y aura autant de successions que de biens immeubles dans des pays différents. Il n'y a qu'une succession pour tous les meubles du défunt, peu importe que le défunt possède des meubles dans trois ou quatre pays c'est une même loi qui régit l'ensemble de sa succession, et c'est la loi du pays dans lequel il a son domicile.

Aucune difficulté à l'application de cette règle mobilia, lorsqu'il s'agit d'un Français ou d'un étranger domicilié en pays étranger (arrêt de la Chambre civile du 22 Mars 1865) "attendu quant aux meubles que d'après l'ancienne règle toujours subsistante ils suivent la personne de leur propriétaire et sont reputés exister au lieu d'ouverture de la succession". C'est une thèse dont la Cour de cassation ne s'est jamais détachée.

Difficultés quant au domicile de l'étranger

Mais il y a eu beaucoup plus de difficultés pour déterminer la succession mobilière lorsque le domicile se trouve en France. Sur le principe aucune question : lorsque le domicile se trouve en France la succession est soumise à la loi française. Mais quand ce domicile est-il en France ? Ici nous avons trois périodes successives à considérer à propos desquelles il faudra reprendre des notions rencontrées précédemment à propos du domicile.

Du Code à 1927

Au cours d'une première période qui est celle de l'art. 13 du Code civil et qui va jusqu'à la loi du 10 Août 1927 qui a abrogé ce texte, la jurisprudence comme vous le savez décide que les étrangers fixés en France en vertu de l'art. 13 du Code civil et de l'art. 102 du même Code, sont privés de la jouissance du droit au domicile en France. C'est ce qu'une jurisprudence invariable a toujours admis et notamment dans le premier des deux arrêts de l'affaire Forgo du 5 Mai 1875. Et comme ils n'avaient pas la jouissance du droit au domicile, ils ne pouvaient pas non plus en avoir l'exercice à moins d'avoir été admis à domicile par un décret ce qui était extrêmement peu fréquent.

Conséquence : lorsque mourait en France un étranger qui n'avait pas de domicile en France c'est-à-dire qui n'avait pas été admis à domicile en France on ne pouvait pas soumettre sa

Source : BIU Cujas

succession à la loi française, solution évidemment regrettable sur le terrain de nos intérêts puisqu'elle entraînait la compétence d'une autre loi. On ne pouvait pas appliquer la compétence française puisqu'il n'avait pas de domicile en France.

Quelle loi appliquer ? La jurisprudence a toujours considéré que l'étranger avait nécessairement conservé son domicile dans son pays d'origine, ce qui est peut-être artificiel. Quoiqu'il en soit, la jurisprudence est partie d'une sorte a priori basé sur le loi étrangère, qui échappe à tout recours en cassation : les étrangers ont nécessairement conservé un domicile dans leur pays d'origine et quand ils n'ont pas - et c'est le cas de la plupart à cette époque - de domicile en France, on applique la loi de leur pays d'origine.

Ainsi dans toutes les successions concernant les étrangers comme il n'y avait jamais d'admission à domicile, c'était toujours la loi de leur pays qui s'appliquait. Petit à petit, dans l'esprit de certains auteurs et aussi parfois de certaines juridictions - tribunaux ou cours d'appel - une sorte de confusion s'est établie, ce qui est assez compréhensible. Puisque l'étranger qui n'a pas de domicile en France l'a nécessairement conservé dans son pays d'origine, pratiquement la loi qu'on lui applique, c'est la loi de son pays d'origine, et sautant une partie du raisonnement, on finit par dire : "les successions mobilières sont soumises à la loi nationale". Il y a en particulier des décisions de la Cour de Paris en ce sens.

On voit par quels procédés on était passé d'une règle de conflit à une autre par le jeu des règles sur le domicile; et notamment certains auteurs affirmaient il n'y a pas encore très longtemps dans des articles de revue que, pour la jurisprudence c'était la loi nationale qui régissait les successions mobilières.

De 1927 à 1938

Nous arrivons à la deuxième période celle de l'abrogation de l'art.13 par la loi du 10 août 1927 : les étrangers ont désormais la jouissance du droit au domicile en France. Dès le lendemain de cette loi la question se pose de savoir s'il va y avoir une modification pour les successions mobilières, et maintenant il va falloir prendre parti. Peu importait pendant tout le XIXème siècle ou l'ancien droit que ce fut un statut personnel ou un statut réel puisque d'une façon comme de l'autre on appliquait la loi du domicile du défunt. Maintenant que les étrangers peuvent avoir un domicile en France, il est indispensable de savoir si la règ mobilia est un statut personnel ou un statut réel. Est-ce, comme certains le pensent, un statut personnel ? Est-ce, comme sous l'ancien droit, un statut réel ?

Source : BIU Cujas

Dès le lendemain de la loi un jugement du Tribunal de la Seine n'hésite pas à en adopter les conséquences. Les étrangers peuvent avoir un domicile c'est la loi du domicile qui régit la succession, donc c'est la loi française. Mais la discussion se poursuivait, on ne s'inclinait pas devant une simple décision du Tribunal de la Seine.

L'arrêt Lebedan

Enfin la Chambre civile prononça le I9 Juin I939 un arrêt de principe très important, d'autant plus important que c'est peut-être le premier depuis le Code civil où l'on a appliqué la loi française à la succession d'un étranger (I9 Juin I939, S. I940 I p. 49), arrêt qui a été rendu au rapport de M. le conseiller Lerebours-Pigeonnière.

La Cour de cassation, s'agissant d'un étranger domicilié en France n'a pas hésité à appliquer la loi française. C'est la confirmation de la règle traditionnelle la règle mobilia n'est pas du statut de la personne, elle est du statut des biens, c'est une fiction de situation. D'ailleurs les motifs de cet arrêt sont à peu de chose près les mêmes que ceux de l'arrêt de I865 : "Attendu que d'après l'ancienne règle toujours subsistante, les meubles héréditaires (pourquoi ce qualificatif d'héréditaire ? c'est parce qu'on veut marquer que la règle mobilia ne joue qu'en matière de succession et non en dehors) sont réputés exister au lieu d'ouverture de la succession, et qu'en conséquence leur dévolution est régie par la loi du dernier domicile du défunt"

Incidences du décret-loi du I2 Novembre I938

La question pourrait être considérée comme définitivement résolue mais il y a un malin sort qui veut toujours que des questions nouvelles surgissent au moment où l'on croit en avoir fini avec les anciennes. Le décret-loi du I2 Novembre I938, sous l'empire duquel nous vivons a ouvert une nouvelle phase puisqu'il a privé les étrangers, dans une moindre mesure que le Code civil, de la jouissance du droit au domicile en France, s'ils n'ont pas la carte d'identité valable plus d'un an. De deux choses l'une : ou bien l'étranger a la carte d'identité valable plus d'un an - en général s'il possède des biens en France il y a des chances qu'on lui accorde cette carte et la question de la compétence de la loi française ne soulèvera aucune difficulté, ou bien il se peut que pour une cause ou pour une autre un étranger bien que vivant en France et ayant en France un domicile de fait même ancien n'ait pas la carte d'identité valable plus d'un an. Est ce qu'en pareil cas, puisqu'il n'a plus la jouissance du droit au domicile il ne faut pas dire, comme au XIXème siècle qu'on ne peut pas lui appliquer la loi française ?

Reproduction interdite
Source : BIU Cujas

La question s'est déjà présentée et elle a donné lieu à un arrêt important de la première Chambre de la Cour d'appel de Paris du 26 Juin 1940 (S. 1942 2 13 note de M. Niboyet) et qui décide que les étrangers qui n'ont pas la jouissance du droit au domicile en France ont leur succession soumise à la loi du pays dans lequel ils ont leur domicile.

Dans quel pays ont-ils leur domicile ? Mais dans leur pays d'origine. Cela découle en effet de l'article I de notre décret-loi : les étrangers ne peuvent bénéficier des droits dont l'exercice est subordonné à des conditions de domicile. C'est une incidence regrettable d'un décret-loi qui ne l'est pas moins en lui-même puisqu'il prive la compétence française d'application dans un pays d'immigration. C'est un décret-loi qui a pour but d'être un décret de protection française et qui se traduit par un amenuisement de la compétence française à l'égard de très nombreux étrangers vivant sur notre sol, mais qui n'ont pas la carte d'identité valable plus d'un an.

Quoi qu'il en soit, il semble qu'en présence du décret-loi du 1938 et tant qu'il n'aura pas été modifié, cette solution soit raisonnable étant donné le texte. Désormais on en revient à la compétence de la loi du pays d'origine de l'étranger c'est-à-dire de la loi du pays dans lequel il a son domicile lorsque l'étranger n'a pas la jouissance de ce droit.

Tel est notre droit positif. Que faut-il en penser ?

Valeur de notre droit positif

Nous venons déjà de faire des réserves en ce qui concerne le décret-loi de 1938 ; mais la règle mobilia est-elle satisfaisante ? C'est une règle qui a été imaginée, feinte puisque c'était une fiction, il y a de nombreux siècles à l'époque où la propriété mobilière était peu importante et pour des raisons assez limitées, toujours l'exemple de ce commerçant qui voyage avec sa marchandise. On peut se demander si la dérogation à la territorialité stricte, si la fiction répond bien aux exigences modernes puisque la loi successorale est dominée par les trois facteurs politique, économique et social, qui n'existent pas moins pour les meubles que pour les immeubles, qui existent énormément, peut-on dire, pour les meubles en raison de l'importance qu'a prise cette forme de propriété. Il en résulte qu'un fonds de commerce, qui peut avoir une valeur pécuniaire considérable, dont la bonne dévolution peut avoir des conséquences économiques, se trouve soumis à la loi d'un pays étranger s'il appartient - et cela arrive à un individu qui n'a pas son domicile en France. Un commerçant, un industriel étranger peut avoir des agences, des succursales, des fonds de commerce en France sans y posséder lui-même son domicile. On n'appliquera

Source : BIU Cujas

donc pas à une forme si importante pour notre pays au point de vue économique, la loi française alors qu'on estime que pour le moindre élément d'immeuble il est indispensable que la loi française soit applicable De même pour la propriété industrielle. Il y a là une solution qui ne correspond plus aux nécessités actuelles

Nécessité d'amender la règle mobilia

Il y aurait donc lieu d'amender notre droit positif et de décider que les meubles comme les immeubles, sous réserve peut-être d'un certain nombre de meubles ceux qui ont une situation trop instable, ceux que l'on emmène en voyage, sont soumis comme les immeubles à la loi du lieu de leur situation Si la compétence de la loi de la situation est fondée pour les immeubles, elle est aussi fondée pour les meubles, ou alors il faut la changer pour les uns comme pour les autres

Tel était le sens d'une proposition que le Comité français de Droit international privé avait transmise aux pouvoirs publics en I939 mais qui par suite des circonstances n'a pas retenu l'attention

Il faut encore signaler une formalité spéciale qui résulte d'une loi fiscale la loi du I3 Juillet I925 loi de budget dans son article 52 Dans un but fiscal pour assurer le paiement exact des droits de succession la loi décide que dans tous les cas où une succession ouverte en France est régie par notre loi et comprend des biens situés en pays étranger, il fuut un envoi en possession spécial des biens sollicités du Président du tribunal de première instance

On parle en matière de succession en Droit xivil d'un envoi en possession qui est exigé de ceux qui ne sont pas les héritiers en droit français mais simplement les successeurs irréguliers. Il s'agit ici d'un envoi en possession spécial créé par la loi du I3 Juillet I925 afin de savoir exactement quelle est la composition de l'ensemble de la succession puisque les droits fiscaux sont payés non seulement sur les éléments français mais en matière mobilière aussi bien sur les éléments situés à l'étranger

§ 2 - Dérogations que la règle de compétence normale en matière de succession peut comporter

L'hypothèse est celle où la règle de compétence en matière de succession est une loi étrangère car si c'est une loi française elle ne peut pas supporter de dérogation Il faut supposer qu'il s'agit soit d'une succession immobilière étrangère ou d'une succession mobilière avec un domicile hors de France ; dans l'un et l'autre cas c est la loi étrangère qui régit la succession et non la notre

Source : BIU Cujas

Voilà le principe bien consacré qui résulte de notre droit positif mais auquel nous allons voir un certain nombre de dérogations qui vont modifier la compétence.

4 dérogations à la compétence étrangère normale

Il y a quatre dérogations : trois de ces dérogations sont connues de nous et découlent des principes généraux et nous n'aurons qu'à les rappeler d'un mot.

Le renvoi

La première c'est l'admission de ce que l'on appelle en jurisprudence le renvoi. C'est en matière de succession mobilière que le renvoi a été admis pour la première fois en France dans l'affaire Forgo et il l'a été encore en 1910 dans l'arrêt Soulier à propos d'une succession aux meubles. En principe, c'est la loi du domicile à l'étranger qui est compétente à moins qu'elle ne renvoie à la nôtre et notre jurisprudence a très souvent et très facilement admis ce renvoi.

La fraude à la loi

Un deuxième cas c'est l'exception de fraude à la loi. On n'en connait pas d'application succes orale, tout au moins dans le droit moerne. On en trouverait dans l ancien droit. Mais on peut imaginer un individu qui change de domicile uniquement pour modifier sa dévolution héréditaire, pour priver tel de ses héritiers de ses droits légitimes. Si le caractère frauduleux de ce changement de domicile pouvait être prouvé il devrait être inopposable par l'exception de fraude à la loi et on reviendrait à la loi française.

L'ordre public

Une troisième exception est l'exception d'ordre public, toutes les fois que la loi successorale étrangère contient des dispositions qu'un tribunal français ne peut pas appliquer parce qu'elles sont incompatibles avec les exigences de notre milieu juridique.

Les applications ne manqueront pas et les tribunaux en ont fait plus d'une. Les unes reposeront sur des raisons de technicité, les autres sur des raisons d'opportunité.

De technicité, c'est-à-dire d'impossibilité juridique, voici une application pratique : supposons que la loi successorale étrangère admette la validité de clauses d'inaliénabilité dans les donations et testaments infiniment plus largement que nous ne le faisons en France. Il y a une institution bien connue de nom, mal connue dans son mécanisme parce qu'il est très délicat à comprendre, c'est le trust, l'institution du trust anglo-saxon. Les biens sont transmis à une personne qui est chargée de les conserver pour en verser les revenus à tel individu et de les transmettre à son tour. C'est quelque chose qui ressemble de très loin à ce que l'on appelle en droit fran-

Source : BIU Cujas

çais une substitution fidei commissaire.

Or, cette institution du trust, où un individu reçoit la propriété des biens, individu que l'on appelle le trustee, est une institution complètement inconnue de notre droit. Nous ne pouvons pas lui faire produire d'effet sur des biens qui sont en France il y a là impossibilité technique. Donc, toutes les fois que le droit étranger et successoral comportera notamment des indisponibilités de biens que nous ne connaissons pas, notre loi française s'y oppose et l'ordre public par conséquent mettra en échec la loi successorale.

Mais les causes seront la plupart du temps des causes tirées de l'opportunité, c'est-à-dire des différences de conception basées sur des idées morales, politiques ou religieuses. Glanons quelques applications jurisprudentielles : l'une de la Chambre des Requêtes rendue il y a une dizaine d'années à propos d'enfants adoptifs :des enfants avaient été adoptés dans un pays où l'on peut être adopté bien que le père adoptif ait déjà des enfants de son mariage. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi admettant comme les juges du fond que le fait de laisser venir à une succession sur des biens situés en France des enfants adoptifs quand il y a des enfants légitimes, allait à l'encontre de notre ordre public. Voilà une certaine conception très extensive de l'ordre public : l'article 344 du Code civil est un texte d'ordre public d'après la Cour de cassation.

On en dirait autant d'une loi étrangère qui permettrait à des enfants adultérins de venir recueillir une part dans la succession d'une personne ; ceci également serait considéré comme allant à l'encontre de notre ordre public. Et également l'application d'un pacte sur succession future, les tribunaux français considèrent que les pactes sur succession future, bien qu'admis par une loi étrangère, heurtent notre ordre public, sont immoraux. Cette conception peut être très stricte, très rigide, mais c'est celle de notre droit positif.

Dans tous ces cas il y aura évidemment dérogation à la loi étrangère.

Le droit de prélèvement

Nous arrivons maintenant au quatrième et dernier cas qui est entièrement nouveau. Il est extrêmement important et assez complexe. Il s'agit de modifications exceptionnelles à la règle de conflit résultant de la loi du 14 Juillet 1819 (loi que l'on trouve dans les Codes Dalloz à la suite de l'art. 726).

Nous avons déja parlé de cette loi à propos de la jouissance des droits sans en commenter les dispositions parce qu'il était impossible d'épuiser la question avant d'avoir étudié d'abord un certain nombre de questions touchant aux successions sur le terrain du conflit des lois.

L'art. 1 de cette loi du 14 Juillet 1819 a abrogé l'art.

Source : BIU Cujas

726 du Code qui, rétablissant en partie l'ancien droit d'aubaine avait frappé les étrangers de l'incapacité de recueillir une succession en France. Mais ce qui a compliqué singulièrement les choses c'est que le législateur ne se soit pas contenté d'abroger l'art. 726. Il a créé quelque chose d'autre et de nouveau qui constitue précisément l'art. 2 de la loi de 1819

L'art. 2 de la loi de 1819

Voici le texte : "dans le cas de partage d'une même succession entre des cohéritiers étrangers et français, ceux-ci prélèveront sur les biens situés en France une portion égale à la valeur des biens situés en pays étranger dont ils seraient exclus à quelque titre que ce soit en vertu des lois et coutumes locales".

Sens de ce texte

Ce texte a soulevé des controverses considérables et aujourd'hui encore on n'est pas plus d'accord en doctrine et en jurisprudence qu'au premier jour.

La thèse restrictive

Il y a une première thèse qui est celle de la majorité de la doctrine, que l'on peut appeler la thèse restrictive. Dans cette opinion la loi de 1819 n'a eu pour but que de régler une question de condition des étrangers, en accordant aux étrangers la jouissance du droit qui leur était jusqu'ici refusé, puisque l'art. 726 qui le refusait est abrogé. Donc désormais les étrangers peuvent jouir du droit de succession. Mais voici quelle serait la portée de l'art. 2. On a craint que ce geste libéral et intéressé d'ailleurs - c'était pour attirer les étrangers et leurs fortunes en France - ne soit pas suivi de mesures semblables à l'étranger où au début du XIXème siècle nombreux étaient les pays qui pratiquaient le droit d'aubaine. Alors on a dit : il n'est tout de même pas possible que nous accordions le droit de succéder à des étrangers si dans leur propre pays des Français ne peuvent pas succéder. Alors nous voulons bien abroger l'art. 726, leur accorder le droit de succéder mais nous exigeons la réciprocité.

L'art. 2 serait un texte de portée très simple très compréhensible et justifié lorsqu'il n'y aurait pas réciprocité parce que tel pays étranger aurait conservé l'incapacité d'aubaine. On pourrait alors en quelque sorte se venger, exercer une représaille sur les biens qui sont en France ; on exercerait sur eux un prélèvement d'où le nom de droit de prélèvement donné à l'institution créée par l'article 2 de cette loi prélèvement compensateur. On retirerait en quelque sorte partiellement à cet étranger la jouissance du droit de succéder en France si les Français ne l'avaient pas entièrement dans le pays étranger. Cela s'appellerait tout simplement, dans le langage moderne, la réciprocité de fait ; c'est tout ce qu'aurait dit

Source : BIU Cujas

l'art 2. Et il aurait été beaucoup plus court de le dire en deux lignes : les étrangers jouiront en France du droit de succéder sous réserve de la réciprocité.

La thèse extensive

Mais ce n'est pas ainsi que la jurisprudence a conçu le texte et d'ailleurs il est certain qu'on ne pouvait pas l'interpréter de cette façon. Voici pourquoi. Ce serait, en effet, faire abstraction d'une part de la rédaction même du texte et en second lieu des travaux préparatoires extrêmement complets sur ce point et sur lesquels nous possédons des renseignements précis puisqu'ils sont publiés in extenso et qui nous indiquent ce que l'on a voulu faire.

Argument de textes

D'abord le texte. Le texte ne limite pas l'inégalité qui pourrait exister entre co-héritiers français et un cohéritier étranger, au simple fait qu'à l'étranger on exclurait nos nationaux parce qu'ils seraient des Français. Il va beaucoup plus loin ; il dit en effet, et c'est pourquoi il faut attirer l'attention sur sa rédaction même : "dont ils seraient exclus à quelque titre que ce soit". On n'a pas dit à raison de leur qualité d'étrangers, on a dit : à quelque titre que ce soit. Ils peuvent être exclus évidemment parce qu'ils sont étrangers, ils peuvent être exclus aussi pour bien des raisons. Voilà l'argument du texte.

Argument tiré des travaux préparatoires

En second lieu les travaux préparatoires sont très nets ; qu'il s'agisse de l'exposé des motifs du gouvernement qu'il s'agisse du rapporteur à l'une ou l'autre assemblée du Parlement, ou qu'il s'agisse des nombreuses interventions qui se sont faites pour ou contre au cours de la discussion. Le texte avait pour but d'aller beaucoup plus loin qu'une simple question de réciprocité. Le texte entendait quand il disait : à quelque titre que ce soit, édicter une règle de réciprocité certes, mais réciprocité basée - et nous renvoyons à la théorie générale de la jouissance des droits que nous avons vue récemment - sur l'identité des droits. Et ceci est d'autant plus normal et plausible que c'est le système indiscutable et indiscuté de l'art. II du Code civil et que règlementant la question dans le champ de l'art. II dont l'art. 726 n'est qu'un satellite, les auteurs n'ont envisagé le problème de la jouissance des droits que comme étant un problème basé sur la jouissance de l'identité des droits.

Cela veut dire qu'il est nécessaire non seulement que les Français puissent succéder dans le pays étranger, mais l'on veut que le Français prenne dans le pays étranger exactement la même part que l'étranger. Si la loi étrangère - et elle le fera la plupart du temps parce que les lois successorales ne sont pas identiques d'un pays à l'autre- donne aux cohéritiers

Source : BIU Cujas

français moins qu'aux nationaux - il ne faut envisager en effet que l'hypothèse où elle lui donnerait moins - alors il n'y a plus identité de l'exercice des droits. La réciprocité basée sur l'identité exige la jouissance du droit et l'identité d'exercice du droit.

Supposons notamment que dans un pays étranger la réserve soit faite autrement qu'en France, que la liberté de tester soit plus grande, que l'on puisse déshériter un enfant en tout ou en partie, le Français qui est peut-être la victime prendra moins que d'autres ; il n'y aura pas identité de droit.

Or, c'est dans ce cas que l'article 2 de la loi vient dire: je n'accorde à l'étranger la jouissance du droit de succéder en France qu'exactement dans les mêmes conditions pécuniaires où un Français succède dans le pays de cet étranger

Voilà le système, le but logique, le but cohérent qui existe d'après l'interprétation des travaux préparatoires et de la lettre même du texte. Il suppose donc une succession avec des biens en France et à l'étranger, avec des cohéritiers français et des cohéritiers étrangers.

Système de la jurisprudence

Quel a été le système de la jurisprudence ? La jurisprudence n'a adopté ni tout à fait l'un ni tout à fait l'autre des deux systèmes. Elle s'est placée sur un terrain entièrement différent, en quoi elle a pratiquement mécontenté tout le monde (Requêtes 18 Juin 1859, Chambre civile 27 Avril 1868).

Elle affirme l'argument suivant : il y a dans le droit français des successions un principe d'ordre public que l'art 2 a eu pour but de consacrer et de sanctionner. Ce principe est le principe de l'égalité des partages, il implique que tous sont égaux dans le partage des biens du défunt. Si donc la loi étrangère a amené une inégalité elle va à l'encontre de notre ordre public et dès lors le législateur français sanctionne cette rupture de communauté juridique en accordant au cohéritier victime un prélèvement compensateur. Telle est la thèse affirmée maintes fois par la jurisprudence, le principe d'ordre public de l'égalité des partages.

Critique de la jurisprudence

S'il en était ainsi, l'art 2 de la loi de 1819 eût été inutile puisque le juge peut lui aussi dire ce qui est ou n'est pas d'ordre public. Ensuite le principe de l'égalité des partages est ici tout à fait hors de cause car en droit français tous les cohéritiers ne prennent pas la même part. En étudiant les règles sur la dévolution on voit que les parts varient d'après la parenté. De plus un enfant peut prendre moins qu'un autre si le défunt ne l'a pas fait profiter

Source : BIU Cujas

de la quotité disponible. Comment se fait-il que le principe de l'égalité des partages soit d'ordre public lorsqu'il s'agit d'une loi étrangère, mais qu'en France lorsqu'il s'agit de la loi française elle-même, il ne l'est plus ? Ce qui est la négation même de l'idée d'ordre public.

Le principe de l'égalité des partages n'intervient pas ici, il ne s'agit pas d'une égalité des partages, il s'agit de l'égalité des parts, ce qui est tout différent. L'égalité du partage consiste simplement à partager entre les cohéritiers de telle sorte que chacun prenne sa part, mais jamais les cohéritiers ne prennent dans une succession française exactement la même part, si la loi ne la leur donna pas. Il ne faut pas confondre d'une part dévolution et, d'autre part, liquidation et partage. Le partage est l'acte qui fait cesser l'indivision.

En outre, si cet argument de la Cour de cassation était exact il devrait alors s'appliquer dans toute succession soumise à la loi étrangère, puisque l'ordre public, si le principe de l'égalité des partages en fait partie, existerait nécessairement. Or, elle ne l'applique pas lorsque tous les cohéritiers sont étrangers.

Or notre ordre public n'admet pas des compartiments semblables, quelque chose est ou n'est pas contraire à l'ordre public. Lorsque tous les cohéritiers sont étrangers, la jurisprudence ne l'applique pas parce que l'art. 2 de la loi de 1819 prévoit un cohéritier français, ce qui prouve bien que c'est un problème de jouissance du droit.

La jurisprudence français s'est transportée pleinement du terrain de la jouissance des droits qui semblait bien être celui de la loi de 1819, sur le terrain du conflit des lois pour formuler un principe : lorsqu'une succession comprend des cohéritiers de diverses nationalités les règles du droit successoral français sont des règles impératives.

Formule de la jurisprudence

Voici d'ailleurs comment on pourrait donner la formule de la jurisprudence. En cas de succession comportant des biens en France et à l'étranger et si l'un des cohéritiers est Français la succession est alors régie par dérogation à la règle normale - puisqu'on aurait dû appliquer la loi étrangère soit du pays de la situation de l'immeuble soit du domicile - dans son ensemble par la loi française vis-à-vis du cohéritier français.

Il y a donc modification ou remplacement de la règle normale de conflit par une autre règle de conflit : compétence de la loi successorale française, universalité. Chose assez curieuse et assez décevante, on a réalisé ainsi l'universalité de la loi successorale puisqu'on soumet toute la succession, en quelque pays que les biens soient situés, meubles ou immeubles

Source : BIU Cujas

à la loi française Et ce n'est même pas la loi du défunt car au cours du XIXème siècle tous les partisans de la loi nationale ont toujours dit : loi nationale du défunt. C'est la loi nationale du cohéritier ; et comment peut-on d'ailleurs connaître la loi nationale du cohéritier si on ne connait pas déjà la loi de la succession, puisque c'est elle qui détermine le cohéritier

Critique de la loi de 1819

Voici comment le problème se résout ; si un Français prétend qu'il a des droits héréditaires on appliquera la loi successorale française ce qui est un système artificiel et arbitraire C'est ce qu'Aubry et Rau ont traduit dans une formule ramassée : le prélèvement apparait comme une modification de la règle de conflit due à un privilège de nationalité.

En législation, ce privilège n'est pas défendable; c'est certainement une erreur législative, c'est une chose voulue par le législateur de 1819, c'est une erreur législative mais c'est quelque chose qui existe Nous sommes donc forcés d'en tenir compte puisque nous ne pouvons pas faire abstraction de la loi de 1819 Nous sommes en présence en quelque sorte, à propos d'une réforme faite dans de très bonnes intentions de ce qu'on peut qualifier familièrement d'un raté législatif, doublé d'un raté jurisprudentiel

Mais plaçons-nous en présence de ces faits et voyons désormais quel est le moyen mis à la disposition du cohéritier français. Ce moyen c'est un prélèvement compensateur sur les biens de France Quelles sont donc les conditions de ce prélèvement compensateur, et de sa mise en oeuvre ?

Conditions du droit de prélèvement quant aux personnes

Les conditions sont tout d'abord relatives à la raison pour laquelle le cohéritier français se plaint Il suffit - et l'on voit à quel point ce système est vraiment excessif - que le cohéritier français n'ait pas pris à l'étranger ce que la loi française si elle était applicable à l'étranger, lui donnait pour que nous soyons dans les conditions de la loi. Supposons qu'en France il ait pris 100.000 francs et qu'à l'étranger il n'en ait eu que 70.000, alors il y a lieu à un prélèvement compensateur On applique la loi française à l'ensemble de la succession et sans distinction de la succession selon qu'elle est ab intestat ou testamentaire Il faut que le Français puisse prendre sur les biens de l'étranger exactement ce qui résulte de la loi française, puisque la jurisprudence en a fait une disposition de conflit La succession est désormais soumise dans son ensemble aux règles du droit successoral français

Source : BIU Cujas

Quant aux biens

Deuxième condition relative aux biens. Il faut qu'il y ait des biens situés en France, car donner un prélèvement compensateur s'il n'y a pas de biens situés en France, c'est une arme purement platonique.

Dès lors, dans ce cas on s'attachera à la situation effective. La règle mobilia ne va plus jouer et la fiction de situation du domicile disparaît. On va se demander s'il y a, en fait, des éléments mobiliers sur le territoire français. La règle mobilia ne peut plus jouer puisque sans cela il n'y aurait jamais en France de prélèvement possible sur les meubles.

quant à la nationalité

Troisième condition : c'est le privilège de nationalité qui concerne la victime, selon la formule d'Aubry et Rau. La victime ou les victimes doivent posséder la nationalité française. Le texte le dit formellement dans l'art. 2.

Enfin l'autre victime - car se sont des victimes successives - celle contre laquelle on va faire jouer le prélèvement que doit-elle être par la nationalité ? Tout permettait de penser, d'après l'ensemble de l'histoire de l'institution et c'est ici que véritablement s'est produit ce que l'on pourrait appeler une déviation jurisprudentielle c'est-à-dire le passage d'un problème à un autre, de la jouissance des droits au conflit des lois, tout permettait de penser que le bénéficiaire à l'étranger, celui contre lequel on allait faire jouer ce droit de prélèvement, serait un étranger. Si l'on se reporte au texte on lit : "entre des cohéritiers étrangers et français" Or, la jurisprudence ne l'a pas compris ainsi et c'est pourquoi elle est passée du plan de la jouissance des droits au plan du conflit de lois car elle n'aurait dû appliquer la loi de 1819 que si le prélèvement était exercé par une Française contre un étranger. Or, elle l'admet même quand tous les cohéritiers sont Français. Cela ne peut donc plus être un simple problème de jouissance de droit puisque tous les Français ont exactement la jouissance des mêmes droits. Elle l'admet entre tous les Français parce que le principe de l'égalité des partages est dit elle, d'ordre public. Mais alors si le principe d'égalité des partages est d'ordre public elle devrait l'admettre quand tous les cohéritiers sont étrangers. Elle ne le fait pas, ce qui est un système évidemment hybride et difficile à comprendre.

Mise en oeuvre du prélèvement

Enfin comment met-on en oeuvre le droit de prélèvement. C'est un prélèvement compensateur un prélèvement qui rappelle beaucoup celui que l'on rencontre en droit civil le fameux prélèvement du conjoint lors de la liquidation de la communauté (art. 1471 du Code civil). Le cohéritier qui

Source : BIU Cujas

se plaint va sur les biens de France passer avant les autres.

Voici pour fixer les idées un exemple avec chiffres. Supposons qu'à l'étranger il y ait 300 000 francs de biens avec trois enfants, une succession ab intestat. Nous appliquerons la loi française puisqu'elle s'applique à l'ensemble de la succession. Des trois enfants l'un reçoit sa part à l'étranger : 100 000 francs, donc il a exactement ce que lui donnait le droit français. Mais le second reçoit 200 000 francs, donc le double de ce que lui aurait donné le droit français, parce que le troisième ne reçoit rien du tout.

C'est bien là l'hypothèse de la loi : le second enfant a pris 200 000 alors que le troisième aurait dû avoir 100 000 frs et il n'a rien eu du tout.

En France, nous supposons qu'il y a encore 300 000 francs. A l'un des enfants, au premier, on n'a rien à réclamer puisque s'il a pris 100 000 francs à l'étranger, il n'a pris que sa part. Mais le troisième enfant, celui qui n'a rien pris à l'étranger a droit à un prélèvement compensateur de tout ce dont il a été privé en vertu de la loi étrangère, en vertu de la liberté de tester du défunt. Il y a donc un prélèvement compensateur à exercer sur une somme de 100 000 francs. Il va prendre en France ces 100 000 francs. Puisqu'il reste encore 200 000 francs il va prendre les 100 000 francs de l'autre, de sorte que ce sera l'inverse de ce qui s'est passé en pays étranger. Le premier et le troisième auront tous leurs droits et c'est le second qui n'aura plus rien puisqu'on a exercé à son détriment le privilège compensateur.

Voilà le droit de prélèvement dont on voit des applications assez fréquentes en jurisprudence et qui n'a au fond aucune justification rationnelle. C'est une bévue législative encore accrue par une fausse interprétation jurisprudentielle

Source : BIU Cujas

Chapitre II

LA MATIERE DES CONTRATS

Importance de la question

Il s'agit de déterminer la loi applicable aux contrats dans les rapports internationaux. Cette matière des contrats dans les rapports internationaux est une de celles qui ont soulevé et soulèvent encore actuellement les plus vives controverses, une de celles auxquelles peut s'appliquer cette épithète des anciens auteurs de famosissima quaestio.

Silence du Code civil

Le Code n'a donné, en ce qui concerne les conflits de lois en matière de contrats, aucun texte soit de principe, soit d'application. Quelles est la conséquence de ce silence du Code ? Nous n'avons ici qu'à appliquer la règle que nous avons rencontrée bien des fois ; dans le silence du Code sur une matière de droit international privé, c'est le droit antérieur qui demeure en vigueur, c'est-à-dire que c'est la coutume que le Code a laissé subsister. Telle est bien d'ailleurs telle a toujours été et continue à être la position de la jurisprudence. C'est sur la base de la coutume qu'elle a tracé en quelque sorte son sillon, mais c'est un sillon qui a pas mal de ramifications, on peut même dire parfois un certain nombre d'arabesques assez déconcertantes.

Cette coutume avait à la fin de l'ancien régime des contours encore incertains. Quelle était en effet, la coutume de l'ancien droit ? Il est nécessaire de prendre un peu pour cela la question dans son développement historique.

La coutume primitive compétence de la lex loci contractus

Dans la première phase de l'histoire de nos conflits, à l'époque de l'école des post-glossateurs qui s'étend du XIVème au XVIème siècle, la question des contrats ne reçoit pas une solution différente de celle des autres. On soumet les contrats à la territorialité du droit ; un contrat est un fait territorial qui se situe en un certain lieu, c'est donc la loi de ce lieu qui s'applique, ce que l'on exprime par la compétence de la lex loci contractus, la loi du lieu du contrat. Le contrat reçoit sa vie de la loi

Source : BIU Cujas

d'un certain pays. C'est ce pays seul qui est intéressé par conséquent à la création de l'obligation et ce pays ne peut être que celui où les individus se rencontrent pour contracter.

Seulement ce système de la territorialité du droit des contrats à l'époque de l'école des post-glossateurs avait entraîné un certain inconvénient. C'est que l'on n'avait pas encore dégagé - ce qui viendra plus tard - la distinction de la création et de l'efficacité des droits.

Difficultés soulevées par la territorialité

Territorialité du droit à cette époque, cela signifiait non seulement qu'on appliquait la loi territoriale, mais en outre que cette loi ne pouvait pas s'appliquer ailleurs que dans le lieu où elle était en vigueur. On n'avait pas encore compris que lorsqu'un droit était né selon la loi d'un pays déterminé, il pouvait parfaitement être reconnu partout, et que la territorialité ne signifiait pas du tout que l'on ne reconnaitrait pas le droit né ailleurs. Cette solution est bien consacrée de nos jours et nous l'avons traduite précédemment par la distinction de l'application et de l'efficacité des droits. Cette notion qui n'avait pas été dégagée a beaucoup gêné les auteurs, seules les lois personnelles produisaient des effets dans d'autres pays. D'où le contrat, qui avait sa base dans une loi territoriale, ne pouvait pas produire d'effet dans les autres pays. Pour qu'il en produisit, il aurait fallu qu'il fut une loi non pas territoriale, mais personnelle.

Influence de Du Moulin

Voilà la difficulté en présence de laquelle on se trouvait, devant laquelle se trouva au XVIème siècle un très grand jurisconsulte qui a complètement transformé - pas toujours dans un très bon sens - la matière et sous l'empire des idées duquel nous vivons encore actuellement : Du Moulin.

Il a eu dans cette matière comme dans toutes celles qu'il a abordées, moins un rôle de savant que de praticien cherchant à atteindre un résultat. Le résultat cherché était d'assurer aux lois des contrats un effet extra-territorial, c'est-à-dire que lorsqu'un contrat avait été fait et passé dans un certain lieu, il voulait qu'il produisit des effets ailleurs. Or, il se heurtait à cet obstacle dont nous venons de parler que si la loi des contrats est une loi territoriale, on ne la reconnaissait pas, alors il fallait en faire une loi personnelle, notamment le type du contrat à propos duquel Du Moulin se heurtait le plus à des difficultés, était le contrat de mariage. Il ne faut pas qu'un contrat de mariage ait ses effets limités à la province où il a été passé, si les époux viennent au cours de leur mariage à vivre dans d'autres provinces, à avoir des biens dans diverses provinces, il faut que leur contrat de mariage

Source : BIU Cujas

soit universel qu'il règlemente leur régime de biens partout Mais si c'est un contrat il a une base territoriale et s'il a une base territoriale on ne peut pas le reconnaitre ailleurs il faut alors arriver à forcer ce cadre de la territorialité

Telle était la difficulté en présence de laquelle Du Moulin se trouvait On aurait pu lui trouver une solution beaucoup plus simple Or, c'est par des détours qu'on est arrivé à chercher des solutions qui ont malheureusement complètement transformé l'institution

Les deux propositions de Du Moulin

Du Moulin a exprimé ses idées à deux reprises : d'abord dans son Consilium 53, et ensuite dans son Commentaire du Code de Justinien qui est le centre de l'étude des conflits de lois lafameuse loi Cunctos populos Le système de Du Moulin tient en deux propositions : d'une part dans les contrats les parties édictent elles-mêmes le droit qui les régit dès lors on doit rechercher leur volonté

Les parties édictent leur règle de conflit

Les parties édictent elles même leur règle de conflit ce n'est pas le législateur qui l'édicte La règle de conflit découle de la volonté des parties ce sont elles qui en sont les auteurs et dès lors si on applique une certaine loi à un contrat ce n'est plus la volonté du souverain ce n'est plus une loi territoriale mais une loi voulue par les intéressés c'est une loi voulue par les personnes c'est donc un statut personnel On passe ainsi du plan territorial au plan personnel et dès lors que l'on est passé au plan de la personnalité l'obstacle à l'ubiquité du contrat à sa reconnaissance interprovinciale ou internationale disparait puisqu'il n'a plus sa base dans la loi il a sa base dans la volonté des individus Il peut donc être extra-territorial

Le raisonnement est assez facile à suivre dans sa trame comme on le voit ; il fallait s'émanciper de l'idée de la territorialité On commence par déclarer que les contrats n'ont pas du tout leur base dans la loi d'un territoire que les contrats sont issus de la volonté des parties que c'est la volonté qui est créatrice de tout Or la volonté c'est l'individu c'est-à-dire que c'est dès lors le statut de la personne et non plus le statut du territoire et si c'est un statut de la personne, il peut être reconnu partout d'un bout à l'autre du territoire

Quel est ainsi le domaine reconnu à ce pouvoir des parties dans un contrat de choisir la loi qui les régit c'est-à-dire de résoudre elles-mêmes le conflit ?

Ce sont tout d'abord les contrats en général et cela s'applique à l'ensemble de leur règlementation aussi bien à

Source : BIU Cujas

une loi dite impérative, c'est à-dire qui doit être respectée par les contractants -qu'à cette branche du droit qui s'applique à défaut de conventions des parties, et qui comprend les lois facultatives.

Application du principe au régime matrimonial légal

En second lieu, c'est le contrat de mariage. Et puis c'est, en troisième lieu - nous en avons déjà parlé à une ou deux reprises et nous retrouvons maintenant la matière dans son véritable sens - le régime légal des époux mariés sans contrat.

Il ne faut jamais oublier que Du Moulin est un praticien et que c'est à propos de cas pratiques qu'il a cherché des solutions. Du Moulin était un consultant très réputé de son époque auquel les personnes qui avaient des contestations s'adressaient. Il avait donc un cas concret dont il était chargé et pour lequel il devait trouver une solution satisfaisante. Dans notre hypothèse il s'agissait d'un cas qui est bien connu : c'est le régime matrimonial des époux de Gannay.

Les époux de Gannay s'étaient mariés sans avoir fait de contrat de mariage ; ils étaient originaires de la coutume de Paris mais pratiquement leur existence se déroulait sous l'empire d'une autre coutume. Sous quel régime les époux de Gannay n'ayant pas fait de contrat de mariage, étaient-ils mariés ?

Du Moulin veut prouver - et s'il avait été consulté par l'adversaire des époux de Gannay il aurait probablement trouvé une solution opposée - mais la consultation de Du Moulin a été à la base de la doctrine qui sera le droit moderne, comme nous allons le voir. Du Moulin veut prouver, parce qu'il y a intérêt, que les époux de Gannay sont mariés sous la communauté légale de la coutume de Paris. Mais ils n'ont pas fait de contrat de mariage. La communauté légale, comme le nom l'indique, c'est un régime légal, c'est un effet légal du mariage, elle n'a rien de conventionnel.

Source : BIU Cujas

gime conventionnel sans contrat de mariage par une simple volonté tacite ou présumée.

Et alors il n'y a plus qu'un tout petit pas à franchir pour dire : la communauté légale est un régime conventionnel tacite ou présumé. C'est de là qu'est sorti ce système qui est absolument ancré aujourd'hui dans la jurisprudence française au point de vue international, que le régime légal des époux mariés sans contrat est un régime conventionnel.

Du Moulin voulait prouver qu'il n'était pas légal, car s'il était légal il était territorial, il fallait donc trouver autre chose. Alors il a affirmé par ce bon tour que c'était un régime conventionnel tacite ou présumé "oritur ex tacito vel presompto contractu". Désormais il n'y a plus l'obstacle de la territorialité, la communauté légale étant conventionnelle, tire sa force non pas de la loi, mais de la volonté des parties et, tirant sa force de la volonté des parties, elle peut être personnelle, c'est-à-dire qu'elle peut être extra-territoriale. L'obstacle à une reconnaissance inter-provinciale ou universelle des effets du contrat disparait puisque le contrat n'a plus sa base dans la loi, mais dans la seule volonté des parties.

Succès de la doctrine de du Moulin

Cette doctrine de Du Moulin eût un succès considérable. Son grand contemporain et adversaire d'Argentré entra, certes, en lutte contre lui, principalement sur ce point, - ce fut l'objet de vives discussions entre eux - pour maintenir la valeur territoriale de la loi en matière de contrats, notamment pour rejeter cette fameuse fiction d'une communauté conventionnelle tacite, il n'y parvint pas. Petit à petit la doctrine de Du-Moulin pénètrera dans la pratique. Notamment au XVIIIème siècle, elle est consacrée par la jurisprudence, admise par Pothier qui n'hésite pas à considérer la communauté légale comme conventionnelle tacite, et c'est ainsi que non pas par le Code puisque le Code ne s'en est pas occupé mais par la coutume, elle passera dans le droit moderne.

La jurisprudence du XIXème siècle a donné à cette doctrine de du Moulin d'après laquelle, dans les contrats tout vient de la volonté des parties un très grand développement et ce succès provient de sa commodité. En effet, elle a l'avantage de supprimer et par là même de simplifier le problème du conflit des lois. Le problème du conflit des lois en matière de contrats est extrêmement ardu. Si l'on veut déterminer la loi compétente pour régir les contrats on se heurte et c'est peut-être ce qui a amené tant d'auteurs à accepter finalement la doctrine de Du Moulin- à tant de difficultés qu'on les élude en disant :

Reproduction interdite
Source : BIU Cujas

tenons compte de la volonté des parties, qu'est-ce qu'elles ont voulu ? Qu'est-ce que l'on peut supposer qu'elles ont voulu ? C'est beaucoup plus simple que de déterminer une règle véritable de solution des conflits.

On en trouve encore une manifestation dans un des plus récents arrêts de la Cour de cassation (Civ. 31 Mai 1932 S 1933 I 17) qui ne fait que maintenir une fois de plus cette doctrine issue du Du Moulin.

"La loi applicable aux contrats, soit en ce qui concerne leur formation, soit quant à leurs effets et conditions, est celle que les parties ont indiquées".

C'est l'idée de Du Moulin qui s'est toujours maintenue depuis lors. Les contrats tirent leur force non pas de la loi mais de la volonté des parties ; puisque les contrats ne peuvent exister sans la volonté des parties, ce sont les contractants qui peuvent dire quelle est la volonté qui régit leur contrat

L'autonomie de la volonté

Le conflit des lois de nature contractuelle est donc résolu par l'autonomie - c'est l'expression consacrée - de la volonté. Au point de vue étymologique, autonomie (le mot vient du grec νόμος et αὐτός) veut dire faire sa propre loi, être son propre législateur. L'autonomie de la volonté signifie que, dans cette matière, ce sont les parties qui sont les seules créatrices du droit, ce sont elles qui règlent seules le conflit des lois.

Cette expression d'autonomie de la volonté qui est aujourd'hui consacrée en France et dans bien des pays n'est cependant pas très ancienne ; ce n'est que vers le milieu du XIXème siècle qu'elle a été admise par un certain nombre d'auteurs qui l'ont petit à petit employée et spécialement en pays étranger. Ce sont des auteurs allemands de la première moitié du XIXème siècle qui ont pris cette expression qui s'est peu à peu généralisée et qui aujourd'hui est employée dans tous les pays lorsqu'on s'occupe de la matière des contrats. Mais dans l'ancien droit il n'y a jamais eu d'emploi de cette expression d'autonomie de la volonté et c'est au XIXème siècle que s'est construite vraiment la théorie de l'autonomie de la volonté qui, dans l'ancien droit, avait été toujours quelque peu fragmentaire.

Nous étudierons dans une section I, le développement du principe jurisprudentiel de l'autonomie de la volonté. Et dans une section II, son examen critique.

Source : BIU Cujas

Section I

Examen du principe jurisprudentiel de l'autonomie de la volonté.

L'autonomie de la volonté en jurisprudence doit être examinée quant aux contrats qu'elle concerne, quant aux matières de ces contrats, ensuite quant à la façon dont s'exerce ce pouvoir autonome des contractants, enfin quant à son résultat.

A - D'abord quant aux contrats.

L'autonomie s'applique aux contrats du droit civil

Ce ne sont pas tous les contrats qui sont régis par l'autonomie de la volonté ce sont les contrats ordinaires, les contrats peut-on dire, du type classique, les contrats généraux du droit civil la vente, le louage - l'arrêt de 1932 dont nous avons parlé était intervenu à propos d'une hypothèse de louage d'un immeuble en Turquie par l'Etat français pour ses services - le prêt, les grands contrats du droit civil, le contrat de mariage et toujours depuis Du Moulin dont la jurisprudence n'a jamais démenti la doctrine, le régime matrimonial légal

et au régime matrimonial légal

Il y a sur ce point de très nombreuses décisions de nos tribunaux, tribunaux inférieurs ou cours d'appel, qui estiment que lorsque les époux se sont mariés sans faire de contrat de mariage, il faut bien qu'ils soient mariés sous un régime matrimonial puisque c'est une question indispensable et que le pays dont la loi va déterminer leur régime matrimonial, à ces époux qui se sont mariés sans contrat de mariage, c'est puisque le régime légal est un régime conventionnel tacite, celui dont ils ont voulu adopter les dispositions. Il faudra donc se livrer à une véritable recherche d'intention.

En France, notre communauté légale est considérée de façon inébranlable par la jurisprudence comme un régime conventionnel non exprimé qui, tirant sa force de la volonté des parties, doit être recherchée à la lumière de celle-ci. Mais la jurisprudence a étendu cette solution aux régimes légaux des pays étrangers. Les régimes légaux des pays étrangers ne sont pas nécessairement

Source : BIU Cujas

construits comme notre communauté. Notre communauté est une association, on peut toujours dire qu'il y a par conséquent un contrat à la base puisqu'il y a une association, mais dans les pays étrangers il y a des régimes matrimoniaux qui sont exclusifs de toute association, par exemple des régimes de séparation de biens. Là encore, notre jurisprudence estime d'une façon absolue, que tout régime matrimonial légal français ou étranger, quel qu'il soit, avec ou sans communauté est, par hypothèse - et elle le qualifie ainsi - un régime conventionnel.

Par conséquent il faudra toujours rechercher dans les rapports internationaux à quel pays les individus ont voulu se soumettre, c'est-à-dire sous quel régime ils ont voulu se marier lorsqu'il s'agit d'un cas international, c'est-à-dire lorsque se produit le phénomène de la frontière. Il faut pour cela imaginer ou bien l'hypothèse de deux époux de nationalités différentes -voilà le phénomène de la frontière- ou bien de deux époux français qui vont se marier à l'étranger - et voilà à nouveau le phénomène de la frontière - ou de deux époux étrangers qui viennent se marier en France - nouveau phénomène de la frontière.

Cette autonomie de la volonté qui est reconnue aux futurs époux pour déterminer leur régime matrimonial ne joue que dans les rapports internationaux. Dans les rapports internes, les époux sont soumis impérativement à la loi du régime légal et si c'est en France, cela ne peut pas être un régime quelconque, cela ne peut être que la communauté légale.

L'autonomie de la volonté dans le régime matrimonial dans les rapports internationaux fera placer les époux sous le régime légal d'un pays quelconque, celui sous l'empire duquel ils ont voulu se placer, pourvu qu'il y ait une question internationale, c'est-à-dire qu'il y ait le phénomène de la frontière, que ce ne soit pas un problème purement interne.

Restrictions de l'autonomie de la volonté

Cependant à l'époque moderne, si le principe de l'autonomie de la volonté reste toujours absolu et si notamment dans la matière des régimes matrimoniaux il n'a subi aucune diminution, aucun resserrement par contre dans la matière des contrats autres que le régime matrimonial, le domaine de l'autonomie de la volonté subit sans cesse une diminution qui provient de la règlementation moderne d'un certain nombre de contrats.

Les contrats règlementés

C'est qu'en effet, de plus en plus, certains contrats cessent d'être déterminés essentiellement d'abord par les règles du Code civil, ensuite par les principes du droit privé et qu'il y a une sorte d'intrusion sans cesse grandissante du droit public dans le domaine du droit privé. Nous faisons allusion ici à ces contrats règlementaires, de profession

Source : BIU Cujas

qui évidemment sont quelque chose de tout différent des anciens contrats du type classique. Pour ces contrats l'autonomie de la volonté ne peut pas jouer, tout au moins on n'en trouve pas d'application en jurisprudence, pour l'excellente raison qu'elle ne serait pas compréhensible.

Le contrat de société

Le premier de ces contrats c'est le contrat de société. Certes le contrat de société est un contrat mais le contrat de société donne naissance à une institution à une personne morale distincte, qui est la société et le contrat de société est de plus en plus règlementé dans tous les pays d'après des règles sévères, sanctionnées notamment par des peines. Il n'est pas possible que des individus créant une société en France viennent dire, même par une clause expresse du contrat, nous entendons nous soumettre à la loi de tel ou tel pays étranger. Les règles sur le contrat de société sont des règles de police du commerce et qui, aux termes de l'art. 3, al I du Code civil, s'imposent à quiconque veut créer une société en France.

Voilà déjà un premier domaine du contrat où en raison précisément de la formidable règlementation législative que le contrat n'a cessé de recevoir depuis la dernière moitié du XIXème siècle et le début du XXème, alors qu'au début du XIXème il n'avait reçu qu'une règlementation très fragmentaire dans le Code civil principalement - le contrat de société est aujourd'hui un contrat professionnel. Par conséquent l'autonomie de la volonté ne s'y applique pas.

Le contrat de travail

Il faut en dire autant de ces contrats qui sont sortis à l'époque tout à fait contemporaine, en tout ou en partie mais presque totalement, du domaine privé pour entrer dans le domaine du droit administratif. On pourrait d'ailleurs dire cela de bien des contrats mais nous pensons spécialement en ce moment aux contrats de travail. Pendant tout le XIXème siècle, il n'y eut pas de règlementation spéciale du contrat de travail en France ; il n'y avait que l'article 1780 du Code civil, qu'on lui appliquait. La matière a pris place dans le Code du travail, mais surtout elle est dominée et déterminée et règlementée aujourd'hui par des principes par des procédures, par des solutions, par des peines de caractère vraiment administratif. On ne concevrait donc pas qu'un contrat de travail put obéir désormais à l'autonomie de la volonté.

Législation spéciale des loyers

Troisième matière à laquelle ne s'étend pas le domaine de l'autonomie de la volonté - où ne s'étend plus ce domaine - c'est toute la législation spéciale des loyers baux d'habita

Source : BIU Cujas

tion baux à ferme, étant donné qu'il s'agit d'une institution qui entre au premier chef dans ces lois de police et de sûreté dont parle l'art. 3, al. I du Code civil. Nous avons aujourd'hui une législation qui déroge très profondément au contrat de louage du Code civil. Il n'appartient pas aux parties de se placer sous l'empire d'une loi étrangère pour échapper à ses dispositions. On peut dire que la matière de la législation des baux des loyers, a presque entièrement cessé d'être contractuelle.

Les opérations de bourse

Nous avons ensuite les contrats qui se passent en bourse, qui se rattachent à l'organisation de ces bourses elles-mêmes et qui dès lors ne peuvent pas dépendre de la volonté des parties. Il serait trop commode de dire : nous nous plaçons sous l'empire de telle loi de notre choix, alors qu'il y a une loi de police, la loi qui règlemente un marché en bourse.

Les contrats d'assurance

Les contrats d'assurance ; il y a encore peu d'années le contrat d'assurance qui n'avait pas été règlementé par le Code civil mais simplement par la jurisprudence à la lumière des principes généraux du droit, tombait sous l'empire de la théorie générale des contrats. C'est ainsi qu'il fut règlementé pendant tout le XIXème siècle et le début du XXème, jusqu'à la loi d'assurances du 13 Juillet 1930. Jusqu'à cette époque, le contrat d'assurances était soumis à l'autonomie de la volonté comme les autres. Mais il y a ici un élément spécial qui est venu s'insérer comme un coin dans cette matière du contrat d'assurances et qui en est désormais indissociable, c'est le contrôle de la profession d'assureur. De plus en plus le contrôle, qui d'ailleurs s'est avéré indispensable, est devenu étroit, il a trouvé sa dernière forme dans le dernier décret-loi de 1938.

Le contrôle des assurances implique également le respect de la loi française pour les contrats passés par les assureurs soumis à ce contrôle. Il n'y a donc plus d'autonomie de la volonté possible en matière de contrat d'assurances.

De façon générale, toutes les fois qu'on est en présence d'un contrat règlementaire, c'est-à-dire d'un contrat qui se rattache à l'exercice d'une profession, l'autonomie de la volonté ne permet pas aux individus de se placer sous l'empire de la loi d'un pays étranger. On ne concevrait pas par exemple des individus voulant contracter avec une compagnie de chemin de fer et émettant la prétention de se placer sous l'empire d'une loi étrangère. La compagnie de chemin de fer n'a pas sa liberté de contracter ; ses clauses, ses tarifs font l'objet d'une homologation, par conséquent il n'y a pas d'autre règlementation possible que celle du pays où fonctionne le réseau du chemin de fer avec lequel le contrat se fait.

Source : BIU Cujas

Donc, pour conclure sur ce premier point, tandis que l'autonomie de la volonté, pendant longtemps s'est étendue à tous les contrats sans exception, à l'époque moderne il y a sans cesse une régression provenant de la règlementation nouvelle prise par les contrats, ce que l'on peut appeler le contrat contrôlé. Et plus le législateur contrôle les contrats plus la volonté se trouve éliminée de ceux-ci.

Néanmoins, il reste encore un certain nombre de contrats comme le contrat de vente, le contrat de louage ordinaire, les contrats de prêt, les contrats matrimoniaux y compris le régime légal, qui obéissent à l'autonomie de la volonté.

B - Matière des contrats.

Principe

Quant aux matières des contrats l'autonomie de la volonté, c'est-à-dire la loi que les parties ont voulue, doit être prise en considération pour tout ce qui concerne la formation du contrat, c'est-à-dire ses éléments essentiels de validité et ses effets, notamment pour la question des vices du consentement. Cependant, à ce principe d'après lequel les parties choisissent leur volonté le pays qui règlementera le contrat, il y a des exceptions.

Exceptions

Deux exceptions doivent vous être signalées qui concerne l'une l'objet du contrat, l'autre la cause.

L'objet

D'abord l'objet. Bien que les parties aient le droit de déterminer comme elles le veulent le contenu de leur contrat ou de dire "nous le soumettons à la loi de tel ou tel pays", il faut encore que l'objet de leur contrat soit licite.

Comment déterminer la licéité de l'objet du contrat ? L'objet licite résulte du lieu où cet objet se situe or toutes les fois qu'un objet se situe en France et que d'après la loi française il est illicite, il va de soi que l'on sera en présence d'un objet illicite.

Voici des exmples, il s'agit d'une clause monétaire portant sur la valeur de la monnaie française ; l'objet se situe en France puisqu'il s'agit de la monnaie française. L'objet ne sera donc licite que si on a fait une clause qui soit conforme aux dispositions de la loi française. Voilà par conséquent, quelque chose qui viendra mettre en échec l'autonomie de la volonté.

Les lois de publicité ; il s'agit de faits qui doivent être publiés en France.

Bref, d'une manière générale, tout objet qui se réalise en France et qui d'après notre loi est considéré comme illicite viendra faire échec à l'autonomie de la volonté quant à la formation du contrat.

Source : BIU Cujas

En outre, il faudra toujours respecter l'ordre public français : on ne peut tout de même pas admettre, même si l'on reconnait l'autonomie de la volonté des contractants, que ceux-ci puissent aller à l'encontre de ce qui est d'ordre public en France. A titre d'exemple, signalons la prohibition des pactes sur succession future que notre jusrisprudence a toujours considérés comme heurtant l'ordre public, même lorsqu'une loi étrangère les admet ; et en second lieu les clauses de non responsabilité dans les contrats que la jurisprudence considère comme immorales ; on ne doit pas s'engager et, après cela, stipuler qu'on n'aura pas de responsabilité

Sur ce point donc l'ordre public français s'opposera au respect de la loi étrangère sous l'empire de laquelle les contractants se sont placés.

La cause

Deuxième exception : la cause.

Peut-il exister un contrat sans cause ? Supposons que les contractants se soient placés sous l'empire de la loi d'un pays étranger qui admettrait un contrat sans cause. Est-ce que ce contrat pourra produire des effets en France ? La question a été déjà soumise à nos tribunaux et ils ont décidé qu'un contrat sans cause était quelque chose qui ne correspondait pas à notre notion des contrats.

Par conséquent si la loi étrangère admet un contrat sans cause, elle heurte notre ordre public parce qu'elle est véritablement incompatible avec notre notion du contrat ; c'est autre chose, mais ce n'est plus notre contrat. Notre contrat suppose un certain équilibre que manifeste le principe de la cause, dès l'instant où la cause n'existe plus il n'est plus un contrat au sens français du mot.

On peut citer par exemple un arrêt de la Chambre des Requêtes du I4 Décembre I937, à propos d'une lettre de change régie par le droit allemand et qui n'avait pas de cause. On prétendait que selon le droit allemand une lettre de change pouvait être sans cause. Les tribunaux français ont dit : c'est possible mais nous n'admettons pas la validité de l'engagement parce qu'il n'y a pas d'engagement sans cause. Un jugement du Tribunal de la Seine de I939 est intervenu au sujet d'une espèce dont il a déjà été question : un mari qui, à New-York avait signé une sorte de pacte patrimonial au cours du mariage par lequel il s'engageait tant vis-à-vis de sa femme que vis-à-vis de sa fille à leur verser des sommes considérables. Cet engagement n'avait aucune cause puisqu'on ne pouvait même pas invoquer l'intention libérale. Dans ces conditions le Tribunal de la Seine, par un jugement très important, a décidé que ce contrat sans

Source : BIU Cujas

cause, alors même qu'il serait valable d'après la loi voulue par les parties, heurterait l'ordre public français.

En d'autres termes, pour terminer sur ce point quant aux matières des contrats, le domaine purement contractuel est régi par la loi que les parties ont choisie, sous réserve des règles tirées du droit public et des exigences de l'ordre public. Mais sous ces deux réserves ce domaine comprend :

I)- Toutes les lois dites facultatives, c'est-à-dire les lois que le législateur n'impose pas au respect des contractants,

2)- et même des lois impératives, c'est-à-dire des lois qui sont obligatoires en droit interne et qui en droit international perdent ce caractère en vertu de l'autonomie de la volonté.

C - Procédé d'exercice du pouvoir autonome.

A cet égard, trois hypothèses sont possibles; il peut y avoir une volonté expresse, une volonté tacite ou absence même de toute volonté.

La volonté expresse : D'abord une volonté expresse. La volonté expresse, c'est la volonté qui est manifestée formellement, qui est exprimée dans le contrat et par laquelle les parties disent qu'elles entendent se soumettre à la loi d'un certain pays. Il y aura une clause disant : les contractants disposent que le présent contrat sera soumis à la loi française, ou à la loi belge, ou à la loi américaine.

Ici nous sommes en présence d'une volonté expresse; il n'y a donc pas de recherche de volonté à faire puisque les parties se sont exprimées. Il n'y a donc qu'à constater cette expression de volonté.

Malheureusement elle est plutôt rare dans la pratique. Dans les milieux d'affaires, lorsqu'on fait des contrats, on pense à l'aspect commercial du contrat, c'est-à-dire à la qualité de la marchandise, au lieu de l'expédition, au lieu de la livraison, à ce qui est vraiment le problème commercial; mais l'aspect juridique du contrat échappe trop souvent aux milieux d'affaires et après coup, lorsque des difficultés naissent pour l'exécution, pour l'interprétation, pour le contentieux du contrat en cas de procès, on n'a aucune indication, parce qu'on n'a pas pris la précaution de dire dans le contrat à quelle loi on entendait se soumettre.

Ce serait, par conséquent, une précaution qu'on ne saurait trop recommander aux milieux d'affaires dans les contrats internationaux, que de prendre parti sur ce point, de dire expressément, puisque la jurisprudence, à tort ou à raison, reconnaît

Source : BIU Cujas

ce pouvoir, nous entendons soumettre notre contrat à la loi de tel ou tel pays.

Dans certaines grandes entreprises on a pris l'habitude, après quelques procès malencontreux, d'insérer cette clause, mais on peut dire que dans la majorité des contrats internationaux elle ne figure pas encore.

La volonté tacite ! Nous arrivons alors au deuxième mode d'exercice de ce pouvoir autonome, c'est la volonté tacite. La volonté tacite est une volonté, il ne faut pas l'oublier, et ce n'est pas une volonté supposée. Seulement au lieu qu'elle ait été exprimée, au lieu par exemple que les contractants disent par une clause : nous soumettons le présent contrat à la loi de tel pays, ils n'ont rien dit à ce sujet ; mais leur volonté peut, tout de même, se dégager d'une manière certaine, d'après la correspondance, d'après un certain nombre de circonstances qui, si elles ne sont pas aussi certaines que la volonté expresse incontestablement, permettent cependant de dire : il y a eu volonté en ce sens.

Telle est, en effet, la définition de la volonté tacite: la volonté tacite est une volonté certaine, mais pas exprimée.

Voici un exemple pratique d'où l'on pourra dégager une volonté tacite des contractants. Il y a une clause monétaire dans un contrat avec indication d'un lieu de paiement. On peut penser que si les parties ont adopté telle monnaie, en déclarant que le paiement aura lieu dans tel pays, c'est qu'elles ont voulu se soumettre à la loi du lieu de paiement. Ou bien il y a livraison dans un certain lieu, avec une clause dite de facture, c'est-à-dire une clause d'attribution de la compétence du tribunal de ce lieu. On peut déduire de cette circonstance que les parties ont eu la volonté de se soumettre à la loi de ce lieu.

Il n'en est pas moins vrai que la recherche de cette volonté tacite présente un très grand inconvénient. Théoriquement au point de départ, une volonté tacite est, doit être, ne peut être qu'une volonté certaine mais pas exprimée. Seulement cette volonté n'est pas exprimée; qui va dire qu'il y a eu volonté certaine ? C'est le juge et il le déduira de circonstances auxquelles les uns attacheront peut-être cette conséquence, que d'autres rejetteront. Le système de la volonté tacite a donc déjà l'inconvénient de risquer d'être dominé par l'interprétation du juge, et ceci est encore beaucoup plus grave si l'on arrive à la troisième et dernière hypothèse où n'a été exprimée aucune volonté et où il n'est pas possible de dégager des circonstances la moindre volonté des parties.

Source : BIU Cujas

La volonté supposée ! S'il n'y a ni volonté exprimée, ni volonté tacite, en pareil cas, la jurisprudence fait intervenir dans certains contrats l'idée d'une volonté présumée.

Distinguons à cet égard les contrats ordinaires d'une part et les contrats matrimoniaux d'autre part.

a)- Les contrats ordinaires. - Ici, en l'absence de volonté des parties, de volonté connue, de volonté que l'on puisse déterminer, la jurisprudence, suivant les indications et les errements de Du Moulin, dit : il faut qu'il y ait eu une volonté, il n'est pas possible qu'il n'y en ait pas eu. On ne la connaît pas, on ne pourra jamais la déterminer, mais il y en a une tout de même.

Alors que va-t-on faire ? On va présumer une volonté, c'est la volonté présumée. Mais la volonté présumée n'est plus une volonté, par hypothèse même, puisqu'on la suppose. Une volonté doit avoir existé; on ne peut pas imaginer une volonté car une volonté imaginée, c'est la volonté de celui qui l'imagine mais pas de celui auquel on la prête. Le législateur a parfaitement le droit d'édicter des présomptions; il en a parfois même le devoir social mais il ne faut pas qu'il les qualifie de volontés présumées, ce sont des volontés légales. La présomption est absolument incompatible avec l'idée de volonté. Il y a des volontés expresses, il peut y avoir des volontés tacites; il n'y a pas de présomption de volonté malgré l'expression trop répandue ; il y a des décisions législatives.

Quoiqu'il en soit, les tribunaux estiment que dans tout contrat il faut déterminer une volonté. En d'autres termes, il faut rechercher la volonté que les parties auraient eue si elles avaient eu une volonté ; il faut savoir ce qu'elles auraient voulu si elles avaient voulu.

La volonté supposée est en réalité la volonté du juge

Cela revient, avec une gravité encore plus grande que la volonté tacite, à substituer purement et simplement la volonté du juge à la volonté des parties. On part donc d'un système d'hypertrophie de la volonté; on sacrifie tout théoriquement à la volonté des contractants qui n'en ont pas eu et on la remplace par la chose la plus dangereuse qui soit parce qu'il y a le moins de certitude, le plus d'inattendu, c'est-à-dire la volonté du juge On pourrait, en effet, aller devant plusieurs tribunaux , et aboutir chaque fois à des volontés différentes.

Quoi qu'il en soit, petit à petit nos tribunaux sont arrivés à dégager - et la Cour de cassation les a admises - des présomptions qui sont presque des présomptions légales, c'est-

Source : BIU Cujas

à-dire qu'à défaut de preuve contraire, à défaut de circonstances qui détruisent la présomption, les tribunaux et la Cour de cassation s'attachent à la solution que nous venons d'indiquer. Elle repose sur une distinction.

La jurisprudence présume l'adoption de la loi nationale commune des contractants

Ou bien les deux contractants ont la même nationalité. En pareil cas, les tribunaux estiment qu'ils ont entendu se placer sous l'empire de leur loi nationale commune.

Voilà par exemple deux Français qui, en Amérique, sont établis comme commerçants; ils font un contrat. Il est fort peu plausible qu'ils aient entendu se placer sous l'empire de la loi commerciale française qui est bien lointaine pour eux, et que vraisemblablement ils ne connaissent même pas et tout prête à croire qu'ils ont voulu se placer sous l'empire de la loi du lieu où ils contractent. Quoi qu'il en soit, la jurisprudence dit : du moment que deux personnes de même nationalité contractent entre elles, on suppose qu'elles ont voulu se placer sous l'empire de leur loi commune. C'est une présomption qui tombera naturellement devant toutes les circonstances qui établiraient la preuve contraire.

A défaut la jurisprudence applique la lex loci contractus

Supposons maintenant deux contractants de nationalité différente. La Cour suprême décide que lorsque les parties sont de nationalité différente on ne peut pas appliquer leur loi commune. Alors on suppose - mais c'est une supposition purement gratuite - qu'elles ont voulu contracter sous l'empire de la loi du lieu où elles ont contracté, ce que l'on appelle la lex loci contractus , à moins, dit l'arrêt (Cass.Req.28 décembre 1936), qu'il ne soit démontré qu'elles aient entendu se soumettre à cette loi, on appliquera la lex loci contractus.

D'où on arrive à ces résultats pratiques : que d'une part, la jurisprudence prétend qu'il faut à tout prix une volonté mais que lorsque cette volonté n'est pas connue ni susceptible d'être connue, elle substitue à une volonté inexistante une volonté présumée qui est invariable ; la loi nationale commune si les parties ont la même nationalité, la loi du lieu de conclusion du contrat si les contractants sont de nationalités différentes. A moins naturellement de circonstances prouvent le contraire ; mais ces circonstances seront assez difficilement retenues.

Ce système qui, dans sa construction est difficile à défendre, a au moins l'avantage pratique de la certitude. Il offre à l'avance aux parties une certaine probabilité. Elles peuvent se dire: puisque nous sommes de nationalité différente, on appliquera la loi du lieu du contrat, ou si nous sommes de même nationalité, on appliquera la loi de l'ensemble des contractants.

Source : BIU Cujas

b)- Les contrats matrimoniaux. - Il n'en va plus de même pour les contrats matrimoniaux et spécialement pour le régime matrimonial légal qui, depuis la doctrine de Du Moulin, est considéré comme un régime conventionnel présumé. Mais là encore, il va falloir que la jurisprudence détermine la loi qu'elle appliquera.

Le système de Du Moulin

Chez Du moulin, le système de la communauté conventionnelle tacite était loin d'avoir les inconvénients qu'il a depuis pris dans notre jurisprudence. Du Moulin cherchait avant tout un moyen - et il y était parvenu - d'échapper à la territorialité du droit. En disant que le régime légal était un régime conventionnel on pouvait en faire un régime qui produisit des effets d'une coutume dans une autre.

Mais quelle était la loi qu'on appliquait quand les parties n'avaient rien dit ; et par hypothèse elles n'avaient rien dit puisque, si elles étaient mariés sous le régime légal, c'est qu'elles n'avaient pas fait de contrat de mariage . Du Moulin proposait d'appliquer la coutume du premier domicile conjugal des époux . Il y avait dans cette solution une certaine fixité ; on savait donc que si les parties n'avaient pas fait de contrat de mariage on leur appliquerait la coutume de régime matrimonial en vigueur là où elles étaient domiciliées et ce domicile était un fait objectif qu'on pouvait déterminer. On partait de l'idée de volonté pour échapper à la territorialité, mais on revenait à une loi facile à déterminer et qui permettait à tout le monde de savoir sous l'empire de quel régime matrimonial les époux étaient mariés. En somme, avec un certain détour, on revenait à la loi qui régissait l'état et la capacité des personnes. On avait commencé par s'affranchir de la loi territoriale et l'on ramenait subrepticement , en fait , le régime matrimonial légal à la coutume du domicile des époux, c'est-à-dire à la loi qui régissait leur statut personnel. Seulement on ne disait pas que c'était l'état et la capacité, on disait que c'était du statut voulu par les époux. C'était en somme par voie de présomption qu'on appliquait la coutume du domicile.

Attitude de la jurisprudence

Notre jurisprudence n'a conservé du système de Du Moulin que ce qu'il avait de contestable, et elle a abandonné ce qu'il avait au moins d'avantageux. Elle a conservé ce qu'il avait de contestable, c'est-à-dire l'idée du culte de la volonté présumée des époux . Elle a, au contraire, abandonné ce qu'il avait de pratique, c'est-à-dire l'application automatique de la loi du domicile des époux, ce qui faisait qu'on était fixé à l'avance sur leur régime matrimonial.

Source : BIU Cujas

Il faut rechercher la volonté des époux

Pour la jurisprudence française, la détermination du régime matrimonial des époux mariés sans contrat et, quand ils ont fait un contrat, pour savoir sous l'empire de quelle loi ils ont voulu se placer s'ils ne l'ont pas dit, est une pure question de recherche d'intention.

Et tandis que pour les contrats ordinaires

Pas de présomptions jurisprudentielles

la jurisprudence a admis les présomptions, lex loci contractus ou loi nationale commune, elle n'en a jamais admis pour le régime matrimonial à aucun moment. La détermination du pays auquel les époux ont voulu se rattacher en ne faisant pas de contrat de mariage est une question de fait, et ces faits dépendent de nombreuses circonstances qui doivent être interprétées et appréciées par les juges.

Quels sont notamment, ces principaux faits qu'on relève dans les décisions très nombreuses de jurisprudence ?

Rôle des divers éléments de fait

Leur nationalité sera évidemment un élément de fait ; leur domicile en sera un autre. Mais ce ne sont pas du tout les seuls. Le pays où ils vivent sera un élément de fait; le pays où ils se sont mariés sera encore un autre élément de fait ; celui où ils possèdent des biens. Et chose vraiment singulière, presque déconcertante - quand on songe qu'on oppose souvent par un jeu facile, l'école à la pratique alors qu'il semblerait que celle-ci ne se prononce que pour des solutions vraiment pratiques - on peut voir, par les deux circonstances que nous allons indiquer, que d'aucun cerveau purement théorique n'a pu jaillir un système aussi peu conforme aux exigences de l'existence . On tient compte, en effet, de circonstances au cours du mariage pour déterminer la volonté qu'ont eue les époux avant leur mariage. Or, les circonstances au cours du mariage n'ont aucun rapport avec la volonté que les époux ont pu avoir avant leur mariage. Et bien mieux, - ceci est le maximum de l'exagération, on pourrait dire de l'exaspération de cette recherche de volonté, - on a vu des décisions déterminer l'intention qu'avaient pu avoir les époux au moment de leur mariage, d'après la rédaction, faite bien après leur mariage, de leur testament. Or, ce n'est tout de même pas dans un testament qu'on va chercher une volonté présumée car le testament est un acte destiné à produire effet au moment où il n'y a plus de mariage et il serait trop commode de venir par la façon dont on rédige son testament modifier son régime matrimonial, surtout dans un pays d'immutabilité comme le nôtre.

Voilà vraiment le cas qui montre que le système est aussi peu pratique que possible.

Source : BIU Cujas

Incommodité pratique du système jurisprudentiel

A l'heure actuelle, il est impossible, dans les rapports internationaux, de dire à quelqu'un sous l'empire de quel régime matrimonial il est marié, car cela dépend de la façon dont les juges , s'ils sont saisis, jugeront la question de fait. Or, à quel moment les tribunaux sont-ils en général saisis de la question ? Ils sont saisis de la question généralement - la plupart du temps tout au moins - après la dissolution du mariage. C'est donc à ce moment où il n'y a plus de mariage et très longtemps après le mariage, quand un procès aura lieu et qu'il sera terminé qu'on saura ce que les juges auront voulu à la place des époux, et sous l'empire de quel régime ceux-ci se trouveront rétrospectivement soumis.

Voici quelque chose d'aussi peu pratique que possible ; il n'y a aucun criterium stable, fixe dans l'espace qui permette de dire à l'avance : les tribunaux appliqueront telle ou telle loi. La Cour de cassation saisie bien des fois n'a jamais exercé la moindre censure ni le plus petit contrôle. Pourquoi ? Parce que c'est une question de fait et que s'agissant d'une question de fait elle est soumise invariablement et souverainement aux juges du fond.

Il faut donc attendre - et l'on voit à quel point ceci est peu pratique - qu'on ait fait un procès. Si deux époux pendant le mariage ont des doutes sur leur régime matrimonial, et c'est assez légitime , si pour faire un acte ils ont besoin de savoir sous quel régime ils sont mariés, ils sont obligés de se faire un procès, de saisir les tribunaux pour savoir sous quel régime ils sont mariés. On ne peut pas en conscience donner d'autre solution si l'on fait le dépouillement des très nombreuses décisions jurisprudentielles qui sont dans l'ordre le plus dispersé qui puisse exister.

Nécessité d'une intervention législative

Il y a longtemps que le législateur aurait pu et aurait dû intervenir en cette matière pour mettre un terme à cette incertitude et transformer la recherche de fait des tribunaux par une règle de droit : toute règle, quelle qu'elle soit , sera meilleure que cette incertitude. Que l'on décide que le régime matrimonial sera celui de la nationalité, qu'il sera celui du domicile, qu'il sera celui du lieu du mariage, peu importe si la solution est bonne ou mauvaise, elle aura au moins l'avantage de dire et de faire connaître à tout le monde le régime matrimonial sous l'empire duquel les époux sont mariés.

Telles sont les conditions auxquelles fonctionne l'autonomie quant aux contrats, quant aux matières des contrats et quant à la façon d'exercer le pouvoir autonome des intéressés.

Source : BIU Cujas

D - Conséquences de cette autonomie des contractants

A quel titre s'applique la loi voulue par les époux

Les époux sont soumis, ou la jurisprudence les a soumis en leur nom, que ce soit par une volonté expresse, tacite ou présumée, à une certaine loi. Quelle est la signification de cette soumission à la loi d'un pays déterminé ?

Par exemple : qu'il y ait ou qu'il n'y ait pas une clause d'un contrat, il est entendu que le contrat est soumis à la loi d'un pays étranger. A quel titre s'applique la loi étrangère ? La question est peut-être un peu subtile et pourtant extrêmement immortante: la loi à laquelle les époux se sont soumis s'applique-t-elle en tant que loi ou en tant que contenu conventionnel ?

Intérêts pratiques de la question

Il y a des intérêts importants à prendre parti sur la nature d'application de cette loi. On dit par exemple : nous nous soumettons (dans un contrat de grains) aux usages en vigueur à la Bourse de Liverpool. A quel titre la loi en vigueur auprès de la Bourse de Liverpool s'applique-t-elle ? Est-ce comme contrat, est-ce comme loi ?

Cas où la loi choisie annule le contrat

C'est que cette loi peut très bien contenir des règles qui entraînent la nullité du contrat des parties, leur contrat sera-t-il nul parce qu'elles se sont soumises à une loi dont elles n'ont pas rempli toutes les conditions ? Elles avaient le choix du pays, elles se soumettent à la loi en vigueur à Liverpool. Or, il se trouve que leur contrat ne répond pas à toutes les conditions de validité en vigueur auprès de cette place commerciale. Si on applique la loi en vigueur à Liverpool, comme loi elle s'impose au respect des parties. Si, au contraire, on l'impose comme simple contenu conventionnel, le contrat ne pourra pas être annulé : les époux auraient pu recopier dans leur contrat la loi en vigueur à Liverpool ; mais s'ils se soumettent à la loi en vigueur à Liverpool c'est en tant que contenu conventionnel, et on ne peut pas imaginer que les parties qui font un contrat se soumettent à une loi pour qu'elle l'annule. Ce sont elles qui choisissent la loi , elles ne choisissent pas une loi qui rendra le contrat nul. Elles ne prennent donc la loi étrangère que dans la mesure où elle n'entache pas la validité du contrat.

Si, au contraire, c'est une loi on devra l'appliquer dans toutes ses manifestations et ses conséquences

Source : BIU Cujas

Cas où la loi choisie vient à être modifiée! Deuxième conséquence : supposons que la loi en vigueur dans le pays étranger vienne à être modifiée pour interdire ce qui était valable jusqu'ici. Si elle a été adoptée comme contenu conventionnel, on dira que les conventions ne sont pas modifiées par les lois, les conventions sont en dehors des lois, donc la modification nouvelle ne touche pas à la convention des parties.
Si, au contraire, la loi s'applique en tant que loi, une loi en vigueur peut toujours être modifiée par une loi nouvelle et ce que la loi nouvelle modifiera s'appliquera au contrat des parties.

Cette question s'est présentée dans les années qui ont précédé la guerre, et elle a donné lieu à des procès nombreux, dans différents pays, non pas pour la place de Liverpool, mais pour une question monétaire.

Il s'agissait de contrats qui avaient été soumis expressément à la loi en vigueur aux Etats-Unis et spécialement à New-York. C'étaient la plupart du temps des emprunts : emprunts d'Etat, emprunts de Villes, emprunts commerciaux qui avaient été faits conformément à la loi en vigueur dans l'Etat de New-York. Est-ce que la loi de l'Etat de New-York régissait ces emprunts en tant que loi ou en tant que simple contenu conventionnel ? L'intérêt provenait de ce fait qu'une loi de l'Etat de New-York de 1933, extrêmement importante, le Joint Resolution Act, est intervenue qui a modifié la validité des clauses monétaires et qui a décidé que les clauses des contrats déjà conclus seraient désormais nulles. Si la loi de l'Etat de New-York s'appliquait en tant que loi, elle régissait tous les contrats qui avaient été faits ultérieurement et par lesquels on s'était soumis à cette loi. Si, au contraire, elle ne s'appliquait que comme contenu conventionnel, il va de soi que les parties n'avaient pas entendu que leur contrat puisse être modifié ultérieurement. Elles avaient pris la loi de l'Etat de New-York dans l'état où elle était au moment où elles contractaient, mais elles n'avaient pas accepté les modifications que cette loi pouvait subir dans l'avenir.

Le même problème s'est présenté au sujet de la loi canadienne de 1937.

On voit le grand intérêt pratique qu'il y a à prendre parti sur la nature de la loi étrangère.

La jurisprudence française a tendance à décider que la loi étrangère est appliquée non pas comme une loi, avec l'auto-

Reproduction Interdite

Source : BIU Cujas

Pour la jurisprudence la loi étrangère s'applique comme contenu conventionnel

rité d'une loi, mais simplement un contenu conventionnel, d'où elle tire les deux conséquences qui résultent de ce que nous venons de dire : d'une part le contrat ne peut pas être nul d'après la loi que les parties ont choisie, et il ne peut pas être modifié à l'avenir par la loi que les parties ont choisie.

Récemment, la Cour de Paris le 24 avril 1940 (S.1940.2.p.29) a eu à connaître d'un emprunt fait au Canada par la Compagnie française des Messageries Maritimes. Cet emprunt avait été fait en dollars canadiens et les parties s'étaient soumises à la loi canadienne. L'emprunt avait été fait en 1927; or, en 1937 une nouvelle loi intervint au Canada qui prohiba ces clauses et qui s'appliquait aux contrats antérieurs.

Naturellement, la Compagnie des Messageries Maritimes chercha, à partir de ce moment, à payer les porteurs de cet emprunt en dollars canadiens dévalués, c'est-à-dire canadiens papier et non pas dans la valeur-or qui était celle du contrat La Compagnie pouvait-elle appliquer à ce contrat la loi canadienne de 1937 ou bien au contraire, fallait-il considérer que le contrat était intangible ? La condition dépendait de savoir si la loi canadienne s'appliquait en tant que loi ou en tant que contenu conventionnel voulu par les parties.

La Cour a décidé que les parties n'avaient pas voulu se soumettre au droit canadien de sorte que ceci a supprimé le problème. Il est regrettable qu'il ait ainsi été éludé pour une question de fait. La question avait pourtant un grand intérêt pratique puisque, selon que la Compagnie des Messageries maritimes avait à payer son emprunt en dollars dévalués ou en dollars or, les sommes étaient plus ou moins fortes et, comme l'Etat français garantissait cet emprunt, il y avait là pour le budget un intérêt important. La Cour d'Appel de Paris a refusé de décider que la loi canadienne intervenait comme loi.

Dans une affaire du même genre qui s'est présentée en Belgique à propos des emprunts de la ville d'Anvers qui avaient été faits aux Etats-Unis, la Cour de cassation belge par un arrêt du 24 février 1938 (D.1938.2.57) a jugé que dès l'instant où les parties s'étaient soumises à la loi de l'Etat de New-York, sans exclure ses dispositions futures, elles étaient donc régies par la loi qu'elles avaient choisie. Dès lors, la loi de l'Etat de New-York pouvait modifier les emprunts de la Ville d'Anvers et désormais la Ville d'Anvers avait le droit de payer ces emprunts en dollars dévalués. Mais il aurait dépendu des parties d'en décider autrement.

Dans les deux pays, la loi étrangère se présente donc non comme loi, mais comme contenu conventionnel d'étendue d'ailleurs distincte.

Source : BIU Cujas

Un autre arrêt de la Chambre civile du 15 février 1935 (Revue 1936,p.463) montre que notre jurisprudence française reste véritablement attachée à cette idée du culte démesuré illimité de la volonté.

Il s'agissait dans cette espèce d'un contrat passé avant la guerre de 1914 et qui était soumis à la loi allemande. Dans la loi allemande il y a des dispositions sur les intérêts que le débiteur doit au créancier lorsqu'il paie avec un certain retard, ce qui s'était d'ailleurs produit. Quelle est la nature juridique de cette disposition de la loi allemande relative aux intérêts dus par le débiteur ? Telle était la question qui se posait.

Si l'on posait la question pour le droit français , quelle est la nature des dispositions du droit français sur les intérêts moratoires, tout le monde répondrait sans hésitation : c'est le taux de l'intérêt légal de l'argent C'est une obligation légale pour le débiteur ; ce sont des dommages-intérêts , c'est une peine que la loi édicte contre lui s'il paie en retard.

Une disposition du même genre est dans la loi allemande. Et la Cour de cassation a dit : la loi allemande n'était applicable à ce contrat que parce que les parties s'étaient soumises à elle. Dès lors les intérêts moratoires de la loi allemande avaient une nature conventionnelle. Ce sont des intérêts conventionnels, ce ne sont pas des intérêts légaux. Et dès lors elle en a tiré une conséquence assez intéressante : c'est qu'une règle qui était édictée lorsque le créancier avait droit à des intérêts légaux, ne jouait pas puisque c'étaient des intérêts conventionnels.

Tels sont les excès auxquels on arrive. On se soumet à la loi d'un pays déterminé ; cette loi s'applique dans son ensemble mais exactement comme si on l'avait recopiée dans son contrat. Ce n'est plus une loi, c'est une loi démarquée du contenu conventionnel, ce n'est plus de la loi.

Et d'autre part, cette créance remontant avant la guerre de 1914, aucune modification ultérieure du droit sur ce point ne pouvait être opposable au créancier puisque ce n'était pas en tant que loi que la loi allemande s'appliquait, mais en tant que contenu conventionnel, et dans sa teneur définitive, à l'époque du contrat.

Telle est la jurisprudence sur les effets de l'autonomie de la volonté.

Source : BIU Cujas

Section II

Que faut-il penser de tout ce développement de l'autonomie de la volonté

Deux conceptions s'affrontent en cette matière : la conception volontariste que nous venons de rencontrer et la conception de l'égalité que nous allons rencontrer dans un instant.

La conception volontariste

La conception volontariste place à la base le principe de l'autonomie de la volonté ; c'est celle de Du Moulin et depuis lui d'une jurisprudence absolument inébranlable. Il est inutile de chercher à l'attaquer et de faire un pourvoi ; jamais on ne pourra modifier la jurisprudence française sur l'autonomie, c'est une coutume aussi forte que s'il y avait un texte de loi.

Le point de départ : Du Moulin

Malheureusement de cette notion volontariste qui, chez Du Moulin n'était qu'un bon tour d'avocat et de grand avocat qui gagne son procès et qui cherche à se débarrasser d'une notion juridique qui est contre les intérêts de son client, de ce bon tour de Du Moulin est venu un système général qui a trouvé trop d'appui chez certains juristes et notamment chez beaucoup de civilistes pour qui il y a en quelque sorte un dogme , celui de la volonté dans les contrats.

En droit civil, on enseigne les obligations de la façon classique suivante : il y a quant aux sources, deux sortes d'obligations : les obligations légales qui découlent de la loi, et les obligations conventionnelles qui découlent de la convention, c'est-à-dire de la volonté des parties.

Ceci remonte, d'ailleurs, très haut dans l'histoire, car cela se traduisait déjà au XVIème siècle par un célèbre adage "solus consensus obligat" seul le consentement peut obliger. Ce qui faisait dire à Loisel au XVIème siècle, dans un adage classique mais qui montre toute la force que l'on attachait à la volonté dans l'obligation : "on lie les boeufs par les cornes et les hommes par les paroles , et autant vaut une simple promesse ou convenance que les stipulations du droit romain".

Nous voilà donc entrés dans une époque de culte véritablement de la volonté, c'est la volonté qui est tout , c'est la volonté qui,dans l'obligation conventionnelle,est seule créatrice.

Source : BIU Cujas

Influence des publicistes au XVIIIème siècle

Cette notion d'après laquelle l'obligation aurait sa source dans la volonté a eu pas mal d'adjuvants ultérieurs. Ce sont d'abord toutes les idées des publicistes du XVIIIème siècle avec le plus célèbre d'entre eux dans cet ordre d'idées, les idées de Rousseau et le Contrat social. Mais à partir du moment où tout repose sur un contrat, il n'y a plus de loi du tout; par conséquent, c'est trop prouver. C'est encore le libéralisme économique qui veut assurer la liberté mais qui n'est pas en cause ici, et, plus récemment, la formule trompeuse si on la lit mal de l'art.1134 du Code civil : "les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites". C'est la convention qui est la loi, dit-on, c'est la convention qui crée tout. On n'a oublié qu'une chose, c'est de lire attentivement le texte où il y a un adverbe qui est capital. Le texte ne dit pas "Les conventions formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites", il dit "les conventions légalement formées...". Donc, une convention qui n'est pas formée conformément à la loi ne tire pas de la volonté la possibilité d'être valable.

Réaction contre la théorie volontariste

La réaction en droit civil

Cette conception volontariste devait tôt ou tard soulever une réaction au nom de l'idée de légalité et les origines de ce mouvement sont assez récentes; elles se situent spécialement dans le XXème siècle.

Dans le domaine du droit privé, il faut signaler le travail absolument capital de M.Gounot (Thèse de doctorat soutenue à Dijon en 1912 : Le principe de l'autonomie de la volonté). Plus récemment, une thèse de la Faculté de Droit de Paris en 1936, de M.Tison, sur l'autonomie de la volonté dans l'ancien droit français.

L'oeuvre de Gounot en 1912 a eu pour but de donner le premier grand assaut véritablement en droit privé à l'idée de la volonté comme source du droit, comme source des obligations. Et d'autre part, dans le domaine du droit public, de nombreux publicistes modernes ont cherché non sans une certaine raison à minimiser le rôle de la volonté comme étant une source du droit dans les actes juridiques.

La réaction en droit international privé

La même réaction devait se produire dans le domaine du Droit international privé et a commencé dans les toutes dernières années du XIXème siècle, vers 1896, par une étude qui a beaucoup marqué d'un auteur trop tôt disparu, Aubry; et elle a été reprise ensuite par un autre auteur dont j'ai souvent cité le nom devant vous, par Pillet, qui dans son Traité pratique a entrepris lui aussi un siège en règle de . . . . . .

Source : BIU Cujas

la notion de l'autonomie de la volonté. Depuis, elle a été reprise dans une série d'études et de thèses d'André Audinet, de Caleb, et dans l'ouvrage récent de M. Batiffol sur les Conflits de lois en matière de contrats.

Quel est le reproche que l'on peut faire à la thèse volontariste ? C'est qu'elle est en totale opposition avec la construction même de l'obligation contractuelle.

Seule la loi peut créer une obligation !

Reprenons en deux mots la construction de l'obligation contractuelle : la volonté a toujours été impuissante à donner naissance au moindre droit ; seule la loi peut vivifier les engagements des parties. La meilleure preuve en est qu'elle peut les interdire et que toutes les fois qu'elle les interdit on ne peut pas aller à l'encontre de la prohibition de la loi. Un engagement n'est donc valable que parce que la loi l'autorise; il tire sa force de la loi qui décide, en fonction d'un consentement, de créer une obligation. Ce ne sont pas les contractants qui créent l'obligation, c'est la loi qui les crée en fonction du consentement des individus. C'est l'art. 1134 qui donne la vie à l'obligation mais il dit - nous le faisions remarquer plus haut - "les conventions légalement formées..." Ce n'est donc qu'autant que l'on a rempli les conditions de la loi qu'il y a formation d'une obligation.

La volonté ne fait que déclencher le mécanisme contractuel !

Quel est alors exactement le rôle de la volonté dans la formation de l'obligation contractuelle ? La volonté des parties est ceci est vrai sans cela il n'y aurait plus de différence entre les obligations purement légales et les obligations dites contractuelles - un agent indispensable pour déclencher ce mécanisme légal. La loi crée en somme deux sortes d'obligations : une première catégorie d'obligations est créée d'emblée, spontanément; la loi les impose aux sujets de droit en fonction de certains faits, c'est ce que nous appelons l'obligation légale au sens large du mot y compris l'obligation délictuelle. Puis il y a d'autres obligations qui sont encore des obligations légales puisqu'il n'y a pas d'obligation sans la volonté du législateur ; mais ce sont les obligations dont la loi subordonne la naissance à une volonté. La volonté est donc un agent indispensable pour déclencher le mécanisme légal de l'obligation. Il n'y aura pas d'obligation dite conventionnelle sans convention, mais il n'y aura pas nécessairement obligation conventionnelle parce qu'il y a volonté.

On peut comparer le rôle de la volonté dans ce déclenchement légal à celui de quelqu'un qui met en marche un organisme, un moteur, une machine qui, à partir de ce moment-là, a sa propulsion propre qu'elle ne tire plus de la volonté de l'individu. Ce n'est plus la volonté de l'individu ni le bras qui a actionné

Source : BIU Cujas

la manivelle, ni le pied qui a appuyé sur l'accélérateur, qui sont les mouvements dynamiques de la voiture une fois qu'elle est en route. Ils ont eu la volonté de la mettre en marche mais à partir du moment où ils ont eu cette volonté le mécanisme, lui, a déclenché son mouvement et c'est ce mécanisme qui détermine le mouvement de la voiture .

C'est donc le législateur qui, en fonction de la volonté des individus, lorsqu'ils ont mis en marche un certain mécanisme, crée l'obligation . Le contrat est un acte juridique subordonné à un certain nombre de conditions.

Parmi ces conditions l'une , indispensable mais non suffisante, c'est, certes, la volonté de contracter. Mais il y en a d'autres. Reportons-nous à l'art.1108 ; l'art.1108 n'a jamais dit que la volonté des contractants était une source des obligations ; il parle, - et c'est la même chose que 1134 qui renvoie à 1108 - des éléments essentiels à la validité des contrats. Il ne fait pas de hiérarchie entre eux. Il y a la capacité et le consentement de la partie qui s'oblige. Mais il y en a deux autres: un objet, et un objet qui doit être licite, et une cause qui doit être licite. Et enfin toutes les règles impératives dont notre droit est émaillé à propos de chacun des contrats.

Il n'y a de contrat légalement formé que lorsque toutes ces conditions sont remplies; les parties peuvent faire ce qu'elles veulent, elles ne peuvent pas, par leur simple force; créer le contrat. La volonté n'est qu'une condition d'obligtion et alors on peut faire ce rapprochement, au même titre que la faute est une condition d'obligation délictuelle. Certes, il n'y a pas d'obligation délictuelle sans faute, mais il n'y a pas forcément obligation délictuelle parce qu'il y a eu faute, Tout le monde sait que l'obligation délictuelle ne résulte pas de la faute,il faut un préjudice. De même qu'il y a obligation délictuelle s'il y a eu faute, plus autre chose, de même il y aura obligation contractuelle s'il y a eu volonté de contracter et un certain nombre d'autres éléments.

L'obligation conventionnelle est donc, en définitive, créée par la loi sur le fondement de l'existence de la volonté, dans la mesure que la loi juge opportune. Il faut donc bannir absolument les idées juridiques et du vocabulaire le mot et l'idée d'autonomie de la volonté. C'est constitutionnellement parlant une monstruosité que de penser à l'autonomie de la volonté; les parties n'ont pas de pouvoir législatif, n'ont pas de pouvoir constituant Il y a autre chose qui est indiscutable et l'on en parle en droit civil il y a le principe de la liberté des conventions Quel est le domaine de la liberté des conventions en général ou des conventions matrimoniales en particulier ?

Le domaine de la liberté des conventions se place à l'intérieur d'un enclos dont les limites sont tracées par le législa-

Source : BIU Cujas

teur. Il y a une liberté, parce que socialement il est bon, il est désirable et nécessaire que les parties bénéficient d'une certaine liberté dans leurs conventions ; mais il y a des limites et ces limites ce ne sont pas les parties qui les définissent, c'est le législateur.

Pas de pouvoir de déterminer soi-même sa loi

Il n'y a donc pas de pouvoir de déterminer soi-même sa loi; il y a une possibilité d'user de la liberté que le législateur vous a laissée et dans la seule mesure qu'il a décidée. Il faut donc opposer l'autonomie de la volonté qui n'existe pas, à la liberté des conventions qui est quelque chose de beaucoup plus réduit.

Une loi interne impérative ne peut perdre ce caractère en droit international privé

Quelle en est la conséquence ? C'est que toute loi interne qui présente un caractère impératif ne peut pas perdre ce caractère dans les rapports internationaux et c'est pourtant à cela qu'on aboutit avec la doctrine de l'autonomie de la volonté.

Voilà deux contractants : ils appartiennent à deux pays différents et dans chacun de ces deux pays un certain nombre de règles sont impératives. Lorsque deux Français passent un contrat en France, ils doivent respecter les règles impératives sur les contrats; lorsque deux Suisses font un contrat en Suisse, ils doivent respecter les règles en vigueur en Suisse. Mais si un Français et un Suisse font ensemble un contrat, les règles impératives s'évaporeraient, s'évanouiraient, il n'y aurait plus de règles impératives, il n'y aurait plus que la volonté des parties. Elle déciderait sous l'empire de quelle loi elles contracteront, c'est-à-dire qu'elle déciderait ce s'imposerait à elles. C'est exactement comme si, sous le principe de la liberté des conventions en droit interne, les parties pouvaient dire jusqu'où irait leur convention.

Toute règle qui est impérative en droit interne ne peut pas perdre ce caractère en droit international. Elle ne le perd pas dans d'autres matières. On ne dit pas que lorsqu'un étranger veut se marier en France, les règles impératives sur l'état et la capacité deviennent facultétives. On ne dit pas que dans les règles de successions, la réserve devient quelque chose de facultatif dans les rapports internationaux. La loi conserve dans les rapports internationaux son caractère impératif. La seule question qui se pose, c'est qu'il s'agit de savoir quel est le pays dont la loi doit s'appliquer. Evidemment on ne peut pas appliquer les lois de tous les pays, il faut choisir ,mais il y a un pays dont la loi doit s'appliquer et si elle contient des dispositions impératives, elles devront être respectées par les parties; c'est la loi de ce pays qui tracera le cadre, les conditions de validité de l'obligation contractuelle et le cadre à

Source : BIU Cujas

l'intérieur duquel les parties auront une liberté plus ou moins grande.

Les règles facultatives elles-mêmes ne peuvent être abandonnées à la volonté individuelle

Deci n'est pas seulement vrai des règles impératives; c'est également vrai de cette branche du droit qu'on appelle le droit facultatif, cette partie du droit que le législateur n'élabore qu'à défaut de clause contraire des parties, parce que les parties ne pensent généralement pas à beaucoup de questions. Il y a dans le Code énormément de dispositions dans le droit des contrats que l'on peut écarter dans les conventions; c'est ce qu'on appelle le droit supplétif et facultatif.

Quelle est la nature juridique de ces règles ? Ce sont au fond, quand elles s'appliquent, des règles impératives; elles s'appliquent à défaut de volonté exprimée par les contractants. Mais ce sont des règles de police sociale, on ne peut pas laisser les contrats sans réglementation.

Prenons le fameux contrat imaginé par Dumoulin : la communauté conventionnelle tacite. Comme l'immense majorité des Français, dans la proportion au moins des 3/4, ne font pas de contrat de mariage, il faut bien qu'il y ait une réglementation pour eux. Cette réglementation devient donc impérative et jamais on n'a soutenu qu'en droit français le régime de la communauté légale pour ceux qui n'avaient pas fait de contrat était un régime facultatif. Les dispositions supplétives sont en somme alternatives: les parties auraient eu le droit de les écarter; si elle les ont écartées les règles du droit ne s'appliquent pas. Mais si les parties ne les ont pas écartées, alors elles s'appliquent, mais elles s'appliquent impérativement ; nous sommes dans le droit impératif.

En d'autres termes, il faut en finir avec cette véritable hypertrophie de la volonté qui faisait dire dans un article paru il y a quelques années, à M.le doyen Lucas "il n'est pas possible qu'il y ait, parce qu'il s'agit de contrats et dans les rapports internationaux, un ne man's land juridique, c'est-à-dire tout un domaine de l'activité des individus qui n'aurait d'autre réglementation que celle que les parties veulent bien luidonner"

Ce serait en somme du droit extra-légal ; la fantaisie des individus ne peut pas être une source de droit . On peut continuer à parler des obligations conventionnelles à condition de sous-entendre toujours : obligations légales mais ayant une origine dans la convention des parties.

Quelle loi de lege ferenda doit régir les contrats ?

Quelle est alors la loi qui doit régir les contrats dans les rapports internationaux ? Quelle est la loi qui doit déterminer les règles impératives et même ces règles facultatives dans la mesure où les parties ne s'en sont pas écartées ?

Source : BIU Cujas

Il faut partir des principes généraux du Droit international privé, de la notion de fait territorial.

Quel est le fait territorial et dans quel pays se place-t-il ? Le fait territorial, c'est que deux parties se rencontrent pour conclure un accord entre elles. Il ne suffit pas que l'on remplisse les conditions d'une loi quelconque, il faut encore que le pays soit intéressé à la question. Il ne suffit pas que les contractants qui ont fait un contrat à l'autre bout du monde disent : nous avons rempli les conditions de l'art. 1108, il faut un fait territorial français, il faut un contact avec la France. Ce contact existera si les parties contractent sur le territoire français.

C'est le cas le plus pratique. Il s'agira en pareil cas d'un fait situé sur le territoire français, et dès lors, seule la loi française - nous n'avons qu'à appliquer les principes généraux développés précédemment - seule la loi française peut transformer en fait juridique, ce fait pur et simple qui est la rencontre de contractants sur notre territoire, et l'accord qu'ils ont conclu.

En droit interne, seule la loi peut transformer un accord qui est un fait, en un contrat qui est un fait juridique. Deux personnes peuvent indéfiniment essayer de conclure des contrats entre elles; il n'y aura jamais de contrat légalement formé si la loi ne l'a pas décidé. On peut faire toutes sortes d'accords pécuniaires de mariage; ils ne seront valables que si la loi le permet; ce seront des faits, mais pas des faits juridiques.

Dans les rapports internationaux, seule la loi sur le territoire duquel un fait se produit peut décider à quelles conditions elle le transforme en un fait juridique, c'est-à-dire en un contrat.

Il faut se rallier à la lex loci actus, en principe tout au moins!

De deux choses l'une : ou bien lorsque deux personnes se rencontrent sur le territoire français pour contracter, elles remplissent les conditions de la loi française, et alors il y a un contrat, non pas parce qu'elles l'ont voulu, mais parce qu'elles ont rempli les conditions de la loi française, pays compétent, puisque le fait s'est produit en France. Ou bien elles ne remplissent pas les conditions de la loi française et en pareil cas, d'après la loi française, il n'y a pas de contrat. Un pays étranger pourra dire que les conditions de validité du contrat sont remplies, mais, d'après la loi française ce contrat n'existera pas.

Il est possible que deux pays prétendent qu'un contrat existe. C'est fréquent en droit international privé, il y a des conflits positifs comme des conflits négatifs. Alors, selon le pays, le contrat sera soumis à des lois différentes, c'est une nécessité inéluctable qui découle dans l'état actuel des choses de l'indépendance des Etats.

Source : BIU Cujas

Mais on voit alors que seule la loi peut ainsi créer le contrat et déterminer sa réglementation : il n'y aura plus d'autonomie de la volonté.

Conclusion sur la matière des contrats

Pour conclure, on ne peut pas admettre dans les rapports internationaux une volonté des parties différente dans le domaine du contrat de ce qu'elle serait dans n'importe quel matière de Droit. Le contrat tire sa force de la loi territoriale et non de la volonté des parties ; les parties ne choisissent pas le pays du contrat, celui-ci s'impose à elles.

La règle de conflit ici est exactement la même que toutes les autres règles de conflit, c'est-à-dire qu'elle dépend de chaque souveraineté, elle ne dépend jamais des individus. Les individus n'ont pas le pouvoir d'élaborer des règles de droit international privé. Le pays compétent ne peut donc être que celui que détermine le législateur.

Faisons une comparaison avec le conflit de lois dans le temps. Lorsqu'une loi nouvelle intervient, comment va-t-on déterminer à propos des contrats déjà conclus le passage du droit ancien au droit nouveau ? Ce sont les règles sur le conflit de lois dans le temps qui vont s'appliquer, et c'est le législateur qui les élabore . On n'a jamais dit en cas de conflit de lois dans le temps : ce sont les parties qui déterminent dans quelle mesure leur contrat restera soumis à la loi ancienne et dans quelle mesure il sera soumis à la loi nouvelle. La règle de conflit de lois dans le temps échappe à la volonté des parties, jamais personne en droit civil n'a soutenu le contraire.

Si il en est ainsi, pourquoi la règle de conflit de lois dans l'espace, c'est-à-dire pour les rapports internationaux, ce qui est encore plus grave, dépendrait-elle d'elle ? Il y a identité de nature : les règles de conflit de lois sont des règles de droit constitutionnel. Donc, qu'il s'agisse de conflit de lois dans le temps ou dans l'espace, il appartient pour les uns comme pour les autres, au législateur de les élaborer. Ce n'est jamais, lorsqu'une loi nouvelle intervient, les parties que l'on consulte pour savoir si leur contrat sera influencé par la loi nouvelle, ce sont les règles de l'art.2 du Code civil ou bien les dispositions transitoires que le législateur a insérées dans la loi. Il en est exactement de même dans les rapports internationaux.

On peut admettre des exceptions à la compétence de la lex loci actus

Pratiquement, le pays le plus souvent compétent sera le pays du lieu de conclusion du contrat. Cependant, ce n'est pas une règle absolue et nous voudrions, par quelques exemples, vous montrer qu'il peut y avoir d'autres compétences parce que d'autres compétences territoriales sont intéressées.

Source : BIU Cujas

En matière de sociétés

Prenons l'hypothèse d'un contrat de société; quel est le pays qui est intéressé par ce fait territorial ? Ce fait territorial c'est celui où la société va se constituer, où elle va se fixer, où elle aura son siège social. C'est donc la loi du pays du siège social qui régira les sociétés. Tout le monde est d'accord, car on n'applique pas la doctrine de l'autonomie de la volonté aux sociétés. Donc le statut juridique d'une société dépendra du pays où elle a son siège social. Il faut qu'elle soit conforme à ses exigences, faute de quoi elle n'existe pas.

En matière de contrat de travail

Prenons le contrat de travail ; le contrat de travail sera régi en principe par la loi du pays où se trouve l'exploitation à propos de laquelle se fait le travail. Le fait territorial ici c'est l'exécution du travail. Par conséquent, si un contrat de travail est passé à l'étranger en vue d'un travail en France, la loi française est intéressée puisque c'est sur son territoire que l'exécution du contrat va se produire.

En matière de contrats réglementaires

Il faut en dire autant de certains types de contrats d'adhésion qui se rattachent à la réglementation des professions : ces contrats seront soumis au pays où s'exerce la profession. C'est le pays dans lequel s'exerce la profession qui est intéressé territorialement parlant.

Prenons un contrat avec une compagnie de chemins de fer française. On ne conçoit guère que ce contrat soit soumis à une loi étrangère. Le pays intéressé est celui où cette compagnie exercera sa profession, c'est-à-dire la France pour une compagnie de chemin de fer française. C'est donc dans ce cas la loi française qui devra régir ce contrat à l'exclusion de toute autre loi.

Les contrats translatifs

Enfin, prenons les contrats qui sont nécessaires pour créer un droit de propriété ou un droit réel ou un démembrement de la propriété. Ici on doit tenir compte de ce fait territorial que le contrat a pour objet un bien situé dans un certain pays. La loi de la situation devra être prise en considération, lorsqu'elle aura des exigences pour la conclusion des contrats.

Pour conclure, il y a un divorce total dans cette matière entre une fraction moderne importante et sans cesse grandissante de la doctrine et l'ensemble de la pratique qui, issue de la doctrine de Dumoulin, s'est complètement évadée de la réglementation juridique pour transporter dans le domaine de la pure recherche des volontés, la détermination de la loi applicable aux contrats. La discipline dans le droit a ainsi fait place à la fantaisie et, plus ou moins, à l'anarchie.

Source : BIU Cujas

Chapitre III

LA FORME DES ACTES

Notion des formes extrinsèques

Quand on parle en Droit international privé de la forme des actes, langage qui est consacré, il s'agit de la forme extrinsèque des actes, c'est-à-dire des procédés extérieurs par lesquels se manifeste la volonté des individus qui font un acte. En droit civil, c'est une vieille habitude d'opposer les règles de fond aux règles de forme; on appelle quelquefois les règles de fond des règles de forme intrinsèque, tandis que les règles de forme extrinsèques sont l'extériorisation de l'acte.

Celles dont nous avons à nous occuper, ce sont donc les formes extrinsèques, c'est-à-dire les formes extérieures par lesquelles se manifeste la volonté de faire un acte juridique. Ce sont, en d'autres termes, celles qui concernent l'instrumentum, et non le negotium.

Nous étudierons:

Section I : Les formes des actes publics,

Section II: Les formes des actes privés.

Section I

De la forme des actes publics.

Définition de l'acte public: critère organique

Tout d'abord, définissons l'acte public : l'acte public c'est en premier lieu et principalement, presque exclusivement peut-on dire, l'acte qui est dressé par un agent de l'autorité publique. C'est un acte que les parties ne peuvent pas faire seules, qui implique l'intervention d'un représentant de la puissance publique, quel qu'il soit, mais il faut un agent désigné par elle pour rédiger l'acte, pour recueillir la volonté des intéressés ou du moins pour la constater.

Source : BIU Cujas

Accessoirement - et bien que chez nous cela ne se produise à peu près jamais - on peut encore considérer que c'est un acte public celui qui a été dressé par une autorité privée, et dans les cas où elle a été habilitée spécialement à cet effet. Par exemple, au cours de la guerre 1914-1918, d'après la loi rétroactive du 14-4-1923, des testaments pouvaient être, dans des localités où des opérations militaires se déroulaient, rédigés par un habitant de la commune en présence de deux témoins de la commune. Ces testaments valaient, dès lors, comme testaments authentiques; les habitants de la commune intervenaient donc comme ayant reçu de la puissance publique une délégation pour conférer cette authenticité. Mais c'est une situation tout à fait exceptionnelle. En règle générale, en effet, les actes publics sont nécessairement dressés par des personnes qui ont une qualité publique.

A l'étranger, il n'en est pas nécessairement de même et nous avons déjà signalé à plusieurs reprises le fameux forgeron de Gretna Green, à la frontière d'Ecosse, qui, quittant son enclume pendant quelques instants, pouvait faire jurer les futurs époux la main sur la Bible ; on dressait un acte et le mariage était conclu. Il avait donc reçu le pouvoir, bien que ce fut une autorité purement privée, de constater la célébration du mariage.

De même dans les pays où l'autorité religieuse peut célébrer des mariages qui aient une valeur civile : là encore, bien qu'elle ne soit peut-être pas une autorité publique, elle a en quelque sorte la délégation de faire ces actes, tel est le cas de l'Espagne.

Il faut donc savoir qu'un acte public est un acte qui ne peut intervenir que devant une certaine personne déterminée, fixée par le législateur.

Quelle est la règle dans cette matière ?

Toute autorité publique reçoit son investiture d'un Etat

Chaque Etat détermine librement les autorités auxquelles il croit devoir donner le pouvoir de dresser des actes publics et, ce qui est essentiel - c'est là le grand caractère de l'acte public, - de leur donner l'authenticité. C'est la grande différence entre l'acte public et l'acte privé. Chaque Etat détermine librement quelles sont les autorités auxquelles il donne le pouvoir de dresser des actes et de leur donner l'authenticité. Ces actes sont à peu près toujours dressés sur le territoire du pays, car il ne peut pas habiliter des autorités étrangères qui ne relèvent pas de lui.

Seulement, il convient de rappeler que les Etats entretiennent dans les pays étrangers des agents administratifs que l'on appelle des consuls ; or, chaque Etat peut également reconnaître à ses consuls à l'étranger le pouvoir de dresser di-

Source : BIU Cujas

vers actes publics et de leur donner l'authenticité C'est ainsi que les consuls de France à l'étranger ont un double caractère : ils cumulent en quelque sort les fonctions. Ils sont des officiers de l'état civil, ils peuvent dresser les actes de l'état civil des Français et ils sont aussi des notaires, ils peuvent dresser un certain nombre d'actes notariés tels que les testaments, les procurations, etc... Tout dépend du point de savoir si un Etat a habilité une certaine autorité en France ou à l'étranger dans le cas où il a le droit de le faire. Pour les consuls, il a le droit de le faire d'accord avec le pays étranger, pour dresser un certain nombre d'actes. On peut encore signaler le cas des actes de l'état civil ou notariés aux armées, dressés par l'autorité militaire.

La maxime locus regit actum

On dit alors que l'acte ainsi dressé sera valable et on a l'habitude de l'exprimer par un adage qui n'est d'ailleurs pas exact; on dit que c'est l'application de la règle "locus regit actum", le lieu où un acte est fait en détermine la forme.

Inexactitude de cette maxime dans le domaine des actes publics

Cette formule n'est pas exacte ici car le lieu importe peu; une seule chose compte, c'est celui qui rédige l'acte. Il va de soi qu'une autorité publique ne peut dresser un acte que dans la forme de son institution même ; un agent de l'autorité publique de France ne peut dresser un acte que dans les formes du droit français; un consul de France à l'étranger ne peut dresser les actes que dans les formes du droit français. Mais il ne faut pas dire "locus regit actum" puisque lorsqu'un consul de France dresse un acte à l'étranger, ce n'est pas le lieu où l'on dresse l'acte qui détermine la forme. En réalité la chose essentielle ici et la seule qui compte, ce n'est pas du tout de déterminer le lieu où l'acte sera fait, c'est de déterminer - nous sommes en présence d'un conflit d'autprités - l'autorité publique qui est compétente pour dresser cet acte. Et celle-ci naturellement le dresse toujours dans sa propre forme. Il faut donc remplacer, pour les actes publics, l'adage locus regit actum qui n'est pas exact, par l'adage différent "auctor regit actum", c'est à-dire, celui qui fait l'acte donne la forme à l'acte; lorsqu'un acte est fait par une autorité française, c'est la forme du droit français qui s'appliquera. Si c'est une autorité étrangère, ce sera la forme en vigueur dans le pays étranger.

Il faut dire "auctor regit actum"

Le problème est donc dans les rapports internationaux de déterminer le pays auquel appartient l'autorité qui peut dresser un certain acte.

Source : BIU Cujas

Le problème est non de déterminer la forme publique, mais de déterminer l'autorité compétente

Examinons la question sur le terrain du droit positif français. Le principe est le suivant : c'est la validité vis-à vis de la France de tout acte public étranger dressé par une autorité compétente. Tout acte public dressé par une autorité compétente étrangère est valable vis-à-vis de la France; ce qu'il faut c'est que l'autorité qui ait dressé l'acte ait été compétente pour le faire dans le lieu où elle le faisait. Les autorités ont toujours une compétence territoriale, même les consuls ont une compétence territoriale; le consul d'un pays étranger accrédité à Paris ne pourrait pas dresser un acte pour Bordeaux , cet acte ne serait pas valable. Il faut donc que le fonctionnaire public qui a dressé l'acte ait une compétence territoriale qui lui ait été reconnue dans le lieu où il peut dresser cet acte. En particulier, le consul doit avoir agi dans sa circonscription consulaire.

Cette reconnaissance internationale des actes est une nécessité de la vie des affaires; il ne serait pas admissible de nier la validité des actes faits à l'étranger, car cela entraînerait une véritable paralysie de la vie. Cela se rattache au postulat initial du droit international privé. On sait que l'on entend reconnaître dans une certaine mesure la compétence des lois étrangères et les actes des autorités étrangères; mais comment déterminer la compétence de ces autorités ?

Distinguons les actes dressés en France et les actes dressés en pays étranger, mais soumis au droit français. Cela dépend du statut applicable à l'autorité qui dresse l'acte.

I - Actes dressés en France.

Quelles sont en France les autorités qui sont compétentes pour dresser les actes publics ? Ce sont toutes celles auxquelles notre loi donne le pouvoir de faire ces actes et de leur donner l'authenticité. Aucune différence n'est fzite entre les actes intéressant des étrangers ou des Français. Les autorités françaises compétentes pour dresser un acte peuvent le faire pour les actes des Français comme pour les étrangers; elles ont un pouvoir territorial à l'égard de tout le monde.

En voici des applications :

Actes de l'état civil

Actes de l'état civil. - Tout officier français de l'état civil a le pouvoir, c'est-à-dire le droit, il a même l'obligation de dresser des actes de l'état civil des étrangers aussi bien que ceux des Français, c'est-à-dire actes de naissance, actes de décès ou actes de mariage, et ces actes sont pleinement valables en France. Ajoutons qu'ils seront aussi valables dans les

Source : BIU Cujas

pays étrangers. Aucun texte ne le dit mais c'est une solution qui ne soulève pas la plus petite difficulté, elle est absolument incontestée pour les naissances et les décès.

Actes notariés ! De même les notaires ont le pouvoir de dresser sur le territoire français des actes aussi bien pour les étrangers que pour les Français. N'importe quel acte du droit notarial français peut être fait par un étranger devant un notaire français: vente, emprunt hypothécaire, procuration, testament,etc... Il n'y a aucune différence faite. C'est un officier public qui est là simplement pour donner l'authenticité des actes à quiconque se présente devant lui pour faire ces actes. Nous n'avons aucune règle, ni écrite ni non écrite par laquelle une différenciation serait faite entre les étrangers et les Français. Voilà une solution incontestable et incontestée dans la pratique.

Les actes des consuls ! Sont encore compétents pour faire des actes publics en France les autorités étrangères auxquelles nous avons reconnu ce pouvoir soit en vertu d'accords particuliers, soit par application de la coutume internationale : l'exemple principal est celui des consuls étrangers en France. Un consul étranger en France a le pouvoir - pourvu bien entendu que son pays l'y autorise - de dresser certains actes ; tout ce que nous pouvons faire c'est de dire : nous consentons à ce que vous dressiez des actes publics dans votre circonscription, que vous les fassiez ou non, c'est à votre pays de le décider. Ainsi, reconnaissons-nous aux consuls étrangers le droit de dresser certains actes sur notre territoire, par exemple, des actes de l'état civil de leurs nationaux.

Mais cela n'exclut pas que nos fonctionnaires dressent également ces actes. Un étranger ne pourrait pas dire : j'ai fait dresser un acte de naissance par mon consul. Il faut tout de même qu'il fasse dresser cet acte par un officier de l'état civil français, car il s'agit d'une mesure de police en ce qui concerne les actes de naissance et de décès.

Quant aux actes de mariage, à la différence des actes de naissance et de décès, parce que la police du territoire n'est plus en cause, nous n'exigeons pas que les étrangers se marient devant les officiers de l'état civil français et nous admettons - c'est une solution coutumière - qu'un consul étranger procède en France au mariage de ses nationaux. Disons "ses nationaux" car il faut que les deux futurs époux soient ses nationaux. La jurisprudence a toujours décidé que si l'un seulement est un national, le mariage n'est pas valable.

Reproduction interdite

Source : BIU Cujas

Il y a des pays étrangers qui confèrent à leurs consuls le droit de célébrer des mariages d'un de leurs nationaux avec un étranger. Le cas s'était présenté en France. Un consul britannique avait marié un ressortissant britannique avec un autre conjoint ressortissant français; c'était valable d'après le statut britannique et certainement ce mariage a été reconnu en Grande-Bretagne, mais la Cour de cassation l'a déclaré nul vis-à-vis de la France parce que nous ne reconnaissons pas aux consuls étrangers le droit de célébrer les mariages mixtes. Il faut que ce soit le mariage de deux de leurs nationaux.

Et nous ne reconnaissons ce droit qu'au consul. Nos tribunaux le contestent à tout autre agent étranger; c'est notamment le cas du mariage célébré par le chapelain d'une légation étrangère; il n'est pas officier civil régulier vis-à-vis de la France. Et de là résulte un dilemne. Il y a des pays comme la Grèce, dans lesquels le consul ne peut pas célébrer un mariage parce que le mariage est confessionnel ; or, le chapelain qui peut seul le célébrer d'après la loi grecque n'a pas qualité vis-à-vis de nous, de sorte que ce mariage n'est pas valable en France. Cependant, il y a un moyen très simple, c'est d'aller à la mairie se faire marier et après cela on peut aller devant le chapelain de la légation qui donnera le sacrement indispensable d'après le pays auquel on appartient.

II - Actes dressés en pays étranger.

Passons maintenant aux actes dressés en pays étranger.

Ici nous sommes un peu plus riches. Alors que nous disposons en matière de conflits d'extrêmement peu de textes, cette matière est une de celles dont le Code s'est le plus occupé.

Voyons d'abord les actes de l'état civil; ensuite les actes notariés.

Actes de l'état civil

Il y a un texte de principe (art.47,al. I) ainsi conçu : "Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger fera foi s'il a été rédigé dans les formes usitées dans ledit pays".

Donc, tout acte de l'état civil fait en pays étranger sera reconnu en France, où il fera foi, pourvu qu'il ait été dressé dans les formes du pays étranger; on ne dit pas lesquelles,par conséquent quelles qu'elles soient.

Le texte ajoute : quelle que soit la nationalité des intéressés. Il dit en effet : "l'état civil des Français et des étrangers". D'où résulte qu'un acte de naissance ou un acte de décès dressé en pays étranger pour un Français ou pour un étranger fait foi en France au même titre que dans le pays étranger. Il est reconnu, c'est en somme la même solution que celle que

Source : BIU Cujas

nous avons vue pour les actes dressés en France, sauf qu'ici nous avons un texte qui n'est qu'une application d'une règle coutumière bien consacrée.

Le mariage

Cette règle s'applique également d'ailleurs au mariage, en vertu d'un autre texte qui est l'art.170 ,al.I : le mariage contracté en pays étranger - et là encore quelle que soit la nationalité des époux, soit entre Français, soit entre Français et étranger, dit le texte, ou à plus forte raison entre étrangers, sera valable s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays de sa célébration, quelles que soient ses formes laïques, confessionnelles. Et l'on a été jusqu'à reconnaître en France la validité d'un mariage purement consensuel célébré dans un des rares pays où cette règle primitive de l'Eglise - puisqu'elle n'existe plus depuis le Concile de Trente - était encore demeurée en vigueur, où le seul échange des consentements valait mariage (Cas de l'Etat de New-York jusqu'à une époque récente).

Bref, il suffit que dans le pays étranger on se soit conformé aux règles quelles qu'elles soient qui sont en vigueur, pour se marier, pour que l'acte soit reconnu au point de vue de la forme comme suffisant vis-à-vis de la loi française. Cependant, lorsqu'il s'agit de Français, mais uniquement dans ce cas, il faut que l'on ait fait en France la publication préalable au mariage , publication prévue par l'article 63. Et la sanction de ce mariage sans publication est exactement la même qu'en droit interne; ce n'est qu'un simple empêchement prohibitif. Or, il ne sera pas très prohibitif vis-à-vis d'une autorité publique étrangère, mais cela peut entraîner le cas échéant , s'il s'y ajoute d'autres circonstances, un vice du mariage qui est prévu par l'art.191 et qui s'appelle le vice de clandestinité. C'est une règle du droit général du mariage en France que si l'on peut considérer que le mariage ainsi célébré à l'étranger est entaché de clandestinité, il pourra être sanctionné de nullité absolue conformément à l'art.191 du Code civil.

Telles sont les règles sur les actes de l'état civil dressés à l'étranger par les autorités étrangères. Le Code, dans l'art.48 comme dans l'art.170 prévoit le cas des actes de l'état civil dressés en pays étranger par les consuls de France.

Actes dressés par les consuls de France

Aux termes de l'art.48, tout acte de l'état civil dressé en pays étranger pour des Français sera valable s'il a été reçu conformément aux lois françaises par les agents diplomatiques ou par les consuls. Donc si un acte de l'état civil quelconque est dressé hors de France par un de nos agents diplomatiques ou un de nos consuls, il suffit vis-à-vis

Source : BIU Cujas

de la France, il a la même valeur que s'il a été dressé en France. En général, le pays étranger lui-même, comme nous le faisons, ne s'en contentera pas et exigera qu'on fasse la déclaration à ses autorités publiques. Mais les Français qui sont à l'étranger doivent, en outre de la déclaration à l'autorité étrangère, faire vis-à-vis de la France, les déclarations de naissance et de décès aux agents français, la France ayant intérêt à connaître la situation des colonies de Français dans certains pays étrangers. Par conséquent, vis-à-vis de la France il y a une obligation pour nos nationaux à l'étranger de faire enregistrer dans nos consulats leurs actes de l'état civil.

Mariages consulaires ! Les consuls de France peuvent-ils procéder à des mariages en pays étranger ? A cette question répond l'article 170, al. 2 du Code civil. Ici des distinctions sont nécessaires. Nos consuls ont toujours le droit de procéder au mariage de deux Français, mais cela ne veut pas dire que le pays du lieu de célébration du mariage le permettra. Il n'est donc pas toujours très prudent pour des Français qui se marient à l'étranger de se contenter de se marier devant un consul de France, sans s'assurer que le pays étranger reconnaîtra leur mariage. Il y a des pays étrangers qui ne reconnaissent pas aux consuls le droit de célébrer un mariage sur le territoire. Dans ces conditions, il est plus prudent de se marier devant une autorité du pays puisque l'art. 170 reconnaît ce mariage en France, plutôt que de faire un mariage consulaire qui ne sera reconnu qu'en France.

Quant aux mariages mixtes, en principe nos consuls n'ont pas le droit d'y procéder. Ils ne peuvent le faire qu'exceptionnellement, aux termes de la loi de 1901 qui a ajouté l'al. 2 de l'article 170, que dans les pays pour lesquels un décret l'indique expressément. Il y a ainsi quelques pays dans lesquels nos consuls sont habilités à faire ces mariages ; ce sont, en fait, d'anciens pays de Capitulations d'Orient et d'Extrême-Orient, mais ce sont des exceptions. Sauf ces quelques pays, les consuls de France à l'étranger ne peuvent procéder vis-à-vis de la France elle-même qu'au mariage de deux Français.

Il y a intérêt à ce que les actes dressés en pays étranger soient connus en France et d'autre part, à ce que les intéressés puissent en obtenir des extraits. On trouve des renseignements dans les articles 47, 48 et 170. Un double registre est adressé à la fin de chaque année au ministère des Affaires étrangères qui en assure la garde et pourra en délivrer des extraits. Quant aux actes dressés hors de France par les autorités étrangères, les intéressés peuvent les faire transcrire au Consulat de France du lieu. Ils figurent ainsi sur les registres français, ce qui leur en facilite l'obtention d'extrait

Source : BIU Cujas

Les actes notariés.

Il n'y a aucun texte général sur la valeur en France d'un acte notarié passé en pays étranger, mais il y a une solution coutumière bien établie et que personne ne conteste. En principe, tout acte notarié fait en pays étranger fait foi de son contenu vis-à-vis de la France, sous réserve de la nécessité d'un exequatur pour lui donner la force exécutoire. Si c'est une traduction, il faut une traduction officielle par traducteur juré, etc... L'acte lui-même fait en pays étranger est pleinement valable vis-à-vis de la France pourvu qu'il ait été fait à l'étranger par une autorité qualifiée.

En principe on reconnaît les actes publics étrangers.

Si nous n'avons pas de texte général, nous avons cependant un texte spécial dont nous aurons l'occasion encore de parler à propos des testaments authentiques. Aux termes de l'art. 999 du Code civil, les Français peuvent faire leur testament à l'étranger dans la forme authentique en vigueur dans le pays où ils font leur testament. Donc, si un Français fait son testament à l'étranger dans la forme authentique établie par la loi étrangère, ce testament vaudra en France comme testament authentique avec toutes les conséquences qui en résultent.

D'autre part, les consuls de France exercent un certain nombre de fonctions notariales parmi lesquelles celle de dresser des testaments authentiques, celle de dresser des procurations, etc... Par conséquent, lorsqu'un Français qui se trouve à l'étranger a un acte notarié à faire, il peut se rendre devant le consul de France et il aura l'avantage pratique d'avoir un acte qui sera un acte français, qui ne sera soumis à aucune formalité telle que traduction officielle et autres, ce qui entraîne des complications et des frais. Il aura la même force que s'il avait été dressé par un notaire français.

Certes, nous pourrions en décider autrement dans notre pays, mais nous avons toujours admis la validité des actes publics dressés à l'étranger. Il n'y a qu'une seule exception : cette exception résulte de l'art. 2128 du Code civil, texte qui d'ailleurs n'a pas grande justification. Quoiqu'il en soit, il dispose qu'on ne peut pas créer une hypothèque sur un immeuble de France au moyen d'un acte notarié passé en pays étranger. Si l'on veut hypothéquer un immeuble en France, il faut un acte passé devant un notaire français : "Les contrats passés en pays étranger ne peuvent donner d'hypothèque sur les biens de France", voilà l'interdiction, "à moins qu'il n'y ait des dispositions contraires à ce principe dans les lois politiques ou dans les traités".

Exception en matière d'hypothèque

Source : BIU Cujas

En fait, il n'y a qu'un ou deux traités diplomatiques qui aient habilité les notaires étrangers à dresser des contrats d'hypothèque pour les biens de France. Mais sous cette réserve lorsqu'on veut hypothéquer un immeuble en France, il faut faire un acte devant un notaire de France, c'est la seule exception. On peut vendre un immeuble par un acte passé en pays étranger, mais on ne peut pas l'hypothéquer par un acte dressé devant un notaire d'un pays étranger, à moins qu'il n'y ait un traité diplomatique.

Quelle est exactement la force en France de ces actes publics étrangers ? Il faut considérer deux choses , la force probante et la force exécutoire.

Force probante des actes publics étrangers

La force probante , c'est la valeur de l'acte à raison de son contenu. L'acte fait foi comme le dit le Code civil dans l'art. 47, de son contenu dans les mêmes conditions que dans le pays étranger. Il n'a pas la force qu'a un acte authentique français, mais la force qu'a un acte authentique étranger. Par conséquent, qu'il s'agisse d'un acte de mariage, d'un acte de naissance, d'un acte de décès ou d'un acte notarié, il a exactement la force que lui attache la législation du pays dans lequel il est intervenu.

Pas de force exécutoire

Mais il n'a pas, il ne peut pas bien entendu avoir la force exécutoire. Pourquoi ? Parce que la force exécutoire, c'est l'ordre du souverain. Elle résulte de l'apposition de la formule exécutoire : c'est le chef de l'Etat qui donne l'ordre aux agents de la force publique de prêter main forte à l'exécution. Or, les agents de la force publique d'un pays ne peuvent pas recevoir d'ordre d'un chef d'Etat étranger. Un acte dressé à l'étranger ne peut donc jamais - c'est une règle absolue - avoir de force exécutoire dans un autre pays.

Mais alors, dira-t-on, il est amputé d'une partie de ses effets , et l'on ne pourra pas procéder à des voies d'exécution ! Ce n'est qu'une question de procédure; un acte dressé à l'étranger n'a pas la force exécutoire, mais il peut l'obtenir assez facilement. Il faut tout simplement s'adresser aux autorités françaises et leur demander qu'elles remplacent la formule exécutoire étrangère par une formule exécutoire française. Qui a qualité pour le faire ? Le tribunal civil. On s'adressera à lui, et cela ne fera aucune difficulté pratique; celui-ci rendra un jugement d'exequatur de l'acte public étranger par application de l'article 546 du Code de procédure civile. A partir de ce moment,l'acte aura exactement la même force exécutoire que s'il avait été drssé par une autorité française.Cette formalité, car ce n'est qu'une simple formalité, ne peut que retarder un peu en entraînant quelques frais ,

Source : BIU Cujas

puisqu'il faut l'intervention d'officiers ministériels et un jugement. Mais sous cette réserve, l'acte public étranger obtiendra la force exécutoire . Mais il ne peut pas l'avoir de plein droit.

Section II

La forme des actes privés.

Définition de l'acte privé

L'acte privé est celui qui émane de la personne même qui le fait et qui la concerne; c'est un acte qui n'implique l'intervention d'aucun officier public, d'aucune personne qui ait qualité pour remplacer l'officier public. Cela ne veut pas dire que l'acte privé ne soit pas un acte solennel et que l'acte solennel soit nécessairement un acte public. Nous avons un acte qui est essentiellement un acte privé mais qui est cependant un acte solennel, c'est le testament olographe, le testament sous seing privé. Il n'est valable que s'il est fait dans des formes déterminées ; il y a des solennités, mais cela n'empêche pas sa qualité d'acte privé.

Quelle est la loi qui régit, dans les rapports internationaux, les actes sous seing privé ? Il n'y a aucun texte de principe. Il n'y a qu'un texte spécial limité à une hypothèse particulière , c'est l'article 999 pour le testament du Français qui se trouve en pays étranger, texte que nous allons retrouver dans un instant.

La grande question qui se présente ici est de déterminer exactement la nature des lois sur les formes privées , question qui a reçu des solutions variables suivant les périodes de l'histoire, qui a été très discutée et qui est en effet assez délicate.

Envisageons tout d'abord dans un § I, les testaments et ensuite dans un § 2, les actes autres que les testaments.

§ I - Les testaments.

L'art.999 du Code civil

Le texte fondamental en cette matière est l'art.999 ainsi conçu: "Un Français qui se trouve en pays étranger pourra faire ses dispositions testamentaires par acte sous signature privée, ainsi qu'il est prescrit en l'art.970,ou par acte authentique avec les formes usitées dans le lieu où cet

Source : BIU Cujas

acte sera passé".

Ce texte est le résidu d'une assez longue histoire non sans incidents.

I - Evolution historique en la matière.

Examinons cette évolution historique avant de voir la solution que le Code lui a donnée, et la jurisprudence depuis le Code. Cette matière est un exemple des transformations que les institutions reçoivent au cours de l'histoire et qui sont une perpétuelle lutte du présent contre le passé, avant qu'un certain équilibre n'arrive à s'établir.

Dans l'ancien droit, la matière de la forme des testaments privés, c'est-à-dire des testaments faits par l'auteur même du testament sans l'intervention d'aucune autorité publique, est passée par trois étapes successives.

Ière phase : A l'origine, la forme des actes privés rentrait dans le sattut personnel

Dans une première étape, qui correspond au début même du Droit international privé, on considérait que la forme du testament privé, c'est-à-dire celui que l'on rédige soi-même librement, était une question qui rentrait dans l'état des personnes, donc dans le statut de la personne. Dès lors, la conséquence que l'on en tirait était que la forme, pour un testament, était régie par le statut personnel. Le statut personnel, pendant tout l'ancien droit, c'était le statut en vigueur au domicile de l'individu. Donc, si l'on voulait faire son testament, il fallait se conformer aux règles du testament privé en vigueur au lieu de son domicile.

Cela ne soulevait aucune difficulté si l'on était dans le lieu de son domicile, ce qui est évidemment le cas de la plupart des personnes. Mais immédiatement, il s'en présentait pour le cas où l'on ne se trouvait plus au lieu de son domicile. C'était par exemple, le cas d'un marchand qui au cours d'un voyage d'affaires et se trouvant dans une autre ville - l'habitant de Bologne qui se trouvait à Modène - voulait faire son testament. Il devait faire son testament dans la forme en vigueur à Bolgone, puisque Bologne était son domicile et s'il ne le faisait pas dans la forme en vigueur à Bologne son testament n'était pas valable, puisque, à cette époque du droit, la forme du testament privé rentrait dans la notion d'état de la personne.

Inconvénients de cette solution

Voilà la première étape; mais elle présentait un inconvénient considérable. C'est que dans leur immense majorité, les personnes ne sont pas des juristes. Or, le commerçant qui s'y connaissait dans la marchandise qu'il vendait

Source : BIU Cujas

s'y connaissait certainement beaucoup moins dans les règles légales en vigueur à son domicile pour faire son testament.

Voilà donc le commerçant de Bologne qui se trouvait subitement malade pendant qu'il était à Modène; il voulait faire son testament, il ne connaissait pas les formes en vigueur à Bologne. Pouvait-il s'adresser à quelqu'un du lieu pour dire comment on faisait son testament ? Mais non, car les formes de Modène ne sont pas celles de Bologne. Il mourait donc ab intestat, ce qui était un inconvénient.

On a voulu remédier à cet inconvénient, bien qu'en principe la forme du testament privé découle de l'état de la personne, parce que c'est un procédé de manifestation de la volonté. Les formes du testament sont certes des formes protectrices il faut que le testateur se rende compte de l'importance de l'acte qu'il fait, qu'il soit garanti contre lui-même, et que les autres aussi soient garantis de l'exacte manifestation de sa volonté. C'est à l'Etat qui régit la personne qu'il appartient de la protéger, de lui dire comment elle pourra extérioriser sa pensée. Voilà le principe, mais il ne faut pas que ce principe soit trop absolu. On a donc envisagé un tempérament.

2°ne phase: Tempérament apporté au principe : compétence facultative de la lex loci actus

Ce tempérament sera de permettre à l'individu de tester dans la forme en vigueur dans le lieu où il se trouve. Mais cette forme ne va pas évincer celle qui reste toujours le principe , la règle, c'est-à-dire la forme en vigueur au lieu du domicile. Ce n'est qu'une possibilité, ce n'est qu'une règle en quelque sorte subsidiaire pour que l'individu ne meure pas ab intestat.

Alors, s'il peut faire son testament à Modène, il va aller trouver un homme de loi de cette ville qui lui dira comment il faut le faire, qu'il veuille faire un testament public à Modène ou un testament privé dans les règles en vigueur à Modène. Mais il faut insister sur ce point que ce n'est qu'un tempérament, ce n'est qu'une faveur faite au testateur, faveur pour qu'il ne meure pas ab intestat, alors que la règle est et devait rester la compétence de la forme en vigueur au lieu du domicile.

Locus regit actum

On exprimera à partir de ce moment cette possibilité de faire un testament dans la forme qui est en vigueur là où on veut le faire par une règle, la fameuse règle qui est ici exacte, quand il s'agit d'actes privés "locus regit actum". On peut faire son testament dans la forme en vigueur là où l'on fera l'acte, qu'on le fasse sous la forme publique ou sous la forme privée.

Quelle base donner à cette compétence de la lex loci

Source : BIU Cujas

Justification de la compétence de la lex loci actus

actus ? Les juristes ont toujours été très embarrassés pour le faire. Il s'agit évidemment d'une règle qui est purement d'origine pratique ; c'est pour des raisons d'intérêt pratique qu'on a voulu autoriser le testateur à faire son testament pour qu'il ne meure pas ab intestat.

On peut également peut-être en donner une explication juridique. Qu'est-ce en effet que la rédaction d'un acte ? C'est un fait, un fait matériel. Par application de la théorie générale que nous avons plus d'une fois exposée, le pays dans lequel un fait matériel se déroule est compétent pour le transformer en fait juridique, pour dire : ce testament que l'on rédige selon les formes en vigueur dans tel pays, celui-ci peut le considérer comme valable. On peut donc arriver par application de la théorie générale à reconnaître la validité de l'acte fait conformément à la lex loci actus.

En cet état du droit, le testateur disposait de deux séries de formes : ou bien les formes privées en vigueur à son domicile, ou bien les formes en vigueur là où il faisait son testament. Boullenois, au XVIIIème siècle, donne encore de la validité de ce testament, c'est-à-dire fait dans le lieu où l'on se trouve, une explication un peu puérile puisqu'il le compare à la naissance d'un enfant : "les actes, dit-il, sont des enfants de la loi, citoyens du lieu où ils sont nés ils doivent être vêtus à la manière du pays".

Ceci simplement prouve l'embarras que les jurisconsultes éprouvaient, tout en reconnaissant la nécessité de cette règle, locus regit actum, à en donner une explication juridique. Voilà donc à la fin de la deuxième étape, le choix qui est laissé au testateur.

3ème phase : la règle locus regit actum devient impérative

Nous allons tomber dans une troisième étape où le choix va disparaître et, par une de ces circonstances historiques qui sont si fréquentes en droit et qui répondent à ce que nous disions , la lutte du présent contre le passé. Ce qui n'était qu'une faculté, qu'une faveur faite au testateur va tout d'un coup devenir une règle et ce qui était la règle va au contraire tout d'un coup disparaître. Rappelons que la règle, dans cette deuxième période , était la forme du lieu du domicile, celle de l'état de la personne alors que la règle locus n'était qu'une faveur pour ne pas mourir ab intestat.

Or, à partir d'un certain moment, la pratique, les auteurs vont complètement oublier la règle,c'est-à-dire la compé-

Source : BIU Cujas

-tence du domicile et ce qui n'était qu'une faveur que l'on avait traduit par la règle locus regit actum va devenir une règle principale, essentielle et exclusive. D'où la mauvaise influence parfois des formules : si on n'avait pas formulé la règle "locus regit actum" on n'aurait peut-être pas oublié qu'elle n'était qu'une exception, une dérogation et elle ne serait pas devenue un principe exclusif. En effet, tandis que dans la deuxième période la règle "locus regit actum" était facultative - et c'est une expression consacrée qu'il faut connaître - elle va devenir dans cette troisième période obligatoire. Le testateur devra faire son testament dans la forme du lieu où il le rédigera et il ne pourra plus le faire dans la forme en vigueur à son domicile, parce que la règle "locus regit actum" sera devenue obligatoire. Ce qui n'était qu'une faveur sera devenu le principe.

C'était évidemment un contresens historique, mais l'histoire n'est pas toujours faite de pur bon sens. Au XVIIème siècle, l'auteur flamand, pourtant extrêmement territorialiste, Rodenbürgh, qui n'est pas suspect puisqu'il transmet la pensée de d'Argentré, alors qu'il devrait se féliciter de cette règle "locus regit actum" qui fait prévaloir le statut territorial du lieu où l'on fait son testament, écrit "aucune raison de droit ni d'équité n'oblige à interpréter au détriment des hommes des mesures qui ont été introduites dans leur intérêt".

Et c'est bien vrai. Et Jean Voet, l'auteur de la doctrine hollandaise du XVIIème siècle, écrit dans le même sens : "c'est dans l'intérêt des testateurs qu'on introduit cette dérogation ; voilà qu'elle se retourne contre eux et alors qu'ils avaient la possibilité de tester dans l'une ou l'autre forme on leur impose de tester dans la forme du lieu de l'acte.

Au XVIIIème siècle les auteurs sont très partagés; les uns comme Boullenois sont éclectiques en ce sens qu'ils passent selon la partie de leur oeuvre à l'une ou l'autre de ces opinions. On peut en dire autant de Frêland . Par contre, Bouhier, se maintient comme un partisan de la vérité historique, c'est-à-dire que la règle locus regit actum n'étant qu'une exception, il ne faut pas en faire une règle. Tandis que Pothier de son côté en fait un principe absolu, c'est-à-dire une règle impérative ; et Guyot et Merlin, à la veille du Code civil, sont dans le même sens que Pothier, c'est-à-dire que la règle locus regit actum est obligatoire.

La jurisprudence ancienne

Voyons dans quel sens s'est prononcée sous l'ancien droit la jurisprudence.

Dès le XVIIème siècle, la jurisprudence s'est orientée vers l'oubli de l'origine de la règle "locus regit actum" pour en faire précisément une règle de principe. On trouve déjà un arrêt de 1620 en ce sens pour un tes

Source : BIU Cujas

tament olographe qui avait été fait à Bruxelles mais dans la forme en vigueur à Paris; ce testament fut jugé nul. Il fallait le faire dans la forme en vigueur à Bruxelles, et non pas dans la forme en vigueur à Paris.

Le 15 septembre 1702 le Châtelet de Paris délivra un acte de notoriété aux termes duquel la forme du lieu de rédaction du testament est obligatoire, et enfin le Parlement de Paris rendra en 1721 un grand arrêt de principe très connu, l'arrêt de Pommereuil

L'arrêt de Pommereuil

Il s'agissait d'un gouverneur de la province de Douai qui avait son domicile à Paris M. de Pommereuil qui, par sa fonction, se trouvait dans le ressort de la coutume de Douai avait fait son testament non pas selon la forme de la coutume de Douai où il se trouvait, où il exerçait sa fonction, mais selon la forme en vigueur à Paris où il avait conservé son domicile. Son testament a été déclaré nul. Par conséquent, la règle locus regit actum a été considérée par cet arrêt très important comme obligatoire.

Telle était la question à la veille du Code. Quelle est la position prise par le Code civil ?

Position prise par le Code civil

Le Code civil, dans l'article 999 a repris la vérité historique. Il s'est donc affranchi de l'opinion qui était consacrée pour les testaments par les arrêts de jurisprudence dont nous avons parlé et par ses guides habituels qui sont Pothier, Guyot et Merlin . Mais le Code civil ne s'est occupé que du testament du Français, ce qui a soulevé de graves controverses.

Testament des Français à l'étranger (art.999).La règle locus est facultative

Examinons donc successivement le testament des Français à l'étranger qui ne soulève à peu près aucune difficulté et le testament des étrangers en France qui a donné lieu à un développement de jurisprudence.

D'abord le testament du Français en pays étranger: aux termes de l'article 999, le Français en pays étranger pourra faire ses dispositions par acte sous signature privée dans la forme française. Par conséquent, c'est le rétablissement dans sa vérité historique de la règle locus regit actum. Le Français peut tester ou dans la forme française sous seing privé qui est celle de l'art.970 ou bien dans la forme du pays étranger. Le Code civil a donc consacré la règle traditionnelle à savoir que la forme du testament privé fait partie du statut personnel et qu'on admet aussi la possibilité pour le testateur de prendre l'une des formes en vigueur dans le lieu de son testament.

Source : BIU Cujas

Il importe de signaler que l'article 999 ne parle pour le testament fait à l'étranger que de l'acte authentique; mais on admet aussi que le Français qui fait son testament à l'étranger peut le faire dans la forme sous seing-privé qui est valable dans la pays étranger.

Voilà une solution très nette qui établit le caractère facultatif de la règle locus regit actum. On peut donc dire que le Code civil en ce qui concerne le Français à l'étranger a pris parti pour la doctrine traditionnelle dont malencontreusement on s'était écarté à la fin de l'ancien régime.

Testament des étrangers en France

Mais cela a soulevé au XIXème siècle la grave question de savoir si l'art.999 n'était que l'application d'un principe général, ou s'il était une dérogation à une règle de notre droit positif, désormais il n'y a en effet pas de texte pour le testament que les étrangers font en France, et l'on voit l'intérêt pratique. Si l'art.999 n'est qu'une dérogation limitée au Français, la règle de notre droit positif a la veille du Code demeure, c'est celle de l'arrêt de Pommereuil, c'est-à-dire que la règle locus regit actum est obligatoire, elle n'est pas facultative. Si, au contraire, l'article 999 n'est qu'une des significations du caractère traditionnel de la règle, n'est pas une dérogation à la règle mais son application, on peut l'appliquer aussi dans d'autres cas, c'est-à-dire dans le cas d'un étranger qui fait son testament en France, par voie d'analogie. Or ceci a été très long à se faire recevoir en jurisprudence.

Première attitude de la jurisprudence. La règle l.r.a. est obligatoire

Dans une première phase qui a sa manifestation par un arrêt des Requêtes du 9 mars 1853 (S.1853.I.974) à propos d'un Anglais qui avait fait son testament en France dans la forme privée anglaise, la Chambre des Requêtes, rejetant le pourvoi, a décidé que la règle locus regit actum était impérative comme sous l'arrêt de Pommereuil, de 1721. Il en résulte que dans cette première phase l'art.999 n'est pas du tout l'application d'une solution de principe qu'on peut appliquer à tout le monde, c'est une dérogation à une solution de principe. La solution de principe c'est le caractère obligatoire de la règle locus regit actum. Il n'y a pas de texte pour les étrangers en France; quand un étranger fait son testament en France il faut qu'il se conforme à l'une des formes du droit français. S'il a fait son testament dans la forme britannique, son testament est nul.

Il y aura ultérieurement un revirement. Ce revirement est le résultat d'études historiques extrêmement poussées dues tout particulièrement à l'un des grands maîtres dont nous avons plus d'une fois cité le nom, Armand Lainé qui est celui qui a le mieux connu cette partie de notre histoire. Par une série

Source : BIU Cujas

d'études extrêmement fouillées, Armand Laîné a montré le contresens historique de la jurisprudence du XVIIIème siècle et par là même de la nôtre du début du XIXème siècle. Il a montré que la véritable signification de la règle locus regit actum était une faveur et qu'elle ne devait pas, selon l'expression de Bodenburgh, se retourner contre ceux au profit de qui elle avait été faite.

Ces études de Laîné ont exercé une influence si profonde qu'elles ont amené un revirement de la jurisprudence, phénomène assez curieux. Une coutume ancienne que l'on avait en chemin, en quelque sorte, mal interprétée, a repris, par une décision presque moderne, contemporaine, sa véritable signification traditionnelle .

Renversement de la jurisprudence: l'arrêt Viditz

La question devait, en effet, revenir devant la Cour de cassation en 1909, où la Chambre civile rendit un arrêt de principe le 20 juillet 1909, (Revue 1909, p.900) sur des conclusions du procureur général Baudoin, extrêmement développées au point de vue historique et appuyées précisément sur les travaux de Laîné dans cette matière.

Dans cette espèce, il s'agissait à nouveau comme en 1853 d'une Anglaise qui avait fait son testament en France dans la forme olographe britannique. La Cour d'appel d'Orléans avait annulé le testament : l'intéressée ayant fait son testament en France devait, selon elle, le rédiger dans l'une des formes françaises, la règle "locus regit actum" étant impérative. On invoquait l'art.999 et on répondait : l'art.999 parle des Français et non des étrangers, nous devons, pour les étrangers, revenir à la règle qui a un caractère impératif - ce qui était le contresens historique -, la Cour de cassation a cassé l'arrêt de la Cour d'appel et elle a tranché la question dans le sens facultatif de la règle locus : "Attendu que cette règle est simplement facultative, en ce qui concerne les testaments privés, qu'elle a été admise pour faciliter ces actes accomplis soit par le Français à l'étranger, soit par les étrangers en France , et qu'elle n'a d'autre effet que d'apporter au testateur un droit d'option entre les formes admises par sa loi nationale et celles qui sont exigées par la loi du lieu où il se trouve".

On prétend souvent dans certains milieux que la doctrine n'exerce aucune influence sur la pratique : cet arrêt rendu sur la base des études d'Armand Laîné, qui constitue la base même des conclusions de M. le Procureur général Baudouin ,prouve exactement le contraire. Et c'est le renversement d'une solution suivie jusqu'alors qui se trouve ainsi consacré par cet arfet de principe du 20 juillet 1909.

Désormais on peut donc dire , qu'il s'agisse d'un Français ou d'un étranger,en matière de testament privé, que la forme

Source : BIU Cujas

est celle qui est en vigueur selon le statut personnel de l'intéressé - aujourd'hui c'est dans beaucoup de pays, on le sait, la loi nationale - avec la possibilité pour lui de tester dans la forme du lieu de rédaction du testament. Il y a comme une dominante ici , une dominante harmonique qui est la compétence du statut personnel avec la possibilité de se placer sous l'empire de la loi du lieu de rédaction. Mais tout n'a pas été élucidé dans cette matière et certains problèmes subsistent encore qu'il faut rapidement signaler.

Difficultés subsistantes : prohibition de la forme olographe par la loi nationale

Le premier c'est l'hypothèse où la loi personnelle du testateur lui interdit de faire son testament à l'étranger dans la forme étrangère ; c'est le fameux cas du testament du Hollandais. La loi hollandaise exige que les nationaux hollandais fassent leur testament dans la forme authentique. Doit-on tenir compte de cette interdiction ou bien l'étranger peut-il faire son testament dans l'une des formes françaises quoique dispose la loi étrangère ? C'est une question qui n'est pas encore bien étudiée en jurisprudence. L'opinion la plus courante est de dire qu'il a le droit de faire son testament dans l'une des formes françaises. Si son testament doit être utilisé en France, cela suffira ; s'il doit être utilisé dans son pays, cela ne suffira certainement pas.

Le Tribunal de la Seine en l'espace de quinze ans a changé d'avis. Il avait d'abord décidé que ce testament devait être conforme à la loi nationale ; tout récemment il vient de statuer en sens contraire. Il faut attendre qu'un jour la Cour de cassation rende sur ce point un arrêt de principe.

Voilà donc un premier point qui reste encore douteux.

Refus de compétence de la loi nationale

Un deuxième point, c'est celui où la loi nationale de l'intéressé se désintéresse de la question ; elle dit : je ne m'occupe pas du testament de mes nationaux à l'étranger , je ne veux surtout pas m'appliquer à cela. Est-ce que l'étranger pourra tout de même faire son testament dans sa forme nationale. Ici s'appliquera une théorie que nous avons rencontrée à maintes reprises : on ne peut pas appliquer la loi d'un pays si ce pays se déclare lui-même incompétent. Donc un étranger ne peut pas faire son testament dans la forme de son pays, qui régit son statut personnel, si ce pays lui-même ne le lui permet pas. Et ceci nous ramène d'ailleurs à une question que nous avons rencontrée et qui est la question du renvoi : si le pays national refuse de s'appliquer nous ne pouvons pas appliquer la loi étrangère, le testament ne sera pas valable.

Enfin, une troisième et dernière question - et nous tenons à la signaler car elle a été traitée par anticipation,

Source : BIU Cujas

c'est celle de la fraude à la loi, celle où un testateur, bien qu'il n'y ait pas de manifestation jurisprudentielle jusqu'ici, se rendrait dans un certain pays uniquement pour échapper aux règles plus strictes de forme de testament dans son pays et y faire plus facilement son testament. L'hypothèse est assez peu pratique, car dans tous les pays les formes de testament sont assez simples et accessibles à tout le monde pour qu'il ne soit pas nécessaire de s'offrir le luxe d'un voyage uniquement pour faire son testament. Par conséquent, la question est résolue.

§ 2 - Les autres actes privés.

Application de la règle locus regit actum

Pour les autres actes privés, qui sont très nombreux - actes unilatéraux, actes bilatéraux- nous ne disposons d'aucun texte. Mais il y a une coutume bien établie et il faut croire que la question ne soulève pas de difficulté puisqu'on ne relève pas de jurisprudence, ce qui est toujours un assez bon signe. On admet, pour dresser les actes sous seing-privé unilatéraux ou plurilatéraux quels qu'ils soient - contrats quelconques, reconnaissance de dette, prêts, etc... - la compétence de la loi du lieu de leur rédaction, par application de la règle "locus regit actum". Ceci ne soulève aucune difficulté.

D'ailleurs, dans son arrêt de principe comme dans l'arrêt de 1853, la Cour de cassation a dit à deux reprises que la règle locus regit actum s'applique au testament comme à tous autres actes privés. On peut donc considérer que c'est un principe incontestable.

Dans ce cas la règle l.r.a. est-elle facultative ?

Ce qui est plus douteux et ce sur quoi la jurisprudence n'a pas eu l'occasion de se prononcer nettement, c'est de savoir si cette règle est facultative ou impérative pour les autres actes que le testament, et si l'on peut faire un acte sous seing privé en France dans la forme en vigueur dans son pays d'origine. Tout le développement dont nous avons parlé au sujet de la règle locus regit actum s'est fait pour les testaments; nous n'avons pas de coutume pour les autres actes. Il est beaucoup plus douteux dans ces conditions que faisant un acte en France, un contrat quelconque, on puisse le rédiger dans la forme en vigueur dans le pays étranger.

Il faut croire qu'on se contente pratiquement de suivre la forme du lieu de la rédaction de l'acte puisqu'il n'y a pas d'applications jurisprudentielles, ce qui montre que la question n'a pas d'intérêt pratique.

C'est sur un autre terrain que les problèmes de forme pour

Source : BIU Cujas

les actes privés se sont souvent présentés avec une certaine acuité : c'est la matière des effets de commerce et des chèques.

Les conventions de Genève sur les effets de commerce

Quelle est la forme à suivre pour l'émission, pour l'endossement d'un effet de commerce, lettre de change, billet à ordre ou chèque ? Sur ce point, il convient de signaler l'existence de deux importantes unions internationales: l'une de 1930 sur les lettres de change et les billets à ordre et qui groupe un très grand nombre de pays, et l'autre sur les chèques , de 1931, qui sont identiques. L'article 2 de la convention sur les lettres de change et billets à ordre est identique à l'article 4 de la convention sur les chèques.

Que disposent ces deux unions ? En principe, la compétence pour la forme est celle du pays où l'on crée l'engagement, par conséquent la règle "locus regit actum".

Mais cette règle est-elle facultative ou obligatoire ? Elle est facultative, mais seulement dans les rapports de personnes qui ont la même nationalité. Il y aurait, en effet, un très grand inconvénient pour une lettre de change ou un chèque à ce que chacun puisse se référer à un pays différent ; cela créerait trop de complications. L'Union permet de se référer à la forme en vigueur dans le pays national - caractère facultatif de la règle locus regit actum, mais dans les rapports seulement de personnes qui ont la même nationalité.

Enfin, une troisième règle est donnée par ces Unions : c'est le cas où soit la création soit l'endossement d'une lettre de change ou d'un billet à ordre serait frappé de nullité d'après la loi du lieu où il serait intervenu , mais où la forme serait tout de même valable d'après la loi du pays où interviendra un endossement ultérieur : par exemple un endossement intervient en France, on ne s'est pas conformé aux règles françaises, mais l'effet de commerce passe en Espagne et il est endossé en Espagne, or, l'endossement qui n'était pas valable en France suffisait aux yeux de la loi espagnole. On s'en contentera. Dans l'intérêt de la validité de cet effet de commerce ou de ce chèque, l'Union dit : si une formalité entraîne la nullité dans le pays où elle sera intervenue, cette nullité sera levée dans le cas où on aurait satisfait aux exigences de forme d'un pays ultérieur où l'effet circulera.

C'est une règle essentiellement d'intérêt pratique pour éviter la nullité d'un effet de commerce. Ce sont là les seuls traités au sujet desquels on trouve des dispositions sur cette matière.

F I N

Cours terminé d'imprimer le 16 mai 1944
Numéro permanent d'autorisation 27.447

Source : BIU Cujas