RÉPÉTITIONS ÉCRITES
Pour la Préparation de tous les
EXAMENS DE DROIT

1932-1933

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS BIBLIOTHÈQUE
93

RÉPÉTITIONS ÉCRITES

DE

Droit International Privé

rédigées d'après le Cours et avec l'autorisation

de

M LEVY ULLMANN

Professeur à la Faculté de Droit de Paris

Troisième Année

"LES COURS DE DROIT"
RÉPÉTITIONS ÉCRITES & ORALES
RÉSUMÉS : — PRÉPARATION A L'EXAMEN ÉCRIT

3, Place de la Sorbonne (au premier)
— PARIS —

D. L. 08319 - 3-8-33
7 93,1
BIBLIOTHEQUE CUJAS
D 060 320004 9
Source : BIU Cujas

Source : BIU Cujas

D R O I T I N T E R N A T I O N A L

P R I V E

(3ème ANNEE).

-:-:-:-:-:-:-:-

INTRODUCTION.

§ I - La définition du D.I.P.

La question du conflit des lois dans l'Italie du Nord au XIIème siècle- La solution impressionniste d'après Aldric, la solution rationnaliste d'après Accurse.

Vers la seconde moitié du XIIème siècle, dans l'Italie du Nord, dans un opuscule intitulé "dissensiones dominorum", les controverses des maîtres, un auteur inconnu posait la question suivante : "On se demande, lorsque des hommes de différentes provinces soumises à des coutumes diverses viennent à plaider devant un seul et même juge, laquelle de ces coutumes doit suivre le juge qui a entrepris de juger le procès ? " La réponse donnée par l'auteur est la suivante : "Je réponds qu'il doit appliquer celle qui lui paraît préférable et plus utile" , "Respondeo : eam quae potior et utilior videtur". Car le juge doit régler le conflit, suivant ce qui lui semble le mieux. "Debet enim judicare secundum quod melius ei visum fuerit". Et la réponse est placée sous l'autorité d'un maître de l'époque : secundum Aldricum, selon Aldric, selon les vues du docteur réputé du temps.

Une cinquantaine d'années après, en marge du premier texte écrit au code de Justinien, la célèbre loi Cunctos populos, le chef de l'école de Bologne, l'illustre glossateur Accurse écrivit la glose

Source : BIU Cujas

suivante : "Lorsqu'un citoyen de Bologne est assigné en justice à Modène, il ne doit pas être jugé selon les statuts de Modène, auxquels il n'est pas soumis", Quod si Boloniensis conveniatur Mutinae non debet judicari secundum statuta Mutinae quibus non subest" Entre les deux textes, et qui statuent sur une même hypothèse, celle de personnes relevant de lois différentes, appartenant à des contrées différentes, plaidant les unes contre les autres dans un pays déterminé nous voyons une différence. Si l'hypothèse est la même, la méthode de solution est radicalement différente. Tandis que le premier texte fait appel aux sentiments du juge, à son sens juridique, le second invoque une raison et fait appelle à la logique. Ainsi d'une part, la méthode selon Aldric, c'est l'appel au sentiment; d'autre part, la méthode selon Accurse, c'est l'appel à l'intelligence. On cherche à rattacher à un principe logique, par un raisonnement apparaissant nettement, la solution à la question posée. Par ce motif, que les lois de Bologne sont faites pour le Bolonais et non pas pour ceux de Modène, et réciproquement, que les lois de Modène sont faites pour les citoyens de Modène et non pas pour ceux de Bologne, on établit un rapport entre la loi et ceux pour qui elle est faite. On établit un lien d'ordre juridique et personnel entre les législations et les justiciables. La question reste sans doute posée, la solution peut être discutée, le motif peut donner lieu à des controverses, mais la raison est intervenue, et c'est ainsi que dès le XIIIème siècle, en face de ce que nous appelons aujourd'hui l'impressionnisme, s'est dressé le rationalisme. On a fait appel à la raison pour trancher l'une des questions les plus complexes, la plus complexe peut-être, qui se présente à l'attention du jurisconsulte.

L'extension de l'aire géographique des problèmes de D.I.P. La constitution d'une coutume internationale.

Cette question et d'autres du même genre sont celles qui constituent et qui ont constitué par la suite des siècles la branche de droit, que nous appelons aujourd'hui le droit international privé, et qui fait l'objet de ce cours. C'est peu à peu que cette science s'est constituée. Au cours des procès de plus en plus nombreux dans les villes de la haute Italie, de la France méridionale, puis suivant le cours des fleuves, remontant vers les provinces commerçantes de Flandres, des Pays-Bas, de l'Allemagne, passant de là en Angleterre, et plus tard au XVIIIème siècle et au commencement du XIXème siècle traversant l'Atlantique et pénétrant aux Etats-Unis d'Amérique, toutes ces questions se posèrent et se multiplièrent, engendrant des décisions judiciaires, un corps de règles, des

Source : BIU Cujas

solutions condensées contenues dans des maximes, des préceptes, des brocards juridiques, bref l'ensemble complexe de sources non écrites, auxquelles depuis longtemps on donne le nom générique de droit coutumier. Un droit coutumier s'est ainsi lentement et progressivement formé. A la fin du XVIIIème siècle, il constituait à la fois un corps de droit positif et en même temps un corps de doctrines. Il apparaissait comme une branche du droit spécial, à part, particulière, attirant au Palais dans des auditoires des praticiens, dans les conférences d'avocats, les esprits les plus curieux. Les conflits de coutumes constituaient, au Palais de justice de Paris, au Parlement de Paris, les "grandes questions". Des juristes réputés, des magistrats fameux, s'adonnèrent à l'étude du corps de règles de droit positif, constituant à côté du corps de règles juridiques un corps de doctrines, et le XIXème siècle s'ouvrit possédant sur l'ensemble du monde cette chose absolument unique, dans une branche du droit parfaitement distincte: une coutume internationale.

Rupture de l'unité de cette coutume au XIX° siècle par suite de la codification et d'idées nouvelles issues de la Révolution.

Le XIXème siècle vint dans une certaine mesure rompre l'unité de cette coutume et entraver le développement de notre science. Deux éléments ont concouru à ce regrettable résultat : d'une part, la codification qui dans chacun des pays ne sut pas recueillir, pour des raisons diverses, l'intégralité des règles découvertes et dégagées par les efforts internationaux des prédécesseurs; et d'autre part, des principes nouveaux, vers le milieu du XIXème siècle, trouvant leur base dans les idées jetées à travers le monde par la Révolution française, allaient éclore et engendrer dans une certaine mesure dans l'ensemble des règles du droit positif et de la doctrine du droit international privé une scission, presque un schisme. Le principe des nationalités est venu permettre à certaines codifications, dont la nôtre d'ailleurs fut la première, de remplacer certains principes reçus généralement dans la coutume internationale du XVIIIème siècle par un principe différent. Dans les matières si importantes de l'état et de la capacité des individus, ce que l'on appelait la matière des "statuts personnels" au XVIIIème siècle, et que nous appelons aujourd'hui couramment dans notre langue technique "le statut personnel", on substitua progressivement à la loi du domicile de l'intéressé, qui était la solution généralement admise dans la coutume internationale du XVIIIème siècle, la loi nationale de l'intéressé.

Source : BIU Cujas

Persistance du double caractère du D.I.P. coutumier et international.

Malgré ces divergences, malgré la difficulté qu'éprouvent aujourd'hui les jurisconsultes à rétablir l'uniformité internationale dans cette branche du droit, celle-ci a malgré tout conservé le caractère que lui ont assigné les sept siècles d'évolution qui l'ont formée. Au fond, le droit international privé, et c'est là sa profonde originalité, conserve foncièrement son double caractère : coutumier et international. Il est de caractère coutumier, car bien que des textes aient de plus en plus réglé la matière, la coutume internationale les domine et filtre à travers les interstices et les intervalles des textes. Il est de caractère international, parce que de pays à pays et sur le fond commun continue à tenter l'esprit des jurisconsultes l'ancienne unification, qui est pour les juristes le signe le plus éclatant de l'ordre social.

Définition du D.I.P.

C'est ainsi que s'est constituée la branche du droit positif et de la science juridique, que l'on peut dès lors définir : "Le droit international privé est la branche du droit ayant principalement pour objet la solution des litiges engendrés par les rapports de droit privé, qui à raison de certains de leurs éléments mettent concurremment en cause les lois et les juridictions de pays différents". Cette définition contient, comme toute définition, des éléments essentiels et des éléments subsidiaires, subordonnés, plus accessoires.

Les trois données essentielles de la définition dégagées d'après une espèce pratique.

Pour dégager les éléments essentiels de la définition, et pour éviter que les mots abstraits nouveaux ne prennent un caractère trop obscur, il est nécessaire, comme dans tous les cas en droit international privé, de se placer en face d'une hypothèse concrète. Je prendrai pour raisonnement un arrêt récent de la Cour de Paris, un arrêt de la deuxième Chambre de la Cour d'appel de Paris, du 9 février 1931 (D. 1931, 2. 33, note de M. Lerebours-Pigeonnière, Professeur à Rennes, et S. 1931, 2. 145, note de M. Audinet, Professeur honoraire des Facultés). Cette affaire mettait en cause deux plaideurs au sujet de la vente d'un immeuble, lequel immeuble était situé en pays rhénan à Wiesbaden. Le procès se déroulait à Paris entre deux plaideurs, l'un et l'autre de nationalité française. Le contrat avait été passé en France, à Paris. La question qui se posait mettait en cause un article du Code civil français, l'article 1674, qui institue l'ancienne rescision pour lésion dans la vente immobilière, lorsque la lésion outrepasse les sept douzièmes. Le tribunal de première instance, et après lui la Cour d'appel, repoussè-

Source : BIU Cujas

rent la demande en rescision, estimant que l'article I674 C.C. n'avait pas à recevoir application à l'espèce; ils pensaient que ce n'était pas le droit français, mais le droit allemand qui s'appliquait à la vente, et comme selon le tribunal - quoique la question peut être discutée - le droit civil allemand n'admet pas l'action en rescision, tout au moins dans les termes où l'article I674 du Code civil français la proclame, le demandeur fut débouté, on n'accorda pas la rescision, sur le fondement de la loi allemande, reconnue loi applicable.

Analysons : dans le litige, les points qui apparaissent comme dominants, comme étant l'essence même du litige, représentent les trois éléments essentiels du droit international privé. Tout d'abord, et à la base, une relation d'ordre juridique, (deux parties liées par un ensemble de liens de droit) née d'un acte juridique. Dans un acte juridique il y a la vente, le negotium juris, et le lien de droit, le vinculum juris, l'ensemble des relations qui existent normalement entre un vendeur et un acheteur. Voilà la première donnée. La deuxième donnée pour résoudre le litige est un appel contradictoire à deux lois différentes, à deux lois supposées différentes. Les deux parties invoquent deux droits différents en concurrence. Le demandeur invoquait le droit français, le défendeur pour repousser la demande invoquait le Code civil allemand. Enfin, le troisième élément intervient : le tribunal de première instance, et après lui la Cour d'appel, étant ainsi amenés à choisir entre l'application de la loi française et l'application du code allemand, ont fini par se déterminer en faveur de l'un de ces droits à l'exclusion de l'autre, et sous l'empire d'une cause déterminée de préférence, - non point à tout hasard - mais par des considérations longuement étudiées et rationnellement dégagées. Voilà les trois éléments essentiels, qui se rencontrent à la fois dans tout litige de droit international privé, et qui constituent les trois notions composantes, les trois données essentielles de notre définition. Voici alors les termes techniques abstraits qui correspondent à ces trois données. La relation juridique, qui donne lieu au litige, porte le nom, absolument consacré techniquement dans notre

I - Rapport de droit,

science, de rapport de droit. La deuxième de ces données, celle en vertu de laquelle les deux droits différents et divergents sont en concurrence, on l'appelle traditionnellement, nous allons le voir, le

2 - Conflit de lois,

conflit des lois, ou le conflit de lois. Enfin, le résultat auquel aboutit le juge, lorsque après avoir

Source : BIU Cujas

longuement considéré le cas il donne la préférence à l'un des droits à l'exclusion de l'autre, ce résultat

3 - Compétence législative.

qui attribue une préférence s'appelle la compétence législative. On dit que la loi "compétente" pour trancher le litige, aux yeux du droit international, c'est, dans notre espèce, la loi allemande, par opposition à la loi française. Attribuer la compétence législative, c'est reconnaître à une loi le pouvoir de trancher souverainement le litige. Telles sont les trois données composantes de la définition du droit international privé. Je vais maintenant, pour vous les faire comprendre d'une manière plus approfondie, les analyser successivement toutes les trois.

I°. Le rapport de droit - origine de cette expression.

En premier lieu, le rapport de droit.

Une observation doit être faite relativement à cette expression, car elle n'est entrée dans le vocabulaire juridique français qu'à une époque relativement récente. Elle y est aujourd'hui absolument classique, et tous les livres de droit international privé sans exception l'emploient d'une manière consacrée. Son origine doit être cependant marquée ici, car elle a été plus particulièrement mise en circulation par l'un des juristes, qui ont dans la science du droit international privé pris une place de premier plan, et à l'heure actuelle encore beaucoup de juristes français s'en réclament. Ce juriste, c'était le jurisconsulte, Charles-François de Savigny, Professeur à l'Université de Berlin, qui vécut de 1779 à 1861, et qui, dans son ouvrage célèbre sur le système du droit romain contemporain, paru pour la première fois en 1839, et dont la parution s'échelonna sur plusieurs années, avait fait du rapport de droit la base fondamentale de tout son système. Le rapport de droit cependant, la relation juridique avait été analysée bien bien avant lui, c'était un terme courant, c'était une donnée favorite et classique de ce que l'on appelait à l'époque l'"encyclopédie juridique", et qui aujourd'hui s'appelle de préférence la "théorie générale du droit" ou l'"introduction aux sciences juridiques".

I°- Le rapport de droit.- Définition.

Qu'est-ce donc que ce rapport de droit, et comment en présente-t-on l'analyse qui, on va le voir, est essentielle en droit international privé. La notion générale en est très simple. Notre exemple de la vente, illustre une relation juridique courante, quotidienne, se répétant à des milliers et à des milliers de cas chaque jour. Le rapport de droit, c'est un lien, une relation de personne à personne, dominée par une prescription juridique. La vente est un rapport de personne à personne dominé par une prescription de droit que l'on trouve dans un ensemble de textes, en-

Source : BIU Cujas

principe dans le Code civil au titre "de la vente", et dans notre droit commercial dans les règles sur la vente commerciale. S'il n'y avait pas de prescription juridique, le rapport entre les individus serait une relation sociale, mais ne serait pas un rapport de droit; il relèverait de la morale, des moeurs, de la mode, du langage, etc... de toutes les disciplines qui s'expriment par des règles, mais qui ne comportent pas la sanction de coercition. La règle de droit, pour employer l'expression de Savigny, domine donc le rapport de droit, et on comprend alors la définition du rapport de droit donnée par Savigny : "Une relation de personne à personne, déterminée par une règle de droit."

Les éléments du rapport de droit.

Ceci dit, il faut maintenant pénétrer, et c'est indispensable, dans les éléments du rapport juridique. La nomenclature et la terminologie de ces éléments sont variables suivant les auteurs, mais il est un certain nombre de ces éléments très simples, qui se retrouvent partout, et sur lesquels tout le monde est d'accord. Trois éléments notamment doivent être dégagés dans le rapport de droit : 1° (c'est en effet l'ordre chronologique), un fait initial, générateur du rapport : dans le rapport né de la vente, l'acte de vente; dans les rapports de famille, le mariage qui fait naître le rapport entre époux; la naissance qui fait naître la puissance paternelle, les rapports entre parents et enfants. Ce fait initial, générateur, est nécessairement situé et localisé. Il est situé dans le temps, à une certaine date, et il est localisé dans l'espace, dans une certaine ville, dans un certain pays, etc... Tel est le premier élément.

a) Un fait générateur situé dans le temps et dans l'espace.

2°) On rencontre ensuite des sujets. Les sujets du rapport de droit sont actifs ou passifs, créanciers ou débiteurs, ou plus généralement ayants-droit ou obligés. Dans la vente, acheteur et vendeur sont à la fois sujets actifs et sujets passifs, puisque le contrat est synallagmatique et qu'il fait naître des obligations réciproques entre les deux parties. Dans les rapports de famille, dans le rapport matrimonial, entre mari et femme, dans les rapports de puissance paternelle, entre parents et enfants, dans la tutelle, entre tuteur et pupille, voilà les sujets actifs et passifs du rapport de droit.

b) Des sujets situés dans le temps et localisés dans l'espace.

En troisième lieu, le troisième élément du rapport de droit, c'est le contenu ou objet, constitué, d'une part, par la prestation ou l'abstention due, dans la vente le transfert de propriété d'une part, le paiement du prix de l'autre, l'obligation de s'abs

c) Un objet situé dans le temps et dans l'espace.

Source : BIU Cujas

tenir d'éviction, etc... et d'autre part la chose matérielle sur laquelle éventuellement s'exerce le rapport : bien corporel, bien incorporel, meuble, immeuble, choses de natures très différentes. En ce qui concerne le sujet et l'objet du rapport de droit, formulons la même observation que nous avons formulée en ce qui concerne le fait générateur. Tous sont également situés et localisés, situés dans le temps, localisés dans l'espace. Par exemple, deux personnes sont domiciliées, dans l'hypothèse que nous envisageons tout à l'heure, dans l'espèce soumise en 1931 à la Cour de Paris, à Paris. L'objet peut être placé à demeure, un immeuble est fixé; le meuble au contraire se déplace, dans le temps comme dans l'espace : sujet et objet du rapport de droit sont soumis aux deux dimensions.

Caractère d'extranéité de l'un de ces éléments, faisant apparaître le D.I.P.

Dès lors, et c'est la conclusion à laquelle il fallait arriver, le droit international privé apparaît dès que l'un quelconque des éléments du rapport de droit présente ce que l'on appelle un caractère d'"extranéité". Il s'agit, par exemple, d'une vente qui, au lieu d'être passée, comme dans notre espèce, en France, aura été passée à l'étranger : fait générateur, passé à l'étranger; ou bien encore, l'un des deux sujets en présence se trouve, soit de nationalité étrangère, soit domicilié à l'étranger; ou encore, le contenu, l'objet du rapport est situé à l'étranger, ce qui était précisément le cas de l'espèce de 1931, l'immeuble était situé en pays rhénan, en Westphalie, en territoire allemand. Il y a litige de droit international privé dès l'instant où dans le rapport de droit un élément se trouve présenter le caractère d'extranéité.

2°) Le conflit de lois.

Ceci dit sur le rapport de droit, j'arrive maintenant à l'analyse de la seconde composante de la notion de droit international privé et de sa définition : le conflit de lois. Ce conflit apparaît à raison du lien étroit qui unit nécessairement le rapport juridique et la règle de droit. C'est la rencontre, à propos d'un rapport de droit, de deux ou de plusieurs règles de droit émanant de diverses législations et susceptibles de s'appliquer au rapport de droit considéré. "On dit qu'il y a conflit de lois, écrivait Pillet, dans son Traité pratique de droit international privé, T. 1, N° 2), chaque fois que l'on hésite entre les lois de divers pays, parce que toutes paraissent avoir un certain titre à être appliquées au rapport de droit, dont il s'agit de déterminer la condition légale". Et Pillet ajoutait : "Cette définition même du conflit des lois met exactement au point la difficulté essentielle du droit

Source : BIU Cujas

international privé. Un conflit de lois est comme une question de droit qui se superposerait aux autres. Il arrive fréquemment que l'on doute du sens d'une loi : c'est la forme habituelle de la question de droit. Ici l'on doute d'abord de la loi que l'on doit appliquer, et le droit international privé a pour fonction spéciale de donner une réponse à cette question préalable". C'est comme une question de droit préjudicielle. Avant de savoir quel est le droit, il faut savoir quelle est la loi qu'il convient d'appliquer. C'est à raison de ce que l'un des éléments est étranger et présente le caractère d'extranéité que, eu égard au lien entre le rapport de droit et la règle de droit, surgit ce que l'on appelle alors depuis fort longtemps le conflit de lois, expression technique consacrée, dont l'origine n'est pas très ancienne.

Sens et origine de l'expression.

D'abord, pourquoi dit-on conflit de "lois", et non pas conflit de "droits"? Pourquoi employer ce mot de "lois" là où il s'agit, comme dans notre espèce de 1931, d'une mise en concurrence du droit allemand et du droit français? Pourquoi ne pas dire conflit de droits, et pourquoi dire conflit de lois? C'est parce que la science du droit international privé, ou du moins de ce qui est aujourd'hui le droit international privé, s'est surtout constituée au XVIIIème siècle, et au XVIIIème siècle la législation apparaissait aux yeux des philosophes et des écrivains du temps sous le nom générique de lois, et même écrit "loix". Le livre le plus important en la matière, au XVIIIème siècle, non seulement en France, mais dans le monde entier, "L'esprit des lois" de Montesquieu, reflétait précisément, dans le sens même où on l'emploie ici, cette signification de législation, ce que nous appelons aujourd'hui le droit objectif. Voilà pour l'un des termes de notre expression technique, le terme de lois.

Mais pourquoi dit-on conflit? Et quand l'expression de conflit a-t-elle surgi dans la langue juridique? C'est vers la fin du XVIIème siècle, avec les auteurs dont la doctrine a considérablement élargi notre science, dans les écrits des auteurs de l'école hollandaise de la fin du XVIIème siècle. L'un des premiers qui ait écrit, Paul Voet, n'avait pas entrevu cette expression. En 1661, il parlait des statuts et des coutumes dont les règles ne concordaient pas. Il parlait du "concours" des statuts, "de statuts corumque concursu". Il y avait là une vision d'un caractère conciliateur. En effet, on aurait pu concevoir la science du droit international, non pas comme une science de conflits, mais comme ce qu'elle

Source : BIU Cujas

est essentiellement et profondément, une science de conciliation, et parler alors du concours, de la conciliation des lois. Mais à une époque particulièrement belliqueuse, c'est la vision du combat qui l'a emporté. On a préféré le combat entre les lois qui se disputent la préférence, qui se disputent le droit de régler le conflit. C'est ainsi qu'en 1686, le jurisconsulte hollandais, Huber, dans un ouvrage célèbre sur le Droit romain, dans ses Praelectiones sur le droit romain, intitulait le chapitre, où il examinait l'ensemble de notre question, "de conflictu legum diversarum in diversis imperiis", "du conflit des diverses lois dans les divers pays". L'expression était née. A côté d'elle une autre expression devint familière sur les bords du Rhin, et fut accréditée en Allemagne, l'expression de collision entre les lois, "de statutorum collisione et praeferentia", de la collision entre les statuts et de la préférence qui doit être accordée à certains d'entre eux. Tel est l'intitulé des écrits d'un des chefs de l'Ecole allemande, le jurisconsulte Hertius, parus en 1792. C'est pourquoi aujourd'hui en Allemagne l'expression qui correspond à notre expression "règles concernant les conflits de lois" s'exprime par la vocable technique "Collisionsnormen" règles de collision, sous-entendu des lois. Il résulte de cette expression de conflit de lois une conséquence singulière, et qui domine toute notre matière. C'est que les lois ainsi en conflit, en vertu de cette image figurative, ont été personnalisées, en quelque sorte personnifiées aux yeux des jurisconsultes. Nous verrons que c'est précisément cette image symbolique et figurative, que l'on rencontre à chaque instant dans le droit international privé. Ce conflit des lois, cette bataille, a engendré des qualificatifs, que nous verrons en étudiant la notion de compétence législative, sur laquelle repose même l'expression de compétence législative, et elle a fait surgir dans l'ensemble du droit international privé une notion capitale, qui a été à la fois la source de son développement et aussi la source de l'arrêt de ses progrès. Personnifier les lois, c'est personnifier le législateur qui les a édictées; personnifier le législateur qui les a édictées, c'est faire apparaître derrière le juge le souverain, au nom duquel il parle et rend la justice, c'est faire surgir la notion de souveraineté, qui, selon certains, nous le verrons, domine notre science

L'expression de conflit de lois et l'idée de souveraineté de l'Etat.

3ème élément : la compétence législative, détermination

3° - La compétence législative.

Première observation, concernant l'expression même de compétence législative : cette expression relève du langage imagé, figuratif, qui a déjà engendré

Source : BIU Cujas

e la loi apte trancher e litige.

nous l'avons vu, l'expression de conflit de lois, et en vertu de quoi on va donner aux lois une sorte de personnification. Il existe un litige qu'il faut trancher. L'aptitude à trancher un litige s'appelle en droit la compétence. Dans le vocabulaire juridique, paru sous la direction de M. Capitant, au mot "compétence" on lit la définition suivante : "S'agissant d'un tribunal ou d'une cour, l'expression signifie le pouvoir reconnu à une juridiction d'instruire et juger un procès". Si tel est le sens propre du mot compétence, il est évident que dans l'expression compétence législative on parle au figuré. En effet, il ne s'agit pas ici de déterminer l'aptitude d'un tribunal à trancher un litige, la question est de savoir, si une loi doit être appliquée et laquelle. Il s'agit, non pas d'un tribunal, mais de la législation elle-même. C'est donc par image que l'on parle. Par image, l'on a personnifié la loi, et c'est par extension, au figuré, que l'on parle de la compétence de la loi. La loi est compétente pour trancher le litige. Mais il en résulte que, le mot compétence gardant son sens propre, pour distinguer le sens figuré du sens propre, on l'a accompagné du qualificatif "législative". On dit alors "compétence législative" au figuré, par opposition au sens propre, auquel on ajoute ici aussi un qualificatif : on l'appelle la "compétence juridictionnelle". On distingue donc techniquement la compétence législative et la compétence juridictionnelle

Compétence législative et compétence juridictionnelle.

La compétence législative, c'est celle que l'on reconnaît en droit international privé à une loi, c'est le pouvoir de trancher le litige par préférence à toute autre loi en concurrence; la compétence juridictionnelle, au sens propre, c'est l'aptitude pour un tribunal à trancher un litige déterminé.

Critique de l'expression compétence législative; confusions auxquelles elle prête; avantages de l'expression : loi applicable.

Cette explication technique donnée, il faut remarquer que l'expression, ainsi entrée dans l'usage et dans la technique du droit international privé, n'est point exempte de critiques. En effet, cette notion, cette terminologie, bien que consacrée, est susceptible d'encourir certains reproches. D'abord, l'expression n'est point correcte; une loi n'est pas compétente. La loi est à la fois au-dessus et entre les mains du juge. C'est au nom de la loi que prononce le juge, et d'autre part, la loi lui sert d'instrument pour établir sa sentence. Mais il y a plus. A proprement parler, il n'y a que les tribunaux qui soient compétents, la loi, elle, est applicable. L'expression de loi compétente devrait être et doit être le plus possible remplacée par l'expression de loi applicable. Autant que possible, il faut dire la loi applicable au lieu de la loi compétente, c'est

Source : BIU Cujas

plus intelligible.

D'autre part, l'expression de compétence législative a amené une très grande confusion, même dans le domaine du droit international privé, parce qu'il y a des conflits internationaux, qui précisément portent sur la compétence des tribunaux. Il y a des conflits qui naissent de la question de savoir si telle tige est bien du ressort de la justice de tel Etat, plutôt que de tel autre, et alors quelle terminologie doit-on employer dans ce cas? M. Bartin, pour désigner l'ensemble de ces questions, nous le verrons, inauguré l'expression de "conflit de juridictions". Cela complique singulièrement notre vocabulaire, et c'est pourquoi, tout à l'heure, je vais vous montrer que, en remplacement de l'expression de compétence législative, des auteurs contemporains ont proposé une nouvelle formule, mais dont le sens ne pourra être compris que lorsque j'aurai analysé devant vous cette notion, dont je viens de donner le sens.

Analyse de la notion de compétence législative en un privilège, c'est-à-dire en une cause légitime de préférence attachée à une loi à raison de sa qualité.

Qu'est-ce que la compétence législative? On peut la définir le privilège reconnu à une loi, de préférence à toute autre avec laquelle elle est en concurrence, de trancher le litige qui a donné lieu au conflit en question. Nous avons vu qu'un auteur ancien, qui parlait en matière de conflit de lois, de la "collisio legum", "de collisone legum et de praeferentia" c'est-à-dire de la rencontre des lois et de la préférence à leur accorder. La compétence législative, c'est le chapitre "De praeferentia" qui succède au chapitre "De collisione legum". Les lois sont en état de collision, on va choisir... s'ouvre le chapitre "La préférence à accorder". La compétence législative, disons-nous, c'est un privilège, et je prends le terme de privilège avec le plein sens que nous lui connaissons dans le droit français, et plus particulièrement dans le droit civil français. Les articles de notre Code civil 2094 et 2095 énumèrent les causes légitimes de préférence entre créanciers : ce sont les privilèges et les hypothèques. L'art. 2095 nous dit que "Le privilège est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires". On en a déduit la définition du privilège. Le privilège se présente dans notre droit comme "une cause légitime de préférence attachée à une créance à raison de sa qualité". L'on peut dire exactement la même chose, en transposant les termes, de la compétence législative. La compétence législative apparaît comme la résultante d'une cause légitime de préférence attachée à une loi à raison de sa qualité. Mais comment sont déterminées les causes légitimes de préférence? C'est là l'objet

Source : BIU Cujas

de ce que l'on appelle les règles de conflit de lois. C'est dans les règles de conflit de lois qu'il y a lieu d'aller chercher le catalogue des causes de préférence entre les lois et leur valeur respective, leur hiérarchisation. Il y a là deux données à examiner dans notre analyse.

)Détermina-
on des
éments du
nflit pouvant
re invoqués
mme causes de
éférence en
veur de
acune des
is en conflit

1° - La première donnée, c'est le catalogue des causes de préférence. Où va-t-on rechercher les raisons dans une collision de lois d'en préférer une plutôt qu'une autre? Ce catalogue se dresse au moyen des éléments fournis par le rapport de droit. Ce sont les éléments du rapport de droit qui fourniront la nomenclature des causes de préférence, auxquelles on peut songer à se rapporter, j'allais dire à se rattacher, mais je réserve le mot de rattachement pour dans un instant. Prenons, pour ne point rester dans l'abstrait l'espèce de Février 1931, le cas de la vente entre parties françaises de l'immeuble sis en Rhénanie. Quels sont les éléments, causes de préférence entre la loi française et la loi allemande, que les parties invoquaient de part et d'autre? L'appelant faisait valoir la nationalité des parties. Dans le rapport de droit analysé les deux parties étaient françaises. A l'appui de la loi française, l'appelant signalait encore que les deux parties avaient leur domicile en France. Nationalité des parties, domicile des parties, voilà deux éléments du rapport de droit que l'on invoquait comme cause de préférence. Troisièmement, le lieu où la vente avait été passée, Paris, était également un argument en faveur de l'application préférentielle de la loi française. Enfin, quatrièmement, on invoquait en faveur de l'application de la loi française que le tribunal devant lequel était agité le rapport de droit en question, élément intrinsèque, mais important dans l'affaire, était le tribunal français. Ainsi, nationalité des parties, domicile des parties, lieu de confection de l'acte, et tribunal saisi, voilà quatre causes que l'on invoquait pour attirer à la loi française le jugement de préférence, que le juge allait avoir à prononcer. En face de cela qu'invoquait-on en faveur de la préférence pour la loi allemande, qui a fini par l'emporter? On faisait valoir que l'objet de la vente était un immeuble, et que cet immeuble était sis en Allemagne; et par conséquent, le lieu de la situation du bien, objet de l'acte juridique, était encore un élément du rapport de droit, et c'est celui qui l'a emporté. On voit les deux lois en conflit et la plaidoirie en faveur de l'une ou de l'autre.

ressions tra-
ionnelles

Les lois se personnifient aux yeux du juge, elles luttent entre elles pour l'emporter. Dans cette

Source : BIU Cujas

personnifiant les différentes lois en conflit.

personnification, on a donné des noms aux lois revêtues d'un certain nombre de qualités susceptibles d'arrêter l'attention du juge et de fixer sa préférence. C'est ainsi que la loi française était invoquée par l'appelant au titre, en premier lieu, de loi nationale des parties. Etant donné que les parties étaient de nationalité française, la loi française était invoquée comme étant leur loi nationale, comme étant aussi la loi du domicile, comme étant la loi du lieu de confection de l'acte, et comme étant enfin la loi du juge saisi du litige. A l'inverse, la loi allemande était invoquée comme loi de la situation du bien, et depuis fort longtemps, l'on a pris l'habitude de désigner par des expressions latines consacrées la plupart de ces lois. C'est ainsi que la loi de la situation du bien, on l'appelle depuis fort longtemps la "lex rei sitae", la loi de la chose située, ou la "lex situs", la loi de la situation; la loi du lieu de confection de l'acte, on l'appelle la "lex loci actus", la loi du lieu de l'acte, d'où est tiré le meux adage "locus regit actum"; la loi du tribunal saisi, la loi du juge saisi, on l'appelle la "lex fori", la loi du forum, la loi du for, comme disent encore nos anciens auteurs; la loi du domicile, on l'appelle la "lex domicilii; quant à la loi nationale la raison pour laquelle il n'y a pas d'expression latine pour la désigner, c'est que, comme nous le verrons en étudiant la nationalité, cette notion de la nationalité était inconnue des Romains. La civitas était la cellule politique dans l'antiquité. La nationalité est une notion qui ne date que de la Révolution française. Un certain nombre d'auteurs ont essayé de forger des expressions latines pour désigner la loi nationale, et c'est ainsi que récemment on a vu apparaître dans les pays étrangers l'expression "lex patriae" pour désigner la loi nationale, mais il est évident que c'est un terme forgé, qui ne correspond à aucune espèce de notion, puisque le mot "patria potestas" signifie quelque chose de très différent en latin. Les Anglais ont proposé l'expression "lex legeantiae", la loi de l'allégeance, la loi du pays auquel une personne doit l'allégeance nationale. Mais ici encore, nous le verrons, on établit une confusion entre deux notions très différentes : celle de l'allégeance et celle de la nationalité. Nous aurons à voir et à marquer la différence. Il faut admettre que pour le terme de loi nationale, il n'y point d'expression latine correspondante. Le terme "lex civitatis", qui serait certainement l'expression technique la meilleure, eu égard aux précédents romains, aurait cependant l'inconvénient de faire

Source : BIU Cujas

apparaître la notion de citoyenneté, de qualité de citoyen, très différente de la notion de nationalité, et par conséquent d'engendrer encore à ce propos une obscurité. Voilà le tableau des principales lois en présence.

Ce ne sont point les seuls termes que l'on rencontre. Lorsqu'on parle par exemple de la loi de l'acte, lorsqu'il s'agit d'un contrat, il y a des variétés. On peut parler de la loi où le contrat a été conclu, la "lex loci contractus", ou au contraire, on peut parler de la loi de l'endroit où le contrat doit être exécuté, la "lex loci solutionis". Voilà ce qui est essentiel, et ce qu'il faut retenir, dans un conflit de lois : on doit rencontrer normalement, eu égard aux éléments en présence, des causes légitimes de préférence se rattachant à la nationalité, ou au domicile, ou au lieu de l'acte, ou au lieu du tribunal, ou au lieu de la situation du bien, et la question propre du droit international privé est de choisir parmi ces éléments, qui militent en faveur de l'une ou de l'autre loi, l'élément auquel on se rattachera pour dire : c'est celui-là qui l'emporte, c'est celui-là auquel on s'attache pour donner la préférence à la loi qui gouverne cet élément. C'est ici qu'apparaît alors le véritable point du droit international privé.

2°) La fonction du D.I.P.: la détermination de celle des lois en conflits qui paraît avoir les titres les plus favorables à être appliquée.

2° - Que va faire le droit international privé, après avoir dressé le catalogue des causes de préférence entre les lois. Il va déterminer leur valeur respective, et non pas une valeur absolue, mais une valeur qui va varier, suivant les circonstances. Les règles de conflit de lois ont pour objet précisément de fixer les circonstances dans lesquelles une loi doit l'emporter sur toutes les autres, les circonstances dans lesquelles elle a le privilège de trancher le litige. Comme le disait Pillet, on va examiner les titres, que paraissent avoir les lois à être appliquées au rapport de droit dont il s'agit. Dans un autre passage de son Traité pratique (N° 8) Pillet écrit : "Lorsqu'un conflit de lois se présente, le rôle du droit international privé est de le résoudre en donnant la préférence à celle des lois en présence, qui paraît posséder les titres les plus favorables à être appliquée".

Raisons pour lesquelles la préférence ne doit pas nécessairement

Pourquoi donc les titres les plus favorables? Est-ce que, en apparence, il n'y aurait pas une loi, et une seule, qui serait susceptible d'être appliquée à tous les litiges : la loi du juge saisi? Le juge rend la justice au nom d'un pays déterminé. Il ne

Source : BIU Cujas

aller à la lex fori. Méconnaissance à laquelle elle aboutirait du respect des droits acquis.

connaît qu'une loi, la sienne. Pourquoi donc l'obliger à aller rechercher, dans des textes, dans des coutumes, dans des livres, qu'il ne connaît pas, qu'il le droit de ne pas connaître, la solution d'un liti qui lui est déféré? Est-ce que la solution, consistant à donner toujours la préférence à la "lex fori à la loi du for, à la loi du juge saisi, n'est pas l solution la plus simple, la meilleure, et qui tranch d'une façon très claire tous les litiges de droit international privé? Il n'en est rien. Sans doute, l'apparence est en faveur de la "lex fori", et non seulement l'apparence, mais la tendance des juges de tou pays. Le juge aura toujours une tendance professionnelle à appliquer la loi qu'il connaît, au nom de laquelle il est investi du mandat de juger, plutôt que la loi, qu'il ne connaît pas. Mais examinons les conséquences auxquelles on aboutirait en appliquant toujours à un litige la "lex fori".

Deux Belges habitent la France; ils ont divorcé dans leur pays, et ils ont divorcé pour une cause qui n'existe plus dans notre pays, qui existait dans le Code civil de 1804, et qui a été conservée dans le Code belge, le consentement mutuel. Deux Belges sont donc sur le territoire français, divorcés en vertu d'un jugement obtenu en Belgique par consentement mutuel. Une question se présente devant le juge français, mettant en jeu l'état du mari ou de la femme. Est-ce que le juge français pourra tenir le raisonnement suivant : la loi française ne connaît pas le divorce par consentement mutuel; aux yeux de la loi française, ces Belges ne sont pas valablement divorcés. Ce serait apporter dans la communauté internationale un trouble irrémédiable.

Non seulement on pourrait concevoir la justification d'une règle inverse, en la tirant, comme beaucoup d'auteurs le font, du principe de réciprocité, en se disant que les pays useraient les uns avec les autres de représailles, et par conséquent il n'y aurait pas de société possible. Mais il faut aller plus loin et dire qu'il y a des principes de justice, qui dominent la société contemporaine, et que parmi les principes de justice, qui constituent le fondement de l'ordre social, figure le respect des droits légitimement acquis. Lorsque deux personnes, conformément à leur loi, ont acquis le statut d'époux divorcés, et que ce statut a été établi et obtenu régulièrement, conformément à la loi, il serait contraire à toute justice de le remettre en question. Ce respect des droits acquis, qui est l'assise fondamentale de la sécurité dans une société déterminée, ne s'impose pas seulement dans une société, dans une collectivité

Source : BIU Cujas

nationale, mais aussi dans la collectivité internationale, et le principe de droit international privé, que l'on fait apparaître dès lors; à l'encontre de la "lex fori", c'est ce que l'on appelle le respect international des droits acquis, qui est un des premiers, le premier peut-être des principes de droit international privé, unanimement reconnus dans tous les pays. Cet exemple suffit à montrer combien il serait exagéré de prendre la "lex fori", la loi du for, comme seule loi applicable dans un conflit de lois. Il faut donc aller rechercher, non pas sans doute dans chaque circonstance, mais dans diverses autres circonstances, dans diverses espèces groupées précisément par catégories, les causes de préférence. Nous en connaissons la nomenclature. Le droit international privé, c'est la science des circonstances dans lesquelles une loi déterminée l'emporte sur une autre. Pour prendre toujours notre exemple tiré de l'espèce de Février 1931, pourquoi donc en face de tous les arguments invoqués en faveur de la loi française, loi du domicile, loi de confection de l'acte, loi du juge saisi, pourquoi donc le juge français a-t-il attribué la préférence à la loi allemande? Parce que c'était la loi de la situation de l'immeuble. Mais pourquoi? Pourquoi dans cette échelle de valeur avoir donné la préférence à la loi de situation de l'immeuble, plutôt qu'aux autres? C'est parce que dans le Code civil français, à l'art. 3 al. 2, figurent très brièvement les principes fondamentaux, les principales règles de conflit de lois, les principes mêmes de notre science. Il est dit, dans cet article, que "les immeubles situés en France, même ceux possédés par les étrangers, sont régis par la loi française", et réciproquement, aux yeux du juge, les immeubles à l'étranger, même possédés par les Français, sont régis par la loi étrangère, ceci en vertu d'un raisonnement supérieur, qui établit qu'en matière immobilière la loi compétente, c'est la loi du territoire. Il y a entre l'immeuble et la loi territoriale un lien tellement puissant (lien originaire, nous le verrons en étudiant nos règles) un lien tellement fort que c'est la loi de la situation de l'immeuble qui l'emporte sur toute autre considération; que ce soit une loi étrangère ou une loi française, c'est la loi du pays où l'immeuble est situé qui va régir le sort de cet immeuble.

choix à fai-
pour le juge
tre les dif-
rentes causes
préférence
uvant jouer
faveur
une loi.

s règles de
ttachement;
qu'il faut
tendre par
.

Ceci permet de comprendre ce que je voulais dire, lorsque, après avoir donné le catalogue des causes de préférence, je disais, pour conclure, que le droit international privé est la branche du droit, qui détermine les circonstances dans lesquelles telle cause de préférence doit l'emporter plutôt que telle autre.

Source : BIU Cujas

C'est là ce que l'on appelle la compétence législat
ve. Cette compétence législative se présente donc
comme ne répondant que d'une manière tout à fait fi
gurative à l'expression de compétence. Il faut fair
un effort d'imagination, il faut revoir les lois en
lutte les unes avec les autres, et c'est pourquoi
pour finir j'indique maintenant que dans la science
contemporaine, et en France particulièrement, les a
teurs les plus récents, comme M. Lerebours-Pigeonni
re, dans son Précis de droit international privé, c
M. Arminjon, dans son Précis en trois volumes, ont
adopté une expression empruntée, elle aussi, au lan
gage de la science allemande, l'expression de "ratt
chement". Le rattachement, c'est l'opération prévue
justement par Savigny, c'est l'opération par laquel
on rattache un rapport de droit à une règle de droi
L'expression allemande est "Anknütfung". On rattach
un rapport de droit à une loi déterminée, et l'élé-
ment qui l'emporte, l'élément qui permet à la règle
de droit de dominer le rapport de droit, on l'appel
précisément l'élément de rattachement. C'est ce que
nous appelons d'une expression un peu longue "les r
gles de conflit de lois", c'est-à-dire les règles
qui fixent les circonstances dans lesquelles une lo
doit l'emporter plutôt qu'une autre. Ces règles por
tent le nom de règles de rattachement.

Voilà des expressions, qui lorsqu'elles sont e
pliquées sont assez claires, et remplaceraient avan
tageusement l'expression de compétence législative,
qui paraît aujourd'hui un peu trop obscure.

Observations complémentaires sur la définition du D.I.P.

Ayant ainsi analysé les trois données principa
les dont se compose la définition du droit interna-
tional privé, il me faut maintenant, pour en finir
avec cette définition, présenter quelques observa-
tions complémentaires d'ordre auxiliaire concernant
certaines expressions, qui figurent dans la défini-
tion. Je les prends dans l'ordre même où je les tro
ve dans la définition.

1°) Le D.I.P. branche du droit positif en même temps que de la science juridique.

J'ai dit d'abord que le droit international pr
vé est une branche du droit. Sur ce point, j'ai déj
dit chemin faisant que le droit envisagé dans l'ex-
pression "branche du droit" prend deux sens différ-
rents, suivant qu'il s'agit du droit positif, ou de
la science juridique. Le droit international privé
est à la fois une branche du droit positif, et une
branche de la science juridique : le droit positif,
c'est-à-dire un corps de règles sanctionnées, à une
époque donnée, pour une société déterminée; une bra
che de la science juridique, c'est-à-dire un objet
particulier de connaissances. Il y a des branches d
droit, qui sont des objet de connaissances, des

Source : BIU Cujas

branches de la science juridique, et qui ne sont pas des corps de droit positif. Par exemple, le droit romain, l'histoire du Droit, le Droit comparé; ce sont des branches de la science, ce n'est pas du droit positif. Le droit international privé, au contraire, n'est pas seulement une branche de la connaissance, c'est aussi un corps de règles, qui s'imposent d'une manière positive aux tribunaux et aux jurisconsultes, et qui sont sanctionnées comme le sont les règles de droit.

2°) Le D.I.P. s'occupe principalement des conflits de lois.

En second lieu le droit international privé a principalement pour objet les règles de conflit de lois. Je dis principalement, parce qu'il y a dans le programme des études de droit international privé, à côté des conflits de lois, mentionnées deux autres matières la matière de la nationalité et la matière de la condition des étrangers. C'est un problème d'ordre scientifique, qui a donné lieu à de très âpres controverses, que de savoir si la nationalité et la condition des étrangers ont leur place régulièrement marquée dans le cadre du droit international privé. Certains auteurs, comme Pillet, ont défendu la conception suivant laquelle ces deux matières sont la préface logique de l'étude des conflits de lois. D'autres, au contraire, comme M. Bartin, l'ont attaquée, et M. Bartin ne fait porter ses Principes de Droit international privé que sur la matière des conflits de lois. Sans entrer dans le domaine de cette controverse, je me borne simplement à observer que l'arrêté du 24 juillet 1895 fait entrer dans le programme du cours de D.I.P. la matière de la nationalité et la condition des étrangers. Je les ferai donc entrer dans le cours, comme le veut le programme officiel, mais cette année j'exposerai la question des conflits de lois avant de traiter la nationalité et la condition des étrangers.

3°) Le D.I.P. s'occupe des questions soulevées par les rapports de droit même quand elles ne prennent pas un caractère contentieux.

J'ai ajouté ensuite que le droit international privé s'occupe des litiges et de la solution des litiges engendrés par les rapports de droit. Il ne faudrait pas croire que le droit international privé n'intervient que lorsqu'il y a litige, c'est-à-dire lorsqu'il y a procès. En réalité, l'expression propre aurait dû être "les questions soulevées par les rapports de droit, etc..." et non pas les litiges, car il y a de très nombreuses questions de droit international privé, qui se présentent dans la vie courante, dans le cabinet du jurisconsulte, dans les administrations publiques, au ministère de la Justice, et qui ne viennent pas jusqu'aux tribunaux. Néanmoins, si j'ai conservé l'expression de "litiges" dans la définition, c'est qu'en réalité la plupart du temps c'est

Source : BIU Cujas

l'éventualité du litige et l'éventualité du procès, qui apparaît dans la question de droit international privé. Le conflit des lois, c'est toujours un conflit agité plus ou moins imaginairement devant le juge, et c'est pour laisser dans la définition des éléments empruntés à la vie juridique même que j'ai préféré laisser le mot de litige de préférence au mot "questions", qui aurait été plus approprié. Nous verrons en analysant les questions de droit international privé que l'on doit exclure des litiges de droit privé les rapports de droit régis par le droit public et également les rapports de droit régis par le droit criminel.

3°) Il comprend également l'étude des conflits de lois et de juridictions.

Nous avons vu également dans la définition qu'il s'agit de concurrence entre les lois ou les juridictions de pays différents. Pourquoi faire la distinction? En réalité, même lorsqu'il s'agit de conflit mettant en jeu la compétence, la procédure ou l'exécution des jugements, c'est toujours, en véritable analyse, un conflit de lois que l'on rencontre. Le conflit des lois de compétence n'en est pas moins un conflit; et M. Bartin a mis en honneur l'expression de "conflit de juridictions" qui concerne les questions de compétence des tribunaux, de procédure, d'exécution des jugements, la mise en oeuvre du droit et de ses sanctions. C'est pourquoi, pour faire honneur à cette expression de plus en plus courante et consacré de conflit de juridictions que, dans les avant-derniers mots de cette définition, j'ai parlé de la concurrence entre les lois et les juridictions, pour opposer les conflits de lois et les conflits de juridiction proprement dits.

4°) Exclusion du D.I.P. des conflits ne présentant pas un caractère international et ne mettant pas en jeu la souveraineté de deux Etats.

Enfin, le D.I.P. est la branche du droit qui tranche les conflits de lois et de juridictions de pays différents. Ici, il importe de s'arrêter un instant, car il peut y avoir des conflits de lois qui ne mettent pas en présence des lois de pays différents à proprement parler.

Tous les conflits de lois concernant les rapports de droit privé ne sont pas des conflits internationaux. Dans l'ancienne France, par exemple, il y avait des conflits de coutume, des conflits interprovinciaux. La France était un pays régi par la monarchie française, c'était donc un pays uni et un; néanmoins, il y avait à l'intérieur de la France des conflits de coutumes, des conflits interprovinciaux. De même, il peut y avoir dans certains pays des conflits entre la législation générale et les droits locaux, qui subsistent par exception dans certains pays. Ceci existe encore à l'heure actuelle en France, depuis la guerre, dans les rapports entre le droit français

Source : BIU Cujas

général et le droit local d'Alsace-Lorraine. Mais des conflits de ce genre tendent à disparaître tout au moins dans le continent européen, avec l'unification de plus en plus marquée des pays. En Allemagne et en Suisse, avant l'unification des droits, le conflit entre la législation générale et les droits locaux était continuel. Il en subsiste encore, mais ils deviennent de plus en plus rares. Ils sont fréquents aux Etats-Unis d'Amérique, chaque Etat ayant sa législation et l'Etat fédéral ayant une législation fédérale, les conflits entre les législations fédérales et celles des Etats sont constants. Il y a encore des conflits coloniaux entre les pays de colonie ou de protectorat, qui mettent en présence d'une part le droit de la métropole, et d'autre part la législation indigène. Il y a les conflits d'annexion, dans lesquels il y a intervention des lois du pays annexant dans le pays annexé. Tous ces conflits de lois, qui ne sont pas des conflits internationaux, ont été appelés du nom générique de "conflits de lois sans conflits de souveraineté", à raison de ce que les auteurs français ont l'habitude de plus en plus grande de faire intervenir la notion de souveraineté dans tous les conflits. Des auteurs, comme M. Arminjon, estiment que le D.I.P. devrait contenir tous les conflits de lois et la science de tous les conflits de lois : conflits avec intervention de la notion de souveraineté et conflits sans intervention de la notion de souveraineté. Mais dans l'enseignement, on a pour coutume de se restreindre exclusivement aux conflits internationaux, et ce sont ceux en face desquels je me placerai exclusivement. Telles sont les quelques observations complémentaires qu'appelait la définition du D.I.P. que nous avons donnée.

Complément sociologique à la définition technique du D.I.P.

Une dernière remarque s'impose. Dans cette définition ne figurent que des termes purement techniques. Je vous ai fourni une définition technique du D.I.P. sans qu'en aucune espèce de manière des mots plus ou moins évocateurs situent cette branche du droit dans la société. C'est une définition technique et non une définition sociologique. Mais il est aisé de voir les mots par lesquels on pourrait compléter sociologiquement cette définition, car la branche du droit que constitue le D.I.P. est due à l'internationalisation de la vie moderne. Il y aurait simplement à ajouter à cette définition les mots : "La branche du droit due à l'internationalisation de la vie moderne" pour faire apparaître les raisons d'être de cette branche particulière. Le phénomène actuel, qui caractérise notre société internationale, c'est un phénomène d'intense circulation et d'interpénétration des hommes et

Source : BIU Cujas

hommes et des choses. Il y a une hypercirculation, qui s'observe dans le domaine des richesses, des biens, c'est-à-dire dans la circulation économique; hypercirculation aussi dans le domaine intellectuel la pensée et la parole pénètrent sous de multiples formes de pays à pays; enfin hypercirculation dans l domaine purement humain : de plus en plus les moyens de circulation se multiplient entre pays à pays, en transportant d'un pays à l'autre les êtres vivants, et ce sont précisément ces données qui multiplient les cas où les lois ont des chances de se rencontrer par l'analyse du rapport de droit et le catalogue qu nous avons dressé, il est aisé maintenant par l'imag nation de voir dans quel cas se présente le conflit lois.

§ 2 - Les sources du droit international privé.

Ce terme de "source", appliqué au droit, possède des sens variés. C'est une expression empruntée a langage des sciences de la nature et qui vise l'endroit, le lieu, ou le fait, d'où découlent le droit ou la branche de droit que l'on étudie. C'est la réponse à la question : d'où vient le droit? Unde veni Comment le droit trouve-t-il et où trouve-t-il son origine? Dès lors, quand on parle ainsi des sources du D.I.P., considéré comme branche du droit positif ou comme branche de la science juridique, on peut vi ser successivement quatre ordres de donnée différentes.

Différents sens du mot sources :

1°) sources historiques;

On peut vouloir parler, d'abord, des sources di tes historiques, c'est-à-dire des précédents dans le temps, d'où découlent la science et le droit positif du droit international privé.

2°) sources sociologiques;

En second lieu, on peut vouloir viser les sources dites sociologiques, ce que certains auteurs dénomment les sources réelles par opposition aux sources formelles. Telles sont les données d'ordre politique, économique, moral et philosophique, d'où découl une branche de droit déterminée, d'où découlerait le droit international privé.

3°) sources positives.

Troisième catégorie de sources, ce sont les sources positives ou formelles, c'est-à-dire celles qui constituent les éléments générateurs, les facteurs d'élaboration du droit que l'on étudie, les éléments d'où découlent les règles du droit international privé et la science qui les étudie.

4°) Sources didactiques.

Enfin une quatrième catégorie de sources est constituée par ce que l'on appelle parfois les sources didactiques ou pédagogiques, c'est-à-dire les instruments divers, les instruments de travail, notamment les livres susceptibles de documenter et

Source : BIU Cujas

d'instruire celui qui veut acquérir la science et la connaissance du droit.

Etude des sources positives ou formelles.

Dans ce paragraphe sur les sources du D.I.P. je prendrai le mot dans le sens de sources positives ou formelles, c'est-à-dire l'examen des éléments générateurs, des facteurs d'élaboration, d'où découlent les règles du D.I.P. et la science qui étudie ces règles. Au surplus, nous allons le voir, un certain nombre de sources de la quatrième catégorie, sous le nom de doctrines, vont rentrer sous la rubrique des sources positives.

Diversité de classification des sources chez les auteurs.

Si de ce point de vue l'on jette un coup d'oeil sur les livres très nombreux qui s'occupent de D.I.P. on aperçoit parmi les auteurs qui traitent de la matière, une très grande diversité de classifications. Cette diversité tient à un certain nombre de causes, dont je voudrais seulement retenir quelques-unes. Une première raison de la diversité des nomenclatures et des classifications tient à ce que certains auteurs examinent exclusivement le D.I.P. les uns comme droit positif, les autres comme branche de la science juridique; suivant que l'on se place exclusivement à l'un ou à l'autre de ces points de vue on aboutit à des classifications nécessairement différentes. C'est ainsi, par exemple, que le regretté professeur André Weiss faisait plus particulièrement prévaloir dans ses livres, et notamment dans la dernière édition de son Manuel de droit international privé de 1925, le point de vue scientifique, tandis qu'au contraire M. Bartin fait prévaloir exclusivement le point de vue positif dans la nomenclature et la classification des sources du D.I.P. qu'il étudie dans ses Principes. Voilà donc une première raison de la diversité que l'on rencontre dans les livres.

Il en est encore une autre. C'est que, comme nous le verrons prochainement, les caractères du droit international privé sont extrêmement controversés. Les auteurs se partagent en écoles diverses, les uns faisant prévaloir surtout le point de vue international, les autres au contraire, faisant prévaloir le point de vue national des règles de conflit de lois; suivant l'opinion que l'on professe, suivant l'école dans laquelle on se range, on est tenté de donner de la classification des sources positives du droit des idées, des divisions, des catégories différentes.

Mais la raison pour laquelle, surtout, la matière n'est point encore parvenue à maturité, c'est que les temps ne sont pas encore assez avancés pour que l'on puisse se rendre à l'idée qu'une classification

Source : BIU Cujas

des sources positives du D.I.P. est scientifiquement possible. On ne classe exactement que ce dont on a analysé complètement la nature, et le droit international privé dans son ensemble, comme le droit international en général, public comme privé, n'a point encore atteint un développement suffisant, pour que l'on puisse établir dans l'ensemble de cette discipline une classification méthodique, rationnelle et scientifique.

Description des sources du D.I.P. en tant que système juridique.

Ceci dit, on peut adopter comme méthode, une simple méthode descriptive. Tout ce que l'on peut faire, c'est observer et retracer ce que l'on observe. Le droit international, en effet, constitue à l'heure actuelle un champ d'observation, qui permet tout au moins de décrire d'une façon exacte, si l'on ne peut pas encore analyser très exactement; dans son ensemble le droit international constitue, à l'heure actuelle, ce que l'on peut appeler un système juridique, et il constitue un système juridique en voie de formation et de développement.

Qu'est-ce qu'un système juridique? Un système juridique, c'est un ensemble, c'est l'agencement de divers éléments qui concourent à l'élaboration de règles positives dans une société déterminée. Par exemple, le système juridique de la France est constitué proprement par l'agencement des sources bien connues, qui encadrent et élaborent le droit français : la loi ou le décret, sources écrites, la jurisprudence des tribunaux, les décisions judiciaires, la coutume, la doctrine des auteurs, ces quatre sources bien connues étant, la plupart du temps, accompagnées par les auteurs d'une cinquième, la convention des parties. Tout ceci est très clair. Ce qui est plus difficile à saisir, c'est que la notion de système juridique ne se restreint pas à un pays déterminé. Elle présente, au contraire, un caractère qui s'étend de plus en plus. On distingue en groupant les collectivités un certain nombre de systèmes juridiques, qui sont susceptibles d'être rangés, en les rapprochant par ce qui les rassemble, dans des catégories plus larges. C'est ainsi que l'on peut dans le monde contemporain distinguer quatre systèmes juridiques, lesquels embrassent les uns et les autres un nombre d'Etats ou un chiffre de population considérable. Il faut entendre par système juridique continental le système juridique du continent européen, ce qui ne veut pas dire qu'il se borne exclusivement à ce continent, mais qu'il puise ses sources dans le droit du continent européen. Le système juridique continental comprend les pays du continent européen et le pays de l'Amérique latine et certains autres pays dans les autres parti

Source : BIU Cujas

du monde, dont le droit se ressent des origines européennes. Un deuxième système juridique, c'est le système juridique des pays anglo-saxons. Un troisième système, c'est le système des pays de l'Islam, du droit musulman. Le quatrième système est celui des pays d'Extrême-Orient, qui a pour base le droit ancien de la Chine. Voilà quatre grands systèmes juridiques qui embrassent une quantité considérable de pays, de territoires ou de populations. Ces systèmes juridiques se distinguent les uns et les autres par des traits essentiels. Voici un exemple : la valeur attribuée dans chacun de ces systèmes a la force du précédent judiciaire. Tandis que dans le système continental, le précédent judiciaire n'a qu'une valeur morale, qui ne lie pas pour la suite des temps les juges qui auront à juger les mêmes cas, au contraire, dans les pays anglo-saxons, et notamment en Angleterre, le cas jugé a force obligatoire pour toutes les juridictions inférieures, ou pour toutes les juridictions de rang égal, pour la suite des temps, jusqu'à ce qu'une loi soit venue défaire nécessairement, s'il y a lieu, ce que le jugement aura, une fois, définitivement prononcé. La force du cas jugé est également l'objet de règles différentes et de principes différents dans les autres systèmes juridiques, dans celui de l'Islam et dans celui du droit chinois. La notion de système juridique ne se restreint pas à un seul pays. Elle peut s'élargir et s'appliquer à un ensemble de pays. En généralisant, on observe que cette notion s'étend plus encore et que l'on a le droit de parler d'un système juridique de la communauté internationale contemporaine, d'un système juridique qui, par-dessus tous les autres systèmes, embrasse les pays civilisés, les pays qui d'eux-mêmes se placent dans la communauté internationale. C'est précisément dans ce cadre presque universel que jouent les sources, que nous allons maintenant étudier et observer : ce sont les facteurs d'élaboration du droit rentrant dans le système juridique de la communauté internationale contemporaine.

Comment la comparaison avec le système législatif de l'ancienne France permet de mieux comprendre l'étude des sources du D.I.P. actuel.

Mais pour mieux comprendre encore comment les éléments que nous allons rencontrer, sont susceptibles de s'agencer pour constituer un système, il y a lieu de s'adresser à l'histoire, parce que c'est dans l'histoire même et aussi à l'heure actuelle dans le droit comparé, que nous trouvons ou que nous trouverions des illustrations, des exemples, permettant de bien comprendre le spectacle, auquel nous fait assister le droit international de notre temps. Il n'y a pas de meilleure comparaison à établir, pour bien comprendre ce qu'est le droit international privé,

Source : BIU Cujas

étudié dans ses sources positives aujourd'hui, que de le rapprocher de l'état juridique de la France avant 1789.

Les différentes sources dans l'ancien Droit.

Quel était à ce moment le système juridique français? Comment les sources du droit se présentaient-elles? Un certain nombre de traits caractéristiques peuvent être relevés. La France était avant 1789 divisée en pays de droit coutumier et pays de droit écrit.

Coutumes et droit romain.

Les pays de droit coutumier puisaient la source de leur droit dans une certaine hiérarchie de coutumes, allant de la coutume simplement locale jusqu'aux grandes coutumes provinciales rédigées au XVème et au XVIème siècles, en vertu de l'ordonnance de Montils-lès-Tours de 1454 et révisée au commencement du siècle suivant. La coutume de Paris rédigée en 1511 avait été réformée en 1580. A côté de ces coutumes et même en pays de coutumes, le droit romain était observé et c'est précisément la raison qui a amené la rédaction des coutumes; le fait de l'infiltration et de l'autorité croissante du droit romain dans ces pays a amené les partisans de la coutume locale ou provinciale à rédiger les coutumes locales et provinciales pour mieux résister à l'emprise romaine. Le droit romain avait autorité directe dans certaines matières, et autorité supplétive, comme raison écrite, dans certaines autres. Les pays du Midi étaient gouvernés par le droit romain, mais par le droit romain adopté comme une coutume.

Ordonnances royales.

Au-dessus de cette division, la France connaissait encore d'autres sources du droit : le droit émanant de l'autorité royale et s'exprimant dans des textes écrits, ordonnances, édits, déclarations des rois de France, avec nécessité d'enregistrement dans les Parlements locaux.

Elaboration doctrinale d'un droit commun coutumier.

Enfin, quatrième trait caractéristique, au-dessus de toute cette diversité, depuis le XVIIème siècle, les auteurs coutumiers travaillaient à l'élaboration d'un droit commun de la France. Le premier effort a été marqué au début du XVIIème siècle par les fameuses Institutes coutumières de Loisel, et l'ouvrage le plus marquant dans cette série d'efforts est celui du début du XVIIIème siècle, l'ouvrage de Bourjon, "le droit commun de la France", avec lequel la coutume de Paris est réduite en principes (1720). Si l'on se reporte à l'oeuvre de Pothier, on aperçoit que c'est surtout le droit commun dont il a traité, car alors qu'il n'a consacré à la coutume d'Orléans qu'un seul mince volume, sept gros volumes de traités généraux, au contraire, embrassent l'ensemble de la matière juridique pour toute la France, sans distinction.

Si maintenant on jette un coup d'oeil sur le

Source : BIU Cujas

iérarchisa-
ion parallèle
es sources
u D.I.P.
ctuel.
égislations
ationales,

droit international privé actuel, un spectacle analogue s'offre à l'observation. Nous trouvons des traits caractéristiques, qui par leur organisation rappellent assez singulièrement la hiérarchisation de ceux que je viens de rappeler dans la France de l'ancien régime. A la base, qu'allons-nous trouver? Nous allons trouver dans chaque pays une application du D.I.P. qui souvent puise dans les textes plus ou moins explicites leurs sources immédiates : par exemple, en France le Code civil, qui est peu développé en ce qui concerne la matière; en Italie, le Code civil infiniment plus développé sur la matière; en Allemagne, la loi d'Introduction au Code civil de 1900, qui contient un certain nombre d'articles, véritable petit Code de droit international privé. Voilà la base,et pour l'oeil de l'observateur, elle peut très bien être comparée à ces coutumes locales ou provinciales, qui dans l'ancien régime distinguaient dans un même pays les localités et les provinces, quant au droit et à ses principes d'élaboration.

tradition
s Ecoles,

Ce qui joue le rôle du droit romain, c'est-à-dire d'une tradition, à laquelle il est difficile de se soustraire, d'une tradition dont l'emprise persiste et continue à lutter contre les particularismes locaux ou régionaux, c'est la tradition des Ecoles diverses qui, depuis le XIIème et le XIIIème siècles,en Italie, puis en France, puis dans les autres pays du monde civilisé, ont répandu la connaissance des principes qui gouvernaient les conflits de coutumes, ou, comme l'on disait, les conflits de statuts.

s conven-
ons interna-
onales.

Il y a aussi, comme parallèle au droit écrit des rois de France, un droit écrit général, s'appliquant à tous les pays, à tous les Etats ou tout au moins à un très grand nombre d'Etats. Il y a une source écrite internationale : ce sont les conventions internationales actuelles, les dernières passées sous l'égide de la Société des Nations, ou encore de la Conférence pan-américaine, pour l'Amérique.

création
un droit com-
n général.

Enfin, dernière étape, nous rencontrons, en élaboration de notre temps, et il est possible de l'apercevoir d'une manière particulièrement pénétrante, la création d'un droit commun général, qui tend à s'établir dans notre matière et à se dresser au-dessus de tous les particularismes locaux et régionaux, en s'appuyant sur la tradition des anciennes écoles, et en utilisant les conventions internationales, la création d'un droit commun général, qui sera et qui doit être le véritable droit international privé.

Voilà l'ensemble des sources. Elles se groupent et elles se hiérarchisent dans des conditions assez analogues à celles que nous rencontrions dans la

Source : BIU Cujas

France morcelée de l'ancien régime. Mais est-il poss
ble d'assigner dans un pareil ensemble un rôle très
nettement dévolu à telle ou telle source déterminée?
Est-il possible de discriminer les sources avec au-
tant de rigueur que l'on peut le faire de nos jours,
par exemple, pour le droit français : la loi, le dé-
cret, la jurisprudence, la doctrine? Non. La clarté qui
mine notre système juridique français ne se retrouve pa
dans un pareil complexus. En voici une preuve, tirée
d'une espèce jurisprudentielle. Je prendrai pour base
de cette démonstration un arrêt déjà ancien, rend
dans une affaire qui en a suscité un nombre très im-
portant d'autres, qui est l'un des cas classiques, l
cas peut-être le plus classique du droit internation
privé, l'affaire Forgo. Forgo était un enfant nature
de nationalité bavaroise, qui avait été amené en Fra
ce par sa mère dès l'âge de 5 ans, et qui était déc
dé à l'âge de 68 ans. Forgo était mort à Pau, et il
laissait une fortune mobilière importante, déposée e
banque à Pau. La question était de savoir à qui de-
vrait revenir cette fortune? Le conflit de lois susc
té par ce cas célèbre mettait en présence le droit
français et le droit bavarois. En vertu des principe
du Code civil, art. 713 et 768, le droit français en
pareille matière appelait l'Etat français, le fisc,
à recueillir la succession de Forgo. Au contraire, l
loi bavaroise de l'époque appelait à la succession
les collatéraux naturels. La loi bavaroise était dor
différente de la loi française. Les collatéraux natu
rels de Forgo habitaient la Bavière. Le procès s'ins
truisit donc entre le fisc français et les héritiers
naturels. Vous apercevez la "collisio legum", le con
flit des lois. Il s'agissait de savoir si c'était le
droit français ou le droit bavarois, qui allait avoi
la compétence législative, c'est-à-dire qui allait
trancher le conflit. Or, comme pour savoir la solu-
tion de ce conflit, il fallait dégager l'élément, au
quel on devait rattacher la cause légitime de préfé
rence, on se demanda quel était cet élément. Allait-
on s'arrêter à la nationalité du défunt? Allait-on
s'arrêter à l'endroit où la succession s'était ouve
te? Allait-on faire intervenir quelque autre éléme
de ce rapport successoral qu'était le rapport de dr
en question? La première Cour chargée de trancher l
litige, la Cour de Pau, rendit un arrêt le 11 mars
1874 (Cour Cass. Ch. Civ. 5 mai 1875, S. 1875, I, 4
D. 1875, I, 343). L'élément qui fut choisi comme él
ment de rattachement, et qui a rattaché alors la so
tion du litige au droit bavarois par la suite du pr
cès, c'est l'élément du domicile. La Cour de Pau dé
clare que c'est à la loi du domicile qu'il faut

Impossibilité de discriminer les sources du D.I.P. avec autant de précisions que celles d'un droit privé interne. Exemple : l'affaire Forgo.

Source : BIU Cujas

s'attacher pour trancher un litige de ce genre. Or, Forgo, la suite du procès l'a prouvé, bien qu'habitant la France, n'y avait pas été domicilié. Il n'avait pas sollicité d'ailleurs l'autorisation prévue par l'art. 13 du Code civil, et, en conséquence, n'étant pas domicilié en France, la loi du domicile jouait en faveur de la loi bavaroise dans des conditions singulières, que nous aurons à retracer plus tard. La loi bavaroise, en effet, ayant elle-même des dispositions différentes, on aboutissait à un renvoi à la loi française. Mais ce qu'il faut retenir, c'est l'ensemble des sources, auxquelles la Cour de Pau a eu recours pour dégager cette règle qu'en matière de succession mobilière, ce qui était le cas, l'élément de rattachement est le domicile. La Cour de Pau a commencé, on le voit dans les considérants de l'arrêt, par s'adresser d'abord au Code civil pour rechercher si la question était tranchée. Elle ne l'est pas; il n'y a pas un texte dans le Code civil qui gouverne directement ou indirectement la matière des successions mobilières entraînant un litige de droit international. Ce qui a déterminé la Cour, c'est la tradition des principes généraux admis dans l'ancien droit, et qui s'exprimait dans un adage déjà classique dans notre ancienne France, "mobilia sequuntur personam", les meubles sont censés, par une fiction de droit, suivre toujours la personne. Une série d'arrêts et de jugements précédant l'arrêt de 1875, remontant jusqu'à un arrêt de la Chambre civile de 1826 (S. 1827.I.250), proclament le maintien de cette règle générale. C'est une règle généralement admise que le mobilier est régi par la loi du domicile, disait le tribunal civil de la Seine, le 12 décembre 1823. On voit la force de la tradition en pareille matière. Si on poursuit la lecture de l'arrêt, on lit ceci : "Attendu que tels étaient les principes admis par la majorité des Etats européens et notamment par les Etats allemands". Quelle est donc la source à laquelle on peut rattacher dès lors la solution admise par la Cour de Pau? Dirons-nous que c'est du droit écrit, parce que l'on a invoqué certains textes du Code civil à titre d'argument? Dirons-nous que c'est du droit coutumier? Que c'est la tradition historique? Dirons-nous que c'est du droit international et de la coutume internationale, puisqu'on invoque les principes admis par la majorité des Etats européens? La difficulté est grande si l'on veut accorder la préférence à un élément plutôt qu'à un autre.

Il faut donc donner une description générale des sources que l'on rencontre dans la branche du droit que nous étudions, sans prétendre le moins du monde

Source : BIU Cujas

conférer à chacune d'elles une physionomie absolume fixe et un domaine particulier. On peut d'ailleurs pour faire cette description se placer à deux point de vue opposés. On peut se placer au point de vue d praticien, du jurisconsulte privé, qui désire connaî tre, en vue de la solution des litiges qui se préser tent dans son cabinet, les sources immédiates, aux- quelles il devra s'adresser. A ce point de vue prat que mais un peu étroit, les sources se présentent dans un ordre de proximité qui est le suivant : d'a bord ce que l'on peut appeler les sources immédiate - pour un jurisconsulte français c'est le Code civil la jurisprudence des tribunaux français, la doctrin des livres et des ouvrages français; - ce n'est que d'une manière plus lointaine qu'il apercevra qu'il peut exister dans cette matière des sources moins r prochées telles que les conventions internationales, tels que des jugements de tribunaux étrangers, de t bunaux internationaux, toutes recherches particuliè- rement difficiles, délicates, auxquelles il n'aura tendance à s'adresser que lorsqu'il aura épuisé les données des sources immédiates.

Double tableau des sources suivant que l'on se place au point de vue pratique ou au point de vue scientifique.

A l'inverse, pour celui qui étudie du point de vue scientifique le droit international privé, c'est un ordre complètement différent qui s'imposera à lui et qui l'attirera. Il sera surtout attiré par les él ments internationaux, par les sources plus lointain qui ont beaucoup plus le caractère international que les autres. C'est de ce point de vue que je vais don ner une énumération rapide de ces sources, qui sont la coutume, les conventions entre Etats, la jurispru dence et la doctrine internationale, étant entendu que dans chaque pays il y a des lois particulières, il y a une jurisprudence spéciale, il y a des livres spéciaux. Pour le jurisconsulte international, ce sont surtout les coutumes internationales, les conven tions entre Etats, la jurisprudence et la doctrine i ternationale, qui manifestent le caractère internati nal du droit privé, et qui fournissent les solutions les plus puissantes et les plus intéressantes.

I - La coutume.

En quel sens le D.I.P. est un droit coutumier.

Le D.I.P. est resté au fond un droit coutumier, pris au sens générique du terme, de la même manière que l'on peut dire encore aujourd'hui que l'Angleter re est régie par le droit coutumier. Cela ne veut pa qu'il n'y ait point de textes écrits en Angleterre, mais cela veut dire que le domaine de la coutume, le domaine du droit non écrit, est encore extrêmement large, beaucoup plus large même que l'on ne pourrait le croire.

Les deux éléments de la

Qu'est-ce que la coutume? C'est une source impo tante du droit international, tant public que privé.

Source : BIU Cujas
« Mes Cours de Droit »
3, PLACE DE LA SORBONNE, 3
Répétitions Ecrites et Orales
S

coutume : une répétition de faits. L'opinio necessitatis.

La définition de cette source du droit fait apparaître qu'elle consiste dans la rencontre classique de deux éléments : un élément de fait, un élément matériel, et un élément intellectuel et moral. Une répétition de faits, tel est l'élément matériel; un sentiment d'obligation juridique, que l'on a appelé l'opinio necessitatis, un élément intellectuel qui se traduit chez les intéressés par la croyance à une règle de droit, par la croyance à une obligation juridique. Le domaine de la coutume en droit international public est précisé dans les livres qui sont consacrés à cette discipline. (1) Il y a dans le droit international privé des applications de la coutume comme source du droit. Une des règles fondamentales est dégagée exclusivement et entièrement de la coutume : telle est la règle du respect international des droits acquis. Cette règle du respect international des droits acquis n'est écrite nulle part en France, ni dans la plupart des pays. Elle est aujourd'hui recueillie par un Code américain, mais elle n'est écrite nulle part, et cependant en France nous l'appliquons. De même, l'adage fameux "locus regit actum", la règle suivant laquelle la loi applicable aux formalités extrinsèques d'un acte est la loi locale; elle est de pratique universelle; elle a été sans doute recueillie par beaucoup de textes, mais elle est d'origine coutumière, et elle reste de caractère coutumier. Telle est la première des sources.

Exemples de règles de D.I.P. d'origine coutumière.

I - Les conventions entre Etats unilatérales ou multilatérales.

La seconde, ce sont les conventions entre Etats. Les conventions entre Etats, c'est-à-dire les accords ou les ententes entre les différentes personnes morales du droit international public, en vue de créer, de podifier ou de supprimer entre eux des rapports de droit. Dans l'ordre du D.I.P. on rencontre, en nombre croissant, des conventions de ce genre. Certaines de ces conventions intéressent les rapports de deux pays entre eux; elles sont bilatérales : exemple, la convention entre la France et la Belgique de juillet 1899, sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions judiciaires. D'autres, les conventions multilatérales, sont plus générales et englobent un nombre important de pays, et dans cette deuxième catégo-

s deux types

---

(1) Sur la coutume en droit international, et surtout en droit international public cf. Gianni : La coutume en droit international Thèse Paris 29 mai 1931; l'auteur (IIème Partie, ch.I) donne une définition et une analyse de la coutume.

Source : BIU Cujas

de conventions multilatérales.

rie, il est nécessaire de faire une sous-division. Certaines ont un objet précis, nettement arrêté et terminé, comme ce que l'on appelle les conventions d'union, telle que la convention d'Union de Paris du 29 mars 1883, pour la propriété industrielle. (1) D'autres de ces conventions, qui embrassent un grand nombre de pays, ont des visées plus larges, embrassent un certain nombre de matières, telles sont les célèbres conventions de La Haye, conclues à la fin du XIXème siècle et au début de ce siècle pour trancher certaines matières du droit civil et de la procédure et régler la loi applicable aux conflits de lois dans ces matières, la convention de 1896, la convention de 1902 et la convention de 1905, que nous retrouverons. Mais, actuellement, l'exemple le plus frappant, le plus marquant, de conventions internationales en matière de droit international privé, c'est la récente convention du 20 février 1928 conclue à La Havane entre 21 Etats américains représentés, adoptant, en vue de le mettre en vigueur, un Code de droit international privé en 437 articles, un véritable Code de droit international privé, qui est à l'heure actuelle ratifié par 16 Etats américains, et qui embrasse l'ensemble de la matière des conflits de lois, de la condition des étrangers et de la nationalité. Ce code porte, en vertu d'une décision officielle de la 6ème conférence pan-américaine qui l'a promulgué, le nom de son rédacteur, le Professeur de l'Université de La Havane, juge à la Cour permanente de Justice internationale, le Professeur Antonio Bustamante, et on appelle couramment ce code, le code Bustamante. Telle est la deuxième catégorie de sources du droit international privé.

III - Doctrine et jurisprudence internationales tant celles des différents pays en matière internationale que celle des juridictions internationales.

La troisième est de caractère infiniment moins marqué : c'est la jurisprudence et la doctrine internationales. Ce terme ne doit pas être pris absolument à la lettre, c'est-à-dire que l'on ne doit pas croire qu'entrent dans cette catégorie exclusivement les décisions des tribunaux internationaux, ou des ouvrages émanant d'organismes internationaux, tels que par exemple le Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, et qui contient une doctrine internationale de premier choix. Ce que l'on vise dans cette expression, c'est l'ensemble de la Jurisprudence et de la doctrine de tous les pays du monde

(1) On trouvera un tableau des conventions d'union actuellement en vigueur dans le Répertoire de droit international de MM. de Lapradelle et Niboyet, V° "Union" (tome X, pp. 710 et 711).

Source : BIU Cujas

dans la mesure où elles traitent et tranchent la même question, car dès l'instant où une question de conflit de lois se présente sur un point déterminé du globe, peu importe que la question soit discutée en langue française, en langue anglaise ou allemande, peu importe la nationalité de l'auteur, la question est la même, elle est d'ordre international, elle présente les mêmes conditions.

Toutefois, il y a lieu d'apporter une attention plus particulière, lorsqu'il s'agit d'organismes internationaux. Il existe, à l'heure actuelle, des juridictions internationales qui rendent la justice entre les pays, et qui ont de temps en temps l'occasion de trancher des conflits de droit international privé, ou en passant de traiter des questions de droit international privé à propos de problèmes de droit international public. Je vise ainsi la Cour permanente de Justice internationale de La Haye qui, dans certains arrêts, a eu l'occasion, soit de s'expliquer, à l'occasion de points de droit international privé, sur la nature même du droit international privé, ou encore de trancher des questions, comme la question du paiement en or dans les rapports internationaux, et qui visent aussi bien les questions de droit international privé que les questions de droit international public. Tels sont notamment les arrêts rendus entre la France et la Yougoslavie, d'une part, la France et le Brésil d'autre part. La Cour de La Haye a été amenée à s'expliquer sur la conception internationale du Droit international privé dans l'arrêt du 12 juillet 1929 rendu à propos de l'affaire entre le gouvernement de la République française et le gouvernement du royaume des Serbes-Croates-Slovènes. (Rev. D. intern. pr. 1929, p. 429).

En dehors de la Cour permanente de Justice internationale de La Haye, il y a lieu de mentionner, comme autre juridiction internationale, les arbitrages internationaux. Une autre jurisprudence internationale également importante est celle des tribunaux arbitraux mixtes de certaines commissions internationales. Tout cela, c'est de la jurisprudence internationale au sens strict, mais il importe de retenir, pour la jurisprudence comme pour la doctrine, que, lorsqu'elles traitent d'une question de droit international privé, elles n'ont pas le caractère national, dès l'instant que la question est la même dans tous les pays. Par conséquent c'est l'ensemble de la jurisprudence et l'ensemble de la doctrine du droit international privé qui constitue cette troisième et dernière source du droit international privé.

Source : BIU Cujas

§ 3 - Caractères du Droit International Privé.

Le D.I.P. est-il international et est-il privé?

Sous cette rubrique, classique dans les livres de droit international, on entend définir, déterminer, la place occupée par le droit international privé dans l'ensemble du droit contemporain, dans le Corpus juris du droit. D'une manière plus précise, j'examinerai la question de savoir si le droit international privé justifie exactement son titre, c'est-à-dire s'il est international, et s'il est privé.

Origine de l'expression D.I.P. - Son adoption générale en Europe et en Amérique au XIXème siècle.

L'expression de droit international privé n'est point ancienne. Elle remonte au milieu du XIXème siècle. Antérieurement, l'expression technique employée dans le langage de la science, qui s'occupait des questions rangées aujourd'hui sous la rubrique droit international privé, était présentée dans la terminologie des auteurs des Pays-Bas, sous la rubrique "de conflictu legum, du conflit de lois" "de conflictu statutorum, du conflit des statuts". Le jurisconsulte américain Story, en 1834, publia un livre sur le conflit des lois, qui fit non seulement autorité aux Etats-Unis, mais immédiatement en Angleterre et sur le continent européen. Story avait intitulé son livre "Commentaires sur les conflits de lois", "Commentaries on the conflict of laws", mais dans le corps de son ouvrage il avait usé à plusieurs reprises de l'expression "private international law" ou droit international privé. C'est ce qui donna à un avocat français du nom de Foelix, en 1843, l'idée d'intituler le premier livre consacré à la matière en France au XIXème siècle "droit international privé". L'avocat Foelix fut le créateur de la Revue de Législation et de Jurisprudence. C'est à lui qu'on a rattaché l'origine de notre expression. Elle s'est généralisée immédiatement; elle fut adoptée en Angleterre, en Allemagne. En Angleterre, elle fut adoptée par le jurisconsulte Westlake, dans un ouvrage intitulé "Traité de droit international privé", "Treaty on international law", et en Allemagne, elle fut adoptée en 1859 par Schaeffner dans son ouvrage "International Privatrecht". Ainsi l'expression était adoptée dans l'Europe du milieu du XIXème siècle et en Amérique.

Valeur de l'expression.

Que valait-elle? On l'a employée, et on l'emploie encore. Les termes en ont-ils été soigneusement pesés, et l'expression est-elle absolument heureuse? Correspond-elle à la réalité juridique? Telle est la question. On pourrait même aller plus loin, et à un moment, on s'est demandé si le droit international privé, non seulement était international et était privé, mais même s'il constituait du droit

Source : BIU Cujas

tout court. On s'est posé la question de savoir si l'on n'était pas en présence de règles, qui, étant démunies de sanction, rentraient plutôt dans une discipline scientifique différente, notamment dans la morale sociale. Ce point discuté encore à la fin du XIXème siècle, on le trouve en discussion particulièrement dans l'Introduction au droit international privé, parue en 1888, du premier fondateur de la chaire de D.I.P. de la Faculté de Paris, le Professeur Lainé. Mais aujourd'hui on a cessé de controverser sur ce premier point. Il est acquis que le droit international privé fait partie du droit, et est une branche du droit sanctionnée par les tribunaux nationaux. Il rentre donc dans la catégorie des normes juridiques. Je n'entrerai pas dans le détail de cette discussion désuète.

Importance du point de savoir si le D.I.P. est vraiment international et s'il rentre dans la catégorie du droit privé.

Mais le point de la controverse qui vise la question de savoir si le droit international privé est vraiment international, et s'il rentre dans la catégorie du droit privé ou du droit public, est encore à l'heure actuelle à l'étude, et engendre de graves conséquences d'ordre pratique. Surtout il domine entièrement tous les systèmes, toutes les positions scientifiques prises dans la matière, toutes les méthodes d'exposition et d'examen de notre discipline.

Observations préliminaires. 1°) Nécessité pour comprendre la place du D.I.P. de préciser la distinction du droit public et du droit privé.

Pour aborder cette question, et pour en découvrir tous les aspects, il est nécessaire au préalable de s'arrêter à quelques remarques, car les termes que l'on emploie demandent à être à leur tour examinés.

Tout d'abord, la distinction célèbre, classique, du droit public et du droit privé. Quand on se demande si le droit international privé est privé ou public, il faut au préalable bien peser ce que vaut cette distinction classique, très ancienne, entre le droit public et le droit privé. Cette distinction remonte jusqu'au droit romain. Les Institutes de Justinien l'ont rendue célèbre et classique, et le code de Justinien l'avait d'ailleurs lui-même empruntée au code Théodosien. Mais que vaut cette distinction au début du XXème siècle?

Critères de la distinction.

On peut en effet envisager cette distinction entre le droit public et le droit privé à deux points de vue différents. On peut s'attacher à deux critères de distinction différents, soit à un critérium tiré de l'intérêt protégé, soit à un autre critérium tiré des rapports engendrés.

A - Critère fondé sur la nature du droit protégé.

Le premier critérium, c'est celui du droit romain. Les Institutes, I.1.21. disaient déjà que le droit public est celui qui se rattache au statut de la république romaine, et que le droit privé est celui qui se rattache à l'utilité des particuliers :

Source : BIU Cujas

"Publicum jus est quod ad statum rei Romanae, privatum est quod ad singulorum utilitatem pertinet". C'est donc le critérium reposant sur l'intérêt protégé : droit public, intérêt de l'Etat, droit privé, intérêt des particuliers. C'est encore en ce sens que beaucoup d'auteurs, particulièrement en France, comprennent la distinction entre droit public et droit privé. Dans le Manuel de droit civil de MM. Planiol et Ripert, tome I, N° 19, on voit cette distinction présentée d'après le même critérium : "Le droit public règle les actes des personnes qui agissent, dans un intérêt général, en vertu d'une délégation directe ou médiate du souverain; le droit privé règle les actes que les particuliers accomplissent en leur nom propre pour leurs intérêts individuels". C'est donc le critérium de l'intérêt protégé.

B - Critère tiré de la nature des rapports engendrés.

Mais à l'inverse, et particulièrement à l'époque actuelle, d'autres auteurs se rattachent, pour la distinction, à un critérium tiré de la nature des rapports engendrés. Telle est particulièrement la doctrine professée par M. Capitant, dans son "Introduction à l'étude du droit civil" (1929, N° 12). "La classification en droit public et droit privé correspond, écrit M. Capitant, aux deux ordres principaux de rapports qui forment le tissu de la vie sociale. Il y a d'abord les rapports de l'individu avec le groupe social auquel il appartient, et les rapports de ces divers groupements entre eux, et deuxièmement, il y a les rapports de l'individu avec ses semblables pour la satisfaction de ses besoins personnels". C'est donc le critérium tiré des rapports engendrés, et alors "le droit public, ajoute M. Capitant, comprend tous les rapports de droit, dans lesquels l'Etat apparaît en tant que représentant de la puissance publique. Le droit privé, au contraire, comprend toutes les institutions qui régissent les rapports individuels des hommes : rapports de famille, etc...

Il était nécessaire de rappeler cette distinction au moment où nous allons nous demander si le droit international privé est du droit privé ou du droit public. Nous aurons à examiner son caractère au regard des deux critères entre lesquels se partagent aujourd'hui les auteurs contemporains. Voilà la première remarque préjudicielle qu'il était nécessaire de former.

2°) Position de la question en se plaçant sur le terrain des conflits de lois.

Une deuxième remarque se présente immédiatement. L'objet principal en droit international privé, c'est l'étude du conflit des lois. La nationalité, la condition des étrangers, y ont une place distincte et discutée, certains auteurs, comme M. Bartin, n'admettent pas que le D.I.P. s'étende au delà des conflits de

Source : BIU Cujas

lois et des conflits de juridictions. Je crois qu'il est nécessaire pour la clarté de la discussion de la faire porter exclusivement, comme le fait d'ailleurs M. Bartin, sur la matière des conflits de lois et de juridictions, et d'extraire d'une part la question de la nationalité, et d'autre part celle de la condition des étrangers.

Exclusion actuelle en droit français de la question de la nationalité domaine du D.I.P.

En effet, en ce qui concerne la nationalité, la question a singulièrement évolué depuis une dizaine d'années, et c'est un point qui vous montrera l'aspect pratique de ces problèmes qui au premier abord semblent exclusivement théoriques. La Cour de cassation à plusieurs reprises a été amenée à examiner, d'un point de vue pratique, la question de savoir si la nationalité dépend du droit public ou du droit privé. Elle a, à plusieurs reprises, décidé, contrairement d'ailleurs à la doctrine courante à l'époque, que la nationalité était matière de droit public. La Cour de cassation l'a fait notamment dans un arrêt des Chambres réunies du 2 Février 1921, faisant suite à un arrêt de la Chambre civile du 21 Juin 1919 (S. 1921. 113, note critique de M. le Professeur Audinet, D. 1921. I.1, note du conseiller Ambroise Colin, rapporteur). La question qui se posait était celle de savoir quels étaient les effets, au regard des lois sur la nationalité, du décret du 10 Août 1914, qui suspendait les délais en matières civile, commerciale ou administrative. C'était un des nombreux moratoires, qui avaient été édictés dès la déclaration de guerre. La Cour de cassation a jugé que cette suspension ne s'appliquait pas aux délais fixés pour répudier la qualité de Français sur la base des articles en vigueur 8, 4, 12, al.3 C.C. "Les règles relatives à l'acquisition et à la perte de la qualité de Français, de la nationalité, bien qu'inscrites au Code civil, disait la Cour de cassation, relèvent du droit public". C'est ainsi, par conséquent, que fut proclamée pour la première fois, cette doctrine concernant la matière de la nationalité. Depuis, la Cour de cassation a maintenu sa jurisprudence, d'une manière particulièrement explicite dans un arrêt du 7 Mars 1926 (Ch.Civ. 17 Mars 1926, S. 1926.I.201) à propos des effets de la légitimation de l'art. 331 C.C. puis, implicitement, plus récemment, dans un arrêt du 25 Février 1930 (Ch. Civ. 25 Février 1930, S. 1930.I.321; D. 1930.I.113), au sujet de la preuve de la filiation naturelle. Depuis le premier arrêt de la Cour de cassation, d'ailleurs, la loi nouvelle qui régit la nationalité, a fait sortir la nationalité du cadre du Code civil et a apporté encore un argument de plus à ceux qui estiment que la nationalité est une matière

Source : BIU Cujas

de droit public et non de droit privé.

Il faut donc, et c'est là la deuxième remarque préjudicielle, mettre le débat en face de la question du conflit des lois.

3°) Intérêt pratique de la question, au point de vue de tous les problèmes de D.I.P. notamment du rapport entre les conventions internationales et la législation interne.

Il ne faudrait pas croire, et c'est une troisième remarque, que la question n'a qu'un intérêt théorique. Elle domine, pour chacun, l'ensemble de la position scientifique prise sur la matière, et par conséquent se présente dans toutes les controverses et domine toutes les solutions. D'une façon plus précise, on trouve aujourd'hui une matière où la question se débat d'une façon particulièrement aigüe et pratique: c'est au sujet des rapports entre les conventions internationales conclues entre Etats, et la législation interne des Etats. Cette question a fait naître aujourd'hui en France des problèmes particulièrement complexes, spécialement dans la matière des loyers, sur les baux civils et commerciaux. Deux décisions très récentes ont renouvelé la question et l'ont placée au premier plan des controverses du droit international privé. D'abord l'affaire Sanchez (Ch. Civ. 22 Décembre 1931, D. 1932.I.131; S. 1932.I.257), qui posait la question de savoir si un commerçant de nationalité espagnole peut invoquer le bénéfice de la loi sur la propriété commerciale (art. 19 de la loi de Juin 1926, modifié le 22 Avril 1927). L'autre décision encore plus récente est une décision en matière de loyer de la commission supérieure de cassation, au sujet d'un citoyen du Chili (1 Décembre 1932 G.T. Janv. 1933, affaire Skereipen cf. Note de M. Devaux professeur à la Faculté de Toulouse, D. 1932.I.113, sous diverses décisions de la Chambre civile de la Cour de cassation et de la commission supérieure au sujet des loyers relevant de la même série, hypothèses). Les rapports entre les conventions internationales et la législation interne, et aussi la question très voisine de l'interprétation et de l'application des conventions internationales, posent précisément dans toute son acuité le problème de savoir dans quelle mesure le droit interne l'emporte sur le droit international ou réciproquement, et par conséquent dans quelle mesure le droit international a une valeur contraignante vis-à-vis de chacun des Etats, malgré les décisions qui peuvent être prises par eux dans leur Parlement respectif. Tel est un des intérêts pratiques que souligne cette controverse.

4°) Définition de l'expression Droit international.

Enfin, il me faut encore - et c'est indispensable - définir un terme, ou tout au moins en donner la compréhension, c'est l'expression de droit international. Cette expression n'est point ancienne.

Elle aussi, remonte au début du XIXème siècle.

Source : BIU Cujas

Origine de l'expression; ses antécédents.

On en a attribué généralement la paternité au jurisconsulte sociologue anglais, le philosophe Bentham qui, le premier, a employé dans ses ouvrages l'expression, d'ailleurs écrite en deux mots avec un trait d'union, de droit-international. Cette expression était nouvelle, et cependant, antérieurement, on avait employé une autre expression classique dans le langage de la philosophie du XVIIIème siècle, celle de "droit des gens". C'était plus particulièrement le philosophe Barbeyrac qui en 1706 avait employé cette expression dans la traduction de l'ouvrage de Pufendorf, "de jure naturae et gentium", du droit de la nature et des gens; l'ouvrage de Pufendorf était de 1694; la traduction de Barbeyrac de 1706. C'est ce traité du droit de la nature et des gens de Pufendorf traduit par Barbeyrac, qui a inspiré l'Encyclopédie et toutes les doctrines du XVIIIème siècle. Le droit de la nature et des gens, c'était ce droit universel et immuable, qui était proclamé dans le projet du Titre préliminaire du Code civil, en disant qu'il est "la raison humaine en tant qu'elle gouverne tous les peuples de la terre". C'était une des grandes doctrines de la Révolution française. Droit des gens et droit international, voilà deux expressions en langue française. L'expression du droit des gens est la traduction de "jus gentium", expression latine. Toutefois, cette expression de jus gentium était accompagnée à la même époque d'une autre expression : jus inter gentes. Quelle différence y a-t-il entre l'expression jus gentium et l'expression jus inter gentes?

Jus gentium jus inter gentes.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS BIBLIOTHÈQUE

En remontant ainsi dans l'histoire, on trouvera peut-être le véritable sens étymologique de ces expressions, et cela permettra alors de jeter définitivement sur l'expression "droit international" une clarté suffisante pour en saisir la compréhension. L'expression jus gentium est une expression classique du droit romain. Elle figure, elle aussi, comme la distinction du droit public et du droit privé, au début des Institutes de Justinien (I, 2, 1). C'était dans la pensée des Romains le droit commun au genre humain, né de la raison naturelle, le jus commune omni generi humano, que la raison naturelle a établi entre tous les hommes, quod naturalis ratio inter omnes homines constituit. On opposait le jus gentium au jus civile, au droit civil, qui était cette partie du droit absolument particulière à chacun des peuples, que chaque peuple s'est constitué pour son droit propre, le jus proprium ipsius civitatis, le

Jus gentium, ce qu'il y a de commun dans les institutions des peuples par opposition à jus civile.

Source : BIU Cujas

droit propre de la cité. On voit que dans cette expression le mot jus gentium vise ce qu'il y a de commun dans les institutions des peuples, des cités, le fond général commun des institutions reposant sur une base rationnelle. En somme, Barbeyrac ne s'était pas trompé en traduisant par droit des gens l'expression jus gentium.

Jus inter gentes : ce qui est en usage dans les relations entre les chefs d'Etats et les nations.

Mais au XVIIème siècle était apparue une autre expression, l'expression de jus inter gentes, qui fait apparaître un sens différent du droit international. C'est, non pas ce qui est commun à tous les peuples, mais l'ensemble des règles qui ont pour objet de répartir leur activité, de la délimiter respectivement. L'expression jus inter gentes a été employée pour la première fois par un professeur de l'Université d'Oxford, en 1620, Richard Zouch, dont on retrouve les écrits, doctrine, bibliographie, dans l'ouvrage intitulé "Les fondateurs du droit international" (pp. 269 et ss.), établi sous la direction de Pillet. L'expression, d'après Zouch, signifiait : "Ce qui est en usage dans les relations entre les chefs d'Etat ou les peuples souverains, autrement dit, ce que les moeurs conformes à la raison ont fait adopter par la plupart des nations, et d'après quoi chacune s'accorde avec les autres, qu'on observe en paix, comme en guerre. C'est par ce droit que se distinguent les nations, que se fondent les royaumes, que naît le commerce, et qu'enfin s'introduit la guerre." Pour bien faire comprendre sa pensée, Zouch donnait comme synonyme de l'expression jus inter gentes cette autre expression de jus feciale, le droit fécial, le droit des féciaux. C'était à Rome le droit employé par les pontifes dans les relations internationales.

Double sens du terme droit international; son influence sur notre question et le plan du D.I.P.

On aperçoit dès lors les deux sens différents, que peut présenter l'expression droit international : ou bien ce qu'il y a de commun entre les peuples, les institutions, les règles qui leur sont communes, jus gentium; ou bien, les principes qui gouvernent leurs relations respectives, jus inter gentes. Et soit sous l'expression droit des gens, soit sous l'expression droit international, cette recherche étymologique permet d'affirmer que lorsqu'on recherche la nature internationale ou nationale d'une branche du droit déterminé, on doit encore, comme il faut le faire pour le droit public et privé, l'examiner successivement au regard des deux sens, que présente ce mot international : jus gentium et jus inter gentes.

Ces remarques étaient nécessaires pour aborder maintenant la question de savoir si vraiment le droit international privé mérite à la fois la double qualification d'international et de privé. Sur cette

Source : BIU Cujas

question trois opinions sont plus particulièrement en présence.

lère opinion (Lainé et Weiss) : le D.I.P. est du droit international, mais constitue une branche différente du D.I. public par son objet et par sa mise en oeuvre.

La première qui a été professée par les deux premiers titulaires de la chaire de droit international privé, Lainé et André Weiss, c'est que l'expression employée pour la première fois par l'avocat Foelix, au milieu du XIXème siècle, est exacte et que le droit international privé est à la fois international et privé.

C'est du droit international, disent ces auteurs, parce que le droit international privé répond à une préoccupation d'ordre entre les nations, qu'il a pour objet d'établir la valeur respective des lois édictées par chacun des Etats, et que cette oeuvre de répartition et de départition des autorités est au premier chef une opération rentrant dans la branche du droit international. Mais ajoutaient-ils, c'est une branche spéciale, distincte du droit international public; ce sont deux aspects d'une même science, mais ce sont deux disciplines différentes. En effet, le droit international privé se distingue, écrit notamment Weiss, du droit international public par son objet et par sa mise en oeuvre.

Par son objet, parce qu'il a pour objet des litiges privés, des intérêts particuliers; il tranche des questions de rapports entre particuliers.

D'autre part, il se distingue du droit international public par sa mise en oeuvre. Il est inscrit aujourd'hui dans la plupart des lois nationales des pays sous une forme plus ou moins étendue dans les codes plus ou moins récents, et son application dépend des tribunaux nationaux.

Tels sont les arguments pour lesquels ces premiers écrivains du droit international privé ont professé l'opinion, suivant laquelle le titre du droit international privé se défend et doit être maintenu. (1)

2ème conception (Pillet): Le D.I.P. est un rameau issu

La deuxième position scientifique prise en la matière est celle de Pillet, le successeur dans la chaire de D.I.P. de Lainé et de Weiss. Suivant Pillet, le droit international privé serait bien du droit

---

(1) Sur cette controverse et sur les conceptions doctrinales cf. Lainé Introduction au droit international privé, 2 vol. 1888-1892, et A. Weiss, Manuel de droit international privé, 9ème édition, 1925, Introduction, pp. 10 et 11, 23 et 24.

Source : BIU Cujas

du droit public.

international, mais rentrerait, conflits de lois compris, entièrement dans le droit public. C'est, comme il le dit lui-même, un rameau issu du droit public. (1)

L'argument principal, invoqué par Pillet, à l'appui de sa thèse, consiste à montrer que le droit international privé, s'il statue sur des intérêts particuliers, met toujours en présence des Etats, que lorsqu'on creuse le conflit de lois, l'on a en face de soi un conflit entre législations, c'est-à-dire entre lois issues de deux souverainetés différentes, qu'un conflit de lois est un conflit de souverainetés et que par conséquent ce conflit de souverainetés relève du droit public et non pas du droit privé. Telle est la deuxième thèse.

3ème conception (Bartin): le D.I.P. est bien du droit privé mais constitue du droit interne.

La troisième position scientifique est celle adoptée par le prédécesseur immédiat de M. Lévy-Ullmann, le successeur de Pillet, M. Bartin, thèse suivant laquelle le droit international privé est bien du droit privé, mais ne relève pas du droit international; et constitue du droit interne. C'est du droit privé, et M. Bartin n'a pas de peine à démontrer que les questions relevant des conflits de lois sont des questions qui englobent des intérêts particuliers, et visent des rapports entre particuliers. C'est du droit privé, et exclusivement du droit privé La notion de souveraineté que fait intervenir M. Bartin, à l'égal de son prédécesseur Pillet, ne l'empêche pas d'apercevoir, dans le conflit, les rapports entre particuliers; la notion de souveraineté lui sert au contraire pour justifier sa seconde proposition. C'est sur la base de la notion de souveraineté que M. Bartin établit sa thèse, suivant laquelle le droit international privé est de droit interne et non pas de droit international. C'est au nom de sa propre souveraineté, et sans avoir à s'incliner devant les ordres d'une autre autorité, que l'Etat détermine, en toute indépendance, la limite de l'autorité qu'il assigne aux lois qu'il a promulguées. Lorsqu'un Etat légifère, il est maître de déterminer sur son territoire l'autorité qu'il assigne à la loi qu'il édicte. S'il lui plaît, dans certaines matières de laisser place à une loi étrangère, il peut le faire, mais il le fait en toute souveraineté, et sans

---

(1) cf. les arguments donnés en ce sens par Pillet dans son Traité pratique pratique de droit international, tome I, N° 8, et dans son Manuel de droit international privé, N° 12 et 13.

Source : BIU Cujas

s'incliner devant l'autorité étrangère. Telles sont les deux thèses, que l'on peut lire sous l'autorité de M. Bartin, dans ses Principes de droit international privé, (§ 29, en ce qui concerne la première thèse, § 55, en ce qui concerne la seconde).

Conception adoptée : le D.I.P. est international parce qu'il correspond aux deux termes jus gentium et jus inter gentes.

Tel est le conflit qui n'est point susceptible de se résoudre par une solution unique, puisque chacun en cette matière prend la position scientifique, qui domine l'école à laquelle il se rattache. En ce qui me concerne personnellement, j'adopterai les principes qui m'ont été ici enseignés par mes maîtres Lainé et Weiss, et je maintiens le point de vue que le droit international privé est international et privé. Le droit international privé est international, parce qu'à mon sens il répond exactement aux deux sens dégagés par l'étymologie dans l'expression "international". Il est à la fois du jus gentium et du jus inter gentes parce qu'il constitue par ses sources et par les règles qui en sont issues, de plus en plus, un droit commun à l'ensemble de la communauté civilisée. Il repose sur des principes rationnels, et il rentre exactement dans cette conception pure du jus gentium, telle qu'elle a été définie à travers les siècles depuis les Romains jusqu'aux philosophes du XVIIIème siècle. C'est aussi du jus inter gentes. Les arguments fournis par MM. Pillet et Bartin, en sens contraire d'ailleurs, et puisés dans la notion de souveraineté, montrent bien que le droit international privé accomplit une tâche de départition et de répartition, qu'en présence de la souveraineté de tous les Etats qui prétendent imposer sans limitation leurs lois sur le territoire, et exigent d'autre part, avec non moins de sollicitude pressante que leurs lois s'appliquent à leurs nationaux sur les territoires étrangers, on se trouve en face de ces questions qui nécessitent une règle supérieure, s'imposant aux Etats, acceptée par eux, et limitant leur autorité, l'autorité des lois. Le droit international privé est dans le sens plein un droit international, c'est-à-dire correspondant à la fois au jus gentium et au jus inter gentes.

C'est également un droit privé tant au point de vue des matières qu'il vise que des intérêts qu'il protège.

Il est également un droit qui vise les matières de droit privé, et ceci au regard du double critérium du droit public et du droit privé, qui distingue le droit public du droit privé. C'est du droit privé, à raison de ce qu'il engendre au premier chef des rapports entre individus, de ce qu'il statue sur des rapports entre des individus. Les rapports sur lesquels porte le droit international privé, ce sont justement les rapports de famille, de communauté, ces rapports pécuniaires provenant des échanges

Source : BIU Cujas

incessants que se font les particuliers entre eux. C'est au premier chef le droit civil et le droit commercial qui sont les bases mêmes, dans tous les pays, du droit privé. Le droit international privé porte sur des matières de droit privé; il statue sur des rapports de droit engendrés par des règles de droit privé, du droit civil et du droit commercial. Au regard de ce premier critérium, c'est du droit privé. De même, les intérêts qui sont protégés, ce sont les intérêts des particuliers. Il s'agit de régler des actes, que les particuliers accomplissent en leur propre nom, pour leurs intérêts individuels, d'en déterminer la portée, d'établir les lois sous lesquelles ils tombent; il s'agit d'intérêts individuels. Sans doute, quand on veut approfondir, il n'est pas très difficile de dire que l'intérêt général n'est que la somme des intérêts individuels, et que par conséquent on pourrait retrouver encore l'intérêt général derrière l'intérêt des particuliers; mais ces distinctions sont des distinctions qui n'ont point la prétention d'être absolues ni parfaites. Ce sont des catégories classiques, dans lesquelles se meuvent les jurisconsultes depuis que le droit romain les a engendrées; on a fait des catégories spéciales pour la commodité des jurisconsultes, et comme l'a dit un auteur anglais, ces distinctions ne sont pas faites pour que "les anges du ciel se réjouissent dans la contemplation de leurs perfections".

Méthode à suivre dans l'étude du D.I.P..

Je termine par l'indication à laquelle me conduit en guise de conclusion, à la fois l'examen du caractère du droit international privé, et la définition et l'objet propre du droit international. La méthode d'examen des problèmes soulevés par le droit international, et en particulier par le conflit des lois, commande nécessairement le processus par lequel chacun examine ces problèmes. Ce que j'ai dit de la nature du droit international, de ses sources, de ses caractères, montre que l'étude doit en être conduite en prenant en considération avant tout trois éléments auxiliaires déterminés.

1°) Importance de l'histoire dans l'étude du D.I.P. à raison de son mode de formation collective au cours des siècles.

L'étude du droit international privé, à mon sens, est une étude historique, jurisprudentielle et comparative. Elle est et doit être historique, parce que, comme on l'a écrit très justement, parmi tous les domaines du droit, aucun ne dépend à un tel degré de son histoire que le droit international. En droit international privé, l'histoire est tout. Nous sommes en effet en présence d'un phénomène presque unique, un phénomène de formation collective auquel tous les pays civilisés ont participé et collaboré. Depuis le Moyen âge, l'Italie, la France, les

Source : BIU Cujas

Flandres, les Pays-Bas, l'Allemagne, l'Angleterre, les Etats-Unis, ont peu à peu apporté leur contribution à l'édifice. Et à travers tous ces siècles s'est formée une science unique, servie par une culture et un idéal identiques, employant, sans doute, suivant les tempéraments nationaux, des méthodes différentes, nous le verrons, mais employant les mêmes instruments de la doctrine et de la jurisprudence, et enfin, jusqu'à la Révolution française, s'exprimant dans une langue unique, le latin. Par conséquent, il est impossible de faire abstraction de cette source qui domine encore à l'heure actuelle le droit contemporain. Nous sommes dans une évolution lente, progressive et certaine, à laquelle on ne peut assigner d'autre commencement que son début historique, et dans laquelle on ne peut intervenir arbitrairement à une époque déterminée sans faire un contre-sens général sur toute la matière.

°) Elle doit tre jurisprudentielle.

En second lieu, l'étude doit être jurisprudentielle. Les quelques exemples que j'ai empruntés jusqu'ici à la jurisprudence de nos tribunaux français, et particulièrement de la Cour de cassation, montrent qu'il est impossible de se livrer à la moindre discussion de droit international privé, avec quelque clarté, si l'on n'a pas sous les yeux une espèce concrète. Dans tous les cas de droit international privé, il est indispensable de se placer en face des hypothèses que fournit la vie dans les tribunaux. On ne doit pas discuter in abstracto, a priori. C'est en face des espèces - elles sont assez nombreuses - que l'on doit toujours se placer.

°) Elle doit tre comparative.

Enfin, cette étude est nécessairement comparative, car si au cours du XIXème siècle - la codification et le principe des nationalités, - le droit international privé, s'est dans une certaine mesure compartimenté entre les Etats différents, il n'en reste pas moins d'abord, que le fond commun doit toujours être observé, recherché - c'est la tâche historique - mais, d'autre part, il est indispensable de regarder chez chacun des peuples principaux comment la question que l'on examine chez soi, est traitée chez le voisin, car la question étant la même, il n'est pas surprenant de rencontrer des solutions différentes et divergentes. Quelquefois, c'est précisément dans la solution adoptée par une loi étrangère que le jurisconsulte français trouvera la solution de la question qui se présente devant lui et qui n'a pas de répondant dans la législation française ou même dans la jurisprudence française. Par conséquent, c'est sur la base d'une triple méthode, historique, jurisprudentielle et comparative, que j'entreprendrai l'étude

Source : BIU Cujas

des conflits de lois.

Source : BIU Cujas

PREMIERE PARTIE

L E S C O N F L I T S D E L O I S

Nous étudions dans une première partie de ce cours les conflits de lois, et dans un premier chapitre nous allons étudier la coutume internationale.

Chapitre I

LA COUTUME INTERNATIONALE

Quadruple apport ayant contribué à sa formation.

La formation de la coutume internationale est due à un quadruple apport : un apport de l'Italie, un apport de la France, un apport des pays au nord de la France (Belgique, Pays-Bas et Pays Rhénans) et enfin, au XIXème siècle, le couronnement scientifique de tout ce mouvement par l'oeuvre d'un Américain, Joseph Story, et du jurisconsulte allemand, Savigny.

§ I - L'apport de l'Italie.

Les sources du droit en Italie au Moyen âge.

Pour comprendre les raisons pour lesquelles c'est en Italie que naquit la pratique et la science des conflits de lois, il est nécessaire de jeter un coup d'oeil sur les sources du droit dans la péninsule à l'époque du Moyen âge. A ce moment, en effet, un très grand nombre de droits, les uns généraux, les autres locaux, entraient en concurrence. Le droit romain était généralement reconnu comme droit commun. Il avait non seulement l'avantage d'avoir été retenu dans la péninsule, dans des centres intellectuels, tels que l'école de droit de Ravenne et l'école de droit de Bologne, mais, contrairement à certaines légendes, il n'avait jamais cessé d'être appliqué comme droit positif. Une légende, dont Savigny a fait justice, attribua la résurrection du droit romain au Moyen âge à la découverte d'un manuscrit par les Pisans au siège d'Amalfi. La vérité, c'est que le droit de Justinien ne cessa jamais d'être appliqué comme droit positif dans la péninsule. Il a été promulgué en Italie en 554, en vertu de la Pragmatique Sanction.

Le droit romain, droit commun général.

Le droit

Mais en dehors du droit romain, droit commun

Source : BIU Cujas

canonique, les constitutions impériales:

général, des législations générales, telles que le droit canonique, les constitutions des empereurs, entraient en conflit avec le droit romain.

Les droits régionaux, les statuts.

Venaient ensuite des législations régionales, en Savoie, dans les établissements des Maisons d'Anjou et d'Aragon, dans les Etats de l'Italie. Enfin, et surtout, dans les républiques, dans les villes, dans les cités, il existait des règlements locaux, qui portaient le nom célèbre de statuta, les statuts. Ces statuts. Ces statuts, qui étaient en principe des règlements municipaux et aussi des règlements ruraux pour les environs, contenaient, non seulement des dispositions - nous dirions de droit public - mais aussi des dispositions de droit privé. Enfin, toute une législation professionnelle s'est établie au sujet des artisans, du personnel de la marine, des négociants de profession et a établi des coutumes d'où sont sorties les règles du droit commercial, Mercatorum consuetudo.

Conflits entre les différents droits.

Parmi les conflits qui naissaient entre ces droits, on surtout les conflits qui mettaient en présence le droit romain, droit commun général, et les statuts locaux. D'autre part, autre source de conflits extrêmement nombreux, les conflits entre statuts locaux.

L'Ecole des glossateurs et la solution des conflits.

Les questions pratiques attirèrent de très bonne heure l'attention des juristes. Nous en avons des exemples, à propos notamment d'un mariage contracté par un citoyen de Bari habitant Palerme, à la fin du XIIème siècle, et au commencement du XIIIème siècle, à propos des statuts de Venise, dont nous parlerons au sujet du fameux testament de Venise relativement aux formes du testament. Ces questions attirèrent alors l'attention de l'école la plus célèbre de l'Italie : l'école de Bologne. A l'école de droit de Bologne, à cette époque, florissait toute une discipline extrêmement célèbre dans l'histoire sous le nom d'Ecole des glossateurs. Ce nom fut attribué à l'école, à raison de la méthode particulièrement employée par les fondateurs de l'école et par leurs disciples, Irnerius, Accurse. L'Ecole des glossateurs, qui éclipsa celle de Ravenne, essaya de dégager des textes des règles applicables, au moyen d'un commentaire très court, écrit en note des textes du Digeste ou du Code, soit en marge, soit en bas des pages, et ces petits commentaires très courts portaient ne nom de gloses. Les gloses eurent très vite en Italie une autorité considérable. Le dicton naquit de très bonne heure "qu'il vaut mieux avoir pour soi la glose que le texte"(volo pro me potius glossatorem quam textum), et on disait également en italien, en fai-

Source : BIU Cujas

sant allusion à la grande Somme, à la somme magistrale de l'un des maîtres de l'école, Azo, que celui qui n'a pas pour lui Azo n'a pas à se risquer au Palais de Justice (chi non ha Azo, non vada a palezzo). Ce sont ces glossateurs qui, attirés par le problème des conflits de statuts, essayèrent de les résoudre suivant la méthode de l'école, en ajoutant à certains textes, qui semblaient s'appliquer plus ou moins aux cas visés dans la pratique, une glose en marge.

La glose d'Azo et la préférence donnée à la lex fori.

A l'origine, les premières productions de l'école, la première Somme, la Summa codicis du XIIème siècle, et la Somme d'Azo du début du XIIIème siècle, se prononçaient, en cas de conflit de statuts, en faveur de la "lex fori", en faveur - dirions-nous aujourd'hui - de la loi du tribunal saisi. C'est ainsi que, pour suivre les précédents des deux autres sommes, la première glose d'Accurse de 1228 se prononçait en faveur de cette solution. Elle le faisait en des termes restés classiques, au moyen d'un vers latin, dans lequel il était dit que l'homme qui se rendait sur un territoire devait y observer les moeurs auxquelles on obéissait. C'est ainsi qu'était justifiée notamment l'obligation pour un non-citoyen de payer les impôts dans une ville où il se trouvait de passage. Par la suite, la règle, nous allons le voir, a évolué, mais le dicton est resté; il s'est transformé, il a été paraphrasé : "Intrasti urbem, ambula juxta ritum ejus : Tu es entré dans la cité, conduis-toi conformément aux règles, qui y établissent la discipline", disons-nous aujourd'hui.

Cette première solution ne fut pas maintenue par l'Ecole. La deuxième glose, dans un passage - que l'on a attribué à Accurse, est alors demeurée classique, parce que abandonnant la lex fori, elle faisait appel à une idée différente : le rapport entre la loi territoriale et les citoyens de ce territoire. C'est à cette célèbre glose, que j'ai déjà fait allusion, car elle est, en effet, restée la base fondamentale du droit international privé.

La glose d'Accurse sur la loi Cunctos populos faisant appel à la nature juridique de la loi et au lien juridique existant entre la loi et les

C'est une glose écrite par Accurse, dit-on, en marge du premier texte du code de Justinien, sous le titre "de Summa Trinitate et de fide catholica", une constitution des empereurs Gratien, Valentinien et Théodose, en l'année 380 après J.C., d'ailleurs empruntée au Code Théodosien, et qui prescrivait la religion catholique comme religion d'Etat dans l'Empire. Pour affirmer cette solution, la constitution impériale commençait par ces mots : "Cunctos populos, quos clementiae nostrae regit imperium, in tali volumus religione versari, quam divinum Petrum apostolum

Source : BIU Cujas

sujets qu'elle régit.

tradidisse Romanis... religio declarat : Tous les peuples que régit l'empire de notre clémence, devront être versés dans la religion, qui a été apportée aux Romains, d'après la tradition, par le divin Pierre". Ce sont ces mots qui ont appelé la glose d'Accurse, et Accurse écrivit en marge de ce premier texte l'argumentum suivant (le mot argomento, en italien, signifie sujet de controverse) : "Quod si Boloniensis convenitur Mutinae, non debet judicari secundum statuta Mutinae quibus non subest : Que si un Bolonais est assigné en justice à Modène, il ne doit pas être jugé conformément aux statuts de Modène, auxquels il n'est pas soumis". Voici alors l'argument tiré du texte : "Cum dicat quos nostrae clementiae", argument tiré des mots "quos clementiae nostrae regit imperium".

Qu'est-ce que signifie la glose? La glose signifie que la loi à observer dans un conflit de statuts n'est pas nécessairement la lex fori, la loi du territoire. Il y a un lien entre la règle de droit et ceux pour qui elle a été édictée, pour qui elle a été faite. La loi territoriale n'oblige que les citoyens, et l'argument tiré du texte de la loi Cunctos populos était le suivant - le droit romain lui-même, et l'empereur l'a proclamé, comportait des limites; il n'obligeait que les sujets de l'empereur. Ainsi, faisant appel à un élément rationnel, les glossateurs raisonnaient sur la nature juridique de la loi et sur le lien juridique existant entre la loi qui commande et les sujets qu'elle régit.

On s'est souvent demandé pourquoi les glossateurs avaient choisi cette loi plutôt qu'une autre, comme base de leur doctrine. Nous verrons, en étudiant l'apport français, que Guy Coquille a sévèrement raillé les glossateurs et leurs disciples d'avoir ainsi placé tous les juristes en face de la loi Cunctos populos, mais on peut répondre que ce choix était très judicieux. Il fournissait un appui conforme aux nécessités scientifiques de l'époque, c'est-à-dire l'appui d'un texte très clair au sujet des limites, déjà posées très clairement à ce moment, de l'application des lois dans l'espace. D'ailleurs les statuts locaux eux-mêmes renvoyaient souvent au droit romain. Il était tout à fait conforme par conséquent à la saine interprétation, puisqu'il s'agissait des habitants de Modène, de raisonner sur le terrain du droit romain.

Le corps de règles établi par les glossateurs.

C'est ainsi que les glossateurs furent, dans le courant du XIIIème siècle, amenés, à l'occasion des conflits de statuts, à poser quelques solutions d'ordre positif. Ces solutions sont sans doute en nombre assez restreint. Le corps de règles établi par les glossateurs a été plus particulièrement étudié par un

Source : BIU Cujas

professeur de l'Université de Munich, le professeur Neumeyer, dans deux séries d'ouvrages parues en 1901 et 1916, sur le développement juridique commun du droit international privé jusqu'à Bartole, c'est-à-dire l'oeuvre de l'école italienne jusqu'aux post-glossateurs. Il résulte des travaux du professeur Neumeyer que l'on rencontre un certain nombre de règles positives, notamment en matière de biens. En matière de biens, les glossateurs ont affirmé le pouvoir de la loi locale sur les choses dérivant du territoire, et ceci à propos notamment d'un procès qui avait été intenté contre un citoyen de Reggio en route pour Crémone, et traversant le territoire de Parme en transportant des denrées. Les statuts de Parme interdisaient le transit des blés et de la viande sous peine de confiscation. Il fut jugé que le citoyen de Reggio ne tombait pas sous le coup de la prohibition, parce que les denrées transportées par lui n'étaient point nées en territoire de Parme. Dès lors, elles ne pouvaient pas se voir imposer des lois qui n'étaient point faites pour ces choses.

°) En matière
iens pouvoir
le la loi loca-
le sur les
hoses déri-
ant du terri-
oire.

D'autre part, en matière de contrat, on voit apparaître une règle, qui va se développer : les contrats faits dans un certain lieu doivent être régis par le droit de ce lieu, et sans distinction des personnes qui ont conclu le contrat. C'est le premier germe de la règle, qui s'exprimera plus tard par l'adage "locus regit actum".

°) En matière
e contrat,
erme de la
ègle locus
egit actum.

Enfin, en matière de procédure, nous voyons également les premiers vestiges d'une règle qui se développera jusqu'à nos jours, et qui est appliquée partout : la distinction entre les règles, qui ont pour objet la forme, la litis ordinatio, et celles qui ont pour objet le fond, la litis decisio. C'est la distinction entre les litis ordinatoria et les litis decisoria qui domine encore à l'heure actuelle le droit international privé, et qui trouve ainsi sa source, dès le XIIIème siècle, dans les travaux des glossateurs.

°) En matière
e procédure,
istinction
tre les
rdinatoria
itis et les
ecisoria
itis.

L'Ecole des glossateurs tomba en discrédit à la fin du XIIIème siècle, et fut remplacée à l'école de Bologne même et dans les autres écoles de l'Italie, par une nouvelle école, un nouveau groupement de docteurs et de maîtres, à qui dans l'histoire on a donné divers noms : école des commentateurs, école des post-glossateurs, on l'appelle encore l'école scolastique ou bartoliste. Elle domina en Italie du XIVème siècle au XVIème siècle, et c'est elle qui, plus encore que l'Ecole des glossateurs, a laissé sa marque d'une manière indélébile sur le droit international privé de nos jours.

'Ecole des
ost-glossa-
eurs; ses
aractères.

Source : BIU Cujas

L'école des post-glossateurs, fondée par un ami de Dante, Cinus de Pistoie, possède tout un lot de juristes célèbres. Les deux qui ont le plus marqué dans l'histoire et la formation du droit international privé sont Bartole et Balde, Bartole qui vécut de 1314 à 1357, professeur à Pise et à Pérouse, et Balde qui vécut de 1327 à 1400, élève de Bartole, professeur également à Pérouse. On oppose l'école des bartolistes à celle des glossateurs sous le nom de commentateurs, à raison de leurs procédés différents de méthode. Le but de l'école des post-glossateurs était un but essentiellement pratique, plus pratique encore que celui des glossateurs. C'était un but de droit appliqué. Les écoles de droit étaient généralement entretenues par les municipalités, et les professeurs ne pouvaient maintenir leur enseignement qu'à la condition de traiter de façon très pratique les questions de droit qui leur étaient soumises par les tribunaux et par la pratique judiciaire. Pour aboutir à des solutions, ils puisaient la source de leurs décisions dans les lois romaines, comme le faisaient les glossateurs, mais non pas par une glose courte; au contraire, - et c'est là pourquoi l'école a pris son nom - ils faisaient des commentataires très détaillés, des dissertations même, des ouvrages scientifiques et il est fort juste de dire que ce sont les commentateurs qui ont créé le type de ce que nous appelons aujourd'hui le traité théorique et pratique de droit, qui a porté pendant le Moyen âge et jusqu'à la Révolution le nom de commentaire, suivant la méthode ou l'usage italien de la glose.

La méthode des post-glossateurs et sa valeur.

On a critiqué les bartolistes d'une manière générale et on leur a reproché d'avoir établi sur les textes du droit romain des théories, qui n'avaient rien de romain. Du point de vue du droit romain la critique est exacte. Du point de vue du droit italien du Moyen âge, il faut au contraire rendre justice à l'école de Bartole. Les bartolistes avaient en face d'eux des textes très anciens, mais qui avaient encore une application positive. Ils constituaient encore, à l'époque, le droit positif du temps. Ils ont fait ce que nous faisons nous-mêmes, après plus de cent ans de Code civil, ils ont pratiqué ce que nous appelons aujourd'hui la méthode d'assouplissement des textes, et la seule chose qu'il y ait à regretter c'est qu'ils n'aient point poussé davantage leur étude, qu'ils ne l'aient point appliquée notamment au droit commercial, s'étant spécialement attachés aux problèmes de ce que nous appelons aujourd'hui le droit civil, ayant abandonné d'une façon un peu méprisante sans doute, les règles de la consuetu

Source : BIU Cujas

do mercatorum, la coutume des marchands, qui s'est développée parallèlement.

Ceci dit d'une manière générale sur l'oeuvre des bartolistes, elle a eu, elle aussi, un éclat considérable. Des adages l'ont consacrée, comme avait été consacré précédemment l'éclat de la première école de Bologne. Personne n'est bon juriste, s'il n'est bartoliste.

es bartolistes
t les con-
'lits de lois.
'rincipales
loctrines
le l'Ecole.

Dès lors , il est de toute évidence que les questions de conflit de statuts, qui étaient déjà à ce moment les grandes questions soumises aux jurisconsultes, devaient attirer l'attention de l'école, et c'est des examens doctrinaux, auxquels se sont livrés notamment Bartole et Balde, que sont sorties les grandes règles du droit international privé, que nous observons encore aujourd'hui. (1)

Je ne ferai ici que marquer les points principaux de la doctrine bartoliste. C'est dans un opuscule écrit par Bartole sur la première partie du Code et la loi Cunctos populos que l'on rencontre les doctrines fondamentales de l'époque : Bartoli in primam codicis partem commentaria, commentaires de Bartole sur la première partie du Code, loi Cunctos populos, N° 13 et suivants. (2)

Les commentaires de Bartole constituent un véritable petit traité de droit international privé. Il étudie l'étendue d'application des statuts à deux points de vue, soit au delà des frontières du territoire auquel s'applique le statut, soit au point de vue des personnes qui y sont soumises. La dissertation porte sur un nombre important de points (sur 9 points). Elle est établie par matières séparées énumé-

---

(1) Pour plus de détails sur l'oeuvre de Bartole, cf. l'étude très soignée, qu'en a donnée, dans son Introduction au droit international privé, Armand Lainé, T.1, pp. 131 et ss; Surville : La théorie des statuts d'après Bartole et Dumoulin, Clunet 1921; Pillet : Traité de droit international privé, T. 1, N° 10 et 12, pp. 24 et ss.

(2) Il existe un assez grand nombre de textes de l'oeuvre de Bartole. L'édition assez courante sur laquelle a travaillé Lainé est de 1589. Depuis lors, en Amérique, le professeur Beale de l'Université de Halifax, a publié en 1914 une édition très soignée de Bartole "Bartolus Dissertation on the conflict of laws : les Travaux de Bartole sur les conflits de lois."

Source : BIU Cujas

rées à la page 134 de l'Introduction de Lainé. J'extrais de ces matières trois exemples, qui sont d'ordre classique et qui dégagent à la fois l'esprit, la méthode et les principales solutions de l'école.

1°) En matière de contrat.

D'abord en matière de contrat, c'est la première des matières à laquelle s'attache le célèbre jurisconsulte. Bartole examine dans une doctrine, que Pillet notamment qualifie de célèbre (Traité, p. 27), un contrat qu'il suppose passé par un étranger à Pérouse et faisant naître un litige au lieu d'origine de cet étranger. Bartole se demande alors quel statut doit prévaloir? Il y répond suivant la méthode de l'école, par un système de distinctions. Il distingue trois ordres de choses dans le contrat : la solennité, la procédure de l'instance et le fond même du procès.

a) La solennité, application de la lex loci actus.

La solennité du contrat, solemnitas contractus : il faut, dit Bartole, avoir égard au lieu où l'acte a été passé. C'est la loi du lieu, la lex loci actus, le statut du lieu où l'acte a été passé, qui est, dit le texte, applicable. Le statut du lieu de l'acte s'applique à l'exclusion de tout autre. Comment Bartole arrive-t-il à établir cette solution? C'est en s'appuyant sur un texte du Digeste, qui est l'un de ceux qu'a le plus souvent cité l'Ecole des commentateurs : la loi "Si fundus" au Digeste, au titre "de evictionibus". On posait dans ce texte la question de savoir dans une vente si la garantie doit être donnée conformément à la coutume du lieu où se fait la vente, ou d'après une autre règle. C'est sur le fondement de ce texte que Bartole dégage la solution de la "lex loci actus", d'où vient notre adage "locus regit actum".

b) La procédure de l'instance : lex fori.

La distinction mettait en second lieu à part la procédure de l'instance, litis ordinatio. Ici le statut applicable, c'est le statut du lieu où l'affaire est jugée, la "lex fori".

c)Le fond du procès : distinction entre les conséquences naturelles (lex loci actus) et les conséquences ex post facto (lex loci solutionis) ou lex fori.

Enfin, en ce qui concerne le fond même du procès ipsius litis decisio, Bartole sous-distinguait d'une part les conséquences naturelles du contrat, pour lesquelles la loi de formation du lieu était applicable, la lex loci actus, toujours par argument de la loi "si fundus"; et d'autre part, les conséquences nées de faits ultérieurs (par exemple une inexécution pour négligence), conséquences ex post facto, pour lesquelles Bartole appliquait, soit la loi du lieu d'exécution, la lex loci solutionis, soit la loi du lieu du procès, la lex fori, suivant les circonstances.

Tel est le premier lot de solutions bartolistes qui sont parvenues jusqu'à nous.

La deuxième matière sur laquelle il y a lieu de

Source : BIU Cujas

2°) Le testament; l'hypothèse du testament de Venise; la notion de coutume favorable.

s'arrêter, c'est celle du testament, parce que Bartole, qui développe sa doctrine sur l'hypothèse du testament de Venise, a choisi une espèce, qui elle aussi, est restée classique. D'après le statut de Venise, le testament n'avait besoin pour sa solennité que de deux ou trois témoins, pour simplifier les formalités, tandis que le droit romain, qui avait multiplié les formes du testament, exigeait sous son dernier aspect applicable en Italie, la présence de sept témoins, ou dans certains cas exceptionnels de cinq seulement. (C. 2.10 de testam. 31) La question se posait de savoir si un étranger de passage à Venise pouvait tester dans la forme vénitienne, ou au contraire devait se plier aux formalités exigées par les constitutions du Code de Justinien. Bartole trancha la question par la solution favorable aux étrangers et déclara le statut de Venise applicable au testament aussi bien aux étrangers que des citoyens de Venise. Les arguments donnés par Bartole à l'appui de cette décision sont d'abord un certain nombre d'arguments de textes, mais aussi et surtout, il fit prévaloir un argument d'ordre rationnel. Une coutume qui diminue les formalités, est une coutume utile, bonne et favorable pour tout le monde, pour le testateur, pour les héritiers, les témoins, et dès lors, la loi du lieu, lorsqu'elle est favorable, doit l'emporter sur toute autre : utilis et bona et favorabilis.

c) en matière d'exterritorialité des statuts, distinction entre les statuts odieux et les statuts favorables.

Cette considération de la coutume favorable, nous allons la trouver beaucoup plus développée dans le troisième lot de solutions, qui figurent dans l'opuscule de Bartole à l'endroit même où il parle de l'extension hors du territoire de certains statuts - nous dirions aujourd'hui de l'exterritorialité de certains statuts - les statuts prohibitifs non pénaux, les statuts comportant des prohibitions, mais qui ne relèvent pas du droit pénal, qui relèvent du droit civil, par exemple l'interdiction des legs entre époux ou encore le règlement des biens successoraux dans certains cas.

C'est en présence de ces questions, et notamment de ce que l'on a appelé la "causa" anglaise, la question anglaise, que s'est posée la question de savoir, lorsque quelqu'un laissait des biens en Angleterre et en Italie, comment devait être partagée la succession et si l'on devait appliquer le droit d'aînesse que, jusqu'à une époque très récente, le droit anglais a sanctionné. C'est au sujet de ces diverses espèces que Bartole a été amené à distinguer, suivant que les statuts contiennent une prohibition favorable aux

Source : BIU Cujas

personnes ou au contraire défavorable aux personnes. Si le statut contient une prohibition favorable, "continet prohibitiones favorabiles", il doit être étendu hors du territoire. Au contraire, s'il contient "prohibitionem odiosam", une prohibition regrettable, le statut ne s'étend pas au delà du territoire de la cité, et c'est précisément la solution que l'on donnait à la question anglaise, à la question du droit d'aînesse.

C'est cette distinction faite par Bartole (N° 6 de sa Dissertation) entre ce que l'on a appelé les statuts favorables et les statuts odieux, qui est surtout restée dans la mémoire des jurisconsultes, lorsqu'on examine l'oeuvre de Bartole. Car l'oeuvre de Bartole et l'oeuvre de Balde, son successeur, après avoir connu un très grand succès, s'est trouvée décriée et critiquée en France, comme nous le verrons, et plus particulièrement en raison de cette distinction entre les statuts favorables et les statuts odieux. On a aussi critiqué la manière dont, en passant, suivant les procédés scolastiques de l'époque, Bartole avait essayé de tirer argument des textes. Pour faire la distinction dans les statuts favorables ou odieux, Bartole recherchait - et c'est une distinction sur le sens de laquelle nous aurons à nous expliquer - si la disposition était ad rem ou in personam, s'appliquait aux choses ou s'appliquait aux personnes. Pour y parvenir, il recherchait par quels mots commençait la phrase du texte qu'il invoquait comme argument. Si le texte commençait par le mot "Bona...", c'était, disait-il, une solution ad rem; si, au contraire, le texte disait "primogenitus succedat", l'aîné succède, c'était une disposition in personam. C'est d'après cette distinction que l'on établissait si le statut était favorable ou odieux.

Telle est très rapidement la doctrine de Bartole, et les solutions de l'Ecole aboutirent, par les procédés que je viens d'indiquer, à un certain nombre de règles, qui s'implantèrent par la suite. Nous trouvons, dans l'oeuvre bartoliste, la sujétion du citoyen aux lois de la cité, et le rattachement au statut du domicile, pour les questions concernant la personne, nous y trouvons les origines de la règle "locus regit actum", la compétence de la loi du lieu de formation du contrat, et enfin la distinction entre l'ordinatio litis et la decisio litis; nous trouvons donc la consolidation et le développement des solutions positives dégagées par la première Ecole des glossateurs.

Solutions positives dégagées par les Bartolistes.

La méthode des bartolistes a donné lieu à critique. Cette méthode se caractérise par deux traits

Caractère scolastique

Source : BIU Cujas

et casuistique de leur méthode.

fondamentaux : la scolastique et la casuistique. La scolastique, tout d'abord, adoptait les procédés de discussion du Moyen âge. D'une part elle abondait en divisions et sous-divisions, extrêmement raffinées, et d'autre part, elle tenait toujours à se rattacher à un ou plusieurs textes pour le fondement des solutions proposées. Voilà par quoi elle était scolastique. D'autre part, on l'a qualifiée de casuistique, parce que l'école ne tendait pas à dégager des principes généraux. Elle étudiait les espèces cas par cas, et si elle arrivait à des groupements comme ceux de Bartole, des groupements de matières, c'étaient des groupements d'un caractère analytique, rassemblant les espèces similaires entre elles, mais procédant toujours espèce par espèce, et en se gardant bien de poser des principes généraux, qui ne se sont dégagés que par la suite en vertu de la coutume.

Appréciation de leur méthode.

Ce sont ces deux traits : scolastique et casuistique, qui ont servi de fondement aux graves critiques adressées à l'école de Bartole. L'abus des distinctions et sous-distinctions, le rattachement forcé à des textes, le morcellement des solutions, qui conduisait à des contradictions, à des solutions qui n'arrivaient pas à dégager entre elles des éléments de correspondance, ont été critiqués d'une façon fondée. Cependant le droit international privé doit répondre à ce qu'il peut se trouver d'exagéré dans ces critiques. En droit international privé, sans tomber dans les excès de la scolastique, les distinctions sont indispensables. D'autre part, en rattachant aux textes leurs solutions, les bartolistes n'ont pas fait autre chose que ce que nous faisons nous-mêmes aujourd'hui, à savoir, à rechercher dans chaque pays les éléments du droit positif de ce pays, auquel les solutions peuvent être rattachées. Et si vraiment le défaut de scolastique entachait les solutions de Bartole, il faut reconnaître que cet excès était le défaut du temps, c'était la méthode qui s'imposait au Moyen âge; on tâchait toujours d'opposer autorité à autorité, des textes écrits à des textes écrits.

Quant au reproche tiré de la casuistique, ce n'est point à nous de critiquer cette méthode, parce qu'elle examine les espèces telles qu'elles se présentent. Cette méthode pratique, concrète, nous l'adoptons aujourd'hui, nous la mettons en usage à tout instant, à propos de nos espèces jurisprudentielles. C'est une manière analytique de présenter la matière et nous verrons que l'école de Savigny, qui possède aujourd'hui chez nous un grand nombre de disciples, ne procède pas autrement que par l'examen des espèces et le groupement analytique des cas similaires.

Source : BIU Cujas

Concluons donc sur l'école de Bartole que les critiques qui lui sont adressées étaient adressées au chef du droit international privé, et qu'elles n'étaient point absolument pertinentes. L'école de Bartole a souffert du fait que, d'une manière générale, elle a dans l'étude du droit romain, en tant que droit romain, été justement supplantée par l'école des Humanistes, l'école de la Renaissance qui, remontant aux sources, reprenant la langue romaine classique, a refait du droit romain une étude historique Mais il ne faut pas oublier que les bartolistes étaient des praticiens; ils faisaient non pas du droit romain, mais du droit italien de leur temps, et si l'on veut alors porter sur cette école une appréciation équitable, il ne faut pas perdre de vue le but qu'ils cherchaient et auquel ils s'étaient adonnés.

Différents noms donnés à cette Ecole.

Telle est l'oeuvre de ce que l'on a appelé l'école italienne ou l'école de Bologne, école de Bologne bien qu'un certain nombre des juristes italiens aient professé dans d'autres universités. Mais l'éclat de l'école de Bologne était tel que l'on a conservé le nom de l'école fondamentale. On parle de l'école de Bologne comme de l'école italienne par excellence, et l'on qualifie de méthode bolonaise la méthode que je viens d'indiquer. On dit aussi école italienne - et la première école italienne. On dit école italienne, parce qu'elle a été principalement engendrée par les cités lombardes. Mais ce serait une injustice d'oublier que parmi les disciples de l'école de Bologne, il y a eu des Français et des Français célèbres, Jacques de Revigny et Pierre de Belleperche, qui furent de très grands juristes du XIIIème siècle et du début du XIVème siècle, et qui étaient parmi les disciples des bartolistes. Si l'on parle d'école italienne, il ne faut pas oublier que même à cette époque des Français y avaient collaboré. D'autre part, on dit première école italienne, parce que nous allons voir que ce nom est réservé également dans la science du droit international privé à l'école de la personnalité du droit, qui a été fondée par Mancini, et que l'on appelle alors la seconde école italienne, par opposition à l'école de Bologne.

L'Ecole a-t-elle créé une théorie?

Enfin, on donne le nom de "théorie des statuts" à l'ensemble doctrinal, qui est sorti de l'Ecole des glossateurs et de l'Ecole des post-glossateurs. Cette expression : "théorie des statuts" a été également critiquée. On a estimé que le mot théorie était inexact, car il n'y a pas de système se dégageant de l'ensemble des solutions des glossateurs et des post-glossateurs. Ce sont des solutions éparses sans cet

Source : BIU Cujas

essai de construction scientifique qui justifie le nom de "théorie". D'autre part, il faut remarquer que cette expression de théorie des statuts est beaucoup plutôt applicable à la théorie française, qui a succédé à la théorie italienne. Le nom de "théorie des statuts" s'est attaché surtout à la construction doctrinale, qui divise les statuts en deux catégories : statuts réels et statuts personnels. C'est pourquoi, en bonne terminologie, il est préférable de parler de l'école - que nous venons d'étudier sous le nom d'école italienne ou d'école de Bologne, en réservant l'expression de "théorie des statuts"aux théories qui ont été émises en France entre le XVIème siècle et le XVIIIème siècle.

§ 2 - L'apport français.

s précédents
s conflits
coutumes
ant le XVIème
ècle.

L'apport français à la formation de la coutume internationale est considéré plus particulièrement comme s'étant réalisé du XVIème siècle à la fin du XVIIIème siècle. Mais ce n'est pas à dire que le droit français n'avait point connu, avant le XVIème siècle, les conflits de coutumes. De très bonne heure en France, en même temps qu'en Italie, ces questions se posaient. Les Parlements français en étaient également saisis, et c'est une question que se posent certains historiens de savoir si la question des conflits de coutumes ne s'est pas posée en France avant même de s'être posée en Italie. En particulier, un professeur d'histoire du droit de l'Université de Leyde, le professeur Metjers, dans plusieurs écrits de 1914 et 1922, a établi, contrairement d'ailleurs à l'opinion du professeur Neumeyer de Munich, qu'en France dans certains ressorts de tribunaux, notamment dans le ressort du Parlement de Paris ou à l'Echiquier de Normandie, des questions analogues à celles des questions posées en Italie s'étaient présentées, et en particulier la fameuse question anglaise, le point de savoir dans quelle mesure la primogéniture emportait un privilège particulier dans la succession des parties.

euvre de syn-
hèse de la
octrine et de
a jurispru-
ence.

Quels que soient ces précédents, c'est surtout en face de la contribution française du XVIème siècle au XVIIIème siècle qu'il faut se placer. L'apport français se résume en un effort de synthèse, consacrant les solutions coutumières, englobant les solutions données par les Bolonais, mais les encadrant dans l'ensemble d'une théorie de caractère général, et les enrichissant de quelques solutions originales. D'autre part, il faut noter que la source du droit français en cette matière est presque exclusivement constituée par ce que nous appelons aujourd'hui la

Source : BIU Cujas

doctrine et la jurisprudence. Très peu de coutumes ont tranché expressis verbis la question du conflit de leurs dispositions avec les dispositions d'autres coutumes. On trouvera dans l'Introduction de Lainé (T. I, pp. 288 et ss.), les quelques rares dispositions coutumières sur la matière. Gardons l'idée générale que c'est la jurisprudence des Parlements guidée par la doctrine des auteurs qui, à la fin du XVIIIème siècle, avait constitué pour la plus grande partie - nous allons le voir - la coutume internationale.

I - Première phase : XVIème siècle : Dumoulin et d'Argentré.

La première phase est celle du XVIème siècle. Deux noms la dominent, ceux de deux auteurs considérables que l'on se plaît à mettre en parallèle et à imaginer, parfois d'une façon exagérée, en conflit : Dumoulin et d'Argentré.

Charles Dumoulin, avocat au Parlement de Paris est mort en 1566. C'était un praticien de grande valeur, et non seulement il montra une énergie et une fougue particulières dans l'exercice de sa vie professionnelle, mais c'était un militant. La vie publique l'attirait; il avait comme doctrine politique l'unité française, l'unité réalisée autour de la couronne de France, l'unité de droit par-dessus la diversité des coutumes; il fut un des premiers à lutter pour l'unification du droit privé en France. Poursuivi par les polémistes du temps, dénoncé pour ses opinions gallicanes, sa maison fut mise au pillage, ses livres furent mis à l'index, il fut obligé de se réfugier à l'étranger, et il termina sa vie comme professeur de droit en Allemagne à l'Université de Tubingue où il professa depuis l'âge de 54 ans jusqu'à sa mort.

Dumoulin a-t-il été le dernier des Bartolistes ou le premier des statutaires?

Les opinions de Dumoulin ne furent pas exclusivement consacrées aux conflits de coutumes. C'était un avocat pratiquent, qui dans toutes les matières du droit rendit au cours de sa vie professionnelle des "consilia", des consultations célèbres. Mais ses opinions en matière de conflit de coutumes sont celles qui sont restées de toute sa carrière les plus classiques. C'est une question discutée de savoir si, en ce qui concerne les conflits de statuts et de coutumes, Dumoulin, dans l'ensemble de son oeuvre, fut le successeur des Italiens, ou le précurseur de l'école française. Autrement dit, pour employer les termes du Professeur Pillet, "Si Dumoulin a été le dernier des bartolistes ou le premier des statutaires, des tenants de la théorie des statuts". Sur cette question les auteurs divergent. Lainé était d'avis que Dumoulin n'avait fait que suivre les précédents des auteurs italiens; Pillet, au contraire, tient Dumoulin pour le premier des statutaires et cette

Source : BIU Cujas

opinion a été partagée récemment dans une étude publiée dans les Mélanges pour le jubilé du professeur Fournier, 1929, par M. Meylan ("Statuts réels et personnels dans la doctrine de Dumoulin. Mélanges, Fournier, pp. 511 et ss.). Peut-être la vérité est-elle entre ces deux opinions. Dumoulin s'est inspiré incontestablement de la doctrine italienne. Il en a accepté la plupart des solutions, mais d'autre part, en portant son attention sur l'un des points particuliers, la distinction des statuts qui visent la chose, ou qui visent la personne, Dumoulin a frayé la voie aux représentants de l'école française.

L'ensemble de sa doctrine en matière de conflit de lois a été exposé dans ses leçons à Tubingue et c'est plus particulièrement dans ses commentaires sur la loi Cunctos, parus en 1604, qu'il faut aller rechercher l'essentiel de sa doctrine. (T. III des oeuvres complètes de Dumoulin parues en 1681, T. IV de l'édition de 1658).

Il faut rapprocher les commentaires de Dumoulin de certaines de ses consultations, et notamment le célèbre consilium 53, dans lequel se trouve étudiée une question, d'où est sortie la théorie la plus originale de Dumoulin, celle qui est demeurée, qui a fondé littéralement par la doctrine une des règles les plus importantes du droit international privé. C'est à cette originalité que je vais m'arrêter.

grande ginalité de oulin sur nature du trat; la - ion de con- tion tacite le principe l'autonomie la volonté.

Cette partie la plus originale de l'oeuvre de Dumoulin est celle qui est relative à la substance des contrats. Quelle loi doit-on appliquer au contenu du contrat? Les Bolonais appliquaient au contrat, quant au fond, la lex loci contractus, la loi du lieu où le contrat avait été passé, et ceci pour diverses raisons. D'abord raison de textes; ils s'appuyaient sur la loi "si fundus"; puis ils avaient cette conception, assez imagée qu'il fallait, pour examiner la loi applicable au contrat et trancher la question, s'attacher à l'idée de naissance du contrat. La naissance du contrat fixait la loi applicable au contrat, comme la naissance de la personne la plaçait sous l'empire d'un statut, lui imposait les dispositions de cette loi. Enfin, on avait aperçu dans certains auteurs, disciples de Bartole, une idée, dont Dumoulin allait reprendre le principe : l'idée de convention tacite. Cette idée, que Dumoulin a fait sienne, est proclamée dans son consilium 53 et ensuite dans ses leçons pour en faire sortir une règle, un principe, que nous exprimons aujourd'hui dans la formule plus moderne de l'autonomie de la volonté en matière de contrat.

Quand Dumoulin est-il arrivé, et à quelle occa-

Source : BIU Cujas

L'affaire des époux Ganey. Du régime national à appliquer aux époux mariés sans contrat. L'idée de convention tacite et la recherche de la volonté des parties d'après les circonstances.

sion est-il arrivé à produire cette doctrine célèbre? Il s'était efforcé, en sa qualité d'avocat praticien, de faire prévaloir, dans toutes les provinces, la coutume de Paris qui établissait la communauté coutumière, comme régime matrimonial de droit commun pour deux époux mariés sans contrat. Il fut saisi de la question de savoir si la coutume de Paris pouvait produire des effets dans la région lyonnaise où le régime était différent. C'est la fameuse consultation aux époux de Ganey pour laquelle Dumoulin fit alors prévaloir, au sujet de la question de la restitution de la dot, les solutions incluses dans la coutume de Paris, par préférence à celles de la coutume qui régnait à Lyon et des principes du droit romain. Dumoulin reprit dans ses leçons de Tubingue la question en l'appliquant d'ailleurs à un autre exemple local, mais ce qui importe surtout, c'est sa doctrine. Dumoulin en pareil cas déclare que la coutume de Paris doit l'emporter, parce qu'elle est la loi du domicile du mari au moment du mariage, et que cette coutume doit être considérée comme réglant le statut matrimonial en vertu d'un pacte tacite entre époux. Il a été tacitement convenu, écrivait-il, que le mari aurait sur la dot les droits déterminés par le statut sous l'empire duquel se sont formées les conventions matrimoniales. Le dernier statut du lieu où le mari avait son domicile au moment du mariage est celui où la femme s'attendait à avoir également le sien après le mariage. Ce sont donc ces lois, ces textes, ces règles, que les époux ont eu en vue, et c'est ce statut qui doit entrer en considération dans l'action rei uxoriae, et en faire la base "Ex tacito vel praesumpto contractu a consuetudine locali", le tout par un contrat tacite ou présumé, introduit sur la base de la coutume locale : "Consuetudo inest contractui" la coutume est entrée dans le contrat. Elle fait partie du contrat comme une loi privée et conventionnelle voulue par les contractants. Telle est la solution qu'il donnait dans sa consultation. Reprenant alors, d'une manière générale, et en principe fondamental, sa théorie, dans ses leçons de Tubingue, Dumoulin écrivait : "Le droit est dans la mentalité, dans l'esprit tacite et vraisemblable des contractants. La source du droit est dans l'état d'esprit apparent et tacite des contractants". "Jus est in tacita et verisimile mente". Comment connaîtra-t-on l'état d'esprit des parties? Comment guider, chercher cette enquête psychologique? Dumoulin le dit : il faut interroger, analyser les circonstances de volonté "circonstancia voluntatis", dont la plus importante est le statut du lieu dans lequel les

Source : BIU Cujas

contractants ont leur domicile. Telle est la doctrine la plus célèbre de Dumoulin. Nous allons voir qu'elle a été admise par le Parlement de Paris et qu'elle est devenue partie intégrante de la coutume internationale.

Détermination de la loi personnelle par le domicile. Ressemblance sur ce point avec d'Argentré.

Dumoulin ne s'est point borné à exposer ce point particulier. On rencontre dans toute son oeuvre la consécration des solutions italiennes, et en particulier il a donné une très grande importance à la loi du domicile comme loi personnelle des parties. Nous allons retrouver immédiatement dans la doctrine de d'Argentré une opinion concordante, ce qui a concouru à faire pénétrer dans la coutume internationale le principe de la loi du domicile à la base du statut personnel.

Le régionalisme de d'Argentré, et le commentaire de la coutume de Bretagne.

D'Argentré, dans toute son oeuvre comme dans toute sa personne, se présente comme la véritable antinomie de Dumoulin. Il était magistrat, il présidait le présidial de Rennes. Il est né à Vitré en 1519; il est mort en exil lui aussi, en 1590. Il était donc à peu de chose près le contemporain de Dumoulin. Il avait 19 ans de moins que lui, et il lui survécut de 24 ans. Il avait contribué par ses écrits, par toute son autorité, par toute son action politique, lui aussi, à une oeuvre infiniment différente et en sens inverse de celle de Dumoulin. Tandis que Dumoulin était un régalien, prédécesseur des doctrines de la monarchie absolue et luttant pour l'unité française autour de la couronne de France, d'Argentré était un régionaliste, il était pour l'indépendance de la Bretagne, et c'est à cette doctrine qu'il dût les persécutions de la fin de sa vie. Il avait consacré son oeuvre scientifique à l'étude de la coutume de Bretagne, et publié un commentaire important de cette coutume "Commentariae in patrias Britonum leges seu consuetudines generales antiquitates Britanniae", les commentaires sur les coutumes paternelles de la Bretagne. Les points particuliers sur lesquels les conflits de coutume surgissaient en Bretagne étaient les questions de donation et de testament, plus particulièrement l'art. 218 relatif aux donations. Pour le calcul de la quotité disponible du tiers, qui figurait dans l'article 218 de la coutume de Bretagne, on se demandait s'il fallait faire entrer en compte les biens immobiliers ou mobiliers situés en dehors du territoire de la Bretagne. C'est en face de cette question que d'Argentré en vint à approfondir le problème qui l'amena à publier en 1584 une dissertation intitulée "De statutis personalibus et realibus",

Les conflits dans la coutume de Bretagne, à propos de la quotité disponible.

Source : BIU Cujas

et c'est dans cette courte dissertation que d'Argentré a inséré l'essence de sa doctrine, son principe, sa théorie, nous dirions même sa synthèse, qui après des fortunes diverses, nous allons le voir, est devenue le cadre classique de la théorie des statuts.

Rejet par d'Argentré de la méthode et des solutions bartolistes.

Comment d'Argentré en est-il venu à cette conception? Il attaque violemment les doctrines italiennes non seulement les conclusions de l'école italienne, mais les méthodes, cette méthode de distinction, de sous-distinction, cette méthode de subtilité scolastique, qu'il appelle "les fautes impardonnables des scolastiques", et il remplace toutes ces subtilités et divisions par une construction très simple. Il rejette l'analyse, il procède par synthèse. Il ne veut plus de la distinction entre le fond et la forme, la procédure et le fond, les contrats, les délits, les testaments, les successions, ces têtes de chapitre de l'école analytique italienne. Et quant au point de départ de la glose, il le rejette également. Il n'accepte pas que l'on examine le point de savoir quelle est la force exterritoriale des statuts, en recherchant le lien des statuts avec les sujets qu'il régit ce qui était précisément le point de départ du commentaire de la loi Cunctos populos; "Statutum non ligat nisi subjectos", dit d'Argentré. Ce point de départ, il le rejette complètement, et il remplace le tout, d'une part par une construction très simple, et d'autre part par un point de départ différent de celui de la glose.

Construction de d'Argentré: Distinction des statuts réels (relatifs aux immeubles) et personnels (personnes et meubles, loi du domicile).

Sa construction se compose d'une division bipartite. Deux éléments, deux termes interviennent dans la construction de d'Argentré. D'une part, on mettra dans une première catégorie les choses tenant au sol immeubles ou héritages, et, dès lors, pour ces sortes de biens, dans chaque lieu, c'est la coutume locale qui sera applicable. D'Argentré écrit proprement : "Les immeubles ne sauraient être régis par un autre droit que le droit du territoire. Il doit en être ainsi dans les contrats, de même dans les testaments de même dans tous les actes. Rien, quant aux immeubles, ne peut être décidé en vertu de volontés privées, ni pareillement ne peut se juger contre la loi du lieu où ils sont situés". D'Argentré donne aux règles de ce genre le nom générique de statuts réels. Ce sont les statuta, les règles, qui ont un caractère tenant aux choses.

Deuxième catégorie. - Pour le droit des personnes, auquel il faut rattacher celui des meubles qui est identique, les personnes, et avec elles les meubles, sont régis par la loi du domicile. D'Argentré donne aux règles de ce genre le nom générique de

Source : BIU Cujas

statuts personnels. Telle est la construction.

Point de départ de sa théorie : autorité strictement territoriale des coutumes.

Quant au point de départ, il est différent de celui de la glose, Le pouvoir des coutumes, dit d'Argentré, se limite aux frontières du territoire qu'elles régissent "Finita potestate, finita jurisdictio et cognitio". L'autorité des coutumes est strictement territoriale, parce qu'elles ne peuvent avoir plus d'étendue que la puissance du législateur. C'est cette doctrine que Loisel dans ses Institutes coutumières va résumer dans un axiome célèbre : "Toutes coutumes sont réelles", c'est-à-dire que l'autorité des coutumes est strictement territoriale.

Justification de l'application aux personnes de la loi du domicile.

Telle est dans son ensemble la doctrine de d'Argentré. Elle doit être complétée par deux précisions. D'abord, la justification de l'application de la loi du domicile, en matière de personnes. Pourquoi d'Argentré admet-il que c'est le domicile qui fixe la loi applicable aux statuts personnels? C'est parce que, dit-il, il faut considérer la situation des personnes relativement au sol comme la situation des choses. Il est logique de considérer l'attache au sol des personnes, le jus soli, d'établir parallèlement à la lex rei sitae, la lex personae sitae. Le domicile, c'est l'attache perpétuelle d'une personne au sol. Les personnes, écrit d'Argentré, ne sont pas enfermées dans les bornes des champs ni dans les murs des villes, elles en peuvent sortir, elles ont une liberté illimitée de changer de résidence, elles n'ont d'attache qu'à leur domicile. La personne une fois affectée d'un état quelconque par la loi ou par le droit de son domicile y demeure perpétuellement soumise et ne peut s'en dégager par de simples changements de résidence.

Telle est la justification donnée par d'Argentré. Mais il n'est pas moins vrai que sa doctrine contient sur ce point, malgré l'habileté de l'explication, une contradiction interne. Car en admettant que le statut des personnes soit le statut de leur domicile, lorsque ces personnes quittent le territoire de la coutume, elles emportent avec elles la loi de leur domicile, et par conséquent imposent sur le territoire d'une coutume voisine l'application extra-territoriale de leurs propres coutumes. Que devient alors le point de départ "Finita potestate, finita jurisdictio et cognitio"? Telle est la contradiction interne de la doctrine.

Restriction apportée à l'application des statuts personnels par

La seconde addition, qu'il convient de faire dans ces remarques sur la doctrine de d'Argentré, c'est que d'Argentré restreignait au maximum la portée des statuts personnels, et ceci au cours de son oeuvre au moyen de l'Introduction d'une classe

Source : BIU Cujas

la catégorie des statuts mixtes soumis à la réalité.

subsidiaire de statuts, que d'Argentré prétendait avoir imaginée, mais dont on rencontre déjà plus ou moins les principes chez les Italiens : c'est la catégorie des statuts mixtes. Les statuts mixtes concernent à la fois la personne et la chose. Il est aisé de voir que cela peut être la catégorie la plus considérable. Dans les cas de statuts mixtes, d'Argentré n'hésite pas à imposer la solution de la réalité. Il y a des dispositions qui paraissent avoir en vue la personne, et cependant c'est la chose qui est principalement considérée. Il y a là un mélange des personnes et des choses, "qui casus mixtus est de personis et de rebus", et dans ce cas, dit-il, il faut tenir pour secondaire la considération des personnes et donner compétence au statut du lieu où l'immeuble est situé.

II - La théorie française des statuts au XVIIIème siècle.

Eclipse de la théorie de d'Argentré au XVIIème siècle. Sa résurrection au XVIII° siècle combinée avec des solutions italiennes.

Voici comment les deux protagonistes de la doctrine française au XVIème siècle envisageaient la question. Sur leurs contemporains, les doctrines de Dumoulin et de d'Argentré n'eurent guère de prise. Les doctrines italiennes furent raillées impitoyablement par Guy Coquille dans ses coutumes du Nivernais, dans des termes qui sont restés bien connus. D'autre part, les idées de d'Argentré n'eurent aucun retentissement en France. A ce moment, on était à l'époque des guerres de religion. Après quoi, la monarchie d'Henri IV tendit à fonder l'unité de pouvoir et de droit rêvée par Dumoulin, si bien que l'état d'esprit du public était absolument à l'inverse des idées de d'Argentré. Comment se fait-il qu'au XVIIIème siècle nous trouvions en France, après l'éclipse du XVIIème siècle, la synthèse de d'Argentré toute puissante et combinée dans un mélange, à la fois très hardi et très harmonieux, avec les solutions italiennes. Il est de ce résultat des causes occasionnelles et des causes plus profondes.

Les conférences de la Bibliothèque; les ouvrages de Boullenois et de Froland.

La cause occasionnelle fut - chose curieuse - une donation faite à l'Ordre des avocats au Parlement de Paris par l'un de leurs confrères, dont le nom est resté honoré au Palais, Maître de Riparfont. Riparfont avait légué toute sa bibliothèque à l'Ordre des avocats du Parlement de Paris, à la condition que l'Ordre instituerait des conférences entre avocats portant sur ce que l'on appelait au Palais à l'époque les questions mixtes, c'est-à-dire les difficultés nées des conflits de coutumes. Il institua alors une série de conférences, auxquelles fut donné le nom de conférences de la Bibliothèque. Une fois par semaine, en 1717, et pendant 5 années, les avocats se réunirent pour discuter, éloquemment bien entendu, ces questions. Il en fut ainsi pendant 5 années, mais en

Source : BIU Cujas

1722 les conférences cessèrent, à raison de la crise économique, à raison des conséquences désastreuses engendrées par les guerres du début du XVIIIème siècle, bref par le malheur des temps. Mais les plaidoiries ne furent point perdues, elles avaient été recueillies, elles allaient figurer dans les livres, et deux avocats qui avaient pris une part active à ces conférences, s'adonnèrent à la tâche d'en publier la substance : c'est Froland, originaire de Normandie, et Boullenois, né à Paris; l'un mourut en 1746, l'autre en 1762. Il y eut entre les deux confrères un conflit de priorité peu confraternel, car ils luttèrent à qui publierait le premier les résultats de ces conférences. L'un émit un court Mémoire, l'autre en 1727 inséra dans un Mémoire consacré à une autre question une dissertation sur les statuts personnels, réels ou mixtes. Laissons cette querelle. Chacun donna et nous a légué un travail très important. Froland a laissé deux volumes (1729) intitulés "Mémoire concernant la nature et la qualité des statuts". Boullenois, qui avait d'abord écrit cette dissertation sur les statuts personnels, réels et mixtes, consacra sa vie à d'autres ouvrages, mais toute son activité fut consacrée au travail, auquel il tenait le plus, et après 30 années d'études, en 1766, il publia en deux volumes in quarto un grand traité "De la réalité et de la personnalité des lois", qui va rester l'ouvrage fondamental, dont s'inspirera la doctrine internationale, notamment Story, et qui va fixer la théorie française. Telles furent les causes occasionnelles.

Avantages de la doctrine de d'Argentré au point de vue de la pratique judiciaire.

Il est des causes plus profondes. Tout d'abord, en France, les esprits sont toujours désireux d'obtenir, par besoin de logique, la satisfaction d'une classification simple et d'une construction rationnelle. Or, il est incontestable que la classification de d'Argentré conduisait à une de ces catégorisations claires, pratiques, un peu spécieuse peut-être, mais comme on les aime dans la pratique et au Palais. D'autre part, les idées de d'Argentré, qui n'avaient pas su pénétrer en France au XVIème siècle et au XVIIème siècle, avaient fait leur chemin en Europe; elles avaient pénétré dans les Flandres, en Hollande, en Allemagne. Elles y avaient donné lieu - nous allons le voir - à des travaux remarquables. Le traité de Boullenois s'est inspiré directement de l'ouvrage du juriste flamingant Rodenburgh, si bien qu'on peut dire sans exagération que le droit comparé avait conduit à l'introduction ou à la réintroduction en France d'une doctrine nationale. Les idées de d'Argentré revinrent de l'étranger pour pénétrer à nouveau dans le pays. A ces travaux, à ces raisons, il faut

Influence de la doctrine de d'Argentré en Hollande et sa réintroduction en France. Le président Bouhier.

Source : BIU Cujas

joindre encore l'autorité des observations émanant d'un juriste éminent de l'époque, membre de l'Académie française, le président Bouhier, qui mourut en 1746, président au Parlement de Dijon. Dans ses "Observations sur la coutume du duché de Bourgogne", les chapitres XXI à XXXVI sont consacrés à la matière des conflits. Bouhier, et après lui, Pothier et Merlin, dans leurs ouvrages, ont consacré à la veille de la Révolution toute la théorie.

La théorie française des statuts à la veille de la Révolution.

En définitive, à la veille de la Révolution française, derrière d'innombrables divergences de détails, se révèle une doctrine unique, que l'on peut appeler exactement la théorie des statuts, et où se condensent l'apport français et le fond commun coutumier. Dans son Introduction au droit international privé, Lainé résume cet apport en trois propositions.

1°) Classification des statuts quant à leur objet et à leur étendue en statuts réels et statuts personnels.

Premièrement : toutes les lois sont réparties en deux classes : statuts réels et statuts personnels. Cette division en statuts personnels est faite à un double point de vue. Premièrement, au point de vue de l'objet des statuts : sont réels les statuts qui ont pour objet unique ou principal la condition des biens; sont personnels les statuts qui ont pour objet unique ou principal la condition des personnes. Par conséquent, le premier point de vue de la classification, c'est l'objet des statuts.

Le second point de vue, c'est l'étendue d'application des statuts : le statut réel est celui qui est borné au territoire de la coutume où il existe. Il a la même étendue que la res, le sol, qui est la chose par excellence. Il a dans cette circonscription un empire absolu, et tel est précisément le sens de l'adage de Loysel "Toutes coutumes sont réelles". Le statut personnel, à l'inverse, est celui qui s'attache aux personnes, et les suit hors du territoire. Mais il ne s'attache aisni qu'à certaines personnes, celles qui ont leur domicile dans le ressort du statut en question. Telle est la première proposition.

2°) La réalité est la règle, la personnalité l'exception.

Deuxième proposition : la réalité est la règle, la personnalité est l'exception. Sans doute, les auteurs et les praticiens n'ont point manqué de s'emparer de la catégorie intermédiaire ou subsidiaire qu'avait imaginée d'Argentré, celle des statuts mixtes, qui a donné lieu au XVIIIème siècle à de très nombreuses discussions. Mais, malgré la tendance manifestée par les uns et par les autres relativement à cette catégorie, il est demeuré incontestable que le principe était la réalité et que l'exception était la personnalité.

3°) Justification de

Enfin troisième proposition : la réalité tient à la souveraineté féodale des coutumes : la personnalité

Source : BIU Cujas

'application
u statut
ersonnel par
'idée de jus-
ice (et non
e courtoisie
nternationale)

tient à l'idée de justice, fondement de la personnalité des lois. Lainé dégage cette dernière donnée de la doctrine de la fin du XVIIIème siècle. En effet, l'esprit logique des juristes, auquel je faisais allusion, ne pouvait se satisfaire de laisser subsister dans une construction aussi sévère la contradiction que je signalais tout à l'heure dans l'oeuvre de d'Argentré. Comment admettre l'exterritorialité? La territorialité trouve son explication aisément; elle imprègne toute la doctrine de d'Argentré, c'est le principe féodal que toute la puissance vient de la terre, du territoire. Mais comment admettre l'exterritorialité? La doctrine française, d'après Lainé, a fini par dégager la raison profonde pour laquelle il fallait admettre que le statut de celui qui a son domicile dans un ressort le suit dans les ressorts voisins : c'est une idée de justice, parce que le droit l'exige ainsi. Le droit, c'est là une expression nouvelle que l'on trouve dans la doctrine de la fin du XVIIIème siècle; elle se substitua à la formule que les auteurs de l'école hollandaise, nous le verrons, avaient imaginée au XVIIème siècle, celle de la courtoisie internationale. L'idée de loi, l'idée de droit, l'idée de justice, a pénétré; c'est celle que l'on retrouve à la base de la personnalité des lois et celle qui justifie cette contradiction, qui jusqu'alors paraissait assez difficile à légitimer.

ritique de la
héorie.
ère confusion
ntre réalité,
erritorialité,
ersonnalité,
xterritoria-
ité.

Telle est la théorie des statuts et elle mérite bien son nom. Elle a un aspect doctrinal complet; elle comporte un principe, une construction, un point de départ, des applications pratiques; elle a gardé de la théorie italienne l'expression de statuts pour bien montrer le lien qui unissait encore l'école française et l'école d'au delà des Monts.

La doctrine moderne adresse à la théorie des statuts un certain nombre de critiques, et la critique porte tout d'abord sur la confusion à laquelle d'Argentré a conduit la doctrine française, confusion entre l'objet et l'étendue des statuts. Cette confusion a été funeste, car elle s'est perpétuée encore aujourd'hui dans le langage de la pratique. Les termes de réel et de personnel sont devenus la source d'une très grande confusion. Le mot réel, réalité, dans son sens propre vise les lois concernant les choses, res, les biens, exemple les lois sur la propriété. Ce sont des lois réelles, des statuts réels. Le mot personnel, personnalité, vise les lois concernant les personnes, telles que les lois sur l'état et la capacité des personnes, qui sont les statuts personnels. L'erreur de l'ancien droit a été de confondre et d'identifier dans une même terminologie statuts réels et statuts

Source : BIU Cujas

territoriaux, statuts personnels et statuts extraterritoriaux. Il n'est nullement nécessaire, nous le verrons, qu'une loi, un statut soit personnel, pour qu'il produise des effets à l'étranger. De même, un statut, lorsqu'il n'est pas réel, peut s'étendre à tout le monde sur le territoire. Exemple, les dispositions d'ordre public ne statuent pas sur des questions de choses, et cependant elles s'étendent à tout le monde sur un territoire déterminé. Voilà la première et principale critique qu'on adresse traditionnellement à la théorie des statuts. Une autre critique a visé l'exagération de la distinction. La généralité de la formule est excessive. Tous statuts sont réels ou personnels, dit-on. On a admis la classe des statuts mixtes, dont le contenu était variable, mais il y a des statuts qui ne sont certes applicables ni aux choses ni aux personnes. Les lois sur la forme extrinsèque des actes, les dispositions sur la compétence judiciaire, les règles sur les effets internationaux des jugements, pour ne citer que ces exemples, montrent qu'il est exagéré de dire que tous les statuts sont réels ou personnels, et que la formule pêche par excès de généralité.

2°)Exagération de la formule: tous statuts sont réels ou personnels.

Enfin la dernière critique adressée par nos contemporains à la théorie des statuts, c'est que derrière une rigidité de façade, cette théorie a laissé place à beaucoup de subjectivisme. Un très grand nombre d'auteurs ont classé d'une manière arbitraire les statuts dans l'une et l'autre catégorie, sans qu'un critérium très clair permette de discriminer objectivement celui qui a absolument raison.

3°) Place trop grande laissée au subjectivisme.

Ainsi la théorie des statuts a laissé place à diverses critiques. Il faut cependant retenir à l'actif de l'apport français que c'est cette théorie qui a fourni à la coutume internationale et au monde entier le système rationnel qui était susceptible, dans le milieu des praticiens, dans les auditoires des tribunaux, de lutter contre l'impressionnisme et d'y substituer les solutions reposant sur la logique. La doctrine française est appuyée sur des formules claires et simples. Elle a confirmé les principales solutions coutumières, elle leur a même donné des formes et des expressions qui sont demeurées classiques dans tous les pays. C'est au XVIII° siècle que l'on rencontre pour la première fois, dit Lainé, dans une décision prise par le Parlement de Paris, en 1721, dans la forme, devenue classique, l'adage "Locus regit actum". C'en est assez pour justifier l'activité et l'action scientifique françaises.

L'apport de la doctrine française.

Source : BIU Cujas

§ 3 - L'apport des Pays-Bas et de l'Allemagne.

L'apport des provinces du nord de la France, de la Belgique, des Pays-Bas et de l'Allemagne à la formation de la coutume internationale s'est produit principalement au XVIIème siècle, c'est-à-dire au cours du siècle, qui en France n'avait point donné aux doctrines des statutaires, et particulièrement de d'Argentré, une attention favorable et une attache de sympathie.

I - L'apport néerlandais. L'état politique des provinces des Pays-Bas à la fin du XVIIème siècle.

L'état politique des provinces des Pays-Bas, avant et après la proclamation de l'indépendance des provinces septentrionales en 1579, avait amené les villes et les campagnes des Flandres et des Pays-Bas à des sentiments d'autonomie, à une passion d'indépendance restée légendaire. Autour de l'Université de Louvain, créée au XVème siècle, un mouvement scientifique se dessina. A cette époque un édit de 1531 ordonna la rédaction des coutumes locales, édit qui ne fut point d'ailleurs toujours observé, car on redoutait que, par la rédaction des coutumes, précisément, l'indépendance de la législation de chaque localité souffrît dans une certaine mesure.

L'Ecole de Louvain et son adhésion à la doctrine italienne.

A l'origine, l'Université de Louvain s'était rattachée aux doctrines italiennes, et il est incontestable que la condition des villes commerçantes des Flandres, analogue à celle des villes du nord de l'Italie, appelait une parité de questions et une similitude de solutions. Aussi un certain nombre de juristes de l'Ecole de Louvain, notamment le professeur Peckius, appelaient-ils Bartole et Balde "principes juris magistri"; les chefs de l'Ecole italienne étaient alors les chefs de l'Ecole flamande. Toutefois, au cours du XVIème siècle, un mouvement d'esprit territorialiste l'emporta sur les doctrines italiennes. Il est assez difficile de se rendre compte des raisons, pour lesquelles un état de choses, en apparence similaire dans la Flandre comme dans la haute Italie du Moyen âge, amena une conséquence diamétralement inverse. Le premier des principes de l'Ecole de Bologne était le principe de la personnalité du droit et les provinces flamandes se rattachèrent au contraire à l'esprit territorialiste absolu. Pillet (Traité N° 18) n'y voit pas d'explication satisfaisante. Depuis lors, on en a trouvé une dans le particularisme local. En effet, on aperçoit, lorsque l'édit perpétuel du 12 Juillet 1611 ordonna définitivement la rédaction des coutumes dans ces pays rebelles

La conception territorialiste au XVIème siècle; ses causes dans le particularisme local.

Source : BIU Cujas

à toute autorité, sous des sanctions très sévères, que plus de cinquante coutumes, correspondant au territoire actuel de la Belgique, de la Flandre et de l'Artois français, furent rédigées. C'est donc le particularisme local qui amena dans ces pays la conception territorialiste absolue, qui cependant est celle de la féodalité.

L'Ecole de 1611 de l'application en matière de testament de la lex rei situs.

On en a la preuve dans les matières de droit international privé, dans une disposition de l'édit perpétuel du 12 Juillet 1611 dans l'art. 13, qui vise le statut, la loi applicable en cas de testament. Voici quelle est cette disposition : "Si dans le lieu de résidence du testateur et de la situation des biens il y a diversité de coutumes pour le regard de ses dispositions de volonté, nous ordonnons qu'en tout ce qui touche la qualité des biens, si on veut en disposer, la quantité, la forme et la solennité, on suivra les coutumes et usances de la dite situation". C'est donc une application généralisée de la lex rei sitae, de la lex situs, préconisée et ordonnée en matière testamentaire. C'est donc le triomphe de la territorialité, et on peut attribuer à cette influence l'accueil immédiat fait par les contemporains de d'Argentré.

Adoption de la doctrine de d'Argentré aux Pays-Bas; Bourgoigne et Rodenburgh.

Les doctrines de d'Argentré trouvaient donc un terrain favorable dans les Flandres. Deux auteurs ont répandu dans ces pays la doctrine de d'Argentré en le citant, en faisant son éloge, et en commentant ses théories : Bourgoigne et Rodenburgh. Nicolas Bourgoigne , dont les ouvrages en latin sont signés Burgundus, était avocat à Gand. Il professa le droit à Ingolstadt et fut membre du Conseil de Brabant. En 1621, il publia un opuscule traitant des coutumes des Flandres, et où les sept premières dissertations sont consacrées au conflit des lois et au conflit des coutumes. Dès le début il se réclame de d'Argentré, qu'il qualifie "Vir excellentissime ingenuii". Sa dissertation contient, en termes très nets, toute la doctrine de d'Argentré, la division en deux éléments, la prédominance absolue de la réalité, l'admission des statuts mixtes et la restriction de la personnalité aux seules matières de l'état et de la capacité.

Christian Rodenburgh était membre du Conseil d'Utrecht. Sa dissertation se trouve en tête d'un ouvrage sur les rapports pécuniaires entre époux, "De jure conjugam", publié à Bruxelles en 1634 et en 1676. Le titre de cette introduction est assez curieux, car c'est l'une des premières fois, sinon la première, que l'on trouve même antérieurement à Huber l'expression de conflit de statuts. "De jure quod oritur ex statutorum vel consuetudinum discreptantium conflictu,

Source : BIU Cujas

des conflits qui ressortent du conflit des statuts ou des coutumes qui sont divergentes. L'expression de conflit des lois apparaît donc déjà dès 1643 en l'opuscule de Rodenburgh. Rodenburgh, lui aussi, se réfère expressément à d'Argentré, dont il fait l'éloge, "In opere illo erudito quod scripsit ad consuetudine britannicae". Il développe sa théorie ainsi que le faisait Burgundus, et l'ouvrage de Rodenburgh a été inséré in extenso au siècle suivant par Boullenois à la fin du volume de ce dernier, au tome II. Boullenois s'est servi à tout instant de Rodenburgh au cours de son ouvrage.

L'apport de ces deux auteurs de la première moitié du XVIIème siècle est donc très net. Ils ont servi de trait d'union entre la France et les pays du Nord et en même temps au XVIIème siècle, entre la doctrine de d'Argentré et celle des auteurs du XVIII° siècle, qui ont fini par l'admettre comme Bourgoigne. Mais l'oeuvre de Bourgoigne et de Rodenburgh ne se borne pas à ces seuls services. Ils ont dans une certaine mesure innové dans la doctrine des statuts en essayant d'introduire une liaison entre l'objet et l'effet, conception que nous retrouvons par la suite dans un certain nombre d'autres doctrines.

Développement de la doctrine hollandaise dans la deuxième moitié du XVIIème siècle : les deux Voet et Huber.

La deuxième moitié du XVIIème siècle vit alors se développer la théorie en Hollande et en Allemagne. L'Ecole néerlandaise de la deuxième moitié du XVIIème siècle est représentée par deux auteurs portant le même nom, le père et le fils, les deux Voet, Paul Voet et Jean Voet, Paul Voet professeur à l'Académie d'Utrecht, Jean Voet professeur à l'Académie de Leyde. Entre eux deux se place le célèbre Ulric Huber. Ce sont ces trois auteurs qui forment plus particulièrement l'Ecole hollandaise, qui a porté au maximum les principes de territorialité développés par d'Argentré.

Son triple apport à la coutume internationale.

Cette Ecole hollandaise, extrêmement célèbre, se caractérise par un triple apport à la coutume internationale. En premier lieu, l'Ecole a fourni une explication à l'exterritorialité des coutumes, explication recherchée et trouvée dans une formule nouvelle : la doctrine de la courtoisie, comitas. En second lieu, elle a introduit dans le droit commun coutumier l'élément nettement international. Enfin, en troisième lieu, elle a adopté une terminologie définitive; elle a introduit et adopté dans le droit international privé une terminologie classique que la suite des temps a consacrée. Tel est le triple apport de l'Ecole néerlandaise. Je vais m'arrêter successivement à chacun de ces trois points.

En premier lieu, la doctrine de la courtoisie,

Source : BIU Cujas

1°) Théorie de la comitas, fondement de l'exterritorialité de certains statuts.

comitas. C'est certainement une des doctrines les plus célèbres du droit international. L'expression de comitas, ex comitate, pour caractériser le principe en vertu duquel on faisait fléchir le summum jus de la territorialité a été imaginée par Paul Voet et reprise par Huber et Jean Voet. On comprend les raisons qui ont amené ces docteurs à formuler cette doctrine. La contradiction de la théorie de d'Argentré était manifeste. Comment admettre que les coutumes soient territoriales, et strictement territoriales, et que d'autre part, dans certaines matières, comme en particulier dans la matière de l'état et de la capacité, on soit amené à admettre sur le territoire d'une coutume l'application de la coutume voisine? C'est dans les rapports de courtoisie de peuple à peuple, de prince à prince, de voisin à voisin, que la doctrine hollandaise va rechercher la solution du problème. Paul Voet a indiqué la théorie; il a commencé à la désigner dans ses deux ouvrages "De statutis eorumque concursu" et "Mobilium et immobilium natura". Dans ce dernier écrit, il emploie fréquemment l'expression "nisi ex comitate", à moins que ce ne soit pour raison de courtoisie que le statut territorial reçoit exception. "J'ai préféré, écrit-il dans un autre passage, recourir au seul sentiment de l'humanité, en vertu de laquelle un peuple voisin observe par courtoisie les décrets de son voisin, "Malui ad solam humanitatem recurrere, quam populos vicinus vicina decreta comiter observat". D'autre part, l'expression comiter revient à un autre endroit de la dissertation "De statutis eorumque concursu".

Cette doctrine, que l'on dit encore être en vigueur dans les pays anglo-saxons, quoique la chose soit contestable, a été reprise par Huber dans ses célèbres leçons sur le droit civil, "Praelectiones juris civilis" en 3 livres (1686). Le titre III, appendice en 10 pages contient toute la matière du droit international privé. Lainé a écrit que ces dix pages ont eu autant de poids que dix volumes. Huber est célèbre pour avoir condensé en trois axiomes la doctrine de la territorialité. C'est dans le troisième axiome que Huber concentre toute la force de la doctrine de la courtoisie et c'est sur le troisième axiome de Huber que s'est dressée toute la théorie anglo-saxonne. "Les chefs des Etats par courtoisie font en sorte que les lois de chaque peuple, après avoir été appliquées dans les limites de son territoire, conservent leurs effets en tout lieu, pourvu que ni les autres Etats ni leurs sujets n'en reçoivent aucune atteinte dans leur pouvoir ou dans leur droit". Ce n'est pas seulement la consécration de la

Source : BIU Cujas

théorie des droits acquis internationalement, la consécration de la théorie du respect international des droits acquis, dans les premiers mots de l'axiome, les chefs d'Etats par courtoisie, "rectores imperiorum id comiter agunt", nous retrouvons les bases mêmes de la doctrine. Enfin Jean Voet, dans une série de passages de son traité "De statutis" établit, lui aussi, la doctrine de la courtoisie. Nous y retrouvons les mots ex comitate, comiter, etc... Ainsi on fonde en réélité le droit international privé, puisque c'est la fondation même de l'exterritorialité des lois et statuts. On va le fonder, non pas sur une idée de droit, non pas sur une obligation entre Etats, sur une nécessité qui pèserait sur les juges de chaque Etat pour les obliger à observer dans certains cas les lois des autres Etats, mais sur une faveur, une concession révocable, une idée de courtoisie, de bienveillance; on applique avec bienveillance les lois étrangères, quand on le juge convenable, et aussi longtemps qu'on le juge convenable.

Comment les auteurs de Hollande ont-ils été amenés à établir cette doctrine, en dehors même du besoin de satisfaire la logique? C'est qu'à ce moment l'esprit international se développait, comme je vais maintenant le préciser en m'attachant au deuxième apport, au deuxième point de la doctrine : l'introduction dans le droit commun coutumier de l'élément international.

*) Introduction dans le droit commun coutumier de l'élément international; le conflit des droits des Etats substitué au conflit des coutumes.

C'est dans les écrits de Huber particulièrement que l'on trouve pour la première fois peut-être le point de vue international dégagé et mis en évidence. La partie même, où Huber dans ses Praelectiones a développé la théorie, l'indique dans son intitulé : "De conflictu legum diversarum in diversis imperiis", du conflit des lois diverses dans les divers empires. C'est pour la première fois que nous voyons apparaître ces expressions d'empires et de républiques, qui vont caractériser la portée de la doctrine, qui va cesser d'envisager simplement le conflit des coutumes, pour envisager le conflit des droits des divers pays - on dira plus tard des diverses nations. Dans le 3ème des axiomes de Huber on voit apparaître l'expression "rectores imperiorum", les chefs des Etats. Nous voyons les mêmes expressions dans les deux autres axiomes : dans le premier "leges cujusque imperii vim habent in termino ejusdem", les lois de chaque empire régissent les limites de son territoire. C'est la première fois que nous voyons apparaître la notion d'Etat, la notion d'empire, la notion d'empire national. De même dans le deuxième axiome : "... doivent être considérés comme les sujets d'un Etat"; c'est toujours

Source : BIU Cujas

le mot imperium qui apparaît. L'idée internationale est entrée dans les conflits de lois.

Raisons d'ordre international qui ont influé sur cette conception.

Sous quelle influence cette idée s'est-elle formée? Il ne faut pas oublier qu'à cette époque la Hollande s'est signalée à l'attention de tous les esprits comme étant dès ce moment la terre par excellence des conventions internationales. Les grands traités de paix de l'époque se négociant sur son territoire ou à proximité de son territoire. La lutte contre Louis XIV, la révolution d'Angleterre, l'avènement de la dynastie des Orange, avaient mis la Hollande au premier plan de l'attention dans les évènements internationaux. D'autre part, un juriste international, le premier, le grand fondateur, appartenait à la Hollande : c'était Hugo de Groot qui écrivit, sous le nom de Grotius, en 1625 le "De jure belli ac paci". Aussi ne faut-il pas s'étonner de voir les deux premiers axiomes de Huber justifiés, non seulement au regard du droit pur, ex summo jure, mais aussi au regard de la raison naturelle. C'est donc une doctrine de droit naturel, une doctrine de droit des gens, professée sur le terrain nettement international.

3°) Consécration de l'expression conflit de lois.

Voilà le deuxième et important apport de l'Ecole hollandaise à la coutume internationale. Le troisième nous le connaissons déjà : c'est, d'après Rodenburgh, la consécration de l'expression "De conflictu legum" que Huber par son autorité avait fait entrer définitivement dans la terminologie de droit international privé, que la suite des temps a consacrée.

II - L'apport allemand. Cocceji, Hert; la justice substituée à la comitas comme fondement de l'exterritorialité.

En dehors de cette contribution, il y a lieu de signaler un apport extrêmement précieux dû à la même époque, à la fin du XVIIème siècle, à deux écrivains allemands : Henri Cocceji et Nicolas Hert, qui signait Hertius. Les deux ouvrages de ces auteurs reprennent les doctrines statutaires, les doctrines de d'Argentré, reproduisent en les critiquant, d'une façon parfois assez acerbe d'ailleurs, les distinctions introduites sur la base de la division entre statuts réels et statuts personnels. L'apport particulier de ces deux auteurs a été d'outrepasser les conceptions de pure courtoisie, que nous rencontrions dans la deuxième proposition de l'Ecole néerlandaise. Ce n'est pas sur la base de la courtoisie, que l'exterritorialité des statuts et des lois s'impose, d'après Cocceji comme d'après Hert, c'est sur la base d'un droit véritable, du jus gentium. Hert, particulièrement, a repoussé l'idée de la "mutua indulgencia". Il estime que, si les peuples doivent observer dans certains cas des lois autres que celles qui sont édictées, c'est ex jure, et non pas ex indulgencia, et c'est là qu'il faut aller rechercher, comme l'a

Source : BIU Cujas

remarqué Lainé, la source de cette idée, reprise par les auteurs de la fin du XVIIIème siècle en France, que ce n'était pas en vertu d'une bienveillance mutuelle, mais par respect de l'esprit de justice, que les peuples doivent observer dans certains cas les lois des autres pays.

§ 4 - La formation coutumière internationale dans la première moitié du XIXème siècle.

La contribution de Story et de Savigny dans la 1ère partie du XIXème siècle.

Tel est le résultat des apports du XIXème siècle des Ecoles belge, hollandaise et allemande, et pour couronner la formation coutumière internationale, il ne reste plus qu'à signaler deux contributions considérables apportées à cette formation, au cours de la première moitié du XIXème siècle, dans les pays anglo-saxons par Story, en Allemagne par Savigny. Jusqu'à l'apparition du principe des nationalités et la généralisation de la codification du droit privé, qui se marque dans la seconde moitié du XIXème siècle, l'effort de Story, les ouvrages de Savigny, ont consacré et couronné la coutume internationale en matière de conflits de lois.

L'oeuvre de Story; le premier traité systématique de D.I.P. - raisons qui provoquèrent sa rédaction.

Joseph Story, juge à la Cour suprême des Etats-Unis, professeur à l'école de droit de Harvard, publia en 1834 une première édition d'un ouvrage intitulé "Commentaires sur le conflit des lois", "Commentaries on the conflict of laws". Cet ouvrage reçut une seconde édition en 1841. Les éditions se succédèrent, se multiplièrent, se répandirent, non seulement dans les Etats-Unis, mais dans l'Europe continentale.

Quelles sont donc les raisons, qui avaient amené un légiste des Etats-Unis d'Amérique à doter le droit international privé de son premier traité scientifique, et nous allons le voir, de son intitulé actuel? Dans les Etats d'Amérique, dès la constitution de la République américaine, qui avait laissé à chaque Etat sa législation propre, les conflits de législations entre Etats devaient nécessairement se multiplier. Où donc les auteurs américains pouvaient-ils aller rechercher la source de la solution des co,flits britanniques, qui se présentaient journellement devant la barre de leurs tribunaux et s'imposaient à l'attention des praticiens américains?

Les sources de Story = la doctrine hollandaise adoptée en Angleterre en matière de conflits.

A cette époque, les sources générales du droit des Etats-Unis d'Amérique étaient encore la common law d'Angleterre, le droit commun anglais, que, bien que révoltés et insurgés, les Américains, faute de mieux, avaient été obligés d'adopter comme base du droit commun dans tous leurs Etats. Or, la jurisprudence anglaise de la fin du XVIIIème siècle et du

Source : BIU Cujas

commencement du XIXème siècle était une jurisprudence inspirée par les doctrines des auteurs des Pays-Bas. Il y a là un fait historique important, sur lequel il est nécessaire de s'arrêter un instant. L'Angleterre, non seulement par la dynastie orangiste et par le courant d'affaires commerciales qui la reliait à la Hollande, avait été depuis deux siècles en relation intellectuelle constante avec les Pays-Bas. Au moment de la négociation des grands traités internationaux de l'époque, et notamment du traité d'Utrecht, les diplomates anglais fréquentèrent les juristes de Hollande et se rendirent compte de la valeur de leur doctrine au point de vue international, et aussi au point de vue pratique. Car il ne faut pas oublier que, sur le territoire de la Grande-Bretagne, à cette époque, des droits divergents étaient en vigueur, particulièrement le droit de l'Ecosse et le droit de l'Angleterre. Le droit de l'Angleterre est un droit coutumier particulier, le droit de l'Ecosse est un droit écrit à base de droit romain. A l'heure actuelle encore les textes du droit romain sont en vigueur comme lois positives en Ecosse. Il y avait donc dès cette époque, et il y a encore, en Angleterre des conflits de droit constants, et c'est pour cette raison que les étudiants d'Ecosse et d'Angleterre allèrent fréquenter les universités des Pays-Bas, et notamment celle d'Utrecht et de Leyde. Ils en rapportèrent les doctrines hollandaises, et l'application en fut faite constamment à la fin du XVIIIème siècle et dans la première moitié du XIXème, par les tribunaux d'Angleterre dans des circonstances de droit international public, comme en matière de droit maritime, et aussi en matière de droit international privé. Un très grand nombre d'émigrés, appartenant à des familles nobles de France, s'étaient réfugiés en Angleterre, y avaient contracté mariage, y étaient décédés faisant des testaments ou laissant des successions ab intestat; ce qui fit naître des questions de droit international privé, auxquelles les juges d'Angleterre appliquèrent les solutions hollandaises en citant Voet, Huber et tous les écrits des docteurs hollandais : c'est dans cette jurisprudence que Story alla chercher les premières sources de son Traité général sur les conflits de lois.

Voilà comment, de Hollande, les doctrines des docteurs hollandais passèrent en Angleterre où elles restent encore en honneur, puis aux Etats-Unis, où elles ont formé la base complète du travail sur les conflits de lois de Joseph Story.

La doctrine française, et

Mais ce n'est pas à cette seule source que le droit des Etats-Unis de l'époque alla s'alimenter. Il

Source : BIU Cujas

l'oeuvre de Story.

retrouva également la source française, et il est assez curieux de voir par quel moyen Story avait sous les yeux l'ouvrage tout récent écrit par un auteur décédé en 1833, un jurisconsulte de la Nouvelle-Orléans, c'est-à-dire d'un des Etats des Etats-Unis d'Amérique encore à cette époque, et heureusement encore aujourd'hui, laissé sous l'influence française, qu'y avait semée les fondateurs de la Louisiane. Le langage était français, les usages étaient français, les livres étaient français. Il ne faut pas oublier que dans la Louisiane fut promulgué un code en français, qui n'était autre que le code préparé par les commissaires de l'an VIII pour le Code civil français. Samuel Livermore écrivit en 1833 une dissertation sur la contrariété des lois. Il l'écrivit en anglais pour répandre les connaissances parmi les divers Etats d'Amérique; c'est la "Dissertation on the contrainty of laws." Mais l'ouvrage entier est inspiré des livres français, et notamment de Froland, de Bouhier, de Boullenois, de Pothier et de Merlin. C'est là, Story nous le dit dans la préface de la première édition de son ouvrage, qu'il s'est documenté, en s'excusant d'ailleurs avec une probité toute scientifique, de citer de seconde main. Mais entre la première édition de 1834 et la deuxième édition, Story fit venir aux Etats-Unis d'Amérique tous les ouvrages de langue française. Sa deuxième édition s'inspire directement des ouvrages français, et d'ailleurs même dans la première édition, la phrase placée en épigraphe sur la couverture du livre est une phrase empruntée à Boullenois.

Ainsi est établi que Story est le premier écrivain, qui ait synthétisé dans un ouvrage doctrinal la coutume internationale du XVIIIème siècle. Il a réuni toutes les sources de l'époque, la source hollandaise, la source française et les écrits de l'Ecole de Bologne qu'il cite à tout instant d'après les ouvrages français, et aussi directement d'après les sources. C'est donc le premier traité systématique sur le droit international privé en tant qu'objet spécial de branche de science juridique, et c'est là le premier apport, la contribution la plus importante, que la jeune République des Etats-Unis ait apporté au vieux continent européen.

Le succès de l'oeuvre de Story sur le continent.

C'est d'ailleurs sur le continent européen que les doctrines de Story se répandirent immédiatement; dès l'apparition de son ouvrage, on voit publier en Angleterre des ouvrages sur le conflit des lois ou sur le droit international privé : ce sont les deux ouvrages restés classiques, car on en donne encore

Source : BIU Cujas

des éditions renouvelées, et ils sont encore dans toutes les mains : l'ouvrage de Burg, "Les commentaires sur les lois coloniales et étrangères étudiées généralement et dans leurs conflits entre elles"; (1838) et l'ouvrage de Westlake, Traité de droit international privé (1858) "Treaty on private international laws". En France, l'ouvrage de Story a fait la base, et d'ailleurs très honnêtement aussi il le proclame, des travaux de l'avocat Foelix, le fondateur de la Revue étrangère et française qui, en 1843, publia un traité du droit international privé ou du conflit des lois des différentes nations, en matière de droit privé. Immédiatement après, Mailher de Chassat publia un Traité des statuts ou le Droit international privé, en 1845.

Non seulement Story a doté le droit international privé du premier traité systématique doctrinal, mais il l'a proclamé comme branche spéciale du droit, et du droit international. Par les matériaux qu'il a employés, par son intention même, il reprend les idées de Huber et il le cite d'ailleurs. Il fait du conflit des lois une branche du droit international. Mais c'est lui qui le premier a distingué le caractère privé de cette branche. Dans le § 9 de son livre, il indique que cette branche, quoique appartenant au droit public, doit être proprement dénommée droit international privé, parce qu'elle est principalement vue et touchée dans son application aux affaires communes privées, et que rarement elle touche à la dignité des négociations nationales ou des controverses nationales.

Les caractères de l'oeuvre de Story. Rejet de la distinction des statuts réels et personnels.

Il ne faudrait pas croire cependant que Story ait entièrement souscrit aux doctrines de l'école territorialiste, et notamment à la division des statuts en deux classes. C'est ici que nous touchons à ce que les théories de Story ont de particulièrement important pour la méthode en droit international privé. Il rejette la méthode de d'Argentré et revient à la méthode bolonaise. Ce retour à la méthode de la plus ancienne des écoles, préconisé par un juriste d'un pays neuf, est un fait digne d'attirer l'attention. Sans doute, il ne va pas jusqu'à admettre les divisions et subdivisions de la scolastique bolonaise. Il la critique, au même titre qu'il critique les subtilités de la doctrine de la théorie des statuts. Tout cela, dit-il, ce sont des beautés métaphysiques et une sorte d'étalage de savoir, qui ne peuvent que rendre perplexe un juriste praticien. Mais s'il rejette la scolastique, il adopte la casuistique, et en cela, il se conformait à la tradition du droit commun, qui faisait la base du droit commun américain de son

Retour à la méthode casuistique des Bolonais et à leur

Source : BIU Cujas

division des matières.

époque, et qui fait encore la base du droit commun américain de l'époque actuelle : la common law d'Angleterre, laquelle n'a progressé et ne progresse que cas par cas, espèce par espèce, car il ne faut pas oublier qu'en Angleterre de tous temps, et encore aujourd'hui, le cas jugé fait autorité. Une fois une sentence judiciaire rendue par un tribunal supérieur ou suprême, la décision s'impose avec la même force qu'une loi écrite pour tous les successeurs et pour toutes les cours de rang égal ou inférieur à la cour qui a rendu la sentence. En conséquence, la méthode bolonaise, consistant à progresser cas par cas, espèce par espèce, trouvait donc en pays anglo-saxons un terrain exceptionnellement favorable. Il ne faut donc pas nous étonner de voir la méthode casuistique recueillie et appliquée en Angleterre et en Amérique.

Mais il y a plus. Même en rejetant les divisions ou subdivisions de l'Ecole de Bologne, par la seule méthode scientifique; Story était amené à établir une répartition de matières. Sans doute, les Anglo-saxons ne sont pas comme les juristes français des constructeurs de systèmes, ils juxtaposent, ils ne construisent pas; mais pour juxtaposer, il faut placer les matériaux les uns à côté des autres, il faut distinguer les matériaux entre eux, et c'est cette distinction que nous retrouvons dans le livre de Story et, inconsciemment ou consciemment, il a repris la division en matière par matière, que les Bolonais, et notamment Bartole, avaient introduite, et c'est ainsi que se trouve ressuscitée et restaurée la méthode bolonaise dans les pays anglo-saxons.

Admission de la théorie de la comitas.

Enfin Story a, d'une manière explicite, apporté l'appui de son autorité à la doctrine de la courtoisie internationale. Bien que des décisions anglaises, sur lesquelles il s'appuyait, aient déjà antérieurement à lui recueilli cette doctrine, qui cadrait merveilleusement avec l'esprit territorialiste et féodal de l'Angleterre, Story a introduit aux Etats-Unis la doctrine de la courtoisie internationale. Il la préconise, il la proclame, alors que son prédécesseur Livermore, inspiré par les doctrines françaises, l'avait critiquée comme insuffisante, en disant que c'était une matière de moralité supérieure. Seulement, comme c'était un esprit large et ouvert aux données de son temps, il s'est bien rendu compte que cette doctrine était éphémère, et serait remplacée bientôt par une doctrine de droit. Au § 645 et dernier de son livre, revenant sur l'idée de la doctrine de la comitas gentium, il écrit ces mots : "Nous pouvons de ce qui précède, entretenir l'espérance que dans peu de temps la comita gentium ne sera

Source : BIU Cujas

que le synonyme d'un autre nom, qui sera la justice des nations".

Pour compléter l'étude de la coutume internationale, il reste à donner les indications concernant l'apport fait par Savigny au fond commun international.

de Savigny et son traité de Droit romain contemporain.

Frédérick-Charles de Savigny était né en 1779, à Francfort-sur-le-Main, d'une famille française; il mourut en 1861 à Berlin, où il était professeur à l'Université. Il avait écrit un grand Traité de droit romain, mais de droit romain contemporain, c'est-à-dire de droit romain, tel qu'il était appliqué de son temps en Allemagne, où il formait derrière les systèmes particularistes le droit commun de tout le pays. L'ouvrage s'intitule donc "Traité systématique du droit romain contemporain". "System des Heutiges Römischen Rechts". C'est dans le tome VIII de ce Traité, commencé en 1840, et paru en 1849, que figure l'exposé des matières, qui se réfèrent au droit international et aux conflits de lois. (Traduction française de Guenoux 1851. Bibliothèque de la Faculté : Edit. allemande N° 27.164; Edit. française : NO 27.942).

Il y a sur le système de Savigny un très grand nombre d'écrits, qui ont été publiés dans toutes les langues. En français, on pourra se reporter principalement à un cours fait à l'Académie internationale de La Haye en 1929, intitulé "Le développement historique du droit international privé", par le professeur Max Gutzwiller (Recueil des cours de l'Académie de La Haye, 1929, tome IV, tome XXIX de la collection). Le chapitre relatif à Savigny, dont l'auteur a fait une étude particulière, est le chapitre IV, pp. 352 et ss. Ce chapitre donne toutes les indications bibliographiques désirables, concernant le système de Savigny. On pourra se reporter également à l'étude écrite dans les Mélanges en l'honneur de Pillet par M. Gaudemet, professeur à Strasbourg, (1924, pp. 289 et ss.). Consulter aussi "La théorie des conflits de lois dans l'oeuvre de Pillet et les doctrines de Savigny".

Savigny n'est certes pas le seul en Allemagne qui, au début du XIXème siècle, ait traité la matière des conflits de lois, des collisions de lois. Elle avait été répandue d'ailleurs à la fin du XVIIème siècle par les précurseurs comme Cocceji et Hert. Il y a dans l'ordre du droit international privé, au début du XIXème siècle en Allemagne, des noms très importants à signaler, comme celui se Schaeffner, mais Savigny mérite une place à part pour l'apport considérable dont le droit international privé et la science des conflits de lois lui sont redevables,

Source : BIU Cujas

notamment pour la manière dont il a retourné le point de départ bolonais, tout en perfectionnant la méthode bolonaise.

L'apport de Savigny. I - Exposé systématique des conflits.

Quels sont exactement les apports de Savigny au fond commun international? A certains égards, ils se rapprochent de ceux de Story, dont d'ailleurs Savigny connaît l'ouvrage et dont il s'est inspiré. En premier lieu, comme Story, Savigny a tenté de réaliser un traité systématique de la matière. Il a envisagé les conflits de lois dans leur ensemble. Il les a examinés et soumis à sa méthode et en a présenté un exposé scientifique, plus scientifique d'ailleurs par la répartition des matières que ne l'avait fait Story, qui avait tant soit peu juxtaposé à la manière anglo-saxonne.

- Rejet de a théorie de a courtoisie internationale - base uridique de application e la loi trangère

En deuxième lieu, comme Story également, Savigny a établi une théorie et une théorie de droit international. Mais il rejette, - et c'est là un des premiers points par lequel il se distingue de Story - l'idée de la comitas gentium. Il n'admet pas que ce soit par un accord amiable que les pays doivent respecter les lois des autres pays. Les lois étrangères doivent s'appliquer : c'est une obligation d'ordre juridique, qui s'impose aux juges de tous les pays. Il a développé cette idée notamment sous le § 348 de son ouvrage (trad. française p. 31). En propres termes, il expose qu'il ne peut pas y avoir de considération à l'accord amiable entre les Etats souverains. Il existe sans doute un accord amiable entre les souverains, dit-il, mais il ne faut pas voir dans cet accord l'effet d'une pure bienveillance, l'acte révocable d'une volonté arbitraire, mais bien plutôt un développement propre du droit. C'est donc une théorie juridique, une obligation d'ordre juridique, qui s'impose en pareille matière. Ce n'est pas seulement une théorie de droit, c'est aussi une théorie de droit international. Sur ce point encore, Savigny est très précis. Dans le même paragraphe, il insiste d'une manière toute particulière, parce qu'il situe sa doctrine dans le cadre de ce qu'il appelle la "communauté internationale". Son ouvrage, en effet, comme tous les ouvrages allemands de l'époque, avait pour objet initial de régler les conflits interprovinciaux, c'est-à-dire les conflits, qui surgissaient à l'occasion de la collision des lois si diverses dont se composait alors le territoire juridique de l'Allemagne. Pour régler les conflits de ces droits avec le droit romain, qui était le droit commun, on se trouvait dans une situation juridique analogue à celles des villes de l'Italie du Moyen âge. Par-dessus les conflits interprovinciaux, il y avait donc à rechercher

aractère uni- erdoliste de a théorie; la ommunauté in- ernationale.

Source : BIU Cujas

une communauté de droit, et cette communauté de droit il n'était pas nécessaire de l'arrêter aux frontières de l'Allemagne. Savigny la considérait dans l'ensemble des pays, et c'est ainsi qu'il a été amené à présenter sa théorie avec un caractère universaliste, et avec des fins d'uniformité complète dans le règlement des conflits de droit. C'est donc une théorie écrite pour la communauté internationale et proprement de droit international.

3 - Rejet de la distinction bipartite des statuts.

Un troisième point, et avec des nuances, rapproche Savigny de Story : c'est le rejet du fondement de la théorie des statuts, telle que d'Argentré l'avait présentée, et telle que les auteurs hollandais notamment l'avaient répandue - la division des statuts en deux classes. Toutefois, à la différence de Story, Savigny ne marque pas une rupture brusque et avec les conceptions de la théorie des statuts et avec les méthodes bolonaises. On a souvent écrit, à tort, que Savigny avait rejeté toutes les conceptions antérieures, c'est inexact. Au § 361 de son ouvrage, en particulier, il montre que, sans avoir eu la base de vérité que ses initiateurs croyaient lui avoir découverte, la théorie des statuts n'était pas entièrement fausse. Il la critique comme incomplète, comme se prêtant à équivoque, et comme par conséquent, assez dénuée d'utilité pratique. Il conteste qu'elle ait été acceptée en tant que telle comme droit coutumier général. Il démontre que l'on peut rechercher ailleurs une base pour la coutume générale, mais il n'a pas rompu avec cette théorie, et il en a admis, nous le verrons, un certain nombre de points.

Innovation de Savigny; méthode analytique partant du rapport de droit pour rechercher son principe de rattachement à un système législatif déterminé.

Là où Savigny a fait vraiment oeuvre originale, c'est ce qui fait l'essence de son système, c'est l'introduction dans le droit des conflits de lois, dans le droit international privé d'une nouvelle méthode qui peut être considérée comme un perfectionnement de la méthode bolonaise, avec cependant à la base un renouvellement complet du point de départ. La méthode inaugurée par Savigny a été qualifiée proprement de méthode analytique. Savigny est le chef de l'école analytique, dont se réclament encore aujourd'hui un très grand nombre d'auteurs, et notamment d'auteurs français, tels que M. Bartin. Savigny - et c'est là, comme le dit le professeur Gutzwiller, le point le plus important de son innovation - a retourné le point de départ de la théorie des statuts de d'Argentré. Ce point de départ, nous le rappelons, consistait à envisager le statut, la règle de droit, et prenant en considération la loi, à se demander quel est son domaine, quels sont les sujets qu'elle régit. Tel était le point de départ bolonais et de

Source : BIU Cujas

la loi Cunctos populos. Quel était son domaine, et quelle matière régit-elle? Tel est le point de départ de d'Argentré. Qu'il s'agisse des sujets du droit, ou qu'il s'agisse de la matière traitée, le point de départ de Bologne et de d'Argentré, c'était une analyse de la loi, de la règle de droit, et de son domaine. On partait de la règle de droit, et on examinait par la suite les divers rapports de droit pour se demander comment ils se classaient par rapport aux règles de droit. Savigny a retourné le point de départ. Il est parti du rapport de droit, dont il a donné le premier l'analyse très exacte. Il part du rapport de droit, et il se demande, étant donné la nature du rapport de droit, à quelle règle de droit il est soumis? Il l'analyse dans ses éléments, il discrimine les éléments, il les pèse, il les compare, il recherche quel est l'élément principal, et à raison de cet élément principal, à quelle règle de droit il doit être soumis. Il abandonne la considération des limites du pouvoir du législateur, et ce dont il s'agit, suivant lui, c'est de déterminer le principe de rattachement d'un rapport de droit à un ordre légal, son lien avec une loi déterminée, de préférence à une autre. C'est dans des passages des §§ 348 et 360 de son ouvrage, que l'on trouve écrits d'ailleurs en lettres majuscules de manière à ce que la typographie attire l'oeil du lecteur, que Savigny a établi ce principe. (Guenoux, pp. 30 à 31) : "Le problème à résoudre pour les deux espèces de conflits, de collisions, - les conflits internationaux et interprovinciaux - peut donc se poser en ces termes : DÉTERMINER POUR CHAQUE RAPPORT DE DROIT LE DOMAINE DU DROIT LE PLUS CONFORME A LA NATURE PROPRE ET ESSENTIELLE DE CE RAPPORT." D'une façon plus rapprochée, Gutzwiller traduit: "Il faut rechercher pour chaque rapport de droit le territoire auquel ce rapport de droit appartient, d'après sa nature". Ceci permet de saisir à quel point la méthode va s'en trouver modifiée. Le point de départ est retourné. On ne considère plus d'abord la règle de droit et on se demande, étant donné sa nature, qui a été analysée et qualifiée, quelle va être la règle de droit, à laquelle, eu égard à sa nature, il doit être rattaché.

lassification
s rapports
droit.

Ceci posé, Savigny revient alors en la perfectionnant à la méthode bolonaise. Il va grouper, comme l'avaient fait les Bolonais, les rapports de droit en différentes matières, en différentes classes. Son analyse sans doute est infiniment plus poussée. Il a distingué les rapports de famille et les rapports patrimoniaux. Il aboutit au groupement de tous les rapports de droit en cinq classes, à une véritable classifica-

Source : BIU Cujas

tion des matières du droit privé : état et capacité des personnes, droit des choses, obligation, succession, organisation de la famille.

Tel est l'ensemble dans lequel Savigny a par la suite construit son système, car je ne viens de parler jusqu'à présent que de la méthode, du point de départ et du groupement des matières. Ce sont les conséquences, tirées par Savigny de la méthode analytique ainsi adoptée, qui ont prêté le plus à la critique. Sa méthode a disparu, ou tout au moins a prêté le flanc à de nombreuses critiques. Il a voulu au moyen de cette méthode édifier un système rationnel pour la solution des conflits de lois. C'est peut-être la partie du système de Savigny, qui a été la plus répandue, la plus connue, le reste a été analysé plus récemment. C'est pourquoi le système de Savigny a été pendant très longtemps l'objet de très graves objections, de très graves reproches. Voici, en effet, comment, eu égard à sa méthode, Savigny avait construit son système rationnel. Il partait de l'idée de localisation. Les personnes physiques, remarquait-il, sont reliées à l'ordre juridique par une localisation qui les rattache à un endroit déterminé du territoire juridique, à un ressort déterminé du territoire juridique. Cet endroit, d'après lui, et d'ailleurs d'après la coutume internationale dont il n'était alors que l'interprète, c'était le domicile, "Wohnsitz". Ceci étant pour les personnes, par un effort d'imagination excessif, Savigny établissait pour le rapport de droit, le rapport juridique, un siège analogue à celui du domicile. Il domiciliait en quelque sorte le rapport juridique. C'était le siège du rapport juridique, "sitz". Un rapport devait toujours pouvoir être localisé.

La localisation du rapport de droit à l'imitation de la localisation de la personne physique. Détermination du siège de rapport de droit.

Ceci dit pour la localisation des rapports de droit, il en venait à la distinction suivant laquelle en matière de capacité, les rapports de droit devaient être localisés au domicile; les rapports concernant les biens meubles et immeubles étaient localisés à l'endroit de la situation du meuble ou de l'immeuble; pour les obligations, matière délicate, il les localisait au lieu d'exécution et proclamait d'une façon générale la compétence de la lex rei loci solutionis. En matière de succession, il localisait les rapports de droit au domicile du de cujus. En matière de droits de famille, il localisait à des domiciles variés; la localisation s'opérait à divers domiciles, tantôt à celui du tuteur, tantôt à celui du père, etc. C'est là où l'oeuvre de Savigny a le plus prêté à la critique.

Eléments auxquels il s'attachait pour établir la localisation.

On lui a reproché son subjectivisme. On a

Source : BIU Cujas

Critique du système de Savigny.

critiqué également l'excès d'imagination, le romantisme, comme on l'a dit, de Savigny. En ce qui concerne les obligations, la critique s'est exercée avec une certaine acuité. Brinz n'a pas eu de peine à démontrer qu'il est difficile de localiser un rapport de droit, et particulièrement un rapport synallagmatique. Car lorsqu'il y a deux obligations, ainsi qu'il l'écrivait, quand il y a des obligations réciproques, ou bien on est obligé de ne point les situer ou bien on est obligé de les situer à deux endroits différents, puisqu'il y a des obligations réciproques, et comme il le disait en allemand : "Entweder sie sitzen überhaupt nicht, oder sie sitzen über zwei Stühlen", les contrats synallagmatiques ont leur localisation "sur deux chaises".

Les critiques n'ont pas manqué de s'accumuler contre le système de Savigny qui est, dans une certaine mesure, tombé en discrédit, d'autant plus que quelques années après son apparition, nous allons le voir, l'Ecole de Mancini lançait son manifeste et l'emportait en Allemagne par les tendances de la loi nationale, qu'elle dressait à l'encontre de la loi du domicile. Telles sont les critiques les plus connues, les plus répandues, qui ont été formulées à l'encontre du système de Savigny.

Ce qui reste de son oeuvre.

Mais si le système de localisation de Savigny n'a pas pénétré et n'a pas été reçu, si le système rationnel imaginé par Savigny pour la solution des conflits de lois a été presque unanimement rejeté, ce qui est demeuré, c'est sa méthode, c'est l'idée qu'il a eue d'analyser avant tout le rapport de droit, d'y rechercher l'élément de rattachement, à raison de la nature du rapport de droit, et ensuite de déterminer le classement de ce rapport de droit dans la catégorisation, dans la discrimination des rapports de droit, groupés par catégorie. Ce système là est encore à la base du droit international privé, des conflits de lois, dans la plupart des pays, et notamment en France, comme nous le montrerons.

Telles sont les quelques observations que méritait l'apport de Savigny à la coutume internationale, qui se traduit surtout par son Traité systématique et sa méthode analytique.

Tel était l'état de la coutume internationale, lorsque par la suite du développement de la codification d'une part, et d'autre part par l'apparition du principe des nationalités, lancé d'une façon retentissante par Mancini au milieu du XIXème siècle, le droit des conflits de lois s'est spécialisé dans

chaque pays. Cela ne veut pas dire que chaque pays ait des règles qui ne se retrouvent pas dans le pays voisin. Tout au contraire. La spécialisation par pays qui s'est opérée à partir de la seconde moitié du XIXème siècle environ n'a été, nous allons le voir, qu'une sorte de cristallisation locale de la coutume internationale. Nous allons le voir d'abord pour la France dans un chapitre II. Nous le verrons ensuite dans certains pays étrangers. Nous examinerons les conséquences des divergences entre les systèmes et les conventions internationales imaginées pour faire cesser les divergences.

Chapitre II

LES REGLES DE RATTACHEMENT DANS LE DROIT FRANCAIS CONTEMPORAIN.

LES DESTINEES DE LA COUTUME INTERNATIONALE DANS LE DROIT FRANCAIS.

LE SYSTEME FRANCAIS DES CONFLITS DE LOIS.

Il faut tout d'abord, nous arrêter aux textes, car si peu nombreux qu'ils soient, ce sont des textes qui, depuis le début du XIX ème siècle, gouvernent dans une certaine mesure la matière. Dans une certaine mesure, car ces textes - les textes généraux tout au moins - sont en nombre infime. Les textes plus spéciaux sont également en petit nombre dans le Code civil, en plus grand nombre dans les lois spéciales, mais il n'en résulte pas un apport de droit. Comme nous allons le voir, les lacunes sont si nombreuses que derrière les textes, dont nous aurons vite fait le tour, il y aura à étudier successivement l'oeuvre de la jurisprudence et celle de la doctrine.

§ I - Les textes.

Pauvreté des textes.

A la base de tout notre droit français se trouvent certains articles du Code civil, et avant tout texte général - l'art. 3 conçu en 3 §.

Texte général art. 3 C.C.

§ I : "Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire". § 2 : "Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française". § 3 : "Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étrangers".

Source : BIU Cujas

La compétence législative est donc attribuée par l'art. 3 respectivement, dans le premier cas - lois de police et de sûreté - à la lex fori; dans le deuxième cas - immeubles français possédés, soit par des Français, soit par des étrangers - à la lex situs, à la lex rei sitae; enfin dans le troisième cas - état et capacité des personnes - à la loi nationale, ou tout au moins l'état et la capacité des Français à la loi française. Nous verrons tout à l'heure la distinction qu'il y a à faire sur ce point.

Textes spéciaux. Art. 47, 48 : actes de l'état civil.

Voilà le texte général. On rencontre dans le Code civil quelques textes spéciaux en très petit nombre. D'abord au titre "Les actes de l'état civil", articles 47 et 48. Prenons l'art. 47, al. 1, rédaction de 1804 : "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". L'article 47, alinéa 2, prévoit la nécessité de transmettre ces actes au ministère des Affaires étrangères, lorsqu'ils concernent des Français. L'article 48 prévoit la possibilité de rédiger les actes de l'état civil des Français en pays étranger conformément aux lois françaises par les agents diplomatiques. Le second alinéa (loi de 93) double également l'article 48 d'une disposition, analogue à celle qui avait doublé l'article 47.

Que résulte-t-il de ces articles? C'est à l'application du principe, en matière d'actes de l'état civil, de la lex loci actus. La compétence législative appartient à la loi du lieu où l'acte est passé - en principe. Ce n'est que par exception que par des formes diplomatiques, qu'on peut en pays étranger faire dresser un acte d'état civil français, selon les lois françaises. C'est donc la consécration partielle, relativement à la matière, de l'adage locus regit actum.

Art. 170, 171: mariage des Français à l'étranger.

Viennent ensuite, au titre du mariage, les articles 170 et 171, eux aussi modifiés par les lois subséquentes par rapport à la teneur du texte de 1804, mais le principe est demeuré. "Le mariage contracté en pays étranger entre Français et entre Français et étranger sera valable s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays". Ainsi, ici encore consécration de la loi du pays pour la formalité de l'acte. L'art. 170 ajoute une condition importante : "Pourvu qu'il ait été précédé de la publication prescrite par l'art. 63 au titre des actes de l'état civil et que le Français n'ait point contrevenu aux dispositions contenues au chapitre prescrit". La loi de 1901 a ajouté à l'art. 170, al. 2 : "Il en sera de même du mariage contracté en pays étranger entre un Français

Source : BIU Cujas

et une étrangère, s'il a été célébré par les agents diplomatiques ou par les consuls de France conformément aux lois françaises". Il y a là une disposition analogue à celle que nous avons vue dans les art. 47 et 48. Enfin l'art. 171, émanant également de la loi de 1901, prescrit que dans les trois mois après le retour du Français sur le territoire de la République, l'acte de célébration du mariage contracté en pays étranger sera transcrit sur les registres publics des mariages du lieu de son domicile, "et il sera fait mention de cette transcription en marge de l'acte de naissance de chacun des époux". (Loi de 1919) Pour les détails voir ces articles; retenons le principe que ces articles posent la règle locus regit actum.

Art. 999 testament.

En matière de testament, article 999. Lorsqu'un Français se trouve en pas étranger et qu'il veut faire son testament, il a le choix, selon le Code civil, ou de faire un testament olographe, un testament sous signature privée, conforme à l'art. 970, ou bien, s'il veut tester par acte public, il doit le faire avec les formes usitées dans le lieu où cet acte est passé, par conséquent à la lettre de l'art. 999, - nous verrons que la jurisprudence l'a complété, - si le Français à l'étranger ne veut pas passer son testament par acte public, il devra prendre la forme du testament français, du testament olographe. Si au contraire, il veut passer un testament authentique, il doit alors se plier à la forme du lieu où il se trouve. C'est donc ici la compétence législative donnée concurremment à la loi nationale française, d'une part pour le testament olographe, et à la lex loci actus pour le testament public. Nous verrons plus tard ce qui est advenu de cette distinction.

Art. 2128 : hypothèque.

Enfin au titre des privilèges et des hypothèques l'article 2128 prescrit que les contrats passés en pays étranger ne peuvent donner d'hypothèques sur les biens de France, s'il n'y a des dispositions contraires à ce principe dans les lois politiques ou dans les traités". Autrement dit, pour les immeubles français, sauf des dispositions spéciales diplomatiques ou dans les lois, un acte passé à l'étranger ne suffit pas pour permettre de constituer hypothèque. C'est ici une brèche à la lex loci actus, c'est reconnaître la compétence législative en cette matière à la lex situs, à la lex rei sitae. La nature immobilière de l'objet sur lequel porte l'hypothèque emporte, par cet élément déterminant, la compétence législative de la loi locale, de la loi territoriale, par dérogation au principe général, qui aurait peut-être voulu que le contrat passé à l'étranger subît la

Source : BIU Cujas

principe de la loi sous l'empire de laquelle il était fait, mais sur ce point, on l'a écarté.

t. 2123 : écution des gements.

Enfin au même titre mentionnons l'article 2123, encore qu'il ne tranche pas une question de conflit de lois à proprement parler, mais une question d'exécution des jugements. L'art. 2123 dans son dernier alinéa vise l'hypothèque judiciaire, et déclare expressément que l'hypothèque judiciaire ne peut résulter des jugements rendus en pays étranger, qu'autant qu'ils ont été déclarés exécutoires par un tribunal français, sans préjudice ici encore des dispositions contraires qui peuvent exister dans les lois politiques ou les traités. C'est sur cet article que s'est développée toute la jurisprudence française relative à l'exécution des jugements. L'art. 2123, al.4, est la base de la pratique de l'exequatur, c'est-à-dire de la déclaration d'exécution possible par un tribunal français d'une sentence rendue par un tribunal étranger.

Voilà les matières spéciales dans lesquelles on rencontre au Code civil des textes particuliers. Quant aux lois spéciales, qui ont dans certains cas attribué la compétence législative à telle ou telle loi déterminée, on trouvera dans le recueil de textes usuels de droit internationale de MM. Niboyet et Goulé, tome 1, pages 198 et suivantes (lois sur l'hypothèque maritime, fluviale, les aéronefs, la propriété intellectuelle, les conflits interprovinciaux d'Alsace-Lorraine, etc...)

Ceci dit, il faut s'arrêter un instant sur ces dispositions du Code civil. Il faut se demander les raisons pour lesquelles le code a été en somme si parcimonieux en matière de dispositions concernant les conflits de lois. Il faut voir la portée et les conséquences du laconisme du Code civil.

aisons du aconisme du .C. en matiè- e de conflits e lois.

Pourquoi le Code civil ne contient-il que si peu de dispositions concernant la matière des conflits de lois? Il en est plusieurs raisons.

isparition es conflits e coutumes.

La première, c'est que réalisant sur le territoire français l'unification législative, le code faisait disparaître les conflits de coutumes de l'ancien droit, et, en conséquence, tout l'intérêt que sous l'ancien régime cette matière avait présenté. Plus de conflits de coutumes, unification législative

ostilité con- re l'étranger. 'art.3 ne tatue que our l'applica- ion en France e la loi

En second lieu, c'était également en réaction contre l'étranger. Au moment où le Code civil se discutait et se votait, la France sortait d'une révolution, elle établissait des règles nouvelles, et il était à craindre que les règles françaises ne fussent pas appliquées à l'étranger. Aussi la loi française a-t-elle statué uniquement sur l'application de la loi

Source : BIU Cujas

française, au regard du juge français.

française. Le code français n'a pas établi à propr ment parler un système de conflit de lois, il a si plement statué sur les limites de la loi française aux yeux de la loi française. C'est là un élément très important de lecture de l'art. 3, et particul rement de l'art. 3, alinéas 2 et 3. "Les immeubles même possédés par les étrangers, sont régis par la loi française"; aux yeux du code la loi française e le est en jeu. Et surtout alinéa 3 : "Les lois con nant l'état et la capacité des personnes régissent les Français même résidant en pays étranger". Le co ne statue qu'au regard du juge français et de la l française, et des Français auxquels s'applique la que le Français soit en France ou à l'étranger, au yeux de la loi française le juge devra juger de par le Code civil. Mais l'art. 3, qu'on le remarque, n parle nullement des étrangers, ni des lois étrangè Il statue sur l'application en France de la loi fr çaise au regard du juge français.

Technicité de la matière. La rédaction de l'art. 3.

Enfin, surtout peut-être, les raisons pour le quelles le Code civil a conservé relativement à la tière des conflits de lois presque le silence, c'e la grande technicité de la matière. Cette matière conflits de coutumes était au XVIIIème siècle l'ob de la compétence de spécialistes. La rédaction du de a été, sur ce point, particulièrement hérissée difficultés. C'est, selon Lainé, qui a fait des tr vaux préparatoires du Code civil, de l'article 3 tamment, une étude très minutieuse, la raison pri pale du laconisme du code. (Lainé, Revue de droit ternational privé, I, 1905.pp. 20 et ss. pp. 448 ss. "La rédaction du Code civil et le sens de ses dispositions en matière de droit international pri En effet, il importe de bien connaître le procédé par lequel a été rédigé l'art. 3, si l'on veut en comprendre le sens. Les auteurs du Code civil se t vaient tout d'abord en présence d'un premier proje de Cambacérès, projet de 1793, qui statuait en un seul article sur la condition des étrangers, et le appliquait d'une façon générale la loi française. n'est que dans le projet de l'an VIII, dans le ti préliminaire écrit par la Commission spéciale, in tulé "Du droit et des lois", en 39 articles, livre qui a disparu de la rédaction définitive, que l'o rencontre alors au titre IV, intitulé "Des effets la loi", trois articles importants : articles 4 à d'où est sorti, condensé en un seul article, notr article 3. L'article 4 du projet visait les ancie statuts réels de la théorie des statuts, et disai que la loi obligeait indistinctement tous ceux qui

Source : BIU Cujas

habitent le territoire, et que l'étranger y était soumis, pour les biens qu'il y possède et pour sa personne, pendant sa résidence. L'art. 5 correspondait aux statuts personnels de l'ancien régime et disait que le Français résidant en pays étranger continuait d'être soumis aux lois françaises, comme autrefois à sa coutume personnelle, pour ses biens situés en France, et pour tout ce qui touche à son état et à sa capacité; son mobilier comme sa personne, ajoutait un second alinéa, est réglé par la loi française. Enfin l'art. 6, qui a complètement disparu, sanctionnait expressis verbis la règle locus regit actum dans les termes suivants : "La forme des actes est réglées par la loi du lieu dans lequel ils sont faits ou passés". Telles étaient les dispositions primitives du projet de l'an VIII. Des transformations survinrent, qui firent disparaître un certain nombre de ces dispositions, notamment l'art. 6. L'article 6 a disparu, eu égard précisément à la préoccupation qu'avaient les législateurs de l'époque, de ne point statuer sur l'application de la loi étrangère, et de ne statuer que sur l'application de la loi française. La disposition sur le mobilier disparut, et l'on condensa en un article unique, l'art. 3, les quelques dispositions de l'art. 4 et de l'art. 5. Telle est l'origine de l'art. 3.

C.C. a-t-il nsacré la éorie des atuts? position de ctrine sur point entre s auteurs ant et après apparition la doctrine Mancini.

Relativement à la portée de l'art. 3 C.civ. et des articles spéciaux qui règlent la matière, la question s'est posée fort longtemps de savoir dans quelle mesure le C.C. a repris ou au contraire rejeté la théorie des statuts, telle qu'elle existait en France à la fin du XVIIIème siècle. Sur ce point, dès le début du XIXème siècle, et jusqu'au milieu du XIXème siècle, la doctrine a estimé que le C.C. n'avait fait que reprendre purement et simplement les données principales de la théorie des statuts et même qu'il avait fait sienne cette théorie. C'est le système qui avait été principalement admis, après Story, par l'avocat Foelix dans le premier Traité de droit international privé. On trouve encore ce système recueilli et défendu par Aubry et Rau; dans la dernière édition parue du vivant des auteurs (quatrième édition de 1869, tome I, § 31, note 8), Aubry et Rau reproduisent les principes de la théorie des statuts avec approbation de cette théorie. Plus tard un certain nombre d'auteurs se réclament de ce système. Il en a été ainsi notamment en 1880 d'une étude de M. Barbe, "La théorie traditionnelle des statuts ou principe du statut réel et personnel d'après le droit civil français", et en 1897, dans sa grande synthèse du droit international privé, en deux volumes, M. de Vareilles Sommières se réclamait encore de la théorie des statuts.

Source : BIU Cujas

Mais lorsqu'apparut en France la doctrine de Mancini, et lorsque la plupart des auteurs français certains des plus éminents - adoptèrent, nous allon le voir, la théorie de la personnalité du droit, on combattit cette doctrine, et sur le terrain même de articles du Code civil, on a prétendu que le Code c vil avait totalement rejeté la théorie des statuts, et ceci afin de donner à l'interprète du code une l berté suffisante, qui l'autorisât à admettre la thé rie de la personnalité du droit dans le cadre même Code civil. On trouve notamment cette deuxième opi- nion soutenue avec une très grande force d'argument par André Weiss dans le livre du Centenaire du Code civil, paru en 1904 (tome I, pp. 249 et ss. "Le Co civil et le conflit des lois".)

Arguments tirés en faveur de l'opinion négative, de l'abandon par l'art.3 des solutions de la théorie des statuts.

Les principaux arguments de ce système sont l suivants : Le Code civil dans les 3 alinéas de l'ar cle 3 a montré qu'il repoussait la théorie de l'an- cien droit. Il l'a d'abord prouvé à l'alinéa 1 de l'article 3. Cet alinéa comporte, en effet, l'énon d'une notion, dont le droit ancien même au XVIIIème siècle ne connaissait pas les principes, la notion d'ordre public, notion inconnue des anciens auteurs notion nouvelle.

L'alinéa 2 de l'article 3 montre également qu le Code civil s'est écarté de la vieille théorie de statuts. En effet, il ne parle que des immeubles, dont l'étranger est propriétaire, "... les immeubl même ceux possédés par les étrangers". Il ne parle pas des meubles, qui faisaient dans l'ancien droit l'objet d'une solution très importante que nous lons retrouver bientôt, la fameuse règle qui veut les meubles suivent la personne, "Mobilia sequuntu personam". L'art.3, al.2, n'est d'ailleurs dans la pensée des auteurs du Code civil, ajoutait Weiss, qu'une conséquence directe de l'al.1. C'est en ver de la nouvelle notion d'ordre public, inconnue de l'ancien droit, que les immeubles suivent la loi d territoire. Ils sont considérés comme fraction du ritoire national, et c'est pour des raisons d'ordr public que la loi nationale s'impose à tout ce qui concerne les immeubles. C'est donc une notion nou le. Là encore les notions de l'ancien droit se tro vent écartées. Enfin ceci est encore bien plus fr pant : l'alinéa 3 de l'article 3, qui déclare que loi française est applicable aux Français à l'étr ger, modifie d'une manière très importante les so tions de l'ancien droit, puisque dans l'ancien dr les statuts, dits personnels, appliquaient la loi domicile, ce qui était le principe de d'Argentré,

Source : BIU Cujas

principe conservé jusqu'à la Révolution, tandis que l'art. 3 al.3 substitua à la loi du domicile la loi nationale. C'est là la révolution la plus importante établie par le C.C. dans la matière : la substitution de la loi nationale à la loi du domicile. Il résulte donc de cette discussion de texte que le C.C. se serait écarté de la théorie des statuts, et l'aurait entièrement rejetée.

Solution transactionnelle: l'art.3 sans accepter la théorie des statuts en a consacré les solutions les plus typiques.

Une troisième opinion a été soutenue par Lainé. Suivant lui, (Revue de droit international privé, tome I, 1905, pp. 20 et ss.), les auteurs du C.C. ne se seraient point sans doute en tant que telle approprié la théorie statutaire, mais ils en ont recueilli les règles. Ils n'ont pas reçu la théorie en elle-même, mais ils s'en sont appropriés les règles. A l'époque où l'on était, dit Lainé, on n'aurait pas pu puiser ces règles ailleurs que dans la doctrine régnante. Seulement, en présence d'un amas confus de propositions plus ou moins controversées, que l'on n'a ni le temps, ni la possibilité de passer au crible, les auteurs du C.C. s'en sont tenus aux grands traits de la théorie des statuts, aux règles qui étaient à la fois les plus élémentaires, les plus importantes et les plus connues. Pour justifier cette troisième opinion, Lainé, comme l'avait fait antérieurement André Weiss, se place en face des dispositions de l'article 3.

Arguments tirés en ce sens de l'article 3.

En ce qui concerne l'alinéa 1 relatif aux lois de police et de sûreté, il n'est point absolument exact de dire que l'ancien droit ignorait totalement cette notion. Bien au contraire, il apparaît que le passage de l'alinéa 1 de l'article 3 relatif aux lois de police et de sûreté aurait été emprunté à plusieurs passages du commentaire du Président de Bouhier sur la coutume de Bourgogne (chapitres 33 et 34) cf. Lainé. Introduction T.II, pp. 65 et ss.). Bouhier parlait des statuts qui regardent la police et les lois pénales. Il les rangeait dans les statuts réels, et comme lois de police, sous cette rubrique même, Bouhier visait la défense de transporter les grains hors du pays, la prohibition d'aliéner des fonds aux étrangers, l'ordre aux parents et aux maîtres de surveiller les enfants et les serviteurs, la détermination de s mesures. Ainsi, la notion de lois de police n'était point inconnue de l'ancien droit. Il semble bien que ce soit à cet endroit-là que les auteurs du C.C. aient été puiser les éléments de l'alinéa 1 de l'art. 3. Sans doute, la notion d'ordre public est récente, mais elle n'était point inconnue des

Source : BIU Cujas

rédacteurs de l'al. 1 de l'art. 3, puisque dans l'exposé des motifs, au Corps législatif, l'auteur du rapport, Poulet, écrivait : "Quant à l'étranger, qui ne fait que voyager en France, il doit respecter l'ordre public - le mot ordre public se trouve déjà dans la bouche des auteurs du Code civil - et il est à cet égard soumis aux lois de police et de sûreté. Tel est le droit de tous les gouvernements". Ceci s'est trouvé appuyé d'une réponse de Goulé à une interpellation du Premier Consul. (Locré, tome 2, page 68). Donc sur ce premier point, on aurait tort de dire que l'al.1 de l'art. 3 marque un rejet, sinon de la théorie des statuts, du moins de ses solutions principales.

Suivant Lainé, l'al. 2 et l'al. 3 de l'art. 3 du Code civil, bien loin de marquer un rejet des solutions de l'ancien droit, en consacrent au contraire l'admission. (Lainé p. 53). "Ce n'est pas seulement certain, c'est évident". En effet, ce que l'on rencontre dans l'al. 2, c'est le principe des statuts réels c'est le principe que l'immeuble suit la loi du territoire et ce que l'on rencontre dans l'al. 3 c'est le principe du statut personnel. D'ailleurs il semble bien à lire certains passages des travaux préparatoires, que Lainé ne manque pas de reproduire dans son étude, qu'il est de toute évidence que les auteurs du Code civil, s'il n'ont pas admis la théorie des statuts, en avaient constamment sous les yeux les conséquences, les solutions et même le principe. (Portalis Locré I, 590)déclare : "On a toujours distingué les lois qui sont relatives à l'état et à la capacité des personnes d'avec celles qui règlent la disposition des biens : les premières sont appelées personnelles, les secondes réelles". Le tribun Faure (Locré I, 612 dit : "L'article 3 contient les principes d'une matière connue dans le droit sous le titre de statuts personnels et de statuts réels; il détermine d'une manière précise et formelle quelles sont les personnes et quels sont les biens que régit la loi française". Enfin, Malleville, dans un passage de la Discussion du Code civil au Conseil d'Etat (Locré, I, 12), dit : "Les deux paragraphes de cet article sont conformes à l'ancienne distinction entre les lois réelles et les lois personnelles". Il résulte donc de cet examen que si le C.C. n'a pas entièrement consacré la théorie des statuts, il en a tout au moins eu sous les yeux les données principales, et il s'est conformé à ses solutions.

La substitution de la loi nationale à

Reste l'objection très sérieuse, tirée du fait que l'al. 3 a substitué la loi nationale à la loi du domicile, comme base, nous allons le voir, du statut

Source : BIU Cujas

a loi du domi-
ile comme loi
ersonnelle
'est que la
ontinuation
u principe
dmis dans
a théorie
es statuts.

personnel. Evidemment sur ce point, il y a une innovation, et l'on s'est séparé de l'ancien droit. Mais cette séparation a-t-elle eu le caractère qu'ont voulu par la suite lui attribuer les tenants de l'école de la personnalité des lois? Nullement. La vérité, c'est que les auteurs du C.C., en adoptant la loi française comme base du statut personnel, ont eu l'impression de continuer l'état de droit antérieur. Dans la France coutumière, le domicile déterminait quelle coutume était applicable à l'état et à la capacité. C'était là son rôle essentiel, mais dès le moment où l'on abolissait les coutumes particulières et où l'on unifiait le droit en France, on a purement et simplement transporté la solution à la loi unifiée, à cette grande coutume générale de France, qu'allait être le Code civil. L'ancien droit avait vu dans le domicile le signe d'un rattachement politique à la province. Le système a évolué, la sujétion s'est transportée de la province à la nation. Le système s'est donc élargi, mais il ne s'est point transformé, et le code n'a rien modifié en substituant l'ancien rattachement politique à la province au pays tout entier. Ce n'était donc qu'une continuation, et les auteurs du C.C., suivant certains évrivains, ont estimé n'avoir point fait en pareille matière d'innovation. (1)

onclusion :
dmission par
e C.C. des
olutions
ssentielles
e la théorie
es statuts.

La conclusion est donc que si le code n'a pas adopté expressis verbis la théorie des statuts, s'il ne contient pas les mots statut réel, statut personnel, il a, tout au moins dans les règles qu'il a recueillies, accepté les anciens principes, les données essentielles de cette théorie et ses solutions les plus importantes. Cette conclusion va nous amener une conséquence importante, relativement à l'interprétation du C.C., et au laconisme de celui-ci.

es lacunes de
l'article 3.

Il est manifeste que dans les trois alinéas de l'art. 3 et dans les quelques textes qui le complètent, ne figure qu'un nombre très restreint de règles de rattachement. Cependant de très nombreuses questions se posent en face de chacune de ces dispositions de chacun des alinéas de l'art. 3. Les questions se dressent en nombre considérable, et il va falloir adopter une méthode, une idée directrice pour en trouver la solution.

---

(1)(Sur ce point et à l'appui de cette thèse, cf. M. Batiffol, professeur à la Faculté de droit de Lille, "Influences de la loi française sur la capacité civile des étrangers en France", Paris, Thèse 1929, pp. 54 et ss.).

Source : BIU Cujas

En effet, prenons d'abord l'al. 1 de l'art. 3. Que faut-il entendre par lois de police et de sûreté Sur ce point, aucune indication dans le code; c'est à l'interprète de rechercher quel peut être le sens, quelle doit être la portée d'une pareille disposition. Prenons l'al. 2 de l'art. 3 qui vise les immeubles possédés par des Français ou des étrangers en France. D'abord, le C.C. ne parle que des immeubles; quid juris des meubles possédés en France par l'étranger? Puis, si l'on se cantonne sur le terrain des seuls immeubles, quelle sera la situation des immeubles, sis à l'étranger, qui sont possédés soit par des étrangers, soit par des Français? Nous l'avons vu précisément dans l'affaire de la vente de l'immeuble sis en pays rhénans. Le juge français peut avoir à se demander quelle est la loi applicable à un pareil cas. L'art. 3, al. 2, ne vise que les immeubles sis en France; il ne parle pas des immeubles sis à l'étranger. Autre question. Comment les immeubles possédés à l'étranger par des Français seront-ils régis? Par quelle loi? Enfin, autre question, la loi dit que les immeubles sis en France, même possédés par les étrangers, sont régis par la loi française. Ils sont régis à quel point? On peut envisager d'abord la propriété, la détermination du propriétaire. On peut envisager ensuite les modes de transmission mode de transmission entre vifs, mode de transmission à cause de mort. Est-ce que la loi française va gouverner toutes ces transmissions? Parmi les modes de transmission, il en est un qui est le plus répandu c'est le contrat. Est-ce que les contrats portant sur des immeubles seront toujours et indistinctement régis par la formule de l'art. 5, al. 2, par la loi française? Que de questions se présentent! Enfin, en ce qui concerne l'art. 3, al. 3, celui-ci ne vise que la situation des Français résidant à l'étranger. Mais quelle sera la loi applicable aux étrangers résidant en France? L'art. 3, al. 3 n'en dit rien. Enfin, nous avons vu qu'une disposition qui figurait à l'art. 6 du projet et qui sanctionnait la règle locus regit actum, avait disparu de la rédaction définitive. On n'en trouve plus qu'un certain nombre d'applications, comme les articles 170 et 999. Est-ce qu'on est fondé, sur ces données spéciales, à généraliser et à établir que le droit français a fait sienne la règle locus regit actum? à établir que cette règle a été reçue avec une portée absolument générale d'application, ou bien au contraire, n'y a-t-il pas lieu d'établir des distinctions suivant les actes, suivant les formes? Toutes questions sur

Source : BIU Cujas

lesquelles le code est absolument muet.

En conséquence, il va donc falloir à l'interprète dégager un principe de solution. La solution la plus simple serait de dire - et j'y ai déjà fait allusion - qu'en l'absence de toute indication, c'est la loi française qui s'applique. Appliquer uniformément et partout dans tous les cas la règle que la lex fori, la loi du juge saisi, donner d'une manière indistincte à la loi française la compétence législative, cette solution, qui, jointe aux solutions de l'art. 3 aboutirait a appliquer toujours et partout la loi territoriale, aboutirait à une régression. Ce serait le territorialisme pur, la négation de toute la tradition historique, de toute la coutume internationale depuis le XIIIème siècle, et le rejet complet des solutions admises au XVIIIème siècle en France, alors que, nous venons de le voir, la pensée certaine du C.C. a été de s'approprier, sinon la théorie, du moins les principales solutions admises dans la coutume internationale reçue en France au XVIIIème siècle. Ce serait donc contraire à l'opinion du C.C.

Bien plus, il apparaît dans le texte même de l'art. 3 que le législateur a eu une pensée contraire. Lorsqu'il a substitué la loi nationale à la loi du domicile, comme une simple continuation de l'état de droit de l'ancien régime, le législateur de l'époque a voulu également garantir aux Français l'état nouveau, tel que le C.C. l'avait établi à la suite de la Révolution : l'abolition des classes, la sécularisation de l'état civil, le statut du mariage, l'institution du divorce, les principes nouveaux en matière de filiation, le rejet de la recherche de paternité, l'institution du conseil de famille, en matière de tutelle, la généralisation du conseil judiciaire. Telles étaient les matières concernant l'état et la capacité des personnes; ce sont des innovations réalisées par le C.C., précieuses aux yeux du législateur, et dont il tenait à garantir la conservation au delà des frontières territoriales et politiques aux Français. Sans doute, le Code civil n'a-t-il réglementé qu'au regard de la loi française et des juges français. Mais la pensée de réciprocité n'était point absente de l'esprit du législateur. L'idée utilitaire de réciprocité est incluse dans l'art. 3, § 3. Abstraction faite de toute théorie juridique sur l'application de la loi étrangère en France, il est manifeste que si les auteurs du C.C. ont estimé que la loi nationale devait suivre le Français à l'étranger, il était prêt, par voie de réciprocité à garantir aux étrangers leur statut personnel.

Cette discussion n'est plus guère que théorique

Source : BIU Cujas

Place faite à la loi étrangère par la jurisprudence française.

car à l'heure actuelle en France, la jurisprudence et la doctrine ont rejeté à l'unanimité la conception territorialiste pure, et ont fait sur le territoire français à la loi étrangère la place qui lui est due. Sans doute, nous allons le voir, la jurisprudence française a montré à cet égard une très grande prudence. La doctrine discute ses solutions, mais il n'en reste pas mois que la jurisprudence française a consacré sur le territoire français l'application de la loi étrangère dans un très grand nombre de cas, dont je vais maintenant avoir à vous montrer les principaux.

§ 2 - Etude de la jurisprudence française.

Les constructions doctrinales et l'étude postérieure de la jurisprudence.

L'oeuvre complémentaire de la jurisprudence française en cette matière est considérable. Il y a un nombre extrêmement important d'arrêts sur toutes les questions, et cette jurisprudence relative aux conflits de lois, n'a été étudiée qu'à une date relativement récente. Pendant fort longtemps, la doctrine a été dominée par le souci de la recherche d'une solution rationnelle des conflits de lois, d'une solution des conflits de lois satisfaisant la raison, et le problème était tellement pressant que l'on ne considérait que les principes, sans s'égarer dans les discussions d'espèces, où d'ailleurs, nous allons le voir, la jurisprudence a statué empiriquement, cas par cas. Les décisions judiciaires furent recueillies depuis 1874, notamment dans le Recueil de Clunet ou Journal de droit international privé, mais sans esprit scientifique et simplement pour renseigner le praticien. En 1905 M. Donnedieu de Vabres présenta la Faculté de Paris une thèse qui eut un très grand succès : "L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflits de lois". Cette thèse fut suivie en 1906 d'une étude "L'article 3 du Code civil et la jurisprudence de 1804 à 1904". (Revue de droit international privé, 1906, T. II, pp. 684 et ss.).

Les 3 phases de la jurisprudence de 1804-1904 =

D'autre part, un certain nombre de maîtres des Facultés de droit se portèrent de plus en plus à l'étude des décisions judiciaires, et notamment M. Pillet, dans son Traité pratique, le Doyen Valéry de Montpellier, et M. Bartin, dont les Principes de droit international privé ont pour base la loi et la jurisprudence françaises.

Peut-on dégager de la jurisprudence une idée unique? Est-il possible de dire en abordant cette étude que la jurisprudence française a adopté telle théorie, a suivi telle ligne de conduite, a dégagé

Source : BIU Cujas

prédominance de la théorie statutaire; autonomie de la volonté; loi nationale.

tel principe rationnel de solution? Non, ce n'est pas possible. Dans sa thèse de doctorat, M. Donnedieu de Vabres dégage dans l'évolution de la jurisprudence française trois périodes. Une première période allant de 1804 à 1840, où on aurait appliqué de préférence les solutions de la théorie des statuts, et en particulier où on aurait fait prédominer les principes de la territorialité, tels que d'Argentré les avait évoqués. C'était en somme la période de la réalité du droit. Une deuxième période de 1840 à 1873 aurait laissé prédominer d'une manière peut-être exagérée l'influence de la liberté des parties dans la détermination de la loi applicable. C'était en somme l'influence prépondérante du principe d'autonomie de la volonté pour la détermination de la loi compétente. Dans la troisième période, eu égard à l'accroissement des relations internationales et à l'influence des idées individualistes, on aurait eu une tendance dans les décisions judiciaires à l'extension de la loi nationale, peut-être sous l'influence de Mancini et de l'école de la personnalité du droit. Cette troisième période va de 1873 à 1904.

Caractère empirique de la jurisprudence à l'heure actuelle; tendance à appliquer autant que possible la loi française.

A l'heure qu'il est, dans les 25 dernières années, on ne peut dire d'une façon absolument exacte que la jurisprudence adopte tel ou tel système de préférence à tel autre. La jurisprudence française est empirique, elle a repris l'étude des cas, comme l'avait fait l'Ecole bolonaise, elle statut d'espece en espèce, et s'il se dégage une donnée générale des décisions de notre jurisprudence, c'est celle qui qui consiste, comme l'a montré Pillet, à appliquer le plus possible la loi française. Ceci est une donnée générale que l'on rencontre du reste en tous pays. Le juge a toujours une tendance à préférer la loi au nom de laquelle il statue, à l'application d'une loi étrangère. En dehors de cette tendance, on ne peut dire d'une façon précise que la jurisprudence française se soit rattachée à un système, mais, nous allons le voir, la jurisprudence française a toujours été dominée par les traditions du Palais depuis le XVIIIème siècle. La vieille terminologie statutaire, statut réel, statut personnel, s'est maintenue dans le langage du Palais, et elle est encore en honneur à la barre. Nous allons le voir en étudiant les arrêts; dans la plupart des cas, la tradition coutumière et la coutume internationale se sont glissées dans les interstices du Code civil, et ont rempli les décisions de la jurisprudence française.

Cadre d'une étude synthétique de la jurisprudence.

Sans doute, il n'est point question d'étudier toutes les controverses et tous les arrêts, auxquels ont donné lieu les règles de rattachement en France, mais on peut grouper en trois chefs cette étude

Source : BIU Cujas

Les trois grands groupes d'arrêts.

synthétique de la jurisprudence française en matiè de conflit de lois. En substance, on peut établir trois groupes d'arrêts.

Dans un premier groupe je montrerai que la ju prudence française a consacré sur le territoire fr çais le principe de l'application de la loi étrang C'est le premier principe à dégager. La jurisprude française admet que dans certains cas la loi étran re s'applique en France. Ce premier groupe d'arrêt dégagé, je montrerai en second lieu, que la jurisp dence française fait bénéficier l'application de l loi étrangère sur le territoire français d'un cert nombre de règles générales recueillies dans la cou me internationale, et que c'est la règle de la cou me internationale que la loi française a invoquée établissant sur le territoire français l'empire de loi étrangère dans certains cas. En troisième lieu je montrerai comment la jurisprudence a imaginé et développé un certain nombre de principes restricti de manière à limiter dans une certaine mesure, à r treindre, sur le territoire français, l'applicatio de la loi étrangère dans les cas où cependant, par les principes déjà établis, la loi étrangère devra s'appliquer en territoire français. Tels sont les trois groupes d'arrêts dont nous allons avoir à ét dier les principes.

I - Application de la loi étrangère en France.

Tout d'abord, les arrêts qui consacrent le pr cipe de l'application de la loi étrangère sur le t ritoire français. Ici la question se présente sous une forme assez concrète. Car il y a en France une autorité judiciaire chargée de déterminer l'unité la jurisprudence et de régler les questions de dro d'une manière souveraine, c'est la Cour de Cassati La question que j'examine revient à examiner le rô que la Cour de Cassation s'est reconnu, s'est déli té, en matière de règles de rattachement, en matiè de conflits de lois, et plus spécialement concern l'application des lois étrangères.

Rôle de la Cour de Cassation à cet égard.

Sur ce point, la jurisprudence de la Cour de Cassation peut se résumer en deux règles, que je extraire des arrêts :

Première règle : L'inexactitude dans la déter nation de la compétence législative constitue un do cassation.

Deuxième règle : L'inexactitude dans l'interp tation de la loi étrangère, quand cette loi est co pétente, ne constitue pas un cas de cassation.

A - L'inexactitude dans la détermination

Que veut dire la première règle? Cela veut di que, par exemple, si une décision d'un tribunal de première instance ou d'une Cour d'appel a appliqu

Source : BIU Cujas

de la compétence législative constitue un cas de cassation.

la lex rei sitae, ou la lex fori, là où on devait appliquer la lex loci contractus, et par conséquent si la décision prise consiste à appliquer la loi française au lieu de la loi étrangère ou réciproquement, il y a lieu à cassation. La Cour de Cassation intervient pour rétablir les principes de la compétence législative. Aujourd'hui elle le fait sous la forme la plus large. Les arrêts sont très nombreux.

L'arrêt Bari.

Citons comme arrêt principal l'arrêt que l'on cite toujours en pareille matière, l'affaire Bari, qui a surgi à raison d'une question de filiation naturelle, concernant le comte de Bari et les princes de Bourbon. (Cassation. Ch. civ. 17 janvier 1899. S. I. 1899. p. 177. D. 1899.I. p. 329). La Cour de Cassation a estimé que la Cour d'appel avait mal appliqué les principes de la compétence législative en attribuant compétence à la loi italienne, au regard de qui a été apprécié le droit pour les collatéraux de contester une reconnaissance d'enfant naturel, alors que d'après les principes en matière de conflit de lois reçus en France, c'est la loi française qui devait s'appliquer. Dans cette espèce la Cour de Cassation a donc, en rétablissant la loi française, discuté la possibilité d'appliquer sur le territoire une loi étrangère et fixé l'exactitude de détermination de la compétence législative. Cette jurisprudence qui, à l'origine, n'avait permis l'intervention de la Cour de Cassation que lorsqu'une disposition écrite de nos lois était visée, a aujourd'hui évolué, et s'attache aussi bien aux règles coutumières, aux règles non écrites, qu'aux règles écrites dans un de nos textes. La jurisprudence est donc absolument favorable au développement du principe des conflits de lois et à l'application des lois étrangères en France, parce qu'elle estime que même sur des principes non écrits dans le code, la loi étrangère peut être applicable, et d'autre part, en établissant cette règle, elle souscrit à la doctrine, qui veut que l'application des lois étrangères sur un territoire déterminé ne résulte pas d'un acte de courtoisie, mais d'un principe de droit. En attribuant la sanction des tribunaux aux règles de conflit de lois, la jurisprudence française a donc sur ce point manifesté le caractère juridique des règles du droit international privé.

Possibilité d'un pourvoi fondé sur la non application de la loi étrangère commandée par un texte français ou une règle coutumière de D.I.P. admise en France.

Caractère juridique du fondement d'application des lois étrangères en France.

Telle est la première règle jurisprudentielle et on pourrait citer un très grand nombre d'autres exemples d'arrêts sur la matière. (1)

(1) cf. M. Marty, professeur agrégé à la Faculté de

Source : BIU Cujas

B - L'incertitude dans l'interprétation de la loi étrangère compétente n'est pas un cas de cassation.

La seconde règle est plus délicate, c'est celle en vertu de laquelle l'inexactitude dans l'interprétation de la loi étrangère, quand elle est compétente ne constitue pas un cas de cassation.

Cette règle a été posée de très bonne heure par la Cour de Cassation, et des décisions toutes récentes la confirment encore. Comme cas classique établissant le principe, on cite généralement l'affaire de Hesse-Darmstadt. (Ch. Req. 15 avril 1861, S. 1861. I. 721; D. 1861, I.420). Il s'agissait d'interpréter en cette matière les dispositions de la législation hessoise, et la Cour de Cassation dans ses motifs proclame que, dans le cas où l'arrêt se serait trompé sur les exigences de la législation hessoise, cette erreur ne pourrait entraîner la cassation, la Cour de Cassation étant instituée pour maintenir l'unité de la loi française par l'uniformité de sa jurisprudence et n'ayant pas la mission de redresser la fausse application des législations étrangères, à moins qu'elles ne deviennent les sources d'une contravention aux lois françaises. Tel est le premier motif invoqué par la jurisprudence à l'appui de sa solution. La Cour de Cassation juge des questions de droit, elle tranche souverainement les questions de droit, elle s'écarte des questions de fait, mais elle ne tranche que les questions de droit français, elle ne tranche pas les questions de droit étranger.

Motifs invoqués par la Cour de Cassation : la Cour de Cassation n'a à connaître que de l'interprétation de la loi française et l'interprétation de la loi étrangère n'est qu'une question de fait.

Depuis lors, sans que la solution diffère, les motifs donnés par la Cour de Cassation se sont modifiés. C'est ainsi que dans une décision de 1922 (Ch. Req. 21 juin 1922, Sirey 1922, I.256), où elle jugeait une affaire de biens sequestrés pendant la guerre, la Cour de Cassation a donné un autre motif. Elle a considéré l'interprétation d'une loi étrangère comme une question de fait, et considéré les appréciations des tribunaux de première instance et des Cours d'appel, concernant le droit étranger, comme des appréciations de fait. La Cour de Cassation ne connaît que du droit. Suivant son interprétation à cette époque, l'interprétation de la loi étrangère était une question de fait, dont les juges d'appel avaient l'appréciation souveraine.

Depuis lors, la Cour de Cassation, tout en

---

(1)suite)- droit de Grenoble, "La distinction du fait et du droit", thèse Toulouse, 1929, et M. Jean Bam, "L'application des lois étrangères et la Cour de Cassation", Thèse Paris, juin 1930).

Source : BIU Cujas

maintenant que les juges de première instance et d'appel ont l'interprétation souveraine des lois étrangères, sans que la Cour de Cassation puisse intervenir, ne conserve plus les deux motifs donnés par la jurisprudence antérieurement. On ne trouve plus, ni le fait que la loi française seule serait celle dont la Cour de Cassation a mission de faire respecter l'uniformité, ni l'assimilation de l'interprétation de la loi étrangère à une valeur de fait. La Cour de Cassation se borne à reproduire simplement cette solution, très ancienne maintenant dans sa jurisprudence, et à la fonder sur l'interprétation souveraine des juges du fond. On peut citer en ce sens deux arrêts, l'un de la Chambre civile, l'autre de la Chambre des Requêtes. Dans le premier (16 mars 1932 D.H. 1932, p. 250), la question était de savoir quelle portée l'on doit attacher aux décisions du conseil privé du roi d'Angleterre. (Les décisions du conseil privé sont des décisions analogues à celles de notre Conseil d'Etat français). Dans quelle mesure, lorsqu'elles sanctionnent une décision inférieure, peuvent-elles être considérées comme des décisions judiciaires entraînant l'exequatur? C'est ce qui a été discuté à la Cour de Cassation ou plutôt c'est ce qui a été discuté en instance d'appel, car la Cour de Cassation s'est désintéressée de la question en disant : "Attendu que l'appréciation fondée sur les circonstances de fait et sur l'interprétation de la loi étrangère échappent au contrôle de la Cour de Cassation".

La deuxième décision plus importante encore est une décision que nous retrouverons très fréquemment au cours de cet examen de la jurisprudence, car elle a eu à trancher un nombre considérable de questions de droit international privé, c'est le célèbre procès, que l'on a appelé l'affaire de Chambord, c'est-à-dire le procès où se trouvait impliqué le sort du domaine de Chambord, et qui s'est plaidé sur le règlement de la succession de Robert de Bourbon, duc de Parme. Dans cette décision de la Chambre civile du 13 avril 1932 (D. 1932. I. p. 189) la Cour de Cassation estime là encore que l'interprétation donnée par les juges du fond est souveraine : "Attendu que, à la suite de l'interprétation donnée souverainement par les juges, ... la Cour de Cassation ne peut pas intervenir". Le procureur général Matter, (D. 1932.I.100) avait donné des conclusions dans le même sens. Toutefois, après avoir dit qu'il était inutile de citer des arrêts à l'appui de cette jurisprudence très établie, il relève cependant que l'on aurait pu s'écarter de la règle traditionnelle et rectifier l'interprétation donnée par la Cour d'Orléans. Il y a là une tendance,

Source : BIU Cujas

qui a été signalée par un certain nombre d'auteurs, tendance en vertu de laquelle il est possible qu'un jour la Cour de Cassation étende à l'interprétation de la loi étrangère la jurisprudence qu'elle a établie pour l'interprétation des contrats, c'est-à-di la célèbre distinction entre l'interprétation et la dénaturation, distinction que développe M. Marty (o cit. pp. 168 et ss).

II - Arrêts consacrant les principales règles entraînant application en France d'une loi étrangère.

II - Un deuxième groupement d'arrêts constitue la trame du droit international privé en France à l'heure qu'il est. Il s'agit de montrer les princip les règles jurisprudentielles, susceptibles d'entra ner en France l'application d'une loi étrangère. Il s'agit des principales règles, il n'est pas questio de donner une énumération limitative. Il existe d'a tres principes, en vertu desquels la loi étrangère peut s'appliquer en France; je m'arrêterai aux prin cipales.

Ces règles sont au nombre de quatre : Le princ pe du statut personnel, la règle mobilia sequuntur personnam (les meubles suivent la personne); la règl locus regit actum; le principe de l'autonomie de la volonté. Ce sont les quatre principales règles, cou tumières d'ailleurs dans leur origine, en vertu des quelles peut s'appliquer en France une loi étrangèr Je dis, peut s'appliquer en France une loi étrangèr car ces principes peuvent conduire aussi à l'applic tion de la loi française. L'autonomie de la volonté par exemple, est susceptible d'imposer en France au si bien l'application de la loi française que l'app cation d'une loi étrangère. Il s'agit donc de règle susceptibles seulement d'entraîner l'application de la loi étrangère.

A - Le principe de statut personnel. Sens de cette expression.

I - Le principe du statut personnel.

L'expression "statut personnel" (au singulier) est une expression qui ne date dans notre langue ju ridique que du XIXème siècle. Elle vise une notion au premier abord assez vague. On semble viser tout d'abord un bénéfice attribué à une personne, consis tant dans la faveur de jouir d'un régime de droit p ticulier, du régime de la personnalité des lois. Ce est un point de vue objectif. Au point de vue du bé ficiaire, on parle aussi du statut personnel pour d ser un ensemble de matières réglées par des lois et coutumes spéciales, particulièrement inhérentes à personne. Dans ce sens assez vague, l'expression s tut personnel est employée couramment dans les tri naux. Elle a été développée par le contact pris par un très grand nombre de magistrats français des Co d'appel avec le régime spécialement fait aux colon

Source : BIU Cujas

et plus particulièrement en Algérie et en Tunisie, à un certain nombre d'indigènes, qui jouissent du bénéfice d'un statut personnel dans le sens assez vague où je viens de l'indiquer. Cependant, c'est une notion tellement importante qu'il est nécessaire de la préciser beaucoup plus.

Les statuts personnels chez Pothier.

L'origine de cette expression remonte à l'ancien droit, mais dans l'ancien droit elle se présentait, notamment dans Pothier, sous une forme un peu différente. On ne disait pas le statut personnel, on disait les statuts personnels. Dans l'Introduction générale aux coutumes, qui figure en tête de la coutume d'Orléans, Pothier dans son chapitre I, "Des différentes espèces de lois coutumières", écrit : "Nous avons trois espèces de statuts ou lois coutumières, les statuts personnels, les statuts réels, et ceux qui ont pour objet ce qui concerne la forme extérieure des actes". On reconnaît là la définition de d'Argentré, recueillie par la France de l'ancien régime. Et au N° 6 de la même Introduction, Pothier définit les statuts personnels de la manière suivante : "On appelle statuts personnels les dispositions coutumières qui ont pour objet principal de régler l'état des personnes. Telles sont celles qui concernent la puissance paternelle, la tutelle des mineurs et leur émancipation, l'âge requis pour tester, la puissance maritale". C'est au cours du XIXème siècle que l'expression a été employée dans un sens générique et au singulier. C'est devenu une notion commune et consacrée, dont nous trouverons notamment la définition, ou tout au moins la description dans Aubry et Rau, au § 31, tome I, "Des lois qui composent le statut personnel et de celles qui font partie du statut réel". Dans cet intitulé même, on voit qu'Aubry et Rau avaient de la notion une conception plus abstraite encore que ne l'avaient les auteurs de l'ancien droit. Aubry et Rau définissent ou plutôt décrivent le statut personnel de la manière suivante, car comme Pothier, ils emploient le procédé de l'énumération : "Le statut personnel comprend toutes les dispositions législatives qui ont pour objet principal et prédominant de régler l'état des personnes et leur capacité, soit pour tous les actes de la vie civile en général, soit pour quelques-uns de ces actes en particulier". Et alors suit une énumération analogue à celle de Pothier, par le procédé identique à celui de Pothier d'ailleurs : "Telles sont notamment les dispositions qui règlent la jouissance, l'exercice et la privation des droits civils, la majorité et la minorité, l'émancipation, les causes et les effets de l'interdiction, la preuve de la paternité et de la filiation légitime ou natu-

La description du statut personnel dans Aubry et Rau.

Source : BIU Cujas

relle. Telles sont encore les dispositions spécialement relatives à la capacité requise en matière de mariage ou d'adoption, et aux modifications que le mariage ou l'adoption apporte à la capacité de la femme mariée en général". Voilà une notion très élémentaire que nous rencontrons à la base du droit international privé. Voyons maintenant quelle est la règle qu'y attache la jurisprudence.

Principe jurisprudentiel de l'application aux étrangers de leur statut personnel tel qu'il est régi par la loi nationale.

La jurisprudence a proclamé de très bonne heure et consacré dans des séries d'arrêts le principe que les étrangers transportent en France leur statut personnel, qu'ils bénéficient en France de leur statut personnel, c'est-à-dire de l'ensemble des lois que leur a assignées leur pays pour régler l'état et la capacité civile de la personne. Parmi les arrêts qui ont affirmé ce principe, on trouve notamment un des arrêts classiques du droit international privé dans l'affaire Lizardi. (Ch. Req. 16 janvier 1861, S. 1861. I. 305. Dalloz, 1861.I.193). Dans cette affaire il s'agissait d'un jeune Mexicain, âgé de plus de 21 ans majeur par conséquent au regard de la loi française et mineur au regard de la loi mexicaine, qui fixait à cette époque la majorité à 25 ans. Le jeune Mexicain avait passé un certain nombre d'achats très importants, de bijoux notamment, avait souscrit des traites; devenu majeur au regard de la loi mexicaine après 25 ans, et à la suite d'un certain nombre d'autres procès, il avait fini par demander la nullité des achats et des transactions qu'il avait passés. Nous retrouverons prochainement cette affaire à propos du principe de l'intérêt national, que la Cour de Cassation a fait prédominer dans cette affaire. Mais le principe général affirmé par la Cour de Cassation qui par la suite y a apporté une dérogation, est le suivant : "Attendu que, si le statut personnel dont la loi civile française assure les effets aux Français résidant en pays étranger, peut par réciprocité être invoqué par les étrangers résidant en France" Ainsi la Cour de Cassation, alors qu'elle va y apporter une dérogation, affirme dans cet arrêt la double règle que les étrangers jouissent en France du statut personnel, et que le statut personnel des étrangers est réglé en France par leur loi nationale. Cette jurisprudence est absolument constante. Ainsi dans l'affaire de Bari (Cass. Ch. civ. 17 janvier 1899) "Attendu que les étrangers résidant en France restent soumis à leur loi nationale, pour l'exercice de leurs droits de famille, sauf les cas où l'exercice de ces droits est contraire à l'ordre public". Nous retrouverons cette exception. Par conséquent, une suite consid-

L'affaire Lizardi.

Source : BIU Cujas

ble d'arrêts permet d'affirmer que l'on rencontre en France le double principe que les étrangers jouissent dans notre pays du statut personnel et que ce statut est réglé par leur loi nationale.

Justifications données par la jurisprudence à l'appui de cette double solution : argument de texte et argument de réciprocité.

Comment la jurisprudence a-t-elle été amenée à poser ce principe? Quels arguments a-t-elle invoqués? Et que valent ces arguments? Tout d'abord, on invoque un argument de réciprocité. Si, dit l'arrêt Lizardi, la loi française accorde aux Français le bénéfice du statut personnel en pays étranger, il y a une réciprocité nécessaire. Il semble bien que l'idée d'utilité, dont je parlais précédemment, ait inspiré les magistrats de la Cour de Cassation. Mais il y a aussi un argument de texte. En effet, l'art. 3 § 3, fait bénéficier le Français du statut personnel lorsqu'il est à l'étranger. Est-ce qu'on ne peut pas tirer de l'art. 3 un argument d'analogie pour dire que dans la pensée du législateur l'étranger doit bénéficier de l'application de sa loi nationale? Si le Code civil ne l'a pas dit, c'est parce qu'il n'a pas voulu statuer sur l'application de la loi étrangère, et qu'il n'a voulu statuer que sur l'application de la loi française.

iscussion ossible de es arguments.

Sans vouloir discuter l'argument de réciprocité tiré de l'utilité ou de la justice internationale, on pourrait discuter au contraire, sur le terrain de l'argumentation de texte. On pourrait, au lieu d'invoquer un argument d'analogie, invoquer un argument a contrario en montrant, d'ailleurs, que la réciproque n'est pas toujours assurée par nos lois. Mais surtout ce que l'on pourrait discuter beaucoup plus que la première règle, c'est le principe de la seconde.

Du fait que l'on admet que les étrangers en France doivent jouir du bénéfice de leur statut personnel, pourquoi en tire-t-on la conséquence que ce statut personnel est réglé par leur loi nationale? Il y a là quelque chose d'un peu surprenant, et voici pourquoi. C'est parce que toutes les lois étrangères n'assurent pas à leurs nationaux le bénéfice de leur loi nationale. Lorsque leurs nationaux se rendent à l'étranger et y fixent leur domicile, il est aujourd'hui un très grand nombre de pays qui consacrent pour ces étrangers la loi du domicile. Il en est ainsi notamment de tous les pays anglo-saxons. Dans tous les pays anglo-saxons le statut personnel est réglé par la loi du domicile. Si un Français se rend en Angleterre et y fixe son domicile, la loi française peut bien considérer encore que le Code civil lui est applicable, le droit anglais lui appliquera la loi anglaise, parce qu'il est domicilié en Angleterre. Il en est de même aux Etats-Unis d'Amérique, et

Source : BIU Cujas

inversement, lorsqu'un Américain élit domicile en France, il est au regard de la loi anglaise et de la loi américaine justiciable pour son état et sa capacité de la compétence de la loi française. Dès lors, si l'on dit que l'on assure à un étranger le bénéfice du statut personnel, ne va-t-on pas trop loin lorsqu'on vient proclamer que ce statut est nécessairement la loi nationale de l'étranger? C'est sur la base de cette exagération, admise d'ailleurs par tous les auteurs et par la jurisprudence, que s'est greffée la très grave question du conflit des systèmes, que nous rencontrerons prochainement et notamment la question du renvoi. Je laisse pour l'instant cette question de côté.

Justification historique de la solution.

Retenons simplement le principe. Et, pour ma part, au lieu d'aller rechercher dans les arguments de réciprocité qui sont susceptibles d'être rétorqués au lieu d'aller chercher dans des arguments de texte également assez faibles, la source de notre règle, j'estime qu'il est infiniment préférable de dire, ce qui est la vérité historique et scientifique, que le principe du statut personnel est la règle coutumière écrite dans notre ancien droit, règle coutumière consacrée par les siècles, et en vertu de laquelle les statuts sont faits pour ceux pour lesquels ils ont été édictés, c'est le vieux principe bolonais, et c'est la persistance de la règle reçue à la dernière époque dans notre ancienne jurisprudence.

Il n'est pas possible d'entrer dans le détail toutes les applications du principe du statut personnel, ceci fait partie de l'application du droit international privé, dont je parlerai prochainement.

B - La règle mobilia sequuntur personam. La succession mobilière est régie par la loi qui régit la personne.

Ceci dit au sujet du premier des principes fondamentaux du droit international privé, il faut en venir à la règle "mobilia sequuntur personam", les meubles suivent le sort de la personne, suivent la loi qui s'applique à la personne; les meubles rentrent dans le statut personnel. Cette règle classique, particulièrement en matière de succession, a comme principe que dans une succession on ne tient pas compte de la situation effective des meubles. La succession mobilière forme une universalité qui reste soumise à la loi de la personne.

Caractère ancien et coutumière de cette règle.

Ici nous allons le voir nous sommes encore, et d'une manière absolument expresse dans la jurisprudence, en présence d'une règle coutumière, en présence d'une règle consacrée par la coutume internationale. En effet, la règle remonte à l'Ecole des post-glossateurs; c'est Balde qui l'a introduite. Elle a été reçue par toutes les écoles, l'école française, l'éco

Source : BIU Cujas

hollandaise comprises. On l'exprimait soit sous la forme de l'adage latin, soit sous la forme de l'adage coutumier "meubles suivent la personne". Cette règle, "meubles suivent la personne" a donné lieu, à raison de la terminologie ambiguë de l'ancien droit, et notamment des deux sens, que l'on peut attacher aux expressions statut réel et statut personnel, à une discussion très confuse. On se demandait si cette règle constituait un statut réel ou un statut personnel. Dumoulin avait estimé, à la suite des Italiens, que la règle constituait un statut réel, à raison de la cause sur laquelle elle porte; au contraire, d'Argentré l'avait considérée comme un statut personnel, parce qu'elle a un effet extraterritorial. Cette querelle a longuement agité les anciens auteurs, et il est encore à l'heure actuelle des auteurs français qui discutent le problème. Il y a peu d'intérêt pratique à la controverse à l'heure qu'il est. Au surplus dans l'ancien droit la controverse n'avait point d'intérêt, puisque la loi personnelle était la loi du domicile. Laissons de côté ces questions qui sont traitées tout au long dans certains livres, et voyons la règle jurisprudentielle.

plication à succession bilière de loi du domi- le du défunt.

La jurisprudence dès le début du XIXème siècle a recueilli et proclamé le principe que la succession mobilière est régie par la loi du domicile du de cujus. Cette jurisprudence remonte notamment à un arrêt de la Cour de Cassation, Chambre civile du 7 novembre 1827 (S. 1927.I.250), à propos de la succession d'un Anglais, le colonel Thornston. Cette décision a sanctionné la règle de l'ancien droit, et les auteurs qui à l'époque ont commenté la décision n'ont pas manqué de rappeler l'ancien droit et les anciens adages. Depuis lors, elle a été recueillie dans un très grand nombre d'autres décisions et particulièrement les décisions sur lesquelles est fondée la solution de l'affaire Forgo (11 mars 1874, Cour de Cassation, 5 mai 1875, Chambre civile). Quelles sont les raisons pour lesquelles la jurisprudence a fait prévaloir cette règle? Elles ne sont pas autre chose que la règle traditionnelle. Les anciens auteurs l'expliquaient en disant que les meubles adhèrent à la personne, font corps avec la personne, "Mobilia ossibus inhaerent". La règle est citée par référence à l'ancien droit et au principe de l'ancien droit dans un très grand nombre de décisions judiciaires, notamment à propos de la succession du prince Ghika (Cas. Ch. civ. 22 mars 1865. S. 1865.I.175). Voici l'attendu : "Attendu, quant aux meubles, que d'après l'ancienne règle tou-

Source : BIU Cujas

jours subsistante, ils suivent la personne de leur propriétaire et sont réputés exister au lieu de l'ouverture de la succession..." La conséquence de cette règle ne conduit pas nécessairement à l'application de la loi étrangère. Car si le défunt a son domicile en France, ce qui a lieu fréquemment, la loi française s'appliquera.

Cependant la Cour de Cassation a parfois hésité à appliquer la loi du domicile à la succession mobilière. Bien que ce soit la tradition et la tradition française qui a été gardée et respectée par ces arrêts, la Cour de Cassation n'a pas toujours appliqué la loi du domicile, et ceci à raison de l'art. 13 du Code civil. L'art. 13 du Code civil imposait aux étrangers, pour bénéficier dans une certaine mesure de la jouissance des lois françaises, une déclaration de domicile, et grâce à cette déclaration de domicile les étrangers bénéficiaient d'un régime intermédiaire entre celui de l'étranger soumis au droit commun et celui du national. Il en résulte que lorsqu'on était en présence d'un étranger, qui n'avait pas en France obtenu le domicile autorisé, la jurisprudence française avait une tendance à faire application de la loi nationale (cf. Cas. Ch. civ. 8 mars 1909, Sirey 1909.I.65). Ces précédents ont laissé des traces dans la jurisprudence, car bien qu'un évènement législatif important soit survenu avec la loi du 10 août 1927, la loi sur la nationalité, qui a supprimé l'autorisation à domicile en abrogeant l'article 13 C. civ, il est encore des décisions judiciaires qui, dans cette matière, ne tiennent pas compte de la loi du domicile (Cour de Paris, 1ère Chambre, 12 avril 1929, S. 1930. 2.120). Quoi qu'il en soit de cette permanence dans la jurisprudence, on peut affirmer que d'une manière générale la règle "Mobilia sequuntur personam" est appliquée par la jurisprudence et qu'elle est appliquée en ce sens que l'on donne compétence pour régler la succession mobilière, comme dans l'ancien droit français, à la loi du domicile, comme loi personnelle.

Conséquence : application de lois différentes à une succession mixte.

La conséquence de cette jurisprudence c'est que l'unité de la succession se trouve détruite, et c'est là une des conséquences les plus critiquées dans notre système de droit international privé français. En effet, les immeubles sont régis par la loi du lieu où ils sont situés, la lex rei sitae. (cf. notamment en ce sens, Cas. Req. 21 avril 1931, Dalloz 1931.I.52, Sirey 1931.I.377). Il en résulte qu'une même succession peut se voir appliquer deux lois différentes : une loi pour les immeubles, la lex rei

Source : BIU Cujas

sitae et une loi pour les biens mobiliers, en principe la loi du domicile. C'est là une conséquence qui a été très critiquée par certains auteurs, mais qui résulte des principes adoptés par notre jurisprudence.

C - La règle locus regit actum sur la forme des actes; son caractère traditionnel.

Le troisième des principes généraux auquel j'arrive, c'est le principe de la règle locus regit actum.

Cette règle signifie que la forme des actes est régie par la loi du lieu où ces actes sont passés. La loi du lieu où un acte juridique est passé a compétence pour régir la forme de laquelle il doit être revêtu. Si l'acte obéit ainsi aux prescriptions de forme de la loi du lieu où il est passé, il est valable partout; en tous temps on doit, quant à la forme, le tenir pour bon et bien établi. En conséquence, en France, un acte passé à l'étranger devra toujours être jugé valable par les tribunaux français, s'il est conforme à une formalité prescrite par la loi en vigueur au lieu où il a été passé. Sous la forme locus regit actum, la règle se rencontre au début du XVIII° siècle, en France. La maxime latine ne date que de cette époque, mais, quant au fond, le principe que cette maxime consacre est aussi ancien que le droit international privé. C'est une des premières règles que l'on rencontre dans les glossateurs et dans l'ancienne jurisprudence française. C'est le type de la règle coutumière internationale. Les travaux préparatoires du Code civil l'ont consacrée en propres termes, notamment au Tribunat. Voyez Locré, tome I, page 433, les paroles du tribun Andrieu : "C'est une maxime de droit, qui n'a jamais été contestée. Elle est admise en tous pays". L'Institut de droit international dans sa session de Lausanne de 1927, a proclamé la maxime locus regit actum comme admise en droit international. Au surplus, dans notre Code civil, nous en avons rencontré des applications, article 47, article 170, article 999. La jurisprudence française l'a consacrée dès le début du XIXème siècle.

Consécration constante de cette règle par la jurisprudence notamment en matière de testament.

Dès l'an XIII, la Cour de Cassation, sous l'autorité de Merlin, procureur général, a repris et affirmé la règle, et dans un très grand nombre d'espèces, au cours du XIXème siècle, elle a été proclamée non seulement comme une règle de droit français, mais comme une règle de droit international reçue internationalement. Cette règle a été notamment proclamée à propos de la validité du testament olographe rédigé en France par un Anglais, et d'une façon générale à propos des testaments rédigés en France par des étrangers. Un arrêt de la Chambre civile de la Cour de Cassation du 25 août 1847, Dalloz 1847.I.275, le proclame dans des termes que je vais reprendre, car ils montrent que le fondement sur lequel la jurispru-

Source : BIU Cujas

dence fait reposer la règle : un arrêt sur une espè identique a été rendu le 9 mars 1853 par la Chambre des Requêtes, D. 1853.I.217, en visant même sous la forme de l'adage latin la règle locus regit actum : "Attendu qu'il est de principe de droit internation que la forme extérieure des actes est essentielleme soumise aux lois, aux usages, et aux coutumes du pa où ils sont passés". Et la décision ajoute : "Cette règle est aussi ancrée dans le droit international que l'est le principe du statut personnel, attendu que ce qui touche à l'état et à la capacité des per sonnes est régi par le statut personnel, qui suit l personne partout où elle se trouve. Il en est autre ment de la solennité de l'acte et de sa forme exté- rieure, qui sont réglées par la loi du pays où le t tateur dispose", ceci en matière de testament d'étr ger en France.

La jurisprudence est absolument constante. Elle n'a sur ce point jamais varié, elle a été confirmée par des arrêts restés classiques; comme dernière ma festation de la jurisprudence, citons l'arrêt de la Cour de Cassation, Chambre civile 29 juin 1922, Sir 1922, I.249. : "Attendu que la forme des actes est régie par la loi du lieu où ils sont passés".

Raison d'utilité pratique justifiant cette règle.

Pour quelles raisons, en dehors de l'autorité la tradition, la jurisprudence a-t-elle recueilli l règle coutumière internationale? L'arrêt de 1847 la dit en propres termes "qu'autrement l'étranger pour rait, lorsqu'il est hors de son pays, se trouver em pêché de tester par l'impossibilité de recourir aux formes exigées par la loi de son domicile". C'est une raison d'utilité pratique. La jurisprudence est me à bon droit, comme on l'estimait dans l'ancien droit, et comme on l'estimait dès le début de l'Eco de Bologne, qu'il est impossible de requérir d'une personne l'observation de formalités dans un pays ne connaît pas ces formalités, et au contraire, qu est légitime de reconnaître la valeur de l'observa- tion des formalités respectées dans un pays où ces formalités sont en vigueur. C'est donc un motif d'u tilité pratique, consacré par toute une tradition, qui est à la base de cette troisième règle coutumiè re, recueillie par notre jurisprudence.

Mais si la jurisprudence a ainsi recueilli la règle coutumière, cette règle, dans son applicatio a donné naissance à un très grand nombre de questi En effet, sous sa forme laconique, elle pourrait laisser croire qu'elle a une portée beaucoup plus g nérale que celle que je viens d'indiquer. Locus re actum, le lieu de passation de l'acte régit l'acte,

Source : BIU Cujas

lère question = Portée exacte de la règle : la forme (et non la substance de l'acte).

la loi du lieu s'applique à l'acte. Si je n'avais pas précisé dès le début qu'il s'agissait de la forme des actes, on pourrait croire, rien qu'à la lecture de l'adage lui-même, que ce n'est pas seulement de la forme qu'il s'agit, mais aussi de la substance même de l'acte. C'est pourquoi de tout temps, parmi les anciens auteurs et aujourd'hui, il a été nécessaire d'établir une série de distinctions.

Précision de ce qu'il faut entendre par formes : formes extrinsèques.

Je m'attacherai d'abord à une première série de questions dans le but de spécifier exactement ce qu'il faut entendre par la forme. Il ne faut pas entendre très strictement par là la forme écrite l'instrumentum. Plus largement, il faut entendre par forme dans le sens de la règle locus regit actum, tous les éléments extérieurs qui ont pour but de manifester l'acte, de le rendre visible et apparent : toutes les formalités, tous les éléments extérieurs, en dehors même de l'instrumentum; par exemple, pour le mariage, ce n'est pas seulement l'acte de mariage mais toutes les formes de la célébration. C'est à ces formes que nos anciens auteurs donnaient le qualificatif de formes extrinsèques, ou quelquefois de formes probantes, les formes qui servaient à constater l'accomplissement des actes. C'est à ces formes seules que s'appliquait la maxime "locus regit actum", où la règle est contenue dans un but de commodité pratique. A ces formes extrinsèques ou probantes, nos anciens auteurs opposaient d'autres éléments, qui peuvent être qualifiés des formes, et auxquels ils donnaient d'autres adjectifs pour les distinguer des formes extrinsèques ou probantes. C'est ainsi notamment que Merlin, au mot "loi" dans son Répertoire, distinguait en dehors des formes extrinsèques ou probantes, trois autres catégories de formes, de formalités : les formes habilitantes, les formes dites extrinsèques et les formalités d'exécution.

Autres formes non soumises à la règle.

Formes habilitantes.

Les formes dites habilitantes, et nous allons voir que l'expression est restée consacrée dans notre droit actuel, étaient, d'après Merlin, les formes qui rendent capables d'agir les personnes, en matière d'état des personnes notamment, par exemple l'autorisation maritale. Les formes extrinsèques, que nos anciens auteurs appelaient quelquefois les formes viscérales, ex viscèribus actus, c'est par exemple le consentement. A la rigueur on pourrait dire que le consentement est une forme, mais suivant l'analyse juridique, il est indispensable de considérer qu'il s'agit là de données, qui fournissent à l'acte juridique son sens, sa substance. C'est la substance même de l'acte que l'on a appelée aussi quelquefois les formes substantielles. C'est une catégorie qu'il ne

Formes extrinsèques.

Source : BIU Cujas

faut pas confondre avec les formes extrinsèques. En-

Formes d'exécution.

fin les formalités d'exécution, ce sont les formalités de procédure, ce sont les formalités par lesquel les on fait valoir le droit en justice, et une fois la sentence obtenue, on en requiert du pouvoir publi l'exécution : à ces formalités s'applique la loi du lieu d'exécution de l'acte, alors que la loi locale, la loi où l'acte a été passé s'applique en vertu de l'adage locus regit actum, aux formes extrinsèques probantes. De tout temps, et dans l'ancien droit notamment, comme on le voit dans le Répertoire de Merlin, la loi applicable à ces autres formes était dif férente. On appliquait aux formes habilitantes les lois du statut personnel, notamment dans l'ancien droit la loi du domicile. On appliquait aux formes trinsèques, notamment au consentement, aux considér tions par lesquelles était fixé le prix de la chose vendue, le contenu de la substance de l'acte, la loi qui gouverne tout le contrat, la loi d'autonomie de la volonté. Quant aux formalités d'exécution, de tou temps encore en France, on a soumis à la loi du lieu où l'acte est mis à exécution les principes gouvernant ces formalités. C'est là la grande distinction classique entre les ordinatoria litis et les decisoria litis. Les règles concernant la procédure et l'é écution font partie de l'ordonnance du procès, ce sont des ordinatoria litis, et non pas des decisoria litis. Tels étaient les précédents de l'ancien droit qu'il convenait de citer.

Adoption de ces distinctions par la jurisprudence.

Ce système de distinctions a été recueilli par notre jurisprudence civile et sans que les termes exacts, qui étaient préconisés dans l'ancien droit, aient passé en entier dans la jurisprudence, on retrouve dans celle-ci les formes habilitantes, sous la forme même de l'expression de l'ancien droit, les formes intrinsèques, les formes extrinsèques, et les formalités de procédure d'exécution.

1° application aux formes habilitantes de la loi nationale notamment en matière de tutelle.

La jurisprudence, sur la distinction entre les formes habilitantes et les autres formes, a tranché la question de beaucoup la plus importante. D'après la jurisprudence qui emploie l'expression formalités habilitantes, (Arrêt de la Cour de Cassation 1932) "Les formes habilitantes sont les formalités qui doivent être employées pour qu'un incapable ou son représentant puisse valablement accomplir un acte juridique". Cette définition est tirée de la jurisprudence par le professeur Audinet (Répertoire de droit international privé) dans un article sur la règle locus regit actum. Ainsi, en principe, pour les formes habilitantes, ce n'est point la loi locale qui s'appli-

Source : BIU Cujas

que. De très bonne heure la Cour de Cassation a décidé que pour les formalités habilitantes il y a lieu d'appliquer la loi nationale étrangère, et particulièrement lorsqu'il s'agit d'un incapable, la loi applicable sera le statut personnel, loi de protection. La Cour de Cassation, à propos de la tutelle du mineur (Ch. civ. 2 juin 1908, Sirey 1911.I.387), a rendu un arrêt fondamental qui a tranché souverainement la matière. La tutelle du mineur doit être organisée conformément à la loi nationale du mineur.

Difficultés ratiques sur la notion de ormes abilitantes :) en ce qui oncerne un artage de iens immobiiers sis en rance entre ineurs trangers.

Toutefois, lorsqu'on a ainsi posé le principe de la distinction des formalités habilitantes avec les autres formalités, il reste d'autres problèmes subsidiaires à examiner. L'un d'eux pose une question délicate, au cas où la question des formalités habilitantes est soulevée à l'occasion de questions immobilières, et plus particulièrement à l'occasion d'un partage où des mineurs sont intéressés, et où se trouvent englobés des immeubles sis en France; la question de savoir qui va l'emporter de la loi qui gouverne les formes habilitantes, en principe par conséquent la loi nationale des incapables, ou d'autre part, la loi de l'endroit où sont situés les immeubles, la lex situs, a soulevé de très graves difficultés. Particulièrement, c'est une des questions qui ont surgi dans un procès auquel j'ai déjà fait allusion, la question du partage de la succession du duc de Parme disputée entre les princes de Bourbon, au sujet du domaine et du château historique de Chambord. Cette question a été examinée successivement par le tribunal civil de Blois le 30 avril 1925, par la Cour d'Orléans 29 février 1928 (S. 1929.2.33. D. 26.2.27) et enfin par la Cour de Cassation, Ch. civ. le 13 avril 1932 (Dalloz 1932. I.89). En ce qui concerne les formalités habilitantes, la question était la suivante : Le partage avait été effectué en Autriche, à Vienne, et conformément à la loi locale, qui consistait dans une loi spéciale, la loi nobiliaire, qui confiait le règlement des partages au grand maréchalat de la Cour. Il en est résulté que les incapables ayant été, conformément à leur loi nationale, couverts par les formalités habilitantes, on se demandait si c'était bien la loi nobiliaire autrichienne ou au contraire la loi française, la lex situs, la loi où se trouvait situé le domaine, le château de Chambord, qui devait l'emporter. La Cour de Cassation proclame que les formalités habilitantes dépendent de la loi nationale. L'expression formalité habilitante se trouve dans l'arrêt du 13 avril 1932. Voilà une première question.

) en ce qui oncerne les

Il en est une autre également très délicate, c'est celle qui consiste à déterminer exactement si

Source : BIU Cujas

formes du testament olographe.

une formalité rentre dans la catégorie des formalités extrinsèques, ou au contraire, dans la catégorie des formalités habilitantes. C'est précisément cette distinction, et la difficulté qu'elle soulève, que l'on rencontre dans les arrêts, que nous avons cités, concernant la valeur du testament olographe fait en France par l'étranger, particulièrement par un Anglais, les formalités prescrites par le Code civil pour la confection d'un testament olographe, la nécessité de l'écriture, de la signature et de la date, apposées de la main même du testateur. Est-ce que ces formalités sont des formalités extrinsèques ou des formalités habilitantes? Sans doute, n'y a-t-il pas d'incapable, et sans doute n'y a-t-il pas de personne pour la représenter. Mais on pourrait être tenté de voir dans les formalités du testament olographe des formalités dites de protection, et y a-t-il lieu d'assimiler les formalités de protection à des formalités habilitantes, ou au contraire, les formalités prescrites par le Code civil ont-elles purement et simplement le caractère de formes extrinsèques? Suivant que l'on adopte l'une ou l'autre de ces solutions, on aboutit à l'application, pour la validité du testament olographe en France fait par un étranger, soit de la loi nationale, soit de la loi française. Il peut arriver que la loi nationale, ce qui n'est pas le cas pour l'Angleterre, mais ce qui est le cas pour la Hollande, interdise à ses nationaux le testament olographe. Cette question de distinction et de répartition entre les formalités extrinsèques ou les formalités habilitantes, cette question de formalité à déterminer soulève un problème de principe, que nous rencontrerons lorsque nous étudierons le conflit des systèmes, c'est ce que l'on appelle la question de qualification. Comment doivent être qualifiées les formalités en question? Doivent-elles être qualifiées extrinsèques ou habilitantes? C'est un problème que je réserve. Il a précisément sa situation dans la jurisprudence.

3) Distinction des formalités habilitantes et des formalités de procédure par exemple pour le partage judiciaire.

Enfin une difficulté a donné lieu à des problèmes pratiques, c'est la distinction entre les formalités habilitantes et les formalités de procédure. Il peut se trouver des formalités qui peuvent être qualifiées, soit de formalités extrinsèques, formalités d'ordre judiciaire, soit de formalités de protection. Il en est ainsi des formes du partage judiciaire. Le partage judiciaire prévu en France est organisé par les articles 466 du Code civil et 984 du Code de procédure. Or, dans les pays frontières, et particulièrement dans le nord de la France des conflits

Source : BIU Cujas

de lois surgissent fréquemment. Des immeubles sont compris dans des partages judiciaires de familles possédant des biens à la fois en Belgique et en même temps en France. Bien que les Belges aient adopté le Code civil et le Code de procédure, les art. 466 du Code civil et 984 du Code de procédure pour le partage judiciaire ont été de très bonne heure modifiés pas les Belges. Une loi du 12 juin 1816, au lendemain même de l'application du Code civil, motivait en Belgique des modifications. On a estimé, comme en France d'ailleurs, que les formalités de partage judiciaire sont excessivement encombrantes et coûteuses, et la question se pose de savoir, lorsque des partages judiciaires englobent des biens en Belgique et en France, s'il faut voir, dans ces formalités, des formalités de protection rentrant dans la catégorie des formalités habilitantes, ce qui amènerait alors l'application de la loi nationale des incapables, ou au contraire, s'il s'agit de formes de procédure pour lesquelles alors on applique indistinctement la lex fori, la loi du juge saisi.

J'en ai assez dit sur ces difficultés pour faire saisir l'importance de cette première jurisprudence sur la portée de la règle locus regit actum par rapport à la distinction à faire sur les formalités.

2ème question: caractère de la règle locus regit actum. Est-elle obligatoire ou facultative?

Une deuxième catégorie de questions surgit à propos de la règle locus regit actum et met en cause, non plus sa portée, comme nous venons de le voir, mais son caractère. Quel est exactement le caractère de la règle locus regit actum?

Lorsqu'on se pose la question du caractère, on se demande si la règle locus regit actum a le caractère obligatoire ou facultatif. Est-elle impérative ou facultative? Doit-on nécessairement suivre pour les formes extrinsèques, une fois qu'on les a bien déterminées, la loi du lieu où l'acte est passé? Ou bien, au contraire, est-on en droit de préférer dans le lieu où l'on se trouve des formes extrinsèques différentes? Voilà la question. Sur cette question, de très bonne heure, la jurisprudence a eu à se fixer. La doctrine a également discuté la question, et l'on a abouti finalement à une distinction.

Caractère obligatoire pour les actes authentiques.

Pour les actes authentiques, pour les actes publics, la règle présenterait un caractère obligatoire, et on le conçoit assez facilement, car dès l'instant où les actes publics requièrent l'intervention, l'immixtion nécessaire, réglementaire d'officiers publics, on ne concevrait pas comment on pourrait demander à des officiers publics français l'application de

Source : BIU Cujas

faut pas confondre avec les formes extrinsèques. En-

Formes d'exécution.

fin les formalités d'exécution, ce sont les formalités de procédure, ce sont les formalités par lesquelles on fait valoir le droit en justice, et une fois la sentence obtenue, on en requiert du pouvoir public l'exécution : à ces formalités s'applique la loi du lieu d'exécution de l'acte, alors que la loi locale, la loi où l'acte a été passé s'applique en vertu de l'adage locus regit actum, aux formes extrinsèques ou probantes. De tout temps, et dans l'ancien droit notamment, comme on le voit dans le Répertoire de Merlin, la loi applicable à ces autres formes était différente. On appliquait aux formes habilitantes les lois du statut personnel, notamment dans l'ancien droit la loi du domicile. On appliquait aux formes extrinsèques, notamment au consentement, aux considérations par lesquelles était fixé le prix de la chose vendue, le contenu de la substance de l'acte, la loi qui gouverne tout le contrat, la loi d'autonomie de la volonté. Quant aux formalités d'exécution, de tout temps encore en France, on a soumis à la loi du lieu où l'acte est mis à exécution les principes gouvernant ces formalités. C'est là la grande distinction classique entre les ordinatoria litis et les decisoria litis. Les règles concernant la procédure et l'exécution font partie de l'ordonnance du procès, ce sont des ordinatoria litis, et non pas des decisoria litis. Tels étaient les précédents de l'ancien droit qu'il convenait de citer.

Adoption de ces distinctions par la jurisprudence.

Ce système de distinctions a été recueilli par notre jurisprudence civile et sans que les termes exacts, qui étaient préconisés dans l'ancien droit, aient passé en entier dans la jurisprudence, on retrouve dans celle-ci les formes habilitantes, sous la forme même de l'expression de l'ancien droit, les formes intrinsèques, les formes extrinsèques, et les formalités de procédure d'exécution.

1° application aux formes habilitantes de la loi nationale notamment en matière de tutelle.

La jurisprudence, sur la distinction entre les formes habilitantes et les autres formes, a tranché la question de beaucoup la plus importante. D'après la jurisprudence qui emploie l'expression formalités habilitantes, (Arrêt de la Cour de Cassation 1932) "Les formes habilitantes sont les formalités qui doivent être employées pour qu'un incapable ou son représentant puisse valablement accomplir un acte juridique". Cette définition est tirée de la jurisprudence par le professeur Audinet (Répertoire de droit international privé) dans un article sur la règle locus regit actum. Ainsi, en principe, pour les formes habilitantes, ce n'est point la loi locale qui s'appli-

Source : BIU Cujas

3ème question: condition d'application de la règle locus regit actum.

gue dans cette jurisprudence. Il s'agit non plus de la portée de la règle locus regit actum, non plus de son caractère, mais des conditions pour que la règle s'applique. A quelles conditions appliquera-t-on la règle locus regit actum?

La jurisprudence a dégagé le principe subsidiaire suivant : la règle locus regit actum n'est applicable que si l'acte passé à l'étranger l'a été valablement dans les formes locales. La jurisprudence n'acceptera l'application de la règle locus regit actum, et par voie de conséquence l'application de la loi étrangère, que si l'acte passé à l'étranger l'a été valablement dans les formes locales. Cette règle subsidiaire a de très nombreuses applications dans la jurisprudence française, et l'on pourrait en trouver précisément des exemples dans une jurisprudence qui est en train de se développer à l'heure actuelle sur la validité des actes, notamment des actes de l'état civil, passés à l'étranger. De toute cette jurisprudence, j'extrais simplement deux espèces qui sont assez caractéristiques, en matière de mariage.

La règle n'est appliquée que si l'acte passé à l'étranger est valable d'après la loi locale.

a) application en matière de mariage.

Pour qu'un mariage passé à l'étranger ou en territoire réputé étranger, par exemple sur territoire couvert par l'immunité diplomatique, soit considéré comme valable en France, il faut que les formalités, qui ont été employées correspondent bien et valablement aux formes locales. Cette règle qui paraît simple est parfois fort difficile à appliquer en présence de formalités d'un caractère particulier, inconnu dans notre droit, et dont il est nécessaire de se demander si ces formalités correspondent bien aux formalités exigées par la loi étrangère. Il en a été ainsi notamment dans une affaire jugée à la Cour de Paris, première Chambre (1er mars 1922, S. 1924.I.65) l'affaire Basiliadis. Il s'agissait du mariage passé à Paris à l'église grecque orthodoxe. Il s'agissait de savoir si le mariage pouvait être valable à raison du fait que l'on prétendait qu'il était couvert par les formes diplomatiques. Or, en dehors de toute considération tenant au fond, savoir la nationalité du mari et de la femme, qui soulevait des difficultés, notamment à propos de l'application de certains articles du Code civil et de la loi sur la nationalité, la question de forme diplomatique s'est posée. Il a été jugé que l'église orthodoxe grecque de Paris ne faisait point partie de l'hôtel de l'Ambassade et ne devait pas être considérée comme rentrant dans le territoire, dans lequel la forme du mariage religieux seul pouvait valoir pour assurer la validité du mariage. Le mariage a été déclaré nul.

Affaire Basiliadis.

ffaire Bouly

De même l'affaire plus compliquée, l'affaire Bouly

Source : BIU Cujas

de Lesdain.

de Lesdain. Le mariage avait été contracté en pays lointain, en Mongolie, par un Français avec une Américaine, suivant les formes religieuses; le mariage n'avait pas été un mariage civil, l'union ayant été bénie par des missionnaires de nationalité belge. Que dictait en pareil cas la règle locus regit actum? La question de la validité du mariage s'étant posée, la Cour de Paris, première Chambre, 24 avril 1926 (D. 1927.2.p.9), a déclaré que le mariage n'était point valable, parce que, eu égard aux usages en cours et reçus en Mongolie, le mariage religieux n'y était point reconnu. (cf. note de M. Escarra, sous l'arrêt précité). On pourrait multiplier les espèces. Elles sont rapportées dans une note de M. Audinet.

J'en ai ainsi terminé avec les questions soulevées par la règle locus regit actum. J'aborde maintenant pour finir l'exposé de ces règles juridiques susceptibles d'entraîner l'application de la loi étrangère, le principe de l'autonomie de la volonté.

III - Le principe de l'autonomie de la volonté.

Ce principe de l'autonomie de la volonté a été notamment, en ce qui concerne la jurisprudence, étudié de très près tout récemment, notamment dans une thèse très importante de M. Caleb, aujourd'hui chargé de cours à la Faculté de droit de Rennes, (Le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé, thèse Strasbourg, 1927), et dans l'article de M. Kayser, chargé de cours à la Faculté de droit de Lille, (L'autonomie de la volonté en droit international privé devant la jurisprudence française, Journal Clunet, 1931, pp. 32 et ss. La jurisprudence est analysée d'une façon très minutieuse et très documentée). En ce qui concerne les principes de la matière, on les retrouvera dans une série de cours faits à l'Académie internationale de La Haye, en 1929 par M. Niboyet, (La théorie de l'autonomie de la volonté, recueil des cours de l'Académie de La Haye, tome XVI) et dans le Répertoire de droit international privé, 1929 (V° autonomie de la volonté). C'est une matière fondamentale, et sur laquelle ici encore je vais donner les principes de la jurisprudence.

Sens et origine de la règle. Admission par nos anciens auteurs.

L'expression d'autonomie de la volonté est une expression du XIXème siècle. L'autonomie, c'est la situation de quiconque ne dépend que d'une loi émanant de lui-même, car le mot "nomos" indique qu'il s'agit de loi et "autos" qu'on s'est faite soi-même. Appliqué au droit international privé et accouplé au mot volonté, le mot autonomie désigne ou entend désigner la liberté reconnue aux intéressés de choisir la loi applicable au rapport de droit établi entre eux. La règle dégagée par la jurisprudence est la suivante :

Source : BIU Cujas

"En vertu du principe d'autonomie de la volonté, lorsque ce principe s'applique, la compétence législative appartient à la loi choisie expressément ou tacitement par les parties". Cette règle de l'autonomie de la volonté, du moins nous l'appelons telle, existait déjà sous un autre nom dans notre ancien droit; Dumoulin particulièrement en a été l'initiateur dans son célèbre Consilium 53 (consultation donnée à propos des conventions matrimoniales et du régime légal des époux mariés sans contrat). Dumoulin estimait que le droit se trouve dans la mentalité, dans l'esprit, dans la volonté tacite et vraisemblable des parties : "Jus est in tacita et verisimile mente contractorum". La règle posée par Dumoulin, très célèbre dès qu'il l'a formulée, reçue et admise par les auteurs des Pays-Bas, flamands et hollandais, en particulier par Burgundus, fut reproduite par Boullenois, par Merlin. Elle était donc absolument admise dans notre ancienne jurisprudence.

Silence des textes du C.C. Admission et application de la règle par une jurisprudence constante.

Les textes de nos lois sont muets sur la matière. De très bonne heure la jurisprudence française a eu à se prononcer sur un très grand nombre de cas relevant de la liberté des parties. Dès 1833 et 1836, c'est-à-dire depuis 100 ans, la jurisprudence est fixée, notamment en matière de conventions matrimoniales, et M. Donnedieu de Vabres dans sa thèse a analysé tout spécialement cette jurisprudence de l'autonomie de la volonté, jurisprudence qui s'est développée dans la deuxième période du développement de la jurisprudence. Le principe de l'autonomie semblait l'emporter surtout. La Cour de Cassation s'est fixée notamment dans un certain nombre d'arrêts. L'évolution de la jurisprudence sur ce point a été très bien décrite dans une note de M. Pillet, sous un arrêt de la Cour de Paris, 25 novembre 1891 (S. 1896.I.273; l'arrêt Bourgeoise qui établit les principes de la naturalisation anglaise). L'arrêt type de la matière, posé par la Cour de Cassation, est à mon sens l'arrêt Favier. (Chambre des Requêtes. 9 mars 1891, Sirey. 93.I.457). Il s'agissait d'un Français fixé en Italie, à Palerme, qui avait épousé sans contrat de mariage une Italienne. La Cour de Cassation estime que, d'après les circonstances souverainement appréciées par le juge du fait, le sieur et la dame Favier avaient eu l'intention de se marier sous le régime des lois italiennes et que par suite les règles de la communauté ne peuvent leur être appliquées en vertu de l'art. 1393 du Code civil italien. On trouve des arrêts plus récents, notamment Chambre des Requêtes, 7 avril 1925 (Sirey 1926.I.117). Cette jurisprudence en matière de conventions matrimoniales doit être considérée comme

L'arrêt Favier en matière de régime matrimonial.

Source : BIU Cujas

absolument acquise, et toutes les critiques de la doctrine, car il en a été élevé beaucoup, se brisent contre la volonté absolue de la Cour de Cassation de maintenir en cette matière l'application de l'autonomie de la volonté.

Détermination de la loi applicable; évolution de la jurisprudence.

Mais alors quelle sera la loi applicable? Du moment que l'on laisse les parties libres en matière de convention matrimoniale de choisir la loi qui va gouverner leurs rapports matrimoniaux, peut-on dire d'une façon abstraite et générale que ce sera plutôt telle loi plutôt que telle autre qui s'applique? Tout dépend sans doute des circonstances, mais on doit remarquer, et M. Caleb l'a fort bien compris (pages 319 et suivantes) qu'il y a dans la pensée de la jurisprudence une certaine évolution. Dans l'ancien droit, - et c'était la solution de Dumoulin, - on avait tendance à appliquer la loi du lieu du domicile matrimonial. Depuis lors, la jurisprudence a évolué, et suivant certains auteurs, notamment M. Caleb, a substitué à la loi du domicile matrimonial la loi nationale du mari au moment du mariage, ceci avant la loi sur la nationalité de 1927. Nous verrons que la loi sur la nationalité de 1927, permettant à la femme française qui épouse un étranger de conserver sa nationalité, et réciproquement, a ruiné la base de cette présomption, et qu'il y a tendance aujourd'hui chez certains auteurs et peut-être dans la jurisprudence à revenir à l'idée de la loi du domicile matrimonial, qui avait été la première idée de l'ancien droit, qui est appliquée à l'étranger; nous verrons à la suite de quel arrêt, et dans quelle circonstance législative.

Différentes matières, en dehors des conventions matrimoniales, où la règle est appliquée. a) en matière de clause compromissoire.

Mais la matière des conventions matrimoniales n'est point et de beaucoup la seule matière où se développe la jurisprudence de l'autonomie de la volonté. Très nombreuses sont les questions dans lesquelles la jurisprudence a pu à propos de la question, qui lui était soumise, appliquer le principe de l'autonomie de la volonté et la loi choisie ou présomptivement choisie par les parties. J'indique un certain nombre de ces jurisprudences qui sont classiques.

D'abord toute la jurisprudence qui s'est développée en France avant l'apparition de la loi du 31 décembre 1925 sur l'arbitrage en matière commerciale, la validité de la clause compromissoire, de la clause par laquelle par avance on s'engageait à soumettre des litiges à naître, non pas aux tribunaux réguliers, mais à une juridiction arbitrale; alors que le Code de procédure français interdisait la clause, la jurisprudence avait, antérieurement à la loi du 31 décembre 1925 qui l'a admise en matière commerciale,

Source : BIU Cujas

développé des principes reposant sur l'autonomie de la volonté. Il était permis aux Français de déférer d'avance des litiges futurs à un arbitrage en se soumettant par la liberté de la volonté à l'application d'une loi étrangère admettant la clause compromissoire. (Req. 21 juin 1904, Dalloz, 1906.I.395, Sirey 1906.I. p.22). Des questions de ce genre ont été soulevées notamment par les grands marchés passés sur les céréales, en vertu du contrat type créé par la grande Association anglaise qui internationalement domine par ses formules et par sa loi tous les marchés de céréales. L'association est appelée la "London Corn Trade Association", l'Association de Londres pour le commerce des céréales, et le contrat a donné lieu à un arrêt de la Chambre civile du 19 février 1930 (D.H. 1930 p. 228). On y voit qu'une référence de ce genre à la loi anglaise, d'après le contrat anglais, peut être faite et pouvait être valablement faite même entre deux parties de nationalité française. Ceci montre à quel point la jurisprudence a entendu libéralement en cette matière l'application de l'autonomie de la volonté.

b) en matière de clauses de connaissement.

Autre application également classique et très importante en matière de commerce maritime, les clauses de connaissement, pour éviter certaines lois concernant les clauses de non-responsabilité dans les transports maritimes et notamment la fameuse loi, le Harter Act, notre jurisprudence a admis sur ce point la validité des clauses par lesquelles les parties stipulent la loi à laquelle elles ont l'intention de se soumettre. (Cass. 5 décembre 1910, S. 1911.I.129, note de M. Lyon-Caen). On retrouvera dans cette note et dans cet arrêt les formules par lesquelles la Cour de Cassation exige et formule l'application de la règle locus regit actum en particulier.

) à propos des lauses relatives à la monaie de aiement.

Enfin les dernières catégories de clauses sont les clauses qui ont donné lieu à une jurisprudence très importante, au sujet de la monnaie de paiement dans les contrats. La jurisprudence française, consacrée par la loi du 25 juin 1928 sur la stabilisation de la monnaie, art. 2 § 2, avait établi une distinction, au sujet de la validité ou de la nullité des clauses, tendant à parer à la dépréciation monétaire. Elle faisait échapper à la nullité qui atteint ces clauses, ce qu'elle appelait les paiements internationaux, c'est-à-dire les paiements qui mettaient en cause un créancier français et un débiteur étranger, ou à l'inverse un créancier étranger et un débiteur français, à l'exception des contrats portant sur des immeubles, où l'on appliquait la lex situs et la loi française indistinctement. Cette jurisprudence qu'a

Source : BIU Cujas

consacrée la loi française n'est pas autre chose qu'u ne application du principe de l'autonomie de la volo té, car si l'on n'avait pas fait intervenir en cette matière la liberté des contractants, quant au choix de la loi applicable, la loi normalement compétente, applicable, aurait dû être la loi du lieu du paiemen en effet, cette loi fixe la monnaie à l'endroit où la monnaie a une valeur libératoire, elle est donc valable, compétente, pour les paiements accomplis su le territoire où elle est en vigueur. Malgré cela, l jurisprudence française dans des arrêts fondamentaux a écarté cette loi en n'attribuant plus au lieu du paiement que la valeur d'un indice de la volonté des parties, concernant la monnaie en laquelle elles avaient entendu stipuler leur volonté, mais à défaut de manifestation de volonté contraire. (cf. Kayser op. cit. pages 40 et 42). Les arrêts fondamentaux sur la matière sont des arrêts de la Chambre civile de la Cour de Cassation, 1930, dans des affaires qui ont fait grand bruit, l'affaire du Crédit Foncier franco-canadien (Ch. civ. 3 juin 1930) l'affaire de la Société du Port de Rosario (Ch. civ. 9 juillet 1930), et l'affaire des obligations de la Ville de Tokio (Ch. civ. 14 juillet 1931 V. cf. le texte de ces décisions au D. 1931.I.5, avec les conclusions de M. le procureur général Matter et la note de M. Sa batier). Voilà un certain nombre de types de questions où la jurisprudence a fait intervenir le principe de l'autonomie de la volonté.

Limitation apportée par l'ordre public au principe d'autonomie de la volonté.

Mais pour finir, on peut se demander s'il n'y a pas des limitations, et si la tendance adoptée par la jurisprudence au cours de la deuxième période indiquée par M. Donnedieu de Vabres n'avait pas une cer taine exagération. Est-ce qu'on ne peut pas établir dans cette généralité des limitations? Voici ce qu'on peut dire sur ce point. En général, on pourra appliquer le principe de l'autonomie de la volonté dans le choix de la loi applicable dans tous les contrats qui ne touchent pas à l'ordre public. Cette notion de l'ordre public intervient déjà pour limiter l'application de la loi applicable d'après l'autonomie de la volonté, notamment dans les contrats de travail - travail maritime, travail terrestre, - dans les do nations, notamment pour les donations de biens à venir, dans les pactes successoraux, dans le partage, (cf. Affaire de Chambord, dans laquelle on a établi et spécifié que la matière du partage échappe au prin cipe de l'autonomie de la volonté).

Ceci posé, on peut dire que l'autonomie de la volonté s'applique à tous les éléments constitutifs

Source : BIU Cujas

Etendue d'application du principe (éléments constitutifs et effets du contrat sans distinguer règles impératives et supplétives).

du contrat et aux effets. Notamment il est permis aux parties d'indiquer expressément ou tacitement la loi qui dominera leur contrat en ce qui concerne le consentement et en ce qui concerne les vices du consentement. Il y a là un conflit de lois intéressant où l'on peut songer à faire intervenir la loi nationale comme loi de protection, mais il ne s'agit pas de forme habilitante, et les vices du consentement comme le consentement tout entier dépendent de la loi qui s'applique au contrat. Il en est de même des effets. L'arrêt de 1910 le stipule expressément. "La loi applicable au contrat, soit en ce qui concerne leur formation, sois quant à leurs effets et conditions, est celle que les parties ont adoptée". La Cour de Cassation l'a stipulé formellement, par conséquent, la jurisprudence est très large et très diverse. Elle est même beaucoup plus libérale que la doctrine, car la doctrine en cette matière a introduit une distinction, non seulement que l'on ne rencontre pas dans la jurisprudence, mais que la jurisprudence a une tendance à écarter et à critiquer, c'est une distinction entre les règles dites impératives et les règles dites supplétives. La doctrine - tout au moins une partie de la doctrine avec certains auteurs - a voulu écarter du domaine de l'autonomie de la volonté les règles dites impératives. La jurisprudence n'a jamais suivi la doctrine sur ce point, notamment la Cour de Cassation, (Ch. civ. 12 mai 1930, S. 1931. p. 159), à propos d'un conflit entre le Code civil et le droit local d'Alsace-Lorraine au sujet de l'article 1184 du Code civil (conflit interprovincial, un conflit sans conflit de souveraineté) a repoussé formellement cette distinction des règles dites impératives et des règles dites supplétives que la doctrine, au contraire, a une tendance à préconiser. Tels sont les principes généraux posés par la jurisprudence en matière d'autonomie de la volonté.

III - Principes par lesquels la jurisprudence restreint l'application en France de la loi étrangère.

Il reste maintenant à examiner et à analyser une troisième catégorie de décisions judiciaires susceptibles d'être rangées sous une même rubrique : ce sont les principes posés par la jurisprudence ayant un caractère restrictif par rapport à l'application de la loi étrangère en territoire français, les principes ayant pour effet de limiter l'application en France des lois étrangères en vertu des principes hérités de la coutume internationale.

Ces principes sont au nombre de trois : le principe de l'ordre public, le principe de l'intérêt national, le principe de la fraude à la loi.

Source : BIU Cujas

A - Le principe de l'ordre public dans la jurisprudence.

Je vais étudier d'abord le principe dit de l'ordre public dans la jurisprudence française. Je dis dans la jurisprudence française, parce que ce principe a été également étudié dans la doctrine, et sur beaucoup de points la terminologie et les principes de la doctrine ne coïncident pas avec ceux de la jurisprudence, nous le verrons plus tard. C'est ainsi, au point de vue de la terminologie, que dans les livres on désigne souvent le principe de l'ordre public accompagné d'un adjectif, l'ordre public international. Cette expression est employée par beaucoup d'auteurs dans des sens différents. Suivant certains, le qualificatif "international" ajouté à l'expression ordre public a pour objet d'attacher à l'expression ordre public un sens distinct de celui qu'il affecte, lorsqu'il s'agit de la législation interne; on oppose ainsi l'ordre public interne et l'ordre public international. Suivant d'autres, au contraire, c'est le cas de M. Bartin, l'expression "ordre public international" a tout simplement pour objet de désigner la même chose que l'ordre public interne, c'est une notion identique, mais examinée sous un angle différent c'est la même notion, examinée dans la mesure où elle entraînerait des conséquences dans la matière du conflit de lois en écartant l'application des lois étrangères (Bartin,Principes, § 103. p. 269 et ss.).

Rejet par la jurisprudence de la notion d'ordre public international.

La jurisprudence n'emploie pas l'expression ordre public international, et en particulier dans l'affaire fondamentale (Ch. Req. 21 avril 1931) le conseiller rapporteur a marqué d'une manière plus particulièrement forte que la jurisprudence avait toujours avec la plus grande prudence rejeté l'ordre public international pour s'attacher exclusivement à l'expression ordre public.

Rôle très ample de l'exception d'ordre public en jurisprudence.

Ces principes de l'ordre public, appliqué à l'effet d'écarter l'application en France des lois étrangères, se présente aujourd'hui dans la jurisprudence avec une ampleur particulièrement importante. On peut dire, comme on le disait de l'exception de dol en droit romain, que c'est devenu l'exceptio generalis du droit international privé. Dès qu'on veut écarter l'application de la loi étrangère, on invoque le principe de l'ordre public, admis très largement par notre jurisprudence.

Son origine récente et son caractère international.

Ici nous ne sommes plus en présence d'une notion héritée de la coutume internationale. Sans doute on rencontrait, dans les ouvrages du Président Bouhier notamment, des notions concernant la sûreté publique, dont les principes se retrouvent à l'alinéa premier de l'article 3 du Code civil. Sans doute

Source : BIU Cujas

aussi l'expression d'ordre public se rencontre une fois dans la bouche de l'un des auteurs du Code civil, précisément à propos de la rédaction de l'alinéa premier de l'article 3, mais comme l'a fort bien montré Lainé, cette notion d'ordre public est née au XIXème siècle, elle est contemporaine, elle est même la conséquence du principe des nationalités, et nous le verrons, du principe de souveraineté, qui a accompagné le développement du principe des nationalités à la deuxième moitié du XIXème siècle. C'est donc en somme un moyen d'origine très récente. Il va à l'encontre de la coutume internationale, puisqu'il a pour objet de limiter l'application en France des lois étrangères. Mais c'est un moyen qui a cependant un caractère international, car, sous des noms divers, il est adopté aujourd'hui dans la plupart des pays. C'est donc une sorte de limitation, qui tend à devenir internationale, de certains principes du droit international. Nous sommes en présence de la formation d'une règle internationale.

La jurisprudence française se présente avec une portée et avec des caractères qu'il faut marquer avant d'entrer dans le détail des arrêts. Les auteurs, en effet, pratiquant la méthode d'observation sur la jurisprudence n'ont point manqué de remarquer dans cette jurisprudence une portée intéressante et un caractère également remarquable.

Portée de l'exception d'ordre public= son effet tantôt négatif et tantôt positif.

Quant à la portée, la jurisprudence concernant l'exception d'ordre public a dû être envisagée comme susceptible d'engendrer deux effets que les auteurs appellent l'effet négatif et l'effet positif. L'effet négatif de l'exception d'ordre public, c'est celui sous l'angle duquel nous l'étudions, c'est celui qui a pour effet d'écarter l'application en France de la loi étrangère, effet négatif, parce que la loi étrangère se trouve écartée. On nie la possibilité de son application sur le territoire français. Mais parfois l'exception d'ordre public peut aboutir à un résultat d'ordre positif, celui d'une application particulière de la loi française à l'espèce. Je dis quelquefois, et d'une manière particulière, voici pourquoi. Lorsque dans tous les cas l'on écarte la loi étrangère, c'est pour aboutir à l'application de la loi française. Par conséquent dans tous les cas on peut dire qu'à côté de l'effet négatif, qui refuse à la loi étrangère l'accès du territoire français, il y a un effet positif, qui est d'affirmer l'application du droit français. Mais lorsque l'on parle de l'effet positif du principe d'ordre public on veut dire que parfois, et notamment en matière de statut personnel, le moyen d'ordre public aboutit à faire bénéficier

Source : BIU Cujas

un étranger de certains avantages de la loi français ou de certains effets de la loi française, auxquels ne lui donnerait pas droit son propre statut personnel. Il y a là quelque chose de plus que l'application de la loi française, il y a le fait qu'un étranger se trouve investi d'un droit ou d'un bénéfice, o tout au moins se voit appliquer un principe de droit que ne comporte pas son statut personnel. Il faut co naître ces expressions d'effet négatif et d'effet po sitif, de même que dans le vocabulaire généralement admis par les auteurs on qualifie alors d'effet abso lu ou d'ordre public absolu les cas où l'exception d'ordre public a une portée complète engendrant à la fois l'effet négatif et l'effet positif, et d'ordre public relatif ou d'effet relatif, lorsque l'exception d'ordre public n'engendre que l'effet négatif. C'est, on le voit, une terminologie assez compliquée

La variabilité de l'ordre public.

D'autre part, quant au caractère du moyen d'ordre public, tous les auteurs signalent que dans la j risprudence il s'est produit des variations sur certaines espèces dans certaines matières. Nous verrons notamment en étudiant les arrêts à propos du divorce à propos de la légitimation des enfants naturels, à propos de la recherche de paternité, qu'il s'est produit dans notre législation des modifications importantes, qui ont engendré dans la jurisprudence internationale du droit international privé des variation ce qui fait que l'on dit couramment dans les livres que le moyen d'ordre public dans la jurisprudence pr sente un caractère essentiellement de variabilité. R tenons donc avant d'entrer dans l'étude de l'observation de la jurisprudence, d'une part ce qui concerne la portée - nous allons l'examiner dans certains arrêts - et d'autre part le caractère de variabilité que nous allons également rencontrer dans certains autres.

L'arrêt du 21 Avril 1931 : affirmation par la Cour de Cassation de la notion de l'ordre public sans en donner la définition ni le critérium et en laissant au juge, dans chaque espèce, le

Ceci posé, pour connaître et comprendre le système de la jurisprudence en matière d'ordre public, il y a lieu de lire de très près la décision fondamentale récente en la matière rendue par la Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation, 21 avril 1931, D. 1931.I.52, Sirey, 1931.I.377. C'est une affaire de succession, dans laquelle est présentée incidemment une question de validité d'adoption. Il s'agissait d'une succession en Indochine, mettant en cause des immeubles indochinois soumis à la loi française. Plusieurs des successibles étaient d'origine hindoue de nos possessions de l'Inde française. Ils portaient d'ailleurs des noms hindous assez difficiles à prononcer. Il s'agissait d'une adoption faite conformé-

Source : BIU Cujas

soin de déclarer si l'ordre public a été violé.

ment au principe de la loi hindoue; c'est-à-dire dans des conditions où l'article 344 du Code civil n'admet pas l'adoption. Il y avait eu une adoption pendant la vie d'un enfant légitime, et l'enfant adopté dans ces conditions demandait à venir à la succession à l'égal des autres successibles au premier degré. La question se posait de savoir si l'enfant adopté pouvait compter dans la succession avec toutes les conséquences de calcul, de réserve, etc... Des deux questions posées, j'en laisse une de côté, - c'était la question principale de l'arrêt, celle de savoir si l'on appliquerait le statut personnel ou le statut réel étant donné qu'il s'agissait d'immeubles sis en Indochine : le statut réel l'a emporté. - Mais ce qui nous intéresse ici c'est le point de savoir si l'on avait admis le principe que l'adoption était ou non valable. La Cour de Cassation a proclamé qu'une telle adoption est contraire aux prescriptions de l'article 344 du Code civil, lequel concernant l'état des personnes intéresse l'ordre public. Ainsi l'expression est bien prononcée dans l'arrêt, et il faut se reporter alors dans le Dalloz, I. p.p.54 et 55, à la partie du rapport du conseiller rapporteur, M. Pillon, où le principe est non seulement affirmé mais étudié et analysé d'une manière particulièrement pénétrante. C'est là que nous pouvons percevoir d'une façon très claire la pensée de la Cour de Cassation sur la matière. Or, voici les quelques observations que l'on peut dégager du rapport du conseiller rapporteur. Tout d'abord, l'expression prononcée, c'est l'expression d'ordre public, le mot international en est exclu. Le qualificatif international a été rejeté de la jurisprudence d'une façon expresse. D'autre part, le conseiller rapporteur repousse également les autres distinctions de la doctrine en ce qui concerne tout au moins l'ordre public dit absolu ou l'ordre public relatif. La jurisprudence n'entre point dans ces détails. Le conseiller rapporteur signale que la doctrine s'est perdue à cet égard dans des subtilités, dans des sables mouvants - c'est son expression - qui rappellent la distinction peu heureuse de l'Ecole de Bologne entre les statuts favorables et les statuts odieux. D'autre part, le conseiller rapporteur estime qu'il n'y a pas en cette matière à formuler de critérium. Après avoir analysé les différentes doctrines, que nous retrouverons sur la matière, il proclame que le juge a la souveraine mission de déclarer si l'ordre public est ou non intéressé dans la matière, et si l'ordre public se trouve violé. L'entente se fait sur un point à savoir qu'il rentre dans la mission du juge d'apprécier dans chaque cas concret s'il y a ou non atteinte à

Source : BIU Cujas

l'ordre public. Mais nous ne trouvons pas de définition, nous ne trouvons pas de critérium. La Cour de Cassation se refuse à en exprimer un. Les différentes doctrines en présence sont analysées d'une manière particulièrement pénétrante. Elles sont repoussées les unes et les autres.

Les applications de l'ordre public en matière de statut personnel.

Ainsi la Cour de Cassation en acceptant le principe de l'ordre public, en laisse l'application libre au juge de chaque matière. C'est donc un examen assez général des principes par matière du droit qu'appelle en ce qui concerne la jurisprudence, l'examen de l'application de l'exception d'ordre public. Sans entrer naturellement dans toutes les matières, je m'arrêterai plus particulièrement à l'application de l'exception d'ordre public en matière de statut personnel. C'est, en effet, en matière de statut personnel que nous rencontrons les questions et les décisions les plus importantes et les plus intéressantes, les cas où le statut personnel d'un étranger en France appellerait normalement l'application de sa loi comme loi compétente, et l'on repousse au nom de l'ordre public l'application de cette loi pour y substituer la loi française d'une manière plus ou moins positive, nous allons le voir.

A - Mariage.
1°) Caractère d'ordre public du principe de la sécularisation du mariage en France.

Prenons d'abord dans l'ordre du Code civil la matière du mariage. C'est à beaucoup de points de vue et sous de nombreux aspects que la notion d'ordre public a été invoquée par les tribunaux et accueillie par eux pour écarter l'application de la loi étrangère et la remplacer par la loi française.

Voyons la question célèbre de la nature civile ou religieuse du mariage. Le principe du caractère civil du mariage est considéré par la jurisprudence française comme d'ordre public, et on va le voir sous divers aspects. La jurisprudence française a proclamé la sécularisation du mariage et elle a déclaré que la sécularisation est d'ordre public. Elle l'a dit en toutes lettres, et voici le passage d'un arrêt : "Le principe de la sécularisation du mariage implique la validité en France de la célébration purement civile du mariage de deux étrangers, dont le statut personnel n'admet que la célébration religieuse". Ceci a été affirmé notamment dans un arrêt de la Première Chambre de la Cour de Paris, 17 novembre 1922, (Sirey 1924.I.65, affaire Abramovitch. Il s'agissait de la demande en nullité de mariage adressée aux tribunaux français par une femme de nationalité serbe, qui avait épousé un de ses compatriotes. La loi serbe à l'époque exigeait pour la validité du mariage une cérémonie religieuse. Les deux époux étant serbes, leur

Source : BIU Cujas

statut personnel commandait le mariage religieux. Le mariage avait été célébré devant les autorités civiles, la femme demandait la nullité du mariage, elle fut repoussée. Les motifs donnés étaient d'abord, que si l'on appliquait la loi serbe, cela conduirait à reconnaître que seul le mariage religieux serait valable entre Serbes en France à l'exclusion du mariage civil, ce qui serait contraire à l'ordre public français. Voilà ce qui est proclamé par le tribunal, et d'autre part, deuxième motif, la règle de la sécularisation du mariage se rattache aux lois de police, qui aux termes de l'article 3 du Code civil, obligent tous ceux qui habitent le territoire. Ainsi on se rattache non seulement d'une façon générale au principe de l'ordre public, mais aussi à l'article 3 du Code civil, aux lois de police et de sûreté. Il y a là une distinction qui n'est pas faite par beaucoup d'auteurs, elle est même critiquée, mais je n'insiste pas.

Voici donc un des premiers aspects de la jurisprudence sur le caractère civil nécessaire du mariage en France. Inversement, les tribunaux français proclament qu'un mariage simplement religieux passé par des étrangers en France, même conformément à leur loi nationale, lorsque leur loi nationale estime que le mariage religieux est nécessaire et suffisant, n'est point suffisant aux yeux de la loi française. La loi française en France ne connaît que le mariage civil. C'est ainsi que l'a jugé la Cour de Paris dans un arrêt très célèbre que nous retrouverons et qui a été sanctionné par la Cour de Cassation (Cour de Paris, 17 mai 1902; Dalloz 1903.2.49, Sirey 1906.I.161), affaire Levinçon, sous l'arrêt de la Cour de Cassation, Ch. civ. 29 mai 1905). Ce n'est pas à dire que, lorsqu'il s'agit d'un mariage religieux passé par des époux à l'étranger conformément à leur statut personnel, dans le pays qui exige ou qui admet comme condition suffisante le mariage religieux, les tribunaux français ne le considèrent pas comme valable. La notion d'ordre public n'a pas été sur ce point jusqu'à proclamer nul aux yeux de la loi française un mariage religieux passé à l'étranger conformément à la loi étrangère par des étrangers. Il y aurait là une violation d'un principe, le principe du respect international des droits acquis. C'est ainsi que la Cour de Cassation a reconnu valable aux yeux de la loi française un mariage catholique en Espagne passé conformément aux formalités religieuses de la loi espagnole. (Cas. 31 janvier 1927, S. 1927.I.143). Voilà un certain nombre de décisions qui rattachent à l'ordre public français le caractère civil du mariage.

Il y a encore relativement à cette matière de la

Source : BIU Cujas

2°) Compétence exclusive des officiers de l'état civil pour célébrer en France un mariage entre Français.

formation du lien de mariage un très grand nombre d'arrêts sur bien d'autres questions; Je signale simplement celle-ci. D'abord en ce qui concerne le mariage diplomatique. La Cour de Cassation n'admet à contracter le mariage suivant les formes diplomatiques, c'est-à-dire devant les agents diplomatiques étrangers conformément aux formes du pays représenté par la mission diplomatique, que les étrangers. La Cour de Cassation fait intervenir la notion d'ordre public dès l'instant où l'un des conjoints est français, pour déclarer le mariage nul. La Cour de Cassation (Cas. 30 juillet 1900, Dalloz 1901.I.317, Sirey 1902, I.225) en a ainsi décidé pour le mariage d'un Anglais et d'une Française qui avait été célébré conformément à la loi anglaise devant le consul britannique de Nantes, et que la Cour d'Angers avait déclaré inexistant. La Cour de Cassation a fait intervenir la notion d'ordre public.

3°) L'exception d'ordre public en matière de formes de mariage non admises en France.

La notion d'ordre public a été également envisagée et l'exception d'ordre public a été opposée relativement à certaines formes de mariage inconnues du droit français, formes reçues à l'étranger et observées par des étrangers à l'étranger. De même que la Cour de Cassation admet en vertu du principe des droits acquis la validité du mariage catholique contracté en pays étranger, de même elle a admis au cours du XIXème siècle la validité du mariage consensuel dans les pays qui connaissent cette forme de mariage. Notamment les tribunaux français ont eu à s'occuper de la validité des mariages contractés dans les Etats-Unis d'Amérique où le mariage n'était accompagné d'aucune forme et résultait purement et simplement de l'état de mariage établi entre les époux, de la cohabitation et de la réputation, ce que le droit romain appelait le mariage "usu". La Cour de Cassation (Req. 20 décembre 1841, S. 1842.I.321) a validé les mariages qui étaient contractés en Pensylvanie, à Philadelphie. La même question est revenue devant la Cour de Cassation une dizaine d'années après à propos de la succession de la duchesse de Plaisance (Cas. 13 janvier 1857). La Cour a validé encore les mariages consensuels. (Sirey 1857.I.81) De même un peu plus tard la Cour de Paris, 20 janvier 1873, Sirey 1873.2.177, à propos de mariage contracté à New York conformément à la coutume par cohabitation et réputation, considérée comme suffisante. Il y a là une jurisprudence constante. Les mariages consensuels sont aux yeux de la jurisprudence française valables lorsqu'ils sont passés à l'étranger conformément à l'usage et à la coutume du lieu.

Source : BIU Cujas

La question s'est également posée depuis lors pour des mariages passés sous des formes assez différentes, et notamment sous des formes exotiques. On retrouvera dans les recueils d'arrêts et dans les livres les formes assez singulières dans lesquelles dans certaines colonies françaises ou étrangères se contractent les mariages (V. particulier Cour de Saïgon 1er mars 1905, Clunet 1905, 160, et Seine, 22 octobre 1919 Rev. de D.I.Pr. 1921, p. 240). Il est incontestable que la rigueur du principe voudrait, dès l'instant où les formes extérieures ont été observées conformément à la loi ou à la coutume du lieu, que la règle locus regit actum et le principe des droits acquis l'emportent, et ainsi que le statut personnel l'emporte sur le principe de l'ordre public, mais la Cour de Cassation, tout au moins les juridictions inférieures françaises, estiment cependant qu'un minimum de formalités est nécessaire et font intervenir sur ce point la notion d'ordre public. (Renvoi au Répertoire).

4°) Le rôle de l'exception d'ordre public en matière des rapports personnels entre les époux, art. 213 C.C. Effet négatif et positif de l'ordre public.

Dans l'ordre du mariage, une autre question encore a été soulevée tout récemment, c'est celle des rapports de l'ordre public avec les règles sur les effets du mariage dans les devoirs réciproques des époux. Cette question a été en particulier examinée par le tribunal civil de la Seine, Troisième Chambre, le 8 avril 1930, dans l'affaire des époux Nelson-Morriss de Chicago (Rev. D.I.Pr. 1930, p. 161, avec les conclusions de M. le substitut Brachet). Mme. Nelson-Morriss de nationalité française avait épousé un Américain, avait quitté la France, mais après quelques mois de mariage était revenue en France et avait contracté un engagement avec le directeur d'un établissement de spectacles, elle était par conséquent actrice et même vedette de music-hall, comme elle l'était d'ailleurs antérieurement à son mariage, puisqu'elle s'appelait Jeanne Aubert. Le directeur du théâtre où elle était engagée, était assigné par le mari à raison de ce que malgré sa défense, Mme Nelson-Morriss(sous son nom de vedette) avait paru au théâtre et continuait à y paraître. Il faut observer dans cette affaire que la femme avait conservé sa nationalité française. Bien que le mariage ait été antérieur à la loi de 1927, qui en France établit pour la première fois la règle de l'indépendance de la nationalité de la femme vis-à-vis du mari, en Amérique une loi de 1923 avait, antérieurement à la loi française, établi la même règle : la femme était française, le mari était américain. Que valait aux yeux de la loi

Source : BIU Cujas

française l'interdiction faite par le mari à sa femme de paraître au théâtre malgré sa défense? Que valait également la demande en indemnité et en dépens introduite par le mari contre le directeur du théâtre? La décision est intéressante à beaucoup d'égards. L'art. 217 relatif à la capacité de la femme mariée, qui avait été invoqué dans la cause, a été laissé de côté par le tribunal, lequel a statué exclusivement au regard de l'article 213 sur les rapports personnels et non plus matrimoniaux du mari et de la femme, sur les devoirs de protection du mari et d'obéissance de la femme, proclamés encore par l'article 213 du Code civil. Le tribunal a proclamé d'ordre public et également sur le fondement de l'art. 3, quel que soit le statut personnel du mari et de la femme, la disposition de l'art. 213 : "Attendu que le devoir d'obéissance de la femme à l'égard de son mari rentre dans la catégorie que l'art. 3 du Code civil dénomme lois de police et de sûreté, donc l'observation s'impose à tous ceux qui habitent le territoire et tout spécialement à Mme Morriss restée française malgré son mariage avec un ressortissant étranger; que les expressions lois de police et de sûreté ne doivent pas être restreintes à leur sens strict, mais dans tout ce qui, dans le domaine des droits privés intéresse les moeurs, l'ordre jugé général et la préservation sociale". Tel est le premier motif.

Voici maintenant le second : "Attendu que la subordination de la femme dans le mariage procède des conceptions du Code civil sur l'organisation de la famille, et a été instituée non pas dans un but unique de protection ou dans l'intérêt seul du mari, mais surtout en vue de sauvegarder l'unité et l'intégrité de la famille considérée comme membre essentiel de la société française... Attendu dès lors que les dispositions légales qui la sanctionnent revêtent le caractère de mesures d'ordre public, et obligent toutes les femmes qui résident en France, indépendamment de leur capacité juridique (indépendamment de l'article 217), il serait intolérable en effet en l'état actuel de la législation et des moeurs qu'une femme mariée pût braver publiquement en France l'autorité de son mari, même sujet étranger. Une telle attitude, si elle était sanctionnée par l'impunité serait de nature à porter une grande atteinte, non seulement à l'autorité personnelle de M. Morriss, mais encore à celle de tous les maris français". On voit là l'effet négatif et l'effet positif de l'exception d'ordre public. Elle fait écarter la loi étrangère, elle impose la règle française, et non seulement elle impose la

Source : BIU Cujas

règle française, mais elle fait bénéficier d'une disposition française un sujet américain qui ne trouve absolument dans ses lois personnelles rien de comparable. Elle donne au mari américain le droit d'invoquer l'article 213 du Code civil, et le droit d'empêcher sa femme de paraître sur la scène d'un théâtre, alors que sa propre loi, son propre statut personnel ne lui donne pas cette faculté. Cette espèce montre d'une façon saisissante l'effet positif et toutes ses conséquences. L'effet négatif consiste simplement dans l'écart de la loi étrangère.

B - Le rôle de l'ordre public en matière de divorce.

En dehors de ces décisions concernant le mariage, un nombre également très important de décisions ont fait intervenir la notion d'ordre public dans la matière du divorce.

C'est principalement sur deux terrains que s'est produite cette intervention du moyen d'ordre public : d'une part quant à l'admissibilité du divorce, et d'autre part quant à sa nature.

1°admissibilité du divorce; exemple de la variabilité de l'ordre public. a) Avant 1884, impossibilité pour un étranger auquel son statut personnel permet le divorce en France et même avant 1860 de s'y remarier bien que valablement divorcé à l'étranger.

En ce qui concerne tout d'abord l'admissibilité du divorce, que nous allons rencontrer une première illustration de ce que les auteurs appellent la variabilité du moyen d'ordre public. En effet, jusqu'à la loi de 1884, qui a rétabli le divorce en France, les tribunaux français ont considéré que la prohibition du divorce intéressait l'ordre public. Par conséquent les lois étrangères qui établissaient le divorce ne pouvaient recevoir d'accueil devant les tribunaux français. Les étrangers ne pouvaient demander à divorcer en France, même lorsque leur statut personnel le leur permettait. Des Belges par exemple ne pouvaient pas divorcer en France, alors cependant que la Belgique avait conservé intégralement le Code civil français; les étrangers ne pouvaient divorcer dans notre pays, et bien plus, jusqu'en 1860, les tribunaux français refusaient de permettre à un étranger divorcé de se remarier en France. Un étranger divorcé à l'étranger ou dans son pays, lorsqu'il voulait se remarier en France et contracter mariage devant un officier d'état civil français, se voyait opposer l'ordre public et ne pouvait pas se remarier. La Cour de Cassation, sous la présidence de Troplong en 1860 marqua sur ce point un revirement. La Chambre civile, 28 février 1860, S. 1860.I. p. 210, sur les conclusions de Dupin, permit à l'étranger valablement divorcé de se remarier. Il y a là, - marquons-le encore en passant - le respect du principe des droits acquis : une personne qui a acquis à l'étranger le statut de divorcée ne peut se voir remettre en cause ce statut dans un autre pays.

Depuis que la loi française a rétabli le divorce

Source : BIU Cujas

b) Depuis 1884 impossibilité pour des étrangers dont le statut admet le divorce, de divorcer en France pour une cause que n'admet pas la loi française.

en France, la jurisprudence a naturellement changée, et les étrangers aptes à divorcer dans leur propre pays le sont également en France. Mais il ne faudrait pas croire que le principe joue sans que l'exception d'ordre public intervienne. Elle intervient, en effet, dans les conditions suivantes ; la jurisprudence proclame que les étrangers ne peuvent pas divorcer en France en invoquant des causes autres que celles que consacre la loi française quel que soit le statut personnel de l'étranger. La jurisprudence sur ce point a été analysée par certains auteurs; elle n'est peut-être pas aussi nette dans le sens que les auteurs veulent bien dire. Il résulte cependant des principes que l'ordre public s'opposerait certainement à ce que, par exemple les Belges veuillent divorcer en France par consentement mutuel, le consentement mutuel existant encore dans le Code civil belge, comme il existait dans le Code 1804 français, alors qu'il n'a pas été rétabli en France en 1884. Voilà un premier principe.

2°) Impossibilité pour l'étranger dont le statut n'admet pas le divorce de divorcer en France.

Il en est un second plus marqué dans la jurisprudence où les arrêts sont plus affirmés et on peut en citer sans crainte d'erreur. C'est le principe en vertu duquel un étranger, dont la loi prohibe le divorce, ne peut divorcer en France, et un étranger ne peut invoquer en France des causes de divorce inconnues de son statut personnel. Ici l'ordre public français ne confère pas l'effet positif à la loi française. Grâce à l'exception d'ordre public, elle n'impose pas à certains étrangers et ne fait pas bénéficier certains étrangers des dispositions de la loi française, bien qu'elle leur soit favorable. Sur ce point, il y a des décisions importantes (Cas. Req. 12 février 1885, D. 1886.I.377, Cas. Ch. civ. 30 octobre 1905, D. 1906.I. 305; relativement aux causes du divorce cf. Douai Pr. Ch. 26 mars 1929, D.H. 1929, p. 220). Cette décision est particulièrement importante. Il s'agissait d'un Anglais qui voulait divorcer pour injure grave, que le droit anglais ne connaissait pas, la Cour de Douai n'a pas permis à l'Anglais d'invoquer sur ce point l'injure grave. Cette décision est importante, parce qu'elle repousse dans une certaine mesure la théorie du renvoi. L'Anglais étant domicilié en France, son statut personnel, d'après la théorie du renvoi, aurait dû être déterminé par la loi française. Ainsi la notion d'ordre public limite dans une certaine mesure les possibilités de l'admission du divorce pour les étrangers en France, et sans que la jurisprudence française fasse bénéficier les étrangers de l'effet positif de la notion d'ordre public.

Source : BIU Cujas

Tendance à un changement de la jurisprudence. - L'arrêt Ferrari.

Cependant il est nécessaire de marquer des progrès esquissés dans cette voie par la jurisprudence française dans des décisions extrêmement importantes, concernant le divorce des Italiens naturalisés en France ou réintégrés dans la nationalité française. Le principe du respect international des droits acquis, le principe de la fraude à la loi, nous le verrons, exigeraient que l'on respecte le statut du mariage tel qu'il a été fixé lors de la célébration. Mais dans une série de décisions très importantes, la Cour de Cassation a fait bénéficier de l'institution du divorce ou de la conversion de la séparation de corps en divorce des Italiens naturalisés Français ou d'anciens citoyens ou d'anciennes Françaises ayant pris momentanément par le mariage la nationalité italienne, et les a fait réintégrer dans la nationalité française. La décision type dans la matière est l'arrêt Ferrari (Cass. Ch. civ. 6 juillet 1922, Dalloz 1922.I.137, Sirey 1923.I.5). Mme Ferrari avait perdu la nationalité française par son mariage avec un Italien. Réintégrée sur sa demande dans la nationalité française, elle avait sollicité d'abord la conversion de la séparation de corps en divorce; elle fut repoussée par la jurisprudence française, parce qu'il s'agissait non pas de séparation de corps, mais d'une séparation de fait que la loi italienne reconnaît valable, alors que la loi française, à la différence de beaucoup de droits étrangers, ne connaît pas la validité de la séparation de fait; sa demande fut repoussée. Mais la Cour de Cassation dans son arrêt de 1922 marqua que, si au lieu de demander la conversion de séparation de fait en divorce, Mme Ferrari avait directement demandé le divorce, elle aurait été accueillie par les tribunaux français, bien que le droit italien n'admette pas l'institution du divorce. C'est ce qui est arrivé par la suite. (Ch. civ. 14 mars 1928, D.H. 1928, p. 253). Depuis lors, la Cour de Cassation a toujours admis la possibilité pour un Italien ou une Italienne naturalisée d'obtenir la conversion de la séparation de corps en divorce. (Cas. Ch. civ. 7 mai 1928, Sirey 1929.I.9, Dalloz 1929.I.65, affaire Giglio; Cas. Ch. civ. 5 février 1929, D.H. 1929,p.161, affaire Mancini). Il y a également de très nombreuses autres affaires du même genre, notamment devant la Cour d'Aix et devant les tribunaux du Midi. On peut voir dans cette jurisprudence l'esquisse marquée par les tribunaux français de faire bénéficier d'une manière positive et par conséquent d'un effet positif du moyen d'ordre public des étrangers ou d'anciens étrangers, dont le statut personnel ne comportait pas ce bénéfice.

Source : BIU Cujas

Caractère d'ordre public de la sécularisation du divorce. - Impossibilité pour les tribunaux français de prononcer le divorce entre étrangers dont le statut personnel ne connaît qu'un divorce confessionnel (affaire Levinçon).

Quant à la nature même du divorce, il y a là une jurisprudence parallèle à celle que nous avons rencontrée à propos du caractère séculier du mariage. En effet, le principe de sécularisation du divorce a été proclamé en France d'ordre public comme celui du mariage. Il l'a été dans un arrêt fondamental de la Cour de Cassation, Chambre civile, 29 mai 1905, arrêt Levinçon, qui a été commenté par M. Bartin et M. Pillet, arrêt de la Cour de Paris 17 mars 1902, Dalloz 1902.2. p. 45, note de M. Bartin, et pour l'arrêt de la Cour de Cassation, Sirey 1906, I.161, note de Pillet, arrêt de la Chambre civile 29 mai 1905, Dalloz 1905.I.363. Cette décision a été rendue à l'occasion du divorce de sujets de l'empire russe dont le statut personnel était régi par une législation à base confessionnelle, législation disparue aujourd'hui, la Russie ayant également sécularisé tout le droit civil de ses sujets. Le divorce était assujetti pour les sujets russes pour sa validité, tant à la forme qu'au fond, à l'accomplissement de certains rites établis par une loi religieuse. A cette occasion, la Cour de Cassation a proclamé que les tribunaux français se trouvent dans l'impossibilité de connaître ce divorce soit de proclamer le divorce des individus, qui se réclamaient des formalités religieuses, soit d'ordonner l'exécution de ces formalités. Ces dispositions, ajoute la Cour de Cassation, étant contraires à l'ordre public. Depuis lors, la Chambre des Requêtes a confirmé cette jurisprudence, Chambre des Requêtes, 28 juillet 1911, Sirey 1912.I.132, sur un arrêt de la Cour de Paris 21 juin 1910 : "Attendu que la défense faite par nos lois à nos tribunaux de s'ingérer dans la matière religieuse élève une fin de non recevoir absolue contre l'action dont ils sont saisis..." La Cour de Paris avait admis l'exception d'ordre public. Toutefois la Cour de Cassation et les tribunaux français n'avaient pas été jusqu'au bout de leur rigueur et avaient admis en pareil cas que les tribunaux français pouvaient prononcer des mesures provisoires à raison de la sûreté des personnes, pour la résidence de la femme, la garde des enfants, la pension alimentaire. Mais ce n'étaient que des mesures provisoires, et le divorce n'était point reconnu, soit que les tribunaux aient eu à en prononcer la validité, soit au contraire, qu'ils aient eu à en régler la procédure. Nous retrouverons d'ailleurs la question à propos des qualifications, et ce sujet est précisément un des cas classiques sur lequel M. Bartin a raisonné.

C- L'ordre

En dehors de la matière du mariage et de la

Source : BIU Cujas

ublic en
atière de
apports entre
arents et
nfants.

matière du divorce, nous pourrons encore examiner quelques questions dans l'ordre du statut personnel.

Voyons celles qui se réfèrent aux rapports entre parents et enfants. Dans l'ordre des rapports entre parents et enfants, c'est à maintes reprises que l'on a eu affaire avec le moyen tiré de l'ordre public pour écarter l'application de la loi étrangère en territoire français. Il en a été ainsi notamment à propos de la question du droit de garde. L'exercice du droit de garde, suivant la jurisprudence, offre, présente un caractère, qui touche à l'ordre public, et les tribunaux ont invoqué notamment à cette matière l'article 3 du Code civil, Cour de Paris 7 mai 1919, Sirey 1922, p. 49. Il en a été également jugé ainsi de l'obligation alimentaire entre parents et enfants, dans une affaire très importante jugée par la Cour de Cassation le 27 mars 1922 (Rev. D.I.Pr. 1924, p. 411). Dans cette affaire, la jurisprudence a non seulement admis sous son aspect négatif l'exception d'ordre public pour repousser l'application de la loi étrangère, mais encore lui a donné un effet positif en faisant bénéficier les étrangers des dispositions de la loi française.

echerche de
aternité
aturelle :
ffet négatif
l'exception
'ordre public
ettant obsta-
le avant 1912
toute action
n recherche
paternité
ermise par le
tatut person-
el ou depuis
912 fondée
ur une cause
e n'admet
as la loi
rançaise.

Mais c'est surtout dans la matière de la recherche de la paternité et de la légitimation des enfants que l'on rencontre les espèces les plus intéressantes où est intervenu le moyen d'ordre public. En ce qui concerne tout d'abord la recherche de la paternité, nous sommes en présence d'une jurisprudence ancienne, et qui nous met précisément en face de cette variabilité de la notion d'ordre public, qui est un des caractères essentiels du moyen d'ordre public. En effet, antérieurement à la loi de 1912, qui en France a rétabli dans une certaine mesure la recherche de la paternité, la prohibition de la recherche de paternité édictée par le Code civil présentait aux yeux de la jurisprudence et de la Cour de Cassation française un caractère essentiellement d'ordre public. C'était une des matières où la Cour de Cassation l'avait proclamé avec le plus d'énergie (notamment Ch. Req. le 25 mai 1868, Sirey 1868.I.365) dans l'affaire de la recherche de paternité intentée au sujet du duc de Brunswick. Aujourd'hui que la loi française du 16 novembre 1912 a rétabli dans une certaine mesure la possibilité de rechercher la paternité, la notion s'est modifiée. On ne peut plus dire qu'il soit contraire à l'ordre public français de rechercher en France la paternité, et une loi étrangère qui admet la recherche de paternité ne peut pas être repoussée sur la base de l'exception d'ordre public. Mais comme nous l'avons vu pour le divorce, la loi française restreignant

Source : BIU Cujas

les causes pour lesquelles on peut rechercher la paternité, les conditions dans lesquelles on peut la rechercher, on doit dire que la matière est strictement limitée, et qu'au delà des conditions posées par le droit français, l'ordre public s'oppose, nous allons voir comment, à l'admission, soit de causes plus larges, soit d'une procédure simplifiée, soit de règles plus libérales. Il en a été ainsi jugé notamment par la Cour de Colmar, le 27 janvier 1931 (Dalloz 1931.2.137), dans une espèce où précisément se trouvaient en présence et en conflit le droit allemand et le droit français. L'article 1708 du Code civil allemand admet pour l'enfant à l'égard du père, vis-à-vis duquel il demande à être reconnu judiciairement une action en pension alimentaire, action où l'enfant bénéficie de moyen de preuve assez simple. Notamment article 1717 du Code civil allemand : "La cohabitation du père et de la mère pendant la période de conception est considérée comme un moyen de preuve suffisant pour admettre et fonder l'action en pension alimentaire de l'article 1708". Ainsi sur ce point la loi allemande était plus large que la loi française du 16 novembre 1912 modifiant l'article 340. La question présentée devant la Cour de Colmar était de savoir, au sujet du statut personnel d'un enfant de nationalité allemande, si l'on pouvait admettre des moyens de preuve simplifiés à l'appui d'une action en pension alimentaire. La Cour de Colmar a décidé que le statut personnel se trouve en pareil cas tenu en échec par des considérations d'ordre social, que les principes qui gouvernent la recherche de la paternité intéressent essentiellement la constitution de la société française, et le mot ordre public apparaît en toutes lettres dans la décision de la Cour de Colmar. Voilà quelques-unes des décisions intervenues dans cette question classique de la recherche de la paternité.

Notons pour finir que la jurisprudence n'admet en pareille matière l'exception d'ordre public qu'avec le caractère que les auteurs qualifient de relatif (2ème catégorie), c'est-à-dire que la Cour de Cassation et la jurisprudence ne confèrent dans ce cas à l'exception d'ordre public que l'effet négatif. Elles n'accompagnent pas le moyen d'ordre public en pareil cas d'un effet positif. C'est un simple obstacle à l'application du statut personnel étranger, mais les tribunaux ne vont pas jusqu'à permettre à un étranger, malgré son statut personnel, de bénéficier de la loi française, ce qui serait l'effet positif. En effet, la Cour de Cassation, Chambre civile

Source : BIU Cujas

en ce sens a jugé le 20 janvier 1925 (Dalloz 1925.I. 177, note de M. Rouast), qu'un enfant italien ne peut pas agir en reconnaissance de paternité contre un prétendu père français, le Code civil italien, article 189 étant resté conforme à l'ancien article 240 du Code civil et n'ayant pas encore permis la recherche de la paternité. Sur ce point le moyen d'ordre public en est donc resté au caractère dit relatif de deuxième catégorie. Il n'aboutit qu'à l'effet négatif, il ne conduit pas, d'après la jurisprudence, à l'effet positif.

L'ordre public en matière de légitimation. Obstacle que l'exception d'ordre public oppose à la légitimation en France conformément au statut personnel, mais dans des conditions que n'admet pas la loi française.

Nous allons rencontrer une jurisprudence assez semblable au sujet de la légitimation. En ce qui concerne la légitimation, de nombreuses questions se sont posées tout récemment. La question a surgi au sujet de la validité des légitimations d'enfants adultérins, dans des conditions mettant en conflit les nouveaux principes posés par la législation russe et les principes anciens et même modernisés du droit français. C'est dans un arrêt récent du 31 mars 1930, (Sirey 1931.I. 9 et note de M. Geny, affaire Rewolliotty) que la question a été étudiée devant la Chambre civile. Il s'agissait en l'espèce d'époux russes ayant reconnu un enfant adultérin pendant le mariage du mari. Un divorce étant survenu, le mari contracta mariage avec la femme de qui il avait eu un enfant, et proclama sa prétention de considérer conformément à la loi russe l'enfant comme légitime. Il existait un enfant né de la première union, et cette condition n'écartait pas aux yeux de la loi russe, très large en la matière, la possibilité de considérer l'enfant comme légitimé par le mariage; au contraire, aux yeux de la loi française (articles 331 à 335, récemment modifiés), particulièrement aux yeux de l'article 331, 3° à raison de la présence d'un enfant né de la première union, l'enfant ne pouvait pas être considéré comme légitimé à raison de son caractère adultérin. La Cour de Cassation a en cette matière admis que l'ordre public français ne permettait pas de considérer l'enfant comme légitimé. Elle a donc admis en pareil cas l'exception d'ordre public sous sa forme négative, et au contraire, elle n'a pas eu l'occasion dans cette affaire de statuer sur la forme positive du moyen d'ordre public.

Effet positif de l'ordre public autorisant la légitimation en

Sur le point de savoir si, en cette matière, le moyen d'ordre public pourrait engendrer un effet positif, il y a eu autrefois des controverses relativement au conflit entre le droit anglais et le droit français. C'est sur un point important. La légitima-

Source : BIU Cujas

France d'un enfant naturel dont le statut personnel n'admet pas la légitimation.

tion par mariage subséquent, toujours admise en France par le souvenir du droit romain et du droit canonique, a pendant des siècles en Angleterre été repoussée. C'est un des points sur lesquels le droit anglais a pendant de très longues périodes résisté à l'introduction du droit romain et du droit canonique. Au XIIIème siècle, une assemblée spéciale réunie en Angleterre, avait proclamé que l'on ne pouvait pas sur ce point céder devant les principes romains et devant les principes canoniques. Or, assez souvent, et notamment au cours du XIXème siècle, s'est posée en France la question de savoir si, lorsqu'un père anglais épousait une Française, ayant eu un enfant né en France, on pouvait considérer l'enfant comme légitimé par le mariage subséquent. (Cas. Ch. civ. 23 janvier 1857, Sirey 1858, I, 293). C'est en pareille matière que pouvait se poser précisément la question de savoir si l'ordre public français s'attachant à la légitimation pouvait permettre, malgré le statut personnel du père, d'imposer en cette matière d'une façon positive l'application du droit français. La question a perdu aujourd'hui, sur ce point du moins, de son intérêt, car après de longues luttes le droit anglais, il y a quelques années, a fini par adopter l'institution de la légitimation par le mariage subséquent. Si bien que le conflit de lois a disparu, son intérêt aussi, mais dans l'ordre théorique reste la question de savoir si dans des espèces analogues la jurisprudence française admettrait, à côté de la fonction négative du moyen d'ordre public, son effet positif.

Voilà les principales questions qui se présentent relativement à l'exception d'ordre public sur le terrain du statut personnel. Le temps nous manque pour présenter les conséquences du principe de l'ordre public relativement aux autres règles coutumières par lesquelles la loi étrangère peut trouver son application sur le territoire français, notamment la règle mobilia sequuntur personam et l'autonomie de la volonté. J'indique simplement un certain nombre de questions - les principales - où le principe d'ordre public a été invoqué récemment dans les conditions les plus intéressantes. Tout d'abord, et d'une manière classique en ce qui concerne l'ordre public en matière de succession mobilière, au cours du XIXème siècle s'est dessinée une jurisprudence aujourd'hui absolument fixée, que nous retrouverons à propos de la condition des étrangers, mais qu'il importe de marquer à sa place dans le cadre du moyen d'ordre public, dont elle relève. C'est la jurisprudence

D - L'ordre public en matière de succession. Extinction du droit de prélèvement de la loi du 14 juillet 1819 considéré comme destiné

Source : BIU Cujas

à garantir l'égalité du partage.

classique concernant le prélèvement successoral. La loi du 14 juillet 1819 avait en réglant la condition des étrangers fait disparaître du Code civil les articles 726 et 912, qui en matière de succession et de donation entre vifs ne permettaient à l'étranger de bénéficier d'une succession ab intestat ou d'une donation que dans les conditions où cet étranger pourrait disposer au profit d'un Français, s'il s'agit d'une donation, ou dans les conditions où un Français pourrait succéder dans le pays de cet étranger. Il s'agissait d'un système de réciprocité, dont nous verrons prochainement le caractère. Ce système fut aboli en 1819 par une loi bien connue, intitulée loi relative à l'abolition du droit d'aubaine et de détraction. L'article 2 de cette loi avait substitué aux anciennes incapacités ou anciennes limitations de capacité, indiquées à l'article 726 et 912, ce que l'on appelle le prélèvement successoral, c'est-à-dire que dans le cas de partage d'une même succession entre des cohéritiers étrangers et français, lorsque les biens successoraux sont à l'étranger, et qu'il existe des biens en France, les Français héritiers 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. Ceci visait principalement l'Angleterre où à cette époque (l'incapacité a disparu depuis) les étrangers ne pouvaient pas être propriétaires d'immeubles. La propriété immobilière, si l'on peut l'appeler de ce nom en Angleterre, car ce n'est que la tenure féodale immobilière, à raison de son caractère féodal, à raison du lien de sujétion entre le propriétaire foncier et le suzerain de l'Angleterre, ne pouvait passer entre des mains étrangères. Si bien qu'alors dans les partages de biens immobiliers en Angleterre où des Français étaient intéressés, les Français se trouvaient exclus. C'est la raison pour laquelle est intervenue la loi du 14 juillet 1819. De cette loi - et pour des raisons précisément d'ordre public - la jurisprudence a fait un moyen d'écarter en territoire français la loi étrangère en y substituant la loi française, alors même qu'il s'agit de biens mobiliers et que la règle mobilia sequuntur personam, si le de cujus était domicilié à l'étranger, voulait que la loi gouvernant cette succession fût la loi étrangère. Malgré les principes posés par la jurisprudence, la Cour de Cassation de très bonne heure a déclaré que la loi de 1819 sanctionnait, non pas l'inégalité entre Français et étrangers dans un partage, mais le principe d'égalité dans les partages, principe proclamé l'ordre public français. Notamment

Source : BIU Cujas

même si des étrangers se trouvaient désavantagés comme le Français par certaines dispositions de la loi étrangère, la loi française rétablissait l'égalité. Nous retrouvons là une très vieille question - c'est la question anglaise du Moyen âge, la question qui se posait relativement au droit d'aînesse. C'est pour écarter l'application du droit d'aînesse, soit en Angleterre, soit dans d'autres pays, par exemple dans le canton du Tessin, au cours du XIXème siècle, que la Cour de Cassation a proclamé les successions d'ordre public, notamment Cassation, Chambre des Requêtes (18 juillet 1859, Sirey 1859, I.822) : "Attendu que les successions sont d'ordre public et que le principe d'égalité des partages qui en est la base, ne peut être atteint sur le territoire de la France par l'application des lois étrangères, qui y sont contraires..." Visant l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819 la jurisprudence a maintenu le principe d'égalité et notamment a repoussé le droit d'aînesse sur la base de la législation du canton du Tessin. Il y a là une évolution intéressante de la jurisprudence, que nous retrouverons à propos de la condition des étrangers. Le moyen d'ordre public a permis de substituer sur des biens situés en France à la loi successorale étrangère la loi successorale française. C'est de beaucoup la question la plus importante, qui se présente à la jurisprudence française dans l'ordre de la matière des successions mobilières.

Néanmoins, on peut encore trouver d'autres décisions, notamment en matière de réserve et de quotité disponible. L'affaire du château et du domaine de Chambord était précisément une question de ce genre, (cf. le Répertoire et les livres sur ces questions).

E - L'ordre public en matière de conventions matrimoniales. - Exclusion de la pratique du trust.

En ce qui concerne l'autonomie de la volonté et les conditions matrimoniales, l'ordre public a été invoqué tout récemment dans des séries de décisions portant sur des conventions matrimoniales contenant des clauses, par lesquelles les biens de la femme étaient placés sous un régime inconnu du droit français, mais au contraire courant dans les pays anglo-saxons, le régime du "trust".

L'institution du "trust" et des "trustees", des sortes de tutelle organisée depuis des siècles par le droit anglo-saxon, est inconnue du droit français, et à de très nombreuses reprises, les tribunaux français ont eu à connaître des conditions, dans lesquelles la constitution de biens en "trust" peut être considérée comme conforme ou contraire à l'ordre public par la constitution des biens en "trust" frappe les biens d'une indisponibilité qui peut être considérée

Source : BIU Cujas

comme contraire à la circulation des biens, et par conséquent contraire à l'ordre public. Parmi ces décisions, qui ont été toutes analysées avec beaucoup de pénétration par M. Lepaulle dans son récent livre sur le "trust", je citerai plus particulièrement la décision du tribunal de la Seine, cinquième Chambre 23 février 1927, Rev. D.I.Pr. 1927, p. 263, affaire Deuillet, que nous retrouverons à propos des autres principes jurisprudentiels limitant en France l'application des lois françaises, auxquels j'arrive maintenant.

La jurisprudence est des plus importantes au sujet du moyen d'ordre public. Nous en venons aux deux autres principes par lesquels peut se trouver limitée sur le territoire français l'application des lois étrangères : le principe de l'intérêt national ou encore de l'intérêt général, et le principe de la fraude à la loi.

II - Restriction à l'application de la loi étrangère au nom de l'intérêt général ou plutôt de l'ignorance excusable. Affaire Lizardi.

Cette expression de l'intérêt national employée pour caractériser un ensemble d'arrêts, qui peuvent être, sans trop d'arbitraire, rapprochés les uns des autres, ne se rencontre pas dans les décisions judiciaires; c'est une rubrique doctrinale et non jurisprudentielle. Elle est assez peu fidèle; en réalité, il serait préférable d'appeler cette jurisprudence la jurisprudence de l'ignorance excusable. En effet, ce n'est qu'une série d'exceptions à la règle que "Nul n'est censé ignorer la loi". Cette jurisprudence a été analysée dans deux thèses de doctorat toutes récentes en 1929, une thèse couronnée par la Faculté sur "L'influence de la loi française sur la capacité des étrangers en France", de M. Batiffol, professeur à la Faculté de droit de Lille, et plus récemment, puisque la thèse est du 16 mars 1933, la thèse de M. Edmond Aubry,"L'incapacité de la femme française en droit international privé" (spécialement pages 243 et ss.). La base de cette jurisprudence se trouve dans une décision rendue dans la fameuse affaire Lizardi, (Requêtes 16 janvier 1861, Sirey 1861, I, 305, Dalloz, 1861, I, 193). C'est l'affaire de ce jeune homme, majeur aux yeux de la loi française et mineur aux yeux de sa loi nationale, la loi mexicaine. Il avait à 23 ans fait des achats considérables, et arrivé à la majorité aux yeux de son statut personnel, à 25 ans, avait demandé notamment la nullité des traites souscrites par lui. C'est à cette occasion que la jurisprudence a eu à examiner la situation des personnes ayant traité de bonne foi avec ce mineur. La Chambre des Requêtes a proclamé que dans ce cas le Français ne peut être tenu de connaître les lois des diverses nations et leurs dispositions concernant

Source : BIU Cujas

notamment la minorité et la majorité, et qu'alors i suffit pour la validité du contrat que le Français ait traité sans légèreté, sans imprudence et avec b ne foi. Ainsi le statut personnel de l'étranger et l'application des règles de droit étranger gouverna son statut est tenu en échec en France, lorsque le Français a traité avec l'étranger sans connaître la loi étrangère, mais avec une ignorance excusable, sans légèreté, sans imprudence et avec bonne foi.

Inapplication en matière de capacité de la loi étrangère défavorables à l'intérêt du Français qui a contracté de bonne foi et sans légèreté dans l'ignorance de ces dispositions.

Cette jurisprudence n'est pas restée en face d ne seule décision. Il existe un nombre important - pas très considérable - mais important, de décision se rattachant à la même idée et au même principe, n tamment au sujet de mineurs hollandais, la majorité hollandaise étant fixée à l'époque à 23 ans (Paris, 8 février 1883, Sirey 1883, 2. 169, Dalloz 1884, 2. 27). D'autres espèces voisines, le cas de prodigali d'interdiction judiciaire et surtout l'autorisation maritale et le mandat tacite donné à la femme mariée ont fourni l'occasion de décisions judiciaires intéressantes, notamment la décision pour l'affaire Deul let, qui portait sur des fournitures faites par une maison de couture à une femme mariée relevant d'un pays étranger. C'est précisément le terrain pratique sur lequel se posent la plupart du temps les questions qui ont donné lieu à des décisions relevant de cette jurisprudence.

Quel est le fondement de cette jurisprudence? Est-il bien conforme à la réalité d'avoir été rechercher l'intérêt général? N'y a-t-il pas dans notre droit des cadres plus classiques dans lesquels notre jurisprudence aurait pu s'enchâsser? C'est ce que M. Aubry a essayé de faire en faisant rentrer cette jurisprudence dans le cadre de l'enrichissement sans cause, où elle peut s'insérer sans trop d'artifice. Cette jurisprudence sur l'intérêt national ou l'intérêt général est importante à l'époque où elle a donné lieu à beaucoup de controverses. Elle est cependant beaucoup moins importante que la jurisprudence de l'ordre public, qui a d'innombrables et de considérables applications. Elle est également moins importante que le principe de la fraude à la loi, auquel j'arrive maintenant.

III - Exclusion de la loi étrangère et substitution à celle-ci de la loi française, en cas de

Le principe de la fraude à la loi, permet d'écarter l'application de la loi étrangère en France et d'y substituer les principes généraux de la loi française.

Sans qu'en soit en présence d'une jurisprudence aussi considérable que celle de l'ordre public, néanmoins la jurisprudence et surtout la doctrine, quant

Source : BIU Cujas

raude à la oi.

rigine de ette jurispru- ence (natura- isation).

à cette question, méritent d'être considérées. L'expression de fraude à la loi, à la différence de l'expression intérêt national, se rencontre dans les arrêts. C'est le langage même de notre jurisprudence. On la rencontre depuis la moitié du XIXème siècle (1845-1854). C'est donc une jurisprudence classique. Elle a été très soigneusement étudiée dans une thèse de doctorat également récente, la thèse de M. Desbois, professeur à la Faculté de Grenoble, 1927, Paris, "La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française". Le Répertoire de droit international privé (tome VIII, 1930, V° fraude à la loi) reproduit les décisions ultérieures et tout le développement doctrinal et jurisprudentiel sur la question. Cette jurisprudence remonte au milieu du XIXème siècle et s'est établie à propos d'une question, que nous allons retrouver également prochainement en matière de nationalité : la question des naturalisations frauduleuses, celle des Français qui se font naturaliser à l'étranger, ou même on pourrait le dire réciproquement, en vue d'écarter l'application de règles, dont ils veulent éluder les conséquences, émanant de leur statut personnel; c'est l'affaire ultra-classique sur laquelle s'est développée cette jurisprudence, c'est en particulier l'affaire de Bauffremont. La comtesse Valentine de Caraman-Chimay belge de naissance, avait épousé en 1861 le prince de Bauffremont sujet français et officier dans l'armée française. Elle était donc devenue française par son mariage. En 1874 intervint une séparation de corps, la garde des enfants étant confiée à la mère. En 1875, la princesse de Bauffremont se fit naturaliser dans la principauté allemande de Saxe-Altenbourg. Elle obtint la nationalité de cette principauté et immédiatement en octobre 1875, comme la principauté de Saxe-Altenbourg connaissait l'institution du divorce, que ne connaissait pas à cette époque le droit français, obtint son divorce. Elle divorça alors devant les tribunaux de Saxe-Altenbourg, et alla se remarier à Berlin presque immédiatement avec un sujet roumain, le prince Bibesco. Laissons de côté cette question de nationalité, car la princesse née belge, devenue française par son mariage, allemande par naturalisation et roumaine par son deuxième mariage, se posait une question de cumul de nationalités, que nous retrouverons. Concentrons-nous sur la question qui nous occupe ici, la question de la validité de la naturalisation. C'est à cette occasion, en effet, que la Chambre civile de la Cour de Cassation proclama non pas pour la première fois, la jurisprudence est plus ancienne, mais elle proclama avec plus d'éclat la doctrine, de la fraude à la

affaire de princesse Bauffremont.

Source : BIU Cujas

loi, déclarant en termes exprès que la demanderesse avait sollicité et obtenu en Saxe-Altenbourg une nationalité nouvelle dans le seul but d'échapper aux prohibitions de la loi française; en contractant un second mariage dans ces conditions, tous les actes qui avaient été faits sur la base de cette naturalisation frauduleuse étaient faits en fraude de la loi française - l'expression est dans le texte, dans l'arrêt lui-même, - au mépris d'engagements antérieurement contractés en France. Cette naturalisation n'était pas opposable au prince de Bauffremont. L'affaire d'ailleurs ne s'en tint pas là, puisqu'elle aboutit par la suite, après 20 ans, à un arrêt de la Cour de Cassation de Belgique, sur un terrain que nous retrouverons plus tard; mais retenons de cette affaire que la Cour de Cassation a proclamé que la fraude à la loi pouvait être dans certains cas invoquée pour faire tomber des actes ayant pour objet d'éluder l'application de la loi française. Cette jurisprudence concernant les naturalisations frauduleuses est déjà très ancienne, puisqu'elle remonte à un arrêt de la Chambre des Requêtes du 16 décembre 1845 (Sirey 1846 I. 103) où la naturalisation est qualifiée de frauduleuse. De nombreuses décisions ultérieures sont intervenues sur ce point. D'ailleurs les naturalisations frauduleuses, qui continuent, et dont la pratique se maintient, n'ont pas seulement pour but d'éluder des prescriptions en matière de divorce, on les rencontre ayant pour but de frauder le statut personnel, par exemple pour éviter la nomination d'un conseil judiciaire, pour en obtenir la mainlevée, ou encore pour frauder les règles sur la compétence des tribunaux, le service militaire, les droits de douane, l'extradition, l'expulsion; bref il y a un très grand nombre de cas où l'on proclame la nullité de la naturalisation pour fraude à la loi.

La fraude à la loi dans les mariages conclus par des Français en pays étranger. -Nullité du mariage contracté en pays étranger en vue de se soustraire à certaines autorisations.

Mais la jurisprudence dans la fraude à la loi encore des applications dans une matière très importante, c'est la matière du mariage, la question de savoir dans quelle mesure les mariages passés à l'étranger dans le but d'éviter les formalités de la loi française et plus particulièrement les autorisations nécessaires et les publications requises par le Code civil, peuvent être tenus pour valables ou au contraire, pour nuls à raison de fraude à la loi française au regard de nos tribunaux.

De très bonne heure, la Cour de Cassation a été à s'occuper de ces questions de nullité du mariage pour absence de publicité (Requêtes, 28 mai 1854, Sirey 1854, I. 285, Dalloz 1854, I. 201). Le 8 mars

Source : BIU Cujas

ou formalités exigées par la loi française.

1875, la validité est reconnue (Sirey 1875, I. 171, Dalloz 1876, I. 171). A l'heure actuelle, la jurisprudence en cette matière a fait prévaloir une distinction. Elle admet que les mariages devront être annulés, lorsqu'en éludant les formalités françaises, autorisation ou publication, les parties ont eu en vue de tourner directement les règles de la loi, et que leur intention résultant des circonstances a été de frauder la loi française, de dissimuler le mariage pour éviter les autorisations ou pour éviter un scandale public. Il en a été ainsi jugé, Chambre des Requêtes 5 juillet 1905 (Sirey 1906. I. 141) à propos d'un mariage contracté à Londres à l'encontre d'une opposition faite par la mère de l'un des futurs conjoints. De même, Chambre des Requêtes, 3 janvier 1906 (Sirey 1906. I. 142). Il s'agissait d'un mariage contracté entre personnes d'âges extrêmement différents, en vue de dissimuler le mariage à l'entourage, - le mariage étant d'ailleurs resté secret en France - les époux ayant vécu séparés pendant toute leur vie. Au contraire, il a été reconnu que le moyen de la fraude à la loi ne jouait pas dans les espèces suivantes, dont voici les deux types : Paris, Première Chambre, 11 février 1920 (Sirey 1921. 2. 160) à propos du premier mariage du condamné Bolo pendant la guerre, mariage reconnu valable malgré l'absence de publicité en 1894, année de son mariage, car Bolo avait mené une vie aventureuse, et l'absence de publicité pour son mariage n'avait sûrement pas pour objet de frauder la loi française. - Cassation, Ch. civ. 13 juillet 1926, Sirey 1926. I. 263. Il s'agit d'une espèce que nous avons déjà rencontrée précédemment à propos de l'ordre public. Le mariage a été validé, le de dujus avait perdu toute attache avec la France. Il s'était marié in extremis en pays étranger, et dans ce cas la jurisprudence a proclamé pour les juges du fond la liberté de l'appréciation souveraine à l'effet de distinguer, si les parties avaient entendu en n'observant par les articles 170 et 171 du Code civil, faire fraude à la loi française et éluder la publicité exigée par celle-ci. Telles sont les principales décisions judiciaires intervenues en matière de fraude à la loi (cf. livres pour compléter cette jurisprudence).

J'ai ainsi terminé l'examen des arrêts qui éludent sur le territoire français l'application des lois étrangères. Je termine ainsi l'exposé des jurisprudences auxquelles je m'étais attaché jusqu'ici, pour examiner les efforts de la doctrine française

par rapport à la coutume internationale.

La contribution de la doctrine française à l'étude des solutions des conflits de lois.

Le triple objectif de la doctrine en général.

En général, la doctrine vise dans le droit trois objectifs. A un point de vue didactique, la doctrine a pour objet d'enseigner une matière, de classer, de répartir les questions dans des cadres clairs, simple en exposant les principes et les solutions. Le deuxiè objectif de la doctrine est, du point de vue pratique du droit appliqué, de guider l'interprète relativemen au droit positif, à la loi existante, de fournir l'idée générale qui domine la matière, de procurer une m thode, d'approfondir les principes et les concepts, d'examiner d'une façon critique les diverses solution proposées. Enfin en troisième lieu, au point de vue législatif, la doctrine a pour but éventuellement d' éclairer le législateur sur les réformes à introduire dans la matière traitée.

du point de vue pratique.

En matière de droit international privé, c'est surtout au regard du deuxième objectif, que la doctri ne est intéressante à étudier dans ses principes, dan sa méthode, dans ses résultats; car, soit au premier, soit au troisième point de vue, il y a peu de chose à dire.

L'oeuvre de la doctrine au point de vue didactique .Méthode d'exposition distingnant la Partie générale et la partie spéciale du D.I.P.

Au point de vue didactique, ce que la doctrine française a particulièrement établi, et d'une manière absolument classique, c'est une méthode d'exposition du droit international privé acceptée par tous les au teurs, méthode analogue à celle du droit pénal, qui consiste à diviser les parties du droit étudié en par tie générale et partie spéciale, et de même qu'il y a un droit pénal général et un droit pénal spécial, il y a un droit international privé général et un droit international privé spécial. La partie générale du droit international privé, c'est celle à laquelle, da les cours, on s'arrête exclusivement, c'est l'histoi re des doctrines, les théories générales complémentaires. Dans une partie spéciale, on examine les prin cipales applications : les applications des principes l'étude des principaux conflits de lois, soit grou pées par matières en prenant l'ordre des codes, soit au contraire, comme l'a fait M. Bartin, en étudiant le champ d'application de certaines lois, le champ d'application de la loi territoriale, de la loi per sonnelle, de la loi locale, de la loi d'autonomie.. C'est donc la seule chose qu'il y ait à dire concer nant l'oeuvre de la doctrine française au point de vue didactique. Elle a généralisé une méthode d'expo sition qui a prévalu.

Source : BIU Cujas

Portée restreinte de l'oeuvre de la doctrine au point de vue législatif.

Au point de vue purement législatif, au point de vue de la loi à faire, l'oeuvre de la doctrine française, ne pouvait qu'être assez restreinte. Les questions de droit international privé ne sont point de celles qui ont beaucoup d'actualité, elles n'ont pas beaucoup d'attrait pour les chambres législatives. Le législateur a certainement d'autres préoccupations. Si bien que les projets portant sur ces questions, qui sont plutôt des questions de Palais, n'ont guère de chance d'aboutir. Cependant, la Société d'Etudes législatives a mis un certain nombre de questions de droit international privé à l'étude, et particulièrement en I928 et I929 la Société d'Etudes législatives a étudié le statut des français en pays étranger et des étrangers en France (questions numéro 73). Sous cette rubrique, qui paraît se référer surtout à la matière de la condition des étrangers, se dissimule cependant des projets de réforme très profonds, car ce projet marque un pas important vers le retour à la loi du domicile substituée à la loi nationale, pour base du statut personnel. (les discussions et le rapport dans le Bulletin de la Société d'Etudes législatives, I928 et I930).

L'effort de la doctrine française à la doctrine internationale, au point de vue du droit appliqué.

Je me bornerai ici à l'examen de ce que la doctrine française a pu apporter à la doctrine internationale comme élément nouveau au point de vue du droit appliqué. De quoi nos auteurs ont-ils enrichi la matière, et quel élément nouveau est venu par leurs efforts accroître les doctrines, les théories, les systèmes ou les méthodes d'application, qui se trouvaient déjà dans le fond coutumier international, et qui ont le caractère international, car une fois émises, ou une fois répandues en France, elles pénétrent à l'étranger ?

Introduction dans l'étude du D.I.P. du principe de libre scientifique en s'émancipant de l'ancienne théorie de statuts.

Le premier effort de la doctrine française a été un effort de libération. Pendant toute la première moitié du XIXème siècle, et même encore partiellement après I850, l'ancienne théorie des statuts est demeurée en France à l'état de tradition. Foelix, Aubry et Rau, avaient sanctionné l'ancienne théorie, l'avaient approuvée et considérée comme encore en vigueur. C'est sour l'impulsion, nous le verrons, des partisans de la deuxième doctrine italienne, de la théorie de la personnalité du droit, que des efforts se sont dessinés, vers la fin du XIXème siècle, à l'encontre de la théorie des statuts. C'est à ce moment qu'est apparu l'ensemble de la controverse, concernant le point de savoir si sous l'empire du code civil, on pouvait encore considérer comme subsistant la distinction entre les statuts réels et les statuts personnels, qui était la base de la théorie du XVIIIème siècle. André Weiss a con-

Source : BIU Cujas

tribué à répandre en France l'idée que la théorie des statuts avait été abrogée par le code civil; et nous avons vu la conclusion à laquelle aboutit cette controverse, c'est-à-dire la liberté laissée à l'interprète. L'effort des auteurs sur ce premier point a donc été de rétablir dans le droit international privé ce que l'on a appelé à la fin du XIXème siècle la libre recherche scientifique, c'est-à-dire qu'en l'absence d'un principe déterminé posé par le législateur et s'imposant à l'interpréte, l'interprète avait le choix de déterminer librement, conformément à une recherche d'ordre absolument scientifique et libre, le principe de solution des conflits de lois. C'est donc une oeuvre d'émancipation.

La doctrine française s'est émancipée. Dans quel but, et pour quelle fin ? Ici les auteurs français peuvent être divisés, je ne dirai pas en plusieurs écoles, car les écoles sont nombreuses, mais suivant plusieurs tendances. On peut, à mon sens, distinguer dans la doctrine française deux courants très nets, très marqués, que l'on peut appeler la tendance systématique et la tendance analytique . En plus de ces deux tendances nous voyons apparaître et se développer une troisième tendance que l'on peut appeler la tendance universaliste. Systématique, analytique, universaliste, tels sont les trois courants que nous trouvons dans la doctrine française, et que nous allons successivement examiner.

Les trois tendances de la doctrine française.

Prenons d'abord la tendance ou courant systématique. Qu'est-ce que cela veut dire ?

1°-La tendance systématique: recherche d'un principe rationnel de solution des conflits.

Cela veut dire que conformément à la grande tradition du droit international privé, des auteurs ont essayé de dégager, de rechercher un principe rationnel pour la solution des conflits de lois. On ne veut pas rester en face d'un simple impressionnisme, on ne veut pas livrer la solution des conflits de lois à l'arbitraire d'un juge; l'esprit positif, logique, l'esprit français désire une explication claire, un principe simple, susceptible de s'appliquer à tous les cas rencontrés. Dans cette recherche rationnelle, deux auteurs, en France, se sont particulièrement illustrés et ont présenté deux systèmes qui ont eu l'un et l'autre grand succès, André Weiss et Pillet.

A-La doctrine de la personnalité du droit. Mancini-Weiss.

Je m'attacherai d'abord au système, non pas imaginé par André Weiss, car nous allons voir qu'il s'est fait en France le protagoniste de la deuxième école italienne, mais le système, qu'il a le plus honoré, le plus étendu car c'est surtout dans les ouvrages d'André Weiss que internationalement on travaille. Le système ou la théorie de la personnalité du droit a été répandu par André Weiss, qui vécut de 1858

Source : BIU Cujas

à 1928; et qui fut professeur à la Faculté de Droit de Paris, et Vice-Président à la Cour Permanente de Justice internationale de La Haye. La théorie de la personnalité du droit, par opposition à la territorialité, c'est là le titre qui a été appliqué à la théorie par Weiss. lui-même. On retrouvera l'exposé de sa théorie dans son grand Traité de droit international privé tome III et dans la dernière édition, parue pendans sa vie, I925, de son Manuel, pages 383 et suivantes. Nous verrons du reste que, vers la fin de sa vie, Weiss a tendu à donner son adhésion au courant universaliste.

Origines de cette doctrine le principe des nationalités; la nationalité fondement du droit international.

Quelles sont les origines de cette doctrine ? Il importe de le rechercher avant d'exposer la doctrine elle-même. Cette théorie de la personnalité du droit est la traduction dans le droit international privé du principe des nationalités proclamé au milieu du XIXème siècle par Mancini et son école en Italie, C'est la traduction dans notre discipline du principe général des nationalités. Ce principe, chose curieuse, a été proclamée alors qu'était à peine apparue la théorie de Savigny. En effet, l'avant-propos au tome VIII du grand Traité de Savigny est de juillet I849, et c'est I8 Mois plus tard, le 22 janvier I85I, que Mancini (Pasqual, Stanislas) dans sa leçon d'inauguration d'une chaire de droit international à Turin, qui lui avait été confiée par les Souverains de Sardaigne, parce qu'il était exilé du sud de l'Italie pour ses opinions politiques et unitaires, proclama "la nationalité comme fondement du droit des gens". Tel a été le titre de sa célèbre leçon d'ouverture, et dans des conférences diverses, il répandit cette doctrine, qui fut plus tard réunie en volume sous le titre de "Droit international". (I873). Dans le journal de Clunet de I874 on retrouve un mémoire pour la session de l'Institut de droit international à Genève en I874 où cette théorie se trouve reproduite. La théorie de Mancini trouva des adeptes et même des émules. Dans la même université, un autre grand italien Mazzini a professé en I859 le principe des nationalités. Il a été depuis lors analysé en I870 dans une communication à la Société de législation comparée par M. Jozon. (Principe des nationalités, p. 73 Bulletin de la Société de législation comparée, I870). Depuis lors de très nombreuses monographies y ont été consacrées, (Johannet), le principe des nationalités I92I; J. Delos, ch. I. La société internationale et les principes du droit public. Thèse Paris I929. ch. I. Il y a à la base de cette théorie une très grande exaltation, manifestée par certains disciples de Mancini en Italie et au dehors La doctrine avait été exposée en Italie par de nombreux

Source : BIU Cujas

adeptes de l'école, et c'est pourquoi elle avait pris le nom d'école italienne, de deuxième école italienne, parce que précisément on voulait la distinguer de la première école italienne, l'école de Bologne, l'école des glossateurs, l'école des post-glossateurs. Elle a été adoptée législativement par le législateur italien. Les dispositions préliminaires du code civil italien de I865 (promulgué le ler janvier I866) articles 6 à I2 ont développé le principe des nationalités et l'ont fait passer en force de loi. D'ailleurs le principe est poussé à son maximum. La doctrine de Mancini faisait de la nationalité la base rationnelle du droit des gens dont le but est, comme le disait Mancini, de faire coexister les nationalités selon la loi du droit. Il faut se souvenir qu'à cette époque un grand nombre de pays unifiés par la langue, les traditions, la race, les coutumes, étaient cependant l'objet de divisions politiques, et il en était ainsi en Italie; c'est pour aboutir à l'unité italienne que Mancini avait lancé son système. Aussi est-ce sous cette forme que le principe des nationalités a été présenté. La nationalité repose sur l'unité morale, sur la volonté commune, de ceux qu'il s'agit de grouper dans un même Etat. Dès que cette volonté générale s'est greffée sur une communauté d'origine et d'intérêt, la nationalité existe, et dès lors c'est pour elle, affirmait Mancini, "un droit imprescriptible et sacré que de s'organiser en Etat". Ce droit de s'organiser en Etat est pour elle ce qu'est pour l'homme le droit à la liberté individuelle, et le principe des nationalités a pour objet de proclamer et d'assurer le triomphe de l'organisation en Etat d'une nation déterminée. Telle était la revendication capitale de l'école, et c'est sur cette base que Mancini et tous ses disciples ont édifié un système de droit international s'appliquant à la fois et au droit international public et au droit international privé.

Exposé de la doctrine d'après A.Weiss.

Dans l'ordre du droit international privé, voici comment la doctrine a été exposée par Weiss qui l'a clarifiée, qui l'a systématisée, qui lui a donné son nom et qui lui a assuré le plus grand succès. Le but de la doctrine dans le droit international privé est toujours de dégager un criterium permettant de résoudre le problème central du droit international privé, en recherchant une solution au problème des conflits de lois. Cela revient à rechercher, dit Weiss, dans quelle mesure les droits qui appartiennent à l'homme, même en dehors du territoire de sa patrie, sont compatibles avec ceux de l'Etat sur le sol duquel il se trouve à un moment donné, et où il demande l'exercice de ses droits. En d'autres termes, dans quelle mesure

Source : BIU Cujas

la souveraineté personnelle peut-elle être conciliée avec la souveraineté territoriale de la loi ?

Sa formule;application à tout individu, dans le domaine des intérêts privés de sa loi personnelle sauf 3 exceptions.

Voici alors la formule même donnée à la doctrine. La loi, lorsqu'elle statue sur un intérêt privé, a toujours pour objet l'utilité de la personne. Elle ne peut régir que ceux pour qui elle a été faite. Mais ceux-là, elle doit en principe les régir en tout lieu, dans tous leurs rapports juridiques. Telle est la formule à laquelle, dans le libellé même de la doctrine, Weiss indique des exceptions, qui sont les suivantes: " Sauf les exceptions ou les atténuations, qui résultent des lois d'ordre public international, de la règl locus regit actum, et de l'autonomie de la volonté.. " Ainsi, sauf trois exceptions, ordre public international, règle locus regit actum, autonomie de la volonté, le droit est personnel, c'est la personnalité du droit, en ce sens que la loi a pour objet de régir la personne, qu'elle suit la personne, qu'elle régit ceux ceux pour qui elle a été faite, et qu'elle les suit en tout lieu, dans tous leurs rapports juridiques et aussi généralement qu'il est possible.

Ce que la doctrine contient de nouveau (appel à l'idée de souveraineté) et d'ancien(analyse de la loi).

Avant d'entrer dans le détail de la démonstration faite à l'appui de la formule, arrêtons-nous sur deux observations. En présence de cette formule, nous observons une chose nouvelle et nous rencontrons aussi une chose ancienne. Une chose nouvelle : il nous apparaît pour la première fois dans cette explication l'idée et le mot de souveraineté. L'introduction du principe de souveraineté dans le droit international privé et dans la discussion des problèmes qu'il soulève, c'est là la conséquence directe du principe des nationalités. La reconnaissance et l'indépendance de chaque nationalité étaient, selon Mancini, la garantie réelle du droit des gens. C'est donc sur un problème de souveraineté que porte la question du conflit des lois. Voilà l'idée nouvelle qui nous apparaît au milieu du XIXème siècle. Le principe des nationalités soulève l'idée de souveraineté. Mais d'autre part, si nous rencontrons un élément nouveau, nous trouvons dans la formule même de la doctrine une chose bien ancienne, car nous rencontrons, dans l'affirmation en toutes lettres de la formule de la doctrine préconisée par Weiss, que les lois ne peuvent régir que ceux pour qui elles ont été faites. C'est presque textuellement la glose de la loi Cunctos Populos, c'est le point de départ même de l'école de Bologne, l'analyse de la loi et l'affirmation que la loi n'a été faite qu'en considération des personnes à qui la loi s'applique. Ainsi se trouve, immédiatement après son apparition, rejeté le renversement que Savigny avait préconisé comme base du droit international privé; la

Source : BIU Cujas

théorie de la personnalité du droit écarte la considération du rapport de droit, pour se placer comme la théorie traditionnelle en face, non plus de l'analyse du rapport de droit, mais de l'analyse de la loi elle-même.

Les différentes propositions de la doctrine: a)la souveraineté personnelle élément essentiel de l'Etat.

Ces deux observations faites, et elles étaient nécessaires, reprenons maintenant la démonstration des propositions de l'école, telles que nous la rencontrons dans André Weiss. Première proposition : "C'est par les sujets qu'un Etat existe; la souveraineté personnelle est l'élément principal de l'Etat, la souveraineté territoriale n'est qu'un accessoire." Weiss, avant tout, proclame cette doctrine : l'Etat est un agrégat de personnes réunies par un lien contractuel de sujetion commune. Le territoire est nécessaire à l'Etat sans doute, pour lui permettre de remplir sa mission de protection, mais c'est un accessoire. L'imagination ne peut pas concevoir d'Etat sans sujets. On peut au contraire, et l'histoire et l'ethnographie le démontrent, imaginer des Etats sans territoire : les populations de l'Inde, de l'Afrique, dénotent qu'il peut exister des organisations sociales, répondant même aux idées les plus modernes de l'Etat sans cependant qu'un territoire déterminé corresponde à l'activité de leur puissance.

b)droit pour l'Etat de gouverner la conduite juridique de ses nationaux partout où ils se trouvent.

Deuxième proposition : "La souveraineté personnelle se traduit par le droit et le devoir de légiférer relativement aux nationaux d'un Etat ne connaît pas et ne doit pas connaître de frontière. L'Etat a droit au gouvernement exclusif de la condition juridique de ses nationaux expatriés. Y renoncer, ce serait renoncer à sa souveraineté. Reconnaître ce droit aux autres Etats sur son propre territoire, c'est reconnaître leur souveraineté, ne pas le reconnaître, ce serait l'infirmer".

c)compétence de la loi nationale pour régir les intérêts des individus;critique de la loi du domicile comme base du statut personnel.

Troisième proposition : "La loi nationale est celle qui est la plus appropriée aux intérêts et aux besoins de la personne". Ici l'école reprend la démonstration célèbre écrite dans l'Esprit des lois de Montesquieu, que les lois sont en rapport avec les races, avec le tempérament naturel de ceux qu'elles régissent. Sur ce point particulier l'école de Mancini et de Weiss critiquent âprement la solution donnée par l'ancien droit et la théorie des statuts qui prennent comme base du statut personnel, la loi du domicile. La critique de la loi du domicile comme fondement du statut personnel est considérée comme une des propositions fondamentales de l'école italienne. Le domicile, proclame-t-elle, est un élément insuffisant comme base de la souveraineté personnelle de l'Etat. C'est une survivance de la féodalité, c'est un retour à la territo

Source : BIU Cujas

rialité féodale. Le principe des nationalités proclame la supériorité de l'élément national sur l'élément domicile. En effet, en dehors de la considération historique, les inconvénients du domicile comme centre du droit personnel, de la personnalité du droit, sont importants : le domicile manque de précision, de fixité, de stabilité, et surtout il ne tient pas compte de l'état intellectuel et moral de l'individu. C'est une simple localisation, une localisation qui avait été nécessaire au temps où les coutumes divergeaient, et qui s'expliquait, par cette diversité des coutumes, mais dans le cas d'Etat à droit unifié, on doit rejeter le domicile comme base du statut personnel et se rattacher à la nationalité unifiée. Telles sont très brièvement résumées les propositions générales de la doctrine de Mancini. Elle a obtenu un succès considérable.

Expansion de la théorie de Mancini, son influence en législation et en doctrine.

Tout d'abord, elle a passé dans le code civil italien, dans quelques articles assez restreints mais très serrés, ayant pour effet d'étendre autant qu'il est possible l'application de la loi nationale. Il y a eu, lors de la discussion du code civil italien, des controverses célèbres. Des amendements avaient été présentés, notamment à propos des successions mobilières pour maintenir la succession mobilière dans le cadre de la règle mobilia sequuntur personam, la vieille solution traditionnelle de la loi du domicile, 27 mai I865. Sur l'intervention de Mancini, on écarta la solution de la théorie des statuts pour adopter la loi nationale. Dans d'autres pays encore, le mouvement prit essort; d'autres codes accueillirent la nouvelle doctrine de la loi nationale; le code civil de la Saxe (I863) le code civil espagnol (I889). Le droit allemand, qui jusqu'alors était imbu des théories de Savigny, finit par se ranger au principe des nationalités. La loi d'Introduction au code civil allemand (I900) consacre le succès de la loi nationale comme base du statut personnel; dans le droit suisse également et dans certains Etats de l'Amérique latine. La doctrine française à la suite de Weiss adopta, non pas à l'unanimité, mais en grande majorité, le système de la personnalité du droit. Audinet, Surville, adoptèrent la théorie. Enfin, et surtout, dans les assises internationales de droit, dans les congrès internationaux, le mouvement s'esquissa en I869 et à Gand fut fondée une Revue de Droit international et de Législation comparée. Pour soutenir le mouvement en I873 fut créé l'Institut de droit international, une Académie Internationale, la plus ancienne, la plus célèbre, qui groupe par section des membres de tous pays, et dont le pro-

Source : BIU Cujas « Les Cours de Droit » 3, PLACE DE LA SORBONNE, 3 Répétitions Ecrites et Orales S

gramme, le credo pourrait-on dire, est le principe des nationalités et la théorie de la personnalité du droit. Enfin, en I874, fut fondé le journal de Clunet (Journal de droit international privé) où parurent tous les manifestes de l'Ecole, et les conférences de La Haye ont été entièrement dominées par cette doctrine de la personnalité du droit.

Nous sommes donc en présence d'une doctrine importante, qui a une méthode, un système qui émet des propositions, qui prétend régir la matière et lui donner la base rationnelle de solution que l'on recherche depuis si longtemps. Les adhésions retentissantes, qui lui ont été apportées, sont une caution, une garantie de sérieux, et cependant la théorie de la personnalité du droit a soulevé de nombreuses critiques.

Les critiques.

C'est en France principalement que la doctrine de Weiss a rencontré des contradicteurs. Celui qui de tous l'a combattue avec le plus de vigueur, le plus d'énergie, c'est le professeur Lainé, prédécesseur dans cette chaire d'André Weiss, particulièrement dans un article de la Revue de Droit International privé de I905, où Lainé développe l'historique du code civil et du droit international privé. Il s'en prend avec vigue à la théorie de la personnalité du droit. Depuis lors, MM. Le Doyen Valery, Pillet, Lerebours-Pigeonnière, Bartin, ont à leur tour critiqué le système.

I°-sur le terrain de la souveraineté de l'Etat, cette théorie aboutit à substituer à la souveraineté du législateur de l'Etat, celle du législateur d'un Etat étranger.

On s'en prend d'abord au principe, c'est là le premier terrain sur lequel porte la critique. Lainé n'hésite pas à dire que les tenants de la théorie de la personnalité du droit commettent une erreur bien plus grande encore que ne la commettaient les partisans de la théorie de Dargentré, de la territorialité du droit Sans doute, les partisans de la théorie des statuts avec d'Argentré ont eu le tort de croire qu'un législateur abdique tout ou partie de la personnalité, lorsque sur le territoire national il fait place à un statut ou à une loi étrangère, alors qu'au contraire, dit Lainé, il agit en souverain; lorsqu'il donne sur un territoire déterminé la possibilité à la loi étrangère de s'appliquer, c'est parce que, en souverain, il a voulu organiser sur son territoire une meilleure justice en favorisant, pour certaines personnes, l'application de la loi étrangère. Telle était l'erreur d'Argentré. Mais ajoute Lainé, bien plus erronée est la doctrine de la personnalité du droit, telle que la comprennent les successeurs de Mancini, car alors elle aboutit à la négation même du principe de la souveraineté qu'elle prétend respecter. C'est la négation de la souveraineté respective des législateurs. C'est la substitution de l'autorité du législateur étranger à celle du législateur du pays même. On ne va pas sa

Source : BIU Cujas

doute ajoute Lainé, jusqu'à faire assurer l'application de la loi étrangère par des juges étrangers, mais on veut que dans des conditions singulières les juges locaux obéissent aux législateurs étrangers. L'exterritorialité des lois posée en dogme, appliquée en système, aboutit à cette conséquence singulière que dans le domaine législatif et judiciaire, chacun est maître dhez les autres et n'est pas maître chez lui. L'application généralisée de la loi nationale donne en territoire étranger à la loi étrangère une place beaucoup trop considérable. En ce qui concerne la France, par exemple, l'application généralisée du principe de la personnalité du droit fait à la loi étrangère une place si grande que la loi française en disparaît presque complètement. Telle est la première critique.

2°-sur le terrain des éléments constitutifs de l'Etat, dont le territoire est l'élément essentiel.

On critique encore une des propositions de l'école, suivant laquelle l'Etat n'existe que par les sujets. Il n'y a pas d'Etat sans territoire, dit-on. Les exemples invoqués sont bien exceptionnels. A l'heure qu'il est, la base de l'Etat dans notre société dans la communauté internationale contemporaine, c'est le territoire, et c'est même pour cela qu'on se le dispute si âprement.

D'autre part encore, on critique la personnalité du droit par l'argument historique même que l'école de la personnalité du droit invoque à l'encontre de ses adversaires, car si la territorialité du droit a été le principe féodal, la personnalité des lois ramène à une époque encore bien plus ancienne, elle ramène à l'époque des invasions barbares. Le statut des personnes réglé par leurs lois personnelles, est le régime que l'on a trouvé sur le territoire de l'ancien Empire romain pour discriminer l'application des lois suivant que l'on était barbare, gallo romain, etc. C'est le système des pays d'Orient, des pays sous mandat, des pays de protectorat, qu'on ne peut prendre pour modèle. La base de l'Etat moderne, c'est le territoire. Les Etats modernes tirent leur existence de leur territoire beaucoup plus que leur population. C'est remonter trop loin dans l'histoire que de faire revivre la personnalité des lois.

3°-au point de vue de la valeur du domicile comme point de rattachement de l'individu.

Enfin certains auteurs, toujours dans l'ordre du principe, n'admettent pas la critique de la loi du domicile, telle qu'elle est présentée par les tenants de l'école de la personnalité du droit. Ici ce n'est point Lainé, ce sont d'autres auteurs qui font remarquer que la loi du domicile ne présente pas, par rapport à la loi nationale, les infériorités que l'école se plaît à proclamer. Le domicile ne manque pas de précision. On peut très facilement le déterminer. La nationalité peut être beaucoup plus imprécise que le domicile. Le

Source : BIU Cujas

domicile manque de fixité, dit-on, il manque de stabilité. Mais la nationalité est changeante. On peut, en effet, changer de nationalité par naturalisation ou par d'autres événements. On dit que le domicile ne rend pas compte de l'état intellectuel et moral des personnes. Mais les tenants de la théorie du domicile font remarquer que le lien de nationalité n'est pas le seul élément de rattachement. La maison, la commune, le canton, la province, sont des points d'attache naturels. Un isolé, une famille, prennent vite les moeurs du pays où ils se trouvent, c'est donc un lien intellectuel et moral résultant de la volonté aussi fort que ne l'est le lien de nationalité.

Critique au point de vue des exceptions apportées de la personnalité.

Telles sont les principales critiques adressées au principe même de l'école de la personnalité du droit. Mais une autre critique classique et très déterminante s'adresse à l'école à raison des exceptions qu'elle apporte au principe, exceptions qui figurent dans la formule de Weiss; l'ordre public, la règle locus regit actum, l'autonomie de la volonté. Sont-ce bien des exceptions ? Ce sont au contraire de véritables principes, qui conduisent à un si grand nombre d'atténuations de la doctrine que la doctrine s'en trouve extrêmement restreinte. Et d'autre part, si nous prenons l'application aux immeubles de la loi du territoire, comment la doctrine de Weiss la présente-t-elle? Elle présente cette application universellement admise aujourd'hui comme une application du principe d'ordre public, c'est une erreur. Le principe territorial est un principe aussi fondamental que le principe du statut personnel, et c'est commettre une erreur certaine que de n'en faire qu'une modeste exception. Tout cela, ce sont des principes qui s'opposent au principe. Donc les exceptions sont en nombre tel que la portée de la doctrine s'en trouve atteinte. Dans les exceptions figurent de véritables principes qui s'opposent au principe lui-même. C'est à raison de cette seconde catégorie de critiques que certains auteurs, ont définitivement rejeté le principe de la personnalité du droit. Et comme le dit Pillet (Traité pratique N°20) "une bonne doctrine doit pouvoir mettre hors de doute ses principes et limiter nettement les exceptions qu'il comporte". C'est à quoi ne réussit pas la deuxième théorie italienne.

B-La théorie de Pillet et les deux doctrines qu'elle comprend.

Dans le genre systématique, la deuxième contribution intéressante à la formation doctrinale de la coutume internationale, est l'oeuvre d'Antoine Pillet (I857-I926) professeur de droit international privé dans cette chaire . L'oeuvre de Pillet en ce qui concerne la construction systématique, nous présente non pas une, mais deux doctrines. Il est indispensable de

Source : BIU Cujas

les examiner indépendamment l'une de l'autre. En premier lieu, un essai d'explication et de solution rationnelles des conflits de lois, et en second lieu une doctrine séparée, la proclamation et le développement du principe du respect international des droits acquis. Ce sont là deux doctrines différentes. Nous verrons ce qui les sépare dans l'oeuvre de Pillet, et s'il y a lieu de les séparer.

re doctrine ; sai d'une so- ution ration- lle des con- its de lois. : détermination l'effet in- rnational des is par la con- dération de ur but.

La première de ces doctrines a été exposée dès I894 par Pillet dans le Journal de droit international privé, au journal de Clunet, puis dans les années suivantes, sous le titre de "Essai d'un système général de solution des conflits de lois". Par la suite, Pillet a été amené à préciser et à développer à nouveau son système dans les grandes oeuvres qu'il a publiées, ses "Principes de droit international privé "(I903, son "Traité pratique de droit international privé" ch. 4 (Les principes à suivre), et enfin son Manuel (I924) écrit en collaboration avec M. Niboyet. Le système de Pillet a été qualifié par certains auteurs de système téléologique, c'est-à-dire de système qui prend en considération le but des lois pour déterminer leur effet international. Pillet lui-même dans la lère édition de son Manuel qualifiait l'école qu'il avait fondée"d'école de la détermination de l'effet international des lois par la considération de leur but".

Caractère ouveau et o- iginal du sys- me.

A la différence du système exposé et défendu par Weiss, le système de Pillet est entièrement nouveau et original. Weiss a clarifié et défendu les principes posés par Mancini, le système de Pillet est un pur produit de la doctrine française, et on peut ajouter de la pensée française contemporaine orientée vers la sociologie, car la recherche du but des lois n'est pas autre chose qu'une recherche de données sociologiques, de données sur lesquelles reposent les institutions contemporaines et les lois qui les consacrent. Si l'on veut rattacher la doctrine de Pillet à quelque prédécesseur, c'est à Savigny qu'il est permis, dans une certaine mesure, de se reporter, et ceci sur quelques points seulement, comme on l'a bien montré. Pillet continue Savigny à trois points de vue : d'abord, il se place en face de la communauté juridique internationale. Comme Savigny, il ne considère pas le droit international privé à l'intérieur des frontières d'un Etat. Pour lui, le droit international se développe dans une communauté d'Etats possédant une civilisation commune En second lieu, comme Savigny, Pillet rejette le vieux système de la courtoisie internationale; les règles de droit international privé sont des règles juridiques, de caractère proprement juridique, avec la sanction d'obligation de contrainte qui les marque et

ints par les- uels il se attache à Sa- igny.

Source : BIU Cujas

qui leur donne leur caractère propre. Enfin, en troisième lieu, Pillet se rattache à Savigny dans la mesure où il n'accepte pas la théorie des statuts. Nous verrons si, au fond de sa doctrine, on ne retrouve pas la division bipartite de la théorie des statuts, mais il l'a dans ses écrits formellement écartée, comme l'a fait Savigny, sans d'ailleurs insister aussi vigoureusement que l'avait fait la théorie de la personnalité des lois. Ainsi par ces trois traits caractéristiques, l'école de Pillet peut se rattacher à Savigny.

En quoi il s'écarte de Savigny.

Mais il s'en écarte et dans le point de départ et dans le système. Il s'en écarte dans le point de départ, il ne considère pas le rapport de droit. Il considère la nature de la loi et examine le but de la loi engendrant l'effet international. C'est encore revenir au point de départ de Bologne et rejeter le point de départ de Savigny. Et d'autre part, dans le système lui-même Pillet s'écarte très notablement du système de Savigny. Il a été l'un des premiers à critiquer la localisation qui est à la base du système de Savigny. Il l'a remplacée par un autre procédé déterminant l'étendue d'application des lois. Par conséquent, les points communs avec la doctrine d'un grand prédécesseur étant marqués, on aperçoit ce qu'il y a d'original dans la doctrine de Pillet.

Caractère international du D.I.P.

Cette première partie de la doctrine de Pillet relative à la solution rationnelle des conflits de lois, Pillet en indique le but. "Il convient, dit-il, d'arriver à l'élaboration d'un droit international privé commun aux Etats, c'est-à-dire international". Ce n'est pas, suivant lui, une branche du droit interne, sans liaison avec le droit des pays étrangers; le droit international privé est international, et l'élément de liaison, c'est ce qu'il appelle le droit des gens, et cette partie du droit des gens qu'est le principe fondamental du respect des souverainetés. Ceci posé, voici alors comment Pillet formule sa doctrine.

Le conflit de lois(par conséquent de souverainetés)et le principe du maximum de respect des souverainetés.

Le premier élément de la solution, dit-il c'est un principe du droit des gens, le principe du maximum de respect des souverainetés: " Toute question de conflit de lois, écrit-il dans la 1ère Edition de son Manuel, N° 362, p. 289, met en jeu l'étude du pouvoir législatif des divers Etats, et présente donc un aspect nettement international. Quand on se demande si un rapport juridique tombe sous l'empire d'une loi ou d'une autre loi, on recherche fatalement auquel des législateurs, c'est-à-dire des souverains, il appartient de le réglementer. Par suite, à la base des conflits de lois, on trouve toujours un conflit de souveraineté, qui ne peut être rationnellement résolu qu'en conservant leur maximum d'autorité aux souverainetés en pré-

Source : BIU Cujas

sence. C'est ce que l'on appelle le principe du maximum de respect des souverainetés, qui compte parmi les axiomes fondamentaux du droit des gens". Or, ajoute-t-il, "entre plusieurs souverainetés en présence, la préférence doit être donnée à celle de ses souverainetés qui a le plus d'intérêt à ce que sa loi s'applique." Tel est le premier élément de la solution.

Analyse des caractères des lois.

Le deuxième est constitué par une méthode, dont le point de départ est le suivant. Il faut analyser le caractère des lois afin de déterminer précisément parmi les diverses souverainetés en présence celle qui a le plus d'intérêt à l'application de la loi.

Observations; ce qu'il y a de nouveau et d'ancien dans la doctrine.

Ces deux éléments de la solution étant ainsi fournis par la formule de la doctrine, avant de la développer, et comme je l'ai fait pour la doctrine de Weiss, nous ferons une parenthèse pour deux observations. Nous rencontrons en effet dans cette doctrine, comme pour celle de la personnalité du droit, une chose nouvelle et une chose ancienne. La chose nouvelle ici encore, c'est l'idée de souveraineté, qui se trouve à la base du principe des nationalités. Nous la rencontrons dans la théorie générale du droit des gens sous la forme d'un axiome du droit des gens, fondamental suivant Pillet, sous la forme du principe du maximum du respect des souverainetés. Telle est la chose nouvelle, conséquence du principe du droit des gens. Quant à la chose ancienne, c'est le point de départ de la méthode. On s'écarte du point de départ de Savigny, on ne considère plus le rapport de droit, bien que l'examen du rapport de droit fasse partie de la doctrine de Pillet, mais ce que l'on prend comme point de départ, c'est l'analyse du caractère de la loi, et dans la formule de Pillet, si l'on ne trouve pas à proprement parler, comme on le trouvait dans la doctrine de Mancini et de Weiss, l'examen de la loi à raison des sujets à qui la loi s'applique, on retrouve au moins l'analyse du caractère de la loi, tel que le faisait d'Argentré, c'est le point de départ de la théorie des statuts. Sans doute, on ne considère pas à première vue, nous allons le voir, l'objet sur lequel portes les lois, ce qui était exactement le point de départ de d'Argentré, mais on y est ramené dans une certaine mesure par la considération du but, à laquelle nous allons nous livrer.

Recherche du but de la loi pour déterminer son effet international.

Ces deux observations faites, reprenons maintenant la doctrine, et voyons comment elle se présente. Ce qui est important, ce qui est le propre même de l'école, c'est la recherche du but. Comment va-t-on déterminer l'effet international des lois ? Par la considération de leur but, ceci à raison d'une remarque préliminaire sur laquelle Pillet insiste, qui est vraime

Source : BIU Cujas

le centre même de sa doctrine.

Les deux caractères de la loi en droit interne: permanence et généralité.

En droit interne, dit Pillet, la loi possède un double caractère : la permanence et la généralité. La loi est permanente, c'est-à-dire que, sauf les modifications législatives dûes au jeu normal de la Constitution, une règle de droit, une loi, une fois promulguée, existe à perpétuité. C'est là ce qu'il appelle la permanence, la constance de l'application de la loi dans le temps. Mais en droit interne, la loi est également revêtue d'un autre caractère, c'est le caractère de généralité. Son étendue dans l'espace coïncide avec le territoire sur lequel elle a autorité. Et cette généralité a pour conséquence que la loi s'applique à tous les rapports juridiques qui se forment sur son territoire. Voilà là ce que l'on observe en droit interne, c'est-à-dire là où n'apparaît pas dans un rapport de droit un élément d'extranéité. Mais dès l'instant où apparaît le droit international, dès l'instant où le conflit des lois fait apparaître la nécessité de prendre partie, sur quoi va porter le choix ? Le choix va porter sur l'un ou l'autre de ces caractères, et c'est là le point sur lequel Pillet insiste le plus. La loi en droit international privé, est privée de l'un de ces deux effets, Il faut choisir. Voici par exemple un français à l'étranger qui désire se marier. Comment sera appréciée sa capacité matrimoniale ? sera-ce au regard de la loi étrangère ? sera-ce au regard de la loi française ? Si l'on applique la loi française, on écarte la loi étrangère sur son propre territoire, on prive la loi étrangère de son caractère de généralité. Si au contraire, on écarte la loi française, on prive à l'égard du français la loi française de son caractère permanent. Si bien que l'objectif du droit international privé, étant donné cette situation, consiste à rechercher les cas dans lesquels on doit sacrifier l'un ou l'autre de ces caractères. Il faut sacrifier dans chaque cas l'un des deux caractères de la loi, pour discriminer et conserver celui qui est prépondérant, et il faut alors répartir les lois en deux groupes, les lois qui seront extraterritoriales parce qu'elles sont permanentes, et que le caractère de permanence est celui qui s'attache à elles et qui est prépondérant et les lois au contraire qui seront territoriales, parce qu'elles sont surtout et principalement générales, et que la généralité est l'élément prépondérant et des deux éléments, celui qu'il ne faut pas sacrifier. C'est un système très hardi, et qui a donné lieu à un très grand nombre de discussions.

Nécessité pour résoudre le conflit de déterminer lequel de ces deux caractères de la loi est prédominant.

Détermination du caractère prépondérant de

Mais alors se pose une nouvelle question. Comment faire apparaître le caractère prépondérant de la loi ? Comment savoir si une loi est plutôt permanente que

Source : BIU Cujas

de la loi par le but social de celle-ci: à qui la loi est-elle destinée à profiter et à qui nuirait sa non application.

générale ? et une autre plutôt générale que permanente ? C'est ici qu'apparaît le critérium de distinction, le but social de la loi. Le but social, dit Pillet, est l'âme de la loi, l'élément qui lui donne son sens et sa raison d'être. On ne concevrait pas une loi sans un résultat à atteindre, sinnn elle serait purement et simplement une suppression irraisonnée de la liberté. L'autorité compétente n'édicte une loi qu'en vue d'une certaine fin qu'elle s'est proposée, et cette fin, il faut que dans les rapports internationaux comme dans les rapports nationaux, on puisse la réaliser, sinon le but social de la loi ne serait pas atteint.

Par quelle méthode va-t-on dégager ce but social? C'est en se demandant à qui la loi est destinée à profiter, et à qui nuirait sa non application ? Il faut se demander à qui la loi est destinée à profiter : si c'est à un particulier, le caractère de permanence l'emporte; si c'est à la collectivité, le caractère de généralité l'emportera. Les lois destinées à profiter aux particuliers seront donc en principe extra-territoriales, les lois destinées à profiter surtout à la collectivité nationale seront donc territoriales, sans quoi les unes et les autres respectivement manqueraient leur but. Voici des lois sur la propriété immobilière. Elles doivent régir tous les biens qui sont situés dans le pays, quel que soit le propriétaire, parce que le but de leur réglementation c'est une organisation foncière, c'est un régime économique, et ce régime doit avoir une unité, il doit conserver sur le territoire une unité absolue, sinon le désordre serait engendré. Au contraire, voici des lois sur les conditions de validité du mariage : conditions d'âge, de consentement, etc..... Ces lois ont été édictées pour protéger les futurs époux, et elles ne produiront leurs effets que si elles s'appliquent dans le temps d'une manière permanente. Ce qui importe par exemple à la loi française ayant cet objet, ce n'est pas du tout de régir seulement tous les Français en France, c'est au contraire de suivre le Français partout où il se trouve, sinon il serait vraiment trop facile d'éluder les dispositions de la loi française. C'est donc dans ce cas la permanence qui l'emporte sur la généralité, à raison des intérêts que la loi est destinée à protéger. D'autre part, il faut se demander à qui nuirait la non application de la loi. Dans le premier exemple, l'intérêt général souffrirait, principalement la sécurité des affaires et de la propriété des immeubles. Dans le second cas, l'innaplica-

Source : BIU Cujas

tion de la loi française sans doute atteindrait dans une certaine mesure l'ordre social français, mais c'est surtout l'intérêt de l'incapable qui serait sacrifié. C'est l'intérêt individuel qui fait dégager la nature du but social de cette loi. Telle est la doctrine, la méthode et le point de départ et le point d'arrivée.

2ème doctrine: respect international des droits acquis.

Avant d'en dire le succès et d'en présenter les critiques, je dois maintenant me tourner du côté de la deuxième doctrine de Pillet, celle du respect international des droits acquis.

Pillet présente le respect international des droits acquis comme une partie spéciale du droit international privé. Il ne considère pas que le respect international des droits acquis rentre dans le cadre général de la question du conflit des lois, c'est une partie à part, isolée, un principe séparé et spécial. Voici comment il établit la distinction. Il existe, dit-il notamment dans la première édition de son Manuel, deux moments dans la solution des difficultés suscitées par la différence des législations : ou bien, premier moment, il s'agit d'acquérir un droit, de le modifier, de le détruire ou de le transformer; le problème dans ce premier cas est un problème de conflit de lois, il comporte la recherche et la détermination de la loi compétente. Mais il y a un autre aspect à considérer. Lorsqu'un droit est né conformément aux dispositions de la loi compétente, il s'agit de déterminer les effets qu'il peut produire dans les différents pays. Exemple : deux étrangers veulent divorcer dans un pays. Le peuvent-ils ? LEur loi personnelle le permet, la loi locale s'y oppose. C'est une question de compétence de la loi. Il s'agit de savoir quelle est la loi compétente pour engendrer la qualité d'époux divorcé, c'est une question d'acquisition de droit. Il s'agit d'acquérir la qualité d'époux divorcé, et quelle est la loi qui a la possibilité de s'appliquer pour déterminer si l'on peut ou si l'on ne peut pas divorcer ? Mais à l'inverse, deux époux divorcés veulent se remarier dans un autre pays. C'est le cas que nous avons rencontré en France avant la loi de I884, et notamment le cas réglé par l'arrêt de I860 rendu sous la présidence de Dupin, arrêt du 28 février 1860 (S. I860 I. p. 2I0). Deux époux valablement divorcés dans leur pays sont en France. L'un d'eux veut se remarier. Le peut-il ? Or ici, dit Pillet, les intéressés ne demandent pas à obtenir le divorce, ils sont divorcés, ils ne demandent pas à acquérir un droit, ils demander à se prévaloir de la position juridique qu'ils ont d'époux divorcés, qui existe déjà à leur profit, pour légitimer une nouvelle union. Je ne commente pas, j'indique tex-

Distinction entre la question d'acquisition d'un droit et la question de la possibilité de se prévaloir d'un droit préexistant.

Source : BIU Cujas

tuellement la manière dont Pillet présente lui-même sa distinction. Ainsi dans un premier cas il s'agit d'acquérir un droit, dans le second cas, dit Pillet, il ne s'agit pas de l'acquisition d'un droit, il s'agit de la possibilité de se prévaloir d'un droit préexistant.

Cette distinction est d'intérêt vital, dit-il, et après avoir dégagé ainsi ce qu'il faut entendre par le respect international des droits acquis, Pillet en donne la justification. On ne peut pas mettre en cause, dit-il, un droit régulièrement acquis sous l'empire de la loi compétente, parce que ce serait la négation même de toute sécurité juridique. Par exemple, que deux personnes, deux belges mariés valablement en Belgique sous l'empire de la loi belge puissent se voir contester leur qualité d'époux parce que certaines conditions de la loi belge ne correspondent pas aux conditions de la loi française, c'est la négation élémentaire de tout commerce juridique international. Pillet dans son Manuel, expose plusieurs séries d'hypothèses : les unes où se rencontrent les deux problèmes cumulés de l'acquisition des droits et du respect des droits acquis, les autres où l'on rencontre à l'état pur le problème du respect international des droits acquis, tel que justement celui que je viens d'indiquer, celui de la possibilité pour deux personnes valablement divorcées de se remarier dans un autre pays qui n'admettait pas le divorce. Les conditions d'existence de droits internationalement acquis, Pillet les dégage d'une façon très précise, il faut que le droit ait été valablement acquis d'après la loi du pays d'origine du droit, et il faut en second lieu que cette loi ait été compétente internationalement pour cette acquisition. Je n'insiste pas sur le détail de la doctrine de Pillet, qu'il est facile de retrouver dans l'oeuvre de Pillet.

Justification du principe du respect des droits régulièrement acquis.

Telles sont les deux doctrines de Pillet. Elles constituent l'oeuvre fondamentale du juriste français. Demandons-nous maintenant quel en a été le succès et quelles critiques y ont été adressées ?

Retentissement de la doctrine de Pillet.

Les doctrines de Pillet ont soulevé une très grande curiosité, et ont eu dans la doctrine internationale un grand retentissement. Cette nouvelle doctrine de droit international privé, émanant d'un maître faisant autorité et présentée avec beaucoup d'art a séduit un grand nombre d'esprits à l'étranger. Il y a là, pour la force de rayonnement des idées françaises, un succès à enregistrer. Il faut cependant remarquer que la doctrine de Pillet présentait en elle-même moins de force et de chance d'expansion que celle de Mancini. La doctrine de Mancini qui servait de

Source : BIU Cujas

support à la théorie de la personnalité du droit préconisée par Weiss, touchait à des intérêts politiques, c'était une doctrine politique, mise au service du droit international privé, et utilisée à des fins privées. Au contraire, la doctrine de Pillet purement scientifique, avec des buts très précis sans doute au point de vue de l'application pratique, mais ne touchant pas sauf pour l'analyse scientifique, à des intérêts vitaux et sociaux, avait certainement moins de change d'être adoptée et de se répandre que la théorie de la personnalité du droit. Aussi la théorie de Pillet a-t-elle été suivie avec attention et sympathie, adoptée par certains auteurs à l'étranger, mais elle n'a pas eu dans les conférences internationales, où d'ailleurs elle s'est présentée après, le succès qu'à obtenu la théorie de la personnalité du droit.

Critiques du système sur la solution des conflits de lois.

En France même, les deux doctrines de Pillet ont soulevé de nombreuses critiques que je vais rapidement résumer.

En ce qui concerne tout d'abord la première doctrine, celle qui sert à l'édification d'un système général de solution des conflits de lois, l'idée qui sert de critérium, la discrimination entre les lois permanentes et les lois générales, a été critiquée comme susceptible d'être très souvent en défaut. Souvent, ont dit certains auteurs français, on ne saura pas dégager pour certaines lois si vraiment c'est la permanence ou la généralité, qui est prépondérante et qui doit l'emporter. On a cité en ce sens les lois sur la nationalité, certaines lois du droit de famille comme l'obligation alimentaire, la faillite, qui met en présence la loi du pays de l'établissement, la loi nationale du failli, la loi de l'ensemble des créanciers à laquelle doit-on s'attacher pour rechercher le but social et prépondérant ? On a également fait remarquer qu'en ce qui concerne la responsabilité des accidents du travail, qui dans notre jurisprudence soumet ses principes à la loi du contrat d'embauchage, qui est territoriale et générale et qui cependant engendre des effets, même si l'accident a lieu à l'étranger, ce qui est contradictoire, il y aura certainement des confusions.

a) difficulté de déterminer pour certaines lois si elles sont permanentes ou générales.

b) retour par une voie détournée à la distinction bipartite des statuts.

On a également fait remarquer que la doctrine de Pillet arrive, par un détour, à nous rappeler la classification bipartite de d'Argentré. Car il est aisé de voir que le but social de la loi sera avant tout déterminé par l'objet sur lequel porte la loi. Dans les exemples cités par Pillet lui-même, la considération de la nature de l'immeuble, de la nature immobilière d'un bien, était prépondérante, et c'est de cette nature que l'on a dégagé le caractère de généralité de

Source : BIU Cujas

la loi territoriale. De même, c'est parce que l'on vise la personne, les rapports personnels, que l'on fait ressortir la prépondérance du caractère permanent dans les lois du statut personnel. Nous sommes donc encore, par un détour, ramenés à la construction bipartite de la théorie des statuts.

Telles sont les principales critiques qui ont été adressées par les auteurs eux-mêmes à la doctrine de Pillet. Au surplus dans les différentes variations que l'on remarque dans la pensée de Pillet, concernant le critérium et son application, on aperçoit incontestablement des hésitations. Par exemple, au sujet du caractère des lois successorales et de la loi applicable. C'est là que l'on peut le mieux marquer l'évolution de la pensée de Pillet. Dans la première édition de son Manuel, Pillet indique que les lois successorales sont des lois familiales. Par elles le législateur protège la famille et l'individu. Elles ont donc le caractère de permanence. Elles doivent donc posséder des effets extraterritoriaux, en quelque lieu que les biens sont situés, et une seule loi s'applique, écrivait Pillet, toujours la même, sinon le but social qu'elle se propose ne serait pas atteint. Il en résulte que la loi applicable aux succession, d'après la pensée première de Pillet, c'est la loi nationale du défunt. Pillet, eu égard à ce que la famille et le statut de la famille est régi par la loi nationale, attribuait, dans la première édition de son Manuel, compétence à la loi nationale du défunt pour régir toute la succession, et rompait ainsi avec la tradition coutumière et statuaire, qui impose en cette matière la loi du domicile. Mais dans la deuxième édition du Manuel, sur la même question, les auteurs reviennent à la loi du domicile. La situation actuelle de la France, disent-ils commande des réflexions nouvelles. En effet, on aboutit à appliquer la loi française aux immeubles sis en France, et la loi du domicile aux meubles, ce qui est le système propre de la jurisprudence et de la tradition française. Les auteurs constatent eux-mêmes que les conflits de lois ne peuvent pas être résolus par la voie du simple raisonnement juridique, que l'aspect politique y joue un grand rôle, et par conséquent il peut y avoir une évolution dans les considérations sociales sur lesquelles reposent les lois, et par conséquent une variation dans le critérium de distinction entre la généralité et la permanence des lois. Ces hésitations incontestablement portent atteinte à l'unité du système et ont entraîné alors un nombre important d'auteurs, MM. Valery, Bartin, Lerebourg-Pigeonnière, à repousser sur ce point la première doctrine de Pillet.

Quant à la seconde doctrine, celle du respect in-

Source : BIU Cujas

Critique de la théorie des droits internationalement acquis.

a)cette question rentre dans celle du conflit de lois.

ternational des droits acquis, elle a donné lieu également à certaines appréciations critiques. On a tout d'abord critiqué la manière dont Pillet faisait sortir la matière du domaine des conflits de lois. Pourquoi extraire cette matière du respect international des droits acquis du domaine des conflits de lois ? Le respect international des droits acquis, tout le monde y souscrit. Mais n'est-ce pas une question qui rentre dans le cadre des conflits de lois ?M. Bartin en particulier l'a montré d'une manière absolument claire il montre que dans la question du respect international des droits acquis, il y a conflit de lois, mais c'est un conflit de lois spécial, un conflit de lois dans l'espace, avec ce que M. Bartin appelle une complication de temps, "conflit mobile", c'est-à-dire un conflit avec intervention de la notion de temps, la règle ayant varié parce que dans un espace de temps déterminé la situation des parties a varié. Cette complication a été tout particulièrement décrite par.M. Bartin, qui accepte donc le principe du respect international des droits acquis, comme le font tous les auteurs, mais le fait rentrer dans le cadre des conflits de lois.(Principes de droit international privé N° 78. p.I94 et I95 tome I.)

b)la distinction de l'acquisition du droit et du cas où on se prévaut de

Il faut remarquer encore que l'on peut critiquer le point de départ même de Pillet, qui consiste à distinguer le cas où il s'agit d'acquérir un droit du cas où il s'agit de se prévaloir d'un droit acquis. Si nous discutons sur les exemples qu'il a employés, est-ce que, quant à l'analyse exacte, il ne s'agit pas aussi dans le second cas de l'acquisition d'un droit ? Lorsque Pillet vient dire : deux étrangers sont divorcés ; l'un d'eux veut se remarier dans un pays qui n'admet pas le divorce. Il demande quoi ? à se prévaloir de sa situation d'époux divorcé. Sans doute, mais que demande-t-il en outre ? Il demande à prendre dans ce pays et à acquérir la situation d'un époux, la situation d'une personne qui se remarie, et par conséquent derrière le problème du respect du droit acquis, il y a le problème de l'acquisition d'un droit. Voilà les critiques qui ont été adressées à la théorie de Pillet.

Mérite de Pillet d'avoir dégager le principe du respect des droits acquis.

On doit cependant reconnaître qu'il a été le premier, sur la question du respect international des droits acquis, à attirer l'attention des juristes sur l'importance exceptionnelle de ce problème. Le respect international des droits acquis, la jurisprudence de tous les pays l'observait, mais la doctrine ne s'en était pas saisie. On ne s'en était pas aperçu. C'est Pillet qui a attiré l'attention des juristes sur l'importance de cette règle, et il a ouvert le chemin à une remarque qui jusqu'alors n'avait pas été faite, c'

Source : BIU Cujas

est qu'il existe dans le droit international privé des principes fondamentaux que la doctrine n'avait pas encore aperçus. Le principe du respect international des droits acquis, c'est une règle coutumière , c'est même, on pourrait le dire, la première et la plus importante des règles du droit international privé dans la coutume internationale, c'est celle que l'on retrouve dans le troisième axiome de Huber au XVIIème siècle c'est celle que l'on retrouve dans les livres étrangers, notamment dans les livres de droit anglo-saxon. Le respect international des droits acquis figure comme principe premier, comme règle première du droit international privé, et si Pillet n'avait fait que dégager cette règle et permettre à la doctrine internationale d'en prendre conscience, de la proclamer et de la mettre en tête des règles du droit international, sa doctrine aurait déjà eu le succès que l'on peut y attacher. Telle est la doctrine de Pillet.

ll-Le courant nalytique.

La deuxième tendance qui s'est marquée dans la doctrine française en matière de conflits de lois, c'est une tendance de caractère analytique, tendance actuellement dominante d'ailleurs dans la majorité des auteurs de notre pays, méthode critique rationnelle, et dont il convient de donner quelques exemples.

Celui qui le premier a employé cette méthode et en a exposé les principes, est le premier titulaire de la chaire de D.I.P. à la Faculté de Paris, Lainé. Dans le Bulletin de la Société de Législation comparée de I890 (pp. 337 et ss.) Lainé a indiqué les principes de cette tendance. Il y est revenu dans l'article que nous avons déjà cité au sujet des travaux préparatoires du code civil (Rev. de D.I.P. I905, pp.58 et ss). Lainé dans ces diverses productions a toujours proclamé l'inutilité de tout principe général. Selnn lui il n'y a que des solutions fragmentaires contenues dans un certain nombre de règles diverses. La diversité des règles tient, disait-il, à la diversité des lois., lesquelles elles-mêmes en cette matière tiennent à la diversité des rapports juridiques :"Je crois, écrivait-il, que la solution des conflits de lois ne doit dépendre d'aucun principe absolu ni général, qu'elle doit être cherchée dans un certain nombre de règles diverses appropriées à la diversité qu'offrent les lois, eu égard à la nature variée des rapports ou matières juridiques. Cette méthode fut autrefois dans une première période de la théorie des statuts celle que suivirent indistinctement, huidés par le bon sens, de nombreux juristes italiens ou français, dont les plus illustres sont Bartole et Dumoulin". Lainé expose ensuite que cette méthode fut, à la fin du XVIème siècle, répudiée par d'Argentré. Dès lors en France apparut la théorie

ainé-pas de principe absolu et général, recherche des règles rationnelles appropriées matière juridique.

Source : BIU Cujas

des statuts, mais les auteurs du code civil, conclut-il, après s'y être attachés dans les divers projets élaborés par le Conseil d'Etat, l'ont en dernier lieu abandonnée, et finalement ils sont revenus à la première méthode, celle de Bartole et de Dumoulin.

C'est donc en réalité un retour à la méthode italienne, à une méthode italienne rationnelle, à la base de laquelle on trouve la considération première des rapports ou matières juridiques; c'est le point de départ même et la méthode de Savigny. L'objet propre du droit international privé, suivant Lainé, suivant d'autres qui l'ont suivi dans cette voie, comme Despagnet, c'est d'analyser les rapports ou matières juridiques pour en faire sortir les lois qui s'y adaptent le plus, à raison de leur nature. Etant donné un rapport juridique présentant des points de contact avec plusieurs législations, l'objet du droit international privé est de déterminer la législation applicable à ce rapport juridique en raison de sa nature, ou encore de prendre en considération avant tout la nature différente des droits subjectifs existants, c'est toujours aller du rapport de droit à la règle de droit, c'est la méthode de Savigny. Aussi range-t-on unanimement Lainé parmi les adeptes de la doctrine de Savigny et le considère-t-on comme celui qui l'a introduite en France le plus vigoureusement.

Valéry-recherche de la loi appropriée à rapport de droit d'après sa nature.

De même M. Le Doyen Valery de l'Université de Montpellier dans son Manuel de D.I.P. (I9I4) se range dans les disciples de Savigny. Il fait d'ailleurs dans son livre l'éloge de la doctrine de Savigny, de son point de départ et de sa méthode, tout en rejetant le système lui-même. Cependant un trait caractéristique des idées préconisées par le Doyen Valéry, c'est le regret que le législateur abandonne par trop au juge ce qui est du domaine de la loi. Notre droit est insuffisant, il laisse trop de place à l'arbitraire individuel de l'interprête, et avant tout il faut tâcher de dégager de la loi positive, de la pensée du législateur, de sa volonté exprimée ou présumée, les règles qui dominent les conflits de lois, interroger les textes écrits, les lois, les traités existants, et ensuite se tourner du côte de la tradition et des règles coutumières. Mais à côté de ces principes, M. Valéry dégage des règles générales qui sont les mêmes règles que celles de Savigny. Le premier principe posé au N° 377 de M. Valéry est le principe même de Savigny: "Tout rapport de droit privé international doit être régi, à chacun des points de vue sous lesquels il peut être envisagé, par la loi qui convient le mieux à sa nature". Et pour savoir quelle est la loi qui convient le mieux à la nature, il faut analyser les éléments du

Source : BIU Cujas

rapport de droit, il faut peser l'importance respective des éléments de ce rapport, voir si l'élément étranger a l'importance suffisante pour attirer l'application de la loi étrangère, pour constituer proprement l'élément de rattachement, par exemple, si l'individualité de la personne, le lieu où le rapport juridique s'est formé, le lieu où un délit a été commis, le lieu où la chose est située, ont l'importance prédominante pour attirer de préférence aux autres éléments l'application de la loi étrangère. On retrouve là exactement les principes de Savigny et l'analyse du rapport de droit et de ses conséquences.

Bartin;conflit de loi-conflit de souveraineté-Analyse de la nature des institutions juridiques.

Enfin et surtout M. Bartin avec ses Principes de D.I.P. (dont le premier volume a paru en I930 et le second cette année même) constitue la personnalité française la plus représentative de la tendance analytique contemporaine. M. Bartin pourrait être considéré comme le véritable continuateur de Savigny dans notre pays, -car il en adopte, non pas le système, mais la méthode-, s'il ne s'en séparait par deux différences notables, et qu'il convient de marquer soigneusement. En premier lieu, comme tous les auteurs français que nous venons d'analyser, aussi bien les partisans de la méthode systématique que de la méthode analytique, il place à la base du conflit des lois la notion de souveraineté. Il identifie même le conflit des lois avec le conflit des souverainetés. Dans un conflit de lois, deux Etats, dit-il, sont en lutte, pour trancher un litige. Le conflit de deux groupes de juridictions relativement à un litige donné ne représente au fond que des conflits entre Etats en matière de droit privé. C'est là la notion essentielle du litige international de droit privé. L'élément essentiel du conflit international de lois, écrit-il p. 24, tome 1, c'est le conflit de souveraineté qu'il suppose sur le terrain du droit privé. Le conflit international de lois se ramène à un conflit de souverainetés dans l'ordre des relations civiles. Voilà la première innovation de M. Bartin dans le domaine du D.I.P. par rapport à la doctrine de Savigny. Mais en outre, et c'est là le second trait original du système de M. Bartin, ou tout au moins de la méthode de M. Bartin, il retient sans doute comme fondamentale et neuve la méthode de Savigny, qui fait dépendre la détermination de la loi applicable de la nature du rapport de droit, mais il l'applique différemment. (pp. I64 et ss.) Comme Savigny; il admet la distinction et la classification de tous les rapports de droit. C'est une idée féconde que cette distinction et cette classification rationnelle. Mais il se sépare de la classification de Savigny, et il adopte personnellement une

Source : BIU Cujas

autre classification, une autre répartition rationnelle des matières. En second lieu, s'il emprunte à Savigny l'idée que c'est la nature des rapports juridiques qui fixe la loi applicable, cette analyse indispensable qui est la base de toute la méthode, M. Bartin l'a étendue d'une façon tr-s originale. Cè n'est pas le rapport de droit mais l'institution juridique, à laquelle ce rapport est rattaché, dont il faut analyser la nature. § 77. p. I9I, tome 1. M. Bartin, sous le titre "Principes du système" précise sa pensée de la manière suivante :"Ce principe dégage avec une netteté parfaite qu'en droit international privé, ou plus précisément dans le droit international privé français, la loi normalement applicable à une relation juridique est celle que désigne l'esprit en droit interne de l'institution dans le fonctionnement de laquelle cette relation se produit. La loi compétente, c'est celle que désigne l'esprit de l'institution dans le fonctionnement de laquelle le rapport juridique, la relation se produit en droit interne, par exemple en droit français, la puissance maritale, relation juridique, doit être examinée dans le cadre de l'institution du mariage. Telle règle de la puissance maritale, comme l'autorisation du mari, doit être examinée dans le cadre de l'institution elle-même. C'est si l'on veut, et comme le voulait Savigny, la nature du rapport de droit qui détermine la loi qui s'applique. Je dis, je crois plus clairement, c'est la nature de l'institution correspondant à ce rapport de droit qui détermine la loi applicable. C'est tellement le système de M. Bartin que dans les cinq premières lignes de la préface de son tome 1 il le proclame :"Le droit international privé, selon moi, n'est que la classification des institutions civiles fixée par les conséquences internationales différentes de chacune d'elles". Le D.I.P. consiste donc dans chaque pays à analyser l'essence des institutions civiles ou commerciales, à en posséder la nature, et à projeter l'institution ainsi analysée dans le plan international, comme le dit lui-même M. Bartin, et à en dégager la nature. A la base du conflit de lois, il y a donc l'analyse de la nature juridique des institutions de droit privé, et c'est le résultat de cette analyse auquel M. Bartin a appliqué un nom, qui depuis est devenu classique, c'est la qualification. M. Bartin dans ses publications l'a surtout examinée au point de vue du conflit spécial qui en naît, un conflit de système qui se greffe sur le conflit des lois, et que nous allons examiner en étudiant la coutume contemporaine dans le cadre mondial. Mais si M. Bartin a posé les principes dans son tome 1, il a dans le tome II appliqué sa méthode, et on y voit, en plein fonc-

Source : BIU Cujas

tionnement, l'analyse de la nature des institutions juridiques correspondant à des rapports de droit, la classification est la projection de tout ce travail dans le plan international. Telles sont les personnalités les plus représentatives de la méthode, de la tendance analytique en France. Je borne là cet examen. Avant de passer à la troisième tendance, la tendance universaliste qui se fait jour actuellement, je voudrais marquer les raisons pour lesquelles, et la tendance systématique,et la tendance analytique, ne donnent point complètement satisfaction complètement aujourd'hui aux juristes du D.I.P.

Caractère rationaliste des Ecoles françaises.

Quelles sont dans l'ensemble les dominantes des deux écoles, que nous venons d'examiner ? et quels sont les résultats engendrés ? Les dominantes sont les suivantes : En premier lieu, mise en relief de l'élément rationnel. Les écoles françaises systématiques ou analytiques sont des écoles rationalistes. Toutes, quelle que soit la tendance, attendent la solution d'un effort de raison et repoussent l'impressionnisme, n'admettent point que dans une question de D.I.P. on se laisse aller aux sentiments, à l'impression, sans faire appel à la raison. Il faut à la base de la solution ou un système ou une analyse. Donc un effort de raison-un effort rationnel, voilà la tendance de l'école française.

part qu'elles font à l'idée de souveraineté.

La deuxième dominante, c'est la part donnée à la notion de souveraineté dans le conflit des lois; Tous les auteurs, depuis Weiss et Pillet jusqu'à M. Bartin, font prédominer cette notion de souveraineté, et l'envisagent sous des formes différentes.

Double insuffisance de ces tendances: trop de conceptions différentes et intervention inutile de la notion de souveraineté.

Les effets de ces tendances sont sans doute appréciables pour l'école française dans l'ensemble du D.I.P. contemporain. Toutefois deux insuffisances ont été remarquées et peuvent être formulées ; la première c'est que la multiplicité des analyses individuelles a engendré dans une certaine mesure la confusion, car, sur chaque question, les théories sont divergentes et les analyses individuelles conduisent à des solutions qui, par la multiplicité de leurs contradictions, engendrent le scepticisme. La jurisprudence qui ne s'est jamais attachée à un système déterminé n'a point manqué de signaler ces contradictions chez les auteurs. On en trouvera la trace dans un rapport soumis à la Cour de Cassation relativement à un arrêt du 2I avril I93I, dans le rapport de M. le Conseiller Pillon concernant la notion d'ordre public. Le Conseiller rapporteur ne manque pas de signaler en termes acerbes les divergences de la doctrine concernant la notion d'ordre public. Prenons en effet cette notion d'ordre public, chaque auteur, soit suivant son système, soit suivant une ara-

Source : BIU Cujas

lyse personnelle, aboutit à en donner une formule particulière. Weiss considérait l'ordre public sous un angle particulier, à raison du but recherché par le législateur. Le système de Pillet s'inspire lui aussi du but social. D'autres auteurs cités par le Conseiller Rapporteur s'inspirent de considérations différentes, et quant à M. Bartin, dans sa définition de l'ordre public (tome 1 § IOI in fine, p. 267) après une analyse très minutieuse de la notion, il conclut :"Tout espoir s'évanouit de rattacher la notion d'ordre public international à une catégorie prédéterminée de dispositions légales, essentiellement variables et motivant ces applications. Cette notion ne comporte même pas la définition approximative qui en limiterait les manifestations au domaine encore trop large des dispositions impératives ou prohibitives. Et p. 258, en avouant que cette réponse est décevante, il ajoute: " Aucune énumération précise, complète et limitée de ces sortes de dispositions n'est possible à aucun moment, pour une législation donnée, notamment pour la nôtre". Telle est la première constatation.

La seconde, c'est que l'on doit certainement regretter l'introduction en cette matière de la notion de souveraineté, qui a aggravé en quelque sorte la matière des conflits de lois. Faire apparaître derrière la contradiction des textes ou des règles une lutte entre Etats, c'est là faire appel à une image belliqueuse, c'est là aggraver cette notion du conflit des lois, alors qu'au contraire, la discipline du droit international privé doit rechercher la conciliation des lois, car elle a été engendrée, comme l'a si bien montré Lainé, par la mêlée pacifique des peuples.

111-La tendance universaliste-recherche des solutions analogues dans les législations et affirmation du caractère international du D.I P.

Il faut donc rechercher ailleurs que dans ces idées de lutte entre lois la source d'une solution de conciliation, et c'est là la raison pour laquelle aujourd'hui les esprits s'orientent vers une tendance très différente, tendance ayant pour objet de renouer par dessus les particularismes engendrés au XIXème siècle par les principes de nationalité, la tradition de la coutume internationale du XVIIIème siècle, rechercher dans les diverses législations, dans les diverses jurisprudences, dans les diverses coutumes, les points identiques, non pas marquer ce qui sépare mais rechercher ce qui est commun, renouer avec le caractère international du D.I.P., faire prévaloir avant tout l'uniformité des règles, rechercher l'uniformité des règles de conflit de lois dans les divers pays, les dégager, les faire ressortir, faire naître cette idée que le D.I.P. est véritablement international, abaisser l'idée de souveraineté, qui n'a rien à voir dans la matière, la faire disparaître pour la rempla-

Source : BIU Cujas

cer par cette idée de la suprématie du droit sur les divers Etats. Tels sont les deux fondements de la conception universaliste.

Cette conception universaliste du droit international privé a été marquée par André Weiss dans les dernières années de sa vie d'une façon particulièrement éclatante. Sans renier le moins du monde la théorie de la personnalité du droit dont il s'est fait le protagoniste, il a tenu cependant à indiquer que le D.I.P. dans l'avenir devait se diriger vers une voie d'entente et de conciliation universelle. Dans le volume des Mémoires de l'Académie internationale de droit comparé de La Haye, volume intitulé : "Acta Academia universalis jurisprudential comparative", p. I78 à P. I83, sous le titre "Existe-t-il un Droit international privé ?", Weiss, en I928, un an avant sa mort, posait les principes de cette nouvelle conception. "Il existe, écrivait-il, en substance, dans les divers pays un nombre important de règles concernant les conflits de lois qui sont identiques ou qui présentent entre elles un air de famille. Les rapprocher, les comparer, tendre à les unifier en renonçant pour ce bénéfice au particularisme, auquel on était attaché jusqu'à présent, tel est le but de la doctrine nouvelle, c'est là où doivent tendre les efforts des ininternationalistes servis par la méthode comparative". Telle est la troisième tendance, à laquelle personnellement je me rattache, et j'en donnerai les conclusions dans le dernier chapitre sur les conflits de lois, chapitre consacré aux destinées de la coutume internationale dans le monde contemporain.

Chapitre III

DESTINÉES DE LA COUTUME INTERNATIONALE DANS LE MONDE CONTEMPORAIN.

Je vais maintenant, quittant les arrêts et les auteurs français, examiner, à l'aide de quelques exemples, quelles ont été les destinées de la coutume internationale dans certains pays, dans l'ensemble du monde contemporain, examiner aussi les conséquences fâcheuses engendrées par la diversité des règles de rattachement, c'est-à-dire par la diversité des systèmes de solution des conflits de lois, et les moyens par lesquels on peut parvenir notamment par les conventions entre Etats, par les conventions déjà passées ou encore à passer, à l'unification de ces règles. Tel sera l'objet de ce troisième et dernier chapitre.

Source : BIU Cujas

§ I - Aperçu de quelques systèmes étrangers.

Il convient de donner quelques exemples de systèmes étrangers, des règles de rattachement dans un certain nombre de pays, pris et adoptées comme type de législation. J'examinerai tout d'abord les règles de rattachement dans un pays voisin du nôtre, et dont la législation est à peu près identique à la nôtre, celles de la Belgique.

1 - La Belgique.

1-Identité de législation en Belgique et en France.

En effet, les sources du droit international privé en Belgique sont les mêmes qu'en France, puisque la Belgique a adopté le code civil. Est-ce que les mêmes causes ont produit les mêmes effets ? Est-ce que au cours du XIXème siècle au début du XXème siècle, les résultats engendrés, d'une part par les textes, et d'autre part par les lacunes de nos textes, ont conduit les belges à des solutions identiques aux nôtres? Nous allons en juger.

De l'application en Belgique de la loi étrangère. Jurisprudence analogue à la nôtre.

Tout d'abord nous remarquons qu'en Belgique les principes de l'application de la loi étrangère sont examinés par les tribunaux souverains belges dans le même esprit que les tribunaux français. Le pourvoi en Cassation concernant l'application de la loi étrangère a donné lieu en Belgique à une jurisprudence tout à fait analogue à la jurisprudence française. On admet généralement, et c'est là une jurisprudence constante, que le pourvoi pour inéxactitude dans la détermination de la loi compétente, de la loi applicable, est admissible et qu'un arrêt qui a mal déterminé la loi applicable doit être cassé. Sur ce point cependant les Belges à raison de la tradition très étroite de Laurent se rattachent à l'idée qu'il faut pour cela que la règle de conflit soit édictée par un texte. La méthode exégétique en matière de droit civil et de droit civil international proclamée par le grand jurisconsulte belge Laurent a toujours conduit nos voisins à des interprétations extrêmement strcites des textes. Il faut donc, pour que le pourvoi pour inexactitude dans la détermination de la loi compétente soit admis en Belgique, que tout au moins la règle de rattachement soit expressément formulée dans un texte.

Mais d'autre part, la Cour de Cassation belge n'a jamais admis qu'elle puisse connaître l'interprétation de la loi étrangère, et de très bonne heure, depuis I855, la Cour de Cassation belge s'est refusée à interpréter la loi étrangère. (parmi les décisions les plus récentes, 25 mars I926, Cass. belge, Pasicrisie, I926.I.p.3I7). Sur ce premier point donc la jurisprudence belge est identique à la jurisprudence française,

Source : BIU Cujas

part une légère différence à propos des principes restrictifs qui limitent l'application de la règle de rattachement.

Identité presque complète entre le système belge de D.I.P. et le système français.

Si nous reprenons l'ordre dans lequel nous avons examiné ces questions au sujet de la jurisprudence française, voici ce que nous observons.

En premier lieu le statut personnel entraîne en Belgique comme en France l'application de la loi étrangère, une application très large de cette loi étrangère, et d'après les belges comme d'après nos tribunaux français, par les mêmes arguments, la loi nationale de l'étranger(1) Sur cette jurisprudence blege cf. les répertoires très bien faits de la Belgique, et pour ce qui est des ouvrages de D.I.P., cf. Vicomte Poullet, professeur à l'Université de Louvain Manuel de D.I.P. 2ème édition I928 pp. 302 et ss. la jurisprudence belge en matière de statut personnel. Pour la succession mobilière, la règle mobilia sequuntur personam, nous trouvons également en Belgique le même principe proclamé et les mêmes citations. On se rattache ici encore à la règle traditionnelle de l'ancien droit et on applique en principe la loi du domicile. Mais la loi nationale n'a point cessé d'exercer une influence sur certains auteurs belges, et on trouve également quelques décisions jurisprudentielles comme dans la jurisprudence française, qui en cette matière tendraient à détourner la règle mobilia sequuntur personam de sa tradition pour en faire la base de la loi nationale.

La règle locus regit actum est reçue en Belgique comme en France, exactement avec les mêmes nuances, les mêmes distinction, la distinction en particulier des formes habitantes. C'est une distinction consacrée par les Belges, comme par notre jurisprudence, cependant avec plus de rigueur, (tribunal civil de Liège, 19 mars I925, Belgique jud. I925, col. 377). Les Belges ont une tendance à appliquer même en matière de forme habilitante la loi belge de préférence à la loi étrangère quand les formes habilitantes belges sont pour la protection de l'incapable plus rigoureuses que la protection accordée par la loi étrangère. (Sur la règle locus regit actum en Belgique cf. Marcel Vautier "Sens et application de la règle locus regit actum 1926, Bruxelles".

Enfin en ce qui concerne l'autonomie de la volonté, elle est appliquée en Belgique pour la substance et pour les effets des actes juridiques, dans les mêmes conditions qu'en France. (cf. Poullet, N° 294 et ss.)

C'est la même chose ou à peu près en ce qui concerne les principes restrictifs. En Belgique comme en

Source : BIU Cujas

France est née et s'est développée la jurisprudence de l'ordre public. L'ordre public international belge, telle est la formule dont se servent et qu'emploient les tribunaux belges et les auteurs, avec ici encore quelques particularités locales. L'ordre public belge a été appliqué d'une manière très stricte. Les belges sont peut être sur ce point plus stricts encore que les tribunaux français, notamment en ce qui concerne l'autorisation maritale, que les belges exigent dans tous les cas en vertu de l'ordre public, même lorsque la loi nationale des intéressés ne comporte pas cette autorisation. Mais d'autre part, les tribunaux belges n'ont pas admis notre jurisprudence de l'intérêt national. C'est peut-être précisément parce que leur notion d'ordre public est plus étroite que la nôtre. Les Belges n'ont pas été jusqu'à admettre la jurisprudence des tribunaux français, qui cependant avait été invoquée à la barre des tribunaux belges, et dans une décision de la Cour de Liège, 3I Décembre I879 (Pasicrisie, I882, p. I22), la jurisprudence belge a repoussé formellement les conséquences qu'on voulait tirer sur la base de la jurisprudence française, mais tout en admettant cependant qu'en cas de manoeuvre frauduleuse de l'incapable on puisse faire disparaître les engagements, ou les conséquences de ces engagements.

Enfin la fraude à la loi, troisième jurisprudence française, est admise, d'une façon courante, par la jurisprudence belge, notamment en ce qui concerne le mariage et les formalités de publicité du mariage.

En somme ce premier pays, considéré très brièvement, nous permet de remarquer déjà entre lui et la France plus qu'un air de famille, une véritable parenté. Le rapprochement entre le système belge et le système français arrive presque à l'identité, à quelques nuances près. Par conséquent on peut dire que sur ce point il y a une coutume internationale entre le droit belge et le droit français.

11 - L'allemagne.

l-Codification artielle du D.I.P. en Allemagne.

Prenons maintenant un droit de caractère tout différent, un droit où la matière des conflits de lois vient d'être récemment codifiée, non pas d'une manière spéciale, mais où la matière des conflits de lois a pris place dans une codification générale, le droit allemand. En effet, en même temps que le droit civil allemand se trouvait unifié par le code, entré en vigueur le ler janvier I900; la loi d'Introduction au code civil allemand, dans ses articles 7 à 3I, contient tout un exposé et une promulgation de textes visant la matière réglementant les conflits de lois, et des conflits internationaux de lois. C'est

Source : BIU Cujas

là la première caractéristique du droit allemand. Le D.I.P. y est partiellement codifié, partiellement seulement, car bien que les textes soient nombreux et importants, des lacunes y ont été observées. C'est ainsi que le droit des biens et le droit des obligations n'ont pas trouvé place dans les textes retenus à la dernière heure et introduits dans la loi d'Introduction. Le projet de code civil allemand contenait au contraire une codification complète de la matière. Ce premier projet très important avait engendré un véritable code. Déjà la deuxième commission avait réduit le travail et l'avait placé en annexe du code civil allemand au livre VI, sous le titre de " L'application des règles de droit étranger". En dernière analyse, les assemblées parlementaires ont encore réduit le travail, et par conséquent un certain nombre de matières n'ont point trouvé place dans ces règles.

Les règles bilatérales désignant la loi étrangère compétente.

Dans les règles inscrites aux articles 7 à 3I, nous remarquons une méthode très différente de celle qui avait inspiré le code civil français. Tandis que le code français n'a statué que sur l'application de la loi française, et s'est systématiquement abstenu de parler de l'application des lois étrangères, le code civil allemand, qui contient sans doute des règles, limitant le champ d'application de la loi allemande, que les auteurs appellent règles de conflit unilatérales, contient aussi des règles que les auteurs appellent bilatérales, c'est-à-dire les règles qui désignent la loi étrangère comme loi applicable. Nous allons rencontrer un exemple avec l'article 7, qui déclare la loi nationale étrangère applicable au statut personnel. Voilà la première remarque caractéristique au sujet du droit allemand, qui vous est très différent du nôtre et du droit belge.

Interprétation de la loi étrangère par la Cour Suprême de Leipzig.

Une deuxième caractéristique du droit allemand, c'est que la jurisprudence de la Cour suprême de Leipzig, à la différence de la Cour de Cassation française et de la Cour de Cassation belge, tranche non seulement les questions de loi applicable, mais l'interprétation de la loi étrangère. Suivant la jurisprudence de la Cour suprême allemande, en vertu du principe "Lura novit curia" la Cour connaît le droit; Or, les lois étrangères ne sont pas des faits mais des lois, et la Cour allemande les interprète comme des lois nationales.

nfluence du ngrès des ju- istes.

Une troisième caractéristique est l'intervention importante et fréquente du corps des juristes allemands. Les juristes allemands sont groupés dans une

Source : BIU Cujas

association d'où est sortie d'ailleurs l'unification du droit allemand, association qui se réunit annuellement en congrès, Le congrès des juristes, particulièrement en I897, à une des sessions qui ont accompagné la discussion du projet de code civil allemand et précédé sa promulgation a évoqué et discuté la question des conflits de lois. C'est ainsi qu'en est sorti, notamment en matière de contrat, la préférence donnée d'une manière marquée à la loi d'exécution, à la lex loci solutionis, substituée à la lex loci contractus, à la loi du lieu de formation du contrat. Ainsi il y a intervention directe et fréquente de la doctrine sous la forme de l'association des juristes (Juristentag).

Importance du droit conventionnel.

Enfin quatrième caractéristique, le droit allemand est lié en cette matière par un très grand nombre de conventions internationales. L'Allemagne a développé notablement son droit conventionnel, comme nous le verrons en étudiant les conventions entre Etats, et en particulier comme elle n'a pas dénoncé, comme l'on fait la France et la Belgique, les conventions de La Haye, la part des conventions en Allemagne est extrêmement importante. On se trouve donc en présence d'un pays où le système dans sa base est radicalement différent du système français et du système belge.

Admission de la plupart des solutions de la coutume internationale.

Malgré ces différences, on rencontre la permanence des solutions de la coutume internationale; sans doute avec des variétés, comme nous allons le voir, et comme nous l'avons rencontré en France, mais il est possible de dresser pour l'Allemagne comme pour la France et la Belgique un tableau des solutions impliquant l'application de la loi étrangère, dans même ordre et presque avec les mêmes solutions.

Statut personnel et loi nationale.

Il en est de même pour les principes restrictifs. Pour le statut personnel, tout d'abord le principe en est retenu et proclamé en Allemagne; c'est la loi nationale, comme en France et comme en Belgique, mais le principe du statut personnel est consacré législativement (Art. 7, al. ler. Loi d'Introduction allemande). "La capacité de contracter d'une personne s'apprécie conformément aux lois du pays auquel elle appartient".

règlement de la succession mobilière.

Deuxièmement, les solutions législatives sans doute ont adopté la loi nationale, art. 25, pour gouverner la succession mobilière; mais le principe de l'ancien droit n'a pas été entièrement sacrifié, et c'est à raison de la localisation prévue et prêchée par Savigny que l'on a maintenu sur ce point dans une certaine mesure le principe traditionnel. la règle locus regit actum est accueillie en Allemagne avec son caractère subsidiaire et facultatif. (Art. II d

La règle locus regit actum

Source : BIU Cujas

la loi d'Introduction). "En principe sans doute l'Allemagne préfère la loi du fond à la loi de la forme, et tant qu'on peut on l'appliquera, dit l'alinéa I. La forme d'un acte juridique est déterminée par les lois qui régissent le rapport de droit formant l'objet de l'acte". En principe, c'est la loi du fond, mais on lit à l'alinéa 2 :" Il suffit cependant d'observer les lois du lieu où l'acte est passé". Par conséquent la règle locus regit actum est maintenue et sauvegardée en Allemagne.

l'autonomie de la volonté.

L'autonomie de la volonté est proclamée par les juristes allemands comme elle l'est en tous pays. Elle s'applique en matière de contrat et particulièrement en matière de régimes matrimoniaux, mais concurremment avec le principe de la lex loci solutionis, suivant les indications du congrès des juristes.

Principes restrictifs à l'application de la loi étrangère;moyen analogue à l'exception d'ordre public, le principe de rétorsion.

Quant aux principes restrictifs, ce sont à peu près les mêmes que ceux que nous rencontrons dans la jurisprudence belge et française. La jurisprudence allemande et la loi d'Introduction ont évité soigneusement l'expression d'ordre public. L'art. 30 qui gouverne la matière est ainsi conçu :"L'application d'une loi étrangère est exclue quand cette application va à l'encontre des bonnes moeurs ou du but d'une loi allemande". On n'a pas voulu employer l'expression d'ordre public, de manière à ne pas avoir l'air d'accepter sur ce point les principes posés par les jurisprudences étrangères. Mais le fond reste le même et d'ailleurs la matière est réglée dans la jurisprudence allemande par ce que l'on appelle la jurisprudence de la glose sous réserve, formule qui correspond précisément à notre moyen d'ordre public, à notre exception d'ordre public. On trouve également un principe restrictif spécial, le principe de rétorsion écrit dans l'article 3I de la loi d'Introduction allemande, mais qui n'a jamais été observé.

Importance de la systématisation en droit allemand.

Je signale enfin que la doctrine allemande, toujours très attirée par l'esprit de système, a plus encore qu'en France sacrifié à la tendance systématique. Très nombreux sont les systèmes présentés sur la matière par les auteurs allemands, particulièrement par le professeur Zitelmann, professeur à Bonn, qui est l'auteur du système extrêmement intéressant renouvelant celui de Savigny, et également le Docteur Frankenstein, Avocat à Berlin, auteur de l'ouvrage le plus récent écrit sur la matière du D.I.P. allemand. (3 volumes, dont 2 sont actuellement parus).

III-Le système anglais.

III - Nous arrivons maintenant à un troisième système très important, car il est à la base de tous les pays de langue anglaise, c'est le système anglais proprement dit. Ce système a été exposé dans ses gran-

Source : BIU Cujas

des lignes en langue française il y a quelques années dans un cours fait à l' Académie de droit international de La Haye. (Recueil des cours, I924, tome III, par M. Bellot, "La théorie anglo-saxonne des conflits de lois "; cf. également dans le Répertoire de D.I.P. (Tome VI) un article de M. Goulé, Secrétaire général de la Société de Législation comparée, "Le D.I.P. de l'Angleterre", et enfin du même auteur une traduction du grand ouvrage anglais sur le D.I.P. de Westlake. Ces ouvrages en langue française permettent de trouver la base de la théorie anglo-saxonne des conflits de lois, qui rayonne sur un très grand nombre de conflits de lois, qui rayonne sur un très grand nombre de ressortissants. Dans la langue anglaise il existe de très nombreux ouvrages également. Le plus important est celui de Dicey "The conflict of laws"; le conflit des lois. Il en a été donné un résumé à l'usage des étudiants par le Dr. Burginn, sollicitor à Londres, et membre du Parlement anglais actuellement. Enfin comme le droit anglais repose exclusivement en cette matière sur les cas jugés plus encore que partout ailleurs, on pourra consulter à la bibliothèque un volume des cas directeurs pour les conflits de lois de Hibbert.

Physionomie générale du système anglais fondé sur le vieux fond coutumier international à base territorialiste.

Ce qui rend l'étude du droit anglais en matière de conflit de lois particulièrement curieuse et intéressante, pour des Français, c'est que ce droit est la véritable expression de la coutume internationale, et qu'il représente exactement ce qu'aurait pu devenir dans notre pays le droit du XVIIIème siècle, si le code civil , et notamment l'article 3 du code civil n'était pas intervenu. Il y a là quelque chose d'assez curieux : le droit anglais aujourd'hui représente la véritable expression de la tradition française du XVIIIème siècle. La raison en est que le droit anglais a refait sien le fond de la coutume internationale. Ce fond commun coutumier, qui s'est développé en Angleterre au XVIIIème siècle, sous l'influence d'évènements que je vous ai indiqués, s'est trouvé refleurir sous l'influence de l'ouvrage de Story. Cet ouvrage de Story, importé d'Amérique en Angleterre y a recristallisé le conflit de lois. Le terrain d'ailleurs en Angleterre était à cet égard très bien préparé. La base de tout le droit anglais interne ou externe est une base féodale, c'est le territorialisme qui domine, et la coutume internationale du XVIIIème siècle, sortie notamment des conceptions de d'Argentré, était à base territorialiste. Sans doute le droit anglais a repoussé, comme l'avait fait également le droit américain, la vieille doctrine de la courtoisie. Cette doctrine est abandonnée aujourd'hui, et c'est sur un fond général de droit considéré comme véritable

Source : BIU Cujas

règle, sanctionné juridiquement, que c'est développée en Angleterre la coutume internationale.

Développement coutumier du D.I.P. en Angleterre.

Il n'y a pour ainsi dire point de textes écrits sur la matière. Il y a quelques articles isolés dans des lois particulières, telles que le mariage, la légitimation, l'adoption, des textes isolés statuant sur la juridiction des cours anglaises et incidemment sur l'application de la loi anglaise, mais ceci c'est purement accidentel; il n'y a rien de comparable en Angleterre à l'article 3 du code civil, ou aux articles 7 à 3I de la Loi d'Introduction allemande. Le droit anglais est non écrit, il fait partie de la " common law". C'est du droit interne. Les auteurs l'ont considéré en la matière comme étant purement et simplement des commentaires des décisions judiciaires.

articularités du droit anlais.

Qu'y a-t-il donc à noter de frappant dans le droit anglais des conflits de lois ?

1-Pouvoirs des cours anglaises concernant l'application des lois étrangères.

Tout d'abord, arrêtons-nous sur les pouvoirs des cours anglaises concernant l'application de la loi étrangère. Quand on parle de loi étrangère en Angleterre, observons qu'il peut s'agir de lois qui sont très voisines. L'Ecosse, l'Irlande, les iles anglo-normandes, ont des lois différentes du droit anglais, et à cet égard, bien qu'il n'y ait pas de conflit de souveraineté, on est en présence de conflit de lois. Ce sont les premiers qui ont attiré l'attention des jurisconsultes anglais. Aussi la question du pouvoir des cours suprêmes se pose-t-elle en Angleterre d'une façon particulièrement pressante, et des particularités anglaises font apercevoir cette question sous un angle spécial.

I°-Pouvoirs des ours de connaître du fait ussi bien que u droit.

En effet tout d'abord la Cour suprême anglaise, qui statue pour la Grande-Bretagne, abstraction faite des dominions, c'est la Chambre des Lords. Or la Chambre des Lords, la Chambre des Seigneurs, peut connaître, à la différence de nos cours de Cassation continentales, aussi bien du fait que du droit. Sans doute ne connaît-elle des faits que très rarement, mais le principe demeure, et par conséquent la question se pose d'une façon un peu différente de la manière dont elle se présente dans nos pays, puisque en principe la Chambre des Lords n'a pas à faire de distinction entre le fait et le droit.

-Limitation la compéten- du jury dans s juridic- ions inférieu- s aux ques- ns de fait.

Deuxième particularité. Dans les juridictions inférieures, et même parfois à la Chambre des Lords, et sur son renvoi, le jury existe en matière civile; le jury fonctionne en matière civile, sans doute d'une manière moins fréquente, et de moins en moins fréquente qu'en matière criminelle et correctionnelle, mais il fonctionne en matière civile. Le principe c'est que là où une division de compétence s'opère, les questions de fait appartiennent au jury, et les questions de

Source : BIU Cujas

droit appartiennent au juge. La cour tranche les questions de droit, le jury ne tranche que les questions de fait. Voilà les différences qui s'observent de l'autre côté de la Manche et qui vont engendrer également des différences concernant la manière dont peut être appréciée la loi étrangère devant les cours de justice anglaises.

Pouvoir de la Cour de la Chambre des Lords pour interpréter et apprécier l'application de la loi étrangère.

La Cour de la Chambre des Lords ayant la souveraineté pour connaître du fait comme du droit, pas de difficulté. Les questions de conflits de lois sont tranchées d'une manière courante par la Chambre des Lords. La Chambre des Lords est intervenue dans des questions de conflits de lois, et de plus elle se reconnaît souveraine pour interpréter et apprécier l'application de la loi étrangère. C'est ainsi que dans les décisions célèbres de I923 et I925, la Chambre des Lords a interprété souverainement les décrets rendus par le gouvernement de la Russie sur la dissolution des banques russes. Par conséquent c'est là une différence avec nos cours de Cassation : La Chambre des Lords anglaise interprète souverainement la loi étrangère.

Attribution au juge des juridictions inférieures de l'interprétation de la loi étrangère.

Quant à la question de savoir à qui, devant une juridiction inférieure, lorsque le juge civil est saisi de la question, appartient, l'interprétation de la loi étrangère et la solution du conflit de lois, pendant un certain temps on a considéré la loi étrangère comme un fait, et on a permis au jury d'interpréter la loi étrangère. L'interprètation de la loi étrangère étant considérée comme un fait, c'était le jury qui en connaissait et non point la Cour. Il s'est produit avec le temps une modification de cette règle, modification analogue à ce qui s'était produit au XVIIIème siècle pour le droit commercial, pour la coutume des marchands. Les règles concernant les conflits de lois et l'interprétation de la loi étrangère ont été d'une façon égale considérées comme des questions de droit, et dès lors c'est au juge et non plus au jury que l'on a laissé l'appréciation de la loi étrangère. Ceci a été établi notamment par une loi de I920, la loi sur l'administration de la justice, article I5.

La procédure d'examination et de cross-examination.

Quant à la manière dont le juge et la Cour des Lords connaissent la loi étrangère et peuvent se rendre compte de sa portée, le droit anglais sur ce point possède une procédure, la procédure par témoins, ce que l'on appelle l'examination et la cross-examination, (l'examen et le contre-examen) qui joue en cette matière comme en toute autre matière et qui permet alors par les interrogations adressées à des hommes compétents, à des experts-juristes, de se rendre

Source : BIU Cujas

compte de la portée exacte de la loi étrangère, dont il s'agit d'appliquer les règles.

La procédure de certification du droit étranger.

Il faut signaler encore, dans cet ordre de l'application de la loi étrangère, une règle curieuse contenues dans un texte anglais : une loi de 1859, suivie d'une autre similaire de 1861, à l'époque où entre la France et l'Angleterre avaient été passés des traités de commerce, des traités de libre échange, avaient pour encourager ces traités entre nations voisines permis à une cour anglaise de s'en remettre, sur l'interprétation du pays dont la législation est en question, à une cour de ce pays. Par exemple, la loi de 1859 et la loi de 1861 permettaient à la cour anglaise de s'en remettre à une cour française, seulement ceci ne devait être établi que par loi de convention internationale, et jusqu'alors aucune convention internationale n'était conclue sur la base de cet acte de 1859 et de 1861. L'idée était féconde, et si elle n'a pas été utilisée en pratique, nous la retrouverons par ailleurs. Cette règle fonctionne à l'intérieur même de l'Empire, et de dominion à dominion il arrive souvent que pour l'application ou l'interprétation d'une loi du dominion voisin un des dominions de l'Empire britannique s'en remet à une cour du pays du même empire. Il y a donc en matière de pourvoi concernant la loi étrangère des particularités très curieuses.

II-Les principes de rattachement.

Voyons maintenant les principes de rattachement au sujet de l'application de la loi étrangère.

I°-Le statut personnel-application de la loi du domicile.

Tout d'abord les Anglais connaissent le principe du statut personnel. Ils l'appellent "personal statute". La notion de statut d'ailleurs est extrêmement développée en Angleterre. L'idée de statut est une idée courante et les Anglais ont une tendance à qualifier de statut un certain nombre d'états dans la famille ou dans la société, notamment le statut du mariage, ou le statut des "trusts" et "trustees". Donc ce terme, synonyme chez nous d'état de capacité, s'est implanté en Angleterre de très bonne heure. Il est absolument courant et classique. La loi applicable au "personal statute", au statut personnel, c'est conformément à la tradition coutumière, la loi du domicile. Il faut retenir - et c'est là la base de tout le droit des pays anglo-saxons - que dans ces pays conformément à la coutume internationale le statut personnel est réglé par la loi du domicile, contrairement à l'article 3 du code civil français qui a substitué la loi nationale à la loi du domicile. Des décisions anglaises considérables ont au cours du XIXème siècle répété et sanctionné à nouveau cette règle coutumière, notamment une décision de 1851, (Affaire Cuepiat contre Young) et en 1877 dans une affaire assez curieu-

Source : BIU Cujas

se. Il s'agissait d'un empêchement de mariage invoqué entre parents au degré de cousins germains. Les litigants se trouvaient soumis à la loi portugaise. L'empêchement était fondé sur les principes du droit canonique en vigueur à l'époque à la base, du statut personnel portugais; comme il s'agissait de personnes domiciliées au Portugal dans cette affaire de I877 les juges anglais n'ont pas hésité à appliquer la loi canonique, la loi portugaise, la loi du domicile des parties. C'est l'affaire Sottomayor contre Barros. On voit par conséquent qu'établir à la base du statut personnel la loi du domicile ne veut pas dire le moins du monde qu'il s'agit de la loi anglaise. Il s'agit de rechercher le domicile des parties, et on applique aux parties la loi du domicile qu'elles ont à l'époque. C'est ainsi par exemple que dans l'affaire Gueprat contre Young la loi qui fut appliquée a été le droit français, loi du domicile des époux. La capacité de la femme mariée a été appréciée en I85I dans cette affaire d'après le droit français, loi du domicile des époux. Telle est la particularité la plus importante du droit anglais.

2°-Reconnaissance de la règle mobilia sequuntur personam; son application aux successions mobilières (loi du domicile).

En ce qui concerne l'application de la règle mobilia sequuntur personam, qui est le second chef de l'application de la loi étrangère, que nous avons étudié dans la jurisprudence française, bien entendu cette règle coutumière, comme toutes les autres coutumières, a passé dans le droit anglais. L'adage est cité par les auteurs anglais et reçu par eux. Il a été retrouvé dans Story, et les Anglais appliquent à la succession mobilière la loi du domicile. Ceci a été établi dès I804 par la Chambre des Lords, s'agissant de la succession d'un écossais domicilié en Ecosse, marié et décédé à Londres. La Chambre des Lords n'a pas hésité à apoliquer en l'espèce le droit écossais à la succession et non pas le droit anglais (affaire Lashley Hog).

3°-Application de la forme des actes de la lex loci célébrations(-locus regit actum.

En troisième lieu, la forme des actes est gouvernée par la loi du lieu, par la lex loci. Ce troisième principe est hérité du droit coutumier en vertu duquel, en France et ailleurs on applique parfois la loi étrangère, lorsque la loi du lieu le commande. Toutefois, les Anglais n'ont pas reçu la règle sous la forme de l'adage locus regit actum. C'est une particularité du droit français du XVIIIème siècle qui n'a pas pénétré dans tous les pays. Les anglais possèdent le principe mais ne possèdent pas le dicton. Ils appellent la loi applicable en pareille matière la "lex loci celebrationis", la loi de la célébration de l'acte, en général, lorsqu'il s'agit du mariage, ou la lex loci contractus celebrati. La règle a été manifeste-

Source : BIU Cujas

ment prise dans la coutume internationale. On s'en rend compte précisément en lisant l'espèce de I85I, l'affaire Gueprat contre Young où l'on voit citer textuellement une des maximes des auteurs du XVIIème siècle, hollandais et allemands, où il est dit que l'on doit rechercher la loi du lieu lorsqu'il s'agit de la forme.

arge conception
e la notion de
orme (question
de qualifica-
tion).

Au sujet de cette application de ce que nous appelons la règle locus regis actum, il faut mentionner -et nous y reviendrons à propos des qualifications- que les Anglais entendent le mot forme d'une manière extrêmement large. C'est ainsi que ce que nous appelons en France les formes habilitantes sont parfois considérées en Angleterre comme de simples formes extrinsèques donnant lieu par conséquent à l'application de la loi locale, par préférence à la loi de protection, notamment d'un incapable. Il en a été jugé ainsi en particulier au sujet des autorisations à mariage. Souvent des mariages s'opèrent en Angleterre, alors que la loi française n'a pas été respectée et que le consentement des parents, exigé en France et non exigé en Angleterre, n'a pas été obtenu. C'est ainsi qu'en I908 s'est posée devant la Cour d'Appel de Londres la question de la validité du mariage d'un français domicilié en France avec une anglaise, alors que le français domicilié en France n'avait pas obtenu le consentement des parents. Le mari ayant demandé la nullité du mariage, faute de consentement des parents, la Cour anglaise a repoussé cette demande, et pourtant il s'agissait d'une question de statut personnel, donc de capacité, laquelle d'après les principes anglais devait être réglée par la loi française, loi du domicile à l'époux, mais les Anglais en cette matière ont estimé qu'il s'agissait d'une formalité extrinsèque, d'une formalité de celébration du mariage, que le fait de n'avoir point reçu les consentements était indifférent, car la loi anglaise, la lex loci contractus celebrati, la lex loci celebrationis, ne demandait en aucune façon le consentement des parents. C'est là un fait de qualification à retenir soigneusement, car c'est précisément l'exemple sur lequel on peut clairement discuter la question des qualifications

4°-Application de "la loi propre du contrat" (autonomie de la volonté)en vertu de la volonté

Enfin l'autonomie de la volonté est reconnue en Angleterre comme dans les autres pays et en particulier comme gouvernant et dirigeant la loi applicable en matière de contrat. L'expression autonomie de la volonté est une expression purement française; elle n'a point d'équivalent en Angleterre. Les auteurs emploient en matière de contrat l'expression "la loi propre du

Source : BIU Cujas

expresse du présumé des parties.

contrat", "proper law of contract", la loi qui s'applique proprement au contrat et qui se dégage du choix des parties exprès ou par présomption. Il existe de très nombreuses décisions anglaises qui en cette matière, notamment dans les rapports franco-anglais, décident du choix des parties, soit de la loi anglaise, soit de la loi française, pour gouverner soit le contenu, soit les effets du contrat. Mais les Anglais ont une particulière préférence pour la lex loci contractus, pour la loi du lieu où le contrat a été passé, par préférence à la lex loci solutionis, à la loi du lieu où le contrat doit recevoir son exécution.

III-Principes restrictifs de l'application de la loi étrangère.

Quant aux principes restrictifs, aux principes par lesquels la loi étrangère, bien que résultant pour son application des principes qui viennent d'être indiqués, se trouve limitée dans cette application, les Anglais n'ont point, comme nous, de théorie générale, Ils répugnent d'ailleurs à la théorie générale, et on ne trouve pas dans les livres anglais de théorie générale de l'ordre public, telle que nous en rencontrons dans nos livres, ni même dans la jurisprudence anglaise. Il y a peu d'application de cette idée d'ordre public; D'ailleurs l'expression "public order" n'existe pas dans le langage classique anglais. Il n'existe que par emprunt aux écrivains du continent. L'expression courante dans les index du droit anglais est l'expression "public policy" ou "moral rules", principes de morale anglaise. Ces principes ont été très rarement invoqués. Ils l'ont été parfois en matière de mariage et parfois en matière de contrat ordinaire. Spécialement en matière de mariage, comme en France, les Anglais se sont trouvés particulièrement, relativement à des mariages passés dans leurs colonies et dominions, en présence de formes inconnues du droit anglais et la question s'est présentée de la validité du mariage mormon, du mariage à base polygamique. L'affaire de I866 Hyde contre Hyde est à ce propos repportée dans tous les livres anglais. Dans l'ordre des contrats ordinaires des questions se sont posées et qui ont mis en jeu alors cette notion de "public policy", de "moral rules" notamment pour le divorce, les divorces d'accord, qui ne sont pas admis en Angleterre avec autant de facilité qu'en France, pour les chèques émis pour dette de jeu, pour des engagements souscrits pour éviter des poursuites criminelles. Voyez l'affaire Kusmann contre Gerson en I9I4, qui a donné lieu à de grandes dissertations en Angleterre.

I°-pas de théorie générale de l'ordre public applications particulières de la notion de public policy ou moral rules.

2°-Rejet de la notion d'intérêt national.

L'intérêt national n'a pas été invoqué comme il l'a été dans notre jurisprudence. On ne trouve guère dans cet ordre d'idée que des décisions très isolées.

Source : BIU Cujas

Caractère coutumier et casuistique du droit anglais.

En somme, pour résumer la physionomie du droit anglais en matière de conflit de lois, c'est la physionomie de la coutume internationale classique du XVIII ème siècle, un droit preprement en dehors de toute espèce de logique générale, procédant par cas, par espèces, casuistiquement, et fnndé sur des raisons dégagées de la coutume.

Caractère analytique de la doctrine anglaise; absences de systèmes.

Dans l'ordre doctrinal, les Anglais très ennemis des syctèmes n'ont point enrichi la science du droit international privé, de systèmes tels que ceux de la France, l'"Allemagne et d'autres pays. La méthode des Anglais est une méthode purement analytique et descriptive. Ils ont simplement, dans l'ordre de l'exposé didactique, développé en cette matière la méthode anglaise de Dicey, ce qui donne aux livres anglais, notamment aux livres de Dicey un aspect que nos livres ne possèdent pas, mais qui donne un exposé clair de caractère très accessible.

Telles sont les quelques observations que je voulais faire, mais qui cependant présentent un grand intérêt au point de vue du droit international privé théorique et pratique.

IV-Le système italien.

IV- Jetons un coup d'oeil sur le système italien et formulons une observation générale. Pourquoi un coup d'oeil sur le système italien ?

Les caractères: codification-large application de la loi nationale(influence de Mancini.

C'est que non seulement ce système a donné lieu à des règles codifiées, mais encore parce qu'il est la traduction d'un système et peut-être d'un système poussé au maximum de ses applications. En effet, lorsque en I866 le code civil italien fut promulgué on se trouvait en plein moment particulariste italien. Le principe des nationalités avait été à la base de la revendication unitaire italienne. Mancini était ministre. Si bien que sa théorie issue du principe des nationalités devait avoir des chances de passer dans la loi écrite. C'est précisément ce qui est arrivé et les articles 6 à I2 inclus des dispositions préliminaires du code civil italien contiennent tout un petit code de D.I.P. concernant les conflits de lois. Ils contiennent les règles de rattachement du droit italien et tout inspirés par la théorie de la personnalité du droit, par la théorie de Mancini; c'est là que nous trouvons l'application de la loi nationale poussée jusqu'à ses plus extrêmes limites, et c'est ce qui rend la considération du droit italien en la matière particulièrement originale et intéressante.

Soumission du

En matière de statut personnel tout d'abord, c'est la loi nationale qui est proclamée comme gouvernant les rapports de droit qui en dépendent. Le premier des articles, l'article 6 :" l'Etat et la capacité des personnes et des rapports de famille sont ré-

Source : BIU Cujas

statut personnel et du régime des meubles à la loi nationale.

gis par la loi de la nation à laquelle elles appartiennent". C'est le pôle inverse du droit anglais et anglo-américain.

En ce qui concerne l'application de l'adage mobilia sequuntur personam, il est interprété par la loi elle-même comme signifiant loi personnelle, loi nationale. Les meubles suivent le sort de la loi nationale, de la personne à qui il appartient, et non pas seulement pour le droit successoral, pour des successions mobilières, mais pour tout ce qui concerne les meubles. Art. 7 " Les biens meubles sont soumis à la loi de la nation du propriétaire; les biens meubles sont soumis à la loi du lieu où ils sont situés".

Application à toutes les successions de la loi nationale du de cujus.

On a laissé l'exception, la lex rei sitae pour consacrer l'indivisibilité de la souveraineté territoriale. En ce qui concerne les successions, qu'il s'agisse de succession mobilière ou immobilière, et quel que soit le lieu où la succession s'ouvre, l'article 8 du code italien proclame la compétence de la loi nationale. " Les successions légitimes et testamentaires, tant en ce qui concerne l'ordre de successions qu'en ce qui touche la quotité des droits successoraux et la validité intrinsèque des dispositions, sont régies par la loi nationale de la personne, dont la succession est ouverte, quelle que soit la nature de ses biens et le pays où ils sont situés". Par conséquent même s'il s'agit d'immeubles et même si ces immeubles sont sis à l'étranger, c'est la loi nationale du défunt qui régit cette succession. Il y a là encore une particularité très curieuse.

Reconnaissance de la règle locus regit actum avec un caractère facultatif.

En ce qui touche la règle locus regit actum, que les Italiens ont connu sous la forme du brocard latin, bien qu'il soit d'origine française, les Italiens proclament le principe de son application. Art. 9 : "Les formes extrinsèques des actes entre vifs et dernières volontés sont déterminées par la loi du lieu où ils sont faits". Mais la règle n'a qu'un caractère facultatif, et les Italiens proclament immédiatement que s'il plait aux parties de faire prédominer la loi nationale sur la loi locale ils le peuvent."Il est cependant permis aux disposants ou contractants d'observer les formes de leur loi nationale, pourvu que la dite loi soit commune à toutes les parties".

Application de l'autonomie de la volonté, mais à titre subsidiaire.

De même eb matière d'autonomie de la volonté, l'alinéa 2 de l'article 9 admet bien le principe de l'autonomie de la volonté, mais à titre subsidiaire seulement. En principe les italiens proclament l'application de la lex loci contractus ou encore de la loi nationale s'il s'agit d'étrangers soumis à la même loi et étant de la même nationalité. Il y a là une application de la loi nationale poussée jusqu'à l'extrême. C'est

Source : BIU Cujas

l'exemple le plus célèbre de l'application par une législation écrite d'un système doctrinal, celui de Mancini.

Nombre limité d'exceptions à la loi nationale fondées sur la notion d'ordre public.

Etant donné ce caractère général de la loi nationale, il est bien certain que les Italiens ne devaient concevoir qu'un nombre d'exceptions limité, et les articles 11 et 12 des Dispositions préliminaires prévoient une série d'exceptions territoriales relevant de ce que l'on peut appeler l'ordre public, les lois pénales, les lois de police et de sûreté, etc. mais elles ne sont jamais appliquées par les auteurs italiens qu'à toute extrêmité et de manière à porter atteinte le moins possible au principe de la loi nationale. Pour les détails sur le droit italien, Cf. Répertoire de Droit international, tome VI article du professeur Audinet sur le système italien des conflits de lois. D'une manière générale d'ailleurs, pour toutes ces données de droit comparé pour les pays que je viens d'étudier, on pourra se reporter au tome VI et au tome VII du Répertoire de Droit international qui donne les règles générales sur les systèmes étrangers.

Observation sur la gravité relative des différences entre les règles de rattachement dans les différents pays.

Je termine cet aperçu des systèmes étrangers de rattachement par une observation qui est d'une importance extrême, car c'est elle qui va me conduire à l'étude des conflits de systèmes. Les destinées de la coutume internationale dans le monde contemporain sont peut-être d'un caractère moins grave qu'on ne le présente d'une manière générale. En rapprochant les règles adoptées dans les divers pays, à part certaines exceptions comme le système italien très systématique, on aperçoit qu'il y a un très grand fond commun dans les règles de rattachement adoptées dans les divers pays. Le fait le plus grave, le dissentiment le plus sérieux le plus marqué, c'est incontestablement le schisme, inauguré, peut-être à son insu, par le code civil et développé par la doctrine italienne et le code italien, entre les pays qui en matière de statut personnel adoptent la loi nationale et ceux qui en matière de statut personnel adoptent la loi du domicile; type franco-italien, la loi nationale, type anglo-saxon, la loi du domicile. Comment cette opposition est-elle répartie dans l'ensemble des pays ? C'est là d'abord une première observation à faire.

Pays ayant adopté le principe de la loi nationale en matière de statut personnel.

D'une manière générale, les pays latins se sont conformés à l'exemple de la France, suivi par l'Italie. Il y a le code civil espagnol, le code civil portugais, le code roumain. Il en a été de même dans l'Europe centrale. L'Allemagne en I900 s'est rangée à la loi nationale, l'Autriche, la Hongrie, les Pays-Bas, la Belgique. Parmi les pays scandinaves, la Suède, et parmi les Etats nouveaux nés du traité de Versailles et

Source : BIU Cujas

attachés naturellement au principe des nationalités, la Pologne, la Tchécoslovaquie, la Finlande. Dans l'Europe orientale, la Serbie, la Grèce. Dans le bassin méditerranéen, l'Egypte. EN Asie, le Japon, et dans l'Amérique latine quelques pays, notamment le Chili et le Brésil.

Supériorité au point de vue de l'importance de la population des pays ayant adopté la loi du domicile.

Mais le principe de la loi du domicile l'emporte quant au nombre des ressortissants sur les tenants de la loi nationale. Les Anglais et les Américains ont calculé d'après leurs statistiques qu'il y avait un nombre plus considérable de personnes régies par la loi du domicile que par la loi nationale. En Europe même quelques pays ont voulu se soustraire à la tradition de la loi du domicile de la coutume internationale. Il en a été ainsi dans deux pays scandinaves au Danemark et en Norvège, et il en est de même en partie en Suisse. Dans l'Amérique latine également les pays d'immigration ont recherché pour des raisons de sécurité dans la loi du domicile le moyen de se soustraire à une situation qui faisait d'eux, en matière de statut personnel, de véritables pays de capitulation; c'est pourquoi, alors qu'en I878 une première conférence tenue à Lima s'était prononcée pour la loi nationale, une réaction s'opéra et en I889, à une autre conférence tenue à Montévidéo, un certain nombre de pays de l'Amérique se sont définitivement rangés et d'une manière intransigeante du côté de la loi du domicile. Tels sont notamment l'Argentine, le Paraguay, l'Uruguay, etc.. Les conséquences sont donc qu'aujourd'hui en matière de statut personnel le monde est divisé en deux parties : les tenants de la loi du domicile et les tenants de la loi nationale. Nous allons voir à propos du renvoi quelles sont les conséquences de pareilles circonstances.

La notion anglo-saxonne du domicile, en quoi elle se rapproche de celle de la nationalité; à raison de la conception du domicile d'origine.

Je note que lorsqu'on étudie d'un peu près les institutions, et notamment l'institution du domicile dans les pays anglo-saxons, on s'aperçoit que la différence entre les deux groupes de pays, à cet égard, est moins grande peut-être qu'on ne pourrait le soupçonner au premier abord, car sous le nom de domicile, les peuples anglo-saxons et notamment l'Angleterre ont développé dans leur doctrine et dans leur jurisprudence une conception qui rapproche singulièrement l'institution du domicile de celle de la nationalité. En Effet les Anglais possèdent, héritée d'ailleurs de l'ancien droit où l'on en retrouve les vestiges, une notion qui ne s'est plus développée chez nous au XIXème siècle, c'est la notion du domicile d'origine. Tout Anglais, et on peut dire tout Américain du Nord, a un domicile d'origine. Nous connaissons le domicile d'origine, c'est celui des parents. Le domicile d'origine

Source : BIU Cujas

constitue à l'égard de la loi applicable comme une véritable nationalité et voici pourquoi. Le domicile d'origine suit l'Anglais et l'Américain à travers tous ses déplacements. Lorsque l'Anglais arrive en France, s'il ne s'établit pas à demeure en France, et s'il n'y prend pas un domicile au sens strict du terme, le domicile d'origine suivra l'Anglais. Si l'Anglais adopte un domicile en France, si sous le régime de l'article 13 avant la loi de I927 il sollicitait l'autorisation à domicile, alors le domicile d'origine s'effaçait. Il n'était pas aboli, il était simplement effacé momentanément, à la différence de notre jurisprudence française qui fait disparaître définitivement le domicile d'origine, dès l'instant où un autre domicile a été acquis. Il n'y a pas pour les Anglais de dernier domicile, il n'y a jamais que le domicile d'origine, si bien que si l'Anglais, que je considère, quitte la France le jour même où par exemple il s'embarquera pour un autre pays, pour l'Amérique, le domicile français disparaîtra et le domicile d'origine réapparaitra, et si l'Anglais vient à décéder au cours de la traversée, la loi applicable à sa succession ne sera pas la loi française; loi de son dernier domicile, mais sa loi de son domicile d'origine, en l'espèce la loi anglaise. Si cet Anglais arrive en Amérique, s'il s'y fixe, s'il y établit un nouveau domicile d'élection, ce choix effacera momentanément le domicile anglais, mais si l'Anglais quitte à nouveau l'Amérique, le domicile anglais réapparaitra. Qu'est-ce que cette conception, sinon une conception très voisine de la conception de la loi nationale ? si bien que l'opposition entre la loi nationale et la loi du domicile est une opposition infiniment moins grave et moins heurtée qu'on ne veut bien le dire, lorsqu'on examine les choses superficiellement, puisque dans les pays anglo-saxons la conception du domicile n'est pas loin de ressembler à la conception de la loi nationale française.

ssibilité d'
e entente en-
e les deux
ories du do-
cile et de la
ationalité.

De sorte qu'on pourrait en venir à concevoir qu'une entente serait facile et possible entre les tenants de la loi du domicile et les tenants de la loi nationale, si l'on s'entendait de pays à pays pour adopter dans chaque pays une jurisprudence ou une législation sur le domicile d'origine, qui favoriserait une unification en cette matière et permettrait de combler la difficulté qui s'est présentée au XIXème siècle, lorsqu'on a substitué la loi nationale à la loi du domicile. Cette jurisprudence anglaise est très peu connue dans nos pays latins. Voici deux décisions anglaises qui permettront de retrouver la base de cette doctrine très intéressante : une décision de la Chambre des Lords de I869, affaire Udny contre Udny. C'est une décision

Source : BIU Cujas

que l'on rencontre dans tous les livres en langue française et en langue anglaise concernant le D.I.P. anglais. Il s'agissait d'un écossais d'origine décédé à Boulogne-sur-mer après avoir longtemps habité Londres. Une question surgit à propos de sa succession et met en jeu la validité de la légitimation par mariage subséquent, admise dans la législation écossaise, admise dans le droit français, mais n'étant pas admise dans le droit anglais à cette époque. Or cet écossais avait longtemps habité Londres, mais le fait qu'il avait été domicilié à Boulogne-sur-mer et qu'il y était mort avait anéanti, malgré les nombreuses années passées à Londres le domicile anglais et avait fait revivre le domicile d'origine écossais, donnant par conséquent la validité à la légitimation par mariage subséquent.Une même décision s'est trouvée rendue par un arrêt plus récent, un arrêt de la Cour suprême d'Angleterre, I925, l'affaire Fleming Harmian (Journal Clunet I928, p. 749). Il s'agissait dans l'espèce d'une affaire assez voisine, d'un canadien ayant longtemps habité la république argentine était revenu en Angleterre et y était mort. Sa succession est ouverte. La question se pose de savoir si c'était la loi argentine ou la loi canadienne qui s'appliquait à la succession. La cour suprême d'Angleterre a jugé que c'était le droit canadien qui était applicable et non point le droit argentin. Il y avait là des questions de quotité disponible et de réserve qui étaient importantes, Ce canadien ayant quitté l'Argentine, le jour même, dit la décision anglaise, où le bateau a appareillé et quitté le port, la loi argentine a disparu et c'est la loi canadienne qui a prédominé.

Telles sont les observations d'ordre général que je croyais devoir faire sur la destinée de la coutume internationale dans le monde contemporain, avant d'aborder les conflits de systèmes.

§ 3 - Le conflit des systèmes.

Conflits entre les différentes règles de rattachement suivies dans les différents pays.

J'aborde dans ce troisième paragraphe les conséquences engendrées par les divergences qui se manifestent de pays à pays dans les règles de rattachement, ce que l'on appelle d'une façon abrégée le conflit des systèmes ou les conflits de systèmes. La divergence entre les législations d'une manière générale est fâcheuse du point de vue de l'uniformité. La divergence dans les règles du droit civil, dans les règles du droit commercial surtout, à certains égards, est fâcheuse. Qu'il y ait dans l'ordre du droit de famille, quelquefois du droit de la propriété, des divergences, elles ne font qu'accuser souvent les diversités des tempéra-

Source : BIU Cujas

ments nationaux; à cet égard elles ne sont point condamnables. Dans cet ordre du droit des affaires au contraire, dans l'ordre du droit commercial, du droit de la propriété mobilière, cette divergence est fâcheuse, mais il n'y a là qu'une divergence entraînant un défaut d'uniformité; dans l'ordre du D.I.P. on a le regret de constater que les divergences entre les règles de rattachement de pays à pays engendrent à leur tour des conflits. C'est ce que l'on a appelé le conflit entre les règles de conflits, le conflit -et cela est exact - entre les règles de rattachement. On a encore employé l'expression de conflit au second degré. La Cour de Cassation emploie l'expression de conflit des lois de D.I.P., par opposition au conflit des lois internes.

Les deux formes les plus célèbres de ces conflits: le renvoi, les qualifications.

C'est particulièrement dans deux ordres de questions, qui portent des noms célèbres dans notre science contemporaine que se rencontrent ces conflits au deuxième degré, ces conflits de systèmes, ces conflits des règles de rattachement : d'une part le renvoi, et d'autre part les conflits de qualification. Ce sont à coup sûr deux questions qui sont les plus classiques du D.I.P. de notre temps. Nous examinerons pour chacune de ces questions comment elles se présentent et ensuite nous procéderons à l'analyse des éléments de la discussion à laquelle donnent lieu l'une et l'autre.

1 - Le renvoi.

La question du renvoi a été qualifiée dans tous les pays d'une manière à peu près identique. Pour tous c'est la famosissima quaestio, c'est la question la plus célèbre. Elle porte des noms différents suivant les pays. En Angleterre, et dans les pays de langue anglaise, le terme français de renvoi a été adopté. En ALlemagne, l'expression est Rückverweisung. La question a été particulièrement mise en lumière dans la doctrine et dans la jurisprudence internationale par l'affaire Forgo

L'affaire Forgo, qui ouverte en I869 a donné lieu à des procès successifs engendrant 12 années de procédure et 3 arrêts de la Cour de Cassation. Le premier arrêt de la Cour de Pau du 11 mars I874 a ouvert l'affaire. Par la suite 3 autres arrêts de la Cour de Cassation sont intervenus le 5 mai I875, puis la première décision admettant le renvoi. (Ch. civ. 24 juin I878. S. I878.I. p. 429; D. I879 I. p. 56), et enfin au tout dernier terme de la procédure, l'arrêt de la Chambre des Requêtes, 22 février I882 (S. I882. I. p. 393. note de Labbé. D. I882. I. p. 30I) Je rappelle très brièvement les faits, de manière à bien dégager la manière dont se présente le problème du renvoi. Le cas Forgo d'ailleurs peut se décomposer presque schématiquement. Forgo était un enfant naturel né sur le sol bavarois

Source : BIU Cujas A SORBONNE 3

et était venu en France avec sa mère à l'âge de 5 ans Il mourut à Pau à l'âge de 68 ans, laissant une fortune mobilière importante. Il n'avait pas d'enfant. Il n'avait jamais sollicité en France son admission à domicile. Il y avait eu une résidence prolongée, ce que l'on appelle, nous le verrons, un domicile de fait, mais il n'avait pas sollicité son admission à domicil dans les termes où l'article 13 du code civil encore en vigueur jusqu'en 1927 le requérait. Le conflit mettait en présence l'Etat en la personne de l'Administration des Domaines réclamant la succession, et d'autre part les collatéraux naturels du défunt se réclamant des principes du droit bavarois. Nous allons voir comment le conflit se présente aux deux degrés, comme on l'a dit. Au premier degré, au premier étage, un conflit de lois, au deuxième degré ou au deuxième étage, un conflit de système.

Schéma de l'affaire. Double conflit qu'elle soulève.

a) conflit de lois, quelle était la loi compétente pour régler la dévolution de la succession.

Posons d'abord le conflit de lois. Le conflit au premier degré, le conflit de lois était un conflit entre le droit français et le droit bavarois. Aux termes du droit français, articles 713 et 768 l'Etat français devait hériter. Il devait réclamer la succession qui se trouvait en déshérence, puisque d'après l'article 766 du code civil les collatéraux naturels n'héritent pas. Au contraire, d'après la loi bavaroise d'après le code civil bavarois, (1ère partie, ch. II. art. 12) à l'époque en vigueur, les collatéraux naturels pouvaient réclamer la succession. Tel était donc le conflit de lois. Fallait-il appliquer la loi bavaroise, fallait-il appliquer la loi française ? Si l'on appliquait la loi française, le fisc français héritait, si c'était la loi bavaroise, c'était les collatéraux naturels.

b) conflit au second degré: renvoi à la loi française par la loi bavaroise internationalement compétente.

Voici maintenant le conflit au second degré. D'après le système français, mobilia sequuntur personam, la compétence législative pour régir la succession mobilière appartient à la loi du domicile. Or Forgo n'était pas régulièrement domicilié en France. C'est là ce qui résultait notamment des premiers arrêts d'appel de Pau, etc.... Il était établi que Forgo n'avait en France qu'un domicile de fait; il n'avait pas acquis le domicile aux termes de l'article 13 du code civil; il n'était pas domicilié de droit. En conséquence la loi du domicile de Forgo, c'était la loi bavaroise. Aux yeux de la loi française, Forgo n'ayant pas eu de domicile en France, avait conservé son domicile de droit en Bavière, son domicile d'origine, alors même qu'il l'avait quittée de très bonne heure. C'était donc aux yeux de la loi française le droit bavarois qui devait s'appliquer. Voilà ce que l'on appelle l'envoi. La loi française envoyait à la loi bavaroise la solution.

Source : BIU Cujas

On reconnaissait la compétence législative de la loi bavaroise. Aux yeux mêmes de la loi française la loi du domicile était la loi bavaroise. C'était le droit bavarois qui devait trancher la succession. Par conséquent aux yeux du droit français, c'était les collatéraux naturels bavarois qui devaient venir à la succession.

Mais il se trouve, -et c'est là qu'est le renvoi- que d'après le droit bavarois, la loi compétente pour régler la succession au terme des règles de rattachement du droit bavarois, aux termes du D.I.P. reçus en Bavière, ce n'est pas la loi du domicile de droit, institution propre au code français, à l'article I3 du Code Napoléon, qui n'avait pas été reçu en Bavière du moins à cette fin, ce n'était pas la loi du domicile de droit, c'était la loi du domicile effectif, du domicile de fait, de la résidence, qui devait trancher les questions successorales. Par conséquent aux yeux de la loi bavaroise, Forgo ayant eu en France son domicile de fait, sa résidence, c'était le droit français qui devait régler la succession de Forgo. C'est là en quoi consiste le renvoi. Ayant reçu du droit français la compétence législative, le droit bavarois renvoyait au droit français la solution de la question. C'est ce conflit au deuxième degré qui porte le nom de renvoi. La jurisprudence l'a consacré. Il y a conflit en effet, puisque d'après le droit français; c'est le droit bavarois qui devait s'appliquer, et que d'après la loi bavaroise c'était le droit français. Les tribunaux français se trouvaient dans une situation singulière : appliquant le droit français ils étaient conviés à exclure le fisc français et à faire préférer les collatéraux naturels bavarois, que cependant sur notre sol national, à raison de leur parenté, on n'aurait jamais admis comme héritiers; au contraire, s'ils voulaient accepter la solution inverse, ils risquaient, comme cela est arrivé, de s'entendre reprocher de ne point appliquer le droit national et d'appliquer le droit bavarois. Les tribunaux, la Cour de Cassation, à deux reprises différentes, n'hésitèrent point et adoptèrent la solution du droit bavarois, c'est-à-dire donnèrent raison au fisc français.

ution de la
Cass. con-
crant le ren-
d.

Voici d'abord comment la Chambre civile en I878 a motivé son premier arrêt : "Attendu que suivant le droit bavarois (la Chambre civile s'est appuyée sur le droit étranger) les meubles corporels ou incorporels sont régis par la loi de leur situation, combinée en matière de succession avec la loi du domicile de fait ou résidence habituelle du défunt. Il suit de là que même en admettant, ainsi que l'a décidé l'arrêt que, Forgo ait conservé la nationalité bavaroise, la dévo -

Source : BIU Cujas

lution héréditaire des biens meubles qu'il possédait en France, où il s'était fixé, doit être régie par la loi française, et qu'en décidant le contraire l'arrêt attaqué a faussement appliqué la loi bavaroise et violé l'article 768 du code civil ci-dessus visé". Par conséquent d'après la Cour de Cassation, c'était violer la loi française que de transgresser le droit bavarois.

L'arrêt des Requêtes de 1882 est ainsi conçu : "Attendu que le dit Forgo n'ayant pas été naturalisé français, n'ayant pas perdu sa nationalité d'origine et n'ayant pas obtenu du gouvernement français l'autorisation de fixer son domicile en France, sa succession doit être régie par la loi bavaroise. Mais attendu que suivant la loi bavaroise on doit appliquer en matière de statut personnel la loi du domicile ou de la résidence habituelle, et qu'ainsi dans l'espèce et sans qu'il y ait lieu de rechercher si d'après la loi bavaroise la matière des successions ab intestat dépend du statut personnel ou réel, la loi française était seule applicable. D'où il suit que c'est à bon droit que l'arrêt attaqué a repoussé la demande formée.... par les collatéraux de la mère naturelle de Forgo. On voit en quoi consiste la question. On applique un droit par renvoi d'un autre droit. On applique le droit français, et non pas en vertu des dispositions de D.I.P. de la loi française, mais en vertu des dispositions de D.I.P. de la loi bavaroise : c'est là toute la difficulté.

Affaire Soulié; consécration du renvoi arguments de l'arrêt en faveur de cette solution.

L'arrêt Forgo n'est pas resté le seul à avoir proclamé la jurisprudence favorable au renvoi. Une autre affaire également célèbre s'est présentée devant la Cour de Cassation en 1910; c'est l'affaire Soulié, qui se présente à beaucoup d'égards dans les mêmes termes que l'affaire Forgo. (Cass. Ch. des Req. 1er mars 1910 S. 1913. I. p. 105. D. 1912.I.p. 262.Rapport du conseiller rapporteur Denis). L'espèce était la suivante. On plaidait sur la validité et l'invalidité du testament d'une américaine, la dame Coralie Soulié, originaire de la Louisiane, née en 1811 et décédée à Paris à 92 ans en 1903. Elle y était domiciliée en fait, mais elle n'y avait pas acquis le domicile de droit conforme à l'article 13 du code civil, et enfin elle était en état de sénilité et interdite. La question se posait de savoir si son testament était valable. Le dit testament était attaqué par un neveu naturel Ernest Soulié. Il était le fils légitime d'un frère naturel de la dame Soulié. La question était donc de savoir qu'elle était la valeur de la vocation héréditaire du réclamant et là encore on peut dresser le conflit d'abord au premier degré, conflit de lois, et au second degré, conflit de systèmes. D'abord le

Source : BIU Cujas

conflit de lois au premier degré. La loi américaine assez obscure d'ailleurs a dégagé d'après les principes et la jurisprudence que la vocation héréditaire du neveu naturel était admise. Au contraire dans le droit français le collatéral naturel n'hésite pas. La Cour de Paris avait semblé admettre la validité de la solution américaine en permettant au neveu de faire la preuve de l'état de démence de la décédée. Tel était donc le conflit de lois au premier degré: loi américaine admettant la vocation héréditaire, loi française la repoussant.

Et voici alors dans les mêmes termes que dans l'affaire Forgo le conflit au second degré. La loi américaine donnait compétence législative en cette matière à la loi du domicile de fait, alors que dans le système français c'est la loi du domicile de droit, du domicile autorisé, qui seule est prise en considération pour l'application de l'adage mobilia sequuntur personam. Le conflit au second degré était donc identique au conflit au second degré que l'on rencontrait dans l'affaire Forgo.

Entre l'affaire Forgo et l'affaire Soulié, le renvoi avait donné lieu à des controverses passionnées, c'est ce qui explique le ton assez vif du rapport du Conseiller Rapporteur Denis, et c'est ce qui explique aussi que la Cour de Cassation ait employé cette fois et consacré l'expression de renvoi. A la suite du Conseiller Rapporteur, la Cour de Cassation a admis le renvoi, c'est-à-dire là encore a appliqué la loi française à laquelle renvoyait la loi de la Louisiane. Répondant au grief du pourvoi de violer la loi française en appliquant la loi américaine, l'arrêt répond : "attendu que ce grief n'est pas fondé, que la loi française de D.I.P. ne souffre d'aucune manière du renvoi qui est fait à la loi interne française par la loi de droit international étrangère, qu'il n'y a qu'avantage à ce que tout conflit se trouve ainsi supprimé et à ce que la loi française régisse d'après ses propres vues des intérêts qui naissent sur son territoire". l'Arrêt se ressent évidemment du ton et des expressions mêmes que l'on rencontre dans le rapport du Conseiller Denis. Le rapporteur avait cru devoir répliquer aux articles, notamment aux articles de Lainé dans La Revue de D.I.P. de 1907, 1908 et 1909, articles que le rapporteur qualifie de véhéments et de passionés. "Quand la loi étrangère accepte pour ses nationaux la loi française, de quoi cette loi souffre-t-elle", disait en propres termes le conseiller rapporteur ? (et nous retrouvons l'expression dans l'arrêt) "Nous ne le comprenons pas. J'aime mieux ce qui est simple que ce qui est compliqué. Pourquoi la loi française refuserait-elle

Source : BIU Cujas

la cadeau que lui faisait la loi américaine ? et pourquoi réouvrirait-elle le conflit quand il est écarté?" "Singulier progrès, écrivait-il, que celui qui veut rallumer le feu d'un conflit d'Etats". La Cour de Cassation a donc solennellement consacré la doctrine du renvoi. Depuis lors d'autres arrêts des cours d'Appel et des tribunaux inférieurs à tous moments, et des thèses sur la question, ont consacré dans le domaine du statut personnel sur bien d'autres points la solution du renvoi.

Jurisprudence généralement favorable au renvoi.

Il y a fort peu d'arrêts qui résistent à cette doctrine. J'en citerai un; je l'ai déjà indiqué à propos du divorce d'anglais en France domiciliés, demandant le divorce pour injure grave. Etant domiciliés en France, aux yeux de la loi anglaise leur statut personnel devait être régi par la loi française, et par conséquent ils devaient être soumis à toutes les lois et à tous les principes du divorce français. Néanmoins la Cour de Douai, 26 mars 1929 (affaire Dutnall, D. 1929 p. 229) a refusé d'admettre le divorce des anglais domiciliés en France pour injure grave, cette cause de divorce n'existant pas dans le droit anglais. Quoi qu'il en soit, on peut dire que d'une manière générale la jurisprudence française est favorable au renvoi et que la Cour de Cassation le consacre.

La doctrine-les adversaires du renvoi.

Quant à la doctrine française, elle se répartit en adversaires et en partisans du renvoi. Labbé dans la note de Sirey 1882, Lainé dans les articles de la Revue de D.I.P., Pillet dans ses principes, M. Bartin dans de très nombreux écrits, le Doyen Valéry, sont les adversaires du renvoi.

Les partisans du renvoi.

Au contraire se sont montrés favorables au renvoi André Weiss dans son traité et dans son Manuel, le conseiller Ambroise Colin, qui avait rapporté un des arrêts sanctionnant le renvoi dans la note du Dalloz 1907.II. p. 1, et également antérieurement dans la Revue de D.I.P. 1906, M. Lerebours-Pigeonnières et M. Arminjon. Telle est la position de la question, et avant de passer à son examen, je vais m'arrêter à quelques observations de caractère technique, afin de bien préciser la position du débat.

Observations I°-La question du renvoi implique une divergence entre les règles de rattachement admises à propos d'un même rap-

Première observation. Il faut bien remarquer que les conflits de système ne naissent et n'engendrent la question du renvoi que lorsqu'il y a divergence dans l'élément de rattachement auquel deux lois différentes se réfèrent au sujet d'un même rapport de droit. Voici un exemple qui précisera cette observation, exemple tiré notamment de la jurisprudence allemande. En Allemagne la femme mariée à la pleine capacité civile; en France la femme mariée est incapable. Il y a conflit

Source : BIU Cujas

port de droit par deux lois en conflit.

de lois, conflit au premier degré. Le droit allemand admet la capacité, le droit français ne l'admet pas. Quid juris de la capacité de la femme allemande mariée en France? La question du conflit au second degré ne se pose pas parce qu'il y a entre le droit français et le droit allemand en cette matière une unité de solution dans le conflit. Le droit français comme le droit allemand adopte à la base du statut personnel de l'étranger la loi nationale, article 7 de la loi d'Introduction au code civil allemand pour le droit allemand, la jurisprudence française par argument de l'article 3 du code civil en ce qui concerne le droit français. Par conséquent les deux droits étant identiques en ce qui concerne les règles de rattachement, l'élément de rattachement, auquel les deux lois se réfèrent au sujet d'un même rapport de droit, il y a conflit au premier degré, il n'y a pas conflit au second degré. Voilà une remarque très importante.

2°-Le renvoi au deuxième degré, forme plus compliquée que le renvoi au premier degré.

Deuxième observation. Le renvoi présente quelquefois sous une forme encore plus compliquée ce que l'on a appelé le renvoi au deuxième degré, par opposition au renvoi au premier degré. Les pays étrangers, notamment l'Allemagne, ont adopté des expressions techniques différentes pour indiquer le renvoi au premier degré et le renvoi au second degré. Voici en quoi consisterait, -car la question est plus théorique que pratique, du moins en France-, le renvoi au dexième degré. Supposons un Anglais résidant en France et domicilié aux Etats-Unis. Une question de capacité se pose, par exemple une question de conseil judiciaire. Le droit français connaît cette institution, qui vient de la jurisprudence du Châtelet de notre ancien droit. Elle est inconnue du droit anglo-saxon. On veut donner en France un conseil judiciaire à un Anglais domicilié aux Etats-Unis. En vertu du jeu du renvoi et du principe du domicile, l'"envoi" que la loi française fait à la loi nationale anglaise comporte un renvoi de la loi anglaise à la loi américaine, qui est la loi du domicile supposée de l'anglais. Par conséquent, ce n'est pas cette fois à la loi française qu'il est fait retour : c'est à une troisième loi que l'on fait appel, c'est là un renvoi au deuxième degré. Il est exemples caractéristiques de ce genre dans la jurisprudence française. Il en existe quelques-uns dans la jurisprudence étrangère. Enfin, puisque je parle de la jurisprudence étrangère, je note que la question est "internationale" au sens plein du terme, c'est-à-dire qu'elle s'est présentée dans tous les pays. Le renvoi à raison du conflit des systèmes se présente aussi bien dans un autre pays que dans le nôtre, et je remarque que, soit la jurisprudence, soit même quelques textes

Caractère international de la question du renvoi-Consécration du renvoi par des

Source : BIU Cujas

législations et jurisprudences étrangères.

de lois, y ont consacré le renvoi, La jurisprudence belge notamment, (Cour de Cassation 9 mars I882, Cassation belge, Pasicrisie 82. I. p. 62) la jurisprudence anglaise dans deux décisions très importantes, la loi d'Introduction allemande, article 27, et en partie la jurisprudence italienne. En ce qui concerne d'abord la loi d'Introduction allemande, l'article 27 consacre le renvoi en matière de statut personnel. "Si d'après les lois de l'Etat étranger, dont les lois sont déclarées compétentes par les articles (suit une énumération d'articles visant la capacité, la validité du mariage, le régime matrimonial, le divorce, la succession mobilière), il y a lieu d'appliquer les lois allemandes, on doit faire application de ces dernières". On appliquera donc le droit allemand, lorsque d'après les lois de l'Etat étranger , auquel le droit allemand envoyait la solution, ces lois renvoient la solution au droit allemand et donnent la consécration du renvoi dans les matières de capacité, de validité du mariage, régime matrimonial, divorce et succession mobilière. Cette énumération n'a pas été considérée comme limitative par la jurisprudence allemande et la jurisprudence du Reich a étendu la solution du renvoi, notamment par l'arrêt fameux du 20 Février I9I2.

Le renvoi dans la jurisprudence anglaise.

Le droit anglais également a consacré le renvoi et l'a consacré dans des décisions extrêmement curieuses, car le droit anglais aperçoit le renvoi sous des formes différentes étant donné que c'est lui qui consacre la loi du domicile. Cette loi du domicile a amené les cours anglais à appliquer en vertu du renvoi tantôt la loi étrangère, tantôt la loi anglaise. Cela paraît curieux. Voyez les arrêts biens connus des successions de Annesley de I926 et de Ross de I929. Ces affaires sont citées dans les Recueils anglais. (Recueil de Mews). Dans l'affaire Annesley il s'agissait d'une succession ouverte en France, et comme il y avait un domicile de fait suffisant aux yeux de la loi anglaise pour justifier à la succession mobilière l'application du droit français, la loi française a été appliquée par les cours anglaises à la succession en question. C'est donc la question du renvoi vue par une cour anglaise et non plus par la cour de Cassation. Dans l'affaire Ross il s'agissait de la succession d'un anglais domicilié en Italie, et à raison de l'article 8 du code civil italien qui proclame la loi nationale applicable à la succession mobilière, le droit anglais, la cour anglaise a accepté ce second renvoi et appliqué à la succession mobilière ouverte en Italie, non pas le droit italien, mais le droit anglais. C'est donc le renvoi du côté anglais par la cour anglaise.

Enfin la jurisprudence italienne se trouve un peu

Source : BIU Cujas

moins ferme que les jurisprudences française, belge et anglaise. Elle a plus d'hésitation (cf. sur ces divergences l'article du Professeur Audinet dans le Répertoire de D.I.P. tome VI, p. 54). Voilà comment se présente la question. Il reste à voir maintenant ce qu'il faut en penser.

Examen et discussion de la question du renvoi.

La controverse est célèbre et donne lieu à un très grand nombre d'arguments pro et contra, comme on peut le voir en se reportant aux livres classiques sur la matière. Je crois que dans ces arguments on peut établir une double catégorisation. Il faut d'abord mettre de côté les arguments un peu figuratifs et qui ne présentent pas à la base de motifs juridiques juridiquement appréciables, pour se cantonner plus sérieusement en présence des arguments juridiques importants.

Je considère comme peu sérieux l'argument dit de la raquette, car naturellement dans cette controverse les comparaisons sportives abondent. L'argument dit de la raquette, est celui qui consiste à prétendre que le renvoi aboutit à créer une suite sans solution de continuité, une chaîne sans fin. Il n'y a pas lieu de s'arrêter dans l'envoi et dans le renvoi. Les contrats par correspondance constituent une matière dans le droit privé qui nous met en présence de solutions de ce genre, notamment le système de l'information dans la controverse des contrats par correspondance a été repoussée précisément parce qu'ils engendrent une chaîne sans fin du même genre que la raquette du renvoi. J'estime qu'il n'y a pas lieu de s'arrêter à cet argument assez imaginatif. Si le renvoi constitue un jeu, c'est du moins un jeu auquel l'un des joueurs met fin par sa volonté. Lorsque la cour de Cassation française accepte le renvoi, elle met fin au jeu, elle ne renvoie pas à son tour, ce n'est pas une chaîne sans fin.

Autre argument de caractère également un peu imaginatif, c'est celui qui figurait dans le rapport du conseiller Denis, consistant à traiter et à qualifier de "cadeau" le renvoi fait par la loi étrangère à la loi française. Les adversaires du renvoi se sont emparés de cette expression pour dire que le renvoi fait sortir le droit international privé du domaine proprement juridique pour revenir à la vieille doctrine de la courtoisie internationale. Recevoir un cadeau, ce n'est point faire acte de juriste, c'est revenir à des procédés extra-juridiques. Ici encore ce sont des querelles de mots, car les adversaires partisans du renvoi répondent non pas sur le terrain de la courtoisie mais sur le terrain du droit.

On a encore objecté à l'encontre de la théorie

Source : BIU Cujas

du renvoi que c'est une solution paresseuse, que c'est une solution qui consiste simplement à se dégager de la difficulté à appliquer la loi nationale. C'est une manière détournée de dissimuler la préférence pour la loi française, dit-on, et au fond de toute la jurisprudence du renvoi il y a la préférence pour la lex fori. Ceci est inexact, car comme je l'ai montré, notamment en ce qui concerne la jurisprudence anglaise, il arrive souvent que des tribunaux étrangers appliquent la loi étrangère en vertu du renvoi et non pas leur loi nationale. Laissons donc de côté ces arguments peu sérieux et venons-en aux arguments importants.

Arguments contre le renvoi.

L'argument le plus important est celui qui consiste à alléguer qu'en matière de conflit de lois il est essentiel et indispensable d'opérer une discrimination.

Discrimination des règles de fond et des règles de conflit.

On doit soigneusement distinguer les règles de fond du droit, les dispositions de droit interne, et les règles de conflit, les dispositions de droit international, les règles qui établissent dans un pays le système des conflits de lois. Or, dit-on, et ceci est proprement juridique, lorsque le droit français vise la loi nationale d'un étranger pour lui faire appliquer cette loi, il ne vise exclusivement que les premières règles, les premières dispositions, les dispositions de fond, les dispositions de droit interne, mais il ne vise pas les autres. Il vise par exemple les règles qui par exemple appliquent en D.I.P. la loi du domicile pour trancher des questions d'état et de capacité. Lorsque une loi nationale, particulièrement la loi française, vise une loi nationale étrangère, elle ne vise exclusivement que les règles de fond et non pas les règles de conflit.

La compétence reconnue dans un pays à la loi térangère ne peut viser que les règles de fond et non celles de droit international de cette loi étrangère.

Voilà l'argument, mais si l'on analyse, on s'aperçoit qu'il ne constitue qu'une pétition de principe. Il faut qu'il soit appuyé par une autre argumentation. Pourquoi donc cette discrimination? Sans doute on aperçoit la distinction entre les règles de fond et les règles de conflit mais pourquoi la discrimination? En vertu de quel principe, lorsque la loi française vise la loi nationale de l'étranger, ne viserait-elle pas cette loi comme un tout ? Elle viserait seulement les règles de fond et pas les règles de conflit.

C'est alors qu'apparaît le deuxième argument qui vient étayer le premier, et qui est l'argument fondamental de tous les adversaires du renvoi, c'est l'argument tiré de la souveraineté. Les règles de conflit de lois, disent les adversaires du renvoi, sont des règles qui engagent la souveraineté, sont des règles de droit public; elles distribuent et limitent les souverainetés. Tout conflit de lois est un conflit de souveraineté. Lorsque le législateur établit souverai-

le renvoi serait contraire à la souveraineté de l'Etat

Source : BIU Cujas

sur le territoire auquel il aboutit d'appliquer un système de D.I. autre que celui qu'il a

nement à ses yeux les limites qu'il assigne dans l'espace à la loi qu'il édicte, il fait un acte dans lequel nul ne peut s'immiscer. La conséquence est la suivante, c'est que lorsque la loi française proclame une loi étrangère applicable, elle doit s'appliquer telle que le législateur français l'a voulu, mais lorsque le législateur français dans son système de conflit de lois a écarté une loi, donner à la loi française application sur le sol français, en vertu de la loi étrangère, de la loi bavaroise dans l'affaire Forgo, de la loi américaine dans l'affaire Soulié, c'est faire céder la souveraineté française devant la souveraineté étrangère. La loi française ne doit s'appliquer en territoire français que par la volonté du législateur français. Lorsqu'elle s'applique par la volonté du législateur étranger, il y a une atteinte à la souveraineté française que les tribunaux ne doivent pas tolérer. Voilà dans toute sa puissance, dans toute sa force l'argumentation des adversaires du renvoi.

Réponse des partisans du renvoi. Pas d'atteinte à la souveraineté de l'Etat-Caractère subsidiaire de la règle du renvoi.

Cette argumentation n'a point touché les partisans du renvoi, et cela est particulier à noter, même ceux qui adoptent la théorie de la souveraineté, même ceux qui l'ont pour la plupart implantée en France, notamment André Weiss. André Weiss, le protagoniste de la théorie de la personnalité du droit, de la théorie des nationalités, dans son Manuel, page 388 de la dernière édition, estime que la question de souveraineté ne doit pas être jetée dans ce débat. Il n'y a aucune atteinte à la dignité d'un pays, aucune atteinte à son indépendance, à l'intégrité de sa souveraineté, à admettre l'application de sa propre loi nationale sur son propre territoire, même lorsque c'est la loi étrangère qui en décide ainsi.

Plus récemment des auteurs ont cherché à étayer cette réplique par des moyens juridiques, notamment M. Lerebours-Pigeonnière dans un article du journal Clunet de 1924 p. 877 et suivantes, "Observations sur la question du renvoi", et également en Allemagne, en France, la doctrine a été soutenue notamment à la société de Législation comparée par le Docteur Frankenstein. En quoi consiste cette réplique. Elle est très simple. Elle consiste à donner en termes juridiques l'explication du renvoi, à considérer, comme le dit le Docteur Frankenstein, qu'il y a un rattachement secondaire, un rattachement subsidiaire. Dans notre système français, il y a des lois de première catégorisation en D.I.P. et des dispositions subsidiaires. Le renvoi serait une règle subsidiaire; ce qu'a fait le droit étranger; lorsqu'il déclare que sa propre loi n'est pas applicable en territoire français, ce n'est pas dire que la loi française sera applicable, ce sera

Source : BIU Cujas

simplement dire que cette loi nationale n'est pas applicable en France . Il y a donc une place vide. Le système étranger s'est effacé par déférence devant la loi française, et le système français prend la place restée vide. C'est là sa volonté qui agit. C'est encore par la volonté du législateur français, de la jurisprudence française, du droit français que le droit français se substitue au droit étranger défaillant ou déférant. Il n'y a pas d'atteinte à la souveraineté française; il n'y a pas d'atteinte à la dignité française.

Argument de bon sens en faveur du renvoi.

Tels sont les arguments pro et contra, et s'il fallait donner une conclusion personnelle à ce débat, je dirai que je me range personnellement dans les partisans de la jurisprudence française, dans les partisans du renvoi pour une raison de bon sens : c'est que le D.I.P. n'est pas une science de conflit, mais une science de conciliation, et qu'en présence de deux solutions, l'une qui perpétue le conflit, et l'autre qui l'apaise, je me range sans hésitation possible à la conclusion qui proclame le renvoi.

11 - Conflits de qualifications.

C'est une question extrêmement complexe, la plus complexe peut-être du D.I.P. Elle est née, comme le renvoi, de la divergence dans les règles de rattachement acceptées par les différents pays, ou plutôt, à proprement parler, de la divergence dans l'application des règles de rattachement. Voyons en ce qui concerne ce conflit, d'une part, comme pour le renvoi, l'apparition et la position de la question, et d'autre part l'examen de la solution qui y a été apportée.

La question du conflit des qualification a, comme le renvoi, surgi à la fin du XIXème siècle. Un juriste français, le Professeur Bartin, l'a posée devant l'attention des auteurs du D.I.P. dans un article du Journal de Clunet de 1897 intitulé "De l'impossibilité d'arriver à la solution définitive des conflits de lois" (Clunet 1897, p. 225 et ss.) L'année d'après, le Professeur Despagnet répliquait dans le même journal (1898 p.253) par un article réfutant dans une certaine mesure les opinions de son collègue "des conflits de lois relatifs à la qualification des actes juridiques". Depuis lors l'un et l'autre de ces auteurs dans leur précis, dans leur manuel ou traité ont repris à maintes reprises la question et l'ont développée et précisée. Antérieurement à ces auteurs, à l'étranger, la question avait également été aperçue, notamment en Allemagne par le juriste du D.I.P. Frantz Kahn dans des articles et notamment dans une étude en 1891 publiée dans les THERINGS JAHRBUCHER intitulée Gesetzes Collisionen les conflits de lois. Il envisageait ces conflits comme une troisième classe de conflit, conflits

Source : BIU Cujas

de lois "latents" (latente Gesetzes collisionen).

éfinition de a qualification; détermination de la ature juridique d'une institution.

Il faut d'abord, avant de pouvoir saisir ce qu'est le conflit de qualification rappeler ce qu'est en principe la qualification. La qualification est une opération née de la méthode d'application des règles de rattachement. Elle exige un examen, une analyse, portant sur le rapport de droit, de manière , eu égard à la nature de ce rapport, à déterminer exactement la loi applicable. Cet examen analytique se présente dans tous les cas où se présente, où s'offre le problème du conflit des lois. M. Bartin dans son article, repris d'ailleurs dans ses études de I899, page I82, a défini ainsi la question : " Lorsque l'application de telle ou telle loi à un même rapport de droit dépend de la nature de ce rapport, quelle est la loi qui fixe la nature de ce rapport de façon à soustraire ce rapport à l'empire d'une des deux lois concurrentes pour lui appliquer l'autre ? "C'est l'analyse du rapport de droit, analyse conduite d'après une législation déterminée. Quelle est cette législation? Aujourd'hui, l'auteur de cette théorie, M. Bartin, a apporté un léger correctif à sa formule première. Il ne parle plus tant de la nature du rapport de droit que de la nature de l'institution juridique, à laquelle se rattache ce rapport. Il définit alors l'opération de la qualification comme étant "l'indice de classification de l'institution". (Principes de D.I.P. tome 1. § 85". La question des qualifications". pp. 22I et ss.)La qualification de l'institution, c'est, écrit encore M. Bartin, l'indice national de classification marquant la place qu'elle occupe dans les cadres de la classification nationale, et il ajoute :" Cette classification des rapports de droit dans la législation de chaque pays, c'est ce qu'il y a de plus national en elle". Les définitions de la classification que l'on retrouve dans les livres s'inspirent de cette doctrine, s'y rapportent, et la qualification est définie dans le Répertoire de Droit international de MM. de la Pradelle et Niboyet, tome IO, paru en I93I au mot qualification, numéro 1, de la manière suivante :" la qualification est la détermination de la nature juridique de l'institution". Dans la deuxième édition de son Précis de D.I.P. M. Lerebours-Pigeonnière définit la qualification de la manière suivante :" La décision classant une institution dans un groupe de matière juridiques en vue de la réglementation d'un conflit de lois". C'est donc une opération de l'esprit et une opération de classification. On classe une institution dans un groupe de matières, ou en se rapprochant un peu de la formule première de M. Bartin, on classe un rapport de droit dans le cadre des institutions et des matières juridi-

Source : BIU Cujas

que, pour en dégager la loi applicable.

Exemple. Afin de ne point rester dans l'abstraction prenons un exemple. Je l'emprunte à la dernière décision survenue à ma connaissance en matière de qualification, c'est une décision qui d'ailleurs tranche également une question, celle de l'autonomie de la volonté en matière de contrat. (Ch. civile. Cour de Cass. 3I mai I932 S.1er cahier I933 p. I7.I) L'espèce était la suivante : l'Etat français avait pris à bail un immeuble sis à Constantinople par acte passé dans cette ville. A la suite d'un incendie survenu à l'immeuble, un litige surgit entre l'Etat français et la propriétaire de l'immeuble. Pour trancher ce litige surgissait un conflit de lois. On se demandait laquelle des législations sur les loyers était applicable ? La législation française ou la législation ottomane ? Suivant que l'on adoptait l'une ou l'autre, les intérêts de l'Etat français étaient plus ou moins bien sauvegardés. L'Etat français prétendait que la loi française était applicable. Derrière ce conflit de lois pouvait se greffer un conflit de qualification, mais cela n'est pas arrivé parce que la question de qualification a été tranchée dans une sentence déterminée qui ne soulevait pas un conflit. On se demandait -et c'est là le propre de la question de qualification -quelle était la nature juridique de l'acte passé par l'Etat Français avec la propriétaire de l'immeuble. Etait-ce un bail au sens du droit privé ordinaire, un bail comme peuvent le passer deux particuliers entre eux, ou bien au contraire, le fait que l'un des deux contractants était une personne du droit international public, l'Etat français donnait-il à l'acte un caractère juridique différent ? Fallait-il voir sur le terrain du droit administratif, du droit public et du droit international public un acte d'autorité, spécialement un acte se rapprochant à un certain nombre d'autres actes du droit international public, tels que la réquisition, le sequestre ou toute autre mesure consécutive à l'état de guerre ? S'il en avait été dans ce dernier sens, incontestablement la solution du conflit de lois s'en serait trouvée influencée et l'on aurait pu soutenir, ce qui avait été soutenu d'ailleurs, qu'un acte d'autorité passé avec un Etat déterminé pouvait entraîner de par le consentement même de la propriétaire l'acceptation des conditions de la loi de cet Etat. Mais la question ne s'est point posée ainsi, car la Cour de Cassation a reconnu qu'en cette matière la qualification droit privé l'emportait sur la qualification droit public. L'arrêt d'appel avait en effet reconnu et déclaré lui-même que le bail n'a procédé en rien d'un acte d'autorité de l'Etat français, assimilable

Source : BIU Cujas

à la réquisition, au sequestre ou à toute autre mesure consécutive à l'état de guerre; l'arrêt n'avait pas relevé que le bail ait cnntenu aucune stipulation dérogatoire au droit commun et de nature à lui imprimer un autre caractère que celui d'un véritable contrat civil. Cette opération qui consistait de par l'arrêt d'appel sanctionné par la Cour de Cassation, à déterminer la nature juridique de l'acte passé entre l'Etat français et la propriétaire , c'est de la qualification, c'est d'ailleurs ce qu'a, en termes clairs, souligné dans la note qui accompagne cet arrêt M. Niboyet. Voilà en quoi consiste la qualification. Il s'agit maintenant de voir ce qu'est le conflit de qualification.

Exemple de conflit de qualification L'arrêt Ogden -le consentement des parents au mariage des enfants mineurs est-il un rapport de protection, une règle capacité ou une formalité.

Pour le comprendre ici encore il faut se placer en face des espèces présentées, non seulement par la jurisprudence française, mais aussi par la jurisprudence étrangère. Avant de rappeler les espèces auxquelles s'était arrêté M. Bartin, j'estime pour ma part qu'un arrêt anglais est de nature à faire apparaître d'une manière très claire ce qu'est le conflit de qualification. Il s'agit de cet arrêt anglais de 1908 de la Cour d'Appel de la Cour suprême de Londres, l'affaire Ogden contre Ogden. C'est le cas du mariage d'un Français avec une Anglaise. Ce français était domicilié en France, mais épousant une anglaise, les consentements requis par la loi française n'avaient pas été obtenus. Une divergence de législation sur ce point s'accusait entre le droit français et le droit anglais. Le droit français exigeait les consentements à peine de nullité, le droit anglais ne les exigeait pas à peine de nullité. Voilà le conflit de lois. Les conséquences avaient été très graves : en France le mariage avait été annulé sur la demande du mari qui s'était remarié; en conséquence de cette annulation, la femme de son côté s'était remariée; et la Cour d'Angleterre a estimé cependant que le premier mariage était valable et que la femme anglaise dès lors se trouvait en état de bigamie. Où est le conflit de qualification ? Il apparaît dans la divergence marquée par la Cour anglaise par rapport au droit français dans la manière d'apprécier la qualification. En effet, suivant le droit français, dans le cadre de l'institution du mariage, le rapport de droit entre parents et enfants qui exige le consentement des parents est un rapport de protection. On la qualifie de rapport de protection; il relève donc de la capacité. Relevant de la capacité, il relevait aux yeux de la loi française de la loi nationale. Si le droit anglais avait considéré, lui aussi, le consentement des parents comme une règle de capacité, eu égard à ses principes de ratta-

Source : BIU Cujas

chement, quelle était la solution ? Aux yeux du droit anglais la capacité est réglée, non pas par la loi nationale, mais par la loi du domicile. Le Français était domicilié en France; par conséquent, aux yeux des règles de rattachement du droit anglais, si le droit anglais avait considéré le consentement des parents comme une donnée de capacité, c'était la loi du domicile qui s'appliquait, c'était donc la loi française, mais c'est ici qu'apparaît le conflit de qualification; le droit anglais ne considère pas que le consentement des parents soit une règle de protection et rentre dans le statut de capacité. Il en fait simplement une forme du mariage, et par conséquent applique à cette forme, non pas la loi du statut personnel, mais la loi de la forme de l'acte en vertu de l'adage connu en France et connu en Angleterre, non pas sous sa forme, mais dans sa substance, locus regit actum, en vertu du principe que c'est la loi de l'acte qui gouverne la forme de l'acte, la lex loci celebrationis. Les conséquences de cette divergence de qualification, c'est que la cour anglaise, le mariage ayant eu lieu en Angleterre, a déclaré la loi anglaise applicable, le consentement des parents n'étant pas aux yeux de la loi anglaise requis à peine de nullité, et le mariage fut donc déclaré valable. Par conséquent au-dessus de ce conflit de lois, qui aurait pu trouver une solution assez aisée, si les deux législations ou les deux jurisprudences avaient concordé dans la qualification de l'acte, c'est la divergence dans l'appréciation de la nature juridique du rapport de droit de l'institution, qui a engendré un conflit spécial et qui a fait naître alors la question de savoir si c'était bien la loi anglaise ou la loi française qu'il fallait appliquer à la qualification. Voilà à mon sens l'une des espèces les plus frappantes qui font ressortir de la manière la plus topique le conflit de qualification.

La question du testament du Hollandais en France. La prohibition du testament olographe par la loi néerlandaise est-elle une règle de capacité ou une règle de forme?

Voici d'autres exemples pris dans des études de M. Bartin, exemples qui sont aussi très classiques en la matière. D'abord le cas bien connu du testament olographe hollandais en France, espèce qui a été jugée maintes fois par les tribunaux, notamment au cours du XIXème siècle, (Cour d'Orléans 4 août 1859. S. 1860. 2. p. 37. Cour d'Aix 11 juillet 1881 S. 1883.2.p. 249) et d'autres décisions plus récentes (Répertoire, V° :qualification). Le code civil des Pays-Bas n'admet pas l'institution du testament olographe et l'article 992 va jusqu'à interdire aux sujets néerlandais de tester à l'étranger en la forme olographe du pays étranger. Un hollandais en France fait un testament olographe dans la forme française. Quelle en est la valeur ? Il y a un conflit de lois, doublé d'un con-

Source : BIU Cujas

flit de qualification. Conflit de lois : le code civil hollandais prohibe le testament olographe; le code civil français le permet. Appliquera-t-on à l'espèce le droit français ou le droit hollandais ? Première question qui se double du conflit de qualification, et voici pourquoi. L'article 992 du code hollandais, les travaux préparatoires et toute la jurisprudence qui s'en suit, établissent et dégagent cette donnée essentielle qu'aux yeux de la loi hollandaise les formes prescrites pour le testament rentrent dans la catégorie des formes habilitantes et sont des règles de protection. Au contraire dans toutes ces questions la jurisprudence française a qualifié ces exigences en matière de forme de testament olographe, - la nécessité de l'écriture, de la signature, de la date, par la main même du testateur -, comme des règles de forme et non pas comme des règles de protection. La chose peut être discutée, c'est la solution de la jurisprudence française, et dès lors devant les tribunaux français l'emporta la qualification française, règle de forme, locus regit actum. On a tenu le testament olographe du hollandais pour valable en France, alors que si les tribunaux français avaient admis la qualification néerlandaise, règle de protection du statut personnel, loi nationale, le testament olographe du Hollandais n'était point valable. Voilà encore une des espèces les plus frappantes où l'on aperçoit ce qu'est le conflit de qualification.

L'exemple des époux maltais l'usufruit que la loi maltaise accorde au conjoint sur les biens du prédécédé est-elle un avantage matrimonial ou un droit de succession.

Autre exemple auquel M. Bartin est très attaché: c'est l'exemple des époux maltais. Deux époux de nationalité maltaise étaient domiciliés en Algérie. Le mari meurt et sa veuve réclame sur la succession, notamment sur les immeubles de la succession sis en Algérie, la quarte du conjoint pauvre, bref un usufruit connu dans la législation maltaise, alors qu'à l'époque, -on était avant la loi de 1891- le droit français ne connaissait pas encore l'usufruit du conjoint survivant. L'affaire en effet a été jugée par la cour d'Alger, 24 Décembre 1889 (Clunet 1891 p. 1161). Conflit de lois : la loi française n'admet pas l'usufruit; la loi maltaise admet l'usufruit. C'est un conflit de lois doublé d'un conflit de qualification : Fallait-il considérer cet usufruit comme un rapport matrimonial entre époux, comme un avantage résultant d'un contrat de mariage, ou au contraire fallait-il le considérer comme un rapport de succession immobilière ? Dans le premier cas on était conduit par les règles de rattachement françaises à appliquer la loi d'autonomie, les rapports pécuniaires entre époux, le

Source : BIU Cujas

contrat de mariage, étant régis par le principe de l'autonomie de la volonté. En l'espèce c'était la loi maltaise qui aurait certainement joué. Si au contraire on appliquait les règles de qualification française, si on considérait le rapport de droit comme un rapport de succession immobilière, il fallait faire prévaloir la lex rei sitae et c'était la loi française qui s'appliquait : il n'y avait pas d'usufruit du conjoint survivant; on appliquait la qualification: succession immobilière, on appliquait le droit français, et par conséquent l'usufruit du conjoint survivant a été refusé à la veuve qui le réclamait.

Voilà trois exemples qui suffisent à expliquer le conflit de qualifications. Il y en a d'autres dans les livres de M. Bartin.

Caractère exceptionnel du conflit de qualification.

Afin de serrer la question de plus près il faut, comme pour le renvoi, s'arrêter à quelques observations complémentaires.

I°- Il faut d'abord observer que dans les exemples ci-dessus il y avait à la fois conflit de lois et conflit de qualification. On a vu d'abord le conflit de lois, sur lequel est venu se greffer le conflit de qualification. Mais c'est ici que la complexité s'accroît. Il faut remarquer en premier lieu qu'il y a des conflits de lois - et très nombreux - qui ne soulèvent pas de conflit de qualification. Dans la plupart des cas les règles de rattachement, même quand elles divergent, ne soulèvent pas de conflit de qualification. C'est, par exemple, une question d'état indiscutablement, ou une question de propriété immobilière, sans difficulté possible; par conséquent dans toutes les questions de conflit de lois il n'y a pas nécessairement des conflits de qualification. Le conflit de qualification est une exception. La règle, c'est que la qualification ne soulève pas de conflit.

Conflit de qualification se dissimulant sous l'apparence d'un simple conflit de lois La révision de la vente d'immeuble est-elle une qualification immobilière ou une qualification de protection.

2°- Il peut y avoir en apparence conflit de lois, et lorsque l'on creuse la question, on s'aperçoit qu'il n'y a pas conflit de lois mais conflit de qualifications. Ce sont des conflits de lois apparents, qui ne sont en réalité que des conflits de qualification. L'analyse le fait apercevoir. Voici un exemple, c'est un cas récent jugé par la Cour de Paris, 2ème Chambre, 9 février 1931, à propos de la vente d'un immeuble sis en Rhénanie à Wiesbaden entre parties françaises, passée en France. Dans cette espèce la Cour et le Tribunal ont cru qu'il y avait conflit de lois, admettant que le code civil français connaît la disposition de la rescision pour cause de lésion des immeubles, article 1674, alors qu'à l'inverse, le droit allemand ne connaissait pas l'institution

Source : BIU Cujas

de la lésion. C'est une erreur. En effet le droit allemand connaît l'institution de la lésion, et en particulier le code civil allemand, article 138, alinéa 2, pose d'une façon générale le principe de la rescision pour cause de lésion dans des circonstances déterminées, qui auraient parfaitement pu s'appliquer à l'espèce, mais dans ce cas ce n'était pas un conflit de lois, c'était un conflit de qualification. Voici pourquoi. L'article 1674 du code civil fait de la lésion une disposition immobilière, une disposition de caractère immobilier incontestablement, et par conséquent la Cour française avait raison du point de vue français de considérer l'application de la lex rei sitae. Mais l'institution allemande a un caractère différent. La lésion, telle que la sanctionne l'article 138 du code civil allemand, est une institution présentant à n'en point douter le caractère de protection. La qualification protection ici s'opposait à la qualification immobilière, et la conséquence était qu'on devait faire application, d'après l'article 7 de la loi d'Introduction allemande, de la loi nationale des parties; par conséquent aux yeux du droit allemand, la qualification aurait dû conduire à l'application du droit français, alors que la Cour française faisant prévaloir la qualification immobilière, la qualification française envoyait au droit allemand. Il peut donc y avoir des conflits de lois apparents, qui lorsqu'on les analyse bien -et cela peut conduire au gain ou à la perte d'un procès - sont en réalité des conflits de qualification.

Caractère propre du conflit de qualification pouvant se présenter indépendamment du conflit de lois. Et à propos de la convention de La Haye sur le mariage à propos du mariage des Alsaciens-Lorrains.

Troisième observation : Il peut y avoir des conflits de qualification sans "conflit" de lois à proprement parler, et c'est là précisément ce qui montre que le conflit de qualification est un conflit sui generis, qui ne se confond pas avec le conflit de lois. C'est un conflit qui naît beaucoup plutôt de l'application des règles de rattachement que de leur divergence. C'est ce qui se produit lorsque deux législations adoptent pour trancher un conflit de lois la même règle de rattachement. Le "Conflit" de lois est alors apaisé. L'exemple est donné par l'une des Conventions de La Haye et les conséquences qui s'en sont dégagées dans l'ordre international. L'article 1 de la convention de La Haye sur le mariage était ainsi conçu : "Le droit de contracter mariage est réglé par la loi nationale de chacun des futurs époux, à moins qu'une disposition de cette loi ne se réfère expressément à une autre loi". Les pays adhérant à la convention de La Haye avaient donc, les uns et les autres, accepté que la loi nationale, sauf exception, gouverne le droit de contracter mariage. Il n'y a-

Source : BIU Cujas

vait donc plus, proprement, de "conflit" entre les "lois", puisque toutes les nations en adhérant à la convention étaient d'accord sur la solution qui y mettaït fin. Mais surgit dans l'ordre international un grave conflit de qualification au sujet du mariage des Alsaciens-Lorrains en Belgique. L'Etat allemand prétendit faire annuler ces mariages, parce qu'ils avaient été passés contrairement aux lois militaires allemandes, par des insoumis, et sans autorisation des supérieurs hiérarchiques. La loi nationale des parties exigeait l'autorisation des supérieurs militaires. La France plaida devant les tribunaux belges qu'il s'agissait là d'une autorisation de droit public et non pas d'une autorisation de droit privé; que lorsque l'article 1 de la convention de La Haye pose la règle que le droit de contracter mariage est réglé par la loi nationale, elle n'avait pas visé, par ces expressions, les autorisations de droit public mais les règles de droit privé. Au contraire, les autorités allemandes prétendant que par cette expression "le droit de contracter mariage", on avait visé aussi bien les règles de droit public que les règles de droit privé, on était dans le cadre du conflit de qualification. Cela aboutit à la dénonciation par la France de la convention de La Haye. On voit qu'une règle de rattachement identique peut être acceptée par deux pays, mais que l'interprétation de cette règle et la qualification donnée au rapport juridique en présence de cette règle peut conduire à des conflits, et c'est là véritablement le conflit de qualifications. C'est un conflit né, non pas comme souvent de la divergence des règles de rattachement, mais de la divergence entre la manière dont les pays respectivement appliquent ces règles de rattachement. C'est une divergence d'application.

Loi compétente pour trancher le conflit de qualification.

Voilà le problème du conflit de qualification. Voici maintenant l'examen de la solution, car comme pour le renvoi il y a une solution. Quelle est-elle et que vaut-elle ? La question est donc la suivante : en présence de conflits de qualification, comment les résout-on ? et, plus spécialement, quelle est la loi compétente pour trancher la question de qualification?

Solution traditionnelle; compétence de la lex fori fondée sur l'impératif territorial de la qualification.

D'après M. Bartin et, dit-on, d'après la jurisprudence française, c'est la lex fori qui se trouve être qualifiée pour trancher la question de qualification. En France ce serait donc la loi française qui aurait compétence pour régler la qualification. Le juge n'a pas à aller rechercher dans les lois étrangères la qualification des rapports de droit, pour lesquels il s'agit de déterminer la loi compétente. C'est la solution traditionnelle. Déjà dans l'ancien droit, on retrouve des arrêts dans les conflits de coutume, notamment un

Source : BIU Cujas

arrêt de la Cour de Rouen de 1610, où la question de l'interdiction de tester moins de 3 mois avant la mort, qui figurait dans la coutume de Normandie, avait donné lieu précisément à Rouen à l'application de la lex fori à l'exclusion de la loi de la coutume de Paris, qui ne comportait pas cette disposition. La plupart des auteurs français se rangent à cette solution : Pillet, Valéry, etc....

Par quel argument justifie-t-on cette solution? L'argument donné par M. Bartin est le même exactement que celui que l'on a rencontré en matière de renvoi. Il se tire de la souveraineté nationale. Les règles de conflit sont des règles éminemment nationales. Le juge ne peut demander la qualification qu'à sa propre loi, à la loi sous laquelle il rend la justice, écrit M. Bartin, § 86 de ses Principes, tome 1. p. 227. Voici la forme sous laquelle il le démontre : "la question de savoir si telle ou telle règle dépend ou ne dépend pas du statut personnel, que l'Etat accepte ainsi de soumettre à la loi étrangère, qu'est-ce autre chose que la question même de savoir s'il entend se réserver la maîtrise de cette règle ou l'abandonner à la loi étrangère ? L'impératif territorial de la qualification, c'est l'autonomie législative de l'Etat, c'est-à-dire le principe même de la solution des conflits de lois".

Argument psychologique et argument logique.

A côté de cet argument fondamental, d'autres auteurs ont, à l'appui de la solution de la lex fori, apporté d'autres arguments. M. Lerebours-Pigeonnière, (Précis N° 253) adoptant la solution de M. Bartin y ajoute un argument d'ordre psychologique. La formation intellectuelle du juriste dans chaque pays conduit nécessairement à l'acceptation de la qualification de ce pays. On ne concevrait pas que le juriste change de mentalité en examinant la question des conflits de lois. M. Arminjon dans son Précis, T. 1. N° 62), ajoute un argument de logique. Est-il admissible que le juge d'un pays soit obligé de considérer le même rapport de droit tantôt comme de régime matrimonial, tantôt comme de droit successoral, le même bien tantôt comme un meuble, tantôt comme un immeuble, suivant que les dispositions positives de sa loi ou celles d'un autre système juridique sont applicables ? En effet, il y a des contradictions à appliquer à un même rapport ou à un même bien, tantôt une qualification, tantôt une autre, suivant que c'est une loi ou une autre qui est applicable : tel est l'argument de logique.

ojection de la mpétence de la x fori notam-

Cependant cette solution a été contestée. Elle a été en particulier combattue dès l'origine par Despagnet dans l'article du Clunet de 1898. Despagnet

Source : BIU Cujas

ment pour la qualification d'une institution étrangère qu'elle ne connaît pas.

a contesté la validité de l'argument tiré de la souveraineté. Il n'a pas eu de peine à démontrer que si l'on pousse jusqu'au bout cette notion de souveraineté c'est la négation même du D.I.P., puisque par là on dira que la loi étrangère est un envahissement sur la loi française. Il n'y aura donc dans chaque pays que l'application de la loi nationale. De même en ce qui concerne la lex fori. Appliquer indistinctement la lex fori aboutit de la même manière et par le même raisonnement à exclure l'application de la loi étrangère. Enfin et surtout Despagnet insistait sur la difficulté que peut présenter la qualification en présence d'institutions inconnues d'un droit déterminé. Par exemple, disait-il, comment l'institution du douaire, qui existe encore dans certains pays et qui a disparu du droit français avec la Révolution, va-t-elle être appréciée en France ? On ne peut pas lui donner de qualification actuellement française, puisque l'institution n'existe pas dans notre pays. On pourrait ajouter le même raisonnement en ce qui concerne la grande institution anglaise et anglo-américaine des trust er des trustees, institution générale chez les peuples anglo-saxons, qui ne possède pas de correspondant dans notre droit français. Comment imaginer une institution française de l'institution des trust et trustees ? L'opinion de Despagnet n'a pourtant point prévalu. Elle aboutissait dans beaucoup de cas à une exagération de l'application de la loi étrangère.

Cependant, M. Bartin lui-même a tenu compte dans une certaine mesure des observations présentées par Despagnet, et, dans son Précis au tome Ier, p. 231; § 87 il a, revenant sur son opinion antérieure, admis un tempérament très important, tempérament qui est également accepté par M. Lerebours-Pigeonnière (Précis N° 254). Ce tempérament est le suivant :"Lorsque par la qualification de l'institution sur laquelle on raisonne, cette institution dépend par la lex fori d'une loi étrangère, cela signifie que la souveraineté de l'Etat, dont relève le juge, se désintéresse par là même de ses définitions et les abandonne à la loi étrangère". Par exemple, voici une question de capacité de personne qui se pose. La lex fori en France s'en remet à la loi nationale de l'étranger. D'après M. Bartin, c'est cette loi nationale qui gouvernerait aussi la qualification. Le tempérament est important. Il est même si important qu'il pourrait arriver à des solutions très curieuses, et dans l'espèce de la Cour de Paris, dans l'arrêt du 9 février 1931, voici à quoi conduirait le tempérament de M. Bartin. La loi française de par sa qualification admet la solution

Source : BIU Cujas

allemande, car c'est la lex rei sitae qui s'applique, et l'immeuble était situé en Allemagne. Donc c'est la loi allemande qui va régir à la fois la solution du conflit de lois et la qualification. Mais la qualification allemande est une qualification de capacité, et par conséquent de par la loi allemande ce serait la loi nationale, c'est-à-dire la loi française qui serait applicable. En vertu alors du tempérament de M. Bartin, on serait en présence d'un renvoi nouveau, d'un renvoi de caractère nouveau, de ce que l'on pourrait appeler le renvoi de qualification. C'est là une conséquence extrêmement intéressante et très curieuse du tempérament admis par un auteur qui en général est assez intransigeant, et qui aboutit à instaurer dans sa propre doctrine l'institution du renvoi, qu'il repousse à quelques pages de distance. Telles sont les solutions en présence dans la doctrine.

IL me reste pour finir à dire la position prise par la jurisprudence française dans cette difficile question.

Incertitudes de la jurisprudence française.

En général on présente la jurisprudence française comme en faveur de la lex fori, notamment sur la vieille décision du 16 Janvier I836 (S. I836. 2. p. 70) Cour de Paris, à propos de la succession du Duc de Brunswick, réfugié politique qui avait vu ses biens confisqués. Cette confiscation a été qualifiée par les tribunaux français de mesure politique, et non pas de mesure civile , et a permis de déférer la succession sous des formes différentes de ce qu'elles auraient été, si l'on avait appliqué la loi nationale. On a appliqué la lex fori, la loi française. Mais on est obligé de remarquer que des décisions importantes de la jurisprudence française ont fait souvent prévaloir la qualification étrangère sur la qualification française, notamment dans un arrêt à propos du divorce et de l'ordre public, l'arrêt sur le divorce de certains sujets russes, l'arrêt Levinçon, 29 mai I905 (S. I906. I. p. I6I). Comme le montre très bien M. Bartin, qui a longuement raisonné sur cet exemple, la jurisprudence française a admis en cette matière la qualification russe par opposition et par préférence à la qualification française. Les conditions confessionnelles du mariage ont été qualifiées conditions de fond du mariage, alors que la qualification française aurait conduit à les considérer comme des formes de procédure. La même question s'est posée à propos du divorce des canadiens en France. (Cour de Douai 29 Juin I924 S. I924. 2. p. II3).

Sur cette difficile question il y a donc lieu de retenir l'opinion à peu près unanime de la doctrine française, et partielle de la jurisprudence, en faveur

Source : BIU Cujas

de la lex fori. La question des qualifications se pose à l'étranger comme en France. La question de la qualification elle-même se présente dans tout conflit de lois, mais elle se présente plus rarement sous la forme de conflit de qualification, et précisément comme l'a montré l'auteur belge, le Vicomte Poullet, souvent même on exagère les conflits de qualification. Ils sont beaucoup plus rares qu'on ne le croit, mais il suffit qu'ils se présentent pour que le juriste soit obligé de les trancher.

§ 3 - Les Conventions entre Etats et la coopération internationale en matière de conflits de lois.

Pour terminer l'étude des conflits de lois, voici un aperçu sur les solutions de caractère international auxquelles on a songé pour remédier aux conséquences fâcheuses de la divergence entre les règles de rattachement admises respectivement par des pays divers. Ces moyens sont d'ordre assez différents. On a d'abord songé à des conventions entre Etats, et d'autre part on a pu envisager à défaut de convention entre Etats des formes différentes de coopération internationale.

1-Conventions: A-Conventions bilatérales.

Dans l'ordre des conventions entre Etats, il faut distinguer les conventions bilatérales et les conventions générales. C'est là deux catégories, que l'on retrouve à propos de l'étude de la condition des étrangers de la nationalité, et également pour l'étude des conflits de lois. Les conventions bilatérales sont des conventions entre deux pays, les conventions générales sont des conventions entre plusieurs pays avec des objets différents.

Les conventions bilatérales sont très nombreuses (Recueil de Textes usuels de Droit International, notamment Recueil de MM. Niboyet et Goulé). La France elle, n'a point passé beaucoup de conventions de ce genre. Ce sont surtout d'autres pays, des pays de l'Europe centrale, notamment l'Allemagne, qui ont passé dans cette matière les conventions demeurées classiques. La France a passé avec deux pays voisins La Belgique et la Suisse, des conventions, qui visent surtout la procédure, la compétence judiciaire et l'exécution des jugements. Telles sont la convention du 15 Juin 1889 entre la France et la Suisse sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements en matière civile, et la convention du 8 JUillet 18 entre la France et la Belgique, sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions judiciaire

Source : BIU Cujas

sentences arbitrales et actes authentiques. Ces deux conventions, qui visent plus particulièrement la procédure, ont cependant le mérite de contenir un certain nombre de dispositions concernant les conflits de lois. La convention franco-belge vise certains conflits de lois en matière de faillite, et la convention franco-helvétique contient certaines règles sur des conflits de lois en matière successorale (article 5 alinéa 2); en matière de tutelle des mineurs et des interdits (article 1o).

Sans doute, à l'heure actuelle, les conférences internationales, notamment à La Haye, ont de plus en plus tenté d'encourager les pays à passer des conventions entre eux (Projet de convention adopté à La Haye, I928. Recueil de MM. Niboyet et Goulé tome II. p. 458). Mais il ne semble pas que les divers Etats s'engagent avec beaucoup d'entrain dans la voie des conventions bilatérales.

B-Conventions générales.

Les conventions générales sont susceptibles d'être groupées en deux catégories : les conventions à objet spécialisé, et les conventions à objets multiples.

I°)Conventions à objet spécialisé-1930, en matière de lettre de change.

Les conventions à objet spécialisé ont pour type les "unions", telles que les unions sur la propriété intellectuelle. A l'heure qu'il est un modèle de convention de ce genre peut être trouvé dans la récente convention numéro 2 du 7 Juin I930 réglementant les conflits de lois en matière de lettre de change et de billet à ordre. Le même jour 3 conventions avaient été adoptées : la première au droit de timbre; la convention numéro 2 vise les conflits de lois, à la différence de la convention similaire du 19 Mars I93I qui ne porte que sur l'uniformisation de la législation et qui ne vise pas les conflits de lois. Ces conventions d'ailleurs ne sont point encore ratifiées par tous les Etats intéressés. (Recueil de MM. Niboyet et Goulé).

2°) Conventions à objets multiples.

Les conventions à objets multiples méritent au contraire que l'on s'y attache un peu plus longtemps, car c'est là que l'on rencontre tout d'abord les célèbres conventions de D.I.P. de La Haye, qui sont au nombre de 6 . (Répertoire de Droit International de MM. La Pradelle et Niboyet, notamment au tome IV, V° Traité de D.I.P. de La Haye). Ces conventions sont actuellement en vigueur. Il faut marquer doctrinalement, en effet, la différence entre les conférences et les traités. La conférence est dans le Recueil des travaux préparatoires, les traités dans le commentaire des textes adoptés. Ces textes se trouvent dans les Textes

Source : BIU Cujas

de MM. Nibcyet et Goulé, tome 2, pp. I43 à I63.

Les conventions de La Haye de I896 (I905) et de I902.

La première de ces conventions, aujourd'hui abrogée, avait été passée le 14 novembre I896, et avait pour objet de régler des matières toujours plus faciles à régler que les autres quelques points de D.I.P. en matière de procédure civile. Cette convention à l'heure actuelle a été remplacée par une autre convention du 17 Juillet I905. En outre, ont été passées, et sont actuellement en vigueur, nous allons voir dans quelle mesure, les cinq autres conventions suivantes : d'une part 3 conventions du 12 Juin I902 pour régler les conflits de lois en matière I°) de mariage, 2°) de divorce et séparation de corps, 3°) de tutelle des mineurs. Deux autres conventions sont du 17 Juillet I905 visant l'une les effets du mariage sur les droits et devoirs des époux dans leurs rapports personnels et sur leurs biens, et l'autre sur l'interdiction et les mesures de protection analogues, mesures telles que le conseil judiciaire en France. Il y a donc eu ces 5 conventions, plus celle sur la réforme de la procédure civile.

Depuis lors, et notamment depuis 1925, la conférence de La Haye a continué à tenir des assises périodiques. Elle a rédigé un certain nombre de projets de convention, mais qui jusqu'alors n'ont pas encore abouti pour une raison que nous allons voir.

de ces conventions (sauf celles syr la procédure) par la France.

L'intérêt présenté par les conventions de D.I.P. de La Haye en France à l'heure actuelle n'est pour ainsi dire plus que documentaire, car la France, sauf pour une de ces conventions - la convention sur la procédure qui est encore en vigueur en France - s'est dégagée des conventions de La Haye, et les a dénoncées à propos de la question de qualification.

L'article ler de la première convention, celle sur le mariage, posait pour règle que la loi nationale devait être celle qui réglerait le droit de contracter mariage. C'est sur les mots, "le droit de contracter mariage", que s'est élevé, entre la France et l'Allemagne, un conflit d'interprétation, de qualification. La France prétendait qu'il ne s'agissait que de règles du droit privé, que ces conventions n'étaient que des conventions de droit privé, tandis qu'au contraire l'Allemagne soutenait que par ces termes très généraux, "le droit de contracter mariage", on visait toutes les conditions du mariage, tout le statut d'autorisation du mariage, y compris l'autorisation des supérieurs hiérarchiques militaires, s'il s'agissait d'insoumis. La Cour de Cassation belge saisie d'une affaire de ce genre le 11 Juin 1914 se prononça contre la qualification française et en faveur de la thèse allemande. Mais entre temps, au cours

Source : BIU Cujas

de la procédure, dès le jugement du Tribunal civil de Bruxelles du 2I Juin I9I3, la France dénonça la convention, ou plutôt les trois conventions de I902, le I2 novembre I9I3, et au cours de la guerre, le 5 Décembre I9I6 la France dénonça les deux conventions de I905. Il ne reste donc plus dans les conventions de la Haye que la convention sur la procédure qui lie la France.

La Belgique de son côté, le 30 octobre I9I8 dénonça les conventions. Il en résulte donc que ces conventions ne lient plus tous les Etats qui les avaient conclues.

D'autre part, il faut noter encore que ces conventions ont été affectées par le traité de Versailles, notamment par les articles 282 et 287, qui en ont limité la portée.

Cause d'échec de ces conventions à raison de la part trop grande faite par elles à la loi nationale.

Enfin et surtout ce qu'il faut remarquer, c'est que ces conventions étaient dès l'origine par leur conception initiale vouées, dans une certaine mesure, à l'échec. En effet le mouvement des conférences de La Haye remonte et se rattache au grand mouvement doctrinal de l'école de Mancini. En I873 pour développer la théorie de la loi nationale et ses applications dans le domaine pratique des règles de rattachement, Mancini et ses disciples avaient préconisé des conférences internationales. Le jurisconsulte hollandais Asser se fit le propagandiste de cette idée et c'est lui qui fit réunir les conférences et les conventions de La Haye. Elles se sont réunies et elles se sont développées pour tâcher d'imposer, autant qu'il était possible, dans les relations internationales, le principe de la loi nationale, et c'est ce qui dès le début a écarté, et écarta presque définitivement, les pays anglo-saxons En I894 l'Angleterre déclina l'invitation qui lui était faite d'assister aux conférences, de prendre part aux discussions et de souscrire aux conventions. Les Anglais prétendaient que, en ce qui concerne le statut personnel, -ce sont les chiffres qui furent donnés à l'époque - il y avait 500.000.000 d'individus, dont le statut personnel était réglé par la loi du domicile, qui avait d'ailleurs pour elle la force de la tradition, tandis qu'au contraire la loi nationale ne pouvait réclamer que 450.000.000 de ressortissants. Quoi qu'il en soit de cette statistique, les anglo-saxons se sont abstenus de figurer dans les conférences de La Haye et de signer les conventions. Les Anglais sont revenus sur invitation spéciale en I925 pour discuter dans les conférences de La Haye les questions relatives à la faillite , mais ils n'ont pas persévéré dans le dessein de prendre part aux discussions. Ils se sont abstenus et ne sont plus revenus

Source : BIU Cujas

Nécessité pour une réglementation internationale de s'abstenir de toute une systématique.

En réalité, et ceci est précisément la conséquence et la conclusion que l'on doit tirer en premier lieu de cette histoire des conventions, c'est une erreur d'employer l'action internationale et la méthode internationale de la convention pour des fins à la fois systématiques et exclusives. Se servir de ces assises toujours délicates et difficiles à organiser, à réunir et à faire réussir, pour tâcher d'assurer le triomphe peut-être momentané d'une école, sur l'autre, d'un système sur l'autre, est une méthode à condamner. A l'heure qu'il est les fameuses conférences de D.I.P. de La Haye ne sont plus en vigueur qu'entre un nombre très restreint de pays; les Pays-Bas - le pays où les conférences ont vu le jour - l'Allemagne et l'Italie, très attachés à la loi nationale. D'autres pays s'en sont écartés. Deux Etats nouveaux, nés du traité de Versailles au contraire y ont donné leur adhésion. La France se réserve encore.

Mais les conférences et les conventions de La Haye ne sont pas les seules réunions et traités internationaux qui, dans le domaine des conflits de lois, aient réglementé et réglementent d'une manière générale et pour des objets multiples les rapports d'un grand nombre de pays. On doit au contraire signaler dès à présent une entreprise qui, elle, a réussi pleinement. Ce n'est pas une entreprise qui concerne le continent européen, c'est une entreprise qui concerne le continent Américain. Un code de D.I.P. visant toute la matière des conflits de lois, et comprenant 437 articles c'est-à-dire un code complet, a été voté et adopté en 1928 par un grand nombre d'Etats de l'Amérique. C'est le 20 Février 1928 que, à la 6ème conférence pan-américaine, à La Havane, a été adopté ce code de D.I.P., qui par décision de la conférence porte le nom de son principal rédacteur, le professeur de Bustamante, professeur de D.I.P. privé et public à la Faculté de droit de Cuba et juge à la Cour permanente de Justice internationale. Ce code, qui contient un titre préliminaire en 8 articles et 3 livres, comprend non seulement les conflits de droits civil pur, international (art. 9 à 237), mais aussi les conflits en matière de droit commercial international, (art. 232 à 295) et les questions de conflit de droit pénal international, (art. 296 à 437). Ce code est précédé d'un titre préliminaire extrêmement intéressant contenant des principes généraux, notamment l'article 3 qui a adopté une base systématique comme fondement de la codification, ce qui peut être critiqué, mais d'autre part l'article 6 sur les qualifications, notamment la compétence et la lex fori, l'article 7 sur le statut personnel, qui contient une solution très habile laissant le choix

Le Code Bustamante.

Source : BIU Cujas

entre la loi nationale et la loi du domicile, l'article 8 sur les droits acquis qui sont les plus intéressants et dont l'étude mérite d'être approfondie.

II-La coopération internationale judiciaire ou doctrinale.

Telles sont dans l'ordre conventionnel les tentatives qui ont été faites entre Etats.

Mais il ne faudrait pas croire que les conventions soient l'unique instrument par lequel puisse s'exercer en vue d'atténuer les difficultés soulevées par la matière des conflits de lois la coopération internationale. Celle-ci peut se réaliser sous d'autres formes, par d'autres moyens et en vertu d'autres conceptions. Pour terminer, on peut en signaler deux : la coopération judiciaire et la coopération doctrinale profesionnelle.

La coopération judiciaire est susceptible d'être conçue sous trois modalités. On pourrait d'abord concevoir que la matière toute entière du droit international privé soit confiée à une cour unique; en l'espèce, par exemple, la Cour permanente de Justice Internationale de La Haye, pourrait être reconnue comme Cour de Cassation supérieurs en matière de conflits de lois. Dans cet ordre d'idée pour réaliser cette pensée assez audacieuse il faut le reconnaître- une proposition a été faite à la session des conférences de La Haye de 1928 à l'effet de confier à la Cour de La Haye la connaissance de l'interprétation des conventions, et non pas de toute la matière du conflit de lois. Cette proposition a été introduite par l'Etat le plus diligent. Sur ce point un projet fut présenté par le gouvernement néerlandais et adopté sous forme de protocole à la conférence en vue d'une convention en projet. (Textes. Niboyet et Goulé. Tome 2 p. 458).

-Les 3 modalités de coopération judiciaire.

*) le système d'une cour unique pour les questions de D.I

Des objections ont été faites à cette proposition objections tirées tout d'abord de l'indépendance des cours de Cassation nationales, qui ne se verraient pas sans résistance dépossédées du droit souverain de trancher les questions juridiques et n'accepteraient pas sans répugnance la suprématie d'une Cour Internationale. D'autre part, on a fait remarquer la précarité des jugements rendus en pareille matière, la relativité de la chose jugée. Il faudrait donner au cas jugé une valeur absolue d'autorité. Enfin, la convention projetée est délimitée à la seule interprétation des conventions conclues, c'est-à-dire à un champ extrêmement restreint dans le domaine des conflits de lois.

Telle est la première modalité envisagée pour réaliser par cette conception la coopération judiciaire.

*)Attribution

Une autre suggestion fort intéressante a été faite, c'est celle qui consisterait à créer pour connaître les conflits de loi des juridictions interna-

Source : BIU Cujas

les spéciales, imitées des juridictions créées pour le conflits nés du traité de Versailles, de ce qu'on a appelé les traités arbitraux mixtes, ayant à leur tête comme supérieur hiérarchique dans leur interprétation la Cour permanente de Justice de La Haye. C'est une conception hardie consistant à déposséder de tous les procès, en matière de conflits de lois, les tribunaux nationaux de tous les pays, pour les confier à des juridictions mixtes spéciales internationales jugeant sur le territoire de chacun des pays. La formule s'exprime sous l'aspect d'un adage assez bref : au litige international, il faut un juge international. Cette conception a été particulièrement développée dans les milieux juridiques de France et de Belgique, et à la suite d'un projet de résolution voté en France par la Chambre des Députés le 30 Juin 1930 des négociations se sont ouvertes entre le gouvernement français et le gouvernement belge. Une commission préparatoire a été réunie, chargée de rechercher les conditions de l'élaboration d'une convention bilatérale, instituant entre la France et la Belgique pour leurs rapports un Tribunal arbitral mixte franco-belge de Droit privé. Les Chancelleries ont négocié. La commission préparatoire a rédigé un projet de convention, et à l'heure qu'il est les ministères intéressés échangent leurs impressions sur la possibilité de faire ratifier par les procédures nationales le projet rédigé par la commission préparatoire. C'est là une conception extrêmement audacieuse. Elle a séduit cependant un très grand nombre. Sans doute des résistances sont à prévoir. On a objecté à la constitution d'un Tribunal de ce genre une difficulté fondamentale. Quelle loi, a-t-on dit, appliqueront ces tribunaux mixtes ? La réponse a été simple. Ils appliqueront les principes généraux de la coutume internationale en matière de conflits de lois, et ce sont peut-être précisément des tribunaux de ce genre qui unifieront la coutume et la développeront. Il y a là une vue d'avenir qui est audacieuse, et qui pourrait très certainement aboutir, peut-être avec beaucoup plus d'efficacité que les conventions internationales.

de la loi applicable par les tribunaux mixtes.

Une troisième modalité de la conception de la coopération judiciaire, que je ne signale qu'à titre de mémoire, car elle n'a pas eu grand succès; la loi d'Angleterre de 1861, loi sur l'établissement du droit étranger, avait permis au gouvernement anglais de passer des conventions avec des pays étrangers, notamment avec la France, pour permettre de soumettre des litiges, intéressant la loi de chacun des pays au pays dont la loi était applicable. Cette solution sans doute ne supprime pas le conflit de lois, mais elle aurait eu,

3°) conventions attribuant la connaissance des conflits aux tribunaux du pays dont la loi est applicable.

Source : BIU Cujas

si elle avait prévalu, des chances de les atténuer et de conduire à une unification de règles de rattachement. Cette conception à mon sens n'appartient guère qu'à l'histoire. Ce sont les deux autres modalités; qui me paraissent, dans l'ordre des coopérations judiciaires, avoir le plus de chance de trouver quelques réalisations.

B-La coopération doctrinale.

Est-ce dans la voie d'une autre conception de coopération internationale, la coopération doctrinale professionnelle, que l'on peut entrevoir le retour à la coutume internationale; à l'unification des règles de rattachement, tout au moins à l'atténuation de l'acuité des conflits de lois ? Coopération doctrinale professionnelle, qu'est-ce à dire ? Cela veut dire entente entre les spécialistes, entre les juristes qui dans chaque pays s'adonnent professionnellement au D.I.P. et à la solution des conflits de lois, entente pour se mettre d'accord sur un certain nombre de principes à faire prévaloir dans leur pays respectif. Pour aboutir à une solution de ce genre, il faut un organisme et une méthode. Un exemple de réussite d'une opération de ce genre nous est donné récemment par l'oeuvre entreprise en cette matière par une grande association des Etats-Unis, l'American Law Institute, l'Institut de Droit américain, qui a pris l'initiative dans certaines matières de tâcher de réaliser, dans les Etats-Unis d'Amérique morcelés en un grand nombre de législations d'Etat, l'unification des règles de conflit de lois, règles dont l'unification est particulièrement urgente, puisque chaque Etat dans les Etats Unis d'Amérique a sur la plus grande partie des matières, et notamment du droit privé, la connaissance exclusive et la législation souveraine. A cet effet l'American law Institute a procédé suivant une méthode extrêmement curieuse, la méthode dite du " restatement ", du rétablissement. C'est une série de recommandations faites aux tribunaux, aux juges, pour pouvoir réaliser par la voie de la jurisprudence, par la voie des décisions judiciaires, les recommandations du corps des juristes spécialistes. C'est ainsi qu'a été rédigé pour les conflits de lois le restatement en matière de conflits de lois, conflict of laws(Wigny agrégé de Faculté de Droit en Belgique. M. Wigny, Essai sur le D.I.P. américain. Sirey 1932, donne le développement et le commentaire du restatement, le renvoi, les qualifications et toute la juridiction internationale)

La méthode du restatement aux Etats-Unis.

Grâce peut-être aux précédents du code Bustamante et grâce aussi aux nombreux organismes, qui se développent dans la profession juridique dans l'ordre international, c'est peut-être et surtout dans cette

Source : BIU Cujas

voie que doivent s'orienter les efforts des juristes du D.I.P. C'est par un " restatement", s'inspirant du code Bustamante, sinon complètement, que l'on pourra relier la chaîne de la tradition avec la coutume internationale en matière de conflits de lois et en terminer avec ces conflits, non pas pour les faire disparaître, car la divergence entre les législations se perpétuera dans le domaine des droits de famille, du moins dans le droit des affaires, et étant donné ces divergences, pour se mettre d'accord sur la solution des conflits, pour supprimer non pas les divergences des lois, mais les conflits de lois, en se mettant d'accord sur une solution utile. Telle est la vue d'avenir que l'on peut sans trop grande ambition donner comme conclusion à cette étude du conflit des lois.

Source : BIU Cujas

2ème Partie.

LA CONDITION CIVILE DES ETRANGERS

Définition de la condition civile des étrangers.

Précisons d'abord en quoi consiste la question. On s'entend généralement en France dans les livres de D.I.P. à traiter sous ce titre, la condition des étrangers, ou la condition civile des étrangers, une matière complexe dont l'objet peut se définir ainsi : " la détermination de la mesure dans laquelle les ressortissants d'un pays ont, dans un autre pays, au point de vue du droit privé, la jouissance des droits dont jouissent les nationaux de ce dernier pays". Par exemple, la condition civile des étrangers en France, c'est la détermination de la mesure dans laquelle les étrangers ont au point de vue du droit privé en France la jouissance des droits dont jouissent les Français.

Examen de la condition des étrangers au seul point de vue du droit privé.

Dans cette définition, il faut relever tout d'abord qu'il ne s'agit que du point de vue du droit privé, ce qui exclut l'étude de la condition des étrangers à un point de vue un peu différent, par exemple au point de vue du droit constitutionnel, des droits politiques et des libertés publiques, notamment la liberté du commerce et de l'industrie. Sont exclus aussi du point de vue administratif, l'admission, séjour, sortie, libre ou par voie d'expulsion. Ce sont là des points très importants du statut de l'étranger en France, qui relèvent du droit administratif. Enfin au point de vue du droit pénal, la matière très importante de l'extradition des étrangers, qu'il ne faut pas confondre avec l'expulsion, est également exclue de la condition civile. Sans doute beaucoup de livres de D.I.P. consacrent tout au moins des résumés à ces diverses questions afin de montrer par ses traits caractéristiques l'intérêt de la distinction, entre la qualité de national, la qualité de française par exemple, et la condition des étrangers. Mais à part cette condition ainsi envisagée dans son ensemble, le statut de l'étranger outre passe les limites que l'on s'assigne en général dans les livres et cours de D.I.P. Nous nous bornerons à l'étude du point de vue du droit privé strictement.

Examen de la question au seul point de vue de la jouissance et non de l'exercice des

En second lieu, dans la définition, il est à observer que l'on vise dans la condition civile des étrangers la jouissance des droits, et non pas l'exercice des droits. On exprime par cette différence une distinction entre des mots et une distinction entre des choses. On distingue la condition des étrangers du

Source : BIU Cujas

droits. Distinction avec la question de conflits de lois

conflit des lois. La condition des étrangers répond à la question de jouissance des droits. L'étranger a-t-il la jouissance de tel droit déterminé. Par exemple l'étranger a-t-il en France, en Angleterre, le droit d'accéder à la propriété immobilière ? Peut-il posséder une parcelle du sol national ? L'interdiction pour un étranger de posséder du terrain a subsisté pendant très longtemps en Angleterre; il y a eu un projet de loi en France pendant la guerre et au lendemain de la guerre, pour réglementer cette question. Voilà une question de jouissance de droit. Le conflit de lois répond au contraire à une question qui vise l'exercice du droit. Quelle loi réglemente l'exercice d'un droit déterminé, du droit de propriété par exemple ? Quelle sera la loi appelée à trancher la question de la succession immobilière ? Sera-ce la loi territoriale, lex rei sitae, solution française ? Sera-ce la loi nationale du défunt solution italienne ? Voilà une question d'exercice du droit, et non pas de jouissance du droit.

Telle est la distinction que les mots tendent à faire prévaloir dans l'ordre de la méthode d'étude du D.I.P. Cependant - on s'est demandé si la place occupée par cette question de la condition civile des étrangers et l'autonomie de cette matière par rapport aux conflits de lois repose sur des fondements scientifiques extrêmement solides. C'est ainsi par exemple que la question de la condition des étrangers a toujours été présentée comme une question préjudicielle à celle des conflits de lois, la question de la jouissance se posant avant celle de l'exercice du droit. Il n'en reste pas moins que certains auteurs, notamment André Weiss, tout en conservant l'ordre consacré, qui consistait à étudier la condition civile avant les conflits de lois, a fait remarquer dans la dernière édition de son Manuel, p. 251, que cependant dans une certaine mesure la question de la condition civile des étrangers est dominée par celle des conflits de lois. Voici en effet pourquoi. Il ne peut s'agit, comme le fait observer très justement Weiss, de conférer à des étrangers des droits, dont ils ne jouiraient pas dans leur propre pays. Il faut ajouter à la définition donnée de la matière de la condition civile des étrangers : la détermination de la mesure dans laquelle ces étrangers dans un pays, autre que le leur, ont la jouissance des droits, " dont ils jouissent déjà dans leur propre pays", car comme le dit Weiss, il n'appartient pas à la loi française d'attribuer à l'étranger des droits privés, que sa loi personnelle lui refuse, ou même qu'elle ignore. Par exemple, un Italien en France ne pourra, s'il conserve la nationalité Italienne, et son conjoint également, solliciter des tri-

Lien existant entre les deux matières.

Source : BIU Cujas

bunaux français le divorce en demandant la jouissance du droit au divorce, puisque la loi italienne ne connaît pas le divorce et refuse le divorce. Par conséquent on voit par cet exemple et par cette observation que ce n'est peut-être pas la matière de la condition des étrangers, qui est préjudicielle à celle du conflit des lois, ce serait beaucoup plutôt le contraire. La matière de la condition des étrangers est dominée par les principes du conflits des lois, et notamment par les règles en matière de statut personnel. L'ordre inverse se justifie pleinement.

Au surplus, il ne faut pas trop approfondir. Il ne faut pas trop dire que la condition des étrangers et le conflit des lois sont deux matières absolument différentes, car en creusant bien on aperçoit dans la question de la condition des étrangers un conflit des lois, le conflit de lois portant non pas sur l'exercice, mais sur la jouissance. On se demande simplement quelle est la loi qui statue sur la jouissance des droits, si c'est la loi du territoire où habite momentanément l'étranger, ou sa loi nationale. Voilà, il me semble, une manière d'approfondir la question qui laisse et permet de laisser de côté cette controverse.

Remarquons simplement la raison pour laquelle la condition civile des étrangers fait figure de chapitre dans l'ordre international privé. C'est qu'il y a en France un groupe de textes figurant dans le code civil, qui est un peu noyé parmi les textes relatifs à la nationalité. Et de même que la nationalité s'est trouvée englobée dans l'ensemble du cours qui a pour objet le D.I.P., de même on a réuni aussi l'étude de la condition des étrangers et des conflits de lois.

Importance de la question.

Ceci dit sur l'objet de notre étude, voyons maintenant en quoi exactement consiste son intérêt. Cette matière a donné naissance à un très grand nombre de questions. Ces questions pendant un certain temps n'ont pas paru d'une actualité aussi grande que celle du conflit des lois ou de la nationalité; le conflit des lois, dont les espèces se présentent quotidiennement devant les tribunaux, la nationalité, qui a donné lieu à une loi toute récente en France, et à un très grand nombre de lois à l'étranger. Cependant, dans cette matière, au cours des dernières années la question a été replacée au premier plan de l'actualité, non pas seulement à raison du mouvement très important de population d'émigration et d'immigration, de transplantation de population, mais aussi à raison de certaines lois qui ont fait aux étrangers, ou voulu faire aux étrangers une situation particulière. Il en a été ainsi notamment en France de la loi dite sur

Source : BIU Cujas

la propriété commerciale, la loi du 30 Juin 1926 sur le renouvellement des baux à loyer d'immeuble ou de locaux à usage commercial ou industriel. Sur cette loi comme sur la loi sur les loyers civils se sont présentées de graves questions d'interprétation. Les tribunaux, le tribunal supérieur de Cassation en matière de loyers, la Cour de Cassation, ont eu à se prononcer sur des espèces, qui ont donné lieu à un très grand nombre de discussions, non seulement chez les professionnels, mais aussi dans la presse périodique, dans le monde diplomatique, donnant lieu à des échanges de notes, remettant la question de la condition des étrangers au premier plan.

D'autre part, s'est tenue à Paris en 1929 une conférence internationale sur le traitement des étrangers. On espérait par les travaux préparatoires de cette conférence qu'on aboutirait à une convention. La convention n'a pas été signée. Des projets ont été envoyés à titre de simple documentation. La conférence a attiré l'attention pendant un mois à Paris, mais il n'en a pas fallu plus pour remettre au premier plan la question de la condition des étrangers. Cette question dans le droit français trouve sa base dans le code civil, article 11 notamment et quelques autres articles, qui l'ont complété. Des textes ultérieurs sont venus compléter le code. La jurisprudence, la doctrine ont eu ainsi encore à faire oeuvre complémentaire.

Importance de la question à l'heure actuelle en France.

Avant d'en venir à l'examen des textes et de la doctrine et de la jurisprudence, pour fixer les idées je voudrais donner quelques chiffres empruntés à la statistique de la population, afin de montrer l'importance du problème de la condition des étrangers. Nous allons la retrouver prochainement à propos de la nationalité, et nous verrons que c'est précisément l'accroissement de la population étrangère en France qui a été le facteur prédominant dans l'évolution de nos lois sur la nationalité. En ce qui concerne la condition des étrangers, il suffit de connaître la proportion. Le dernier recensement de la population en France a eu lieu le 8 mars 1931. (Rapport du Ministre de l'Intérieur dans le Journal Officiel, 26-27 Décembre 1931, p. 13-160). Il résulte en chiffre rond de cette statistique que la population de la France est d'environ 42.000.000 d'habitants. Il y a environ 39.000.000 de Français et 3.000.000 d'étrangers. Les chiffres exacts sont les suivants : population totale 41.834.923 ; Français , 39.944.000; étrangers, 2.890.923. Une statistique plus récente donne le chiffre de la population étrangère dans l'agglomération parisienne. Cette statistique a été publiée récemment Elle date du 1er mars 1933. Il y a environ 400.000

Source : BIU Cujas

étrangers dans l'agglomération parisienne, à savoir 244.279 à Paris, et I58.I3I dans la banlieue. On voit par conséquent que l'importance proportionnelle de la population étrangère en France est très grande, et c'est ce qui donne une valeur pratique à la question, à laquelle nous arrivons maintenant de la condition civile de ces étrangers en France, et d'une façon générale de la condition civile des étrangers en dehors du pays, auquel ils appartiennent.

Nous allons voir dans un premier paragraphe les textes législatifs, qui dominent la matière, dans un deuxième on envisagera l'oeuvre de la doctrine et de la jurisprudence française.

§ I - Les Textes Législatifs.

L'art.II.C.C. Le système de la réciprocité diplomatique.

La matière est dominée par un texte du code civil toujours en vigueur, le célèbre article 11, qui n'a pas été modifié dans sa teneur depuis 1804. Il est ainsi conçu : " L'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux français par les traités de la nation, à laquelle cet étranger appartiendra". Ce texte met donc en substance les étrangers vis-à-vis des Français sur un certain pied d'égalité, mais sur un pied d'égalité d'un caractère particulier. C'est ce que l'on a appelé le principe de la réciprocité diplomatique. Relativement aux droits civils les étrangers jouiront exactement des droits qui seront accordés aux Français par les Traités de la nation à laquelle ils appartiennent. Il n'y a donc pas assimilation complète entre les Français et les étrangers relativement au droit civil, mais un système de réciprocité que l'on appelle diplomatique (nous allons voir qu'il existe la réciprocité législative), réciprocité résultant des accords internationaux qui lient les deux nations intéressées.

Etrangers ordinaires et étrangers privilégiés (en vertu de traités).

Il en résulte donc que, dès à présent, nous apercevons par exemple sur le territoire français deux catégories d'étrangers, ceux qui bénéficient d'un traité passé entre la France et la nation, dont ils sont ressortissants, et ceux qui ne bénéficient pas de cette situation diplomatique particulière. Dans la doctrine on donne le nom d'étrangers privilégiés à ceux qui bénéficient ainsi d'une situation résultant des traités diplomatiques, et on donne le nom d'étrangers ordinaires soumis au droit commun à ceux qui ne bénéficient d'aucun traité.

L'art.I3 et l'admission à domicile;transformation de cette

Il existait, antérieurement à I927, une troisième catégorie intermédiaire, catégorie dont on faisait parfois une sous-distinction dans la catégorie des étrangers privilégiés celle des étrangers qui bénéfi-

Source : BIU Cujas

institution dans la loi de I889 sa suppression en I927.

ciaient de la mesure prévue à l'article 13. L'article 13, dans la teneur de I804, était ainsi conçu : " l'étranger qui aura été admis par le gouvernement à établir son domicile en France y jouira de tous les droits civils, tant qu'il continuera d'y résider". Ce texte avait été remanïé au fur et à mesure des changements de régime en France, et également les mots "tant qu'il continuera d'y résider" avaient fini par être supprimés notamment en I889. Dans le dernier état du droit, avant la loi sur la nationalité de I927, il y avait donc une catégorie spéciale d'étrangers, distincte de ceux qui bénéficiaient du régime de la réciprocité diplomatique, et de ceux qui rentraient généralement dans le droit commun des étrangers ordinaires, c'étaient les étrangers admis à domicile qui bénéficiaient aux termes de la loi de la jouissance de tous les droits civils. Cette institution de l'admission à domicile avait été insérée dans le code civil à la suite de quelques précédents, qui s'étaient rencontrés, et notamment par imitation d'une institution anglaise, sorte de semi-naturalisation, qui portait et porte encore dans le droit anglais un nom spécial, la denization. Cette denization était une institution qui avait grand intérêt en Angleterre à l'époque où la propriété immobilière était interdite aux étrangers. Les étrangers bénéficiant de la dénization pouvaient posséder des propriétés immobilières en Angleterre. Le code civil particulièrement la Restauration après le code civil avait attaché une grande importance à cette institution de l'admission à domicile, qui conférait comme une semi-naturalisation à l'étranger. Les rapports très étroits entre cette institution et celle de la nationalité ont fini par effacer le caractère particulier qu'elle avait relativement à la jouissance des droits civils pour faire ressortir exclusivement son caractère de naturalisation approchée, si bien que, de plus en plus, on en vint à considérer l'admission à domicile comme un régime transitoire conduisant à la naturalisation, et pour confirmer cette conception la loi sur la nationalité de I889 avait limité au maximum la durée de l'admission à domicile en la fixant à 5 années. L'admission à domicile ne pouvait être obtenue que pour 5 ans. Au bout de 5 ans il fallait la naturalisation. Ainsi il y a donc par conséquent une modification dans cette conception de l'admission à domicile, et dans ces conditions l'admission à domicile avait perdu beaucoup de sa valeur, et l'article I3 de la loi de I927 comprend dans l'énumération des textes prévus par la loi comme étant abrogés l'article 13 du code civil. En conséquence l'admission à domicile ayant disparu, on ne trouve plus comme catégo-

Source : BIU Cujas

rie d'étrangers à opposer les uns aux autres que d'une part les étrangers privilégiés dont la condition est réglée par les traités, et d'autre part les étrangers ressortissants du droit commun.

La condition ainsi faite aux étrangers, condition qui est loin de mettre les étrangers sur un pied d'égalité absolue avec les Français, puisque ils ne jouissent pas à priori de tous les droits civils, n'est pas à proprement parler le résultat d'une tradition antérieure. Cependant la tradition historique a joué un rôle considérable, et joue encore un rôle considérable dans l'interprétation de l'article 11. C'est pourquoi il est nécessaire d'en connaître les éléments.

La condition des étrangers dans l'Ancien Droit. Le droit d'aubaine; sens différents de l'expression.

Dans l'ancien droit, à la veille de la révolution, on trouve une institution et une doctrine apparemment en sens contraire, mais qui se combinaient et se complétaient. L'institution, c'était la célèbre institution du droit d'aubaine. C'était un droit de caractère féodal, droit fiscal, originairement seigneurial, repris par le privilège régalien de la couronne. Stricto sensu, le droit d'aubaine visait l'incapacité pour les étrangers de transmettre ou de recevoir à cause de mort en France, soit par testament, soit ab intestat. Cette incapacité d'ordre général était d'ailleurs tempérée par un grand nombre d'exceptions. C'était par exemple le cas où les étrangers avaient des enfants légitimes habitant le royaume, la règle était alors écartée. Il y avait surtout des exceptions d'ordre personnel ou local, exceptions dont bénéficiaient les souverains étrangers, les diplomates, les étudiants d'université. Des conventions diplomatiques étaient intervenues aussi. Enfin certaines villes de province bénéficiaient du droit d'exempter leurs citoyens du droit d'aubaine. Le droit d'aubaine, d'ailleurs, dans le dernier état du droit avait été remplacé par un droit réduit au dixième, qui portait le nom de droit de détraction accordé en compensation de la suppression du droit d'aubaine. Telle est l'institution.

e droit de détraction.

D'autre part, les romanistes avaient fait prévaloir en France une doctrine curieuse, à la fois favorable et contraire aux intérêts de la couronne. Les légistes de Philippe le Bel purent arracher le droit d'aubaine aux seigneurs. Les commentateurs des textes du droit romain pour limiter la règale avaient fait prévaloir une distinction curieuse, distinction que nous allons retrouver dans les plus récents arrêts de la Cour de Cassation, c'est la distinction célèbre entre les facultés dites du droit des gens et les facultés du droit civil. Les facultés dites du droit des gens étaient reconnues aux étrangers même en l'ab-

stinction des ilistes en- facultés de t civil et ltés de droit gens.

Source : BIU Cujas

sence de tout texte, tandis que les facultés du droit civil étaient celles qui étaient réservées aux seuls nationaux. Telle est par exemple la garde des enfants la puissance paternelle, l'adoption, le droit d'héritage, et c'est là la doctrine qui semble avoir été professée par les anciens auteurs. Ferrière notamment dans ses Nouvelles Institutes coutumières à propos des étrangers disait : " Ils sont capables de tous actes, contrats ou conventions du droit des gens, mais incapables des effets civils". Cette doctrine distinguant les facultés du droit des gens et les facultés du droit civil avait trouvé dans les doctrines du droit naturel, à la veille de la révolution du XVIIIème siècle, un fondement sérieux.

Suppression des droits d'aubaine et de detraction par la Révolution-Assimilation des étrangers aux nationaux.

La révolution française proclama l'égalité complète, et un décret du 6 août I790, completé en I79I, portant la suppression des droits d'aubaine et de détraction, fut définitivement consacré par la constitution de I79I. La constitution n'admet pas le droit d'aubaine, disait le texte, titre 6 : " Les étrangers établis ou non en France succèdent à leurs parents étrangers ou Français. Ils peuvent contracter, acquérir, recevoir des biens situés en France, et en disposer de même que tout citoyen français, par tous les moyens autorisés par la loi". C'est donc une formule d'égalité complète, d'assimilation complète ; il n'est pas question de réciprocité diplomatique ou législative. Ce texte avait été gardé par la constitution de l'an III, mais quelques différences cependant marquaient déjà la condition des étrangers et des Français. On avait conservé la caution judicatum solvi de l'ancien régime. On avait établi, en matière de contrainte par corps certaines différences. Pour la contrainte par corps en matière civile, c'est surtout sous le Consulat que le mouvement de réaction se présente d'une manière particulièrement marquée.

Réaction sous le Consulat; les travaux préparatoires du C.C. Réciprocité diplomatique et réciprocité législative.

Les pays étrangers n'avaient pas suivi à l'égard de la France pendant la Révolution l'exemple de réciprocité. Bien au contraire, on était en guerre avec la France, eu égard à son nouveau régime. Si bien que lors de la discussion du code civil, le projet n'admettait plus le principe de l'égalité complète, mais il exigeait un régime de réciprocité double que l'on peut appeler la réciprocité législative et la réciprocité diplomatique. Les étrangers devaient être traités en France de la même façon que les Français étaient traités en fait et en droit dans la nation considérée par les lois ou traités. Il y avait donc les deux réciprocités : la réciprocité Législative par conséquent aurait subordonné la condition de l'étranger en France à l'existence et à la mesure de règles légis

Source : BIU Cujas

tives identiques établies en faveur des Français dans le pays, auquel il appartenait, et la réciprocité diplomatique aurait subordonné en outre la condition de cet étranger à l'existence et à la mesure de traités internationaux passés entre la France et le pays, auquel il appartenait. Cette double réciprocité disparut.

La réciprocité législative au cours des travaux préparatoires fut abandonnée par des considérations de dignité et des considérations d'utilité. Dans le premier sens on fit valoir qu'il était peu digne pour la France de soumettre son droit au fluctuations de la législation étrangère. C'était une sorte d'amoindrissement de la souveraineté législative française. D'autre part, au point de vue de l'utilité, on observait qu'alors il dépendrait de l'étranger de faire obtenir en France un grand nombre de droits à ses ressortissants. Il suffisait à l'étranger d'accorder des droits très importants aux Français dans le pays considéré pour que immédiatement les ressortissants de ce pays bénéficient ipso facto, par le jeu de la loi française des mêmes privilèges de droit civil. La nécessité d'autre part de permettre au premier Consul de jouer de l'arme diplomatique des droits civils accordés en France, finit par faire prévaloir la solution que nous retrouvons dans l'article 11. La réciprocité diplomatique seule est conservée.

l'art. II et la réciprocité diplomatique.

Les étrangers, en principe, ne jouissent en France que de droits établis réciproquement dans leur pays en faveur des français par un traité passé entre la France et le pays auquel ils appartiennent. Tel est le principe qui nous gouverne encore actuellement.

Autres textes.

Il ne faudrait pas croire cependant que ce texte de l'article 11 soit le seul qui gouverne la matière. Bien au contraire. Le nombre des textes applicables à la condition des étrangers est considérable. Il en est dans le code civil; il en est de contemporains au code civil, et il en est enfin à travers toute l'évolution du XIXème siècle et du XXème siècle de très nombreux.

Art. I3.

Ceux qui figurent au code civil sont de beaucoup les plus importants doctrinalement. A côté de l'article 11, et à côté de l'article 13, qui a été supprimé en 1927, - c'est l'article qui fixait l'admission à domicile par décret - il faut mentionner d'abord l'article 14, lequel est le fondement d'un certain nombre de règles de compétence et qui statue relativement à des conflits de juridiction et non plus à des conflits de lois. " L'étranger peut être traduit par un français devant un tribunal en France, qu'il s'agisse d'obliga-

Art. I4 et I5 sur les conflits de Juridiction.

Source : BIU Cujas

tion contractée en France ou contractée à l'étranger". La formule dans l'article 14 est un peu plus compliquée. Elle se ressent des débats lors des travaux préparatoires, d'où est sorti le texte définitif, qui donne en deux propositions une règle indentique visant simplement le double cas ou d'une obligation contractée en France ou d'une obligation contractée en pays étranger. " L'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un français et pour être traduit devant les tribunaux de France pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des français". L'alternative est différente, mais la règle est la même, C'est toujours le droit, pour le Français demandeur, de citer l'étranger défendeur devant un tribunal français, que la dette ait été contractée à l'étranger ou en France. Inversement l'article 15 : " Un Français pourra être traduit devant un tribunal de France pour des obligations contractées par lui en pays étranger même avec un étranger".

Art. I6 cautio judicatum solvi.

L'article 16, toujours en matière juridictionnelle, pose le principe très important de la caution judicatum solvi, caution conservée par la Révolution et qui remonte jusqu'à l'ancien droit; c'est la possibilité d'exiger de l'étranger qui plaide en France caution pour le paiement des frais et dommages et intérêts résultant du procès. Cette règle, dans le texte de I804 connaît deux tempéraments : le premier, c'est qu'elle ne s'applique pas aux matières commerciales. " ;.. dans toutes matières autres que celle de commerce"., disait l'article 16 ab initio; le second tempérament, c'est lorsque l'étranger possède en France des immeubles d'une valeur suffisante pour assurer le paiement. Le deuxième tempérament subsiste encore dans l'article 16 actuel, mais le premier a disparu. La loi du 5 Mars I895 a étendu la nécessité de la caution judicatum solvi aux matières commerciales, et l'article 16 débute ainsi : " En toutes matières, l'étranger qui sera demandeur principal etc...." La règle est donc qu'en toutes matières l'étranger qui sera demandeur principal ou intervenant sera tenu de donner caution pour le paiement des frais et dommages et intérêts résultant du procès, à moins qu'il ne possède en France des immeubles d'une valeur suffisante pour assurer ce paiement.

ARt. 726 et 9I2 en matière de successions et donations-leur

Enfin deux autres textes, disparus de bonne heure du cadre du code civil, complétaient le régime des étrangers en France en I804 : Les articles 726 et 9I2, qui ont été considérés, moyennant beaucoup de discussions, comme le dernier vestige des droits d'aubaine

Source : BIU Cujas

abrogation en I8I9;le droit de prélèvement.

et de détraction. L'article 726 établissait d'une façon spéciale la réciprocité diplomatique et matière de succession ab intestat. " Un étranger, disait l'article 726, n'est admis à succéder aux biens que son parent, étranger ou Français, possède dans le territoire du royaume, que dans les cas et de la manière dont un Français succède à son parent possédant des biens dans le pays de cet étranger conformément aux dispositions de l'article 11", auquel on renvoie expressément au titre de la jouissance et de la privation des droits civils. D'autre part, l'article 9I2, dans une formule beaucoup plus abrégée, statuant en matière de donation entre vifs au profit d'un étranger, disait : " On ne pourra disposer entre vifs au profit d'un étranger que dans le cas où cet étranger pourrait disposer au profit d'un Français". Ces deux textes, qui avaient donné lieu à un grand nombre de discussions, furent au lendemain de la Restauration abrogés, par la loi du 14 Juillet I8I9, dite loi abolissant les droits d'aubaine et de détraction. Elle a fait disparaître par conséquent du cadre du code les articles 726 et 9I2. " Les étrangers en conséquence , disait la loi de I8I9, auront le droit de succéder, de disposer et de recevoir, de la même manière que les français dans toute l'étendue du royaume". L'article 2 a remplacé les droits supprimés par l'institution du droit de prélèvement, (article 2 de la loi de I8I9).

Art.905 C.P.C. sur la cession des biens.

A tous ces textes inclus dans le code, il fallait ajouter à l'époque du code civil, d'abord un texte du code de procédure, l'article 905, ne permettant pas aux étrangers le bénéfice de la cession des biens, qui d'ailleurs est très rare dans les usages français. C'est la cession judiciaire de l'article I268 du code civil, qui a perdu son intérêt depuis la suppression de la contrainte par corps.

Textes reconnaissant ou refusant expressement certains droits particuliers aux étrangers.

A ces textes il fallait également ajouter d'autres textes de la même époque, notamment à propos des actions de la banque de France. Le décret du 16 Janvier I808 permettait aux étrangers d'être titulaires d'actions de la banque de France, mais ne leur permettaient pas de figurer aux Assemblées générales. De même la loi du 2I avril I8I0, article 13, dispositions confirmées par des lois plus récentes, interdisait aux étrangers d'obtenir des concessions de mines sur le territoire français. Le code forestier de I827, article I05, refusait à l'étranger le droit d'affouage.

Telles sont les données principales du régime fait aux étrangers par le code civil et par les lois qui se rapprochaient de cette époque.

Classification

Si nous nous plaçons maintenant à l'époque contemporaine, nous apercevons que la condition des é-

Source : BIU Cujas

des textes de l'époque contemporaine.

trangers est dominée, dans un certain nombre de matières principalement, par des textes importants. Sans entrer dans le détail, en en tâchant de grouper par catégorie les lois qui font à l'étranger un sort spécial, on peut faire rentrer ces textes aujourd'hui dans 5 catégories. C'est dans 5 ordres de matières principalement que s'est exercée, au cours de tout le XIXème siècle, et jusqu'à notre époque, la législation française.

Les droits de famille et de propriété, les droits intellectuels, la navigation maritime, fluviale et aérienne, le droit des collectivités, le droit du travail et de la prévoyance sociale, ces cinq rubriques représentent en dehors de la famille et de la propriété, les richesses spéciales, les biens nouveaux ou les résultats engendrés dans la législation par les progrès scientifiques et matériels.

I°) Famille et propriété.

Dans l'ordre des droits de famille et de propriété, voici surtout, - je ne cite que les textes les plus importants - ce qu'il y a lieu de retenir. L'adoption qui pendant très longtemps a été considérée par la tradition même de l'ancienne France comme un droit du droit civil stricto sensu, est possible aujourd'hui dans les rapports entre un français et un étranger de par la loi récente sur l'adoption du 19 Juin 1923, qui a refondu la matière. Art. 345 nouveau du code civil : " Un Français peut adopter un étranger, ou être adopté par un étranger". Par conséquent l'adoption est valable dans les rapports entre un Français et un étranger. La loi ajoute : " L'adoption n'entraîne pas pour l'adopté un changement de nationalité".

1923: assimilation des étrangers et nationaux quant à l'adoption.

Il faut citer aussi la loi de 1909 sur le bien de famille insaisissable, le home-stead. La loi du 12 juillet 1909, art. 1, alinéa 2, réservait aux Français seuls et aussi aux étrangers ayant obtenu l'admission à domicile le droit de créer un bien de famille insaisissable. Cette loi n'existe plus.

Loi de 1909 sur le bien de famille.

Mais les deux textes, ou plutôt les deux séries de textes, dont l'importance aujourd'hui s'est manifestée dans la jurisprudence française comme extrêmement sérieuse, ce sont les lois sur les loyers, les lois sur les baux, civils et commerciaux. Ces lois sur les loyers civils et commerciaux ont donné lieu - nous le verrons encore pour la catégorie des étrangers privilégiés - à une controverse qui n'est pas encore close. Les textes en matière de baux civils, de location civile, sont divers : articles de la loi fondamentale sur les loyers du 1er avril 1926 modifiée par la loi du 29 Juin 1929 . Ce sont les articles 4, 5 et 21. L'article 4 de la loi sur les loyers exclut directement les étrangers d'un bénéfice offert aux

Lois sur les loyers et la propriété commerciale.

Source : BIU Cujas

locataires français par la loi sur les loyers : le bénéfice de la prorogation. Les étrangers en principe n'ont pas droit aux prorogations, ne peuvent pas invoquer les prorogations des lois sur les loyers, alors qu'ils ne rentrent pas dans une catégorie spéciale ou dans plusieurs catégories spécifiées par le texte même. "Ceux qui n'ont pas combattu ni servi dans les formations françaises, etc...." Vous verrez l'exception prévue au texte. Le texte contient aussi : " Sous réserve des conventions diplomatiques existant au jour de la promulgation de la présente loi". Nous retrouvons ce cas à propos des étrangers privilégiés. Donc les étrangers sont l'objet d'une exclusion directe, et sous réserve de conventions diplomatiques.

Conclusion directe des étrangers du bénéfice de la prorogation, réserve faite des conventions diplomatiques.

En ce qui concerne au contraire les autres articles 5 et 2I, les étrangers sont exclus par prétérition. Il s'agit du droit de reprise du propriétaire à l'égard du locataire. Le propriétaire de nationalité française est-il dit dans l'article 5 et la formule se rencontre dans un très grand nombre d'alinéas de cet article. Dans l'article 2I ce droit de reprise est réservé exclusivement au propriétaire de nationalité française. Par conséquent le propriétaire de nationalité étrangère en est exclu indirectement. Là encore il y a lieu de marquer que l'on se trouver en présence d'une situation inférieure faite à l'étranger par rapport aux français. Voilà pour les loyers civils.

Exclusion à contrario des étrangers du droit de reprise.

En ce qui concerne les baux commerciaux, la formule est différente. La loi sur la propriété commerciale, 30 Juin I926, art. I9, modifiée par la loi du 22 avril I927, art. II, exclut directement les étrangers, comme la formule de l'article 4, en matière de prorogation, de la loi sur les loyers."La présente loi ne pourra être invoquée par les commerçants ou industriels de nationalité étrangère". Voilà le principe, mais ce principe se trouve tempéré par un régime de réciprocité législative, et non pas de réciprocité diplomatique. Voici la formule : " La présente loi ne pourra être invoquée par les commerçants ou industriels de nationalité étrangère appartenant à des pays, ou n'existe pas au profit des français une législation analogue protégeant la propriété commerciale". Une législation, c'est-à-dire une réciprocité d'ordre législatif. Il n'est pas question de réciprocité diplomatique. Le texte se termine par l'indication de l'exception, analogue à celle rencontrée dans la loi sur les loyers : " à moins qu'ils ne soient dans un des cas prévus par les alinéas, 1, 2 , 4, etc... à moins qu'ils n'aient combattu dans les armées alliées, qu'ils n'aient eu des enfants ayant la qualité de français, etc. Ce sont là les textes les plus impor

Exclusion directe des étrangers du bénéfice de la loi sur la propriété commerciale sous réserve de la réciprocité législative.

Source : BIU Cujas

tants de la matière concernant la famille et la propriété.

Proposition de réglementation de l'accession des étrangers à la propriété immobilière.

A un moment donné, au lendemain de la guerre, on s'est demandé s'il ne convenait pas d'ajouter à ces lois exceptionnelles une nouvelle forme d'inégalité, un nouvel aspect d'inégalité, en présence de certaines circonstances manifestant un danger national. Ce danger, c'était celui de voir passer, notamment à raison de la fluctuation et de la dépression de la monnaie française, en mains étrangères un grand nombre d'immeubles situés en France. A ce moment les étrangers ahcetaient à des prix fort avantageux, eu égard à leur monnaie, et plaçaient en immeubles français des capitaux considérables. Le danger était double : d'une part, d'une manière générale, on craignai de voir passer un trop grand nombre d'immeubles français en des mains étrangères, et ce danger était particulièrement pressant dans les régions frontières. Si bien qu'un projet dépose par le gouvernement le 23 Janvier 1920 avait été adopté par la Chambre des Députés le 6 Novembre 1922, et transmis au Sénat en 1923. La Société d'Etudes législatives étudia le projet et sur le rapport que j'ai eu l'honneur de lui faire a admis un projet, dont le texte a été publié au Bulletin de la Société d'Etudes législatives, 192[illegible] et 1925. Ce projet cependant n'a jusqu'à présent pas été reçu par le Sénat, et n'a pas encore été voté, eu égard précisément aux différences qui se sont produites depuis lors dans les fluctuations de la monnaie et des circonstances économiques. Le danger signalé à l'époque relativement à la propriété immobilière française a cessé d'apparaître sous la forme, où il apparaissait alors. Quoi qu'il en soit le projet instituait en principe une publicité de la nationalité des acquéreurs de biens immobiliers assurée par une mention dans les mutations et dans les actes soumis à l'enregistrement, et en cas d'abus, dans des formes qui sont visées et dans des circonstances visées au projet, le gouvernement pouvait intervenir, soit par mesure générale pour interdire l'acquisition aux étrangers, dont la législation ne reconnaissait pas aux français la réciprocité législative, soit dans l'intérêt de la sécurité nationale, notamment aux régions frontières, droit se traduisant par la possibilité d'obliger les étrangers à se défaire de l'immeuble et à le vendre.

Nous trouvons dans certains pays étrangers des lo[illegible] en très grand nombre sur ce point, notamment en Amérique, pour interdire aux Japonaix et aux peuples de race jaune la propriété immobilière, notamment dans les Etats de l'ouest des Etats-Unis.

Source : BIU Cujas

En dehors de cette matière de la famille et de la propriété, la matière qui a donné lieu aux textes les plus nombreux et les plus importants est certainement la matière des droits patrimoniaux intellectuels, ce que l'on appelle la propriété industrielle, la propriété littéraire et artistique.

2°) Droits patrimoniaux intellectuels.

Dans cet ordre d'idées la tradition libérale conseillait l'assimilation complète ebtre les étrangers et les nationaux. C'est ainsi qu'en avait jugé particulièrement la Convention en matière de droit d'auteur. La loi du I9-24 Juillet I793, article ler sur le droit d'auteur, qui est la charte fondamentale de la propriété littéraire et artistique en France, ne faisait aucune distinction entre les étrangers et les Frahçais. Le décret de I852 (28-3I mars) sur la contre façon d'ouvrages français publiés à l'étranger a confirmé cette interprétation qu'il n'y avait aucune distinction. Ainsi en ce qui concerne le droit d'auteur il y a assimilation complète entre les étrangers et les français.

ssimilation des étrangers et les français au point de vue les brevets et du droit d'auteur.

Il en est de même en ce qui concerne les brevets d'invention. Loi du 5 Juillet I844, titre III, "Droits des étrangers", articles 27 et 29. Les étrangers pourront obtenir en France des brevets d'invention. D'autre part, la protection s'étend aux inventions ou découvertes déjà brevetées à l'étranger par des français ou des étrangers sans distinction. Telles sont les deux matières om il y a assimilation : propriété littéraire et artistique, brevet d'invention.

Au contraire, il y a assimilation avec restriction dans les trois matières suivantes : marque de fabrique et de commerce, dessins et modèles industriels, non commercial. Dans ces trois matières il existe pour les étrangers un régime respectivement différent.

estrictions à assimilation en ce qui concerne :

Pour les marques de fabrique la loi du 23 Juin I857, articles 5 et 6, pour le bénéfice de la loi distingue entre les étrangers qui possèdent en France des établissements d'industrie ou de commerce, qui jouissent de la protection de la loi, -article 5-, et au contraire les étrangers qui ne possèdent pas en France des établissements d'industrie ou de commerce, pour lesquels on a établi un régime qui en I857 était le régime de la réciprocité diplomatique, et qui depuis I873 a été doublé de la réciprocité législative.

s marques de fabrique.

En matière de dessins et modèles industriels, la loi du 14 juillet I909, art. I3, a déclaré le bénéfice de la loi applicable aux étrangers ayant en France leur domicile ou ayant en France des établissements industriels, ou alors lorsqu'ils peuvent bénéficier de la réciprocité législative ou diplomatique.

s dessins et dèles.

Enfin la loi du 26 novembre I873 sur le nom com-

nom commer-

Source : BIU Cujas

mercial a déclaré la disposition applicable aux étrangers, si dans leur pays la législation ou les traités internationaux assurent aux français les mêmes garanties. C'est cette loi de I873 sur le nom commercial qui a précisément modifié dans la mesure que je viens d'indiquer, c'est-à-dire en y insérant la réciprocité législative, la loi du 23 Juin I857 en matière de marque de fabrique.

2°) La navigation.

En ce qui concerne la navigation, un certain nombre de textes relatifs à la navigation maritime, à la navigation intérieure fluviale et à la navigation aérienne ont fait aux étrangers un sort particulier.

navigation maritime.

En ce qui concerne la navigation maritime, la loi du 11 Juin I845 a spécifié qu'un navire pour être français - car les navires ont une nationalité - doit être la propriété pour moitié de Français.

navigation intérieure.

En ce qui concerne la navigation fluviale, la navigation intérieure, un décret spécial du 29 Avril I924 a spécifié qu'un bateau, tout au moins sur le Rhin, doit appartenir en totalité à des Français, et le projet de code fluvial de I925 a étendu à toute la navigation intérieure cette règle particulière.

navigation aérienne.

Enfin en ce qui concerne la navigation aérienne, la règle du décret de I924, article 5, stipule que tout aéronef français doit appartenir en totalité à des Français. Voilà les quelques textes. Il y en a d'autres à relever en matière de navigation.

3°)Droit des collectivités-Sociétés étrangères-Système de la loi de I857.

Pour ce qui regarde le droit des collectivités, nous rencontrons tout d'abord deux textes fondamentaux sur lesquels d'ailleurs j'aurai l'occasion de revenir. Le premier, c'est la loi du 30 Mai I857, dite sur les sociétés étrangères. En réalité ce texte visait des sociétés de nationalité belge, et il disait, dans son article ler, que les sociétés anonymes et les associations commerciales industrielles ou financières, qui sont soumises à l'autorisation du gouvernement belge, et qui ont obtenu cette autorisation, peuvent exercer tous leurs droits et ester en justice en France en se conformant aux lois françaises. C'était donc une loi spéciale relative aux sociétés belges, disposant que les sociétés qui, conformément au droit de l'époque, avaient obtenu l'autorisation préalable en Belgique, se pourraient ainsi, ipso facto, obtenir la possibilité d'exercer leurs droits et d'ester en justice en France. Mais l'article 2 disposait qu'un décret impérial rendu en Conseil d'Etat appliquait à tous autres pays le bénéfice de l'article ler. C'est là le fondement juridique de la reconnaissance légale par décret collectif pour les sociétés d'un pays déterminé. Nous aurons à y revenir dans l'étude complémentaire de la doctrine et de la jurisprudence.

Source : BIU Cujas

Les associations; l'art.I2 de I90I son importance au point de son application possible aux ententes internationales entre producteurs.

L'autre texte, qui a passé plus inaperçu et qui cependant présente une importance qui se révèle de jour en jour plus considérable, c'est un article de la loi sur les associations du 1er Juillet I90I, la charte fondamentale du droit des associations. Cet article, c'est l'article I2. Il vise les associations composées en majeure partie d'étrangers ou qui ont des administrateurs étrangers, ou qui ont leur siège à l'étranger. Ces associations, dans certains cas spécifiés par l'article I2, peuvent être dissoutes par décret du Président de la République rendu en Conseil des Ministres. Au-dessus d'elles plane par conséquent l'éventualité d'une dissolution. L'alinéa 2 de l'article I2 dit : Si l'association est maintenue ou reconstituée illégalement après le décret de dissolution, elle encourt des sanctions pénales, qui tombent sur les fondateurs, les directeurs ou administrateurs de l'association, sanctions pénales puisées à l'article 8 de la loi sur les associations. Quels sont donc les faits de nature à amener des sanctions aussi graves pour les associations ? Les faits sont les suivants : Lorsque ces associations qui, comme le dit l'article I2, sont soit composées en majeure partie d'étrangers, soit ayant des administrateurs étrangers, soit ayant leur siège à l'étranger, -agissent de manière soit à fausser les conditions normales du marché des valeurs ou du marché des marchandises, soit à menacer la sûreté intérieure ou extérieure de l'Etat, dans les conditions prévues par les articles 75 à I0I du code pénal; l'article I2 vise donc un certain nombre d'associations indiquées qui, pour les agissements précisés ci-dessus, encourent par conséquent la possibilité d'être dissoutes par décret, et, au cas de maintien ou de reconstitution, les responsables peuvent subir des peines de prison.

Ce texte, lorsqu'il avait été voté, semblait dans la loi sur les associations se rattacher à une matière différente de celle dont les préoccupations avaient dicté à l'époque la loi de I90I. En effet, alors que toute la loi est une loi politique, ce texte repose en grande partie sur des données économiques et visent des faits économiques. A l'époque, cependant, un certain nombre d'auteurs ont signalé le caractère particulier de cette loi et on s'est demandé si une combinaison financière et industrielle, qui commençait à s'ébaucher à l'époque, n'était pas de nature à tomber sous le coup de l'article I2 de la loi de I90I. Par là je vise les ententes entre producteurs et détenteurs d'un même produit, lorsque ces ententes au lieu de travailler exclusivement sur le territoire-

Source : BIU Cujas

national d'un Etat s'étendent sur plusieurs Etats et ont une action internationale. J'avais soutenu personnellement dans une note (Sirey I90I. 2. p. 225) que l'article I2 s'appliquait à ce que l'on appelait à l'époque les "Trusts", les ententes entre producteurs et détenteurs d'un même produit. Pendant longtemps la doctrine a été contestée; Elle se trouve aujourd'hui reprendre au contraire beaucoup de vigueur, et vous en retrouverez le développement dans le livre le plus récent et le plus complet paru sur la matière cette année même, sous le titre "Entente économique et financière" par un spécialiste de la matière, M. Tchernoff, avocat à la Cour d'Appel, ancien chargé de cours des Facultés. Vous y verrez développée toute la thèse qui fait reposer sur l'article 12 et sur le concept de l'association la fondation même, la contexture juridique des ententes entre producteurs et détenteurs d'un même produit, lorsqu'elles travaillent dans le cadre international. Cette matière est extrêmement importante au point de vue pratique.

Les syndicats et les étrangers.

Dans l'ordre du droit des collectivités, je signalerai encore les syndicats professionnels, dans lesquels nous trouvons une règle déjà ancienne, car elle remonte à la première loi sur les syndicats professionnels, loi Waldeck-Rousseau, I884, qui stipule que les membres qui sont chargés de l'administration ou de la direction d'un syndicat professionnel doivent être Français et jouir de leurs droits civils. Les étrangers comme les français peuvent faire partie des syndicats professionnels, mais seuls les Français peuvent être chargés des fonctions d'administration ou de direction.

Chambre d'agriculture.

Enfin je signalerai la loi du 25 Octobre I9I9 sur les Chambres d'Agriculture où les seuls Français sont électeurs et éligibles, article 8, numéro 5, alinéa 2 de la loi.

4°) Lois du travail et de prévoyance sociale.

Dans l'ordre tout voisin des lois du travail et de la prévoyance sociale, on rencontre un très grand nombre de textes, qui sont visés dans un sens ou dans un autre, soit dans le sens de l'assimilation, soit au contraire dans le sens de la restriction des travailleurs étrangers. Le problème est considérable. C'est la question de l'emploi de la main d'oeuvre étrangère et de la protection de la main d'oeuvre nationale. C'est tout un domaine à part. Je ne vais que vous indiquer quelques uns des principes. Pendant très longtemps on a considéré que l'assimilation complète devait régner entre travailleurs étrangers et travailleurs français sur le sol français pour une double raison, d'une part d'humanité, et d'autre part aussi d'intérêt bien entendu. Car il pesait un certain nom-

Source : BIU Cujas

La question de l'assimilation des travailleurs français et étrangers.

bre de charges sur les entreprises industrielles. Si les lois sociales n'avaient visé que les travailleurs français, c'était créer une prime à l'embauchage des ouvriers étrangers. On s'en est aperçu particulièrement lors de la discussion très longue et de l'élaboration de la première grande loi concernant le travail et la prévoyance sociale, la loi sur les accidents du travail de 1898. La loi du 9 avril 1898 avait à très peu de chose près consacré l'assimilation complète des travailleurs étrangers et des travailleurs français. En effet, les indemnités allouées aux victimes des accidents étaient invariables. Elles étaient exactement les mêmes, qu'il se soit agi de travailleurs français ou de travailleurs étrangers. Il y a cependant une légère nuance dans un tempérament qui figure dans le dernier alinéa de l'article 4 : " Les dommages et intérêts sont alloués de la même façon aux étrangers et aux Français, lorsque les étrangers résident en France", mais s'ils cessent de résider en France il y a des modifications, des modalités, que vous retrouverez à la fin de l'article 3, et ceci d'ailleurs sous une réserve que nous rencontrons dans presque toutes les lois sur le travail et la prévoyance sociale, " sous réserve de convention diplomatique, notamment de traité passé, en ce qui concerne le travail". Ces traités de travail sont très nombreux entre les Etats. La loi de 1898 vise - il faut le remarquer- la double nécessité de la réciprocité diplomatique et de la réciprocité législative, qui sont cumulativement exigées, puisque les étrangers et les français sont traités de la même façon, lorsque les étrangers ont dans leur pays d'origine des droits qui sont garantis à nos nationaux d'une manière équivalente par la loi. Par conséquent, c'est la double réciprocité qui est cumulativement exigée : la réciprocité du traité et la réciprocité de la loi.

Solution en ce sens de la loi de 1898 sauf quelques réserves.

La loi sur les assurances sociales

Comme exemple le plus récent, j'indiquerai la loi sur les assurances sociales. C'est, à l'opposé de la loi sur les accidents du travail, la dernière grande réforme sociale de notre législation ouvrière. En ce qui concerne les assurances sociales, 5 avril 1928, et 30 avril 1930, article 1er, 4°, "Sous réserve de convention diplomatique, les salariés étrangers ayant leur résidence réelle et permanente en France, et qui travaillent dans des conditions régulières depuis 3 mois, bénéficieront comme les salariés français des prestations prévues par la présente loi." Par conséquent, sauf la réserve diplomatique, il y a assimilation. Il y a un tempérament à la fin de l'alinéa 7. Les allocations et fractions de pension sont imputables sur des fonds spéciaux, des fonds de majoration et de

Source : BIU Cujas

solidarité créés par la présente loi. Le droit des chômeurs est fixé dans les mêmes conditions par l'article 21.

Tels sont très brièvement résumés les principaux textes dans le code civil et à son époque, et à l'époque contemporaine que l'on rencontre concernant la condition des étrangers. Ce n'est qu'une énumération; elle n'est pas limitative.

§ 2 - L'oeuvre complémentaire de la doctrine et de la jurisprudence.

Il nous faut maintenant considérer d'un peu près l'oeuvre complémentaire qu'en cette matière, comme d'ailleurs dans la matière des conflits de lois, la doctrine et la jurisprudence, malgré l'abondance des textes, ont été amenées à édifier. C'est une oeuvre considérable, qui mériterait une étude approfondie. Je ne vais qu'en esquisser les données. Nous considérerons successivement 3 ordres de questions : la condition des étrangers relevant du droit commun, la condition des étrangers qui bénéficient de privilèges et enfin le droit des collectivités, la question des personnes morales dites étrangères, car nous verrons surgir là la question de nationalité.

Situation de l'étranger ordinaire quant à la jouissance des droits civils.

I°) Etrangers relevant du droit commun.

Il y a à la fois oeuvre doctrinale et oeuvre jurisprudentielle. En effet doctrine et jurisprudence se sont ingéniées, sur la base de l'article 11, à dégager de la doctrine un criterium général, une construction, la jurisprudence, à défaut de construction générale, un certain nombre de solutions, pour établir d'une manière un peu ferme, un peu moins vague que la formule de l'article 11 une base solide pour le statut de l'étranger qui ne bénéficie pas en France d'un régime spécial, de conventions diplomatiques, ou qui, avant la loi de 1927, ne bénéficiait pas de l'admission à domicile. C'est la doctrine tout d'abord, qui, poussée par la méthode exégétique de l'explication des textes du code Napoléon, s'est avisée la première du caractère un peu trop général et un peu trop vague des termes de l'article 11. Dans la première partie du XIXème siècle, une controverse de textes, une des discussions les plus célèbres de l'école, a fait apparaître un certain nombre de systèmes pour expliquer les mots qui figurent à l'article 11, "l'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux français, etc.... Qu'est-ce que le code Napoléon avait voulu indiquer par cette expression " les mêmes droit

Source : BIU Cujas

civils "? En présence de cette controverse, on ne rencontre pas moins de 4 systèmes classiques qui sont entrés en lutte, en faisant valoir pro et contra les arguments favorables et les répliques de la manière la plus doctrinale et la plus exégétique.

1-Système de Zachariae et de Demangeat.

Le premier des systèmes soutenus, qui avait été imaginé par le prédécesseur d'Aubry et Rau, Zachariae, dans son tome 1, § 76, a été repris et vulgarisé surtout par Demangeat et par Valette. On l'appelle souvent le système de Demangeat, parce que c'est Demangeat qui en 1844 lui a donné toute son ampleur et tout son développement dans sa célèbre "Histoire de la condition civile des étrangers en France, dans l'ancien et le nouveau droit". Valette, avec beaucoup de finesse, soutint également le même système en 1869 dans son "Explication sommaire du code civil". Ce système, qui est celui qui a fini par prévaloir, était le système en vertu duquel l'étranger jouit en France de tous les droits privés qui appartiennent aux Français et qui ne lui auront pas été expressément ou implicitement refusés par des textes spéciaux. D'après ce système la loi consacrerait entre l'étranger et le Français un principe d'assimilation complète, un principe d'égalité complète, restreinte seulement à raison de certains droits civils, qui sont propres à des Français, qui sont interdits aux étrangers, qui leur sont refusés par des textes spéciaux, et qui ne peuvent être attribués aux étrangers qu'en vertu d'un traité diplomatique, d'un traité international conclu par le gouvernement en question avec la France sur la base de la réciprocité. Ce système se justifiait beaucoup plus par des considérations philanthropiques que sur la base des textes mêmes, et c'est justement à l'aide d'arguments de textes et en s'armant de la méthode exégétique, qui était alors dominante dans les facultés et à l'école, que les adversaires de ce système l'ont combattu et l'ont momentanément éclipsé.

2-Système de Demolombe.

A l'inverse au contraire et diamétralement en antagonisme avec le système de Demangeat se dressa au milieu du siècle le système de Demolombe. Demolombe à l'inverse de Demangeat interprétait l'article 11 de la manière suivante : " L'étranger ne jouit en France que des droits qui lui ont été expressément concédés par un traité". L'exclusion de l'étranger des droits privés en France est la règle, la capacité est l'exception. Tandis que Demangeat donnait aux étrangers tous les droits civils appartenant au Français, sauf ceux qui lui étaient refusés, Demolombe au contraire refusait tous les droits, sauf ceux qui étaient concédés. L'argumentation de Demolombe était naturellement exégétiquement appuyée sur des textes. Il se fondait tout

Source : BIU Cujas

d'abord sur l'opposition entre l'article 8 en la teneur de I804 et l'article II. L'article 8 disait brièvement : "Tout Français jouira des droits civils", formule lapidaire absolue et générale. L'article 11; au contraire, était un article qui ne conférait à l'étranger sous une forme négative que les seuls droits qui paraissaient ressortir de traité diplomatique, " les seuls droits civils appartenant aux Français ressortissant d'un instrument diplomatique". Mais alors l'objection qui était faite à Demolombe était que le code ni aucune loi postérieure ne contenaient la liste des droits civils accordés aux étrangers. On concevait bien le système, mais où était l'application du système ? Dans quels textes allait-on trouver les droits conférés à l'étranger ? Droits que l'on ne peut pas leur refuser, comme par exemple le droit de se marier ou le droit de passer contrat. Ici la méthode exégétique révélait toute son ingéniosité. Demolombe se fondait sur certains articles du code visant les étrangers pour dire qu'implicitement ces articles reconnaissaient à l'étranger tel droit particulier. Par exemple les articles I2 et I9 anciens, à propos de la nationalité de la femme mariée étrangère et parlant des étrangers qui contractaient mariage, étaient, disait Demolombe, des articles supposant chez les étrangers la capacité de se marier, le droit de contracter mariage en France; les articles I5 et 14 sur la compétence dans les procès avec des étrangers supposant successivement le Français débiteur ou le Français créancier; c'était donc reconnaître implicitement, virtuellement, la capacité pour des étrangers à être créanciers ou débiteurs, et par conséquent la capacité de contracter des obligations. L'article 3, § 2, relatif aux conflits de losi, celui qui vise le cas des immeubles , " les immeubles, même ceux possédés par les étrangers, sont régis par la loi française", servait à Demolombe d'argument pour dire que, puisqu'il y avait " même ceux possédés par les étrangers", c'était donc qu'aux yeux de la loi française des étrangers peuvent posséder des immeubles. Et ainsi de suite.

Etait-ce un procédé susceptible d'être retenu par la doctrine ? Il n'en fut rien. Le système de Demolombe était d'une part trop restrictif et d'autre part beaucoup trop artificiel.

3-Système d'Aubry et Rau.

Un troisième système intermédiaire fut soutenu par divers auteurs. Il avait d'ailleurs été lui aussi défendu par Merlin et par Proudhon, mais on l'appelle, par opposition au système de Demangeat et à celui de Demolombe, le système d'Aubry et Rau, parce que c'est Aubry et Rau qui ont vulgarisé les principes de ce système que, d'ailleurs, Merlin et Proudhon avaient re-

Source : BIU Cujas

cueilli dans l'ancien droit. C'est un système de distinction. C'est le système qui distingue, - et vous allez voir les traces qu'il a laissées dans notre droit actuel - dans les droits civils appartenant aux français les droits privés qui dérivent du droit naturel, et ceux qui procèdent du droit civil stricto sensu. Il est, disaient ces auteurs, des droits dont on ne peut songer à dépouiller la personne humaine sur le territoire d'un Etat quel qu'il soit; ce sont des droits fondamentaux, ce sont des droits naturels, tels que par exemple le droit de se marier. Ces droits de plein droit, ipso jure, rentrent dans la formule générale d'assimilation des Français et des étrangers. Les droits qui dérivent du droit naturel appartiendront ipso jure aux étrangers, et seuls les droits qui présenteront le caractère de droit civil stricto sensu ne pourront pas être appliqués aux étrangers. Les étrangers ne pourront donc pas avoir la jouissance de plein droit de ces derniers droits... Il faudra ou l'admission à domicile, - c'est là l'utilité de l'article 13 - ou à son défaut un traité diplomatique, pour permettre aux étrangers d'invoquer ces droits sur le territoire français.

L'argumentation d'Aubry et Rau s'appuyait sur la tradition et les travaux préparatoires. J'ai cité la distinction qui avait prévalu longtemps avant la révolution en terre française entre les facultés du droit des gens et les droits civils stricto sensu. Ce sont ces précédents, appuyés par certains passages de l'exposé des motifs de la liste du rapport du tribun Siméon au Tribunat - que vous retrouverez en notes dans Aubry et Rau, § 78, tome 1er - qui servent de fondement à cette doctrine. Aubry et Rau avaient une très grande autorité et une très grande fermeté, et ils ont opposé ainsi (4ème édition, page 291, 1859) les deux branches de leur système : ils considèrent d'une part les facultés et avantages qui ne sont point à considérer comme faisant partie du droit national de tel ou tel peuple, et, d'autre part, les facultés et avantages dont l'établissement est plus spécialement l'oeuvre du droit national qui les consacre. Pourquoi en est-il ainsi dans la première catégorie, c'est parce que ce sont les facultés et avantages qui sont communément envisagés par les diverses nations policées comme découlant du droit naturel, qui se trouvent de fait généralement admis dans leurs législations, et font ainsi partie du jus gentium. C'est donc en somme un appel au droit international qu'Aubry et Rau ont ainsi exprimé et exposé dans leur doctrine.

La doctrine a eu beaucoup de succès auprès des

Source : BIU Cujas

4°)Système éclectique de Weiss.

tribunaux. Cependant à la toute dernière époque un dernier système éclectique a fini par être soutenu avec beaucoup d'autorité et a fini par prévaloir, semble-t-il, parmi les auteurs. C'est notamment Weiss (tome 2. Traité de D.I.P.) qui a acclimaté et développé ce système en France. C'est un système qui empruntait ses motifs à l'ancien droit et à la doctrine d'Aubry et Rau, et qui dans ses conclusions aboutissait à la solution la plus libérale, au premier système, au système de Demangeat.

Tel était l'état de la controverse, lorsque dans nos écoles la méthode exégétique, ayant plus ou moins disparue, la controverse systématique s'est éteinte. Elle s'est éteinte principalement en considération du fait que la liste des droits refusés aux étrangers est extrêmement restreinte, et qu'alors indépendamment de toute controverse sur le principe l'intérêt pratique de la controverse diminue de jour en jour.

La Jurisprudence, nombre relativement restreint de points sur lesquels elle eu à se prononcer;adoption dans ses grandes lignes du système d'Aubry et Rau.

En effet si, de la doctrine, nous passons maintenant à la jurisprudence, on aperçoit que très restreintes sont les questions qui ont donné:lieu en cette matière à des arrêts refusant aux étrangers tel ou tel droit, parce qu'il était de droit civil stricto sensu. Ce catalogue au cours du XIXème siècle a lui encore aussi subi des restrictions. C'est ainsi que l'un des droits sur lesquels on avait le plus discuté, l'un de ceux qui apparaissaient comme essentiellement de droit civil stricto sensu s'est trouvé étendu dans les rapports internationaux aux étrangers par le législateur français, c'est le droit d'adoption. L'article 345 nouveau du code civil (loi de 1923) a accordé dans les rapports entre étrangers et Français le droit d'adoption, et a permis par conséquent aux étrangers d'adopter des français. La Cour de Cassation, 1825, en avait fait un droit civil au sens strict, et voilà dans le catalogue restrictif un droit de plus supprimé.

J'ai signalé que la loi du 26 novembre 1873 , art. 9 avait dans certaines conditions accordées aux étrangers la protection du nom commercial. Là encore c'est une matière sur laquelle la jurisprudence avait pris parti restrictivement. Un arrêt des Chambres réunies du 12 Juillet 1848, (S. 1848.I. p. 418) en avait fait une faculté du droit civil. Si bien que ce n'est guère que sur un nombre très restreint de points que nous allons avoir à signaler des restrictions de droit pour l'étranger relevant du droit commun; les droits qui ne lui appartiennent pas et qui appartiennent aux français. Nous allons voir d'ailleurs à quel point dans certaines questions la matière de la condition des étrangers coïncident avec le conflit des lois, et c'est

Source : BIU Cujas

pourquoi il était bon de connaître les principes des conflits des lois en abordant cette matière.

Prenons d'abord les droits de famille. Dans les droits de famille nous rencontrons deux matières sur lesquelles la controverse s'est exercée et où la jurisprudence a marqué une restriction au détriment de l'étranger : la tutelle et l'hypothèque légale. Ce sont là les deux points les plus importants, fondamentaux, du droit de famille où l'on peut observer encore - nous allons voir dans quelles conditions et avec quelle nuance - une différence de traitement entre un étranger soumis au droit commun et le Français.

°)La tutelle radition ancienne faisant e la fonction e tuteur une aculté de droit ivil.

En ce qui concerne la tutelle, elle a été longtemps considérée, de même que l'adoption, comme une fonction publique et rattachée au statut civique, au statut de la cité, par conséquent considérée comme de pur droit civil stricto sensu. C'est ce qu'a proclamé la jurisprudence, et la Cour de Paris notamment dans un arrêt célèbre. (Cour de Paris, 21 mars 1861 S.1861. 2.p. 209 . affaire Gibert.)

Tempérament de droit naturel apporté à cette solution en faveur de l'ascendant du mineur.

Mais ici immédiatement un tempérament est à noter. La Cour de Cassation n'a pas pu aller jusqu'au bout du système, et notamment dans un cas particulièrement intéressant, le cas où un mineur Français avait un ascendant étranger, et où il apparaissait naturellement que le meilleur soutien de ce mineur pouvait être son ascendant; la Cour de Cassation a considéré que le droit naturel de direction et de surveillance qui incombe aux ascendants par rapports aux descendants ne pouvait pas être refusé à un ascendant, même étranger. Et le 16 février 1875 (S. 1875.I. p. 193 avec une note de Labbé. D. 1876.I. p. 49) la Chambre civile a admis le tempérament. L'étranger pourra en territoire français posséder la tutelle de ses descendants. D'ailleurs, dans la pratique internationale, il arrive souvent que des autorités françaises confèrent à des étrangers en France la tutelle sur un mineur étranger, il en est ainsi notamment dans la pratique des juges de paix. Lorsqu'un mineur étranger sollicite l'obtention d'une tutelle, les juges de paix ne s'y refusent pas, notamment lorsqu'il s'agit d'un mineur belge, ce qui arrive fréquemment dans les régions frontières. La tutelle est organisée par le juge de paix français comme s'il s'agissait d'une véritable tutelle française. Dans la pratique même, par conséquent, cette interdiction du droit d'exercer la tutelle pour l'étranger en France, malgré la formule tranchante, se trouve très sérieusement atténuée.

Tempérament de fait résultant e la pratique nternationale.

') Assimila-

Au contraire, en ce qui concerne l'hypothèque lé-

Source : BIU Cujas

tion de l'Hypothèque légale en Jurisprudence à une faculté de droit civil.

gale de la femme mariée et les hypothèques légales du mineur, nous ne trouvons pas d'atténuation au principe que seuls les biens des tuteurs français ou des maris français d'une femme française peuvent être grevés de l'hypothèque légale. La Cour de Cassation l'a déjà proclamé en I852. Elle y est revenue dans d'autres arrêts, notamment dans un arrêt du 4 mars I884. (S. I884.I. p. 273. D .I884.I.p. 205). C'est l'arrêt fondamental. Il faut y joindre cependant parce que les motifs en sont extrêmement nets, bien qu'il s'agisse d'un cas où il y avait un traité diplomatique avec la Suisse, un arrêt de la Chambre des Requêtes, 27 janvier I903 (S. I904, I. P.8I. D. I903.I.p. 249).

Pourquoi donc la jurisprudence est-elle si rigoureuse ? Les motifs sont variés. Le principe, cependant est affirmé par la jurisprudence. Les arrêts proclament à l'envie que l'hypothèque légale ne relève pas du droit des gens, que c'est une institution du droit civil, et l'arrêt de I903, cité précisément à dessein, comporte sur ce point des motifs extrêmement nets. " Attendu que l'hypothèque légale au profit des femmes mariées ne relève pas du droit des gens, qu'elle est une création de la loi positive...." On voit l'opposition mise par la jurisprudence entre les facultés du droit des gens et les droits civils. Elle relève du droit civil, elle est une création de la loi positive, destinée à régler, dans les pays où elle est instituée, la condition et la protection des femmes investies de cette garantie. L'hypothèque confère donc un droit civil aux femmes qui ont cette garantie. La jurisprudence en cette matière proclame la distinction préconisée par Aubry et Rau, la distinction traditionnelle entre les facultés du droit des gens et les droits civils stricto sensu. C'est pourquoi je signale cet arrêt, qui permet de dire que dans une certaine mesure - et nous verrons que la jurisprudence y rentre de plus en plus - la jurisprudence a fait sienne cette distinction du système d'Aubry et Rau.

Influence exercée sur cette solution par la considération du conflit de lois.

Mais tout ceci n'est que de l'affirmation. Nous ne voyons pas apparaître la raison. On nous affirme bien que l'hypothèque légale fait partie du droit civil et non pas du droit naturel, mais pourquoi ? Ici les auteurs se sont évertués à compléter l'oeuvre de la jurisprudence. Certains ont dit que c'était parce que l'hypothèque légale était une création particulière au droit français, que c'était une création de la loi française, qu'elle n'existe dans aucun autre pays étranger, sinon chez ceux qui ont copié le code Napoléon. Pillet a réfuté assez facilement cette argumentation en montrant que si dans les pays étrangers n'existe pas l'hypothèque légale, il existe d'autres

Source : BIU Cujas

institutions que peut-être nous ne connaissons pas, notamment le système des "trust" et "trustees ", dans les pays anglo-saxons, qui donnent aux incapables des garanties d'ordre judiciaire extrêmement énergiques par rapport à leur protecteur. Aussi a-t-on recherché dans une autre direction l'explication. Cette explication est la suivante : l'hypothèque légale est de droit immobilier. C'est un droit sur un immeuble. Or l'article 3 § 2, dit que les immeubles, même ceux possédés par les étrangers, sont régis par la loi française, ce qui indique bien que seule la loi française est apte à conférer une hypothèque sur des immeubles français et que par conséquent des lois étrangères ou des actes passés sous l'empire d'une loi étrangère, comme un mariage ou comme l'ouverture d'une tutelle ne sont pas susceptibles de faire intervenir sur des immeubles français des droits immobiliers aussi graves que le droit de l'hypothèque. C'est l'argumentation que l'on rencontre dans la plupart des livres pour justifier cette solution que l'hypothèque légale est de droit civil et ne relève pas du droit des gens.

Pour finir, il faut en analyser la nature, car cette réponse, comme l'a fort bien montré Pillet, est une réponse faite non pas sur le terrain de la condition des étrangers, mais sur le terrain du conflit des lois. En effet, invoquer l'article 3, dire que la loi étrangère n'a pas l'aptitude à conférer sur le sol français une hypothèque légale, c'est venir invoquer une raison tirée de l'autorité et de l'étendue des lois dans l'espace, et par conséquent tirée de la matière des conflits de lois, et nous en retrouvons une preuve dans le prélèvement successoral; en cette matière les deux données distinctes de la condition des étrangers et des conflits de lois ne sont pas aussi séparées qu'on veut bien le dire.

Telles sont dans l'ordre des droits de famille les deux seules applications que l'on rencontre de la restriction concernant le droit des étrangers.

Nous arrivons maintenant à deux doctrines et deux jurisprudences qui se sont développées en marge de certains articles du code civil; l'une en marge de l'article I3, c'est la théorie du droit au domicile des étrangers et l'autre en marge des articles I4 et I6, c'est la théorie du droit pour les étrangers d'ester en justice en France.

3°) La question du droit pour l'étranger d'avoir un domicile en France.

3°) Domicile des étrangers.

L'article I3 du code civil avait, jusqu'à la loi de I927 sur la nationalité, institué la possibilité pour les étrangers d'obtenir l'autorisation à domicile ; grâce à cette autorisation, obtenue par décret ils se trouvaient placés, relativement aux droits ci-

Source : BIU Cujas

vils, dans une situation d'assimilation complète avec les Français. Lorsque l'admission à domicile n'avait pas été sollicitée, avant la loi de 1927, pouvait-on dire que les étrangers pouvaient avoir en France un domicile ? La question était très longuement débattue en doctrine comme en jurisprudence. On s'est même demandé en doctrine si la question était bien posée sous la forme où je viens de la formuler. S'agit-il de savoir si un étranger peut avoir un domicile en France sans l'autorisation gouvernementale, ou au contraire, la question n'est-elle pas simplement de savoir quels étaient les effets du domicile, soit effets communs aux Français et aux étrangers, soit effets spéciaux aux Français; était-ce une question de domicile ou d'effets du domicile ?

Thèse négative-Arguments a contrario des art. 102 et 13 C.C.

La doctrine était divisée. Un très grand nombre d'auteurs niaient pour l'étranger la possibilité d'avoir légalement un domicile en France en dehors des conditions de l'article 13 du code civil, en dehors de l'admission à domicile prononcée et octroyée par décret.

Leurs arguments étaient assez frappants, argument de texte tout d'abord. A l'époque de l'exégèse, on tirait, en particulier, un argument a contrario de l'article 102 du code civil au titre du domicile, article aux termes duquel " le domicile de tout Français quant à l'exercice de ses droits civils est au lieu où il a son principal établissement".

" Le domicile de tout Français est...." disait-on, c'est donc que l'étranger n'est pas visé dans la loi, c'est donc que l'étranger ne peut pas avoir de domicile. On tirait aussi argument de l'article 13 : dès l'instant où la loi avait prévu dans l'article 13 que l'étranger devait demander à être autorisé par décret à fixer son domicile en France, c'est donc a contrario, qu'en l'absence d'une autorisation de ce genre l'étranger ne pouvait pas avoir de domicile.

Argument rationnel tiré de la nature du domicile.

Enfin, dans cette controverse classique, on faisait intervenir un argument d'ordre rationnel, d'ordre technique : le domicile, disait-on, est le résultat d'une fiction légale, le domicile est une abstraction c'est une relation établie par la loi entre un endroit déterminé du territoire, un lieu et une personne envisagée; cette relation, cette abstraction qui engendre une fiction légale de la situation de l'individu sur un point du territoire, c'est une institution purement civile, c'est du droit civil stricto sensu.

Tels étaient les trois arguments invoqués par les auteurs qui tenaient pour la négative.

Réponse à ces arguments.

Les arguments étaient réfutés par leurs adversaires, Ceux-ci prétendaient que même en l'absence d'une autorisation gouvernementale, les étrangers pouvaient

Source : BIU Cujas

avoir en France un domicile, on répondait point pour point aux trois arguments précédents.

Contre l'argument tiré de l'article 102, on faisait observer que l'article 102 employait cette tournure de phrase pour opposer les droits civils aux droits politiques : " le domicile de tout Français quant à l'exercice de ses droits civils". Il y avait donc là une opposition entre les droits politiques et les droits civils, il y avait donc là une opposition qui ne pouvait viser que les Français qui, seuls, peuvent bénéficier des droits politiques; on comprend donc que l'article 102 ait employé cette formule. On faisait remarquer encore que l'article 102 parle de l'exercice des droits civils, et que la question du droit pour les étrangers d'avoir un domicile n'est pas une question d'exercice mais une question de jouissance des droits. Voilà pour le premier argument.

Argument tiré par l'article 13 : on répondait que les partisans de la négative tranchaient la question par la question. L'article 13, dit-on, avait pour but simplement de déterminer les effets de l'autorisation quant elle était accordée, mais la question était précisément de savoir si l'étranger pouvait avoir un domicile quand l'autorisation n'était pas accordée. L'article 13 tranchait la question des effets de l'autorisation, mais laissait entière la question de savoir quelle était la situation de droit lorsque l'autorisation n'avait pas été donnée.

Enfin, en ce qui concerne la conception du domicile résultat d'une fiction légale, on faisait observer en réponse, que le domicile est une institution reconnue par toutes les législations, que c'est une institution par conséquent du droit naturel, du jus gentium, et non pas une institution stricto sensu.

Thèse positive Arguments tirés de l'art. 13 a contrario et d'autres textes, en faveur du domicile de l'étranger non autorisé.

Ayant ainsi répondu aux arguments adverses, ceux qui prétendaient que les étrangers même n'ayant pas obtenu d'autorisation, pouvaient avoir un domicile présentaient deux arguments. D'abord un argument tiré, à leur tour, de l'article 13. L'article 13, lorsqu'on l'examine de près reconnaît implicitement un droit au domicile sans autorisation puisqu'en disposant que l'étranger, qui aura obtenu l'autorisation à domicile, jouira de certains droits civils comme les Français, il donne à entendre que celui qui aura établi son domicile sans autorisation ne jouira pas des droits civils; voilà exactement ce qu'il faut comprendre de l'article 13 interprété à contrario. Cela ne veut pas dire qu'il n'aura pas un domicile, au contraire il pourra avoir établi son domicile.

Enfin autre série d'arguments. Un certain nombre de textes parlaient, avant la loi de 1927, à propos des

Source : BIU Cujas

étrangers n'ayant pas obtenu l'autorisation à domicile, par exemple une loi du 23 août I87I, article 4, des " étrangers domiciliés en France avec ou sans autorisation"; de même la loi de I889 sur la nationalité parlait de "l'étranger domicilié en France à l'époque de sa majorité" sans viser spécialement l'autorisation à domicile.

Bref les deux opinions se combattaient et si la controverse s'est épuisée bien avant l'apparition de la loi de I927, c'est à raison des conséquences que la jurisprudence avait, nous allons le voir, tirées de ce qu'elle appelait et de ce que l'on appelait le domicile de fait. La jurisprudence ayant élaboré la doctrine de domicile de fait et attaché au domicile de fait un nombre important d'effets, la controverse sur le point de savoir si l'étranger pouvait avoir ou non droit au domicile en dehors des conditions de l'article 13 s'est épuisée.

Evolution de la Jurisprudence Tendance à attacher à la résidence certains effets du domicile; la théorie du domicile de fait-son application dans l'affaire Forgo.

En effet de très bonne heure, la jurisprudence avait été amenée à prendre parti sur la question du domicile des étrangers en dehors des conditions de l'article 13.C'est en particulier à propos de l'affaire Forgo que la jurisprudence a eu sur ce point à prendre position. En effet lors de la première phase de cette affaire, lors de l'arrêt de la Cour de Pau du 11 Mars I874, les tribunaux s'étaient trouvés en présence de la situation suivante : Forgo n'avait pas obtenu l'autorisation à domicile, mais il avait résidé en France à cette époque. Aussi la Cour de Pau avait-elle considéré que Forgo avait en France un véritable domicile alors même qu'il n'avait cependant pas obtenu l'autorisation à domicile. Le fait d'avoir résidé en territoire français pendant plus de soixante ans, d'y avoir fait le service militaire, et d'y avoir eu même légalement un domicile d'origine puisque sa mère était venue se fixer en France pendant la minorité (argument de l'article I08, al. 2 C.C.) avait conduit la Cour de Pau à déclarer que Forgo avait un domicile en France et y avait attaché les conséquences de droit.

La Cour de Cassation, dans son premier arrêt, chambre civile, 5 Mai I87I, avait estimé qu'en l'absence d'autorisation du gouvernement (article I3) on ne pouvait pas dire que Forgo avait un domicile légal et par conséquent on ne pouvait pas attacher à la résidence de Forgo les conséquences que l'on aurait attachées au domicile en France; mais en admettant la compétence du tribunal du lieu de la succession de Forgo pour le règlement de cette succession, la Cour de cassation montrait déjà qu'elle attachait une certaine importance juridique à la résidence, au domicile de fait.

Source : BIU Cujas

C'est après l'arrêt de renvoi de Bordeaux, le deuxième arrêt de la chambre civile de la Cour de Cassation 24 Juin I878 qui a alors fixé la jurisprudence, et, abstraction faite des conséquences qui ont été dégagées et que nous connaissons de la doctrine de la Cour de Cassation, en ce qui concerne le domicile de fait, elle l'a pris en considération. La Cour de Cassation a pris sous le nom de domicile de fait, en considération la longue résidence de Forgo pour y attacher des conséquences juridiques et notamment pour y attacher l'application de la loi bavaroise:" Même en admettant que Forgo est de nationalité bavaroise, la possession des biens meubles qu'il avait en France doit être régie par la loi française....." Par conséquent la Cour de Cassation a attaché des conséquences juridiques au domicile de fait, et reconnu que si les étrangers n'ayant pas obtenu conformément à l'article I3 l'autorisation au domicile, n'avaient pas de domicile de droit, ils avaient cependant un domicile de fait engendrant des conséquences juridiques et notamment l'ouverture de la succession et la possibilité de faire désigner la loi applicable.

Restriction postérieure des conséquences du domicile de fait aux seuls effets de procédure.

Par la suite, dans une évolution qui a été très étudiée notamment par Pillet dans son Précis (N° I43-I44 290 et ss.) la jurisprudence a étendu considérablement le champ des effets du domicile de fait des étrangers en France, la Cour de Cassation a eu à la fin du XIXème siècle à restreindre un peu sa jurisprudence comme le montre Pillet et à borner les effets du domicile de fait du domicile non autorisé à tout ce qui concerne l'administration de la justice, c'est-à-dire l'application des règles juridiciaires et de compétence des tribunaux à l'exclusion des effets proprement de droit civil, effets de procédure et non effets de droits civils, Pillet approuve cette tendance au nom de l'ordre général, car en effet, comme il le disait, cette jurisprudence était moins une faveur établie au bénéfice des étrangers, qu'une mesure générale prise dans l'intérêt de la pratique judiciaire, on réservait aux seuls étrangers autorisés les droits qui pouvaient passer pour des faveurs.

A la veille de la loi de I927 sur la nationalité, la Cour de Cassation sanctionnait de nouveau sa jurisprudence par des décisions importantes et des derniers arrêts ont été notamment un arrêt du 23 avril I925 (S. I927-I-I57), un arrêt des requêtes du 11 avril I927 (S. I927-I-2I6). Dans la première de ces espèces très curieuse et très intéressante il s'agissait du domicile du domestique français d'un étranger, et dans la deuxième il s'agissait de la compétence du tribunal de commerce du lieu du domicile de fait compétent pour pro

Source : BIU Cujas

noncer la faillite d'un étranger.

Toutes ces controverses présentent un intérêt pour ceux qui estimeraient qu'il y a lieu encore de distinguer pour les étrangers le domicile de droit et le domicile de fait; mais cette distinction me paraît particulièrement inutile aujourd'hui, depuis que la loi de I927 sur la nationalité, a abrogé l'admission à domicile. Nous verrons que l'admission à domicile a été supprimée avec les textes que la loi de I927 a abrogés. La loi de I927 a abrogé l'article I3, et dans beaucoup d'endroits nous verrons, à propos de la nationalité, (art. 3, 6,8 notamment de la loi de I927) que le législateur a parlé du domicile des étrangers alors qu'il ne s'agissait pas d'admission au domicile.

Inutilité actuelle de la distinction du domicile de droit et du domicile de fait.

Il en résulte qu'aujourd'hui un grand nombre d'auteurs et quelques décisions judiciaires, - il n'y a pas encore d'arrêts directeurs de la question-, estiment que depuis la loi de I927 l'étranger a en France un domicile, l'étranger a droit au domicile, indépendamment de toute autorisation du gouvernement et par conséquent sur ce point l'ancienne controverse étant close, il n'y a plus à faire figurer de droit au domicile, parmi les droits stricto sensu refusés aux étrangers. Le projet sur la condition des étrangers reconnaît formellement aux étrangers le droit au domicile (texte dans bulletin de la Sté des études législatives I928, page 325 et bulletin I930 page 92 le vote de la Société).

4°) Le droit des étrangers d'ester en justice.

4°) Ainsi en marge de l'article I3 s'est développée une jurisprudence curieuse et une doctrine intéressante, il en a été de même en marge des articles I4 à I6 du code civil, réglant la comparution en justice des étrangers.

Un certain nombre de questions se sont posées à cet égard dans le détail desquels je ne puis entrer, notamment en ce qui concerne le droit à l'assistance judiciaire des étrangers.

En effet, et c'est là un point important dans la théorie de la condition des étrangers, on s'est posé la question de savoir si le droit d'ester en justice n'était pas à considérer comme un droit civil stricto sensu, comme un droit civil dont les étrangers relevant du droit commun se trouvent exclus en France. La Cour de Cassation en I806 avait déjà proclamé et 100 ans après un arrêt du 5 Juin I905 (S. I905-I-305) maintenait encore la même doctrine , doctrine approuvée par les auteurs, notamment par Mr. Bartin sur le terrain de l'article I3 du code civil, de l'incompétence des tribunaux français pour connaître des procès entre étrangers. Le principe était que lorsque des étrangers voulaient plaider l'un contre l'autre devant des tribunaux français,

Principe traditionnel de l'incompétence des tribunaux français pour connaître des procès entre étrangers.

Source : BIU Cujas

on devait leur refuser de connaître de leur affaire, le droit d'ester en justice que les articles I4 à 16 ont réglementé dans les rapports entre Français et étrangers, n'accordant pas autorisation aux étrangers en tant que tels de plaider; les tribunaux français devaient se déclarer incompétents pour connaître des litiges entre étrangers. Ceci d'ailleurs, remarquait-on était traditionnel en France, il en était de même dans l'ancien droit. Comme cependant la juridiction consulaire avait obéi sur ce point à des principes plus libéraux, une exception était apportée en matière commerciale; l'accès des tribunaux de commerce est ouvert aux étrangers. Mais en principe, la règle est proclamée, le principe demeure et par la vertude la tradition, la jurisprudence et la doctrine le consacrent encore.

enversement en
it du princi-
par les ex-
ptions succes-
res qui y ont
é admises.

Mais il est arrivé à ce principe ce qui arrive la plupart du temps, notamment à la jurisprudence anglaise, lorsque les principes sont trop rigides; une série d'exceptions, progressivement, pas à pas, admises par les tribunaux ont fini par réduire la règle presque à néant. Mr. Bartin, Mr. Pillet, ont notamment développé et décrit cette jurisprudence célèbre. Un très grand nombre de questions se sont posées, qui ont amené les tribunaux tout en posant le principe de l'incompétence dans les litiges entre étrangers a admettre telle et telle exception. Il y a là une évolution célèbre, exceptions admises d'abord pour les actions immobilières, puis pour les délits civils commis en France, puis pour les obligations légales, puis encore pour les opérations commerciales pour les actes de commerce, localisés en France conformément à l'article 420 du code de procédure pour les interventions en justice, etc..

Aussi convient-il aujourd'hui de voir la vérité telle qu'elle se présente et de dire que le principe est renversé. Au lieu de proclamer l'incompétence de principe des tribunaux français dans les litiges entre étrangers, il vaut mieux dire que les tribunaux français sont compétents et se reconnaissent compétents, en fait, dans les litiges entre étrangers, sauf deux cas et des séries d'exceptions dont nous allons voir tout de suite le caractère.

exception-
où l'in-
étence sub-
e.

Premier cas : le cas où un procès commercial nous met en face d'éléments qui sont tous hors de France, conformément à l'article 420 du code de procédure civile, lorsque le lieu de la promesse, le lieu de la livraison, le lieu du paiement du prix sont hors de France; ce sont là des éléments de compétence de forme du contrat qui se trouvent hors de France et par con-

and aux
s de l'art.
.P.C. un
unal étran-
est compé-

Source : BIU Cujas

tent.

séquent conformément à l'article 420 un procès entre étrangers où le lieu de la promesse, le lieu de la l vraison et le lieu du paiement du prix serait à l'étranger, devrait amener l'incompétence du tribunal, voilà la première exception.

2°)pour les actions d'état, sauf exceptions.

La deuxième exception concerne les questions d'état. Les questions d'état soulevées entre étrangers devant un tribunal français devrait amener ipso facto le déclinatoire d'incompétence, sauf cependant, - et ici les tribunaux ont été amenés à poser des tempéraments à cette règle et notament à propos des divorces entre étrangers, d'abord lorsque ces étrangers sont domiciliés de fait en France et d'autre part n'ont pas de domicile connu à l'étranger, Ceci a été jugé à maintes reprises par la Cour de Cassation chambre civile, 1er Novembre 1920 (S. 1923-I-129) 30 Avril 1927 (S. 1927-I-208). Les divorces américains ont soulevé il y a quelques années beaucoup d'émotion. D'autre part un arrêt de la Cour de Paris du 15 Mai 1931, (D.H. 1931. 102) admet une demande en nullité de mariage débattue entre étrangers, comme susceptible d'être jugée par les tribunaux, admet la compétence des tribunaux français en cette matière dans ce litige entre étrangers. quand le défendeur ne justifie pas avoir conservé un domicile à l'étranger devant lequel le demandeur serait en état de le citer. Telle est la situation créé pour les procès entre étrangers devant les tribunaux français.

Causes de cette évolution.

La raison de cette évolution qui se manifeste est une raison qui puise ses motifs, d'abord dans l'ordre public, qui souvent est intéressé dans cette matière (Req. 20 Juillet 1911, S/ 1912 -I-132 pour une question de divorce où l'ordre public est intéressé, une tentative d'assassinat ayant été relevée dans cette affaire).

D'autre part, il y a lieu de tenir compte de l'importance croissante des effets du domicile de fait et de toute l'évolution que j'ai retracée tout à l'heure. Enfin ici encore la question s'est transformée; elle s'est transformée en ce sens que d'une question de jouissance de droits, d'une question de condition des étrangers, dirions nous pour employer la terminologie classique, la question s'est transformée en question conflit de compétence, de conflit de juridiction comme M. Bartin l'a fort bien montré.

Enfin pour en terminer avec la condition des étrangers relativement au droit commun, je citerai pour finir la jurisprudence qui s'est créée en marge des anciens articles 726 et 912 sur le prélèvement successoral organisé par la loi du 14 Juillet 1819.

Les incapacités dans l'ordre de la succession ab

Source : BIU Cujas

5-Droit de prélèvement successoral accordé au co-héritier français, exclu en tant que tel par la loi étrangère.

intestat et de la succession testamentaire qui se rattachait plus ou moins à l'ancien droit d'aubaine ont été supprimés par la loi du I4 Juillet I9I9 et remplacées par une institution qui porte le nom de "prélèvement successoral". Elle est visée par l'article 2 de la loi de I8I9, dans les termes suivants : " Dans le cas de partage d'une même succession entre les 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 seront exclus, à quelque titre que ce soit, en vertu des lois et coutumes locales". ". Telle est la pensée de la loi de I8I9 qui était très claire.. Il s'agissait notamment de contrebalancer certains effets de la législation anglaise qui refusait aux étrangers l'accès à la propriété immobilière; lorsqu'une succession entre étrangers et français s'ouvrait, laissant par exemple des biens immobiliers en Angleterre et des biens meubles en France, la loi voulait que le Français, privé de toute succession sur les biens immobiliers anglais, put se rattraper par voie de prélèvement sur les biens mobiliers sis en France, ce dont il était privé aux termes de la loi anglaise et en conséquence de ces dispositions. La pensée par conséquent du législateur de I8I9 ne laissait place à aucune équivoque et cependant la jurisprudence française a radicalement transformé le caractère de cette institution. Elle a dit et ceci apparaît alors au premier abord comme une infériorité de condition de l'étranger, que la loi de I8I9 avait pour caractère de sanctionner le principe de l'égalité des partages; elle a substitué à la notion d'égalité de traitement juridique, celle de l'application du principe de l'égalité des partages, celle de l'idée de compenser les défectuosités de la loi étrangère par comparaison avec la loi française.

Voici par exemple des spèces où au cours du XIXème siècle la jurisprudence est intervenue et a fait opérer le prélèvement; au cas de droit d'aînesse, lorsque l'un des cohéritiers se réclamait du droit d'aînesse sur des biens sis à l'étranger, la jurisprudence permettait de prélever sur les biens sis en France de quoi compenser l'infériorité créée par la loi étrangère sur ce point au détriment des puinés par rapport à l'aîné. (Req. I8 Juillet I859 S. lère Partie).

Transformations de ce droit par la jurisprudence, sous la considération du conflit de lois, en un procédé

Or il faut observer la déviation de la pensée du législateur, car dans une pareille hypothèse, le droit de prélèvement est accordé même à l'encontre d'un cohéritier français. Le reste est détourné de son sens; l'on n'envisage plus la question d'égalité de traitement juridique au regard de la loi des étrangers, mais de l'égalité des partages, le principe d'égalité qui

Source : BIU Cujas

de corriger certaines inégalités admises par la loi étrangère et inconnues en droit français.

doit régner dans les partages, au nom de l'ordre public français comme nous l'avons signalé antérieurement à propos de l'ordre public. De même pour le privilège masculinité, Chambre civile 27 Avril 1878 (S.1878-I-257) et plus récemment Cour d'Aix 7 Mars 1910 (S.1911-2 - 153).

Quel a été le résultat de cette jurisprudence. En apparence cette jurisprudence a créé pour l'étranger une situation inférieure; mais ce n'est qu'apparence; en réalité ce qu'a fait la jurisprudence dans la suite de ces arrêts, c'est de remplacer la loi successorale étrangère par la loi successorale française sur les biens sis en France.

Dès lors nous sommes amenés de la question de condition des étrangers, à une question de conflit des lois.

Je termine ainsi la liste assez restreinte des infériorités marquées par la loi française dans la condition des étrangers.

II - La condition des étrangers privilégiés.

II-Etrangers jouissant d'un traitement privilégié à raison d'un traité.

Nous savons que, depuis l'abrogation de l'article 13 du code civil, il n'y a plus, comme catégorie d'étrangers privilégiés, que ceux qui peuvent se réclamer de conventions diplomatiques avec la France aux termes de l'article 11.

Dans ce cas l'étranger sort du droit commun entre dans un régime spécial de privilège qui a pour objet d'écarter les incapacités diverses que j'ai indiquées.

Complexité de la matière.

La question est très complexe. Au premier abord elle paraît simple; en effet il semble, d'après les textes que l'étranger, lorsqu'il s'agit de réciprocité diplomatique aux termes de l'article 11, n'a qu'à représenter un instrument diplomatique, une convention entre le pays dont il est ressortissant et la France, et lorsque dans les cas particuliers où, à la réciprocité diplomatique est substituée ou accolée la réciprocité législative, il n'a purement et simplement qu'à présenter un texte de loi. Si en apparence et en théorie la solution est simple, en réalité, pour de multiples considérations, elle est beaucoup plus complexe. Un certain nombre de circonstances tout d'abord ont créé cette complexité. Pour la réciprocité législative, parfois, les textes ne sont pas très précis, les lois qui la requièrent contiennent des formules diverses, derrière lesquelles certains auteurs et certains arrêts ont été amenés à rechercher des différences de situation. Ainsi lorsque la loi sur la propriété commerciale, article 19, vient déclarer que les é-

Source : BIU Cujas

trangers n'en bénéficieraient que lorsqu'ils pourront justifier dans leur pays d'une législation analogue protégeant la propriété commerciale, c'est extrêmement précis, tandis qu'au contraire, souvent, dans certains cas tout au moins, le législateur emploie une formule plus large, comme dans les lois sur le nom commercial, les marques, les dessins et modèles où il est parlé de la législation interne du pays ou de sa législation tout court, sans viser le point précis qui faisait l'objet de la loi. Il arrive donc qu'on ne sait pas si on se trouve en présence d'une véritable réciprocité législative stricto sensu, ou de ce que les auteurs appellent une réciprocité législative de fait. Pour la réciprocité diplomatique la question est infiniment plus complexe (cf. Jean Nogaro " les traités d'établissement et le droit des étrangers en France"Thèse Paris 1930 qui énumère et non pas limitativement, la grande variété des instruments diplomatiques auxquels on peut avoir recours, variétés quant à la forme et variétés quant au fond).

Variété de fond et de forme des instruments diplomatiques.

D'abord, quant à la forme, les pratiques des chancelleries ont multiplié les distinctions derrière lesquelles sans doute se dissimulent des différences de nuances, traités, conventions, protocoles, accords, arrangements, déclarations, conventions consulaires ou même parfois simple échange de lettres entre ministres des Affaires étrangères; voilà les divers instruments des affaires diplomatiques en face desquels on se trouve parfois lorsqu'on étudie la question de l'étranger privilégié.

Quant au fond la variété n'est pas moins grande, les conventions sont variables en égard à leur objet. On est parfois en face de simples traités d'amitié, de commerce, de navigation, traités dits d'établissement ces traités visent soit à part, soit à la fois des matières économiques, comme par exemple les droits de douane, et des matières juridiques, comme par exemple l'admission ou le séjour des ressortissants. Variétés des conventions, mais variété surtout, et c'est là la principale cause de difficulté de la matière, variété dans les modes de concession des droits; on se trouve parfois en présence de traités à portée générale, ou de conventions à portée limitée. La difficulté n'est pas très grande , lorsqu'on est en face de clauses directes, de clauses visant directement tel droit concédé, par exemple dispense de la caution judicatum solvi, dispense de dérogation concernant la compétence des tribunaux, octroi du bénéfice de l'assistance judiciaire; voilà les clauses que l'on rencontre et qui ne donnent pas lieu à difficulté. Mais on se trouve parfois en face de clauses générales, en face de clauses de

Source : BIU Cujas

renvoi clauses générales, par exemple d'assimilation générale des étrangers au national et l'exemple type de la matière, c'est le traité le plus large, c'est l'accord franco-danois du 9 Février 1910 le plus libéral, et auquel on se réfère constamment,, qui stipule que les citoyens danois en France et les citoyens Français en Danemark pour ce qui regarde l'exercice des droits civils, ainsi que pour l'exercice des métiers et des professions industrielles et commerciales, jouiront des mêmes droits, privilèges, libertés, faveurs, immunités, exemptions qui sont ou seront accordés aux nationaux. Voilà le texte le plus large que l'on rencontre dans les conventions et alors ces clauses générales prennent de l'importance lorsque dans certains autres traités l'on trouve des clauses de renvoi, et notamment la clause la plus fameuse, la clause de la nation la plus favorisée. Lorsqu'un traité contient, en dehors de cette stipulation spéciale une formule générale de renvoi à la clause de la nation la plus favorisée, on se demande exactement quelle est la portée de cette clause et quelle est également la portée de la clause de la nation favorisée qui est en l'espèce en France le traité franco-danois.

Renversement de valeur de la réciprocité diplomatique et de la réciprocité législative.

D'autres circonstances encore ont amené la complexité dans cette matière, notamment le fait du renversement de valeur qui s'est opéré entre la réciprocité législative et la réciprocité diplomatique. A l'origine, et lors de la discussion du code civil on avait voulu exiger la réciprocité législative et la réciprocité diplomatique; puis le texte n'avait plus visé que la réciprocité législative seulement et cette réciprocité législative avait paru insuffisante au premier consul qui l'avait remplacée par la réciprocité diplomatique, celle-ci apparaissant alors comme l'instrument le plus puissant. Il s'est trouvé que ces valeurs se sont inversées et qu'aujourd'hui les textes qui requièrent la réciprocité législative ne nous mettent plus en face de quelque chose de plus simple et de moindre que la réciprocité diplomatique, mais au contraire apparaissent aujourd'hui dans la législation comme plus sévères que la deuxième, comme une exigence plus rigoureuse.

Questions de principe soulevées par les lois et les traités à propos de la condition des étrangers.

Enfin, la matière se trouve compliquée par l'intervention de deux graves problèmes de principe, d'une part la question des rapports entre les traités, les conventions diplomatiques et la loi interne; la loi française, la loi interne peut elle impunément déroger aux conventions diplomatiques? et autre question, la question de l'interprétation des traités, l'autorité judiciaire est-elle fondée à interpréter les traités comme elle peut interpréter la loi, ou bien au

Source : BIU Cujas

contraire seul le gouvernement a-t-il la possibilité d'interpréter les traités, notamment le ministre des affaires étrangères à l'exclusion de l'autorité judiciaire ?

Toutes ces complexités on les trouve aujourd'hui dans la multitude des procès qui a placé le problème au premier plan de l'attention des juristes praticiens car le terrain actuel de la controverse ce sont les lois sur la propriété commerciale et sur les loyers, notamment l'article I9 des lois de I926 et I927 sur la propriété commerciale qui "expressis verbis" n'accorde cette propriété qu'aux étrangers qui justifient que, dans leur propre pays, les Français bénéficient, de par la loi, d'avantages identiques, par conséquent exigent la réciprocité législative. C'est là le premier terrain de discussion.

D'autre part pour les loyers civils, les articles 4 et 5 des lois de I926 et I929 sur les loyers - l'article 4 qui réserve sauf quelques exceptions et notamment l'exception diplomatique le droit à la prorogation, aux seuls plaideurs de nationalité française et l'article 5 sur le droit de reprise qui ne parle que du propriétaire de nationalité française - semblant écarter par prétérition le propriétaire de nationalité étrangère.

Et alors, la question est de savoir non pas en droit commun puisque le droit commun est établi par ses lois, mais en présence d'un étranger privilégié couvert par des traités diplomatiques, comment la question se règle.

L'intervention gouvernementale dans la question.

Avant de montrer comment la jurisprudence, à l'heure actuelle, évolue sur la question, il faut signaler qu'il s'est produit en I929 sur cette question une intervention gouvernementale qui a singulièrement compliqué la matière.

(Cf. sur cette intervention deux thèses de doctorat récentes : " les étrangers et la propriété commerciale", thèse de M. Ronseray, de Mars I930; et " La législation française des loyers et les étrangers", thèse de Mme. Judenstein, du 30 Novembre I93I.)Les divers documents la concernant étaient les suivants :

Lettres du Ministère des affaires étrangères avec les gouvernements anglais et suisse.

D'abord un échange de lettres entre le Ministre des Affaires Etrangères d'alors, M. Briand, et certains représentants diplomatiques des états étrangers en France, l'ambassadeur de Grande-Bretagne et le Ministre de Suisse.

Un très grand nombre de réclamations était intervenu auprès de la Chancellerie des Affaires Etrangères, en raison de l'application ou de la non application aux étrangers des Lois en question.

Le 2I Mai et le 25 Mai I929 furent échangées des

Source : BIU Cujas

lettres entre l'ambassadeur de Grande-Bretagne et le Ministre des Affaires Etrangères sur l'interprétation de la convention franco-britannique du 28 Février I882, relativement à ces questions (du 20 Juillet I929, et Recueil des Textes usuels de Droit International Privé, de MM. Niboyet et Goulé, supplément de I929 Page 5I).

L'échange de lettres avec le Ministre de Suisse est du 11 et 26 Juillet de la même année, concernant l'interprétation de la convention franco-helvétique du 23 Février I882 (5 et 6 Août I929, Recueil Niboyet et Goulé, supplément I9, page 73).

Ce sont des documents très importants qui compliquent - nous allons le voir - singulièrement la question.

Mais en dehors de cet échange de lettres de caractère bilatéral, qu'on peut concevoir comme un complément des conventions internationales, il y a encore deux documents : une lettre du Ministre des Affaires Etrangères au Garde des Sceaux du 22 Juillet I929, ayant pour objet de signaler au Ministre de la Justice l'interprétation donnée à la convention franco-britannique et signalant que le Ministre des Affaires Etrangères avait seul compétence pour interpréter exclusivement et unilatéralement les dispositions des conventions, semblant exclure la possibilité d'interprétation des tribunaux. C'est ce qu'on appelle la lettre contenant déclaration interprétative du Ministre des Affaires Etrangères français.

Lettre contenant déclaration interprètative du Ministère des affaires étrangères françaises.

Enfin, quatrième document : en conséquence des précédents, une circulaire du Garde des Sceaux au premier Président et aux Procureurs Généraux, en date du 22 Juillet I929, sur l'interprétation des conventions diplomatiques en matière de Législation sur les Loyers (I2 et I3 Août I929).

Circulaire du Garde des Sceaux.

Tels sont, les documents concernant l'intervention gouvernementale. Devant les Chambres on a essayé de faire trancher la question; des efforts ont été tentés dans ce sens, mais les interventions, du Ministère des Affaires Etrangères, en particulier, ont été vaines dans diverses séances de la Chambre et du Sénat. (Sénat, 8 Avril I927, lors de la discussion sur la Propriété commerciale - Chambre 28 Mai I929, lors d'une discussion sur les loyers). On n'a pas pu aboutir. La question reste en définitive entre les mains des tribunaux, ainsi que cela a été reconnu au Sénat à la séance du 2I Mars I93I, par le Garde des Sceaux et le Rapporteur de la Commission, M. Moran, sénateur.

Ceci complète la base documentaire de la question. Elle est aujourd'hui en jurisprudence essentiellement dominante en raison d'un arrêt d'une importance

Source : BIU Cujas

'affaire San-
hez.Un espagnol
eut-il en se
ondant sur la
onvention fran-
o-Espagnole de
862 se préva-
oir des lois
e I926 et I927
rrêt de Cassa-
tion du 22 Déc.
I statuant à
ropos du droit
our les étran-
ers de jouir de
a propriété com-
erciale, à la
ois sur une
uestion de ré-
iprocité légis-
ative et de ré-
iprocité diplo-
atique

considérable qui a été reproduit dans tous les recueils avec les conclusions du Procureur Général près la Cour de Cassation, M. Matter, dans l'affaire Sanchez, c'est le nom du locataire. Les parties étaient Sanchez contre les consorts Goslant; on dit couramment l'affaire Sanchez (Cassation Chambre Civile, 22 Décembre I93I, Dalloz I932, I - I3I; Sirey I932, I, 257, et Revue du Droit international Privé I932, page 83)

Cette affaire portait sur l'interprétation de l'article ler de la Convention consulaire franco-espagnole du 7 Juin I862, et les rapports entre les termes de cette convention et l'article I9 de la Loi sur la Propriété commerciale du 30 Juin I926, modifiée le 22 Avril I925

La convention consulaire portait notamment dans son article ler la formule suivante :

" Article ler - Les sujets des deux pays pourront "voyager, résider, s'établir, etc..
" Louer des maisons, boutiques et magasins qui leur se-" ront nécessaires, etc... en observant dans tous les " cas les conditions établies par les lois et règle-" ments en vigueur pour les nationaux"

Est-ce que cette formule pouvait s'appliquer aux faits de la cause ? Ceux-ci étaient très simples. En date du 24 Mars I9I9, M. Sanchez alors sujet espagnol, avait loué pour neuf années un magasin situé en Algérie à Constantine. Le bail devait venir à expiration le I6 Juin I928 et le locataire à ce moment, conformément aux prescriptions de la Loi du 30 Juin I926 par les formalités de procédure appropriées se mit en mesure de bénéficier de la Loi sur la Propriété commerciale, vis-à-vis des propriétaires d'alors, les consorts Goslant.

Les faits sont très simples, c'est une pure et simple affaire de propriété commerciale. Elle s'était compliquée du fait que dans l'intervalle Sanchez s'était fait naturaliser français. Mais il était espagnol à l'époque de l'expiration du bail, et comme je le montrerai à propos de la naturalisation, celle-ci n'ayant pas d'effets rétroactifs; sur ce point, les arrêts et notamment celui de la Cour de Cassation repoussèrent Sanchez.

Plaçons-nous purement et simplement en face de la question soumise à la Cour de Cassation : Est-ce que Sanchez, sujet espagnol pouvait, aux termes de la convention franco-espagnole et de l'article I9 de la Loi de I926-27, invoquer la propriété commerciale ?

L'article I9 n'exige pas la réciprocité diplomatique mais il exige la réciprocité législative, c'est

Source : BIU Cujas

à-dire qu'en principe un étranger ne peut bénéficier de la Loi sur la Propriété commerciale qu'à la condition que sa propre législation offre aux Français les mêmes garanties, une loi identique ou des textes identiques sur la Propriété commerciale.

Les conclusions du P.G. Matter.

La Cour de Cassation, dans cet arrêt devenu célèbre, a repoussé la demande de l'étranger ; elle l'a fait d'après les conclusions très étudiées du Procureur Général Matter. Celui-ci s'est appuyé sur les textes, sur les travaux préparatoires et sur deux arguments de raison. Tout d'abord sur le texte de la loi de 1926-27, très clair et très catégorique :

" Le texte exclut des avantages de la loi tout " commerçant de nationalité étrangère appartenant à " des pays où n'existe pas, au profit des Français, " une législation analogue protégeant la Propriété " commerciale".

C'est donc très net. Il faut que les étrangers prouvent qu'il y a dans leur pays une loi protégeant d'une manière analogue les français locataires ou propriétaires. Dans le cas dont nous parlons, il n'en était pas ainsi en Espagne - les choses ont changé depuis -, par conséquent, on devait repousser la demande de Sanchez, eu égard au texte donné.

Les travaux préparatoires analysés par le Procureur Général sont également très clairs et très catégoriques. Il est à remarquer que le législateur était averti, et notamment averti par des notes des Affaires Etrangères, lues par son représentant, le Commissaire du Gouvernement, à la tribune du Parlement. Et c'était donc en toute connaissance de cause, sachant qu'il existait des conventions diplomatiques entre la France et diverses autres nations, que le législateur a voulu affirmer que seule la réciprocité législative et non pas une convention diplomatique pouvait permettre à un étranger de bénéficier de la Loi sur la Propriété commerciale.

A ces arguments de textes et de travaux préparatoires, se joignaient, d'après le Procureur Général, deux arguments rationnels.

D'abord : comment contraindre un Etat à accorder à l'étranger ce que les étrangers refusent à ses propres nationaux dans leurs pays ? Comment admettre qu'un pays oblige à reconnaître un droit que lui-même refuse aux nationaux du pays à qui s'adresse la réclamation ? Il y a là évidemment quelque chose de choquant. Et, d'autre part - second argument de raison - La loi du 30 Juin 1926 ne prive par les étrangers d'un avantage qu'ils puisaient dans les conventions diplomatiques antérieures; elle ne diminue par les droits qu'ils possédaient à la date du 30 Juin 1926; elle les

Source : BIU Cujas

empêche seulement de jouir d'une nouvelle création, d'un droit nouveau créé par le législateur appelé : la propriété commerciale. C'était une innovation, un droit nouveau créé. Le législateur n'en prive pas les étrangers; il s'est borné à créer ce droit qui n'existait pas encore et à le créer exclusivement en le réservant aux seuls Français.

Les attendus de l'arrêt.

Tels sont, brièvement résumés, les arguments du Procureur Général; ils ont emporté la conviction de la Cour de Cassation. Voici en substance les trois points qu'il convient de retenir dans les attendus de l'arrêt :

En premier lieu sur le sens de l'article 19 :

L'article 1er a entendu créer au bénéfice des Français un nouveau droit civil. C'est ce que dit en termes exprès l'arrêt :

Création d'un nouveau droit civil réservé aux français et dont les étrangers ne peuvent jouir que sous la condition de justifier de la réciprocité législative et de la réciprocité diplomatique.

" Que les termes catégoriques et absolus du texte
" te expriment clairement la volonté, d'ailleurs main-
" tes fois manifestée au cours des débats parlementai-
" res, de créer au profit des seuls français, un nou-
" veau droit civil dont les étrangers, même appartenant
" à un pays lié à la France par un traité d'établisse-
" ment ne puissent bénéficier, que sous la condition
" généralement posée par l'article 11 du Code civil de
" l'existence dans ce pays d'un droit analogue au pro-
" fit des français".

La fin de ce premier attendu a donné lieu à beaucoup de controverses dans les notes qui accompagnent les arrêts car l'article 11 du Code Civil ne vise pas la réciprocité législative mais la réciprocité diplomatique.

Second point à relever concernant le sens des conventions :

La convention n'accorde pas la jouissance des droits civils mais ne confère que les aptitudes relevant du droit des gens.

" Les conventions n'accordent pas en principe la
" jouissance des droits civils, elles visent simplement
" les aptitudes qui sont reconnues aux étrangers et qui
" ne relèvent que du droit des gens."

Dans cette affirmation on rencontre alors l'opposition que nous avons rencontrée à propos de l'étranger ordinaire, entre les droits civils stricto sensu et les facultés ou avantages relevant du droit des gens.

Et la Cour de Cassation, faisant sienne cette distinction, cette fois à propos des étrangers privilégiés et non plus à propos des étrangers ordinaires. vient dire : Qu'en principe les traités d'établissements, les conventions diplomatiques ne portent que sur des aptitudes relevant du droit des gens lorsqu'elles n'ont pas en face d'elles une législation qui, elle, reconnaît aux étrangers le bénéfice des droits civils stricto sensu.

Voilà le second attendu qui n'a pas donné lieu

Source : BIU Cujas

moins de controverses et à moins de critiques que le premier.

Compétence reconnue aux Tribunaux judiciaires, contrairement à l'opinion du gouvernement, d'interpréter les Traités.

Enfin, dans ce dernier attendu, la Cour de Cassation prend parti et définitivement sur un des problèmes que j'ai signalé concernant le point de savoir si l'autorité judiciaire a ou non la possibilité de trancher l'interprétation des traités; et contrairement à la lettre et à la prétention du Ministre des Affaires Etrangères, elle proclame :

" Que les dispositions et traités sont soumis à
" sa souveraine appréciation.

" Que de cette disposition dont les tribunaux ju-
" diciaires saisis des conflits d'intérêts privés, ont
" nécessairement qualité pour déterminer le sens et la
" portée"

Portée de l'arrêt Sanchez.

Cet arrêt d'une importance considérable a donné lieu à une controverse extrêmement ardente qui n'est pas encore apaisée. Voici l'analyse exacte des conséquences qui se dégagent des attendus de cet arrêt :

Exclusion des étrangers du bénéfice de la propriété commerciale. Contradiction avec la solution admise pour les loyers civils par la commission supérieure des loyers

I°) Par rapport à la jurisprudence antérieure. Il faut remarquer que cet arrêt est conforme à la fois à la jurisprudence antérieure de la Cour de Cassation et conforme à la jurisprudence de la majorité des Cours d'Appel. La Cour de Cassation, Chambre des Requêtes, dans une affaire de peu de mois antérieure à l'affaire Sanchez, le I2 Mai I93I (affaire que nous allons retrouver à propos du droit des collectivités, affaire de la Société Remington) (D.H. I93I, page 329; S. I932 I-57). La Cour de Cassation avait déjà exclu parce que société américaine la Société des machines à écrire Remington du bénéfice de la propriété commerciale. Et, Chambre Civile, maintenant l'interprétation de la Chambre des Requêtes.

D'autre part, la Cour de Paris, dans un certain nombre d'affaires qui n'étaient point encore venues devant la Cour de Cassation, - nous verrons qu'elles sont venues depuis-, notamment l'affaire Spilka, (il s'agissait d'un Tchéco-Slovaque Juillet I928, Dalloz I928, II-I29) avait exclu pour les mêmes raisons sur le vu du traité entre la France et la Tchéco-Slovaquie l'étranger du bénéfice de la propriété commerciale.

Mêmes décisions très nombreuses, dans d'autres affaires , de la Cour de Paris, de la Cour de Lyon, de la Cour de Toulouse, de la Cour d'Alger, de la Cour d'Amiens. Mais il importe de noter qu'en matière de loyers civils le dernier mot appartient non pas à la Cour de Cassation à proprement parler, mais à la Commission Supérieure de Cassation organisée par les Lois sur les loyers pour désencombrer la Cour Suprême de toutes ses affaires. Cette Commission Supérieure, sur les articles 1,3 et 2I des Lois sur les loyers civils et baux civils

Source : BIU Cujas

avait pris antérieurement à l'arrêt Sanchez une position différente. Dans de très nombreuses décisions elle avait accordé à l'étranger le bénéfice notamment de la prorogation en vertu de l'article 4 de la Loi du 1er Avril 1926. En ceci en particulier au vu de la convention franco-espagnole. (Décisions de la Commission Supérieure des Loyers du 21 Novembre 1929, entre autres décisions : affaire Cavallero, Sirey 1930, I - 161; Dalloz 1932, I-118; et les autres décisions des Tribunaux des Loyers).

Dans l'affaire Cavallero, la Commission Supérieure avait été formelle :

" Attendu que, de l'interprétation donnée par le " Ministre des Affaires Etrangères (la déclaration in " terprétative du 22 Juillet 1929) s'imposait aux tri- " bunaux, faisait corps avec la convention consulaire."

Il y avait, en somme, conflit entre la Cour de Cassation et la Commission Supérieure des Loyers, non pas à proprement parler sur la même loi et sur le même texte, mais sur la même question.

Telle était la première conséquence de l'arrêt Sanchez.

ffirmation du rincipe de la upériorité de a loi sur le raité.

La deuxième conséquence : c'est que cet arrêt tranchait en faveur de la Loi une controverse de principe indiquée à propos des sources du Droit International Privé, dans laquelle je n'ai pu entrer : controverse sur les rapports de la Loi interne et des conventions diplomatiques. La thèse du pourvoi appuyée d'ailleurs sur la déclaration interprétative et les lettres du Ministre des Affaires Etrangères était que la loi doit s'incliner devant les conventions diplomatiques, que le législateur ne légifère que sous réserve des droits conférés par les conventions

La Cour de Cassation n'a envisagé que la loi et avait établi au contraire que la loi l'emportait sur les conventions; c'est du moins ce qui résulte des conclusions du Procureur Général et des textes de l'arrêt.

Telle est la seconde constatation en face de l'arrêt.

ompétence des ribunaux pour nterpréter les raités dans es conflits d' ntérêts privés.

Troisième conséquence : La Cour de Cassation tranchait en faveur des tribunaux de l'ordre judiciaire la question de l'interprétation des traités. Les conclusions du Procureur Général rappellent les diverses thèses qui ont été soutenues, sur la matière, les unes excluant radicalement les tribunaux judiciaires du droit d'interpréter les traités; les autres le leur accordant.

En réalité, l'arrêt Sanchez, confirmant une jurisprudence antérieure, adopte en face des termes mêmes de l'arrêt, une solution intermédiaire. Il distingue entre les litiges d'intérêt privé et ceux qui soulèvent

Source : BIU Cujas

des points de vue ressortissant du droit public.

Depuis longtemps la Cour de Cassation avait adopté ce système de distinction, depuis l'affaire de la succession du Duc de Richmond, arrêt du 24 Juin 1839 rendu sur les conclusions de Dupin (Sirey 1839-I-578);

" .... cette disposition dont les tribunaux ju-
" diciaires saisis des conflits d'intérêts privés ont
" nécessairement qualité pour déterminer le sens et la
" portée".

Notre troisième constatation est donc la suivante : la Cour de Cassation maintient sa jurisprudence et estime que lorsqu'il s'agit de litiges d'intérêts privés, les tribunaux ont toute qualité pour interpréter souverainement les conventions diplomatiques.

Transport, à la catégorie des étrangers privilégiés de la distinction des facultés de droit civil et des facultés de droit des gens.

Quatrième et dernière conséquence : C'est, en ce qui concerne la doctrine, la plus importante - : la Cour de Cassation a donné à la distinction traditionnelle entre les facultés du droit des gens et les droits civils stricto sensu une extension qu'elle n'avait pas auparavant, et a donné à l'article 11 un sens nouveau. Elle a transporté dans le cas de l'étranger privilégié une distinction qui n'avait été faite jusqu'alors que pour l'étranger soumis au droit commun.

Cette distinction entre les facultés du droit des gens qui appartiennent à tous les étrangers sans qu'un texte soit nécessaire, et les droits civils stricto sensu qui n'appartiennent aux étrangers que dans les cas exceptionnels, (et, disait antérieurement la doctrine, en cas de traité diplomatique, en cas de situation privilégiée) est transportée maintenant dans le cas de l'étranger privilégié ; et alors l'article 11 se présente avec un sens nouveau. On fait rentrer la réciprocité diplomatique dans une hiérarchie au-dessus de laquelle on place la réciprocité législative.

Tel est l'effet de la doctrine inaugurée par la Cour de Cassation dans l'arrêt Sanchez.

Je n'entre pas dans le détail de ces quatre questions, qui sont abondamment traitées dans les notes qui ont accompagné l'arrêt. La discussion est considérable, elle est la plus importante du Droit International privé, et quelques exemples montreront que ce n'est pas une question qui date d'il y a cent ans, mais qu'au contraire, à tous instants les décisions dans la pratique se multiplient et dans les derniers fascicules, notamment dans le dernier du Recueil hebdomadaire de Dalloz, on en trouve encore une importante sur la question.

En effet, depuis l'arrêt Sanchez, qu'a fait la jurisprudence ? Abondance de décisions importantes et de la Cour Suprême, et de la Commission Supérieure de Cassation en matière de loyers.

Source : BIU Cujas

ersistance de
a Jurisprudence
e la C.Cass.
n matière de
ropriété com-
erciale.

La Cour de Cassation, dans des arrêts depuis décembre I93I a maintenu sa jurisprudence; elle l'a maintenue notamment à la Chambre Civile et à la Chambre des Requêtes. (Chambre Civile, 24 Février I932, Sirey I932, I-249, affaire Reynès toujours à propos du traité franco-espagnol, l'arrêt est identique à l'arrêt Sanchez) (Et Chambre Civile 30 Juin I932, H. I932, page 426, affaire Spilka).

Ici, il s'agissait de la convention diplomatique du I7 Août I923 passée entre la France et la Tchéco-Slovaquie (Recueil Niboyet et Goulé, Tome 1, page 759) et dans cette convention les rapports des sujets Français et Tchéco-Slovaques dans leurs pays respectifs devaient être gouvernés par la clause de la nation la plus favorisée.

On se réfère alors au traité franco-danois qui est le plus favorable, et, l'article 1er de ce traité interprété par la Cour de Cassation, ne permet pas à l'étranger d'invoquer le bénéfice de la propriété commerciale si un texte spécial de loi dans le pays considéré ne crée pas un droit identique au profit des français. La Chambre des Requêtes 8 Février I932, H. I932, page I46, à propos de la convention franco-belge du 6 Octobre I927, (Recueil Niboyet et Goulé, tome 1, page 394) déclare que les Belges ne connaissant pas de loi identique, faute de réciprocité législative, ne peuvent bénéficier de la Loi sur la propriété commerciale (Affaire Desmet).

ecul dela Ju-
isprudence de
a Commission
upérieure en
atière de pro-
gation de l-
ers civils
digence pour
accorder le
néfice aux
rangers de
onventions di-
lomatiques
aires.

Quant à la Commission Supérieure des Loyers statuant sur les loyers civils, sur le droit à la prorogation pour l'étranger (article 4 de la Loi sur les loyers) ou sur le droit de reprise du propriétaire (articles 5 et 2I de la même loi), elle a modifié en principe sa jurisprudence.

Dans plusieurs décisions elle a marqué depuis l'arrêt Sanchez un recul. C'est ainsi que dans une première décision du 24 Novembre I932, et surtout dans une seconde du 1er Décembre I932 H. I933, p. 7 et 8, affaire Lude qui mettait la Commission en présence d'un sujet russe soumis au statut international des russes (Statut international de Genève, arrangement du 30 Juin I928); et dans une autre décision qui mettait en présence d'un sujet chilien visant le traité d'amitié de commerce et de navigation avec le Chili du I5 Septembre I846. La Commission Supérieure de Cassation a, dans ces deux affaires, repoussé le droit à la prorogation pour l'étranger, revenant ainsi sur la jurisprudence antérieure à l'arrêt Sanchez et aussi sur une jurisprudence postérieure qui l'était développée jusqu'à I932.

Ainsi cette jurisprudence nouvelle de la Commission

Source : BIU Cujas

Supérieure de Cassation en matière de loyers, se range à la doctrine professée par la Cour de Cassation dans l'affaire Sanchez. On retrouve d'ailleurs, dans les décisions, la distinction de l'arrêt Sanchez entre les facultés du droit des gens et les facultés et droits civils stricto sensu.

Mais si ces décisions ont ainsi modifié le principe de la Commission Supérieure de Cassation en matière de loyers, cela ne veut pas dire que dans tous les cas cette Commission Supérieure exclut l'étranger du bénéfice de la loi sur les loyers. Elle proclame la nécessité de textes très clairs; et lorsqu'il s'agit des loyers civils il faut remarquer que la loi n'exige pas la réciprocité législative mais seulement la réciprocité diplomatique.

La réciprocité diplomatique est visée expressis verbis à l'article 4 de la loi sur les loyers. Quant à l'article 5, il ne parle même plus des conventions internationales, mais tout le monde reconnaît que ces deux articles se complètent sur ce point.

Par conséquent, lorsque - et c'est là le point délicat de la matière - les conventions diplomatiques sont telles qu'il apparaît bien que les étrangers peuvent bénéficier de l'avantage des lois sur les loyers, lorsqu'elles sont claires ou ont été éclairées ultérieurement, la Commission Supérieure des Loyers admet l'étranger au bénéfice de la prorogation ou du droit de propriété; et par conséquent, il faut en tout affaire de ce genre, analyser très strictement la convention diplomatique en face de laquelle on se trouve et les actes ultérieurs qui, peut-être, sont venus la compléter.

Et c'est ce qui s'est passé dans d'autres décisions extrêmement récentes, où l'étranger a alors eu gain de cause, et relativement au droit de reprise et relativement à la prorogation.

Pour la prorogation tout d'abord (article 4 de la loi sur les loyers), décision toute récente de la Commission Supérieure de Cassation du 22 Décembre I932 (H. I933, page 39). Il s'agissait d'un sujet suisse et la question était de savoir si le traité franco-suisse du 23 Février I882 permettait à un sujet suisse d'invoquer la prorogation en matière de loyers. Nous avons vu précédemment que précisément en matière de propriété commerciale où il faut la réciprocité législative cela ne s'accordait pas, mais en matière de loyers où il ne faut que la réciprocité diplomatique, les instruments des conventions échangées entre la France et la République Helvétique ont été reconnus suffisants. Et ils l'ont été parce que la convention comporte la clause de la nation la plus favorisé

Source : BIU Cujas

et parce que cette réciprocité avait été reconnue dans l'échange de lettres de I929 entre le Ministre des Affaires Etrangères français et le Ministre de Suisse; échange qui constitue une interprétation contractuelle de la convention et fait corps avec elle. Tandis que des instruments de ce genre n'auraient pas la possibilité de valoir réciprocité législative, ils consacrent, au contraire, la réciprocité diplomatique. (Commission Supérieure de Cassation , 22 Décembre I932, affaire Aoefflere, sur le traité franco-suisse du 23 Février I882 comportant clause d'assimilation aux nationaux et clause de la nation la plus favorisée).

Par conséquent un sujet suisse peut invoquer la prorogation en France. Voilà pour la prorogation en matière de loyer.

Pour le droit de reprise (article 2I et article 5 de la loi sur les Loyers) même jurisprudence. L'étranger en l'espèce il s'agissait encore d'un suisse et en outre d'un belge, peut lorsqu'il est propriétaire invoquer le droit de reprise bien que les articles 5 et 2I réservent le droit de reprise bien que les articles 5 et 2I réservent le droit de reprise aux propriétaires de nationalité française.

Commission Supérieure de Cassation I9 Janvier I933, H. I933, page II9, affaire Python contre Baumann; ici encore, sur le vu de la convention franco-suisse, et pour les mêmes motifs, on accorde au propriétaire suisse le droit de reprise, de même qu'on accordait au locataire suisse le droit de prorogation.

Enfin, les dernières décisions sur le droit de reprise (article 5 de la Loi sur les loyers) : Commission Supérieure de Cassation 2 Mars I933 dans le dernier Numéro du Recueil hebdomadaire de Dalloz : 4 Mai I933, page 255, affaire Wilms contre Seguin propriétaire belge qui, par interprétation de la convention franco-belge du 6 Octobre I927 a été reconnu comme apte à invoquer le droit de reprise, la convention franco-belge comprenant la clause de la nation la plus favorisée.

A vrai dire dans cette décision la Commission Supérieure n'a pas définitivement reconnu au sujet belge cette aptitude. La décision entreprise qui était une sentence du juge de paix du 4ème arrondissement de Paris a été cassée par défaut de motif pour ne pas s'être expliquée sur la convention et sur la portée de la clause de la nation la plus favorisée.

Il est évident que, de par le contexte même de l'arrêt, dans son premier motif notamment, et aussi de par les termes de la décision en matière franco-suisse du I9 Janvier I933 qui visait la clause de la

nation la plus favorisée, il est sous-entendu que cette interprétation doit bénéficier au propriétaire belge comme au propriétaire suisse puisque l'un et l'autre sont gouvernés par la clause de la nation la plus favorisée.

J'ai cru devoir insister sur cette question parce qu'elle est infiniment pratique, c'est une de celles qui se présentent journellement dans les consultations des spécialistes du Droit International Privé et elle illustre d'une manière particulière l'intérêt nouveau attaché à la condition des étrangers et notamment à la condition des étrangers privilégiés.

Les droits des collectivités.

De la jouissance des droits pour les sociétés étrangères.

Les droits des collectivités, c'est la question connue et traitée sous la rubrique classique de la condition des personnes morales dites étrangères.

Au premier abord pour les collectivités, la question des droits civils, dont elles ont la jouissance, est apparemment la même et se présente dans les mêmes termes que pour les individus. Nous en avons un exemple dans un arrêt de la Cour de Cassation récent, l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 12 mai 1931 (H. 1931, p. 329 S. 1932-I-57). C'est l'affaire de la Société des machines Remington; L'arrêt a été rendu sur les conclusions, ici encore, du procureur général Matter et du conseiller Bricout. Cette affaire se jugeait sur la question du droit pour les étrangers de pouvoir invoquer la loi sur la propriété commerciale. La Cour de Cassation a approuvé l'arrêt qui lui était déféré par le pourvoi. Elle a reconnu que la propriété commerciale n'appartenait pas à la société Remington parce que cette société n'était pas une société française au sens de la loi. Par conséquent elle était traitée comme est traité l'étranger individu, à qui la Cour de Cassation, Chambre des Requêtes et Chambre civile refusent le bénéfice de la loi sur la propriété commerciale, lorsqu'il n'est pas justifié de la réciprocité législative. Pourtant, lorsqu'on examine l'arrêt, on s'aperçoit que la question principale traitée et réglée par l'arrêt n'était pas tant le point de savoir si la propriété commerciale appartient à l'étranger, que le point de savoir si la société des machines Remington était une société étrangère, une société américaine ou une société française, eu égard à ce que à beaucoup de points de vue des éléments militaient pour permettre de considérer cette société, notamment à raison de son siège, comme une société française. Dès lors apparaît une nouvelle question. Lorsqu'on est en présence d'une entité, d'une société ou d'une collectivité quelconque, association, fondation, etc... on doit se demander au préalable si e

Source : BIU Cujas

le est étrangère, et quand elle est étrangère.

Quand une collectivité peut-elle avoir la qualité de française ? Derrière l'assimilation de la collectivité à l'individu, en ce qui concerne la jouissance des droits, apparaît déjà une première question, celle dite de la nationalité des collectivités, et sous la rubrique de la condition des personnes morales étrangères, beaucoup d'auteurs traitent surtout de leur nationalité et de la nationalité des sociétés. La question de jouissance est tranchée en quelques mots par une assimilation entre les individus et les collectivités étrangères.

En laissant de côté cette question de nationalité, que nous retrouverons à propos de la nationalité des individus, il faut cependant observer qu'au dessus même de cette deuxième question qui est apparue, de la nationalité, domine une question plus haute, et qui elle conditionne toute la matière, une question d'ordre préjudiciel, question qui tient à l'essence même des personnes morales et de la personnalité morale. En effet, les individus tiennent, dans le droit, leur individualité avant tout de leur personne physique. C'est la personne physique qui engendre la personne juridique. La personnalité des collectivités au contraire, la personnalité des entités, est une abstraction plus ou moins créée ou reconnue par la loi civile; que l'on adopte la théorie de la fiction, suivant laquelle les personnes morales ne sont que des créations artificielles de la loi positive; que l'on adopte au contraire la théorie réaliste, qui veut que les personnes morales et les collectivités jouissent d'une vie réelle, comme les individus, dont la reconnaissance s'impose au législateur; que l'on adopte la théorie institutionnelle, qui semble l'emporter aujourd'hui, quelle que soit la théorie à laquelle on se réfère, une question préjudicielle se pose en D.I.P., celle de l'existence légale des personnes morales, soit du droit public, soit du droit privé, au delà des limites géographiques où s'exerce la puissance publique à laquelle elles doivent leur naissance. Telle est la question préjudicielle, la question préalable; celle qui domine tout le droit des collectivités dans le D.I.P. et qui conditionne la jouissance des droits civils, car on ne pourra accorder les droits civils à une collectivité dite étrangère qu'à la condition que son existence légale puisse être reconnue par la législation qui domine la loi applicable, lorsqu'il y a procès.

problème de reconnaissance des personnes ales étrangères.

liaison avec question de nflit de lois.

Pratiquement, le terrain sur lequel le problème s'est posé principalement en France, c'est la question des dons et des legs adressés à des associations philanthropiques, à des [illegible] étrangers ou même par-

Source : BIU Cujas

fois à des pays ou à des souverains étrangers. Un exemple a été donné récemment dans une discussion à la Société d'Etudes législatives sur les dons et legs aux personnes morales, à la séance du 9 Mai 1930. (Bulletin de la Société d'Etudes législatives 1930p. 160). C'est l'exemple d'un legs fait par un financier de nationalité roumaine à l'Académie roumaine de Bucarest (qui correspond à l'Académie française). Ce legs comportait des biens sis en France. L'Académie roumaine pouvait-elle être considérée comme une personne morale? Le Conseil d'Etat Français était saisi de la question, parce qu'on sollicitait de lui l'autorisation d'accepter le legs conformément à l'article 910 du code civil, l'Académie roumaine étant une personne morale, aux termes d'une loi roumaine de 1919 ainsi conçue : "L'Académie est et demeure personne morale". La question qui se posait était de savoir si cette régularité de constitution au regard de la loi roumaine et cette reconnaissance comme personne morale par la loi étrangère, s'imposaient aussi devant la loi française. En somme ici encore, la question de la condition des étrangers, la question de la jouissance des droits, soulève un problème de conflit des lois, car ce qui se manifeste au fond de la question, c'est ce qu'on pourrait appeler le statut personnel des personnes morales, la recherche de la loi compétente, qui détermine l'existence et la reconnaissance légale des personnes morales.

Silence des textes. Examen de la Jurisprudence.

Or sur ce point, ici encore, c'est la jurisprudence et la doctrine qui ont dû combler la lacune et faire oeuvre de constructeur, car les éléments de solution dans les textes français font presque entièrement défaut. J'ai cité précédemment, à propos des textes applicables à la matière pour les collectivités, les deux textes principaux : la loi du 30 mai 1857 sur les sociétés belges et étrangères, et pour les associations et pour les sociétés la loi du 1er Juillet 1901, art. 1[illegible], lorsque les associations ont leur siège à l'étranger, ou lorsqu'elles sont composées en majeure partie d'administrateurs étrangers. Mais en dehors de ces deux textes, aucun élément de solution n'est fournie. Il a donc fallu que la jurisprudence, la pratique administrative du Conseil d'Etat et enfin la doctrine prennent parti.

L'analyse de la jurisprudence civile ne nous donne point de solution absolument ferme. En cette matière, d'ailleurs, il est indispensable d'établir des distinctions et des sous distinctions, eu égard à la variété des collectivités, en face desquelles le juge s'est trouvé.

Tout d'abord en ce qui concerne les pays et les souverains étrangers, on en a un exemple dans l'affaire

Source : BIU Cujas

retentissante du testament de la marquise Duplessis-Bellière, I890, affaire qui s'est plaidée à la Cour d'Amiens 2I février I893 (S. I895.II.p.57), et qui n'a pas été jusqu'à la Chambre civile, car le pourvoi ayant été admis contre cet arrêt par la Chambre des Requêtes, une transaction est intervenue entre les parties. Il s'agissait d'un legs pour le Saint Siège; où le Pape Léon XIII était institué héritier, et au cas où le pape ne pourrait recevoir ce legs, le cardinal Rampolla était reconnu le légataire subsidiaire. La question était de savoir si on pouvait reconnaître la personnalité morale du Saint Siège, et aussi dans quelle mesure la loi française était amenée à reconnaître cette personnalité ? Ainsi l'arrêt qui avait sur ce point jugé à l'encontre du Saint Siège n'est jamais devenu définitif, en ce sens que la Cour de Cassation n'avait pas été appelée, soit à l'infirmer, soit à le confirmer définitivement. Ainsi sur ce point la jurisprudence n'a point tranché la question.

L'existence en France d'une société suisse régulièrement constituée dans son pays d'origine, ne peut ressortir que de la loi française.

Pour les sociétés, la Cour de Cassation, dans des arrêts assez anciens déjà, nous met en présence de solutions assez contradictoires. Un premier arrêt rendu en I860 (Chambre des Requêtes, 1er août I860, S. I860.I.p. 865. D. I860.I. p. 444) visait le cas où une société anonyme étrangère était demanderesse - elle était demanderesse contre un Français et arguait de l'article I5 du code civil. Il s'agissait d'une société anonyme suisse régulièrement autorisée à Genève, qui plaidait contre un preneur pour l'achat d'une vache et de deux veaux qu'elle avait produits. Il n'y avait pas à cette époque de décret rendu en faveur des sociétés anonymes suisses. La société suisse fut déboutée par la Cour de Cassation par un arrêt motivé d'une manière extrêmement nette : " L'article I5 s'appliquera aux personnes physiques et aux personnes morales, mais à la condition que ces dernières aient l'existence légale pour pouvoir réclamer le bénéfice de la loi française". Or les sociétés anonymes étaient suivant la doctrine de la Cour de Cassation de l'époque une fiction de la loi, laquelle fiction n'a d'empire que dans les limites du territoire où elle s'exerce.. Les conclusions sont très nettes sur ce point. La société anonyme étrangère ne peut avoir d'existence en France que par l'effet de la loi française et en se soumettant à ses prescriptions. " Vainement on objecterait que le statut personnel suit l'étranger en France et qu'à cet égard aucune distinction n'est à faire entre les lois qui règlent la capacité des individus et celle qui règlent l'état et la capacité des être moraux, qu'en effet à la différence des personnes civiles les personnes naturelles existent par elles-

Source : BIU Cujas

mêmes, et que l'on ne saurait confondre, quant à l'autorité qu'elles peuvent avoir les lois qui visent la personne et lui donnent l'existence, et celles qui ne font que réglementer ses droits et déterminer les conditions de leur existence". L'arrêt est très net. Il s'agit de l'existence de la personne. La loi qui donne l'existence à la personne morale (laquelle ne s'impose pas par elle-même) c'est la loi française. Cela ne peut pas être la loi étrangère. Par conséquent la société suisse était déboutée et ne pouvait invoquer l'article 15.

Mais à l'inverse, sur le terrain de l'article I4, lorsqu'il s'est agi, non plus d'un Français défendeur, mais d'un Français demandeur, trois ans après, la Chambre civile le 19 Mai I863, par un arrêt rendu sur les conclusions du procureur général Dupin, (S. I863.I. p. 353) jugeait en sens contraire à propos d'une société étrangère défenderesse, actionnée en paiement d'un effet de commerce. Il s'agissait d'une société anglaise, qui ne pouvait pas bénéficier à l'époque d'une situation régulière aux yeux de la loi française par une autorisation. Elle plaida son inexistence; elle prétendit se soustraire à l'assignation et au procès en disant qu'aux yeux de la loi française elle n'existait pas. C'est exactement l'hypothèse contraire à celle de I860, et la Chambre civile déclara qu'elle existait comme association de fait et qu'en tant que telle elle était responsable de ses engagements envers les Français. Par conséquent les décisions de la Chambre des Requêtes et de la Chambre civile sont contradictoires, et l'on ne peut tirer de solution très nette de la jurisprudence sur ce point.

L'affaire de la Peace Association: une association régulièrement constituée à l'étranger ne peut recevoir de libéralité en France que si elle a été reconnue d'utilité publique.

Au contraire en ce qui concerne les associations un arrêt relativement récent, et qui a donné lieu à un très grand nombre de discussions doctrinales et de dissertations, a été rendu par la Chambre civile de la Cour de Cassation le 7 février I9I2 (S. I9I4.I.p. 305. D. I9I2.I.p. 433). Des consultations importantes de Renault et de Weiss, des notes dans les principaux recueils et dans les Revues de Droit ont accompagné cet arrêt. C'est l'affaire dite de la "Peace Association", de l'association de la paix, dont le nom complet était "Association pour l'arbitrage international et pour la paix internationale". Par testament, un bienfaiteur, Narcisse Thibault, avait fait un legs au Président de l'association. On discuta devant les tribunaux inférieurs et devant la Cour de Cassation pour savoir si cette association était apte à recevoir par l'intermédiaire de son président le legs, qui lui avait été fait par le testateur. La Cour de Cassation, au nom de l'ordre public, écarta toute considération

Source : BIU Cujas

de la loi du pays où l'association avait été créée, en l'espèce en Angleterre, toute considération du droit anglais, sur le terrain duquel on pouvait discuter si la "Peace association" avait ou non la personnalité morale. Mais au regard de la loi française la Cour de Cassation estima qu'elle était incapable de recevoir, et ceci par un argument tiré de la loi française de I90I sur les associations. En effet, les articles IO et 11 de la loi du 1er Juillet I90I sur les associations exigent pour qu'une association puisse recevoir un don ou un legs qu'elle ait antérieurement bénéficié d'une reconnaissance d'utilité publique. Or, la " Peace association" ne pouvant pas faire la démonstration qu'elle avait été en France reconnue d'utilité publique, le legs aux yeux de la loi française n'était pas valable et ne pouvait lui être adressé. La jurisprudence de la Cour de Cassation est donc extrêmement rigoureuse en ce qui concerne les associations étrangères.

Solution plus libérale du conseil d'Etat.

Au contraire la jurisprudence administrative, celle du Conseil d'Etat en face des associations ou des fondations étrangères, de ce que nous appelons les établissements d'utilité publique, a depuis fort longtemps manifesté et perpétué une jurisprudence infiniment plus libérale. La jurisprudence du Conseil d'Etat remonte à un avis de I854 très connu au Conseil d'Etat sous le nom d'avis Allussière. (S. I855.2.p. 800) Cet avis a été rappelé à la discussion de la Société d'Etudes législatives, à laquelle j'ai fait allusion plus haut. La doctrine de I854 est la suivante: Un établissement d'utilité publique étranger peut recevoir en France une donation ou un legs de biens meubles ou immeubles, lorsqu'elle est régulièrement constituée au regard de la loi étrangère et alors à cette condition l'établissement d'utilité publique étranger doit être autorisé conformément à l'article 9IO du code civil à recevoir le don ou le legs. C'est là une jurisprudence constante du Conseil d'Etat, parallèle d'ailleurs à sa jurisprudence très libérale en matière de fondation française, jurisprudence qui s'oppose à la jurisprudence beaucoup plus rigoureuse des tribunaux civils, le Conseil d'Etat admettant notamment en matière de fondation française qu'un seul et même décret puisse à la fois reconnaître légalement la fondation et l'autoriser à accepter un don fait antérieurement à cette reconnaissance. Telles sont les données que nous rencontrons sur la matière dans la jurisprudence.

Opinions divergentes de la

La doctrine est également partagée. Tout d'abord les auteurs sont divisés par la discussion théorique sur le système de la fiction ou le système de la réa-

Source : BIU Cujas

doctrine.

lité, en matière de personnalité morale, lequel conduit nécessairement, soit à une théorie extensive de la reconnaissance légale, si on adopte le système de la réalité - telle est précisément la position prise par Pillet dans son livre classique sur les personnes morales en D.I.P. 1914 (Pillet. N° 24 et ss.). Au contraire, ceux qui, comme Weiss, sont restés attachés à la théorie de la fiction estiment que la théorie de la personnalité morale étant une concession de l'Etat, le principe restrictif doit jouer en pareille matière et qu'il faut une reconnaissance légale aux yeux de la loi française. En dehors de cette question purement théorique, au point de vue pratique, on s'accorde dans la doctrine française sur quelques solutions; notamment en ce qui concerne les Etats étrangers, on a une tendance à admettre que leur existence légale s'impose aux yeux de la loi française, en vertu des principes du droit international public. Ce sont les personnes morales du Droit International public, et par conséquent leur existence légale leur permet d'avoir en pays étranger la possibilité de faire des actes juridiques et d'avoir la jouissance des droits civils. Je vous ai signalé récemment la location faite par un Etat, l'Etat Français, d'un immeuble à Constantinople. Des actes de ce genre se rencontrent dans tous les pays pour les locations d'hôtel d'Ambassade, etc.....

Reconnaissance de la personnalité des Etats étrangers et des personnes morales de droit public à base territoriale.

En ce qui concerne les personnes morales du droit public, autres que les Etats, celles tout au moins qui ont leur base sur une fraction de territoire, telles qu'en France les départements et les communes, à l'étranger les municipalités, les provinces, on admet généralement que cette personnalité s'impose au regard de la loi interne. Il y a plus de difficulté pour les personnes morales du droit public qui sont des services publics spécialisés et personnalisés et qui n'ont pas de base territoriale, comme une Académie, un établissement hospitalier, etc... Sur ce point les auteurs divergent.

Hésitations concernant les établissements publics et d'utilité publique.

Quant aux établissements d'utilité publique, les sociétés, les associations et les fondations reconnues à l'étranger suivant le mode en usage dans ce pays il y a une très grande controverse parmi les auteurs et aucune doctrine dominante ne l'emporte sur l'autre.

Sociétés: distinction entre les sociétés de personnes et les sociétés de ca-

Enfin en ce qui concerne les sociétés la doctrine, en général, admet assez volontiers l'existence légale des sociétés de personnes au point de vue international. C'est, dit Weiss une question de coutume, et cette coutume a été confirmée implicitement lors des travaux préparatoires de la loi de 1857 concernant les sociétés anonymes belges. Pour les so-

Source : BIU Cujas

pitaux.

ciétés de capitaux la loi de 1857 est là pour montrer qu'une reconnaissance légale conformément à la loi française est nécessaire, et l'existence légale ne leur appartient que lorsque la loi française l'a reconnue conformément à ses principes. Voilà comment se tranche la question préjudicielle de la reconnaissance légale. Pour qu'une collectivité bénéficie par conséquent en France de la jouissance des droits civils, il faut qu'elle puisse justifier aux yeux de la loi française de l'existence légale, et cette question d'existence légale se tranche relativement aux principes que je viens de déterminer.

Reste alors la question de la jouissance des droits. Cette question se tranche par une assimilation complète avec la condition des individus. Les collectivités étrangères jouissent des droits dont jouissent les individus ou tout au moins, si on le préfère, des droits dont jouissent les entités françaises de mêmes catégorie. Une association étrangère reconnue d'utilité publique à l'étranger jouira de la même condition qu'un établissement d'utilité publique français. De même pour les personnes morales du droit public, on n'admettrait pas qu'elles bénéficient d'un statut plus favorable. C'est donc un statut français qui est reconnu. Ici encore il n'est pas question pour les entités étrangères de leur conférer plus de droit que ne leur confère la loi sous l'empire de laquelle elles ont été reconnues et ont reçu l'existence légale. C'est une règle que nous avons rencontrée, dès le début, pour les individus. Elle s'impose également pour les entités.

Assimilation des collectivités ayant la personnalité aux individus au point de vue de la jouissance des droits sous réserve qu'elles ne peuvent avoir plus de droits que dans leur pays d'origine.

Resterait alors le problème accessoire de la nationalité des collectivités étrangères, et plus particulièrement de la nationalité des sociétés. Mais cette question ne peut être traitée ici sans que nous connaissions les principes de la nationalité. Je la réserve donc pour le moment où nous étudierons la nationalité des individus. Tels sont les principes relatifs aux collectivités, et j'ai ainsi terminé l'étude de la jurisprudence et de la doctrine concernant l'oeuvre complémentaire relativement à la condition civile des étrangers.

Pour en finir avec la condition des étrangers il ne reste plus maintenant dans un dernier paragraphe qu'à jeter un coup d'oeil rapide sur le droit étranger de la manière et les conventions entre Etats.

Le Droit étranger et les Conventions entre Etats

Les dispositions des lois étrangères concernant le statut des étrangers sont très variables.

Source : BIU Cujas

Législation belge -conformité dans plusieurs statuts avec la législation française.

Des pays comme la Belgique possèdent un droit très analogue au nôtre, puisque les principes sont communs et s'appuient sur les textes mêmes du code civil. Mais une étude de la condition des étrangers en Belgique qui manque en France serait très intéressante, car on voit que depuis I804 le droit belge a évolué en la matière non pas sous des formes différentes, mais avec des règles assez différentes des règles du droit français. Le mode d'évolution a été le même; une série de textes, intervention de la doctrine et de la jurisprudence, oeuvre complémentaire. Le cadre est donc le même que celui dans lequel on peut étudier le droit français, mais dans ce cadre identique on trouve des textes, des doctrines et des jurisprudences différentes. Marquons rapidement quelques uns des traits par lesquels sur ce point, avec des principes et des textes, des lois au point de départ commun, le droit belge se sépare du droit français. Par exemple en ce qui concerne les textes, d'abord les textes du code civil, la Belgique a abrogé l'article 14 et établi en ce qui concerne la juridiction un statut d'analogie entre les étrangers et les Belges. Loi belge du 25 Mars I876. D'autre part, la Belgique a gardé plus longtemps que nous les articles 726 et 9I2 du code civil. Ils n'ont été abrogés en Belgique qu'en I865 par une loi du 27 avril I865, dont l'article 4 reproduit l'article 2 de la loi de I8I9 française, qui établit le prélèvement successoral. Voilà pour les textes du code.

Adoption.

Parmi les textes postérieurs, voici ce que l'on peut marquer: L'adoption n'a pas donné lieu, à la différence du droit français, à un texte spécial et la jurisprudence et la doctrine considèrent ceci comme un droit civil stricto sensu.

Hypothèque légale.

Inversement pour l'hypothèque légale du mineur et de la femme mariée, la loi du I6 Décembre I85I, la loi hypothécaire belge, qui correspond à notre loi de I855 dans son article 2 additionnel confère l'hypothèque légale sur des immeubles en Belgique à un mineur étranger pour une tutelle ouverte à l'étranger, pour une femme mariée étrangère, pour un mariage en pays étranger. C'est là la différence avec le droit français.

Législation sur les loyers.

En matière de baux, la Belgique a, comme la France connu beaucoup de lois sur les loyers, mais jusqu'à une époque récente elle n'avait pas de lois sur la propriété commerciale et ce sont les principes posés par nos lois de I927 et I928 sur la propriété commerciale exigeant la réciprocité législative qui ont motivé en Belgique une loi du 30 Mai I93I sur la propriété commerciale, où les étrangers n'ont pas de régime spécial, et où par conséquent les étrangers étan

Source : BIU Cujas

traités de la même façon que le Belge on peut dire qu'il y a réciprocité entre la Belgique et la France, si bien que les procès sur ce point ne peuvent plus aboutir à débouter un Belge en France.

En ce qui concerne les droits intellectuels, il y a de très nombreux textes qui consacrent plus ou moins l'assimilation.

Droit des collectivités. législation très libérale.

Le droit des collectivités en Belgique a été réglementé plus minutieusement par la loi écrite qu'en France. C'est ainsi que l'article I6I de la codification de la coordination des lois sur les sociétés en Belgique 22 Juillet I9I3 fixe un statut particulier sur les sociétés anonymes et autres associations constituées et ayant leur siège en pays étranger."Les sociétés anonymes et autres associations commerciales, industrielles et financières constituées et ayant leur siège en pays étranger pourront faire leurs opérations, ester en justice en Belgique." Le texte est très large, très libéral, la Belgique tenant à laisser le plus grand accès sur son territoire aux sociétés étrangères. D'autre part, une loi du 25 Octobre I9I9, loi bien connue, a établi un statut spécial pour les associations internationales; d'une part pour les associations internationales ayant leur siège en Belgique, le gouvernement est autorisé à accorder la personnification civile à ces associations, lorsqu'elles poursuivent un but scientifique et sans esprit de lucre. Un statut favorable pour les associations civiles similaires à l'étranger est établi par l'article 8.

Tels sont les points assez marquants et assez intéressants qu'il y a lieu de relever dans le développement des textes de la Belgique par comparaison avec les textes français.

Solution complémentaire de la doctrine et de la jurisprudence belge.

Dans la doctrine et dans la jurisprudence je releverai au point de vue des droits civils en laissant de côté l'adoption, dont j'ai déjà parlé. En matière de tutelle : la tutelle a toujours été considérée en Belgique comme un devoir de protection familiale. Les étrangers bénéficient des droits de tutelle sans limitation, alors qu'en France la jurisprudence, sinon la pratique, est beaucoup plus restrictive.

Admission des étrangers à la tutelle et au domicile légal.

Pour le domicile, jamais la jurisprudence et la doctrine belges n'ont sanctionné la différence entre le domicile légal et le domicile de fait. La jurisprudence et la doctrine ont considéré cette différence comme essentiellement arbitraire. La Cour de Cassation belge, I847 et I848, l'a repoussée, et dès l'instant où un étranger a en Belgique un principal établissement, il est considéré comme ayant un domicile légal. Ceci est d'autant plus curieux que les Belges ont conservé l'article I3 du code civil sur la question

Source : BIU Cujas

de l'admission à domicile. Par conséquent l'argument tiré de l'article I3, lorsqu'il était encore en vigueur en France, n'avait aucune valeur, puisque les Belges, bien qu'ils aient conservé l'article I3, reconnaissent la possibilité pour un étranger non autorisé à avoir cependant un domicile en Belgique.

Droit des collectivités. libéralisme de la pratique administrative.

En ce qui concerne les collectivités, la jurisprudence belge est très libérale. Elle ressemble à notre jurisprudence administrative, et maintes fois la pratique administrative belge très large a approuvé des legs adressés sur le territoire belge à des personnalités étrangères, notamment à des associations étrangères : sociétés de secours mutuels des artistes dramatiques français, société des Arts, l'Académie des Sciences de Berlin. Voilà les trois espèces où la pratiques administrative belge a autorisé la validité des dons et legs. Voilà dans l'ensemble quelques nuances qui vous montrent dans un système identique des différences de détail.

Très différents au contraire dans le système sont le droit allemand et le droit anglais, dont je ne releverai que les principales caractéristiques.

Le droit allemand. Différence avec le droit français au point de vue de la réglementation de la matière et de son étude doctrinale

Le Droit allemand est très différent du système du droit français pour plusieurs raisons : d'abord on ne rencontre en Allemagne aucune série de textes analogues aux articles I3 à I6 du code civil. En second lieu dans la doctrine aucune rubrique scientifique ne correspond à notre rubrique de la condition des étrangers, ni en droit privé, ni en droit international privé. La matière est confondue avec la matière des conflits de lois, et cela très logiquement d'ailleurs. Ce n'est que dans les dictionnaires et Répertoires allemands, et notamment dans les dictionnaires de droit comparé, que l'on peut trouver la base de la comparaison que nous recherchons ici. Cette base, que j'indique simplement et très sommairement, c'est un principe d'assimilation, un principe traditionnel d'assimilation de l'étranger au national. Ce principe d'assimilation a été déjà proclamé par Savigny (Système du droit romain contemporain p. 25 § 348 p. 28 de la traduction française). " La tendance constante du droit actuel, écrivait Savigny, a toujours été d'établir sur ce point-la capacité et la jouissance des étrangers - une assimilation parfaite entre les nationaux et les étrangers". Le dictionnaire de droit comparé, qui est publié sous la direction du professeur Shelberger déclare au mot étranger : " Le principe de l'assimilation entre étrangers et nationaux n'est écrit nulle part, parce que il est considéré comme allant de soi". Un certain nombre d'applications en sont faites d'ailleurs dans un très grand nombre de

Assimilation des étrangers et des nationaux au point de vue de la capacité et de la jouissan - ce des droits Son explication.

Source : BIU Cujas

textes allemands, notamment l'article 7 du code civil allemand, qui pour le domicile volontairement ne distingue ni l'étranger, ni l'Allemand article 7 : " quiconque établit à demeure dans un lieu y fonde son domicile" - et ce mot quiconque a été écrit pour viser à la fois l'étranger et l'Allemand, alors que le code civil français dit : " le domicile de tout Français... D'autre part, le droit d'ester en justice de l'étranger est réglé sur le pied de l'assimilation par le principal article 55, du code civil de procédure allemand, l'Ordonnance sur la procédure civile de 1877. On trouve la caution judicatum solvi admise dans certains cas. Mais l'ordonnance sur le change de 1908 proclame la capacité de change identique pour les étrangers, article 84. Je me borne là à quelques indications. Il faut simplement retenir le principe de l'assimilation.

principe de assimilation droit anais.

Le système anglais pose également, et ceci est assez curieux, un principe d'assimilation identique. Cela est assez curieux, parce que, en Angleterre, à diverses époques il y a eu des courants très violents à l'encontre de la condition des étrangers. L'étranger est qualifié par la langue juridique anglaise "alien" qui veut dire aubain, bien que le droit d'aubaine n'ait jamais été admis en Angleterre. Le statut des aubains a toujours été un statut de sujet étranger, par opposition au statut du british subject, qui est le statut du citoyen anglais.

A beaucoup d'époques de l'histoire anglaise des mesures ont été prises contre les étrangers : à l'égard des nobles, à la confiscation du Duché de Normandie, l'Angleterre répondit par des confiscations des biens des Normands restés fidèles au roi de France. A la même époque et un peu après, à la suite d'une pléthore commerciale, on prit des dispositions pour rejeter les marchands étrangers. A l'époque de la Réforme même série de dispositions; à l'époque de la Révolution française on rencontre le premier acte sur les aubains. L'alien act est voté en 1793, et la première application qui en fut faite le fut à l'ambassadeur de France Chauvelin, ce qui entraîna, quelques jours après, la déclaration de guerre adressée à l'Angleterre. La guerre de 1914,actuellement le chômage intense qui règne en Angleterre, ont motivé toute une législation spéciale sur l'immigration. Toute une législation a été établie en Angleterre sur les aliens.(cf. thèse Paris Repin 1913). Je n'entre pas dans le détail. Ce qu'il faut remarquer du point de vue du droit pratique c'est qu'avec une législation ainsi restrictive, au point de vue de l'entrée ou du séjour des étrangers en Angleterre, on trouve cependant un principe d'assimilation quant à la condition civile entre les

Source : BIU Cujas

étrangers et l'anglais. Ceci - chose curieuse - est le résultat du territorialisme.

Fondement de cette assimilation sur le territorialisme.

Le territorialisme, qui au premier abord semblerait devoir engendrer une non assimilation, aboutit au contraire à conduite le droit anglais à un principe d'assimilation entre les étrangers et les anglais presque complet, et ceci pour deux raisons. D'abord en étudiant la nationalité nous verrons que les liens de nationalité se présentent en Angleterre sous une forme particulière, sous la forme de l'allegeance dûe au souverain. Ce n'est pas le lien abstrait entre un Etat et un citoyen déterminé, comme nous le verrons il ressort de la définition et la notion moderne de la nationalité, mais c'est le lien féodal ancien de l'allegeance. C'est le lien personnel entre le souverain et le sujet, lien fondé sur l'hommage, le lige (d'où le mot d'allegeance) sensé exister entre le souverain et le sujet. Ce lien d'allegeance n'existe pas seulement entre le sujet britannique et le souverain de Grande--Bretagne, il existe aussi et s'applique à ceux qui résident d'une façon plus que temporaire sur le territoire britannique. On distingue ceux qui résident temporairement et ceux qui résident d'une façon permanente : temporary and permanent residents. Cette deuxième catégorie tombe sous le coup de l'allegeance. Ceux qui sans être sujets anglais résident d'une façon permanente sur le territoire de l'Angleterre doivent au roi comme sujets ou comme les sujets une allegeance temporaire, une allegeance locale, la local temporary allegeance.

La théorie de l'allegeance.

Compétence de la loi du domicile en matière de droit privé.

La deuxième cause tient à ce que - et c'est encore un principe territorialiste - tout le droit privé au point de vue de la juridiction et de la loi applicable est dominé par le principe du domicile. La loi anglaise s'applique indistinctement devant les tribunaux anglais à toute personne domiciliée sur le territoire d'Angleterre, et dès l'instant où un étranger se trouve domicilié en Angleterre, en vertu du principe du domicile, il est traité comme un Anglais au point de vue des droits privés, au point de vue de la loi applicable, et par conséquent au point de vue de la jouissance des droits. C'est ce qui résulte de tous les textes et de toute la jurisprudence anglaise Par conséquent, l'étranger qui possède un domicile en Angleterre est conditionné par ce domicile à la fois pour la jouissance de ses droits et pour la loi applicable.

Limitation au principe d'assimilation en matière de pro-

Ce sont là les deux raisons territorialistes, qui ont engendré en Angleterre un statut de quasi assimilation - je dis de presque assimilation, parce qu'il y a des exceptions. L'exception la plus impor

Source : BIU Cujas

priété immobilière. Ses tempéraments successifs.

tante était celle qui existait au début du siècle dernier en ce qui concerne l'interdiction pour les étrangers de posséder de la terre, plus généralement des tenures foncières. L'étranger ne pouvait pas être propriétaire en Angleterre ou tout au moins tenancier, puisque la terre appartient au roi d'Angleterre. Pour pouvoir être bénéficiaire d'une tenure de la part du roi, il faut être sujet du roi, il faut être entré dans cette grande féodalité qui existe encore à la base de la propriété foncière anglaise malgré des modifications récentes - ce n'est qu'en 1844 que la Reine Victoria atténua un peu le principe. En 1914 la grande loi sur la nationalité a presque écarté le principe, sauf quelques exceptions en ce qui concerne les navires et certains autres biens qui ont un caractère archaïque et féodal. Les étrangers peuvent accéder à la propriété immobilière, et toute propriété d'une façon générale appartient aux étrangers.

L'assimilation dans le domaine des droits intellectuels.

Le principe d'assimilation se fait sentir encore dans une matière très pratique et très intéressante, celle des droits intellectuels, qui appartiennent en Angleterre à l'étranger comme aux sujets britanniques, précisément en vertu des mêmes principes territoriaux, c'est-à-dire que ce qui est protégé par la législation anglaise en ces matières, c'est le droit acquis sur le territoire d'Angleterre, c'est le brevet pris en Angleterre, le modèle déposé en Angleterre, la marque enregistrée en Angleterre, le nom utilisé en Angleterre, l'oeuvre publiée en Angleterre. Dès l'instant où le territoire anglais se trouve impliqué, même en ces matières intellectuelles et abstraites, le principe d'assimilation joue en vertu du territorialisme.

Conventions internationales.

Les conventions entre Etats concernant la condition des étrangers sont extrêmement nombreuses et variées. Nous avons déjà indiqué les raisons, les motifs de ces variations, et leurs principales apparences, la manière dont elles sont présentées et leur contenu. Voici simplement un aperçu, soit des conventions bilatérales, c'est-à-dire des conventions passées entre deux Etats, soit des conventions multilatérales, c'est-à-dire celles qui sont passées entre plus de deux pays.

Les conventions bilatérales ; leur variété.

Les conventions bilatérales sont extrêmement nombreuses, et des catalogues en ont été dressés à plusieurs reprises à diverses dates, dans les éditions successives du traité d'André Weiss en annexe: on trouve les principales conventions internationales relatives au droit des étrangers en France et au droit des français à l'étranger aux dates d'apparition du Traité.

Source : BIU Cujas

Depuis lors divers catalogues ont été dressés en 1924 lors de la discussion à la Société d'Etudes législatives du droit pour les étrangers d'accéder à la propriété immobilière. (Bulletin 1924 p. 442 et ss.) On peut trouver également plus récemment dans l'annexe à la circulaire du Garde des Sceaux (22 Juillet 1929) concernant les conventions diplomatiques en matière de loyer, l'indication des principales conventions dans lesquelles la France était liée vis-à-vis des pays étrangers. Enfin et surtout on peut se reporter au tome 1 et au supplément du Recueil de Textes usuel de Droit International de MM. Niboyet et Goulé à la liste des Traités bilatéraux passés par la France et rangés par pays, p. 339 et ss. tome 1 .

Conventions à portée spéciale.

Ces conventions portent parfois sur certains points seulement. Elles sont établies pour des points spécialisés et alors elles sont extrêmement variées. (cf . à la table alphabétique tome 11. Niboyet et Goulé).

Conventions bilatérales à portée générale. Convention d'établissement du 6.8.1927 avec la Belgique.

Au contraire les conventions bilatérales à portée générale, comprenant un très grand nombre de points, ou visant d'une façon particulière plusieurs ensembles de matières, sont plus importantes et peuvent être examinées d'un peu plus près. J'indiquerai à titre d'exemple d'abord dans les rapports avec la Belgique les diverses conventions qui nous lient avec ce pays, et dont la plus importante et la plus récente est la convention d'Etablissement du 6 Octobre 1927 (Recueil de MM. Niboyet et Goulé. tome 1 p. 394). Cette convention vise d'une part la condition des personnes physiques, et d'autre part la condition des personnes morales. Pour les personnes physiques l'article I établit entre la France et la Belgique le régime de la clause de la nation la plus favorisée en ce qui concerne le séjour, l'établissement, l'exercice du commerce, de l'industrie et des professions. En second lieu le même régime de la clause de la nation la plus favorisée est établi pour la propriété mobilière et immobilière, art. 2. Et enfin l'article 4 contient la clause de libre et facile accès devant les Tribunaux et se réfère en cette matière à la convention du 8 Juin 1898, sur la compétence judiciaire et sur l'effet des actes extra judiciaires.

Personnes physiques: application de la clause de la nation la plus favorisée et de la clause de libre et facile accès aux tribunaux.

régime analogue pour les personnes morales.

Quant aux personnes morales, l'article 5 garantit dans les deux pays la libre activité des sociétés civiles, commerciales, industrielles, financières, et d'assurance. On trouve la clause de la nation la plus favorisée à l'article 6 en cette matière. Enfin l'article 7 octroye aux personnes morales l'existence légale et la capacité d'ester en justice en donnant en cette matière pour la reconnaissance juridique compé

Source : BIU Cujas

tence à la loi de constitution. On assimile par là la condition des personnes morales à celle des personnes physiques. Voilà un type de convention bilatérale que l'on pourra prendre comme modèle.

J'indique maintenant pour finir cette catégorie les principales conventions avec l'Allemagne et la Grande-Bretagne.

Conventions avec l'Allemagne.

Avec l'Allemagne, le dernier accord est un accord commercial, 17 août 1927, (Recueil de MM. Niboyet et Goulé, tome 1, p. 343). Il y a d'autres textes tels que la Déclaration 5 Octobre 1927. L'article 25, alinéa I de la dite convention établi pour certains objectifs la clause de la nation la plus favorisée.

Convention avec la Grande-Bretagne.

Quant à la Grande Bretagne la dernière convention la plus importante est celle du 28 Février 1882. (Niboyet et Goulé tome 1 p. 493 etss.) C'est cette convention qui a été visée dans les circulaires du Garde des Sceaux et dans l'échange de lettres avec l'ambassadeur d'Angleterre concernant la propriété commerciale. Notons dans cette convention, à l'article 1, la clause de la nation la plus favorisée pour l'établissement, le séjour et la propriété des ressortissants des deux pays et notamment à l'article 10 également une clause d'assimilation aux nationaux concernant les marques, les noms, les dessins et les modèles industriels.

Les conventions entre plusieurs pays, les conventions multilatérales, peuvent elles aussi se subdiviser en conventions à portée spécialisée et en conventions à portée générale. Les conventions à portée spécialisée sont extrêmement importantes. Dans cette catégorie rentrent les conventions dites d'union, dont j'ai précédemment parlé, les unions internationales, dont on trouvera le tableau au Répertoire de Droit international, tome X, p. 710 et ss. J'indique à titre d'exemple les deux plus célèbres, la convention d'union de Paris pour la protection de la propriété industrielle, 29 Mars 1883, révisée à des dates diverses, à Bruxelles, Washington, et La Haye notamment en 1925. Pour la propriété littéraire et artistique, la convention de Berne, 9 Septembre 1886, pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques, convention révisée à Berlin et en 1928 à Rome, est en voie de ratification quant aux dernières modifications. Dans l'ordre de la propriété littéraire et artistique il faut signaler que l'Amérique latine contient également un certain nombre de conventions de ce genre, notamment la convention d'union de Montévidéo, 11 janvier 1889, à laquelle certains Etats européens avaient pris part, la France notamment y avait adhéré, et d'autre part plus

Conventions multilatérales à portée spécialisée.

Les Unions.

Source : BIU Cujas

récemment une convention peu connue en Europe, la convention d'union de La Havane, 11 février 1928, qui lie à l'exclusion de l'Europe un certain nombre d'Etats américains. Des efforts d'unification entre l'Europe et l'Amérique sont faits dans cette voie. On trouvera dans la Revue des Sciences politiques de Juillet-Septembre 1931 l'indication des efforts faits pour l'unification en matière de protection des oeuvres littéraires et artistiques. (Exposé fait par M. Raymond Weiss, conseiller juridique de l'Institut international de coopération intellectuelle). Voilà en ce qui concerne les conventions à portée spécialisée.

Nombre restreint des conventions à portée générale. Le code Bustamante.

Les conventions à portée générale sont en nombre extrêmement restreint. Celle qui à l'heure actuelle est en vigueur sous le nom de code Bustamante, c'est la partie de ce code qui contient quelques articles concernant la condition des étrangers. Le code Bustamante est un code de D.I.P., qui contient les principales règles en matière de conflit des lois, nous l'avons vu. Dans ses articles 1 et 2 il vise la condition des étrangers, et notamment à l'article 1 la condition en ce qui concerne les droits privés. Le code Bustamante pose dans l'article 1 le principe de l'assimilation des étrangers aux nationaux dans les pays liés par la convention de La Havane 20 février 1928, d'où est sorti le code Bustamante. Une exception est indiquée à l'article 1, alinéa 2 : les raisons d'ordre public qui peuvent faire admettre dans certains pays le refus de certains droits : " sauf pour des raisons d'ordre public, certains droits étant exceptés, tels que la propriété des navires". D'autres articles du code Bustamante visent la condition des étrangers, notamment les articles 31 et suivants concernant les personnes civiles. Le code reconnaît la personnalité internationale des Etats et la consacre. (Article 31). L'article 32 donne à la loi territoriale compétence pour déterminer la nature et la reconnaissance juridique des personnes morales; l'article 33 donne à la loi de création la compétence pour déterminer la capacité civile. Les articles 318 et ss. établissent les règles de compétence générale de libre accès devant les tribunaux ainsi que les articles 382 à 385, notamment l'article 383 qui supprime dans les rapports des pays signataires la caution judicatum solvi, et l'article 382 qui fait bénéficier tous les signataires de l'assistance judiciaire. Il n'y a pas à proprement parler parmi les pays européens de convention du même genre.

Le projet de

Il n'y a pour l'instant qu'un projet de convention, qui a été établi à la conférence internationale de Paris, 5 novembre 1929, où 47 Etats étaient représentés. La conférence s'est tenue sous la présidence

Source : BIU Cujas

convention de la conférence internationale de Paris de I929.

de M. P. Devèze, ministre de Belgique. Ce projet de convention avait été élaboré pendant de longues années en exécution de l'article 23 du pacte de la Société des nations, qui stipule que les membres de la Société s' obligent à assurer chacun dans leur pays un traitement équitable du commerce. En exécution de cet article un certain nombre de commissions avaient été réunies, notamment un comité économique au sein de la Société des Nations. D'autre part, la Chambre de commerce internationale, dont le siège est à Paris, avait également élaboré un projet. Ce sont les travaux de ces deux commissions particulièrement qui ont été soumis à la conférence de Paris le 5 novembre I929. La conférence a travaillé un mois. Elle s'est séparée n'ayant élaboré qu'un projet de convention, les Etats n'ayant pu se mettre d'accord, notamment sur certaines questions d'ordre fiscal. Le projet de convention a été renvoyé à l'étude de la Société des Nations; où il n'a pas encore reçu consécration définitive. Parmi les textes votés dans l'ordre de la condition civile des étrangers, signalons les articles 9 et IO sur les garanties civiles et judiciaires, sanctionnant le libre accès devant les tribunaux avec égalité complète, mais maintenant dans son alinéa 3 la caution judicatum solvi, en l'absence de traité bilatéral ou général. L'article IO, quant aux droits de propriété, contient une règle d'assimilation entre nationaux et étrangers, sauf certaines réserves pour la propriété immobilière, pour raison de sécurité ou de défense nationale, ou en vue de lutter contre l'accaparement économique. L'article I5 traite des sociétés étrangères et consacre la reconnaissance légale de plein droit, avec compétence de la loi du lieu de constitution pour la reconnaissance, la légalité et la capacité de la société.

Source : BIU Cujas

TROISIEME PARTIE

L A N A T I O N A L I T E

Plan.

I°) Définition de la nationalité et exposé du droit de la nationalité en France.

2°) La nationalité d'origine dans la loi du IO août I927 articles I à 5.

3°) La naturalisation dans la loi du IO août I927 articles 6 et 7 de la loi.

4°) Influence du mariage sur la nationalité, article 8 de la loi.

Ce sont les quatre points sur lesquels j'insisterai plus particulièrement, et dans la mesure où le temps me le permettra j'étudierai ensuite 5°) la perte de la qualité de français; article 9 à 11 de la loi 6°) le recouvrement de la qualité de français, articles 11 et I2, 7°) et enfin je donnerai quelques indications sur le droit étranger, les conflits de nationalité et les conventions entre Etats.

§ I - Définition de l'expression de nationalité et le droit de la nationalité en France.

L'expression de nationalité est le terme employé dans la langue courante pour désigner le fait pour une personne d'appartenir à une nation déterminée. Dans la langue courante toujours, la nationalité est rangée parmi les qualités de la personne sur la même ligne que certaines autres de ses qualités, telles que nom, profession, domicile ou résidence. C'est ainsi que, à titre d'exemple, dans les formules délivrées par l'administration des contributions directes pour la déclaration des impôts sur le revenu en tête figurent le nom du déclarant, le prénom et la nationalité, puis adresse et profession ou qualité.

Définition de la nationalité au point de vue objectif et de vue subjectif.

Le sens dans la langue juridique est-il différent de ce sens courant ? Nullement, et la loi française du IO août I927 qui codifie le matière, qui sera la base principale de nos explications, est intitulée " loi sur la nationalité"; dans cet intitulé le mot nationalité n'a pas d'autre sens que le sens de la langue courante. Il en résulte qu'au premier abord la définition juridique de la nationalité paraît simple. La nationalité pourrait être définie le lien qui attache une personne à une nation déterminée. Cette définition un peu simpliste appellerait peut-être dès le début un correctif. En effet définir la nationalité comme un lien, c'est se placer au point de vue abstrait, au point de vue objectif, tandis qu'au contrai-

Source : BIU Cujas

re au point de vue individuel, au point de vue concret, au point de vue subjectif, la nationalité apparaît, non pas comme un lien, mais comme une qualité, comme la qualité de la personne, et alors on pourrait donner une variante à la première définition en la présentant sous la forme subjective et non plus sous la forme objective, en disant : " la nationalité est la qualité qui résulte pour une personne du lien qui la rattache à une nation déterminée". Tel est précisément avec cette nuance, le langage du code civil.

Le code civil pendant très longtemps, depuis 1804 jusqu'à 1927, a été le siège de la matière. Le code civil, à une époque où le mot nationalité n'était pas encore entré dans notre langue, exprimait l'idée à laquelle le mot répond aujourd'hui par la formule, la " qualité de français",. C'est là l'expression que l'on rencontre dans les anciens articles du code civil, 9, 10 et 17 de 1804: par exemple l'article 9 dans le texte de 1804; " Tout individu né en France d'un étranger pourra dans l'année qui suivra l'époque de sa majorité réclamer la qualité de français". Le point de vue auquel s'était placé le code civil était plus naturel.

Comparaison entre le national et l'étranger.

Au premier abord, en effet, la nationalité, au regard de la loi, juridiquement, apparaît comme une qualité de l'individu. Pour apercevoir ce qu'est la nationalité, il faut commencer par comparer le national et l'étranger, et se rendre compte des différences qui les séparent, eu égard à leurs droits et à leurs obligations vis-à-vis de la nation, dont il s'agit.

a) au point de vue du droit public,

C'est ainsi que quant au droit public les nationaux ont des droits et des devoirs différents des étrangers droits politiques, droit d'échapper à l'expulsion, droit d'invoquer à l'étranger la protection diplomatique des agents du pays auquel ils appartiennent; ils ont des devoirs particuliers : le devoir du service militaire.

b) quant aux droits privés.

Quant aux droits privés, nous avons vu les différences. C'est précisément à ce dernier point de vue de la condition civile des étrangers en France que se plaçait le code civil, puisque les articles sur la nationalité étaient rangés sous la rubrique de la jouissance des droits civils. Nous connaissons l'opposition qui existe entre l'article 11 et l'article 8. L'article 8 du code civil disait " tout Français jouira des droits civils"; l'article 11 disait " l'étranger jouira en France des mêmes droits, etc...." Ce n'est que plus tard par un effort d'abstraction et de généralisation bien connu dans l'évolution du droit, et d'autre part sous l'empire de certaines doctrines, que nous connaissons déjà, que à l'idée de qualité et à l'idée

Source : BIU Cujas

de lien, est venu s'ajouter un nouveau sens du mot nationalité. En effet on a dû passer de la notion de national à la notion de nationalité, par un processus qui est le processus même de la formation des institutions juridiques. Il y avait des relations juridiques entre père et enfants, avant que les juristes aient dégagé l'idée abstraite de la puissance paternelle. Il y avait des rapports entre tuteur et pupilles avant que l'idée abstraite de tutelle ne se soit imposée à l'esprit des juristes. Il a donc fallu quelque temps pour que, de la notion de national et de la notion d'étranger, on se hausse à l'idée abstraite de nationalité.

Date d'apparition du terme Nationalité.

A quelle époque est-ce que le mot nationalité, comme visant l'institution juridique qui recouvre ainsi la qualité de national par rapport à celle d'étranger, est-il apparu ? C'est vers le milieu du XIXème siècle, Le mot nationalité n'est entré dans le dictionnaire de l'Académie qu'à la date de I835. Quant aux livres de droit, les livres parus au cours de la 1ère moitié du XIXème siècle, notamment le Traité de droit civil de Toullier, dans toutes ses éditions, ne contient pas le mot nationalité. Le répertoire alphabétique de Dalloz, la Jurisprudence Générale, dans son édition de I855 ne contient encore sous le nom de nationalité que quelques règles très simples et renvoie pour l'étude de la question à la rubrique "droits civils". C'est donc dans la deuxième partie du XIXème siècle qu'est apparu le mot de nationalité avec un sens qu'il va falloir préciser.

L'apparition du principe des nationalités et son influence sur le sens du terme nationalité.

En effet s'il est apparu à cette époque, c'est précisément sous l'empire de l'agitation créée autour du principe des nationalités par l'école italienne de Mancini et de même par le réveil des revendications des nationalités par la politique du second Empire, bref par tout ce mouvement que l'on a résumé sous l'expression de principe des nationalités. Or quand on emploie l'expression de principe des nationalités - et c'est là que je voulais en venir - on emploie le mot nationalité dans un sens différent de celui que j'ai jusqu'à présent défini. Il ne s'agit plus du lien rattachant une personne à une nation déterminée; il ne s'agit plus de l'institution juridique, qui rend par un terme abstrait l'idée de la différence de constitution juridique publique et privée entre national et étranger, il s'agit de quelque chose de très différent, il s'agit de viser une collectivité, il s'agit de désigner la nation elle-même considérée dans sa vie propre et individuelle, c'est-à-dire une collectivité sociale avec les caractères qui la distinguent des autres collectivités de même nature et marquent sa place particulières dans la civilisation générale.

C'est à raison de ce nouveau sens pris par le mot

Source : BIU Cujas

nationalité, sens en vertu duquel (c'est le principe des nationalités) toute nation tend à devenir un Etat, que beaucoup d'auteurs ont été amenés à modifier la première définition de la nationalité prise au sens individuel, et à remplacer dans la définition le mot nation par le mot Etat, et c'est ainsi qu'aujourd'hui la plupart des auteurs définissent la nationalité prise au premier sens, au sens où je l'étudiais au début, comme le lien qui rattache un individu à un Etat, non plus le lien qui rattache un individu à une nation, mais le lien qui rattache un individu à un Etat, ou la qualité qui résulte pour une personne du lien qui la rattache à un Etat déterminé. L'Etat, en effet, c'est la nation constituée en communauté juridique organisée, c'est la nation qui s'est réalisée en Etat conformément à la revendication de l'école de Mancini en droit international public, d'où la notion de nationalité prise au sens collectif. On ne manque pas de faire remarquer qu'il y a des nations qui ne sont pas encore des Etats. Il en était ainsi notamment avant la guerre de la Pologne et de la Tchéco-slovaquie, et des Etats qui englobent plusieurs nations. Quelle est la contexture juridique des nations? Quelle est la base sociale de la nationalité? Ceci appartient au développement du droit public. On consultera pour l'étude de cette notion un livre qui vient de paraître " la nationalité dans la science sociale et dans le droit contemporain", qui est précisément l'oeuvre collective d'un certain nombre de chercheurs et de travailleurs. (Institut de Droit comparé de l'Université de Paris). La 1ère partie de ce livre contient toute une série d'études qui mettent au point, d'une façon très claire, la sociologie de la nationalité, les principes de l'allégeance, dont je parlerai dans un instant dans les sources constitutionnelles de la nationalité, le principe des nationalités dans la doctrine, l'importance de la notion de nationalité en Droit international public, le droit des minorités, l'immigration, etc.. toutes questions qui sont d'importance primordiale. D'autre part, il faut considérer qu'eu égard à l'importance des apports qui résultent du principe des nationalités dans la notion de nationalité, il est nécessaire maintenant au point de vue terminologique de distinguer encore de l'expression de nationalité deux autres expressions.

Différence entre nationalité et qualité de citoyen.

Tout d'abord il faut distinguer au point de vue de la terminologie la nationalité et la qualité de citoyen. Ceci a déjà été précisé dans le langage même du code civil. La qualité de français dans le langage du code civil est la qualité de citoyen. L'ancien article 7 du code le précisait. L'exercice des droits civils est indépendant de la qualité de citoyen, laquelle

Source : BIU Cujas

ne s'acquière et ne se conserve que conformément à la loi constitutionnelle. La qualité de citoyen, c'est celle qui permet l'exercice des droits politiques, c'est celle qui donne la jouissance. La qualité de citoyen est une qualité qui appartient par privilège à certains nationaux, et qui confère la jouissance de droits politiques à certains à l'exclusion de certains autres, par exemple le droit de vote qui existe pour un certain nombre de Français et qui n'existe pas pour certains autres, tels que les mineurs ou les femmes. La qualité de citoyen est donc différente de la nationalité. On peut être national sans être citoyen, et c'est pourquoi il est nécessaire de repousser en France une expression, que l'on a essayé d'acclimater, comme susceptible d'être considérée comme synonyme de l'expression de nationalité, l'expression de "citoyenneté" imitée du mot italien la "cittadinanza", le droit de cité, et qui signifie aussi la nationalité. C'est une expression qu'il ne faut pas retenir en France, car elle serait de nature à engendrer une confusion entre la qualité de national et la qualité de citoyen.

Différence entre nationalité et allégeance.

Il ne faut pas confondre non plus l'allégeance et la nationalité. On emploie souvent encore, et notamment dans le langage administratif en France, l'allégeance française. C'est un mot de la langue du vieux français, qui a été adopté dans un grand nombre de pays, notamment dans les pays anglo-saxons, où elle se maintient encore. L'allégeance, c'est le lien personnel entre le suzerain et le vassal, en France nous le verrons, le lien qui unissait le roi de France et ses sujets. C'est un lien d'ordre féodal. Le mot d'allégeance rappelle l'hommage lige, l'hommage le plus fort prêté entre le suzerain et le vassal, et qui les lie par le lien le plus énergique. Le lien d'allégeance a disparu avec la Révolution française. Il a été remplacé par le lien de nationalité. Ce n'est plus un lien de sujetion de rapports personnels entre un souverain et un sujet, c'est un lien abstrait en juridique entre un Etat et un individu, tandis qu'au contraire dans certains pays, comme en Angleterre, on rencontre encore, non seulement l'expression, mais l'institution de l'allégeance. En réalité, il n'y a pas de nationalité britannique, dans la rigueur de l'analyse il y a exclusivement des rapports personnels entre le souverain de Grande Bretagne et chacun de ses sujets. Au surplus d'ailleurs on ne dit pas citoyen anglais, on dit sujet britannique. Telles sont les données terminologiques et la définition de la matière.

Indiquons maintenant quelles sont en France les sources juridiques, les sources positives, auxquelles il y a lieu de se référer.

Source : BIU Cujas

L'évolution du droit de la nationalité en France.

Le droit de la nationalité en France depuis le code civil a passé par 3 étapes, par 3 périodes, qui se caractérisent les unes et les autres par certains traits essentiels. Cette évolution a marqué d'une manière indélébile notre droit de la nationalité, et il est indispensable de l'avoir toujours présente à l'esprit, car même les textes de la loi de I927 sont remplis de ces précédents, que l'on ne peut comprendre qu'en se reportant aux textes antérieurs.

lère étape. I804-I889

La première étape va de I804 à I889, à la loi du 26 Juillet I889, du code civil à la grande loi sur la nationalité du 26 Juillet I889. Le code civil dans ses articles 9, I0, I2, I7 à 2I, complétés par quelques textes antérieurs de la révolution française, avait fondu la matière, et l'avait conçu suivant un certain nombre de principes, dont nous aurons à étudier la base, notamment la combinaison du jus soli et du jus sanguinis en ce qui concerne la nationalité d'origine. Des modifications assez fréquentes étaient intervenues dans cette période de I804 à I889 : d'abord à certaines époques sous l'empire de certains facteurs idéologiques, tels que le décret de I848 sous l'empire de la révolution de I848, le décret de I852 avec le mouvement du second empire, et la loi de I867 sous l'influence du mouvement international engendré par l'exposition universelle de l'époque. D'autre part, au lendemain de la guerre de I870, un mouvement d'opinion engendra également des réformes législatives, et notamment la loi du I6 Décembre I874. En effet, lors de la guerre on s'était aperçu qu'il y avait sur le territoire français, nées en France d'ailleurs, un certain nombre de personnes, qui bénéficiaient de l'hospitalité française, qui étaient en grande partie réunies et groupées aux départements frontières, mais qui n'étant pas françaises avaient échappé au service militaire et au recrutement, notamment au moment de la guerre. On avait donc été amené par cette loi à étendre dans une certaine mesure les effets de la naissance sur le sol français, ou en employant l'expression consacrée, comme nous allons le voir, à accroître le jus soli, à accroître l'influence de la naissance sur le sol français, quant à la détermination de la nationalité d'origine. Telles sont les caractéristiques de la première étape de notre législation jusqu'à l'apparition de la loi de I889.

2ème étape. I889 - I9I4 loi de I889 1 but: ordonner les dispo-

La loi du 26 Juin I889 a répondu à une double exigence, une exigence de forme et une exigence de fond

En la forme; les textes qui s'accumulaient depuis le code civil nécessitaient une refonte. Il a fallu

sitions sur la nationalité, lutter contre la dinatalité.

donc refondre les textes sur la matière et on s'est demandé s'il n'y avait pas lieu d'en faire une loi spéciale. A ce moment la proposition n'aboutit pas et on garda les modifications à introduire dans le cadre du code civil.

Également exigence de fond : en dehors des facteurs précédents, idéologiques et la nécessité d'accroître la nationalité française des individus en France, on a tenu compte à ce moment là de la situation démographique ; particulièrement on a remarqué, non pas la dépopulation, mais l'arrêt de l'accroissement de population, qui à ce moment inquiétait les sphères dirigeantes en France. Le Parlement français se préoccupa d'apporter un palliatif au fléchissement de la natalité et, en vue d'augmenter le nombre des français, accrut d'une part les conditions dans lesquelles était octroyée la nationalité d'origine, et d'autre part établit la charte de la naturalisation, qui jusqu'alors n'avait pas été traitée dans le code civil. Au surplus, cette loi de 1889 coïncidait avec une nouvelle loi militaire instituant le service de 3 ans pour tous les Français, et qui faisait corps en quelque sorte au point de vue social et démographique avec la loi du 26 Juin. Les conséquences de la loi de 1889 ont été tout d'abord en ce qui concerne la forme des conséquences assez fâcheuses; L'insertion dans les articles du code civil de textes nouveaux compliqués et sur la nationalité d'origine et sur la naturalisation amenèrent, contrairement aux intentions du législateur, une grande confusion et un certain désordre. Les textes étaient devenus beaucoup trop longs, beaucoup trop compliqués d'alinéas, compliqués de numéros. Les citations devenaient très difficiles et presque impossibles. D'autre part, la loi de 1889 avait engendré par la suite deux tendances qui se combattaient : une tendance extensive de mise au point de la réforme, en partant de l'idée qu'il fallait étendre la nationalité française au plus grand nombre d'individus possible, et d'autre part, une tendance restrictive ayant pour but de réfréner le mouvement d'assimilation, par crainte de faire entrer dans la nationalité française des éléments suspects. A la veille de la guerre une proposition avait été faite par le député Félix Chautemps, député de la Savoie, à l'éffet de supprimer un certain nombre des innovations, qui avaient été introduites dans le texte du code civil par la loi de 1889. Survint la guerre, et voici alors la troisième période, période 1914 à 1927.

Résultats: complexité des textes, double mouvement contradictoire engendré par cette loi.

3ème étape: 1914-1927 Les deux ten-

Les deux tendances simultanées, qui s'étaient fait jour sur l'interprétation de la loi de 1889 et son application apparaissent en succession au cours de cette

Source : BIU Cujas

dances successives; restrictive et extensive; projet de I9I6.

troisième pétiode. La tendance restrictive est celle qui domina jusqu'au lendemain des traités de paix, tendance qui se traduisit par la loi importante du 7 Avril I9I5, autorisant le gouvernement à rapporter des décrets de naturalisation obtenus par des ressortissants de pays avec lesquels la France était en guerre, et d'autre part, par le projet gouvernemental déposé au Sénat le 2I Septembre I9I6, examiné par la Société d'Etudes législatives en I9I8, revenant en grande partie sur l'oeuvre extensive de la loi de 1889, qui a marqué la deuxième période. Mais à cette tendance restrictive est venue se substituer après les traités de paix une tendance à nouveau extensive de la nationalité, et ceci à raison des conséquences de la guerre. La diminution de population de la France à la suite des pertes terribles engendrées par la guerre avait dévelopoé en France l'immigration, et les statistiques accusaient et accusant un nombre de plus en plus grand d'étrangers sur le territoire français. C'est ainsi que de I92I à I926 l'augmentation de la population étrangère avait été de près d'un million : 947.76I, et que au cours des 4 années suivantes le recensement de la population du 8 Mars I93I, accusait encore une augmentation de 400.000 étrangers en chiffre rond, 395.28I. Il en résultait que si la France voulait éviter que se créent sur son territoire des îlots de minorités étrangères conservant une autre nationalité et créant dans une certaine mesure de petits Etats dans l'Etat, il était indispensable d'amener le plus possible à la nationalité française les étrangers qui s'installaient en France et d'attacher par une nationalité d'origine leurs enfants nés sur le sol français. C'est alors que sur les premiers projets déposés devant le Parlement en I9I6 et votés par les Chambres en I922 et I924, se greffèrent des projets différents, des contre propositions, des propositions nouvelles, qui en très peu de temps aboutirent à la loi votée et promulguée en I927, et qui porte la date du IO Août I927 (Journal officiel, I4 août I927). Cette loi est la charte de la nationalité française à l'heure qu'il est.

Loi du IO août I927 et textes complémentaires..

Ce n'est pas le seul texte à considérer, il faut y joindre - et nous verrons que cela est très important - le décret de même date, le décret du IO Août I927 (J.O. I4 AOUT I927) et la circulaire du ministre de la Justice, chargé de l'exécution de la loi du 14 août I927, constituant le commentaire le plus autorisé de la loi. (Recueils de Textes de MM. Niboyet et Goulé, tome 1, p. 29 et ss. et J.O. I4 Août).

Tels sont les textes qui gouvernent la matière. Quant aux livres dans lesquels on peut trouver le

Source : BIU Cujas

commentaire de la loi de 1927, en dehors des Manuels courants, signalons celui de M. Louis Lucas de l'Université de Dijon, " La nationalité française, droit positif et conflit des lois", 1929 et dans le Répertoire de Droit international l'article de M. Maury professeur à la Faculté de Droit de Toulouse, au mot nationalité, "Théorie générale et droit Français".

La nationalité d'origine.

(art. 1 à 5 de la loi du 10 Août 1917).

La nationalité d'origine au sens large. Définition.

Au sens large, on entend par nationalité d'origine la nationalité que prend une personne en vertu des circonstances dont sa naissance a été accompagnée, c'est-à-dire soit la nationalité de son père et de sa mère, soit le pays où elle est née. Cette notion de la nationalité d'origine ainsi entendue au sens large, on l'oppose à la notion de nationalité acquise, ou à la nationalité d'acquisition. La plupart des auteurs donnent ce sens large à l'expression nationalité d'origine. Il en est cependant qui donnent à l'expression un sens plus étroit et réservent l'expression de nationalité d'origine à quelques cas seulement, qui rentrent dans cette catégorie, en excluant certains autres, auxquels ils donnent le nom de naturalisation par effet de la loi. (Notamment N° 27 et ss. Précis de M. Lerebours-Pigeonnière). Je prendrai ici l'expression, comme la plupart des auteurs, dans son sens large.

Les deux éléments auxquels peut se rattacher la nationalité d'origine. Le jus sanguinis et le jus soli.

La définition au sens large ainsi présentée tient compte de deux éléments : d'une part la nationalité des parents, et d'autre part le lieu, le pays de la naissance. En faisant place à ces deux éléments, le droit français actuel fait la part aux deux grands systèmes, auxquels dans l'histoire et également dans la législation contemporaine dans la plupart des pays on a eu recours, ou on a encore recours, pour déterminer l'autorité, à laquelle l'individu doit être juridiquement rattaché.

Historiquement il semble qu'il y ait eu, grosso modo, une sorte d'alternance entre les deux systèmes, que tout au moins dans les pays de civilisation gréco-romaine du bassin méditerranéen, dans l'Antiquité, c'est le jus sanguinis qui ait prévalu, et qu'à l'époque féodale, c'est au contraire le jus soli. On donne en effet à ces deux systèmes le nom de système du jus sanguinis et du jus soli, non pas que ces termes aient été consacrés depuis longtemps; au contraire, ils remontent à une époque assez rapprochée; ils se rattachent notamment au langage, au vocabulaire des commentateurs du droit moderne.

Source : BIU Cujas

e jus sanguinis dans les tés antiques.

D'après le système du jus sanguinis, qui semble avoir prévalu dans l'Antiquité, l'enfant suit la nationalité de ses parents, c'est-à-dire que ce sont les liens du sang qui déterminent la nationalité. Il a sa naturalité tirée du sang, jure sanguinis. A Rome notamment les textes classiques rattachent l'enfant né en justes noces au status civitatis du père. Au contraire l'enfant né en dehors du mariage, en dehors des justae nuptiae, que l'on appelait vulgo conceptus, que nous appelons l'enfant naturel, était rattaché at status civitatis de la mère. Un texte bien connu du Digeste, au titre de statu hominum, du jurisconsulte Celse (D.I.5.I9) indique en termes très concis la règle suivante : lorsqu'il y a eu justes noces les enfants suivent l'état du père; lorsqu'il s'agit d'un enfant né en dehors du mariage, l'enfant suit l'état de la mère. " Cum légitimae nuptiae factae sunt, patrem liberi sequuntur; vulgo quaesitus, matrem sequitur". Les raisons pour lesquelles dans l'Antiquité cette règle a prévalu tiennent à l'organisation de la cité antique, organisation dont tout au moins la Rome républicaine jusqu'à l'Empire, jusqu'à l'étatisation de l'Etat romain, apparaît comme un modèle. La république romaine n'était autre qu'une confédération de pères de famille, dont les patres étaient les chefs à Rome, le Sénat en était l'Assemblée. Dans l'intérieur de la famille les membres étaient groupés autour de l'autel des ancêtres, où l'on célébrait les sacra de la famille, le culte des ancêtres. Les sacra ne pouvaient être entretenus et servis que par les descendants de l'aïeul défunt. Il en résultait donc que, dans un état social ainsi établi, seule la filiation par le sang donnait à un enfant la qualité de membre de la cité, de citoyen romain, de civis romanus, et par la suite de futur père de famille.

Jus solis à la société féodale.

Au contraire l'état social du Moyen-Age, établi sur la hiérarchie féodale, dictait une solution contraire, la prédominance du jus soli sur le jus sanguinis. Le jus soli est celui où l'enfant prend la nationalité du pays où il naît, du sol sur lequel il naît. La nationalité est déterminée par le lieu de la naissance, par le sol, jure soli. Le système du jus soli en effet l'a emporté notamment en territoire français à partir du Xème siècle. L'organisation sociale étatique de l'Empire romain, qui avait succédé à la République, avait été à son tour remplacée par une société nouvelle, dont le fondement et la base était la seigneurie. La seigneurie est l'élément caractéristique de la société féodale. Qu'est-ce que la seigneurie ? C'est avant tout un domaine territorial, dont le seigneur, en même temps qu'il en est le propriétaire, en

Source : BIU Cujas

est à beaucoup d'égards le souverain. Les notions de propriété et de souveraineté sont rapprochées, même presque confondues, dans la seigneurie. La seigneuri a pour centre le château, ce que l'on appelait dans les pays du nord la castellennie ou le manoir. Le sei gneur châtelain représente le bien commun dans sa ter La condition des personnes était réglée par le lien av la terre. Elle était liée à celle des terres sur les- quelles les hommes vivaient dans un état de presque c munauté. C'était à raison de ce lien avec la terre q la condition des personnes était noble ou roturière, suivant le lien qui était établi entre l'homme et le qu'il habitait ou cultivait, si bien que la règle s'i planta que les rapports de l'homme avec le sol domi- nant toutes les relations sociales, l'enfant né sur terre d'un seigneur devenait le sujet de ce seigneur. On ne pouvait donc parler à cette époque à proprement dire de lien de nationalité. La nation n'était point encore développée. Ce qui subsistait et se développa c'était le lien de sujétion, et ce lien était déterm né par le sol sur lequel l'enfant était né.

Apparition au XVIème siècle de la notion d'allégeance perpétuelle envers le roi; ses conséquen- ces en ce qui concerne l'en- fant né d'un français hors de France.

Ces vestiges subsistèrent en France jusqu'à la Révolution, en dépit de la lutte de la monarchie con tre les seigneurs et de l'organisation de la monarchi absolue. Pourtant les progrès de la monarchie absolu aboutirent à cette conséquence de rattacher par le lien de souveraineté tous les sujets au roi de Franc C'est alors que l'on voit naître et se développer la tion de l'allégeance, qui est perpétuelle vis-à-vis du roi de France, et la qualité de sujet du roi de France, La notion d'allégeance est une notion de li féodal basée sur l'hommage le plus énergique dû au s verain par le vassal, l'hommage lige, l'hommage qui est prêté avec un cérémonial particulier et qui étai sous entendu dans les rapports entre les sujets du r de France et le roi. Au XVIème siècle, le livre fond mental sur la matière, intitulé "Traité des droits d aubaine" De Jehan Bacquet, s'exprimait en termes très nets : " Les vrais et naturels Français sont ceux qu sont nés dedans le royaume, pays terres et seigneuri de la nation, domination et obéissance du roy de Fra ce". Par conséquent, dès ce moment, on commença à i- dentifier la nationalité et la sujétion, et on déve- loppa l'allégeance au roi. Dès cette époque pourtant bien que ce soit le jus soli qui fixe le lien d'allé geance, le caractère de cette allégeance, qui est pe pétuelle, a engendré une question discutée par les a teurs du temps, celle de savoir si l'enfant conçu et né hors de France d'un père lié au roi de France par l'allégeance, ne devrait pas être tenu lui aussi pou sujet du roi. Dès la fin du XVIème siècle on trouve

Source : BIU Cujas

arrêts dans ce sens. D'autre part, avec le principe de l'allégeance perpétuelle, on a considéré comme indélébile une qualité de caractère foncier et qui se rattachait dans une certaine mesure à l'allégeance : la qualité de regnicole, d'habitant du royaume, était une qualité que le Français ne pouvait perdre sans l'autorisation du roi.

Toutes ces discussions amenèrent la doctrine française, à la veille de la Révolution, à admettre que le lien entre le sujet et le roi de France se formait de deux manières et pouvait être recherché dans deux séries de circonstances : la naissance sur le sol français, et la naissance en dehors de France d'un sujet du roi. C'est ce que l'on lit notamment dans le Traité paru après sa mort, le Traité des personnes de Pothier (1ère partie, titre 2). Quelles personnes sont citoyens, sont regnicoles, sont étrangères ou aubains? Pothier dit en propres termes : " Les citoyens, les vrais et naturels Français (suivant la définition de Bacquet) sont ceux qui sont nés dans l'étendue de la domination française". Il ajoute aussi : " Des enfants nés en pays étranger, d'un père français qui n'a pas établi son domicile dans ce pays, ni perdu l'esprit de retour, sont aussi Français". C'est donc au jus soli et au jus sanguinis également qu'à la fin de l'ancien régime on rattachait le lien de sujétion de l'allégeance au roi. Par opposition, Pothier définit l'étranger ainsi : On appelle étrangers ceux qui sont nés de parents étrangers et hors des pays de la domination française". De la sorte à la veille de la révolution, au jus soli s'était adjoint dans une certaine mesure le jus sanguinis.

Les textes révolutionnaires tinrent compte de cette tradition, en y joignant un élément que justifient les évènements de l'époque, un élément de résidence en France. C'est ainsi que la constitution de septembre 1791 déclarait citoyens français : 1°) ceux qui sont nés en France d'un père Français, 2°) ceux qui, nés en France d'un père étranger, ont fixé leur résidence dans le royaume; 3°) ceux qui, nés en pays étranger d'un père français, sont venus s'établir en France et ont prêté le serment civique; et enfin 4°) ceux qui, nés en pays étranger et descendant à quelque degré que ce soit d'un français, viennent demeurer en France et prêter le serment civique. Nous voyons donc par conséquent là encore la combinaison du jus soli, -ceux qui sont nés en France- avec le jus sanguinis- ceux qui sont nés de parents Français - mais avec une condition l'établissement en France, et dans une certaine mesure l'acceptation du régime nouveau. Un nouveau facteur apparaît donc : celui de la résiL'a qualité de egnicole et on caractère indélébile.

a combinaison u jus soli et u jus sanguinis dans la étermination es vrais et turels frannais à la fin e l'ancien roit.

ombinaison de s éléments ns la législation révolunnaire avec élément résidence en Fran-

Source : BIU Cujas

dence.

Système transactionnel du C.C. art. 9 et IO.

Au cours des travaux préparatoires du code civil les deux conceptions du jus soli et du jus sanguinis s'affrontèrent. Les partisans de l'une ou l'autre solution opposèrent leur doctrine. On chercha des compromis, si bien même qu'à un moment donné - chose curieuse,- les travaux préparatoires du code civil ont purement et simplement admis les deux formules extrêmes : à la fois tout le jus soli et tout le jus sanguinis, sans exception. I°) Tout enfant né d'un Français en pays étranger est français, (jus sanguinis) 2°) Tout individu né en France est français, (jus soli). Ce système avait le mérite de la simplicité. Il engendrait pourtant des difficultés, que révèle la lecture des travaux préparatoires. D'ailleurs les formules absolues ne sont pas de mise en pareil cas, si bien que pour finir une transaction intervint, qui aboutit aux articles 9 et IO de la codification de I804, l'article 9 qui sanctionne le jus soli, et l'article IO qui sanctionnait le jus sanguinis.

Il faut connaître ces deux articles dans leur teneur de I804. Ce sont des textes qui ont pesé sur toute l'évolution en la matière, et qui, à l'heure actuelle encore, nous dominent de leur technique. L'article 9, jus soli, proclamait français tout individu né en France d'un étranger, mais à certaines conditions et voici exactement la teneur du texte : " Tout individu né en France d'un étranger pourra dans l'année qui suivra sa majorité, réclamer la qualité de français, pourvu que dans le cas où il résiderait en France, il déclare que son intention est d'y fixer son domicile, et que dans le cas où il résiderait en pays étranger, il fasse sa soumission de fixer en France son domicile, et qu'il s'y établisse dans l'année à compter de l'acte de soumission". Ce qu'il faut retenir de ce texte, c'est que le jus soli n'était pas admis purement et simplement par l'ancien article 9 dans le texte de I804. Il fallait qu'il se joigne à la naissance en France d'un enfant d'un étranger un élément de résidence et de domicile " pourvu que s'il réside en France, il déclare que son intention est d'y fixer son domicile, et s'il réside en pays étranger, qu'il fasse sa soumission de fixer en France son domicile, et qu'il l'établisse dans l'année à compter de l'acte de soumission". On reconnaît là la trace des textes révolutionnaires, dont la constitution de septembre I79I est un exemple. Le jus soli était donc admis comme élément de la nationalité française, à la condition qu'il s'y joigne un élément de résidence de domicile.

Art. IO-Jus sanguinis.

D'autre part, l'article IO (jus sanguinis), texte de I804 : " Tout enfant né d'un Français en pays

Source : BIU Cujas

étranger est français (jus sanguinis) " à fortiori, c'est d'ailleurs ce que toute la doctrine et la jurisprudence ont admis au cours du XIXème siècle, l'enfant né d'un français en France est français. Par conséquent, principe général et absolu : l'enfant né d'un français en France ou en pays étranger est français". Tels sont les deux précédents, dont sont sortis par la suite et avec une évolution, dont nous allons avoir à retrouver les traces, tous les textes sur la nationalité en France jusqu'à la loi de I927.

La loi de I927 Différentes catégories de Français.

Prenons cette loi : si nous regardons les articles 1 à 5, on s'aperçoit que le législateur a été comme d'ailleurs dans tous les textes précédents, dominé par l'idée de dresser la liste, le catalogue des personnes à qui appartient la nationalité française. "Sont français" dit l'article Ier suit une liste de français. Cette liste engendre dès la lecture une certaine difficulté de compréhension, car suivant les hypothèses envisagées tour à tour par le législateur, le catalogue des personnes, à qui est reconnue la qualité de français, manifeste entre les individus reconnus français certaines différences. C'est ainsi que certains sont déclarés français dès leur naissance et définitivement, et que certains autres au contraire, (2ème catégorie) sont français de naissance et ont le droit de répudier leur qualité de Français. Une troisième catégorie apparaît à travers les textes, ceux qui, étrangers de naissance,peuvent devenir français jusqu'à leur majorité par une déclaration. Enfin, quatrième catégorie ceux qui, étrangers de naissance, deviennent français automatiquement ipso jure. On pourrait songer à étudier par conséquent l'article ler, en dehors de son énumération, par catégories de français organisées par la loi? Ce serait une première méthode. Pour ma part, j'en préfère une autre, celle qui consiste à partir des faits pour arriver au droit, car si, pour le législateur, la question qui se pose est de savoir et de résoudre qui est français, abstraitement, par voie de principes généraux, l'interprète, le praticien est en face du cas concret, et est obligé de se demander en face de telle personne déterminée, est-elle française ou n'est-elle pas française? C'est là la méthode pratique et concrète, c'est celle dont je vais m'inspirer. Elle s'applique d'ailleurs d'une façon très claire aux deux principes directeurs du code et de la loi de I927, le jus sanguinis et le jus soli. En définitive, la loi de I927, comme d'ailleurs tous les textes qui l'ont précédée depuis le code civil, a envisagé deux catégories d'hypothèses : une première catégorie d'hypothèse : celle où l'indi-

Source : BIU Cujas

vidu considéré est enfant de français. Dans cette hypothèse jouent presque exclusivement, sinon exclusivement les conséquences juridiques de la filiation française le jus sanguinis. En face de cette 1ère catégorie d'hypothèses, nous envisageons ensuite avec la loi une deuxième catégorie d'hypothèses, celle où l'individu considéré n'est pas enfant de français, et où alors, quoique je jus sanguinis s'y mêle aussi quelque peu, on peut dire que jouent les conséquences juridiques directes de la naissance sur le sol. C'est l'étude presque exclusive du jus soli. Ainsi donc deux catégories d'hypothèses, et ceci est très clair : dans un cas pratique, la première chose à se demander, c'est si l'individu que l'on considère est enfant de français, ou si au contraire il n'est pas enfant de français. Suivant l'une ou l'autre de ces deux alternatives, nous allons entrer dans les catégories envisagées par la loi.

I-Enfant de Français. Français dès leur naissance et définitivement.

Première série d'hypothèses : L'individu considéré est enfant de français.

Nous allons rencontrer sous cette rubrique plusieurs hypothèses, qui viennent tout naturellement à l'esprit et qui ont été envisagées par le législateur, car lorsqu'on parle d'enfant ou de descendant, il y a toujours des distinctions à faire, suivant que l'enfant est légitime, naturel, légitimé ou adoptif. Ce sont les quatre hypothèses, dont trois ont été envisagées par la loi de 1927. La quatrième avait été tranchée par la loi de 1923 sur l'adoption. Nous allons successivement supposer, d'abord l'enfant légitime, ensuite l'enfant naturel, en troisième lieu l'enfant légitimé, et 4°) l'enfant adoptif. C'est un cadre également très simple.

A-Enfant légitime.

A- L'enfant légitime.

Aux termes de l'art. de la loi de 1927: " Sont français; 1°) tout enfant légitime né d'un Français en France ou à l'étranger; 3°) tout enfant légitime né en France d'une mère française ".

Reprenons successivement ces deux types.

1°)Enfant né d'un français en France ou à l'étranger.

1er cas, c'est celui d'un enfant légitime qui est né d'un français en France ou à l'étranger, c'est-à-dire lorsque le père est français, a fortiori, bien que la loi ne le dise pas, lorsque les deux parents sont français, et alors sans distinction, qu'il soit né en France ou à l'étranger, dans ce cas l'enfant est français. Il est français sans discussion dès sa naissance et définitivement. Nous pourrions dire que c'est un français de 1ère catégorie.

2°) Enfant né en France d'une mère française.

2ème cas : art. 1er, 3°, l'enfant d'un père étranger et d'une mère française est considéré par la loi de 1927 comme français, jure sanguinis, mais à la condition qu'à titre auxiliaire - et c'est là qu'apparaît

Source : BIU Cujas

la combinaison - au secours du jus sanguinis, intervienne le jus soli, c'est-à-dire à la condition que l'enfant légitime soit né en France. La règle est donc la suivante : le père étant étranger et la mère étant française, l'individu est français, s'il est lui-même né en France. Telles sont les deux règles concernant l'enfant légitime : le premier cas, réglé depuis le code civil, a été explicitement établi par la loi de I889 et ne soulève aucune difficulté. Il faut simplement remarquer qu'il n'y a aucune distinction, et que même si entre les parents un divorce ou une séparation de corps est intervenu, lors même que l'enfant aurait été confié pour sa garde à l'un des deux parents, il n'y a pas de distinction à faire ; la règle est absolue: l'enfant suit la nationalité française, la mère étant étrangère, la garde de l'enfant étant confiée à la mère en cas de séparation de corps, peu importe, l'enfant est français.

Le deuxième cas au contraire a apporté une grande innovation. Antérieurement à la loi de I927, la loi de I889 ne faisait pas de l'enfant d'une mère française et d'un père étranger, lors même qu'il était né en France, un français de plein droit. La loi de I889 dans le célèbre article 8, 3° ne le déclarait français que comme on le disait, sous condition résolutoire, c'est-à-dire qu'il avait la faculté de décliner la nationalité française à sa majorité. On a supprimé cette faculté : la loi de I927 a été plus loin - c'est une de ses principales innovations - et il résulte de la combinaison de ces deux règles sur l'enfant légitime cette conséquence pratique générale, c'est qu'un enfant légitime est toujours français, s'il est né en France et si l'un de ses parents et français. Par conséquent le cas de la nationalité de l'enfant légitime en pratique, en face du cas concret, est très simple à régler.

Il s'est posé sur ces deux premières règles quelques questions d'interprétation, dans le détail desquelles je n'entre pas. On s'est demandé tout d'abord à quelle date il y a lieu de se fixer pour l'attribution de la nationalité. Doit-on se placer à la date de la conception ou à la date de la naissance ? La question est une question classique dans le droit civil ordinaire. La pratique du ministère de la justice, de la Chancellerie, est de fixer la nationalité à la naissance, et pour le changement de nationalité du père, et pour le changement de nationalité de la mère, on se place en face de la naissance. C'est en ce sens notamment qu'une réponse écrite a été faite par le ministère de la Justice, 24 Août I927, à une question de M. le déouté Rollin.

ate à envisager pour l'attribution de la nationalité.

Source : BIU Cujas

De même, autre question, à quelle date doit-on se placer pour attribuer une nationalité à l'enfant posthume ? La pratique de la Chancellerie est d'envisager, non pas la date de la conception, mais la nationalité du père au moment de son décès. Voilà les règles qu'il y a lieu de fixer en ce qui concerne l'enfant légitime. Elles sont de caractères relativement simples.

B-L'enfant naturel.

Beaucoup plus compliquée au contraire est la situation de la nationalité de l'enfant naturel. C'est la deuxième hypothèse que l'on distingue dans les textes. Les textes intéressés ici sont l'article 1, 4° et l'article 1, 6°. L'article I, 4°, est ainsi conçu: (il comporte 3 alinéas; les deux premiers concernent l'enfant naturel, le troisième concerne l'enfant légitimé). "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...." Tout enfant naturel de cette catégorie est français. alinéa 2 : " 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. Tels sont les deux premiers alinéas, 4°) de l'article 1 au numéro 6. Article 1, 6° : " Tout enfant naturel né en France, lorsque celui de ses parents, dont il ne doit pas suivre la nationalité aux termes de la disposition précitée est français, cet enfant est de nationalité française".

Les textes sont d'une lecture assez ardue. Il est nécessaire de bien établir l'hypothèse. L'hypothèse envisagée avec précision par la loi, c'est celle où la filiation naturelle résulte d'une reconnaissance ou d'un jugement, c'est-à-dire que la filiation est établie volontairement ou judiciairement pendant la minorité de l'enfant, et exclusivement par les deux modes : reconnaissance ou jugement, dit la loi.

Ceci posé, quelles sont les solutions légales ?

I°Reconnaissances successives dont la Ière émane du parent français.

Art. I, 4° : L'enfant naturel a sa filiation établie successivement, soit par reconnaissance, soit par jugement, vis-à-vis respectivement de son père et de sa mère. La reconnaissance n'a pas été simultanée, elle a été successive. Dans ce cas, si le premier qui a reconnu ou vis-à-vis de qui un jugement a été rendu est français, l'enfant naturel est français. C'est ce qui résulte de l'article 1, alinéa 4. Voilà le premier cas.

2°Reconnaissance simultanée par les père et mère.

Deuxième cas : l'enfant est reconnu simultanément par le père et par la mère (art. 1er - 4° al. 2) La règle est alors la suivante : si le père est français; l'enfant naturel est français, si la filiation résul-

Source : BIU Cujas

te, à l'égard du père et de la mère, du même acte ou du même jugement, l'enfant suit la nationalité du père, c'est-à-dire que si le père est français l'enfant est français.

3°)Reconnaissances successives dont la première émane du parent étranger.

Troisième cas : Art. I 6°, il s'agit de l'hypothèse où l'enfant a été reconnu successivement par le père et par la mère, le premier qui l'a reconnu étant étranger. Dans ce cas, aux termes de l'article 1er 4°, l'enfant naturel devrait être étranger; par bienveillance et par souci de la nationalité française l'article 6 dit ceci : si l'enfant naturel est né en France - jus soli - il pourra prendre la nationalité française de celui qui a reconnu ou vis-à-vis de qui la reconnaissance a été faite judiciairement. Ainsi c'est une dérogation à la règle du premier cas. Puisque la première reconnaissance a été faite par un étranger, l'enfant devrait être étranger, mais s'il est né en France - et c'est ici qu'intervient le jus soli pour corriger le jus sanguinis dans une certaine mesure et faire prévaloir le jus sanguinis - l'enfant est français. L'enfant naturel dans ces trois cas, comme l'enfant légitime dans les hypothèses étudiées plus haut est français de première catégorie, c'est-à-dire français dès sa naissance et définitivement.

Situation de l'enfant reconnue en même temps par une mère française et un père étranger, et né en France.

Des questions d'interprétation se sont posées sur ces différents textes, comme tout à l'heure à propos de l'enfant légitime. Tout d'abord il faut remarquer que, dans le tableau des cas que je viens de présenter d'après la loi, une hypothèse a été omise : c'est le cas où la filiation a été établie simultanément; c'est le cas par exemple où le père et la mère ont reconnu par le même acte. Si la mère est française et le père étranger, il résulterait du texte à la rigueur que l'enfant dans ce cas pourrait être étranger, mais quid juris, si l'enfant est né en France ? Doit-on lui appliquer par extension la règle de l'article 1, 6° ? Oui, selon la plupart des auteurs, et la pratique de la Chancellerie est en ce sens. On tire argument de textes tels que l'article 1, 6°; on tire également argument de la raison de la loi. Il en résulte cette conséquence pratique, qui est très claire, c'est qu'un enfant naturel sera toujours français, s'il est né en France, et si l'un de ses parents, père ou mère, a la nationalité française. Ceci est une conséquence pratique très claire analogue à celle que nous avons dégagée pour l'enfant légitime.

Une autre question s'est posée, c'est celle de savoir si en dehors des cas de reconnaissance judiciaire ou de reconnaissance volontaire, on pourrait faire état d'autres éléments pour établir la filiation naturelle de l'enfant. Ceci se présente notamment dans les

Source : BIU Cujas

cas où l'on se trouve en présence d'un enfant, dont la législation, soit de la mère, soit du père, prévoit une possibilité de constatation de preuve de la filiation naturelle, en dehors des deux cas de reconnaissance ou du jugement, par exemple comme dans certaines législations, telles que la législation suisse. L'article 302 du code suisse prévoit que la seule mention du nom de la mère dans l'acte, sera reconnaissance ou sans jugement, établit la filiation naturelle de l'enfant. Il s'est posé des questions extrêmement délicates, précisément dans les régions frontières, au sujet de cette règle. Il en a été de même à propos du conflit avec le droit allemand pour les Alsaciens Lorrains (Cas.Civ. 25 Février I930; D. I930, I. p. I30. S. I930, I.p. 32I sur Chambéry). La Cour de Cassation n'a met pas que l'on puisse faire état d'autres éléments que ceux du jugement ou de celui de la reconnaissance volontaire.

C-Enfant légitimé influence de la nationalité du père; quid si celui-ci est étranger ?

Troisième hypothèse : l'enfant légitimé, art. le 4° 3ème alinéa : " La légitimation d'un enfant mineur lui donne, s'il ne l'a déjà, la nationalité française de son père". Par conséquent, si le père est français, l'enfant légitimé devient français de première catégorie immédiatement et définitivement. Mais ici la question la plus importante - car il y en a plusieurs - qui se présente dans l'interprétation, est très complexe, c'est celle de savoir si a contrario le père étant étranger, l'enfant légitimé devient lui-même étranger ? Le législateur de I927 ne l'a pas dit : Il n'a statué que sur la nationalité française, ne voulant pas statuer sur la nationalité étrangère par scrupule. On se demande donc si l'a contrario peut être admis, et si par conséquent un enfant né en France, lorsque le père étranger vient à le légitimer, est étranger ? La question s'est posée avant la loi de I927, et un arrêt très important de la Cour de Cassation, Chambre civile, I7 Mars I926, a été rendu à propos de l'affaire Christofard (D. I926. I. p. I37. S.I926.I.p.20I) et avait tranché en faveur de la nationalité française, estimant que dans un cas de ce genre, la mère ayant déjà reconnu l'enfant avant la légitimation du père, l'enfant avait déjà la nationalité française, et que cette nationalité une fois acquise devait demeurer. Est-ce que cette jurisprudence doit être maintenue ? Depuis la loi de 1927 les avis divergent. La Chancellerie (J.O. II Janvier I928) estime que la jurisprudence doit être maintenue. Cependant il existe même dans la jurisprudence de la Chancellerie des hésitations, puisque l'instruction du I3 Août I927 semblera pencher pour l'avis contraire. Il y a sur cette controverse des arguments tirés des travaux préparatoires,

Source : BIU Cujas

du texte de la loi des principes. Ils sont exposés tout au long dans un article qui vient de paraître dans le Journal Clunet livraison de Janvier-Février I933 " La nationalité de l'enfant légitimé" par le Secrétaire général de l'Institut de droit comparé, M. A. Ancel.

D. Enfant adoptif.

Reste enfin la question de l'enfant adoptif. C'est la dernière hypothèse de la catégorie des hypothèses du jus sanguinis. Ici il ne peut pas être question du jus sanguinis, puisqu'il s'agit d'adoption, aussi tranchant la question qui avait été très controversée antérieurement, l'article 345 alinéa 2 du code civil, tel qu'il a été établi par la loi du 29 Juin I923, dispose en termes exprès que l'adoption n'entraîne pas pour l'adopté un changement de nationalité. En effet, il est de principe que l'enfant adopté reste dans sa famille antérieure. S'il doit suivre un jus sanguinis, c'est celui de sa parenté du sang. Il ne doit pas voir une adoption modifier sa nationalité, qui par la suite pourra être modifiée, s'il désire changer de nationalité. La question est simple.

Il reste à examiner la deuxième catégorie d'hypothèses, celle de l'enfant considéré comme n'étant pas enfant de français.

I-Individus rançais jure oli.

Nous arrivons avec la loi à une deuxième catégorie d'hypothèses : celle où l'individu considéré n'est pas enfant de Français . La filiation n'est pas française. C'est en somme l'examen des conséquences juridiques directes du jus soli, de la naissance sur le sol; que nous avons vu prendre à titre auxiliaire en considération, lorsque le jus sanguinis était en première ligne. Nous verrons dans une certaine mesure la filiation jouer un rôle dans la seconde catégorie d'hypothèses; ici encore c'est un rôle accessoire, un rôle auxiliaire, comme le faisait le jus soli dans la première catégorie d'hypothèses. Le jus soli pur n'apparaît dans la loi que dans une seule hypothèse : c'est le cas d'un individu né en France de parents inconnus ou dont la nationalité est inconnue.

unique où jus soli suffit à lui seul faire acquérir la nationalité française.-Enfant né parents inconnus.

Art. I. 7° (Loi de I927) : "Sont français.... tout individu né en France de parents inconnus ou dont la nationalité est inconnue." Nous nous trouvons en présence d'une dïsposition qui ne figurait pas dans le code I804, mais que la loi de I889 avait introduite; elle repose à la fois sur un intérêt individuel et sur l'intérêt national; l'intérêt de la défense de l'enfant nécessité des mesures de protection, lesquelles dépendent de sa nationalité. L'organisation d'une tutelle est d'intérêt d'ordre collectif, national, et d'ailleurs international. Il faut diminuer autant qu'il est possible cette absence de patrie. Ainsi dans ce

Source : BIU Cujas

premier cas l'enfant est français de la première catégorie, dès sa naissance et irrévocablement.

La Chancellerie a été amenée à étendre cette disposition à l'enfant trouvé et à l'enfant de personnes sans nationalité à l'enfant de sans patrie. C'est là une extension qui se justifie. On pourrait même estimer que le ministère de la justice dans le cas de l'enfant trouvé a adopté une pratique un peu étroite. Elle n'étend la disposition de l'article 1.7° qu'à l'enfant trouvé nouveau-né dans l'hypothèse visée par l'article 58 du code civil seulement. Or il s'est produit des cas dans la pratique d'enfants trouvés, par exemple à l'âge de 3 ans, de 4 ans, qui par la suite ont réclamé la nationalité française. On ne voit pas pourquoi la Chancellerie se borne simplement à examiner l'enfant trouvé nouveau-né.

Cette première disposition établie, nous la retrouvons dans la Convention de La Haye. Nous trouvons également les additions de la Chancellerie dans le projet de modification à la loi de 1927.

Ce premier cas mis de côté, on ne rencontre nulle part ailleurs le jus soli pur comme engendrant la nationalité française. Cette disposition avait été adoptée à un moment donné par le projet de code civil d'une façon sommaire et stricte : tout individu né sur le sol français est français. Cette disposition n'a jamais prévalue. Le seul fait d'être né en France, à la différence de certaines législations, du droit anglais par exemple, n'engendre pas en France la nationalité française. Ce fait de la naissance sur le sol français pour engendrer la nationalité, doit être accompagné de certaines autres circonstances manifestant que l'individu est rattaché à la France par des liens particuliers. Ces liens aujourd'hui, dans notre droit de la loi de 1927, sont au nombre de deux : I° ce que l'on appelle pour des raisons de brièveté - mais expression qui nécessité d'être expliquée - la double naissance sur le sol français, c'est-à-dire si l'individu est né en France d'un étranger, qui lui-même y est né, c'est-à-dire le fait de deux naissances successives sur le sol français, de l'individu considéré, et de l'un de ses parents. 2°) L'autre circonstance, c'est la possession d'un domicile sur le sol français. La double naissance, le domicile en France, voilà les deux conditions qui peuvent en France justifier la nationalité française sur le fondement du jus soli.

Faits dont les combinaisons avec le jus soli font acquérir la nationalité française la double naissance en France et le domicile.

On pourrait concevoir d'autres liens, d'autres raisons pour lesquelles le jus soli serait susceptible d'engendrer la nationalité française, par exemple et à travers l'histoire de nos textes on en trouve de illustrations, le fait d'avoir servi dans les armées

Source : BIU Cujas

françaises (La loi de I889 avait visé ce cas), ou encore le fait d'être descendant d'anciens français ayant perdu la nationalité française (ancien art. IO C.C. et loi de I889). Quoi qu'il en soit de ces précédents historiques il n'y a donc que deux circonstances manifestant que l'individu est rattaché à la France par certains liens, et qui accompagnant la naissance sur le sol français engendrent la nationalité française : c'est la double naissance sur le sol français et le domicile en France.

A-La double naissance en France.

Prenons successivement chacune de ces deux hypothèses. Tout d'abord la double naissance. Il y a attache à la France par la naissance sur le sol français de l'individu considéré, et il y a attache à la France par la naissance sur le sol français de l'un de ses deux parents, le père ou la mère. Ici on voit apparaître dans une certaine mesure ce que l'on pourrait appeler le jus sanguinis, la filiation, puisque l'on tient compte de la situation des parents. Mais il ne s'agit as d'une filiation française, et par conséquent à proprement parler on ne saurait dire qu'il y a là le jus sanguinis. Le jus sanguinis vise exclusivement la filiation nationale.

Importance de cet élément dans l'histoire de notre législation sur la nationalité.

Ceci posé,avant d'examiner les textes qui gouvernent cette hypothèse, et qui sont les articles 1 et 2 de la loi de I927, du moins certains alinéas de l'article 1 et de l'article 2, il faut rappeler quelques précédents historiques de la question, car en effet nos articles 1 et 2 de la loi de I927 qui visent ces hypothèses, sont imprégnés de toute l'histoire antérieure des textes sur ce point. La réforme avait été amorcée par une loi de I85I. Des lois successives, la loi de I874 au lendemain de la guerre de I870, et la loi de I889, la grande loi sur la nationalité, dans son article 8, 3° avaient étendu ou restreint la disposition Finalement une dernière loi restrictive avait été votée le 22 Juillet I893, et voici dans quelles conditions. En faisant abstraction des textes antérieurs, la loi de I889 dans une formule assez simple et claire, art. 8, 3°, avait disposé qu'était français tout individu né en France d'un étranger, qui est lui-même né en France. Il suffisait par conséquent de la double naissance de l'enfant, et soit du père, soit de la mère, en France, pour engendrer ipso facto et automatiquement la nationalité française. Le texte est clair et simple. Mais il engendrait des inconvénients. D'abord la loi n'avait pas distingué le cas d'un enfant légitime et le cas de l'enfant naturel, et des difficultés s'étaient élevées immédiatement. D'autre part, et surtout, la loi ne distinguait pas entre le père et la mère, et il suffisait que la mère seule fût née en France, le

Source : BIU Cujas

père étant étranger, pour que l'enfant né en France fût français ipso facto, ipso jure. Cette situation amena au lendemain de la loi de I889 des réclamations diplomatiques, et notamment des réclamations de certains pays voisins, la Suisse et la Belgique, qui protestèrent, parce qu'on leur enlevait de cette façon des nationaux. En effet dans les régions frontières il arrive souvent que le père soit étranger, suisse ou belge notamment, et que la mère soit française. L'enfant de par la loi de I889 était français en France. Il était considéré comme belge en Belgique, suisse en Suisse. C'était des cas de double nationalité, et il y avait des conflits perpétuels. La Cour de Cassation saisie de la question dans un procès fameux (Requêtes 7 Décembre I89I, S. I892. I. p. 8I D. I892.I. p. 87) avait déclaré que, la loi ne distinguant pas, il y avait lieu de mettre la naissance du père et de la mère sur un pied absolu d'égalité, et par conséquent l'enfant né en France d'une mère étrangère née en France et d'un père étranger était tout de même français. Aussi la loi du 22 Juillet I893 est venue modifier l'article 8,3° de la loi de I889, en distinguant des hypothèses, d'abord en faisant un sort particulier à l'enfant naturel, et d'autre part en ce qui concerne l'enfant né en France d'une mère elle-même née en France, quoique étrangère, la loi de I893 rétablit une disposition qui existait dans les lois antérieures, le droit pour l'enfant dans cette hypothèse de décliner la nationalité française dans l'année de sa majorité. Ainsi, de par la loi de I893, on faisait une distinction entre la mère et le père : lorsque c'était le père étranger qui était né sur le sol français l'enfant né en France était français de plein droit, lorsque au contraire c'était la mère étrangère qui était née en France, l'enfant né en France de cette mère n'était pas de droit , français. Il a même le droit tout au moins de décliner la nationalité française dans l'année de sa majorité. Tel était l'état des textes, lorsqu'intervint la loi de I927, et voici, dans les paragraphes concernant les cas en question, comment la loi a réglé la situation.

I° Enfants légitimes nés en France de deux parents étrangers dont l'un est né en France; distinction suivant qu'il s'agit du père ou de la mère.

Ici encore il faut distinguer entre les enfants légitimes et les enfants naturels. Les enfants légitimes tout d'abord. Prenons le cas d'un enfant légitime né en France de parents étrangers, mais dont le père ou la mère quoique étranger, est lui-même né en France. La situation est réglée de la manière suivante. Art.I 2° Si c'est le père, qui quoique étranger était lui-même né sur le sol français, l'enfant légitime est français. Il est français dès sa naissance, il est français de 1ère catégorie, et irrévocablement. " Sont fran-

Source : BIU Cujas

çais ... tout enfant légitime né en France d'un père qui y est lui-même né". Lorsqu'au contraire c'est la mère qui est née en France, art. 2.I° - et ici nous allons rencontrer une nouvelle catégorie de français : " Sont français, sauf la faculté de répudier cette qualité dans l'année qui suivra leur majorité telle qu'elle est réglée par la loi française : I° tout enfant légitime né en France d'une mère étrangère qui y est elle-même née". C'est la seconde hypothèse, et le résultat est le suivant : l'enfant est français, mais avec une modalité, dit la loi. Il a la faculté de répudier cette qualité. Il est français sous condition de répudiation il peut répudier la qualité française. C'est ce que l'on appelait dans les lois antérieures la condition résolutoire. On dit que ce sont des Français sous condition résolutoire. Mais l'expression est défectueuse, parce que la répudiation s'effectue, à la différence de la condition résolutoire, sans rétroactivité C'est la consolidation du système de 1893 combinée avec l'art. 8.3°

2° Enfant naturel né en France de deux parents dont l'un est né en France.

Passons maintenant au cas de l'enfant naturel. L'enfant naturel est né en France et l'un de ses parents y est lui-même né. Cela peut être, comme dans l'hypothèse de l'enfant légitime, le père ou la mère, mais il y a lieu de tenir compte, comme nous l'avons vu pour l'enfant légitime, de la date de la reconnaissance et de l'ordre dans lequel l'enfant a été reconnu, soit par le père, soit par la mère ou par tous les deux simultanément. Voici comment se combinent toutes ces circonstances.

a) reconnaissance d'abord par celui qui est né en France.

Art. I.5° C'est le premier qui a reconnu, père ou mère, qui était né en France. Dans ce cas l'enfant est français, et de première catégorie. "Sont Français.. tout enfant naturel né en France, lorsque celui de ses pères et mère, dont il devrait suivre la nationalité, est lui-même né en France.

b) cas où le parent né en France est celui dont l'enfant ne devrait pas suivre la nationalité.

Lorsque l'enfant naturel étant né en France, l'un de ses parents, celui-là même dont il ne devrait pas suivre la nationalité, est né en France, on en fait également un français, mais on en fait un français sous condition de répudiation, un français de la seconde catégorie. " Sont français, sauf la faculté de répudier cette qualité dans l'année qui suivra leur majorité telle qu'elle est réglée par la loi française" art. 2.2° ; " Tout enfant naturel né en France de parents étrangers, lorsque celui dont il ne devrait pas suivre la nationalité aux termes de l'art. 1er est lui-même né en France". Par conséquent il est français, sauf faculté de répudiation. Il est français plutôt sous condition résolutoire. Telles sont les dispositions de la loi. La question se pose alors de savoir

Source : BIU Cujas

ce qu'est cette faculté de répudiation visée à l'article 2 dans les alinéas, que je viens de spécifier.

Conditions et forme de la répudiation de la qualité de français.

La répudiation est réglée à la fois par l'article 2 et par l'article 5 de la loi. Elle est réglée d'ailleurs très minutieusement. Rappelons simplement les principes; il suffira pour les détails de se reporter aux textes. La répudiation voit ses modalités fixées tout d'abord par l'article 2, alinéa 1, qui exige que la répudiation ait lieu dans l'année qui suivra la majorité telle qu'elle est réglée par la loi française c'est-à-dire entre 21 et 22 ans. Mais ceci ne suffit pas. A cette condition s'en joint une autre, qui est établie par l'article 2, alinéa 4 : " Pour être admis à répudier la qualité de français, l'intéressé devra prouver par une attestation en dûe forme de son gouvernement annexée à cette déclaration, 1° qu'il a conservé la nationalité de ses parents, 2° le cas échéant il devra produire en outre un certificat constatant qu'il a satisfait à la loi militaire dans son pays, sauf les exceptions prévues aux traités". Par conséquent, il devra d'abord par une attestation du gouvernement, dont il se réclame, prouver qu'il a conservé la nationalité de ses parents et en outre, le cas échéant, et en général l'exigence est toujours présentée par la Chancellerie, qu'il a satisfait à la loi militaire de son pays. Telles sont les modalités de la répudiation.

Les formes en sont fixées par l'article 5, et elles sont fixées un peu plus loin, parce qu'elles sont communes, comme nous le verrons, non seulement à la répudiation, mais aussi à une déclaration acquisitive de la qualité de français. Ces formes sont assez compliquées. Il s'agit d'abord de faire une déclaration, qui s'opère chez le juge de paix du canton où le déclarant a son domicile, ou à défaut sa résidence, al.1. art. 5. Les formalités sont établies en détails par la circulaire du ministre de la Justice, 14 Août 1927 (voir les textes). Il y a lieu en outre à un enregistrement au ministère de la Justice, la déclaration sera considérée comme non avenue. Nous allons voir que est le rôle de cet enregistrement, copié d'ailleurs sur l'article 9 de la loi de 89. Deux exemplaires de la déclaration doivent être transmis à la Chancellerie et registrés sur un registre spécial. Il faut faire une publication. Enfin on doit remettre al. 5 et 6. une copie de la déclaration au déclarant avec mention de l'enregistrement, et c'est cette remise de la copie au déclarant qui fixe la date des effets de la répudiation laquelle s'opère en effet rétroactivement. Comme le dit le dernier alinéa de l'art. 5 la déclaration dûment enregistrée prend effet à partir du jour où elle a été souscrite. C'est donc à partir de ce moment là que l'

Source : BIU Cujas

enfant cesse d'être français. Telles sont les formes de la répudiation.

Enregistrement de la déclaration de répudiation au Ministère de la Justice.

La loi dans l'alinéa 4 mentionne que l'enregistrement peut être refusé, non pas pour des raisons de fond, mais pour des raisons de forme. L'enregistrement est refusé si le déclarant n'est pas dans les conditions requises par la loi. Conséquence il n'y a pas d'examen des motifs ou de la dignité ou de l'indignité de celui qui fait la déclaration. Nous verrons qu'il en est autrement en ce qui concerne l'acquisition. Le refus et les motifs sont dans le délai de trois mois notifiés au déclarant, qui a le droit de se pourvoir devant les tribunaux civils. Il y a procès dans ce cas avec l'Etat, et ce procès ne se juge pas devant les tribunaux administratifs mais devant les tribunaux civils parce que c'était une question de procédure, on a estimé que c'était relatif à l'acquisition des droits civils. C'est un des arguments pour dire que la nationalité est de droit privé et non pas de droit public.

Refus possible d'enregistrement pour des raisons de forme- Recours.

La loi dans 3 alinéas, 6; 7 et 8, a envisagé un certain nombre de cas, qui mettent fin à la faculté de répudiation. Les fins de non recevoir ou si l'on préfère les causes de cessation de la faculté de répudiation. Ces causes qui ont été énumérées dans les alinéas 6, 7 et 8 (lettres A, B et C) visent d'abord le fait que les parents, en tant qu'intermédiaires, se sont naturalisés français, ou ont été réintégrés dans la nationalité française. Dans ce cas l'enfant perd toute faculté de répudiation; ou le fait que par avance, soit le représentant de l'enfant mineur, soit l'enfant lui-même, ont déclaré renoncer à la faculté de répudier. Dans ce cas, la déclaration peut être faite avant l'âge de 16 ans par les représentants légaux du mineur, soit après 16 ans par le mineur régulièrement habilité; ou s'il a participé volontairement aux opérations du recrutement.

Fin de non recevoir à la répudiation.

Exception concernant les enfants des agents diplomatiques ou consulaires.

Pour terminer la loi ajoute à toutes ces dispositions une exception importante, celle des enfants d'agents diplomatiques et consulaires. Ces dispositions ne sont pas applicables aux enfants nés en France d'agents diplomatiques ou des consuls de carrière de nationalité étrangère. On fait un sort spécial à ceux-là. Au lieu de leur appliquer l'article 2, on leur applique l'article 3, c'est-à-dire qu'ils vont être, non pas français, mais aptes à devenir français, dans les conditions où le deviennent les enfants âgés de 21 ans et domiciliés en France.

B-Combinaison de la naissance et de la justification

Telles sont les conditions dans lesquelles l'individu considéré est français, à raison de la double naissance sur le sol et de la naissance de l'un des deux de ses parents .

Source : BIU Cujas

d'un domicile en France.

Nous allons voir maintenant quelles sont les conséquences de la naissance sur le sol français accompagnées de la justification d'un domicile en France. C'est là la deuxième circonstance manifestant un lien particulier entre l'individu considéré et la France, et dans ces conditions jointes à sa naissance sur le sol français, nous allons voir comment la condition la nationalité française peut être engendrée.

ancien art.9 du C.C. de 1804

Ici nous sommes également en face d'une question extrêmement célèbre, et qui a pour base l'ancien article 9 du code civil, car toute cette matière s'est développée sur l'article 9. Le texte de cet article 9, édition de 1804, est ainsi conçu : " Tout individu né en France d'un étranger pourra dans l'année qui suivra l'époque de sa majorité réclamer la qualité de Français, pourvu que dans l'année où il résidera en France, il déclare que son intention est d'y fixer son domicile, et que dans le cas où il résiderait en pays étranger, il fasse sa soumission de fixer en France son domicile, et qu'il l'y établisse dans l'année à compter de l'acte de soumission". Les circonstances envisagées en 1804 étaient donc les suivantes : un enfant né en France pourra devenir français à la condition, s'il y a sa résidence, qu'il indique son intention d'y fixer son domicile, et s'il n'a pas sa résidence en France, s'il réside en pays étranger, qu'il fasse sa soumission de fixer en France son domicile, et qu'il l'y établisse dans l'année à compter de l'acte de soumission. Qu'est-ce à dire ? Ici l'institution du domicile prenait, dans la pensée du législateur de 1804, un sens particulier et précis. Cette institution du domicile qui dans l'ancien droit avait pour effet de fixer la loi applicable en matière de statut personne, avait été modifiée par le code, et particulièrement sous l'empire des préoccupations dictatoriales de l'époque. On avait fait en somme du domicile une institution de police civile, une institution de droit interne. Les articles 103 et 104, dûs à l'ordre napoléonien, dûs à l'ordre établi en France depuis la Révolution française, avaient voulu que chaque personne soit localisée à un endroit déterminé du territoire dans un but de police civile. C'est pourquoi on exigeait, et de celui qui résidait, la fixation du domicile, et de celui qui n'y résidait pas, la soumission fixer son domicile, et l'établissement de celui-ci dans l'année à compter de l'acte de soumission. Tel est le sens de la disposition de 1804.

L'article 9 avait par la suite donné lieu à un grand nombre de dispositions législatives. Il avait été l'objet à la fois d'une réglementation extensive et d'une réglementation restrictive. C'est ainsi

Source : BIU Cujas

que dans l'ordre de l'extension, on avait notamment permis à un mineur avant 21 ans de faire la soumission prévue par l'article 9. Il pouvait le faire, non pas par lui-même, mais par l'intermédiaire de ses parents ou du tuteur assisté du conseil de famille. Telle était la disposition finale de l'article 9 sorti de la loi de 1889. D'autre part, dans le sens restrictif, on avait voulu pouvoir écarter les individus douteux, qui pouvaient avoir introduit la procédure pour bénéficier de la nationalité française, alors qu'ils n'en étaient pas dignes. C'est pourquoi la loi de 1893, qui a complété la loi de 1889, avait introduit - et c'est là la source de la disposition, que nous retrouvons dans l'article 1 et dans l'article 2 l'enregistrement. Dans l'article 3 : tout individu qui réclamait ainsi la qualité de Français devait obtenir l'enregistrement de sa réclamation au ministère de la justice. L'enregistrement pouvait être refusé pour deux causes, soit parce que l'individu n'était pas dans les conditions requises par la loi, et alors il y avait recours possible devant les tribunaux civils, soit au contraire, parce que l'individu était considéré comme indigne. Le ministère de la justice pouvait le déclarer indigne et lui refuser l'enregistrement. Dans ce cas l'individu considéré avait le droit de réclamer, mais alors devant les tribunaux administratifs, devant le Conseil d'Etat, pour ce refus d'enregistrement pour indignité, celui-ci étant considéré comme un acte administratif, engendrant un recours au contentieux devant le Conseil d'Etat. Enfin on avait estimé qu'il y avait lieu d'étendre le cas de l'article 9 et la possibilité d'opter pour la nationalité française, lorsqu'avant la majorité l'enfant était déjà domicilié. Remarquons que dans les hypothèses qui précèdent, on visait le cas prévu par l'article 9 où il n'y avait pas encore domicile en France, mais on estimait que, a fortiori lorsque l'enfant avait un domicile en France pendant sa minorité - et qui était le domicile de ses parents - il fallait lui faire un sort identique. C'est pourquoi l'article 8, 4°, disposition bien connue de la loi de 1889, avait visé ce cas, et avait fait de l'enfant un Français de plein droit, sauf faculté de décliner la qualité de français.

Les articles 8,4° et 9 ont été très attaqués, et en particulier lors de la discussion à la Société d'Etudes législatives on leur a reproché, d'une part au point de vue social de permettre d'éluder trop facilement les obligations militaires, et au point de vue technique de laisser dans une situation assez équivoque la condition de l'individu avant ou après

Source : BIU Cujas

les déclarations en question. On proposait donc de supprimer purement et simplement l'article 9 et de ne plus considérer comme français ou susceptible de le devenir par une simple déclaration celui qui n'était pas encore domicilié en France à l'époque de sa majorité.

Le législateur en 1927 estimait qu'un individu né en France, lorsqu'il n'était pas domicilié en France à l'époque de sa majorité, et en fait lorsque ses parents n'étaient pas domiciliés en France, la plupart du temps, n'avait pas de lien susceptible d'en faire un Français. Le législateur estimait que l'article 9 se ressentait des souvenirs de la Révolution et du 1er Empire, que cette idée de police civile a disparu depuis longtemps dans l'institution du sens du domicile, et qu'enfin on pouvait, même avec la loi de 1893, laisser passer les individus d'un caractère douteux et dont l'acquisition n'était point un bénéfice pour la nationalité française. On proposait donc purement et simplement de rayer la règle de l'article 9 et de faire à l'individu né en France, qui voulait y rétablir son domicile à sa majorité, une situation de faveur au point de vue de la nationalité d'acquisition, au point de vue de la naturalisation. C'était un point de vue rationnel. Cette idée de la Société d'Etudes législatives a été retenue par la loi de 1927, qui dans son article 6, 2°, à propos de la naturalisation, permet à celui qui est né en France et qui y établit son domicile à la majorité ou après de bénéficier d'une naturalisation de faveur. Il peut se faire naturaliser dans des conditions plus favorables notamment de résidence. Art. 6 2°, in fine, "Peuvent être naturalisés les étrangers âgés de 18 ans révolus après une année de résidence en France, ou s'ils nés en France, ils y ont établi leur domicile à une date postérieure à leur majorité". Il résulte en somme par cette disposition de 1927 que l'ancien article 9 a complètement disparu. L'ancien article 9, d'où est sortie par une évolution curieuse toute cette législation, est aujourd'hui abrogé complètement.

Naturalisation de faveur admise par la loi de 1927 au profit de l'individu né en France et qui y établit son domicile à sa majorité.

Quant au cas de l'article 8, 4°, qui avait été introduit par la loi de 89, le cas de l'enfant né en France et domicilié en France avant sa majorité, c'est ce cas qui a été développé et réglé d'une façon minutieuse par la loi dans nos articles 3 et 4, en y ajoutant l'article 5 sur la procédure. Au lieu de supprimer la disposition de l'article 8,4°, comme beaucoup d'auteurs l'avaient suggéré, on a préféré réglementer la situation, et on l'a réglementée très minutieusement. Nous avons deux cas à distinguer. Nous allons nous trouver en présence de deux nouvelles

Ancien art.8 4° individus nés en France et domiciliés en France avant leur majorité. Distinctions :

Source : BIU Cujas

catégories d'individus : ceux qui sont aptes à devenir français, et à qui on ouvre une faculté de réclamer cette nationalité, et ceux qui sont au contraire Français de plein droit, autoratiquement, mais avec faculté de décliner la nationalité française. Le premier cas visé par l'article 3, le deuxième est visé par l'article 4. Quels sont ces cas ?

a) enfant mineur droit de réclamer la qualité de français.

Le premier, c'est celui où l'enfant né en France est domicilié en France et mineur de moins de 21 ans. Lorsqu'un enfant antérieurement à sa majorité né en France est domicilié en France, c'est-à-dire lorsque ses parents ont fixé leur domicile en France, l'enfant peut réclamer la qualité de français et il est apte à réclamer la qualité de français, dans les conditions analogues à celles qui avaient été fixées par l'article 9, tel que les lois de 89 et de 93 l'avaient établi. On a emprunté à l'ancien article 9 la procédure pour l'appliquer à ce cas nouveau de l'article 8. 4°, de la loi de 89. Donc le cas est le suivant : l'enfant est né en France ; il est domicilié en France avant ses 21 ans; il est apte à devenir français en réclamant la qualité de français. L'art. 3. al. 1 dit : " Peut, jusqu'à l'âge de 21 accomplis, devenir français tout individu, né en France d'un étranger et domicilié en France, qui déclarera réclamer la qualité de Français". Voici comment s'opère la réclamation. Il faut sous distinguer si l'enfant est âgé de plus de 16 ans ou s'il est âgé de moins de 16 ans.

Procédure de la réclamation la qualité Français - nt et après ans.

S'il est âgé de plus de 16 ans, ici par une innovation sur les lois antérieures, on permet au mineur de faire acte personnel. C'est lui-même qui réclamera la qualité de français. Il la réclamera avec l'autorisation du parent investi de la puissance paternelle, ou le cas échéant, avec l'autorisation du tuteur, le tout après avis du Conseil de famille. Si l'enfant est âgé de moins de 16 ans, alors il n'intervient pas personnellement. Son représentant légal, c'est-à-dire le parent investi de la puissance paternelle, ou le cas échéant le tuteur, après avis conforme du conseil de famille, souscrira en son nom à la réclamation. Telle est la procédure pour la réclamation de la qualité de Français. La procédure est identique, qu'il s'agisse, soit de la répudiation de la qualité de français, art. 8 soit de la réclamation de la qualité de français, art. 3 . La procédure est identique, sauf cependant cette différence déjà notée, et sur laquelle j'insiste, c'est que dans ce cas il peut y avoir refus de l'enregistrement pour indignité, alors que dans le cas de l'article 2 il n'y a de refus possible d'enregistrement que lorsque les conditions re-

fus d'enregistrement et cours.

Répétitions Ecrites et Orales « Les Cours de Droit »
Source : BIU Cujas S 3, Place de la Sorbonne, 3

causes par la loi ne sont pas remplies pour des raisons de forme, avec simple recours devant les tribunaux civils. Ici le ministère de la Justice jouit du droit de refuser l'enregistrement pour indignité. Les causes seront d'ailleurs dans une certaine mesure communiquées à l'intéressé dans les conditions indiquées par l'article 5 et également dans le décret que l'a complété. A la suite de cela, la procédure contentieuse s'ouvre dans les 6 mois devant le Conseil d'Etat, le cas échéant.

La loi a encore visé un certain nombre de conditions. Elle a amélioré le régime de l'article 9 et de l'article 8 en précisant un certain nombre de points, qui n'étaient pas précisés antérieurement. Par exemple elle prévoit une exception pour l'individu qui avait fait l'objet d'un arrêt d'expulsion, ce qui n'était pas spécifié dans la loi antérieure. Ou encore elle étend expressément les faits aux enfants mineurs art. 7, al. 2 . Je laisse de côté ces détails.

b) Enfant né en France et domicilié en France à sa majorité.

Reste alors le cas qui nous met en présence d'une quatrième catégorie relativement à la nationalité française, c'est lorsque l'enfant né en France est déjà domicilié en France, quand il atteint ses 2I ans. Ce cas est visé par l'article 4, qui dit : " L'enfant devient français à l'âge de 2I ans, lorsqu'il est né en France d'un étranger, à moins que dans l'année qui suit sa majorité il n'ait décliné la qualité de français". L'enfant devient Français automatiquement, mais ici encore il le devient sous condition, car il va obtenir la possibilité de décliner la qualité de français en se conformant à la procédure et aux conditions de l'art. 2 . Par conséquent le cas est le suivant : l'enfant est né en France, il est domicilié en France. Aucune déclaration n'a été faite en ce qui le concerne antérieurement. Il était apte à devenir français, il ne l'est pas devenu, dit la loi. Le double fait qu'il est né en France, et que son domicile est en France à la majorité fait de lui un Français. Il le devient, non pas avec rétroactivité, mais au moment même où il atteint sa majorité. Il devient Français, mais il a la possibilité de décliner la nationalité française. Tel est le sens de l'art. 4, al.1; lequel contient encore quelques exceptions, notamment pour les enfants d'agents diplomatiques et pour l'individu contre lequel il a été pris un arrêté d'expulsion. La procédure, par laquelle il y aura lieu le cas échéant de décliner la nationalité française est encore la procédure telle qu'elle est fixée dans l'art. 5, que nous avons étudié.

Résumé; les 4 catégories de

En résumé, la loi à travers ces diverses hypothèses nous met en présence de 4 catégories de personnes, a

Source : BIU Cujas

Français.

regard de la nationalité française. Ces 4 catégories sont respectivement visées par l'art. I, 2, 3 et 4. la 1ère catégorie art. I, ce sont les Français qui sont Français immédiatement et définitivement; la 2ème catégorie, ce sont ceux qui sont Français sous condition résolutoire, mais en rétroactivité, avec faculté de répudiation; la 3ème catégorie, ce sont ceux qui sont aptes à devenir Français par une déclaration, avec faculté de réclamer; enfin 4ème catégorie, ce sont ceux qui n'étant pas Français le deviennent à la majorité automatiquement, mais avec faculté de décliner la nationalité française. Ce sont ces 4 catégories que la loi avait établies dans les articles que je viens de citer. Lorsqu'au lieu de partir des catégories légales, on part du cas concret, on aboutit donc aux mêmes solutions.

La naturalisation.

(article 6 et 7 de la loi du IO Août I927; ancien article 8, 5° de la loi de I889).

a naturalisation en tant que mode d'acquisition de la qualité français.

Dans la loi de I927, article 6 , la naturalisation apparaît comme un mode d'acquisition de la qualité de français consistant dans l'octroi de cette qualité sur requête de l'étranger intéressé, par décret du gouvernement. En effet, l'article 6, al.I et al. 2, est ainsi conçu : "Acquièrent la qualité de français les étrangers naturalisés", pour l'alinéa I; et pour l'alinéa 2 : "La naturalisation est accordée par décret rendu après enquête sur l'étranger."

D'après ces textes, la naturalisation est donc le résultat de deux éléments essentiels, d'une double volonté, d'une part la volonté de l'étranger qui désire devenir français, et d'autre part, la volonté de l'Etat qui accorde la naturalisation - c'est l'expression de l'article 6" La naturalisation est accordée par décret rendu...." Ce concours de volonté aboutit à conférer à l'étranger la nationalité française. La nationalité ainsi obtenue est donc un cas de nationalité acquise ou d'acquisition , s'opposant à la nationalité d'origine, que nous avons étudiée jusqu'à présent.

lettres de uralité dans ncien régime.

L'acquisition de la nationalité par demande de l'étranger intéressé est très ancienne dans nos institutions françaises. Depuis le XIV° siècle elle était pratiquée par la Chancellerie des rois de France, et les lettres patentes octroyées ainsi pour conférer la qualité de sujet du roi de France étaient appelées "lettres de naturalité". On devenait ainsi "naturel Français". C'est cet état de droit que nous rencontrons à la fin du XVIIIème siècle décrit dans le traité des personnes de Pothier, paru après sa mort, titre II, section 3: Comment les étranger

Source : BIU Cujas

peuvent acquérir le droit de citoyen ? Pothier pose le principe que les étrangers ne peuvent acquérir le droit de citoyen français que par les lettres de naturalité. D'autre part, Pothier pose cette seconde règle que le roi seul peut accorder ces lettres. "Le roi seul peut naturaliser les étrangers". Cet acte est un exercice de la puissance souveraine, dont il est le seul dépositaire. En troisième lieu, Pothier ajoute que ces lettres de naturalité s'obtiennent en grande Chancellerie; elles doivent être enregistrées, et elles sont accordées moyennant une certaine somme. Pothier nous indique la raison pour laquelle une somme est exigée de l'intéressé. Ces lettres s'accordent moyennant une somme proportionnée à la fortune de celui qui les obtient, et ceci comme une indemnité du droit d'aubaine, droit auquel le roi renonce par les lettres de naturalité qu'il accorde. On comprend donc que l'on ait exigé un droit fiscal spécial de l'étranger vis-à-vis de qui le roi de France renonçait au droit d'aubaine. Quelquefois, d'ailleurs, le roi faisait remise du paiement de cette finance. Ce passage de Pothier conduit à faire quelques remarques assez curieuses. D'abord dans tout le passage on trouve les expressions naturalité, l'adjectif naturalisé, et le verbe même au sens actif naturaliser. Il n'y a que les lettres de naturalité qui "naturalisent" les étrangers, mais le mot de naturalisation ne figure pas. On ne le trouve pour la première fois, semble-t-il, que dans l'Ordonnance de la Restauration du 4 Juin I8I4, établissant les lettres de naturalisation et de grande naturalisation. D'autre part, on trouve dans Pothier tous les éléments de la doctrine actuelle et de la pratique actuelle. Pour les principes l'octroi de la naturalisation par le gouvernement, l'enregistrement, etc..... tout ceci se rencontre encore dans la pratique actuelle. La procédure est la même. Seule la fiscalité a disparu ou tout au moins, nous le verrons, elle a changé de nature.

Evolution de la naturalisation depuis l'ancien droit. Apport de la Révolution. Caractère constitutionnel pris par la matière de la naturalisation, la notion de naturalisation de faveur.

Pourtant entre Pothier et la loi du IO Août I927, il s'est produit une évolution curieuse, qui elle aussi, a laissé des traces dans le droit actuel et est venue se greffer sur la tradition décrite par Pothier. Tout d'abord, un apport de la Révolution française, et cet apport des faits révolutionnaires a consisté à prendre en considération le séjour sur le territoire français et même le domicile. C'est ainsi que la constitution de I79I, titre II, article 3, (3-4 septembre I79I) déclarait "Français ceux qui nés hors du royaume de parents étrangers résident en France ; ils deviennent citoyens français après 5 ans de domicile continu dans le royaume, s'ils y ont en outre acquis des immeubles ou épousé une Française, ou formé un établissement d'agriculture ou de com-

Source : BIU Cujas

merce et s'ils ont prêté le serment civique". Ici encore quelques remarques doivent être faites.

Tout d'abord, c'est la loi constitutionnelle qui se préoccupe de la naturalisation. C'est la constitution de I79I. Cette première remarque nous explique pourquoi jusqu'à la loi de I889, c'est-à-dire pendant un siècle, les lois civiles n'ont pas réglé la matière ; notamment le code civil ne l'a pas réglée. La matière était considérée comme d'ordre constitutionnel , et par la suite de la constitution de l'an VIII, toutes les constitutions avaient réglé la question de la naturalisation, du moins la plupart des constitutions, et ensuite nous le verrons des lois spéciales.

Deuxième remarque. - La constitution de I79I établissait une naturalisation de plein droit. "Ceux qui après 5 ans de domicile continu dans le royaume y ont acquis ..... deviennent citoyens français". Ils n'avaient qu'à demander. Ils devenaient français ipso jure. Ce système de I79I ne se perpétua pas, et le Premier Empire remplaça cette naturalisation de plein droit par le rétablissement de l'ancienne procédure des lettres de naturalité, c'est-à-dire d'octroi de la naturalisation par décret rendu sur la proposition du ministre de la justice (Décret du I7 Mars I809). Mais surtout ce qui est demeuré à travers le XIXème siècle de l'introduction dans nos lois de la constitution de I79I, c'est l'exigence sinon d'un domicile, tout au moins d'une résidence prolongée, d'un séjour prolongé sur le territoire. L'exigence du domicile a disparu. Mais on porta la durée de séjour sur le territoire français à un temps plus long. La constitution de l'an VIII a exigé une durée de séjour sur le territoire français de I0 années. Telles ont été les bases sur lesquelles s'est développé tout le droit du XIXème siècle, droit qui s'est développé à travers trois étapes, et à travers les trois étapes la matière de la naturalisation a bénéficié, soit de règles extensives, soit de règles restrictives, qui ont singulièrement compliqué la matière.

Exigence d'une certaine résidence en France antérieurement à la naturalisation.

Evolution de la naturalisation au cours du XIX° s.
I°- Avant I889: extension de la naturalisation.

C'est ainsi que jusqu'en I839, on a à certaines périodes étendu la naturalisation; non seulement le décret éphémère de la République de 48 rapporté le 29 Juin, mais surtout la pratique du second Empire, a favorisé l'extension de la naturalisation. Notamment la loi du 29 Juin I867, au moment de l'Exposition Universelle, a établi des règles de faveur , qui se maintinrent jusqu'à la loi de I889 et qui furent recueillies, notamment l'abréviation du délai, lorsque le postulant à la naturalisation avait déjà obtenu l'autorisation à domicile, art. I3 du Code ci-

Source : BIU Cujas

vil. L'autorisation à domicile, qui est devenue l'antichambre de la naturalisation, donnait la possibilité d'obtenir la naturalisation après 3 années depuis le décret de l'autorisation à domicile. De plus, on avait introduit dans la loi un certain nombre de cas, qui permettaient d'obtenir une naturalisation de faveur avec un décret.

2°- La loi de I889; introduction de la naturalisation dans le C.C. condition de stage et naturalisation de faveur.

La loi de I889, qui marque la deuxième période de cette étape, recueillit cette fois dans le cadre du Code civil la naturalisation, et l'introduisit dans l'article 8, 5°, fraction d'article extrêmement longue, où l'on a résumé et inséré tous les précédents, que je viens d'indiquer. L'article 8, 5°, de la loi de I889 dans un but d'extension, pour les raisons que nous connaissons, a recueilli notamment les précédents de la loi de I867, permettant la naturalisation aux étrangers qui pouvaient justifier de 3 ans de domicile autorisé, art. I3 du Code civil, et enfin admettant dans certains cas une naturalisation de faveur après un an seulement de domicile. Ces cas qui étaient énumérés dans l'article 8, 5°, du numéro 3 de la loi, étaient compliqués et étaient les suivants : lorsque les étrangers établis en France et y ayant un domicile autorisé avaient rendu des services importants à la France, ou y avaient introduit une industrie, créé des établissements industriels ou autres, des exploitations agricoles, ou lorsqu'ils étaient attachés à un titre quelconque au service militaire dans les colonies, dans les protectorats français, on ajoutait également qu'après une année de domicile autorisé en France un étranger qui a épousé une Française pouvait être naturalisé. En dehors de ces cas exceptionnels, le principe était que l'étranger ne pouvait obtenir la naturalisation qu'après I0 années de résidence non interrompue sur le territoire français.

3°- Lois de I9I5 et de I9I7 réaction contre la facilité de la naturalisation; le retrait de naturalisation.

Ces principes furent maintenus jusqu'à la guerre de I9I4, et au cours de la troisième période de l'évolution du droit de la naturalité, la naturalisation reçut cette fois des règles restrictives. On s'aperçut qu'antérieurement à la guerre, la naturalisation avait été octroyée avec beaucoup de libéralisme, et quelquefois sans enquête très sérieuse. Si bien que les lois du 7 Avril I9I5 et du I8 Juin I9I7 marquèrent ici encore une innovation dans notre institution que nous retrouvons à l'heure actuelle, c'est l'institution du retrait de naturalisation. Le retrait de naturalisation était obtenu dans des conditions, que nous étudierons par la suite. De plus, des projets furent déposés devant les Chambres tendant cette fois à restreindre les conditions de la naturalisa-

Source : BIU Cujas

tion à revenir en arrière sur l'oeuvre de I867 et de I889; le projet de la Société d'Études législatives notamment, enregistra un certain nombre d'innovations. On proposait par exemple de donner aux demandes de naturalisation une certaine publicité, d'exiger pour l'octroi de la naturalisation, non pas un décret simple, mais un décret en Conseil d'Etat après enquête très détaillée, et enfin on suggérait de limiter les effets de la naturalisation, notamment de ne pas les étendre à toutes les fonctions électives - la naturalisation avant I9I4 conférant presque tous les droits sauf le droit d'entrer au Parlement. Telles sont les idées qui influèrent la discussion de la loi de I927. Il est incontestable qu'à certains égards la loi de I927 a été influencée par certains principes restrictifs. Mais d'autre part, il faut marquer que la loi de I927, a , à certains égards, amélioré les conditions d'obtention de la naturalisation.

Complexité de la naturalisation dans la loi de I927.

L'institution que nous allons étudier est une institution complexe, se ressentant de toutes ces origines compliquées, mais une institution d'une importance pratique extrême. Les statistiques ne sont pas fournies. On ne donne pas, par discrétion, de statistique de la naturalisation, mais il est possible de se rendre compte du mouvement des naturalisations, puisque les décrets de naturalisation sont insérés au Journal officiel.(Décret du 6 Décembre I923). Pour se faire une idée générale de la marche des naturalisations en France on peut observer que, au lendemain de la loi de I927, des naturalisations ont été extrêmement nombreuses. En I927 elles ont atteint le chiffre de 30.000, mais la courbe a été en descendant depuis cette époque. Elle était en moyenne entre I[illegible].000 et 20.000 dans les années qui ont suivi. Le service des naturalisations qui est attaché au ministère de la Justice à un des bureaux de la Direction des Affaires civiles et du Sceau, est à l'heure actuelle installé dans un immeuble de la rue de l'Université, et forme comme un service à part. C'est là que l'on peut se procurer les pièces que je vais indiquer.

Son esprit général, réaliser parallèlement l'assimilation de droit et l'assimilation de fait.

Avant d'entrer dans le détail technique de l'institution, il convient d'en marquer les caractères généraux et de montrer sur cinq points particuliers quelles ont été les tendances générales du législateur en I927. En effet, les points auxquels je vais m'attacher se ressentent de cette idée, indiquée dans la circulaire que le ministre de la Justice a envoyée au lendemain de la loi de I927, qu'il y avait lieu d'établir en France un moyen de faciliter la naturalisation, pour la raison que, en France, dans certaines régions où la dépopulation progresse il y a eu lieu

Source : BIU Cujas

à constitution de groupements étrangers homogènes lesquels, dit la circulaire, se perpétuant sous la surveillance d'un représentant ou d'un agent de leur nation d'origine, seraient légitimement considérés comme un danger pour la vie et la sécurité du pays. Les régions visées principalement sont les régions minières du Nord et de l'Est ; la région du Nord, où la population des émigrés polonais est extrêmement importante et se chiffre à plusieurs centaines de mille d'émigrés : de même dans l'Est où dans les entreprises industrielles des îlots italiens sont extrêmement développés ; enfin, dans le Sud-Ouest de la France, notamment dans le département du Gers, il y a une affluence considérable de travailleurs de nationalité italienne. C'est un péril comme le dit la circulaire (page 11). En présence du péril ci-dessus signalé, et aussi en raison même de l'accès contrôlé sur notre territoire d'un grand nombre de travailleurs, il a semblé légitime d'envisager le parallélisme -voilà la formule- entre l'assimilation de fait et l'assimilation de droit. Logiquement, l'assimilation de fait avait toujours précédé l'assimilation de droit dans les solutions juridiques que nous avons décrites. Aujourd'hui, on considère qu'il y a lieu de mener parallèlement l'assimilation de fait et l'assimilation de droit pour mettre obstacle aux groupements homogènes, signalés par la circulaire. Toutefois, la circulaire estime que ce mouvement d'extension de la naturalisation doit s'accompagner de mesures d'une très grande prudence, comme l'a envisagé le législateur. C'est de cette idée dominante que sont parties les cinq directives qui forment comme les principes généraux de la loi de 1927 en dehors des détails.

Les cinq principales directives de la loi de 1927. 1°- fixation à 18 ans de l'âge auquel peut être demandée la naturalisation.

D'abord fixation à 18 ans de l'âge où l'on peut demander la naturalisation. Sous l'empire des lois antérieures et notamment de la loi de 1889, on discutait sur l'âge auquel la naturalisation pouvait être demandée. Etait-ce à la majorité, telle qu'elle est réglée par la loi française, ou à l'âge de la majorité telle qu'elle est réglée par la loi nationale du postulant ? Il y avait discussion sur ce point. Mais on était d'accord pour fixer à la majorité tout au moins la possibilité de demander la naturalisation. La loi de 1927 a observé que, dans les différents traités d'après la guerre, les traités de paix, l'âge de 18 ans a toujours été considéré comme celui de l'option de la nationalité par conséquent, comme la majorité en matière de nationalité, de manière à ce que les intéressés puissent se prévaloir de la nationalité pour le service militaire. Telle est la première directive de la loi de 1927.

2°- Réduction du temps de

En deuxième lieu, d'une façon générale, la loi de 1927 a réduit le temps de stage. Alors que ce temps

Source : BIU Cujas

stage (5 ans, 1 an).

dans la loi de 1889, était en principe de 10 ans de résidence, de trois ans s'il y avait domicile autorisé, ou enfin de 1 an dans certains cas très exceptionnels, ces délais ont été très notablement abaissés : le délai de 10 ans est réduit à 3 ans. Nous allons voir que l'ancien délai de trois ans est supprimé car on a supprimé l'art. 13 et l'autorisation à domicile. Le délai d'un an a été conservé pour la naturalisation de faveur et est étendu à de nouveaux cas. Enfin, il a été créé une nouvelle catégorie de personnes pouvant demander la naturalisation sans aucune condition de stage. C'est donc une amélioration dans les possibilités de solliciter la naturalisation : réduction de la durée du stage, telle est la deuxième directive.

3°- Simplification de la procédure.

Troisièmement : les formalités de procédure ont été simplifiées. On a rejeté toutes formalités autres que l'enquête. L'enquête était prévue au § 2 de l'art. 6. "La naturalisation est accordée par décret après enquête générale sur l'étranger". Donc, il n'y a pas lieu à d'autres formalités. Aucun organisme spécial, tel que le Conseil d'Etat, ainsi que l'avait fait la Société d'Etudes législatives, ne doit être consulté en dehors de l'enquête de la préfecture, mais la simplicité d'instruction des demandes n'exclut pas la sévérité de leur examen et, en effet, il faut marquer -et c'est un des points dans lesquels la loi de 1927 a manifesté une nuance de prudence par rapport à celle de 1889, qui disait qu'il était statué sur la demande de naturalisation après une enquête sur la moralité de l'étranger - que la loi de 1927 n'a pas reproduit cette formule limitative. Dans la formule de tout à l'heure, il est simplement question d'une enquête, et non pas sur simplement la moralité du postulant ; ce mot enquête sans qualificatif a été choisi pour permettre une enquête complète portant sur des points que j'indiquerai. Telle est la troisième directive.

4°- Restriction à l'assimilation du naturalisé au français d'origine.

En quatrième lieu, ici encore une nuance de restriction, en ce sens que tandis qu'aux termes de la loi de 1889, les étrangers bénéficiaient de par la naturalisation d'une assimilation presque complète avec les Français, sauf la possibilité d'entrer dans les assemblées parlementaires, on a limité les effets dans l'art. 6, et l'on a dit que les étrangers naturalisés ne pourraient être investis de fonctions ou de mandats électifs, ce qui est une formule infiniment plus large que celle qui figurait dans les lois antérieures. Nous allons voir ce qu'il faut entendre par là.

5°- retrait de naturalisation

Enfin, dernière directive, également d'un caractère restrictif : on a maintenu le principe du retrait de naturalisation, principe introduit par les lois

de 1915 et de 1917. On l'a conservé dans le cadre de la loi. On l'a même inséré dans l'ensemble de la loi des dispositions relatives à la perte de la qualité de Français par retrait de naturalisation.

Tels sont les principes généraux de la loi de 1927. Nous allons maintenant en étudier très rapidement les détails.

Ces détails se réfèrent aux trois matières que je viens de passer successivement en revue : les conditions d'obtention de la naturalisation, les formalités de procédure et les effets.

A - Conditions.

En ce qui concerne les conditions : ces conditions sont au nombre de deux, condition de capacité, condition de résidence.

1°- Capacité âge de 18 ans; nécessité d'une autorisation pour le mineur par ses représentants légaux.

Condition de capacité. La loi de 1927 a admis le postulant à solliciter la nationalité française par voie de naturalisation à partir de l'âge de 18 ans. Il faut dans les cas où cet âge est requis que le mineur soit autorisé par ses représentants légaux ou par son tuteur. C'est ce que dit l'article 6, al. 3 : "Peuvent être naturalisés, sous réserve de l'autorisation expresse du mineur par son représentant légal... dans les termes de l'article 3 al. 2". On renvoie par conséquent pour les autorisations au principe de l'autorisation indiqué précedemment à propos de l'attribution d'une naturalité d'origine, c'est-à-dire à l'autorisation du père ou de celui qui exerce la puissance paternelle ou du tuteur avec autorisation du conseil de famille. Ce sont les formes habilitantes nécessaires. Ceci ne joue que pour les cas visés dans les deux premières catégories de naturalisables, que je vais spécifier maintenant. Car voici la grande distinction à faire entre les naturalisables, c'est la distinction reposant sur les conditions de résidence.

2°- Résidence Les trois catégories de naturalisables d'après leur résidence.

En effet, à la suite de l'abréviation du délai par rapport à la législation antérieure, il y a lieu d'établir maintenant 3 catégories : la catégorie de droit commun, et les catégories privilégiées. La catégorie de droit commun, c'est celle des étrangers qui ne peuvent invoquer d'autres circonstances en leur faveur qu'une résidence prolongée sur le territoire français.

a) droit commun : 3 ans de résidence non interrompue.

Dans ce cas, la résidence doit être de trois ans, et cette résidence doit être non interrompue. Il n'est plus question de domicile ; l'exigence du domicile a complètement disparu. On ne parle plus que de la résidence, c'est-à-dire de la permanence de fait sur le territoire, sans se préoccuper s'il y a eu ou non attribution de domicile. Cette permanence doit être non interrompue, et elle doit durer trois ans. On assimile à la résidence en France, ajoute l'article 6, le séjour en pays étranger, pour l'exercice d'une fonction

Source : BIU Cujas

conférée par le gouvernement français, ou encore le séjour dans un pays en union douanière avec la France (ceci vise plus particulièrement le territoire de la Sarre et de la Principauté de Monaco).

b-Réduction du délai d'un an pour certains naturalisables pouvant invoquer certaines circonstances favorables.

Nous arrivons maintenant aux catégories privilégiées. La deuxième catégorie peut bénéficier de la naturalisation après une année de résidence ininterrompue en France ou dans les conditions assimilées. On retrouve d'abord ici l'énumération qui figurait dans l'art. 8, 5°, et qui avait été empruntée à la loi impériale de 1867 : "ce sont les étrangers qui ont rendu des services importants à la France, ceux qui ont apporté des talents distingués, ceux qui ont introduit soit une industrie, soit des inventions utiles, ceux qui ont créé soit des établissements industriels ou autres, soit des exploitations agricoles". On a modifié une formule antérieure en ajoutant un nouveau cas d'obtention au bout d'un an "s'ils ont servi dans les armées françaises ou alliées". Une autre adjonction a été faite, qui intéresse plus particulièrement les universités, à la séance du 3 décembre 1925, à la suite d'un amendement au Sénat, c'est "lorsque les étrangers qui postulent la naturalisation, ont acquis des diplômes délivrés par les Facultés françaises". Sur ce point, il s'est produit une difficulté d'interprétation, sur laquelle je reviendrai.

Enfin, deux autres hypothèses encore permettent au bout d'un an de résidence, la naturalisation : "les étrangers qui ont épousé une personne de nationalité française ou si, nés en France, il y ont établi leur domicile à une date postérieure à leur majorité". Ce dernier membre de phrase est un vestige de l'ancien art. 9 du code Civil qui permettait aux étrangers nés en France, qui y établissaient leur domicile lors de leur majorité, et qui faisaient soumission d'y rester en y établissant effectivement leur domicile, d'obtenir la nationalité française d'origine. On a supprimé ce cas, et on en a fait un cas de naturalisation de faveur. Dans tous ces cas, après un an de résidence ininterrompue, on peut obtenir la naturalisation.

Pratique de la chancellerie.

Il ne faudrait pas croire que ce délai soit absolument suffisant. Dans la pratique, la Chancellerie non pas exige, mais sollicite des délais plus longs. C'est ainsi que, en général, dans le premier cas, c'est en moyenne après 4 ou 5 années de résidence non interrompue que la Chancellerie accueille les demandes. Ce n'est pas une règle absolue, mais la Chancellerie ayant toute discrétion pour accorder les demandes exige dans la pratique des délais un peu plus longs.

Quant à la condition qui intéresse les universités, on a critiqué le législateur de n'avoir point

Source : BIU Cujas

spécifié les diplômes, dont il pouvait être question. Il était difficile au législateur, surtout statuant sur un amendement au Sénat, d'établir une énumération. La pratique de la Chancellerie a limité au diplôme de la licence ou aux diplômes équivalents à la licence, le diplômes dont il est question à l'art. 6. La Chancellerie reconnaît comme diplôme susceptible d'engendrer la naturalisation, les diplômes équivalents au moins à la licence (circulaire du 14 août 1927). Il y a eu sur ce point des discussions, mais la pratique de la Chancellerie a prévalu. Il n'y a pas d'autre condition que la condition de résidence d'une année pour la catégorie que je viens d'étudier.

c - délai de faveur d'un an pour les naturalisables pouvant invoquer une double condition de jus sanguinis et de domicile.

Reste alors une nouvelle catégorie introduite par la loi de 1927 : ce sont les personnes qui peuvent demander la naturalisation sans aucun délai de résidence. C'est là une nouvelle catégorie, qui a été imaginée par le législateur de 1927 pour tenir compte du jus sanguinis dans les cas où le jus sanguinis ne suffisait pas à engendrer la nationalité d'origine. Alors, comme subsidiaire à la nationalité d'origine, elle a imaginé cette naturalisation possible sans exigence d'un délai déterminé, mais à certaines conditions, à la condition que le domicile soit fixé en France. On a doublé, comme nous l'avons vu précédemment pour la nationalité d'origine, le jus sanguinis, comme on avait doublé le jus soli d'une exigence tirée du domicile, et voici alors quelles sont les catégories qui rentrent dans cette classe.

1°-"Tout individu né à l'étranger d'un Français ou d'une Française, dont en conformité des dispositions de l'art. Ier § 4 al. Ier, il ne suit pas la nationalité. Autrement dit, il s'agit d'un enfant naturel fils de Français qui l'aurait reconnu le second, soit des enfants de Française. Dans ce cas, nous l'avons vu, la nationalité d'origine ne joue pas. On fait jouer comme succédané une naturalisation de faveur qui, pourvu qu'elle se double du domicile, engendre une naturalisation sans exigence de délai. De même pour les étrangers, dont l'un a perdu la qualité de français. C'était un cas autrefois de la nationalité d'origine. C'est resté aujourd'hui un cas de naturalisation de faveur.

2°- Les enfants nés en France ou à l'étranger d'un ex Français.

3°- Enfin, les descendants des familles proscrites lors de la révocation de l'Edit de Nantes. C'est le terme d'une très longue évolution juridique, le point final donné à une longue série de faits qui accordaient la qualité de français de plein droit aux descendants de ces familles. On observe que dans tous ces cas non seulement il n'y a pas de condition de stage, mais

Source : BIU Cujas

encore à tout âge, dit la loi. Il n'y a plus d'âge requis. L'exigence de 18 ans n'était requise que pour les deux premières catégories.

Effets de la naturalisation sur la famille.

A cette énumération il y a lieu de joindre deux cas visés à l'art. 7 de la loi. L'art. 7 vise les effets de la naturalisation sur la famille. Art. 7, al. I. "La femme majeure ou mineure mariée à un étranger, qui acquiert postérieurement au mariage la nationalité française, et les enfants majeurs de cet étranger, peuvent obtenir la naturalisation sans condition de stage". Il en est de même des enfants mineurs mariés, art. 7 dernier alinéa. Il n'y a pas d'autre condition, notamment les conditions dont il avait été question lors de la discussion de la Société d'Etudes législatives, soit l'exigence d'une déclaration de la répudiation de l'allégeance antérieure, qui est exigée dans certaines législations étrangères, soit enfin une demande présentée au Conseil d'Etat, soit un serment d'allégeance, tel que l'on en voit dans d'autres législations encore. Tout ceci n'est point requis. Il n'y a pas d'autres conditions que les conditions de capacité et de résidence que je viens de résumer.

B-Procédure.

Les formalités de procédure, art. 6 al. 2, exigeaient une enquête et par conséquence la formalité est restreinte, il n'y en a qu'une et on a voulu par ce moyen faciliter la naturalisation. Seulement on devait faire une enquête très sérieuse, nullement limitée à la moralité de l'étranger, mais portant sur l'ensemble de sa famille. Le décret du 10 août 1927, qui suit la loi de 1927 et qui figure dans les textes du Dalloz sous les articles 1 et 2, indique dans les détails quelle est la formalité.

Demande de naturalisation et pièces à y joindre.

Avant tout il y a lieu à une demande sur papier timbré, qui doit être adressée au Ministre de la Justice. Cette demande est déposée à la préfecture du département ou à Paris à la préfecture de police. Il doit y être joint un certain nombre de pièces. Art. 1er l'intéressé doit joindre à sa requête des actes de l'Etat civil et les pièces justificatives qui sont réclamées pour établir son identité, sa nationalité d'origine, sa situation de famille, sa profession et la durée de son séjour en France, ainsi que des attestations sur ses antécédents, sur sa moralité dans son pays d'origine ou dans tout autre pays étranger où il aurait séjourné. Pratiquement, pour connaître exactement les pièces dont il est question il suffit de s'adresser au service des naturalisations de la rue de l'Université et d'y demander la liste des pièces que l'on délivre gratuitement, formule qui est indispensable pour connaître la manière d'introduire une demande de naturalisation et la liste des pièces à joindre au

Source : BIU Cujas

dossier.

Enquête sur l'étranger.

Après quoi, la demande fait l'objet de l'enquête administrative, enquête qui porte sur tous les points qui peuvent intéresser l'ordre public français : la conduite, la moralité, l'analyse de la situation militaire, le degré d'assimilation, l'état de santé, la situation de fortune et l'utilité sociale.

Examen de la demande ; paiement des droits ; décret du J.O.

Après quoi, lorsque la demande est parvenue au Bureau du Sceau, il y a lieu à examen de cette demande et enfin lorsque l'examen a été favorable, l'intéressé est invité par la Chancellerie à acquitter les droits de chancellerie, les droits de sceau qui sont relativement assez élevés. Il s'élèvent à la somme de 1300 francs, fixée par les lois de finances. Pendant un certain temps, il a été possible d'avoir des dispenses partielles ou totales, mais aujourd'hui ces dispenses sont devenues extrêmement rares. Ensuite, le décret est rendu et publié au Journal Officiel. On s'est demandé si des voies de recours étaient susceptibles d'être introduites à l'encontre du décret. En cas de rejet, on estime qu'aucune voie de recours n'est susceptible d'être présentée, parce que l'Etat a un pouvoir discrétionnaire d'acceptation ou de refus des étrangers. Au contraire, en cas d'admission, la discussion est plus admissible. Le principe qui a été admis par la circulaire du 14 août 1914, p. 12, dit qu'il pourrait y avoir admission d'un pourvoi au conseil d'Etat pour excès de pouvoir, pour violation de la loi.

Recours.

Enfin, quant aux effets de la naturalisation, ils sont soit d'ordre collectif, soit d'ordre individuel.

C. Effets de la naturalisation.

1°- effets individuels assimilation de l'étranger aux Français d'origine réserve faite des fonctions et mandats électifs.

En tant qu'effets individuels, ils aboutissent à l'assimilation complète de l'étranger naturalisé aux Français, sauf en ce qui concerne les fonctions électives. La loi de 1927 est ainsi conçue : "L'étranger naturalisé jouit de tous les droits civils et politiques attachés à la qualité de citoyen. Néanmoins il ne peut être investi de fonctions ou mandats électifs que 10 ans après le décret de naturalisation, à moins qu'il n'ait accompli les obligations militaires du service dans l'armée française ou que pour des motifs exceptionnels ce délai n'ait été abrogé par décret rendu sur rapport motivé du garde des sceaux." Ces derniers mots sont le vestige de ce que l'on appelait au cours du XIXème siècle la grande naturalisation, qui permettait aux naturalisés d'obtenir immédiatement le droit de siéger au Parlement. Il n'avait pas été fait de très nombreuses et très fréquentes application de la grande naturalisation au XIXème siècle. Des lettres de ce genre ont été notamment conférées par des lois - car à ce moment-là c'était des lois et non pas

Source : BIU Cujas

un simple décret - à deux professeurs de la faculté de droit, d'origine belge, et à Rossi, qui était d'origine italienne. Dans notre état actuel, par conséquent, un simple décret serait possible, nécessaire mais suffisant pour accorder la grande naturalisation. Autrement, on ne peut bénéficier de certains mandats qu'au bout de 10 ans. Fonction ou mandat électif, la formule a été étendue par rapport au système antérieur, alors que la loi de 1889, art. 3 disait : "l'étranger naturalisé jouit de tous les droits civils et politiques attachés à la qualité de français, néanmoins il n'est éligible aux assemblées législatives que 10 ans après, etc..." La différence de ces formules, d'une part "assemblée législative", d'autre part, "fonction élective" avait fait naître des difficultés dans la pratique. C'est ainsi que la Chancellerie a été amenée à examiner un certain nombre de catégories, notamment le cas des personnes qui font partie d'associations privées ou encore de sociétés de secours mutuels, ou d'associations syndicales de propriétaires. La Chancellerie a une tendance à entendre par ces mots toute participation à l'élection, à la gestion ou à l'administration d'établissement public, à l'exclusion d'associations ou de sociétés privées. En dehors de cela, tous les effets sont susceptibles d'être engendrés. Il y a une assimilation complète avec les Français. Sur ce point, le législateur a été plus ou moins averti qu'il pouvait y avoir des excès dans la pratique et à la séance du 12 Mai dernier au Sénat, l'ancien garde des Sceaux, Monsieur Léon Bérard, fit remarquer qu'il y avait une accession trop simple des étrangers naturalisés à la profession d'avocat. Le Ministre représentant le gouvernement a promis que sur ce point une modification de la loi de 1927 serait mise à l'étude.

2°- Effets collectifs.

En dehors de ces effets individuels, il existe des effets collectifs. Les effets collectifs sont visés et réglementés par l'art. 7. Nous avons déjà indiqué le premier et le dernier alinéa de l'article 7 suivant lequel la femme mariée majeure ou mineure du naturalisé, ses enfants mineurs mariés ont la faculté de solliciter la naturalisation sans stage préalable. Les autres articles indiquent une nuance. En principe, sont français de plein droit, c'est-à-dire bénéficient immédiatement ipso jure de la naturalisation du père, les enfants mineurs non mariés, légitimes, art. 7 al. 2 ou naturels al. 3 art. 7 avec une nuance (pour le détail Cf. art. 7)

Source : BIU Cujas

Influence du mariage sur la nationalité.

Innovation réalisée en cette matière par la loi de 1927. Le mariage n'a aucun effet sur la nationalité.

Cette question, qui était réglée par les anciens articles 12 et 19 du Code civil, se trouve aujourd'hui réglementée par l'art. 8 de la loi de 1927. (Pour les détails, Cf. G. Galvairac, La Nationalité de la femme mariée, Thèse Toulouse 1929, reproduite en 2ème édition en 1929 sous le nom de "Traité de la nationalité de la femme mariée" Ancel dans le livre précédemment cité sur la nationalité).

Le principe de l'art. 8 est assez curieux à dégager. En effet, il contient une disposition considérée par beaucoup d'auteurs comme la plus importante des innovations de la loi de 1927. La circulaire ministérielle d'août, à la page 3, signale cette innovation comme essentielle dans la loi. En quoi consiste-t-elle ? Elle a consisté à renverser complètement, diamétralement le principe établi par le code Civil en la matière. Le principe actuel, en effet, est le suivant : le mariage, en principe, n'a aucune influence sur la nationalité. Chaque époux conserve sa nationalité et, d'une manière plus précise, par rapport à la législation antérieure, la femme cesse de prendre, en principe, la nationalité de son mari.

Le système inverse du C.C. de la loi de 1889.

C'est le renversement complet de la règle écrite dans le code civil de 1804, adoptée par la plupart des codes du XIXème siècle et respectée par la loi de 1889. Tel était, en effet, le principe du code civil dans les articles 12 et 19, en 1804 : "L'étrangère qui aura épousé un Français suivra la condition de son mari". Et l'article 19, qui dit réciproquement : "Une femme française qui épousera un étranger suivra la condition de son mari". La raison pour laquelle les deux hypothèses se trouvaient ainsi dans deux articles séparés du code et non pas dans le même article, c'est que l'on envisageait dans le 1er cas l'acquisition de la qualité de français, et dans le second cas la perte de la nationalité française. Telle est la raison pour laquelle les deux hypothèses avaient été examinées séparément et sous deux rubriques différentes. La loi de 1889 n'avait établi à l'artcle 19 qu'un seul correctif, tenant à ce que l'on réservait l'hypothèse où la loi étrangère ne conférait pas à la femme française la nationalité du mari. Dans ce cas, la loi de 1889 désireuse de ne point créer de cas d'apatrides avait déclaré que la femme garderait la nationalité française. L'article 19 dans sa dernière forme, 1889, était donc ainsi conçu : "la femme française qui épouse un étranger suit la condition de son mari à

Source : BIU Cujas

moins que son mariage ne lui confère pas la nationalité de son mari auquel cas elle reste française".

Le contre-pied du système de 1889 et de 1804 se trouve maintenant dans la loi de 1927 art. 8. L'art. 8, al. 1 renverse le principe de l'ancien art. 12, qui est abrogé. La femme étrangère qui épouse un Français garde en principe sa nationalité étrangère, et ne devient française que dans certains cas exceptionnels. Inversement, art 8 al. 2 et 3, renversant le principe de l'article 19 : "la femme française, qui épouse un étranger, garde en principe sa nationalité française et ne devient étrangère que dans certains cas exceptionnels. En conséquence, nous sommes ramenés à la formule initiale, qui pose le principe que j'avais déjà indiqué au début, que le mariage n'a aucune influence sur la nationalité.

Solution de la loi de 1927. La femme en se mariant garde en principe sa nationalité.

Ce principe posé, avant de voir les détails, car ils sont nombreux et minutieux, examinons quels sont les motifs pour lesquels en 1927 on a opéré le renversement total du principe posé par le code civil et conservé même à la fin du XIXème siècle par la loi de 1889. Il faut bien dire que ce renversement total de principe n'a pas été directement et immédiatement voulu par le législateur du XXème siècle. Bien que l'on représente en général l'art. 8 comme une des conquêtes les plus précieuses du mouvement féministe français, si l'on étudie la genèse de ce texte, les raisons qui l'ont fait proposer, les modifications par lesquelles il a passé, voici la conclusion à laquelle on aboutit. Quant au résultat c'est exact. La suppression de la prédominance de la nationalité du mari par rapport à la femme est une brèche à la prééminence générale du mari dans le mariage. Ceci est incontestable, c'est un fait. Mais quant aux intentions du législateur, c'est inexact, tout au moins exagéré, quant aux origines et aux motifs principaux de la réforme ; l'initiative de la loi avait été due à une proposition présentée au Sénat le 10 Février 1916 pendant la guerre par le Sénateur Louis Marin. L'objectif de cette première proposition avait été de permettre à la femme française de conserver sa nationalité quand elle épousait un étranger. Cette proposition de circonstance s'inspirait précisément du fait que la présence de nombreuses armées alliées en France commençait à rendre fréquentes les unions entre françaises et soldats étrangers. Il en résultat que la femme française perdait sa nationalité et alors au moment où précisément les armes françaises subissaient une éclipse, on pensait que la femme française trouverait là une raison de plus de s'attacher à son pays. D'autre part, accessoirement on espérait pour l'avenir éviter certains cas doulcu-

Motifs divers qui ont poussé à l'admission de cette règle d'abord limitée à la femme française puis érigé en principe général.

reux, en présence desquels on s'était trouvé dès le début de la guerre : des femmes mariées antérieurement à la déclaration de guerre à un étranger étaient devenues de ce fait femmes d'ennemis et avaient été contraintes de se voir reléguées dans les camps de concentration, parce qu'elles étaient devenues étrangères par leur mariage. Pour éviter donc ce double résultat, la proposition de Louis Marin permettait à la femme française de rester française, même lorsqu'elle épousait un étranger. Il n'était donc question dans ce texte que de la femme française.

Par la suite d'autres considérations intervinrent, des considérations d'ordre démographique et utilitaire, tirées de l'intensité de l'immigration et du nombre croissant de mariages entre français et étrangères ou entre françaises et étrangers. L'objectif était toujours de conserver à la femme sa nationalité française, mais on visait plus loin, on voulait gagner aussi à la nationalité française les enfants de cette femme nés en France. C'est là l'origine de l'article 1er, 3° de notre loi. Enfin, et surtout, on espérait que la femme, conservant la nationalité française, si les époux restaient fixés en France et si les enfants avaient la nationalité française, on pourrait gagner à la nationalité par entraînement le mari et provoquer sa naturalisation, d'ailleurs naturalisation de faveur déjà depuis la loi de 1889, et étendue par l'article 6, 2°, puisque c'est un cas où on n'exige plus qu'une année de résidence. Bref, c'était un des aspects de la politique générale d'assimilation des étrangers.

Influence de certaines législations étrangères.

C'étaient là des préoccupations d'ordre général, auxquelles d'ailleurs le droit comparé n'était point étranger, car dans certains pays de plus en plus nombreux, la femme, nous le verrons, garde sa nationalité, ne change pas de nationalité avec le mariage. Cette règle a été notamment établie en Belgique par la loi du 4 août 1926 que nous retrouverons dans l'article 12 et l'article 17 de la loi donnant à la femme belge le droit de conserver sa qualité de Belge - art. 17 - et à la femme étrangère le droit de renoncer à la nationalité belge - art. 12 - par une déclaration dans les 6 mois du mariage. Telles sont les préoccupations qui avaient dominé le législateur.

La preuve encore une fois qu'il n'envisageait pas d'une manière générale la condition de la femme, c'est que jusqu'au dernier moment, il ne s'agissait que de la femme française, que d'une modification à l'art 19 et non à l'art. 12. Ce n'est que par la suite, au cours des travaux préparatoires, dans un but de réciprocité, de logique, d'équité, que l'on en vint à vot

Source : BIU Cujas

un texte qui permettait également à la femme étrangère de conserver sa nationalité étrangère, et par conséquent un texte qui modifiait l'article 12 comme l'article 19.

A un moment donné, la réforme était présentée sous un projet très clair. Le projet de l'art. 8 était ainsi conçu : "Conservent leur nationalité : 1° la femme étrangère qui épouse un Français, toutefois... (il cite des exceptions) 2°- la femme française qui épouse un étranger, à moins que.... (Ici, il y a encore des exceptions). La raison pour laquelle le texte ne fut pas maintenu sous cette forme est l'origine de toute la complication, c'est que l'on avait remarqué que la loi française n'avait pas à réglementer l'acquisition de la nationalité étrangère, la loi française n'avait pas à statuer sur la nationalité étrangère de la femme, elle n'avait qu'à dire si elle devient française ou si elle ne le devient pas, si elle cesse d'être étrangère ou si elle ne le cesse pas. Il en est résulté une très grande complication. L'article 8 qui contient une innovation essentielle de la loi, est rédigé sous une forme telle qu'il faut le lire de très près pour comprendre les règles qui y sont inscrites. Bien qu'il soit très bref, il est écrit dans une telle forme qu'il rappelle singulièrement les textes de loi anglais où l'on commence par l'exception, où l'on continue par les incidentes, de sorte que l'on ne sait plus où est la règle et où est l'exception. Par la suite, l'article ainsi rédigé fut accepté et accepté dans la teneur de ces deux règles visant la femme étrangère et la femme française. C'est alors qu'apparurent les arguments tirés de la nécessité de protéger la femme en tant que femme. Dans les dernières années d'élaboration de la loi, les arguments féministes prirent le dessus, et avec une très grande force, notamment on faisait observer que la femme fonctionnaire ou la femme qui exerce la profession d'avocat, lorsqu'elle épousait un étranger appartenant à une nation alliée ou ennemie était obligée de cesser d'être fonctionnaire ou de cesser d'exercer la profession d'avocat, parce qu'elle perdait la nationalité française. Ce sont ces arguments qui ont entraîné définitivement le vote de la disposition.

L'élaboration de l'art. 8 complexité de sa rédaction.

Ce n'est pas que cette disposition n'ait soulevé certaines objections ; des critiques, des reproches fondamentaux de divers côtés avaient été formulés contre le renversement des principes du code civil. L'objection la plus importante se tirait de la dérogation que l'on allait faire à un principe jusqu'alors consacré : le principe de l'unité de nationalité dans la famille. Ce principe était jusqu'alors considéré comme

Objections contre la nouvelle évolution tirées du principe de l'unité de nationalité dans la

Source : BIU Cujas

famille.

un dogme intangible ; c'est ainsi que le rapporteur, au Sénat, M. Lhopiteau dans son rapport, 24 Janvier 1922, qualifiait le principe et abordait la discussion Le rapporteur cependant ne s'arrêtait pas à l'objection et lui donnait deux réponses : en premier lieu, écrivait-il, l'unité de la famille n'est pas un corollaire de la prééminence maritale dans le ménage établie par le code civil. Juridiquement, la prééminence s'impose dans bien des cas pour le bon fonctionnement de l'association conjugale, sans quoi certaines décisions ne pourraient jamais être prises, exemple quand il s'agit de la fixation et du choix d'un domicile, de l'administration des biens, de l'instruction des enfants. Mais, ajoutait le rapporteur, dans certaines matières rien ne s'oppose à ce que mari et femme suivent chacun leur voie et obéissent chacun à leurs préférences particulières. Le choix d'une nationalité, écrivait-il, est déterminé moins par des intérêts matériels que par certaines tendances de l'esprit, certaines affinités et certains sentiments, qui peuvent très bien n'être pas les mêmes chez les deux époux. La divergence en pareil cas est assurément regrettable, mais elle n'apporte pas un obstacle sérieux au bon fonctionnement de l'association conjugale. Telle était la première réponse du rapporteur à l'objection. Quant à la seconde, elle se tirait de la loi de 1889, art. 12 al. 2, tel qu'il était en vigueur au moment où l'on discutait la proposition de réforme. "La femme du naturalisé, fait observer le rapporteur, n'était pas ipso facto naturalisée par le décret de naturalisation obtenu par son mari. Il fallait, comme dans l'art. 7 de la loi de 1927, qu'elle en fît la demande, et elle devait le faire soit dans le décret du mari, soit dans une déclaration postérieure, comme les enfants majeurs. Ainsi même la loi de 1889 avait prévu le cas où le mari et la femme n'auraient pas la même nationalité. On ne pouvait donc pas dire que l'unité de nationalité dans la famille avait été jusqu'alors un dogme, qui n'avait pas été touché. Sans doute la controverse est loin d'être close. Des objections doctrinales subsistent, des objections tirées même du droit privé. J'indiquerai à la fin de la leçon les principales conséquences d'ordre privé qui se dégagent de la diversité de nationalité dans la famille. Mais quoi qu'il en soit la loi est votée, le texte est promulgué. Il nous faut maintenant l'étudier dans les détails.

Texte de l'art. 8. Difficulté de discerner le principe et les excep-

A raison des circonstances où s'est développée l'élaboration de l'art. 8 cet article est rédigé d'une manière très défectueuse. En effet, voici le texte. Et il est fort difficile à comprendre. Art. 8, al. 1 "La femme étrangère qui épouse un Français n'acquiert

Source : BIU Cujas

tions.

"la nationalité française que sur sa demande expresse "ou si, en conformité des dispositions de sa loi na- "tionale, elle suit nécessairement la condition de "son mari". al. 2 "La femme française qui épouse un "étranger conserve la nationalité française, à moins "qu'elle ne déclare expressément vouloir acquérir en "conformité des dispositions de la loi nationale du "mari la nationalité de ce dernier". al. 3. "Elle "perd la qualité de française, si les époux fixent le "premier domicile hors de France après la célébra- "tion du mariage et si la femme acquiert nécessaire- "la nationalité du mari en vertu de la loi nationale "de ce dernier". Je défis quiconque ayant lu cet ar- ticle de dire exactement où est le principe et où est l'exception. La raison en est que l'élaboration avait été troublée par le désir de ne point statuer sur la nationalité étrangère de la femme. Mais l'on aurait pu envisager une autre rédaction. Laissons donc de côté la rédaction. Voyons quel est le principe, et voyons quelles sont les exceptions.

Principes : la femme étrangère qui épouse un Français conserve sa nationalité ; la femme française qui épouse un étranger conserve sa nationalité.

Deux principes très clairs : c'étaient les principes qui avaient été envisagés par le premier projet. La femme étrangère qui épouse un Français conserve sa nationalité étrangère. Deuxième hypothèse, a 2 et al. 3 : La femme française qui épouse un étranger conserve la nationalité française. C'est clair, c'est simple.

Eléments dont la loi tient compte pour fonder des exceptions à ces principes. a) volonté de la femme. b) considération de la loi étrangère.

Ce principe posé, ce qu'il y a de délicat, c'est le jeu des exceptions, et la combinaison justement de ces exceptions, l'agencement de ces exceptions, vient de ce que le législateur a été amené à prendre en considération trois séries de circonstances différentes, et c'est de là que vient la complication. Le législateur a pris d'abord en considération la volonté de la femme étrangère de devenir française, la volonté de la femme française de devenir étrangère. Première source d'exceptions.

Deuxièmement : Le législateur français a pris considération la teneur de la loi étrangère, car la loi étrangère peut, soit déclarer impérativement que la femme étrangère prend la nationalité de son mari, soit au contraire d'une manière permissive autoriser la femme à prendre la nationalité de son mari, ou enfin, elle peut établir une règle inverse et dire que la femme ne prend jamais la nationalité de son mari. Sur les traces de la loi de 1889, qui avait déjà envisagé par avance une de ces hypothèses, le législateur français a été amené à se préoccuper de la teneur de la loi étrangère afin de savoir si la loi étrangère est permissive ou si elle est impérative, si la loi étrangère déclare d'une manière très libérale que la

Source : BIU Cujas

femme peut, lorsqu'elle le veut, prendre la nationalité de son mari, ou si elle déclare que la femme prend de plein droit la nationalité de son mari. Deuxième source de complication.

c) domicile des époux après le mariage.

Et enfin, par une disposition très critiquée, le législateur a été amené à avoir égard à une troisième considération : le domicile établi par les époux au moment du mariage et au lendemain du mariage. C'est par la combinaison de ces trois séries de considérations tant par le jeu des amendements que par le jeu de la combinaison des textes qu'on est arrivé à établir le texte de l'art. 8 al. 1 et 2, qui est parfaitement illisible.

Pour arriver à le comprendre, après avoir posé les deux principes très clairs que je vous ai donnés, il faut donc maintenant poser l'exception. Dans quel cas la femme étrangère qui épouse un Français devient-elle française ? Première hypothèse. Dans quel cas la femme française qui épouse un étranger devient-elle étrangère ? Deuxième hypothèse.

A. Cas où la femme étrangère devient française par son mariage.

Première hypothèse : art. 8 al. 2 et 3. Prenons l'al. I. Dans quel cas la femme étrangère va-t-elle devenir française ? Dans deux cas.

1°- Par sa volonté.

Premier cas, lorsqu'elle le demandera, lorsqu'elle en fera la demande, sans autre condition que celle-là. Nous verrons dans quelle forme elle peut devenir française.

2°- En vertu d'une disposition impérative de sa loi nationale.

Deuxième cas : si la loi nationale qui règle son statut personnel établit la règle qu'elle suit nécessairement la condition de son mari, et cette seule condition suffit. Elle devrait rester étrangère, mais sa loi nationale la prive de sa nationalité. Elle épouse un Français, elle cesse d'être étrangère et doit devenir française. On a ainsi le sens de l'article que l'on peut lire maintenant : "La femme étrangère qui épouse un Français n'acquiert la nationalité de française - on aurait pu dire acquiert la nationalité de française - que sur sa demande expresse ou si, en conformité des dispositions de sa loi nationale, elle suit nécessairement la condition de son mari". Il faut que la loi étrangère le commande, non pas l'autorise. Il ne faut pas une simple disposition permissive, il faut une disposition impérative. Voilà donc les deux cas où joue l'exception : 1°- lorsque la femme en fait la demande ; 2°- lorsque la loi étrangère qui est sa loi nationale lui impose nécessairement la condition de son mari. Cet alinéa est relativement clair et simple, quand on le compare avec la seconde hypothèse de la femme française, qui épouse un étranger.

B. Cas où la

En principe, elle demeure française, mais c'est l'exception que nous étudions. Là encore, nous allons

Source : BIU Cujas

femme française devient étrangère.

rencontrer deux cas, mais deux cas beaucoup plus compliqués que ceux de l'hypothèse de la femme étrangère qui épouse un Français. La femme française qui épouse un étranger devient étrangère dans les deux cas suivants : 1°- quand elle le désire, quand elle en fait la demande, quand elle en manifeste la volonté, mais ici la simple volonté ne suffit pas. Il faut que se joignent à la condition de la volonté de la femme des dispositions favorables de la loi du mari. Il faut que la loi du mari le permette, parce que si la loi du mari ne permettait pas à la femme de prendre la nationalité de son mari, la femme française perdrait la nationalité française sans acquérir la nationalité étrangère. Par conséquent, il y a double condition : pour ce cas, il faut premièrement que la femme en fasse la déclaration, et deuxièmement que la loi étrangère le permette, non pas l'ordonne. Ici, nous sommes en présence, non pas de disposition impérative, mais de disposition permissive. Il faut que la loi étrangère le permette. Voici quelle était la formule : "La femme française qui épouse un étranger conserve la nationalité française, à moins qu'elle ne déclare expressément vouloir acquérir la nationalité de ce dernier". Il faut en outre que la nationalité du mari s'y prête, le permette : "en conformité des dispositions de la loi nationale du mari", dit le texte.

1°- si elle le veut et si la loi nationale du mari le permet.

2°- par suite de la fixation du domicile après le mariage, à l'étranger et d'une disposition impérative de la loi du mari.

Passons maintenant au deuxième cas : la femme française perd encore la nationalité française et prend la nationalité de son mari dans le cas suivant, qui comporte, lui aussi, deux conditions cumulativement exigées : lorsque les époux fixent leur premier domicile hors de France après la célébration du mariage, à la condition que la femme acquière nécessairement la nationalité du mari en vertu de la loi nationale de ce dernier. Il y a donc deux conditions cumulativement exigées. Il faut que les époux fixent leur premier domicile hors de France après la célébration du mariage, et il faut aussi dans cette hypothèse que l'on soit en présence d'un étranger dont la loi nationale impose à la femme la nationalité de son mari. La loi n'était pas facile à lire et pas facile à comprendre. Avec cette analyse, il est plus aisé d'en retenir les dispositions.

Formalités complémentaires imposées par le décret de 1927 : le certificat de coutume ;

Mais ce n'est pas tout, car aux textes de la loi s'est adjoint le texte du réglement, le texte du décret qui, dans ses articles 8 à 11, sous le titre III, réglemente les formalités entourant le mariage, qui sont destinées à faire connaître à l'officier de l'Etat civil et par la suite à faire connaître au tiers la nationalité de la femme en conséquence du mariage. Ces articles, auxquels visent successivement les deux

Source : BIU Cujas

réglementation de la forme de la déclaration faite par la femme.

cas envisagés par le législateur de 1927 à la suite du Code civil : le premier cas, la femme étrangère épouse un Français, le deuxième cas, la femme française épouse un étranger. Le premier cas est visé par les articles 8 et 10 du décret, le second cas est visé par les articles 9 et 11 du décret. Dans le premier cas, la femme étrangère épousant un Français, deux formalités principales sont requises : 1° - la remise d'un certificat ; 2° - la souscription d'une déclaration. La remise d'un certificat spécial, que nous trouvons mentionnée dans un texte du décret, alors qu'en général la législation française l'avait jusqu'alors ignoré, c'est le "certificat de coutume". Lorsqu'un Français épouse une femme étrangère, l'officier d'Etat civil -l'expression est fâcheuse, car on dit généralement officier de l'Etat civil- se fait remettre par la future épouse, sauf dispense accordée par le procureur de la République, un certificat de coutume, précisant, au regard de sa loi nationale, les effets du mariage contracté avec un étranger sur la nationalité de la femme. C'est là une pratique suivie devant les tribunaux français de se faire remettre, lorsque des points de droit étranger sont impliqués par le procès, une attestation émanant d'une personne qui, en principe, devrait être qualifiée pour la donner et faisant connaître les dispositions de la loi étrangère ; cette pratique n'est réglementée en France par aucun texte. (Répertoire de droit international, Tome V, p. 331 et suivantes. V° certificat de coutume). Telle est la première pièce à joindre aux autres pièces du mariage.

Mais il est une autre formalité requise, c'est une déclaration de la femme. La femme, si elle n'acquièrt pas nécessairement en conformité du statut de son mari la nationalité de son mari, si elle veut manifester l'intention d'acquérir la nationalité française doit, dit le texte, souscrire dans ce but avant la célébration du mariage, une déclaration devant l'officier d'Etat civil. Cette déclaration doit être faite dans les 8 jours avant le mariage (art. 8 al. 2 et 3). Dans cette première hypothèse, l'article 10 a envisagé un cas plus compliqué, c'est le cas de la femme étrangère qui épouse un Français à l'étranger et qui veut devenir française. Dans ce cas, les formalités sont à peu près identiques. Elles s'opèrent devant les agents diplomatiques ou consulaires français. Il y a lieu à trois exemplaires au lieu de deux de la remise de la déclaration pour acquérir la nationalité française. Quant au second cas de la femme française épousant un étranger art. 9 et 11 du décret, art. 9 lorsque la mariage a lieu en France, art. II lorsque le mariage a lieu à l'étranger, les formalités sont à peu de chose

Source : BIU Cujas

près les mêmes. Ici encore, il faut un certificat de coutume, il faut une déclaration sur invitation de l'officier d'Etat civil. Les dispositions de la loi ont d'ailleurs été assez critiquées pour le fait que bien souvent, lorsqu'à l'étranger l'on exigeait que le mariage ait lieu devant les agents diplomatiques ou consulaires, il arrivait très fréquemment que les distances étant très grandes, le mariage n'avait pas lieu devant les agents diplomatiques ou consulaires français. Il avait lieu devant les autorités étrangères, et alors la complication augmente. Telles sont les formalités et les dispositions de la loi.

Disposition transitoire concernant les femmes mariées avant la loi de 1927.

Je mentionne pour finir avec les textes, et avant d'en venir aux questions d'application, qu'une disposition transitoire de la loi de 1927, article 14, lettre A, a été très fréquemment appliquée au lendemain de la loi. Elle visait l'hyppothèse de la Française qui avait épousé un étranger antérieurement à la mise en vigueur de la loi de 1927. La loi a voulu permettre aux anciennes Française de récupérer plus facilement la nationalité française qu'elles auraient pu garder si elles s'étaient mariées après la loi de 1927. L'Art 14 permettait à la femme résidant habituellement en France depuis deux ans de recouvrer la nationalité française par une déclaration dans l'année de la promulgation de la loi. A l'heure actuelle par conséquent, c'est une disposition qui n'a plus qu'un caractère historique. Très nombreuses sont les femmes qui ont demandé à bénéficier de l'art. 14. Il y en a eu plus de 10.000 en 1927 et plus de 20.000 en 1928.

Principales difficultés d'application soulevées par l'art. 8

Les dispositions de l'art. 8 ont donné lieu à de très nombreuses questions, non seulement à des objections de forme et à des objections de fond, mais encore à des difficultés d'application. Je voudrais pour finir présenter les principales, celles qui ont donné lieu aux polémiques et aux discussions les plus sérieuses. D'abord en ce qui concerne les conditions du changement de nationalité, quand il se produit, les conditions des exceptions et enfin en ce qui concerne les effets de l'article 8.

Absence de réglementation du certificat de coutume ; inexactitudes qu'il contient souvent. Difficulté pour l'officier

Pour ce qui concerne les conditions, la critique la plus importante est celle qui vise tout d'abord la nécessité du certificat de coutume. Ce certificat de coutume, qui doit être et devrait être rédigé et délivré par des personnes compétentes, a donné lieu aux pires abus. A l'heure qu'il est, aucune réglementation n'étant intervenue, il est loisible de présenter aux officiers de l'état civil des certificats de coutume émanant de personnes qui n'ont aucune espèce de qualité pour le délivrer. Les lois étrangères, dont l'officier de l'état civil est tenu de connaître la dispo-

Source : BIU Cujas
"Les Cours de Droit" 3, PLACE DE LA SORBONNE, 3
Répétitions Écrites et Orales
S

de l'état civil de se rendre compte du caractère des dispositions de la loi étrangère.

sition, sont connues de la sorte, car il faut que l'officier de l'état civil sache si l'on se trouve en présence d'un texte qui impose ou d'un texte permissif par rapport à l'acquisition de la nationalité du mari par la femme. Bien des attestations de ce genre ont donné lieu à des certificats d'un caractère littéralement fantaisiste, et il serait à désirer qu'à cette occasion le législateur réglementât une fois pour toutes le certificat de coutume , qui s'est introduit dans la pratique de nos tribunaux. Pour y pallier d'ailleurs, des autorités diplomatiques étaient intervenues. C'est ainsi qu'une circulaire du 5 Juillet 1929 du Garde des Sceaux a fait connaître que entre la France et la Suisse, sur démarche du ministre de la Suisse à Paris, il était intervenu un échange de vues d'où il résultait que quelque soit la législation, il n'y avait pas lieu à se préoccuper de rechercher un certificat de coutume, et qu'il était meilleur de solliciter de la Suissesse épousant un Français et qui veut prendre la nationalité française, la déclaration purement et simplement parce que le droit suisse ne contient pas de règle précise sur le cas de la femme qui épouse un étranger - La constitution suisse, l'art 54, al. 4 et l'art. 16, al. I du code civil suisse disent bien que l'étrangère qui épouse un citoyen suisse acquiert le droit de cité de son mari, mais aucune disposition de la loi suisse ne règle la condition de la Suissesse, qui épouse un étranger, et la jurisprudence n'était pas encore fixée. Par conséquent sur ce point, certificat de coutume et connaissance de la loi étrangère, la loi de 1927 pose lors de chaque mariage des questions quelquefois difficiles à surmonter. La chancellerie a envoyé dans les différents parquets pour être mis à la disposition des officiers de l'état civil des tableaux synoptiques faisant connaître sur ce point les dispositions des lois étrangères. J'avoue pour ma part que ces tableaux ne m'ont guère satisfait. Un certain nombre ne sont que très approximatifs, et je me demande dans quelle mesure les officiers de l'état civil peuvent y comprendre quelque chose.

Insuffisance et danger des dispositions concernant l'acquisition de la nationalité française par une femme épousant un Français.

Ce n'est pas la seule source de difficultés engendrées par les conditions nombreuses et minutieuses fixées par l'article 8. L'article 8, qui vise le cas de l'étrangère épousant un Français, est à la fois insuffisant et dangereux. Il est insuffisant, parce qu'il y a certains cas qu'il n'a pas prévus, par exemple le cas de la femme qui n'a pas de nationalité. Le projet rectificatif de la loi de 1927 à l'heure actuelle à l'étude à la Chancellerie et qui sera déposé prochainement, règle le cas, et il serait dési-

Source : BIU Cujas

rable que l'on en fit un cas d'acquisition automatique de la qualité de français. Mais l'article est également dangereux, car il permet ipso facto à une étrangère de devenir française en épousant un Français et en réclamant la nationalité française, même si elle est indésirable et même si elle a fait l'objet d'un arrêté d'expulsion. Du moment qu'on a renoncé à l'unité dans la famille, il semble que cette conséquence fâcheuse ne soit plus inévitable. Le projet modifiant la loi de 1927 a tenu compte de ces deux cas, et permettrait, car il n'est pas encore déposé, quand la femme a fait l'objet d'un arrêté d'expulsion ou quand elle est indésirable, de s'opposer à l'acquisition de la nationalité française. De même, si une cause d'indignité est aperçue par la Chancellerie, un droit d'opposition s'ouvre. De la sorte on éviterait des conséquences fâcheuses, comme celles où l'on s'est trouvé. Telle est l'hypothèse d'une étrangère, suspecte à beaucoup d'égards, notamment au regard du service d'espionnage, qui à l'effet d'éviter un arrêté d'expulsion passe pour la forme un mariage avec un Français. Aucune opposition n'étant possible , elle a acquis ipso facto la nationalité française et l'arrêté d'expulsion n'a pas pu être pris.

Difficulté relative à la fixation du domicile à l'étranger après le mariage.

Enfin, l'art. 8. al.3, à propos du domicile, soulève lui aussi des discussions et des controverses de pratique insurmontables. Notamment parmi les nombreuses questions qui se sont posées devant la Chancellerie, la question est de savoir quand le premier domicile peut être considéré comme fixé à l'étranger, quand pourra-t-on dire que l'on est en présence du premier domicile. Voici par exemple une hypothèse, qui s'est présentée dans l'administration: une Française épouse un Anglais. Elle désire conserver sa nationalité française. Les époux s'établissent en France pensant qu'il pourront y séjourner, mais la société anglaise à laquelle appartenait le mari le rappelle au bout de trois mois en Angleterre et lui demande de s'y fixer. Est-ce le premier domicile, est-ce le second ? Il est très difficile de le dire. Voilà en ce qui concerne les conditions d'application.

Difficultés soulevées par les effets de l'acquisition par la femme mariée de la nationalité française, quant

Quant aux effets, ils posent dans la pratique une série de problèmes qui mettent à l'épreuve la subtilité la plus grande des interprètes. Tout d'abord, les conséquences au point de vue de la nationalité, notamment dans le cas de changement de la nationalité de la femme quand il se produit. Lorsque la femme étrangère devient française, il faut observer qu'elle le devient par le fait de la loi. Elle n'est pas naturalisée. Par conséquent, il n'y a pas lieu d'appliquer ici les textes sur la naturalisation - c'est tout

Source : BIU Cujas

à ses enfants mineurs.

au moins l'opinion d'un certain nombre d'auteurs - notamment en ce qui concerne les mandats électifs, il y en a pour la femme, notamment -sous un nom qui n'a pas été trouvé- au conseil de prud'hommes. Ces mandats sont considérés comme susceptibles d'être acquis par la femme qui a épousé un Français, et qui a voulu devenir française, alors qu'elle n'est pas naturalisée, et que la naturalisation n'aurait pas réussi à lui conférer ce droit. D'autre part, dans le cas de l'art. 8, al. 2, on se demande quelle est la condition des enfants de la femme française qui épouse un étranger, soit qu'elle reste française, soit qu'elle ne reste pas Française. Il y a là un jeu de combinaison de l'art. 8 avec les articles 1 et 7 de la loi qui est extrêmement curieux.

Il en est de même d'une autre série de questions la combinaison de l'article 8, al. I avec les articles 2 et 4 de la loi, l'hypothèse de la femme étrangère qui épouse un Français de naissance, ayant faculté de répudiation, art. 2 ; l'hypothèse de la femme étrangère née en France, de parents étrangers nés eux-mêmes à l'étranger, et qui se marie pendant sa minorité avec un étranger.

Difficultés de droit privé soulevées par la dualité possible de nationalités dans le mariage et par conséquent de lois personnelles.

La question la plus importante, c'est celle qui concerne les conséquences de droit privé, lorsque la femme à la suite de l'application de l'article 8 conserve une nationalité différente de celle de son mari. Il se trouve par conséquent que la famille va être susceptible de voir son statut réglé par deux lois différentes, puisque nous sommes en matière de statut personnel, la loi du statut personnel du mari, la loi du statut personnel de la femme. Quelle est la loi que l'on appliquera ? Très nombreuses sont les questions qui se présentent : droits et devoirs réciproques, notamment obligations alimentaires, autorisation maritale, certaines législations l'exigent, d'autres ne l'exigent pas ; divorce et séparation de corps, les causes pouvant être plus ou moins les mêmes ou différentes suivant les lois ; régime matrimonial, l'immutabilité des conventions matrimoniales, le mandat tacite, la révocabilité des libéralités, droit successoral entre époux, quotité disponible. Ce sont là les principales questions qui se posent. La question fait l'objet d'une controverse doctrinale qui a tendance à s'étendre. Elle n'a pas encore fait l'objet d'une décision judiciaire.

Trois opinions, trois systèmes sont en présence sur la question ; 1°- certains veulent faire toujours prédominer la loi française comme lex fori,

Source : BIU Cujas

2°- certains autres, c'était notamment le système indiqué par le rapporteur M. Lhopiteau - ne font intervenir la loi du mari que là où une seule loi est nécessaire, dans le cas par exemple de l'autorisation maritale, mais appliquent les deux lois respectivement, lorsqu'on est en présence de questions susceptibles d'admettre une application respective de la loi, comme cela se trouve en matière de succession. 3°- Enfin, de plus en plus une troisième opinion se fait jour qui a été très défendue lors de la discussion du projet de la Société d'Etudes législatives (Rapport de M. Niboyet. Bulletin de la Société d'Etudes législatives, 1925) c'est celle qui applique une loi unique, celle du domicile des époux, celle du domicile matrimonial - non pas celle du premier domicile - et c'est peut-être là une des raisons pour lesquelles la loi du domicile en France a gagné un très grand nombre de partisans par opposition à la loi nationale.

Source : BIU Cujas

IV- Perte de la qualité de français.

Précédents historiques.

La perte de la qualité de français est règlementée par les articles 9 et IO de la loi, correspondant respectivement aux articles I7; I9 et 2I du code Civil. C'est une matière qui est encore assez compliquée, et il est nécessaire afin de la bien comprendre, de dégager d'après les précédents historiques, le caractère et les principes, et l'origine et l'évolution de l'institution, ceci nous guidera pour en comprendre les détails, et, le cas échéant, pour régler les controverses. La matière en effet a été règlementée assez en détails par le code de I804. Mais les précédents de l'ancienne France et de la Révolution française ont marqué le texte même de la rédaction du code.

Ancien droit: perte de la qualité de français par l'établissement en pays étranger sans esprit de retour.

Déjà sous l'ancienne France, l'ordonnance du 5 Mai I669 avait réglé la matière en sanctionnant le principe dégagé à l'époque , le principe de l'allégeance perpétuelle due au roi de France. A cette notion de l'allégeance et du lien entre le roi et ses sujets, il fallait trouver une sanction. C'est l'ordonnance de I669 qui vint faire défense, sans la permission du roi de s'installer en pays étranger sans esprit de retour. L'installation en pays étranger d'un sujet du roi sans esprit de retour, lorsque le roi ne lui avait pas donné de congé d'allégeance ou tout au moins une permission, était sanctionnée de peines sévères : la confiscation corps et biens, l'ancien sujet du roi, devenu un étranger, était sujet au droit d'aubaine, s'il revenait en France. Cette sanction très sévère, avait été adoucie par la suite, et dans le Traité des personnes de Pothier on trouve indiquées avec détail les circonstances qui permettent de présumer chez celui qui est parti la perte de l'esprit de retour. Tout au moins Pothier indiquait-il que cette perte de l'esprit de retour ne se présumait pas. Il fallait que l'on puisse la déduire très nettement des circonstances. Un mariage à l'étranger par exemple ne pouvait pas de plano être considéré comme faisant perdre l'esprit de retour chez celui qui se mariait. Certains autres cas, par exemple lorsqu'on s'est fait pourvoir de quelque office ou bénéfice par un souverain étranger, ou encore lorsqu'on s'est fait naturaliser en pays étranger, étaient des circonstances qui au contraire manifestent la perte de l'esprit de retour.

La perte de

Ce sont ces précédents qui expliquent que

Source : BIU Cujas

la qualité de français dans le C.C. Idée de peine lui servant de fondement.

dans la rédaction de I804 l'ancien article I7 prévoyait 4 causes de perte de la nationalité française. "La qualité française se perd : I° - par la naturalisation acquise en pays étranger ; 2° - par l'acceptation non autorisée par le roi de fonctions publiques conférées par un gouvernement étranger ; 3° - par l'affiliation à toute corporation étrangère qui exigera des distinctions de naissance Edition I804 ; 4° - par tout établissement fait en pays étranger sans esprit de retour".

Le 3°, qui figure dans l'édition de I804 et qui a disparu dans l'édition de I807, se rattache, non plus à la tradition de l'ancien régime, mais à la tradition de la révolution française. En effet, les dispostions prises contre les émigrés, les dispositions prises également contre ceux qui adhéraient à des organisations de l'ancien régime, avaient introduit dans la législation de la révolution certains textes assez rigoureux. C'est ainsi que l'article 6 de la Constitution du 3 Septembre I79I, art. 6, 4°, disait que la qualité de citoyen se perd par l'affiliation à tout ordre de chevalerie étranger ou à toute corporation étrangère qui supposerait, soit des preuves de noblesse, soit des distinctions de naissance ou qui exigerait des voeux religieux. Ce troisièmement, qui figurait dans l'édition de I804, a disparu dans le texte de I807, si bien que le texte définitif du code napoléonien, devenu plus tard le code civil, ne visait plus que trois causes de perte de la nationalité : la naturalisation acquise en pays étranger, l'acceptation non autorisée par le roi de fonctions publiques conférées par un gouvernement étranger, et l'établissement fait en pays étranger sans esprit de retour. On reconnaît la formule de l'ancien régime et la formule de Pothier.

Transformation du fondement de la perte de qualité de français.

Une évolution s'est produite au cours du XIX° siècle, en ce qui concerne, sinon les cas, car nous allons retrouver la plupart, mais tout au moins le fondement même de cette institution de la perte de la qualité de français. Dans toutes les dispositions que nous venons d'analyser, dans le code de I804, dans celui de I807, aussi bien que dans les précédents de la révolution et de l'ancien régime, on retrouve une idée de peine. C'est une idée pénale qui se trouve à la base de cette institution. Sans qu'on puisse dire d'une façon absolue, comme certains auteurs le prétendent, que l'idée de peine n'existe plus dans les dispositions mêmes de la loi de I927, concernant la perte de la nationalité française, il faut marquer que ces idées nouvelles se sont fait jour et ont ap-

Source : BIU Cujas

paru dans les cas et à travers les cas retenus par la loi de I927. Ces idées sont les suivantes : d'abord un principe utilitaire et d'ordre pratique, c'est celui qui inspire notamment les trois premiers cas retenus par la loi de I927, c'est l'idée qu'avant tout il faut éviter dans une loi interne de multiplier les causes de conflit de lois - les conflits de lois, nous le verrons, en matière de nationalité portent le nom de conflits de nationalité -, qui sont malheureusement très fréquents, et qui engendrent, sous la forme positive, ce que l'on appelle la double nationalité, la multi-nationalité et sous la forme négative, l'apatridie. Les idées certainement, qui ont prévalu, lors de la rédaction de l'article 9 nouveau de la loi de I927 et à propos du développement des cas qui y figurent, tout au moins pour les trois premiers, c'est cette idée utilitaire et pratique d'éviter les conflits positifs de nationalité.

Idées fondamentales de la loi de I927 en cette matière : désir d'éviter les conflits de nationalité ; incompatibilité de devoirs.

D'autre part, une autre idée qui s'est fait jour a été, sinon de substituer à l'idée de peine, tout au moins de lui annexer l'idée d'incompatibilité des devoirs . Si l'on n'admet pas qu'un Français dans certains cas puisse conserver la nationalité française, et si on la lui retire, ce n'est peut-être pas tant pour le châtier de choisir un autre pays, que parce que le fait d'être rattaché à un autre pays peut engendrer une incompatibilité de devoirs, par exemple le service militaire qui ne pourrait pas être réglé, ni recevoir de solution.

La déchéance de la naturalisation pour manquement au loyalisme dû à la nationalité française.

Enfin, au cours de la guerre, des idées plus nouvelles encore se sont fait jour ; sans qu'on puisse dire que l'idée de peine soit absolument exclue, on a introduit dans les lois de I9I5 et de I9I7 une cause de perte de la nationalité, qui n'existait pas antérieurement ; c'est la déchéance, la perte du bénéfice de la naturalisation chez ceux qui ont demontré par leur conduite qu'ils n'avaient pas su se rendre dignes de la naturalisation française, qui leur avait été accordée, et dont l'obligation de gratitude, qui leur incombait, n'avait pas trouvé chez eux de satisfaction. Le manque de loyalisme dû à la nation française, lorsqu'on est naturalisé, a engendré les lois sur la déchéance de la naturalisation, qui ont été d'ailleurs retenues dans leur principe et dans un certain nombre d'applications dans notre article 9 in fine.

Telles sont par conséquent les idées directrices qui se sont adjointes à l'ancienne idée de peine. Pour montrer d'ailleurs, que l'on a voulu répudier en grande partie les anciennes idées, on ne

Source : BIU Cujas

retrouve plus dans la loi de I927, et déjà on ne le retrouvait plus dans la loi de I889, la recherche psychologique, à laquelle Pothier s'était livré concernant l'esprit de retour : le séjour, l'établissement en pays étranger sans esprit de retour, formule que l'on rencontrait dans le code de I804 et de I807, formule qui a disparu en I889. C'est une marque symbolique en quelque sorte de la rupture partielle des textes nouveaux avec la tradition de l'ancien régime.

Cas prévus par l'art. 9 de la loi de I927.

Ces idées générales exposées, retournons-nous maintenant du côté des textes de la loi, art.9 et art.I0. Voyons quels sont les cas prévus, et comment la loi les a réglés.

Ces cas sont dans la loi assez nombreux. Un certain nombre - ce sont les trois premiers - se rattachent à l'idée d'éviter les conflits de nationalité , les deux autres se rattachent à l'incompatibilité des devoirs et à la sanction du manque au loyalisme dû en vertu de la naturalisation. A ces cinq cas prévus dans l'article 9, il y aura lieu d'ajouter deux autres cas, l'un résultant d'un texte antérieur assez ancien, l'autre résultant d'une convention internationale et par une sorte de choc en retour. Cela fait donc sept cas, dont cinq sont visés dans l'article 9.

A - En vue d'éviter les conflits de nationalité.

Les trois premiers cas, que nous allons mettre à part pour commencer, ont pour but d'éviter les conflits positifs de nationalité.

I° - acquisition après 2I ans d'une nationalité étrangère par naturalisation ou sur demande par l'effet de la loi.

Le premier est visé dans l'art. 9, I° "Perdent la qualité de français : I° - le Français naturalisé à l'étranger, ou celui qui acquiert sur sa demande une nationalité étrangère par l'effet de la loi, après l'âge de 2I ans". Tout d'abord le Français naturalisé à l'étranger, après l'âge de 2I ans. La loi française, qui permet la naturalisation à l'âge de I8 ans, n'admet pas que l'on puisse la perdre avant la majorité, et avant la majorité telle qu'elle est fixée par la loi française. A côté du cas de naturalisation, la loi vise le cas de celui qui acquiert, après l'âge de 2I ans, sur sa demande, une nationalité étrangère par l'effet de la loi. Qu'est-ce à dire ? Exemple, le cas de la femme française, qui épouse un étranger, art. 8 al. 2, et qui sur sa demande, dans les conditions que nous avons étudiées, prend la nationalité étrangère. Il y a là un exemple de nationalité étrangère acquise sur demande par l'effet de la loi . Ces dispositions n'ont rien de nouveau. Elles sont la reproduction de l'ancien article I7, al. I de la loi de I889, sauf cependant

Source : BIU Cujas

l'exigence de l'âge de 2I ans, qui est une addition. Le fondement de toute cette règle est qu'il y a acquisition volontaire de la nationalité étrangère. Il faut qu'il y ait acquisition véritable et acquisition sur demande, soit par naturalisation, soit du bienfait de la loi. C'est donc par conséquent la volonté de l'individu, qui met fin chez lui à la nationalité française. On ne lui inflige pas une peine. Mais pour éviter les doubles nationalités, on lui retire la nationalité française.

Disposition prise pour éviter une nationalisation faite en fraude du service militaire.

Toutefois, ceci ne va pas sans conditions, et l'alinéa 2 de notre article pose un tempérament important ; c'est celui qui exige l'autorisation du gouvernement français, lorsque celui qui a sollicité ainsi la naturalisation à l'étranger, ou le bénéfice de la loi étrangère, se trouve encore dans des conditions où il peut être appréhendé par le service militaire en France. Voici comment est réglé le cas d'après le texte de l'article 9, I° al. 2. "Toutefois jusqu'à l'expiration d'un délai de IO ans à partir, soit de l'incorporation dans l'armée active, soit de l'inscription sur les tableaux du recensement, en cas de dispense du service actif, l'acquisition de la nationalité étrangère ne fait perdre la qualité de français que si elle a été autorisée par le gouvernement français". C'est une disposition qui là encore n'est point nouvelle. L'ancien art. I7, al. 2, la comprenait. Toutefois elle ne va pas sans donner naissance à quelques commentaires. Le but de la loi a été d'éviter les naturalisations en fraude de la loi militaire. Or, la loi a sanctionné cette préoccupation par une disposition qui à beaucoup d'égards semble critiquable, et voici pourquoi. Quelle est exactement la sanction. La sanction, c'est que l'individu, qui se fait naturaliser ou acquiert la nationalité étrangère par le bienfait de la loi dans le délai de IO ans à partir de son incorporation, reste Français. Il ne perd pas la qualité de Français, s'il n'a pas été autorisé par le gouverment français. L'absence d'autorisation laisse l'individu français. Cette sanction, qui en apparence paraît sévère, en réalité est assez trompeuse. Si l'on suppose en effet par exemple qu'après I5 ou 20 ans, l'individu, qui s'est fait naturaliser à l'étranger, revient en France, il est français. Il est français, et on ne peut pas lui discuter, ni lui retirer sa qualité de français. L'hypothèse est la suivante : l'individu se fait naturaliser anglais à 25 ans ; il n'a pas obtenu l'autorisation du gouvernement ; à 45 ans il revient en France et se prévaut de sa qualité de

Source : BIU Cujas

français; on est obligé de l'accepter comme tel. L'espèce n'est point théorique. Elle s'est présentée notamment au lendemain de la guerre. Beaucoup de Français fixés en Amérique avant la guerre s'y étaient fait naturaliser, et étaient devenus ainsi insoumis au regard de la loi militaire française. Après l'expiration du délai de prescription, tant au point de vue civil qu'au point de vue pénal, ils sont rentrés en France, et la Chancellerie s'est trouvée dans l'impossibilité de leur opposer leur naturalisation à l'étranger, puisque cette naturalisation n'avait pas été autorisée d'après les termes de la loi de 1889, pareils à ceux de la loi de 1927 et par conséquent ils se sont trouvés français. C'était là un résultat fâcheux. On voit comment en somme la sanction prévue à l'article 9, 1°, al. 2, qui paraissait au premier abord sévère, peut dans une certaine mesure être inefficace.

Au sujet de ce premier cas, voici encore deux commentaires qui sont nécessaires: tout d'abord en ce qui concerne le point de départ du délai de 10 ans, dont il est question dans l'alinéa 2, la Chancellerie considère que ce point de départ court en faveur seulement des individus qui sont dans une situation militaire régulière. Il est suspendu pour les insoumis et les déserteurs, tant qu'ils figurent sur les contrôles de l'insoumission ou de la désertion, ce qui permet à la Chancellerie d'allonger quelque peu le délai.

Inefficacité au point de vue de la nationalité française, d'une naturalisation frauduleuse à l'étranger.

D'autre part, l'alinéa 2 de l'art. 9, 1°, a été envisagé comme l'article correspondant de la loi de 1889 pour éviter les naturalisations en fraude de la loi militaire. Mais il faut nous rappeler ici qu'il peut y avoir des naturalisations en fraude de la loi civile française. Nous avons à plusieurs reprises parlé des naturalisations frauduleuses, et à ce sujet, j'ai cité le cas type, l'affaire de Bauffremont, où la naturalisation avait été acquise à l'étranger en fraude des dispositions françaises, qui à cette époque prohibait le divorce. La naturalisation a été considérée comme non avenue, et la nationalité française est demeurée à la personne qui s'était fait naturaliser ainsi en fraude de la loi française. Il y a par conséquent lieu d'ajouter en commentaire sur l'article 9, 1°) que la nationalité française n'est point perdue par l'acquisition volontaire de la nationalité étrangère, lorsqu'elle est sollicitée en fraude de la loi française, civile comme militaire, et par conséquent ce n'est pas un cas de perte de la nationalité. Tel est le premier cas.

Source : BIU Cujas

2° - perte de la qualité de français par la répudiation de la qualité de français, dans le cas de l'art. 2.

Le deuxième cas ne nous retiendra pas longtemps, car il mentionne et ne renferme qu'un simple renvoi: c'est le renvoi à l'art. 2 de la loi de 1927; le Français qui a répudié la nationalité française dans le cas prévu à l'article 2. Nous avons étudié ce cas en étudiant la nationalité d'origine. C'est l'hypothèse où le Français (de 2ème catégorie) est français, sauf la faculté de répudier cette qualité dans l'année qui suit la majorité. Exemple, l'enfant légitime né en France de parents qui y sont eux-mêmes nés, etc,... Dans ce cas il y a perte de la nationalité française, puisque la nationalité est répudiée, l'individu était français. J'ai observé que ce que la loi dit de l'art. 2, elle ne le dit pas de l'art. 4 de la loi, parce que dans l'art. 4 de la loi, l'individu considéré n'est pas français, il le devient, à moins qu'il ne décline la qualité de Français, et le fait de décliner la qualité de français ne lui fait pas perdre la qualité de français comme le fait la répudiation de l'art. 2. Ce deuxième cas est donc très simple.

3° - autorisation donnée à un Français mineur de garder une nationalité étrangère que lui confère de plein droit une loi étrangère.

Le troisième cas est plus compliqué. Il marque le mieux l'esprit de la loi de 1927 et l'esprit de l'art. 9, qui est d'éviter les conflits de nationalité dans les cas intéressants. Art. 9, 3°, "Perd la qualité de français, le Français même mineur qui possédant, par l'effet de la loi, sans manifestation de volonté de sa part, une nationalité étrangère, est autorisé sur sa demande, par le gouvernement français, à la conserver". Le cas est inverse du premier cas. Dans le premier cas, le Français a acquis la nationalité étrangère sur sa demande, par sa volonté, par naturalisation, ou sur sa demande par bienfait de la loi. Ici le Français a par l'effet de la loi étrangère, et sans manifestation de volonté de sa part une nationalité étrangère. C'est le cas de double nationalité. Il a la nationalité française, il a également la nationalité étrangère, ce qui se produit, lorsque deux lois par exemple admettent le jus sanguinis doublé du jus soli. Voici par exemple un Français né d'un Français en Angleterre. Aux yeux de la loi anglaise, il est anglais, parce que la loi anglaise admet le jus soli; aux yeux de la loi française, il est français, parce que la loi française admet le jus sanguinis. Dans un cas de ce genre, la loi de 1927, précisément pour ne pas laisser subsister ce cas de conflit positif de nationalité admet la possibilité d'être déchargé de la qualité de français, mais par décision du gouvernement français et sur demande. La loi dans ce cas plus favorable que dans le cas de l'art. 9, 1°, permet cette demande et cette autorisation pour le Français, même mineur.

Source : BIU Cujas

Inapplication de cette solution au mineur devenu étranger sur la demande de son père lors de la naturalisation de celui-ci.

Cette disposition est simple dans son principe Elle est plus compliquée dans l'application. On s'est demandé d'abord qui doit former la demande, surtout pour le Français mineur. On a en ce cas transporté les catégories de la loi dans son art. 2, en faisant la distinction d'un mineur âgé de plus de 16 ans ou de moins de 16 ans. La question plus compliquée est celle de savoir, lorsque le père se fait naturaliser à l'étranger, ce qui résulte de l'application de l'art. 9, 3°, pour l'enfant mineur, car la naturalisation s'applique de plein droit aux enfants mineurs dans certains cas et dans certains autres elle ne s'applique pas, suivant les lois étrangères. Le ministère de la Justice admet une distinction. Lorsque le père a demandé la naturalisation et que la naturalisation s'applique de plein droit aux enfants mineurs dans le pays où la naturalisation est sollicitée, on admet que dans ce cas le mineur tombe sous le coup de l'art. 9, 3°, que c'est bien par l'effet de la loi et sans manifestation de volonté de sa part qu'il a acquis une nationalité étrangère, et par conséquent il peut être admis à présenter cette demande. Mais si, au contraire, le père a formé une demande au nom de ses enfants mineurs en même temps qu'il demandait la naturalisation pour lui, la Chancellerie considère que les enfants ont acquis la nationalité étrangère par une manifestation de volonté de leur part, et que dès lors ils ne peuvent plus être dégagés de leur nationalité française que selon l'art. 9, 1°, c'est-à-dire après leur majorité dans les conditions inscrites à l'art. 9, 1°.

Fonctionnement pratique de la "libération d'allégeance".

Une dernière observation sur ce cas: c'est que l'autorisation en pratique n'est accordée qu'à l'individu étranger qui réside à l'étranger. Si l'individu considéré demandait au gouvernement français à conserver la nationalité étrangère tout en restant en France, la Chancellerie ne lui accorderait pas sa demande. On admet ici le système de la nationalité effective, que nous allons voir jouer dans les conflits de nationalité. Donc après consultation du ministère de la guerre et du ministère des Affaires Etrangères, l'étranger peut bénéficier de l'autorisation, s'il est à l'étranger, mais s'il est en France, il n'y est pas autorisé. Dans la pratique cette autorisation porte dans la terminologie de la Chancellerie une appellation criticable, on l'appelle la "libération d'allégeance", et la formule employée par le ministère de la Justice pour l'octroi de l'autorisation, c'est que l'individu considéré est libéré de ses liens d'allégeance envers la France. C'est là une expression dé-

Source : BIU Cujas

fectueuse. Nous avons vu en quoi consistait la différence entre l'allégeance et la nationalité. J'estime pour ma part que la formule devrait être modifiée et qu'on devrait dire que l'individu est libéré de ses liens de nationalité envers la France, pour être en harmonie avec nos institutions.

Tels sont les trois cas où se manifeste avant tout la préoccupation d'éviter les conflits positifs de nationalité.

B. perte de la nationalité pour incompatibilité devoirs ou pour manquement au loyalisme.

Dans les deux cas suivants, quatrièmement et cinquièmement envisagés par l'art. 9 de la loi de 1927, on rencontre la préoccupation de sanctionner, soit l'incompabilité des devoirs, soit le manquement au loyalisme chez les nouveaux Français.

1° - conservation d'une fonction dans un service public étranger, malgré l'injonction du gouvernement français.

Le 4°, le premier cas de cette seconde catégorie, c'est celui du Français qui a accepté à l'étranger du service, civil ou militaire. La loi de 1889 art. 17, 3° et 4°, avait envisagé différemment (Cf. les textes) - le service civil et le service militaire. La loi de 1927 a identifié les deux cas. Voici la formule de l'art. 9, 4°: "Perd la qualité de français, le Français qui remplissant à l'étranger un emploi dans un service public, le conserve malgré l'injonction de la résilier dans un délai déterminé qui lui sera faite par le gouvernement français". L'art.4 ajoute: "Cette mesure ne pourra être étendue à la femme et aux enfants mineurs, que par décision des tribunaux rendue dans les formes prévues à l'art. 10".

Reprenons cet article. Il s'agit du Français qui accepte à l'étranger un emploi dans un service public, et la formule "emploi dans un service public" doit être soulignée, car c'est un correctif à la formule adoptée par la loi de 1889, qui elle, employait l'expression "fonctions publiques conférées par un gouvernement étranger". On a voulu éviter des discussions qui s'étaient produites sur le texte de la loi de 1889 concernant l'expression fonctions publiques qui d'une manière générale, lorsqu'elle figure dans un texte, donne toujours lieu à controverse. On a voulu précisément embrasser un certain nombre d'emplois à l'étranger qui peuvent être susceptibles de ne point être considérés comme fonctions publiques, mais qui sont certainement des emplois, tels que les services de chemins de fer, de transports en général, des postes, des télégraphes et des téléphones. On discutait, sous l'empire de la loi de 1889, pour savoir s'il y avait là des fonctions publiques. Aujourd'hui ce sont des emplois dans un service public, et c'est volontairement que la loi de 1927 a employé cette expression. La loi ajoute que le service, qu'il soit mili-

Source : BIU Cujas

taire ou civil, ne fait perdre la qualité de français que lorsque l'individu en question conserve cette fonction après une sommation faite par l'autorité française. Cette formule est une innovation, tout au moins une innovation dans un des deux cas visés dans l'art. 17, 3° et 4° de la loi de 1889, en ce qui concerne le service militaire.

L'ancien article 17, 4°, faisait perdre ipso facto la nationalité française, et là encore, comme précédemment, la loi dans son texte se retournait contre son but, et voici pourquoi. Il suffisait d'accepter une fonction quelconque d'ordre militaire dans un pays où le service militaire était réduit à quelques périodes ou même au paiement d'une simple taxe, pour que, ipso facto, la nationalité française fût perdue. C'était précisément aller contre l'esprit de la loi que de faire perdre la nationalité française à celui qui voulait éluder les obligations du service militaire en France. C'est là la raison pour laquelle on a, unifiant une des formules de l'art. 17, sanctionné l'ensemble de l'hypothèse, qu'il s'agisse de service public, civil ou militaire, de la manière suivante: l'individu perd la qualité de français, lorsqu'il a résisté à l'injonction qui lui a été faite par le gouvernement, etc...et il suffit pour le gouvernement français de ne point émettre cette injonction pour que l'individu reste français et demeure soumis à ses obligations militaires, ce qui est précisément le voeu de la loi.

Il arrive d'ailleurs très peu fréquemment que l'art. 9, 4°, soit appliqué. Les injonctions sont très rares, surtout depuis la guerre.

Caractère individuel de cette mesure.

Notons que les effets de cette perte de la qualité de français sont d'un caractère très strictement limité en ce qui concerne les personnes. Les effets sont individuels en principe. La mesure pourra être étendue à la femme et aux enfants mineurs, mais par une décision des tribunaux civils rendue dans les formes prévues dans l'art. 10, auquel nous arrivons.

2° - déchéance de la nationalité française acquise sur demande de l'intéressé ou de ses représentants.

Nous voici parvenus au cinquième cas de perte de la nationalité française, cas envisagé comme sanction du manquement au loyalisme chez les nouveaux Français, chez les naturalisés. Cette hypothèse était restée jusqu'à ces dernières années assez théorique. Elle vient, sous l'empire de certaines circonstances, de prendre au contraire beaucoup d'actualité dans certaines décisions judiciaires pour des affaires ayant été portées devant les tribunaux. Nous nous trouvons dans ce cas en présence du reliquat du vestige des lois de guerre, notamment la loi de 1915, et la loi du 8 Juin 1917, modifiant la loi du 7 Avril 1915 sur le retrait

Source : BIU Cujas

de naturalisation, loi autorisant le gouvernement à rapporter les décrets de naturalisation obtenus par l'ancien sujet de puissance en guerre avec la France. Ces lois étaient des lois de circonstances, et l'on pensait qu'après la guerre il n'y aurait plus lieu de les mettre en application. Pourtant, lors de la discussion de la loi de 1927, un certain nombre de faits portés à la connaissance du législateur l'ont amené à prévoir dans le texte même de l'article 9 l'hypothèse de celui qui, ayant acquis sur sa demande ou celle de ses représentants légaux la nationalité française, n'en est point resté digne. Voici alors la disposition de l'art. 9: "Perd la qualité de français, le Français qui, ayant acquis sur sa demande ou sur celle de ses représentants légaux la nationalité française, est déclaré déchu de cette nationalité par jugement".

Dans quels cas cette déchéance peut-elle être prononcée ? Elle est prononcée dans les trois cas visés par l'art. 9, 5°, auquel je vais arriver. Mais tout d'abord, arrêtons-nous sur le premier point. Quelles sont les personnes contre qui la déchéance peut être prononcée ? La loi dit: "Le Français qui, ayant acquis sur sa demande ou celle de ses représentants légaux la nationalité française". Le cas de déchéance de naturalisation, c'est le cas plus général et l'expression est restée consacrée depuis les lois de 1915 et de 1917. Mais ce n'est pas le seul cas. Ce ne sont pas seulement ceux qui ont été naturalisés qui peuvent se voir déchus de la nationalité française, ce sont ceux qui sur leur demande ont acquis la nationalité française. C'est ainsi le cas de la femme étrangère, épousant un Français, et qui devient française sur sa demande. A la rigueur des textes, elle peut être considérée non comme naturalisée, mais comme acquérant la nationalité française par le bienfait de la loi. Elle peut aux termes de la loi, art. 9, 5°, rentrer dans la catégorie de ceux qui sur leur demande ou sur la demande de représentants légaux, ont acquis la nationalité française. De même, le cas des réintégrés, où l'on discute, s'il y a ou non naturalisation, doit théoriquement se distinguer des naturalisés. Par conséquent, c'est la déchéance de la nationalité à proprement parler, et non pas la déchéance de la naturalisation, dont il est question dans l'art. 5°.

Personnes auxquelles peut s'appliquer le cas de déchéance en dehors des naturalisés.

Quelles sont les causes pour lesquelles cette déchéance peut être prononcée ? La loi en énumère trois et les formules doivent être lues attentivement, car précisément l'une d'entre elles a fait naître un pro-

Source : BIU Cujas

cès important.

Les 3 causes de déchéance

Elle peut être encourue : 1°) pour avoir accompli des actes contraires à la sûreté intérieure et extérieure de l'Etat français ; 2°) pour s'être livré au profit d'un pays étranger à des actes incompatibles avec la qualité de citoyen français et contraires aux intérêts de la France ; 3°) pour s'être soustrait aux obligations résultant pour lui des lois de recrutement. Jusqu'à une époque récente, c'était surtout letroisième cas, la tentative d'éluder le service militaire, qui avait amené le retrait de la nationalité française. Un cas vient de se présenter tout récemment devant la cour d'appel de Douai et devant la Cour de Cassation, et qui a motivé sur ce point un premier arrêt du 7 Décembre 1932.D.H. 13 Avril 1933, p. 217. Il y a eu 2 arrêts ; je reviendrai sur le second; c'est du premier qu'il s'agit ici . L'espèce a fait grand bruit dans les régions minières,car l'individu a qui l'on a infligé la déchéance de la nationalité française dans les décisions de justice, que je vais indiquer, est le secrétaire du syndicat unitaire des mineurs, Olszanski. Un certain nombre d'articles de presse très véhéments appelaient le concours des trois millions d'ouvriers étrangers en France, en vue de lutter contre les formes de police de l'Etat français et contre ces articles mêmes de la loi de 1927 qui étaient incriminés. Le ministère de la Justice, il y a plus d'une année, avait introduit contre Olszanski une demande de déchéance de la nationalité française à l'effet évidemment, une fois que la déchéance aurait été prononcée, de faire jouer le cas échéant le droit d'expulsion qui n'existe pas à l'égard d'un Français. Or, les faits invoqués dans l'affaire étaient précisément des infractuons de presse, qui peut-être ne tombaient pas sous le coup de la loi sur la presse; la question qui se posait était celle de savoir si dans la formule "la déchéance peut être encourue pour avoir accompli des actes contraires à la sûreté intérieure ou extérieure de l'Etat français", il fallait nécessairement que le cas visé tombât sous le coup d'une qualification donnée par la loi pénale, et notamment la loi sur la presse, ou si au contraire, il suffisait que le cas en lui-même, par l'appréciation du juge du fait, soit réputé suffisamment grave pour engendrer la déchéance. C'est pour la seconde interprétation que s'était prononcée la Cour d'Appel de Douai, le 7 Décembre 1932 (Cour de Cassation 7 Mars 1933). La Cour de Douai par conséquent le 7 Décembre 1932 avait retenur les faits à la charge d'Olszanski et avait estimé que, sans qu'il y ait lieu de regarder si on devait faire intervenir la loi pénale, ils étaient de nature à provoquer

Source : BIU Cujas

la déchéance. La Cour de Cassation, Chambre civile, car c'est la Chambre civile qui est compétente, le 7 Mars 1933, a confirmé cette jurisprudence. Il suffit que les faits retenus soient de nature à troubler ou à compromettre la sûreté de l'Etat, indépendamment de toute qualification donnée par la loi pénale.

En dehors de cette question, des cas où la déchéance peut être prononcée, des difficultés se sont présentées également en ce qui concerne la procédure.

Procédure de la déchéance

Pour la procédure, la loi, art. 9 et 10, a maintenu l'ancienne procédure de la loi de 1917, c'est-à-dire une procédure qui se déroule devant le tribunal civil, l'action étant intentée par le ministère public, et notamment dans les formes décrites par les art. 2 à 12 de la loi du 8 Juin 1917. Au sujet de l'affaire Olszanski encore, la question s'est posée de savoir si l'affaire devait être jugée en Chambre du Conseil ou au contraire publiquement. La publicité, à laquelle tenait beaucoup la défense avait pour objet de faire tenir en audience publique une audience assez tumultueuse. La Cour de Douai avait dans deux arrêts des 12 et 19 Octobre 1932 établi une distinction, en statuant tout d'abord en audience publique, sur l'exception d'incompétence, et en Chambre du Conseil pour les débats au fond. La difficulté venait de ce que, tandis que la loi de 1917 contient la mention de la Chambre du Conseil, au cours de la loi de 1927, le rapporteur, et un certain nombre d'orateurs, avaient jugé utile de dire qu'à l'avenir les débats auraient lieu en séance publique, sans l'indiquer dans la loi. La Cour de Cassation, sur ce point, n'a pas encore pris parti, car son arrêt du 7 Mars 1933, à la même date que le précédent, a repoussé pour des motifs de forme, le pourvoi présenté par Olszanski, et par conséquent sur ce point le controverse subsiste encore.

Effet strictement individuel de la déchéance

Il reste une dernière observation à faire concernant cette déchéance de la nationalité française : les effets sont purement individuels. L'article 11, al. 2 de la loi de 1917, a été expressément écarté par l'art. 10, dernier alinéa, de la loi de 1927. Mais sur la portée des effets il y a eu également encore un arrêt de Justice. (Cass. 21 Mars 1933, affaire Krichel). La Cour de Cassation estime que la déchéance de la nationalité française n'a pas seulement pour objet de faire perdre la nationalité française, mais aussi de faire conserver à l'étranger sa nationalité étrangère, notamment de manière à ne pas lui permettre d'invoquer certaines dispositions de la loi de 1926 sur la propriété commerciale. (D.H. 11 Mai 1933, p. 266).

Source : BIU Cujas

En dehors des 5 cas, qui ont été indiqués concernant le texte de la loi de 1927, il est deux autres cas de perte de la nationalité, qui ne figurent pas dans le texte de la loi de 1927.

6°Possession et commerce d'exclaves.

Le 6ème cas à ajouter à la liste se rattache à la campagne contre l'esclavage, qui s'est développée dans le milieu du XIX ème siècle. Un décret du 27 avril 1848, décret de la République de 1848, avait édicté la perte de la qualité de Français pour tous ceux qui, non seulement se livraient au commerce d'esclaves, mais encore simplement possédaient des esclaves. Ce décret a été modifié par la suite par des textes tels que la loi du 11 février 1851, et la loi du 7 mai 1858. Ils étaient considérés comme toujours en vigueur sous l'empire de la loi de 1889, et comme rien n'a été dit au cours de la loi de 1927 à ce sujet, on considère aujourd'hui que les textes en question sont toujours en vigueur. Par conséquent, la possession et le commerce d'esclaves sont un cas de perte de la qualité de Français.

7° application de la convention franco-belge de 1928.

Le septième cas, le dernier, de la perte de la nationalité française, résulte d'une convention franco-belge du 12 septembre 1928. La loi du 21 août 1929, qui porte approbation, ratification et application de la convention dans son article 2, a prévu un cas de perte de la nationalité du Français, lorsque par le jeu de la convention les Français sont dispensés de service militaire. Lorsqu'ils sont dispensés du service militaire, on considère que la convention les a privés de la qualité de Français et la perte de la nationalité s'en suit.

V. - Le recouvrement de la qualité de Français

Le recouvrement de la qualité de Français est visé aux articles 11 et 12 en partie, de la loi de 1927. Cette matière était réglée antérieurement dans les articles 8 à 21 du Code civil. Elle était extrêmement compliquée. Les articles étaient très compliqués à raison notamment de ce qu'il y avait lieu de tenir compte de la distinction entre le mari et lafemme, art. 9, la femme perdant droit à la nationalité par le mariage avec un étranger. D'autre part, les effets vis-à-vis des enfants étaient très divers. Il y avait un cas spécial pour les Français prenant du service à l'étranger/ La matière était donc très compliquée et très complexe. Il fallait y ajouter des cas de réintégration spéciale. Aujourd'hui on ne peut pas dire que la matière soit complètement simplifiée; cependant la loi de 1927 l'a relativement éclaircie. L'article 8 notamment en permettant à la femme de garder sa nationa-

Source : BIU Cujas

lité a supprimé du sujet la cause principale de complication. Nous laisserons également de côté les réintégrations spéciales. Il en est une, dont nous avons déjà parlé, l'article 14 : il s'agit également des réintégrations spéciales résultant des conventions diplomatiques, notamment article 2 du 27 juillet, convention franco-belge. Il est certain que cette matière aurait pu être encore plus simplifiée. Nous verrons tout à l'heure en étudiant le droit belge qu'il aurait été infiniment plus simple et plus aisé de déclarer que celui qui a perdu la qualité de Français ne pourrait l'obtenir à nouveau que par une "renaturalisation". C'est la solution de la loi belge, et au fond c'est bien ce que fait la loi française. Par le jeu de la réintégration elle organise, sauf quelques détails, une naturalisation nouvelle de l'individu. Il aurait été infiniment plus simple d'employer la formule belge. C'est un retour à l'ancienne nationalité, mais c'est encore un renouveau de nationalité qu'on aurait pu établir par une naturalisation.

Conditions de la réintégration.

Les conditions de recouvrement de la nationalité sont précisées à l'alinéa 1 de l'article 11 de la loi de 1927. "L'individu, qui a perdu sa qualité de Français, peut la recouvrer à tout âge par décret, pourvu qu'il réside en France, et que, dans le cas de minorité, il soit dûment représenté ou autorisé dans des conditions déterminées à l'art. 3, al. 2." Dans ce premier alinéa, nous voyons énumérées les conditions du recouvrement de la qualité de Français. La loi dit: " L'individu, qui a perdu sa qualité de Français". Il faut donc avoir été personnellement Français et avoir personnellement perdu cette qualité. L'article 11 ne vise donc pas l'hypothèse d'un descendant d'ex-français du descendant d'un Français qui a perdu la qualité de Français , ce qui est, nous l'avons vu, art. 6,3°, un cas de naturalisation de faveur. Il faut avoir personnellement perdu la qualité de Français que l'on avait eu personnellement. Il faut l'avoir perdue : la loi ne dit point pour quelle cause. Par conséquent quelle que soit la cause de la perte de la nationalité de Français, même si c'est par acceptation de service militaire à l'étranger (ancien art. 21 sur ce point, avait une disposition spéciale) le recouvrement peut s'ensuivre, à tout âge, dit la loi, par conséquent aussi bien en minorité qu'en majorité.

a) avoir personnellement perdu la qualité de français.

Réintégration d'un mineur.

Le mineur peut se faire réintégrer dans la qualité de Français par l'intermédiaire de ses représentants légaux ou des autorisations, suivant les distinctions qui dominent tout l'art. 3, al. 2. Le cas du mineur qui a perdu la qualité de Français est assez rare, c'est une innovation de la loi de 1927, puisque

Source : BIU Cujas

nous l'avons vu, en principe le mineur ne perd la nationalité française que par la naturalisation. Or, on ne peut être naturalisé à l'étranger qu'en cas de majorité. Il faut donc envisager des hypothèses spéciales telles que l'art. 9.3°, la perte de la nationalité par l'effet de la loi. Le texte n'a point parlé des autres cas. Il a visé simplement le mineur.

Pour la femme, par argument de l'article I4, alinéa 2, qui vise la réintégration spéciale, on admet qu'il faut l'autorisation du mari. On discute beaucoup sur la question de la femme séparée de corps.

b)condition de résidence.

Enfin la dernière condition est une question de résidence. Il faut que celui qui réclame la réintégration réside en France. La loi parle de résidence. Ici elle ne parle pas de domicile, et la pratique de la Chancellerie s'est attachée au domicile de fait, qui en principe suffit. Telles sont les conditions dans lesquelles la qualité de Français peut être recouvrée.

Procédure de la réintégration. Décret simple.

La procédure est simple. La loi se borne à dire que le recouvrement s'opère par décret. Ici il s'agit, non pas d'un décret en conseil d'Etat, mais d'un décret simple et ce décret est à la disposition absolue du gouvernement. Le gouvernement peut l'autoriser ou le refuser ad nutum. Il a à cet égard un pouvoir discrétionnaire. On admet, comme pour la naturalisation, d'une façon générale qu'un recours au Conseil d'Etat ne pourrait être fait que pour vice de forme, et non pas pour discuter ou contester le fond. La réintégration s'opère par demande adressée au ministère de la Justice, au garde des Sceaux.

Effets individuels et effets collectifs de la réintégration.

Quant aux effets, ici encore, comme pour la naturalisation, il faut distinguer les effets individuels et les effets collectifs. Les effets individuels sont précisés dans l'article 11, alinéa 2, et l'article 12 infine. En cas de réintégration dit l'article 11, alinéa 2, le réintégré acquiert immédiatement tous les droits civils et politiques. C'est là l'essentielle différence entre la réintégration et la naturalisation et c'est peut-être pourquoi on a maintenu le recouvrement de la qualité de Français sans en refaire une renaturalisation, comme en Belgique. Le réintégré reprend entièrement sa qualité de Français, telle qu'elle existait autrefois avec les droits politiques, les droits civils, les droits électifs.

Différence avec la naturalisation au point de vue des droits politiques.

C'est une véritable restitution, comme le précise bien la circulaire du 14 août 1927 (p.30), c'est une restitutio in integrum, c'est-à-dire une réintégration dans tous les droits. Les effets militaires sont précisés par l'art. I3 de la loi du recrutement du 3I Mars 1928.

L'art. I2 in fine précise en ce qui concerne les

Source : BIU Cujas

Absence de rétroactivité.

effets individuels et collectifs qu'ils n'entraînent aucune rétroactivité, et les "individus qui acquièrent la qualité de Français, etc... ou qui la recouvrent, par l'art. II, ne peuvent s'en prévaloir pour les droits ouverts à cette époque". C'est d'ailleurs un principe général. Nous l'avons retrouvé pour les art. 3 et 4. Tels sont les effets individuels.

Les effets collectifs sont infiniment plus complexe. Les articles 11, alinéa 3 et 4, et I2 les précisent. Il faut faire intervenir ici une discrimination, une catégorisation parmi les enfants. Les principes - je ne fais qu'indiquer les principes -, c'est que la femme et les enfants majeurs peuvent bénéficier de la réintégration sur leur demande. Il faut qu'ils le demandent." Ils peuvent devenir Français sur leur demande", al. 3. La qualité de Français peut être accordée à la femme et aux enfants majeurs, s'ils en font la demande". Mais dans ce cas, on discute le point de savoir si il n'y aurait pas ici une véritable naturalisation, car la femme et les enfants majeurs, n'ayant pas été français, on ne peut pas parler d'un recouvrement de la qualité de Français chez eux; un certain nombre d'auteurs, et la Chancellerie dans sa circulaire, considèrent qu'il y a une véritable naturalisation dans cette espèce. Ils n'ont donc qu'à faire la demande, et ils deviennent Français Les enfants légitimes mineurs et non mariés, al. 3 lorsque c'est le père qui est réintégré, deviennent Français, et ils le deviennent ipso jure. Ils n'ont pas à faire la demande. Ils le deviennent définitivement, sans même jouir de la faculté de répudiation que leur ouvrait l'ancien art. I8 du code civil. Pour le cas où il s'agit de la mère réintégrée, pour le cas des enfants naturels, pour le cas des enfants mineurs non mariés, on verra les détails dans la loi. Il y a d'ailleurs des solutions correspondantes à celles de l'art. 7. Ici encore il ne peut s'agir que d'une acquisition sans aucun effet rétroactif. La loi joue ex nunc, dès l'instant où le bénéfice de la réintégration du père ou de la mère est établi, art. I2, in fine.

Distinction au point de vue des effets de la réintégration entre la femme et les enfants majeurs d'une part et les enfants mineurs de l'autre.

J'ai ainsi terminé le commentaire de la loi de I927. Je précise relativement à cette loi pour terminer par deux observations.

Projet modifiant la loi de I927.

Tout d'abord, il y a un certain nombre de questions très débattues, un certain nombre de lacunes dans la loi, un certain nombre de matières, sur lesquelles le Parlement lui-même, au Sénat notamment, a manifesté le désir de voir promptement aboutir une réforme. Un projet de loi, à l'heure actuelle élaboré au ministère de la Justice, dans quelques

Source : BIU Cujas

semaines, peut-être dans quelques jours sera déposé devant le Sénat : c'est le projet modificatif de la loi de 1927. Il faudra donc faire attention par la suite à l'apparition de ce projet.

La preuve de la nationalité. Difficulté pratique qu'elle présente.

D'autre part, il est une question dont la loi de 1927 ne s'est point occupée, et qui en pratique présente une très grande importance : c'est la question de la preuve de la nationalité. A la différence de la loi belge, la loi française n'a pas organisé la preuve de la nationalité. C'est une question d'état, qui est de la compétence des tribunaux civils, qui doit se régler conformément au droit commun. Tous les modes de preuve sont en principe admissibles, et c'est pourquoi le législateur n'a pas cru devoir la réglementer. Cependant la matière est infiniment complexe. Si l'on veut bien considérer que le cas le plus important de nationalité d'origine, c'est le jus sanguinis, et qu'alors pour prouver la nationalité de l'individu par le jus sanguinis il faut prouver la nationalité française du père, celle du père se prouvant par celle du père du père, et ainsi de suite à l'infini, on se trouve en présence d'une difficulté de preuve analogue à celle de la preuve de la propriété, celle qui en réalité ne peut être faite théoriquement qu'en prouvant la propriété successive de tous les propriétaires d'un immeuble. C'est la fameuse probatio diabolica, dont parlaient les commentateurs. De même que dans le droit de la propriété: un élément juridique survient pour permettre cette preuve : c'est l'élément de la prescription. Grâce à la prescription, la plupart du temps la preuve de la propriété est simplifiée. Il y a quelque chose d'analogue en matière de nationalité, et c'est la seconde observation que je veux faire sur ce point. C'est pratiquement le meilleur moyen de prouver la nationalité : on fait appel à la double naissance. Dès l'instant où dans un cas particulier on peut prouver la naissance sur le sol français de l'individu considéré et d'un de ses parents, la nationalité française s'en suit, et par conséquent la preuve est admise. C'est là d'ailleurs la meilleure manière de prouver pratiquement la nationalité, et c'est peut-être une des raisons pour lesquelles la preuve de la nationalité n'a pas donné lieu à de trop grandes difficultés dans la pratique.

Rôle de la double naissance en France comme preuve de la nationalité.

Cependant on peut considérer qu'il serait très désirable d'organiser des modes de preuve de ce genre La pratique de la Chancellerie a inauguré un système de consultation. Pour savoir la nationalité d'un individu, on peut s'adresser à la Chancellerie, au ministère de la Justice, au service des naturalisations,

Source : BIU Cujas

qui délivre une consultation. D'autre part, on peut concevoir un Conseil judiciaire (cf. M. Ancel, Revue de D.I.P. : des modes de constatation judiciaire de la nationalité. En ce qui concerne la preuve de la nationalité étrangère, Cf. Cass. Req. 2 mai 1930, S/1931 I. p. 97, note Niboyet).

J'en arrive maintenant à une vue très sommaire du droit étranger, puis à l'étude des conflits de lois, notamment les conflits de nationalité, et enfin pour terminer aux conventions entre Etats.

Aperçu général sur le Droit étranger.

Cet aperçu peut être étudié de deux manières, soit en synthèse, soit analytiquement, analytiquement par pays, en synthèse en prenant chaque question et en regardant dans chaque question l'élément de diversité ou de ressemblance fourni par les diverses législations. La base des travaux de ce genre se trouve aujourd'hui dans trois publications, d'une part le tome IX paru en 1931 du Répertoire de Droit International, p. 510 jusqu'à la fin du volume, avec table analytique, qui embrasse la nationalité dans tous les pays; 73 pays sont étudiés et la table des matières renvoie aux diverses questions. C'est là pour le chercheur et pour le praticien une source de renseignements extrêmement précieuse. En second lieu, en 1931 également a paru un livre intitulé : " Traité général de la nationalité dans les cinq parties du monde". En réalité ce Traité vise surtout dans sa partie synthétique le statut de la femme mariée, la naturalisation et la perte de la nationalité. Il a été écrit par M. Bourbousson, Docteur en Droit. Ce qui rend cet ouvrage précieux, c'est qu'il contient les textes. Il renferme en annexe tous les textes des différents pays à l'époque de 1931 relativement aux questions qui sont étudiées. Enfin, dans l'ordre de la synthèse, l'étude collective établie en collaboration par les étudiants de l'Institut de Droit comparé, parue il y a une semaine au Sirey sous le titre " La nationalité dans la science sociale et le droit contemporain" dans sa deuxième partie présente une synthèse générale. Pour les questions de la nationalité d'origine, du changement de nationalité, de la perte de la nationalité, de la réintégration, des conflits et de la pratique, c'est donc dans ces trois éléments de recherche tout récents, puisqu'ils ne remontent pas à plus de deux ans, que l'on peut retrouver les détails de la matière.

Je me bornerai, comme je l'ai fait précédemment, à signaler au passage les particularités, notamment

Source : BIU Cujas

les différences, que manifestent, comparativement avec le droit français, les trois droits qui sont pris comme types, le droit belge, le droit allemand et le droit anglais, parce que chacun de ces droits manifeste dans la matière une physionomie spéciale.

Le droit belge, c'est le prolongement de l'esprit du code de Napoléon et conservé avec beaucoup plus de rigueur qu'on ne l'avait fait en France. Le droit allemand, jusqu'à présent, était le prolongement de l'esprit du droit romain. Le droit anglais, au contraire, c'est le prolongement de l'esprit féodal. Nous verrons à l'époque contemporaine quelles sont les conséquent assez curieuses engendrées par ces survivances et ces prolongements de tradition.

Le droit belge.

La législation belge. Le Code civil.

Le droit de la Belgique, dont l'étude peut être faite notamment d'une manière plus approfondie en lisant les chapitres qui s'y réfèrent dans le Manuel de D.I.P. belge du ministre actuel, M. Le Vicomte Poullet, puise sa base dans le code de Napoléon, et ce sont les textes du code, qui comme en France pendant très longtemps ont contenu le droit de la Belgique sur la nationalité. La constitution belge de 1831, art. 4, renvoyait en effet au code de Napoléon, à la loi civile, pour tout ce qui était de la nationalité d'origine, et dans son art. 5 précisait que pour la naturalisation - ce qui n'était pas traité dans le code de Napoléon - la naturalisation est accordée directement par le pouvoir législatif. C'est le Parlement belge, qui de par la constitution de 1831 accorde la naturalisation. La loi ajoutait que la grande naturalisation seule assimile l'étranger aux belges pour l'exercice des droits politiques. Mais comme en France, et sous l'empire de préoccupations assez voisines, le texte du code de Napoléon s'est trouvé écarté, et écarté bien que son esprit se soit maintenu plus rigoureusement dans la loi belge. Nous trouvons en Belgique des lois correspondant à celles de 1889 et de 1927. La loi du 8 Juin 1909 sur l'acquisition et la perte de la nationalité correspond à notre loi de 1889. On constate une légère tendance à l'extension du jus soli, mais très légère, et bien moindre que dans notre loi de 1889. Finalement les tendances restrictives après la guerre, que l'on rencontrait dans les projets français, ont pris corps en Belgique dans la loi du 15 mai 1922, complétée par la loi du 4 août 1926. (cf. Bourbousson et Annuaire de Législation étrangère, 1926, p. 370 et ss;)

la loi de 1909

Lois de 1922 et de 1926.

Je me borne à signaler quelques points de compa-

Source : BIU Cujas

I-Nationalité d'origine. Importance du jus sanguinis.

raison. D'abord, en ce qui concerne la nationalité d'origine, la matière est infiniment plus simple en Belgique qu'en France, parce que les Belges en sont restés beaucoup plus strictement au jus sanguinis, et ont admis beaucoup plus restrictivement le jus soli. Ils sont donc restés beaucoup plus près de la tradition recueillie par le code civil. C'est ainsi que seule la nationalité du père est prise en considération. C'est la seule condition nécessaire et suffisante. La nationalité de la mère n'est directement prise en considération que pour l'enfant naturel. Pour l'enfant légitime, c'est la nationalité du père qui est prise en considération, art. 1er de la loi de 1922. D'autre part, en ce qui concerne le jus soli, on admet bien en Belgique que l'enfant né de parents inconnus ou l'enfant trouvé à la nationalité belge, mais chose curieuse, on ne l'impute pas au jus soli. On l'impute au jus sanguinis, en ce sens que l'on présume que l'enfant est enfant d'un belge. Ce n'est donc pas pour la même raison que dans le droit français. C'est le jus sanguinis, que les auteurs belges invoquent - c'est ce qui a été dit par le rapporteur au Sénat en Belgique, m. Le Professeur Vautier - le jus soli dans la combinaison de la double naissance - nous savons ce que veut dire cette expression - n'est pas admis en Belgique. La loi de 1922 a écarté l'hypothèse admise dans la loi de 1909. La double naissance n'est donc pas à considérer.

Acquisition de la nationalité par option agrée.

L'attache au sol par domicile ou résidence habituelle, disent les Belges, jointe à une naissance en Belgique, ce qui est la seconde hypothèse du jus soli, que nous avons étudiée en France, confère une option : c'est le système de l'acquisition par option agrée. (Loi de 1922). Mais cette option, qui ressemble dans une certaine mesure aux partis que peut prendre l'intéressé d'après la loi française, est assez différente. C'est une option qui se prolonge jusqu'à 22 ans et qui n'engendre pas de distinction, comme nos articles 3 et 4 de la loi de 1927, et enfin qui s'appuie sur une procédure judiciaire et non pas sur une procédure administrative comme en France (la loi de 1922, art. 10 : procédure judiciaire, déclaration d'option faite au Parquet du Tribunal de 1ère Instance, discussion à la barre possible, avec faculté d'appel, ce qui donne de grandes garanties à l'intéressé, par comparaison à notre procédure administrative qui ne permet pas à l'intéressé de discuter notamment les questions d'indignité).

Il y a encore une catégorie d'hypothèses que nous ne connaissons pas : c'est l'attribution de la nationalité belge aux enfants d'ex-belges, que nous

Source : BIU Cujas

avons fait disparaître et qui se rattachait au code civil.

3-Attribution de la naturalisation par le pouvoir législatif.

La naturalisation en Belgique repose sur une attribution par le pouvoir législatif. Quelle que soit la naturalisation dont il s'agisse, soit la grande naturalisation, celle qui confère les droits politiques, soit la naturalisation ordinaire, qui ne les confère pas, elle doit être accordée par une procédure législative, par une demande au Parlement, et par l'octroi par le Parlement de la naturalisation. La différence entre les deux, c'est que la grande naturalisation exige l'âge de 25 ans, une résidence habituelle en Belgique depuis 10 années au moins, tandis que la naturalisation ordinaire, art. I3, n'exige que l'âge de 22 ans, et un séjour de 5 années seulement. La grande naturalisation peut être accordée sans autre condition pour service éminent rendu à l'Etat ou à la collectivité. Telles sont les différences entre la naturalisation française et la naturalisation belge. L'instruction préalable à l'introduction devant le Parlement du projet de loi est confiée à l'autorité judiciaire, art. I6 de la loi.

3-Possibilité pour la femme mariée de conserver sa nationalité.

Le troisième élément de différence entre le droit belge et le droit français : l'influence du mariage. En Belgique, avant la France, la loi de I922, modifiée par la loi de I926, avait introduit une différence avec les principes du code civil, à savoir que dans une certaine mesure la femme belge pouvait conserver sa nationalité. Mais la législation belge n'a pas été aussi loin que le droit français avec la loi de I927, car la règle est la suivante ; le principe est inverse du principe français, la femme belge, qui épouse un étranger, suit la condition de son mari en principe, et la femme étrangère, qui épouse un Belge, en principe suit la condition de son mari et devient belge, sauf l'exception de la déclaration. La femme belge peut déclarer vouloir rester belge; la femme étrangère peut déclarer vouloir rester étrangère, et sur ce point la loi belge prévoit une déclaration à cet effet dans les 6 mois du mariage. Donc, si la femme n'a pas fait de déclaratinn dans les 6 mois, elle a la nationalité de son mari. Au contraire si elle veut conserver son ancienne nationalité, elle est obligée de faire dans les 6 mois une déclaration à l'officier de l'Etat civil. Voilà la différence essentielle entre les deux systèmes sur ce point.

Perte de la nationalité belge; absence de toute idée pénale ou d'incompati-

La perte de la qualité de belge est réglementée par une énumération très courte dans l'art. I8 de la loi qui pose les principes généraux. La loi belge d'une manière générale a répudié toutes les idées pénales, toutes les idées de l'allégeance perpétuelle,

Source : BIU Cujas

bilité de devoirs.

et n'a pas adopté les principes de l'incompatibilité des devoirs, et ceci pour une raison très simple : pendant fort longtemps, et encore maintenant, mais surtout avant la guerre à raison de la neutralité des Belges, des fonctionnaires belges étaient requis dans les pays où l'on avait une difficulté d'ordre international; par exemple dans les pays qui faisaient l'objet de revendication en Extrême Orient ou dans les colonies d'Afrique ou d'Amérique. Si bien que les fonctionnaires de l'ordre civil ou mêmes les fonctionnaires de l'ordre militaire de nationalité belge étaient souvent requis à l'étranger. C'est la raison pour laquelle les Belges n'ont pas adopté le principe de l'incompatibilité des devoirs et ont admis que le Belge, qui prenait ainsi des fonctions à l'étranger, à raison de la neutralité diplomatique, dont jouit la Belgique, conserverait le droit de la nationalité belge. Mais d'autre part, les circonstances de la guerre ont amené la Belgique à prononcer, comme en France, la déchéance de la qualité de Belge en cas d'atteinte au loyalisme, et les lois de 1922 et de 1926 avaient recueilli la déchéance de la qualité de belge : Ces lois ne sont plus en vigueur à l'heure actuelle en Belgique. Elles ont été conservées à titre transitoire pendant 3 années, mais elles ne figurent plus dans les livres de droit belge.

La renaturalisation en cas de recouvrement de la nationalité.

En ce qui concerne le recouvrement de la qualité de belge, les Belges se sont attachés à un caractère pratique. Le Belge, qui a perdu la qualité de Belge, doit se faire renaturaliser - c'est l'expression belge - et sans aucune faveur il doit solliciter une naturalisation, comme un étranger ordinaire.

Organisation d'une preuve de la nationalité.

Enfin en ce qui concerne le mode de preuve de la nationalité, ici encore les Belges ont fait oeuvre très pratique. L'art. 23, est un modèle, auquel une modification de notre loi de 1927 pourrait s'adresser pour réglementer cette matière d'une manière satisfaisante. Voilà les points de comparaison, auxquels on peut s'attacher, lorsqu'on étudie grosso modo le droit belge, mais une étude approfondie en serait très intéressante.

Le droit allemand.

L'influence du jus soli. Les lois de 1870 et de 1913.

Le droit allemand est pour l'instant du moins, et peut-être pour très longtemps, le prolongement de l'esprit du droit romain. En effet, le droit allemand était attaché jusqu'à présent, d'une manière presque exclusive, au système du jus sanguinis. Des lois fondamentales règlent la matière. L'ancienne loi du 1er juin 1870 (Annuaire de législation étrangère 1872 p.

Source : BIU Cujas

I83) et surtout la loi du 22 Juillet I9I3 (annuaire de législation étrangère, I9I4, pp. I63 et ss.) annotée par Weiss, sont célèbres. La loi de I9I3 a été illustrée par une disposition de l'article 25, al. 2; elle est connue sous le nom du ministre d'Etat qui l'avait votée, c'est la loi Delbrück. La difficulté que l'on rencontre, lorsqu'on étudie la matière de la nationalité dans le droit allemand, tient à ce que jusqu'à présent tout au moins l'Allemagne, était un Etat reposant sur le principe fédéral et non pas sur le principe unitaire. D'où il suit qu'il y avait à distinguer la nationalité d'Etat ou la nationalité d'Empire. La nationalité d'Empire était celle que l'on avait relativement à tous les Etats, la nationalité d'Etat était celle que l'on avait seulement dans certains Etats membres de la confédération. Ces distinctions ont amené une très grande complexité jusqu'à présent. J'indique simplement 4 particularités du droit allemand jusqu'à ces dernières années.

Nationalité d'Empire et nationalité d'Etat.

Prédominance de la nationalité d'origine.

Tout d'abord la prédominance presque exclusive de la nationalité d'origine. Le droit allemand encore a conservé le double principe du droit romain, que pour l'enfant légitime, c'est la nationalité du père qui l'emporte, pour l'enfant naturel, c'est la nationalité de la mère. Antérieurement, la naissance sur le sol germanique n'engendrait que exceptionnellement, la nationalité allemande. Cette règle jouait pour l'enfant trouvé, et ici encore comme en Belgique on faisait jouer une présomption de jus sanguinis. Autrement la naissance sur le sol allemand n'engendrait qu'un cas de naturalisation de faveur. (Art. 9 de la loi de I9I3). Par conséquent prédominance absolue du jus sanguinis.

Complexité de la naturalisation.

La naturalisation-étant donné qu'il y avait lieu de distinguer la nationalité d'Empire et la nationalité d'Etat - offre une très grande complexité, qui sera certainement abolie par la suite. Elle naissait du fait de la distinction entre les divers Etats et la nationalité d'Empire. C'est une complication pour la naturalisation, dans laquelle il n'y a pas lieu d'entrer maintenant.

Influence du mariage sur la nationalité.

L'influence du mariage sur la nationalité se traduisait par un principe négatif absolu (art. 3,4,6 et 17, 6° de la loi) principe absolu du changement. La femme qui épouse un allemand devient allemande, et réciproquement, aux yeux de la loi allemande, la femme allemande, qui épouse un étranger, perd la nationalité allemande. En sa faveur on ne peut faire jouer qu'accidentellement l'art 25, al. 2 de la loi, auquel je vous renvoie.

Enfin la perte de la nationalité allemande avait

Source : BIU Cujas

Perte de la nationalité; la loi Delbrück.

été très longtemps réglementée d'une façon particulière en Allemagne, à raison de ce que l'Allemagne était pays d'émigration. On connaissait la perte par un séjour de IO années à l'étranger, mais on ne connaissait pas beaucoup d'autres causes de perte de la nationalité, et même - et c'est pourquoi la loi Delbrück est devenue célèbre - une disposition de l'art. 25, al. 2 permettait à l'allemand naturalisé à l'étranger de conserver sa nationalité allemande, c'est la disposition de l'art. 25, al. 2 " Conserve la nationalité, celui qui avait d'acquérir la nationalité étrangère obtient sur sa demande l'autorisation écrite de l'autorité compétente de son pays d'origine de conserver sa nationalité d'Etat". C'est là une des sources de double nationalité, dont nous aurons à parler à propos des conflits de nationalité. Cette disposition célèbre a engendré par la suite en Belgique, en France et dans d'autres pays les lois sur la déchéance de la nationalité, lorsqu'on s'est aperçu d'un cas de double nationalité de ce genre.

Le droit anglais.

Le droit anglais a fait l'objet d'une étude particulière dans une thèse de Doctorat très complète de la Faculté de Paris en I926, " La nationalité des personnes dans l'Empire Britannique". de Kiefé. L'existence de cette thèse me permettra simplement de vous indiquer quelques principes généfaux et quelques points de comparaison intéressants avec le droit français.

Lois de I9I4 et de I922.

La source actuelle du droit anglais, ce sont les deux lois de I9I4 et de I922, les nationality laws du 7 août I9I4 et du 4 août I922 (Annuaire de législation étrangère de la Société de législation comparée, I9I5 p. I4 - Annuaire de I923, p. I9) Ce qu'il y a de

Persistance de l'esprit féodal. Prédominance du jus soli.

curieux et de remarquable dans le droit anglais, c'est la survivance des idées féodales. C'est ce qui se traduit, tout d'abord en ce qui concerne la nationalité d'origine, par le renversement de tout ce que nous avons étudié jusqu'à présent, par la prédominance presque exclusive du jus soli. L'enfant né sur le sol britannique est un sujet du roi d'Angleterre. C'est ce que proclame l'article 1, 1° de la loi du 4 août I922 " Toute personne née sur le sol britannique devient british subject, et notamment sous la dépendance de S.M. le roi d'Angleterre, à la condition d'être née dans les limites de la domination et de l'allégeance de S.M." Mais le fait d'être né à bord d'un navire britannique, et même dans les eaux territoriales étrangères engendre la nationalité anglaise. C'est le jus soli qui repose sur le lien d'allégeance, qui

Source : BIU Cujas

vis-à-vis du roi est d'ordre personnel, le lien entre le sujet et le suzerain, le lien d'ordre réel, entraînant une protection effective, et il est d'ordre perpétuel.

Le principe de l'allégeance perpétuelle.

Le principe de l'allégeance perpétuelle est encore proclamé par les auteurs anglais dans la formule latine : " Nemo potest exuere patriam", personne ne peu répudier sa patrie. Le jus soli par conséquent est absolu, et la commun law anglaise ne concevait d'exception que dans les cas très rares, par exemple un cas discuté au XVIIème siècle, le cas des enfants d'agents diplomatiques nés en Angleterre. Ce n'est que tout récemment dans les art. I4 et I5 de la loi de I922 pour éviter les cas de double nationalité pour les enfants nés en Angleterre, qui pouvaient se présenter du jus sanguinis, que l'on a admis la possibilité de répudier la nationalité anglaise par déclaration d'extranéité. En dernière analyse, c'est une rupture avec la tradition Britannique.

Part limitée faite au Jus sanguinis.

En conséquence du jus soli, le jus sanguinis ne devrait pas exister, Cependant, par les principes féodeux eux-même et par un raisonnement analogue à celui que nous avons vu faire dans l'ancienne France, tel notamment nous le retrouvons dans Pothier, le jus sanguinis a pu être admis. Il a été admis dans des circonstances historiques curieuses. A l'époque de la guerre de 100 ans, sous le règne d'Edouard III en I350 une peste avait ravagé l'Angleterre, et les familles qui pouvaient faire le voyage s'étaient réfugiées sur le continent en dehors des endroits où l'on se battait. Il arriva que la reine d'Angleterre ayant fait la traversée mit au monde un enfant en dehors du sol britannique. Graves complications : Il était de toute évidence que le fils du roi d'Angleterre ne pouvait être qu'anglais, mais quid juris de tous ceux qui se trouvaient dans le même cas ? La matière donna lieu à beaucoup de difficultés. Les regulis parlamentorum disent: " Grand doute et difficulté ont été entre les grands de ce royaume et les Communes, aussi bien des gens de loi comme d'autres, et cette besogne demanda grand advisement et bonne délibération". Il résultat de l'advisement et de la délibération le statut des droit de I350 " De natis ultra mare", des enfants nés au-delà des mers, et c'est par cet accident que s'est introduit dans le droit anglais la tradition du jus sanguinis, mais pendant très longtemps cependant il y eut de très nombreux statuts, la loi de I730 notamment. On a exigé 3 générations d'Anglais pour qu'un enfant puisse réclamer la nationalité anglaise en vertu du jus sanguinis. Pour faire admettre cette solution il n'a pa fallu moins du raisonnement que l'on a rencontré dans

Source : BIU Cujas

les anciens auteurs français et dans Pothier sur la perpétuité de l'allégeance. Sur le principe de l'allégeance perpétuelle dans notre ancien droit français s'est introduit le jus sanguinis à côté du principe féodal du jus soli. C'est par le même raisonnement que l'on a introduit le jus sanguinis en Angleterre, mais il s'est trouvé restreint, et en 1922 la tradition reprenant encore ses droits on a limité seulement à une génération la possibilité d'engendre le jus sanguinis. Ce n'est simplement que le fils d'un anglais né à l'étranger qui peut se réclamer de la nationalité anglaise. A la deuxième génération il faut avoir été enregistré dans l'année de sa naissance au consulat britannique, et encore n'a-t-on qu'une nationalité précaire, sous condition suspensive, et il faut dans l'année qui suit les 2I ans que celui qui veut devenir anglais affirme et confirme sa nationalité anglaise par une déclaration de prétention à la nationalité britannique, et par une déclaration de répudiation de toute autre nationalité. Il faut faire la déclaration d'extranéité, si le droit étranger le permet.

Voilà la première particularité, que nous rencontrons dans le droit anglais.

Il convient maintenant de préciser quelques point intéressants pour la comparaison : d'abord la naturalisation, ensuite l'influence du mariage, et en dernier lieu la perte de la qualité de sujet britannique.

La naturalisation. Hostilité primitive du droit anglais pour la naturalisation avant la naturalisation par certificat de la loi de 1914.

En ce qui concerne la naturalisation, elle est admise en Angleterre et elle est réglementée par la loi sur la nationalité de 1914, art. 2 à 8. Elle s'opère normalement aujourd'hui par un certificat délivré par un Secrétaire d'Etat. Mais cette institution a passé par une évolution curieuse, qui a encore laissé des traces dans les institutions contemporaines. La common law d'Angleterre, la coutume d'Angleterre, était hostile à la naturalisation pour une raison de principe d'ordre féodal. On considérait que le roi d'Angleterre n'avait pas qualité pour délier de son lien d'allégeance un sujet lié à un autre souverain. L'allégeance étant perpétuelle, le roi d'Angleterre ne pouvait admettre qu'un sujet rompe son allégeance vis à vis d'un autre suzerain pour venir se placer sous la sienne.

La pratique de la denization

Néanmoins, deux moyens ont été donnés au cours de l'histoire pour atténuer ce principe assez sévère. La

Source : BIU Cujas

première institution, c'est la denization, nom dont l'étymologie est assez discutable. Suivant les uns en Angleterre ce serait dans le mot "donatio" qu'il faudrait aller rechercher l'origine de ce mot. C'est une sorte de naturalisation conférée ax donatione regis, d'où donation, d'où denization. D'autres, au contraire, font provenir ce mot curieux d'une étymologie archaïque tirée du vieux français : "Deins", de intus, qui veut dire dans, à l'intérieur de . Denization : ce serait donner à une personne née de l'extérieur le statut d'une personne née à l'intérieur (intus); ce serait comme si elle était née à l'intérieur du pays. Cette institution ne conférait pas la qualité de sujet britannique, mais donnait à l'étranger qui bénéficiait de la denization un certain nombre de droits civils, que n'avait pas l'étranger ordinaire et notamment, celui de pouvoir posséder une tenure anglaise, une tenure féodale, c'est-à-dire en pratique de la terre, de pouvoir être tenancier de la terre. C'est cette institution très curieuse, qui a donné lieu à beaucoup d'études et d'où est sortie notre institution, recueillie dans l'article 13 du code civil, de l'autorisation à domicile, du domicile autorisé conférant à l'étranger une situation intermédiaire entre l'étranger ordinaire et le naturalisé. Cette institution comparée d'ailleurs à notre institution de l'article 13 a donné lieu à des difficultés en justice, notamment dans une affaire bien connue, l'affaire Bourgoise, 1888. (Arrêt anglais, cité en note dans le Dalloz 1888, 2. p. 81 et commenté, 11 janvier 1888. La denization est tombée en désuétude. On n'en connaît pas de cas d'application dans les temps actuels. Néanmoins, elle s'est maintenue par la tradition. Pendant un certain temps, lors de l'avènement de la dynastie d'Orange, on a restreint l'octroi de la denization par crainte que la souveraine appartienne à une nationalité autre que la nationalité britannique, n'ait tendance à conférer la denization à un certain nombre de ses anciens compatriotes. Aussi un acte de 1700 avait-il restreint la possibilité de la denization. Depuis lors elle s'est maintenue. L'article 25 de la loi de 1914 la maintient encore, tant les anglais ont de répugnance à rompre avec leurs anciennes institutions.

Source : BIU Cujas

La naturelisation accordée à titre individuel par acte du parlement

D'autre part, avant l'octroi de la naturalisation par certificat, l'Angleterre connaissait encore la naturalisation accordée à titre individuel par acte législatif, par loi du Parlement. Cette naturalisation était octroyée avec effet rétroactif, et dans des conditions extrêmement sévères et rares lorsqu'il s'agissait par exemple de naturaliser un prince étranger épousant une princesse anglaise, ou encore lorsqu'il s'est agi du prince Albert épousant la reine Victoria en 1840. Mais ce ne sont là que des cas exceptionnels, que l'on trouve cependant dans la coutume d'Angleterre et qu'on conserve par la tradition.

Particularités de la naturalisation; serment d'allégeance; retrait de naturalisation

Des particularités curieuses se rencontrent encore dans la naturalisation anglaise - j'en cite plusieurs - d'abord l'obligation de prêter le serment d'allégeance. Lorsqu'on est naturalisé, on doit prêter serment d'allégeance au roi. On lui doit "entière fidélité", et sincère allégeance, envers lui et ses successeurs, conformément au droit". La formule figure dans la deuxième annexe de la loi de 1914. La formule du serment d'allégeance établit ainsi un véritable serment féodal .

D'autre part, une fois la naturalisation accordée, elle confère tous les droits politiques. Il n'y a pas de différence entre la grande et la petite naturalisation. La naturalisation confère tous les droits. Enfin, le retrait de la naturalisation est possible pendant un certain temps. Il n'était possible que lorsque la naturalisation avait été obtenue sur fausse déclaration ou par fraude, et de puis la guerre l'Angleterre a adopté également une procédure de retrait des naturalisation analogue au retrait de naturalisation adopté en France et en Belgique.

Effet du mariage sur la nationalité. Evolution inverse à celle législations continentales.

Une autre particularité curieuse est celle de l'évolution qu'a suivie le droit anglais en ce qui concerne les effets du mariage sur la nationalité. Cette évolution absolument inverse à celle du continent, et pour des raisons d'ailleurs féodales, est assez curieuse.

L'article 10 de la loi de 1914 fixe le droit actuel, pose le principe du changement de nationalité. En principe le mariage transfert à la femme la nationalité du mari. La femme étrangère, qui épouse un sujet britannique devient sujet britannique. La femme de Grande-Bretagne qui épouse un étranger cesse d'être

Source : BIU Cujas

sujet britannique. C'est exactement le contraire de ce qui se passe sur le continent, et voici pourquoi l'évolution a été en sens contraire.

La common law d'Angleterre, pour des raisons féodales ne possédait jusqu'à l'avènement de la reine Victoria, que la règle actuelle du droit français, c'est-à-dire que la femme étrangère qui épouse un sujet britannique ne devenait pas sujet britannique et que la femme anglaise qui épouse un étranger ne perdait pas sa qualité d'anglaise, et ceci pour les raisons suivantes. La femme étrangère ne pouvait devenir sujet du roi d'Angleterre parce que le jus soli, en principe, conférait seul cette qualité. C'était le principe féodal. La femme anglaise ne pouvait perdre sa qualité d'anglaise puisque l'allégeance était perpétuelle. Les principes féodaux dictaient une règle de non-changement. La reine Victoria, aussitôt montée sur le trône, s'occupant de la condition des femmes d'Angleterre, fit passer la septième année de son règne, en 1844, une loi permettant de considérer la femme étrangère, qui épousait un sujet britannique comme naturalisée par le mariage. C'était en faveur des femmes anglaises que la disposition avait été prise. La loi de 1870 sur la nationalité, par réciprocité, posa le principe que la femme anglaise épousant un étranger, deviendrait étrangère et prendrait la nationalité de son mari. L'Angleterre avait suivi une évolution absolument contraire à celle que nous avons suivie en France et qu'on a suivi dans certains pays du continent.

Depuis la fin de la guerre, une grande campagne féministe pour la réforme s'est introduite en Angleterre. Un certain nombre de propositions ont été faites en 1923 et en 1930. A l'heure actuelle, la question est encore soumise au Parlement et ne paraît pas avoir abouti à rétablir l'ancienne règle de la common law, pour des raisons mettant la femme anglaise sur le même pied que la femme américaine qui conserve sa nationalité.

Admission restreinte des cas où la nationalité peut se perdre.

Enfin en ce qui concerne la perte de la qualité de sujet britannique, les Anglais ont eu beaucoup de difficultés à admettre que la qualité de sujet britannique puisse se perdre puisque l'allégeance due au souverain de Grande-Bretagne est perpétuelle. Aussi n'est-ce que pour des cas extrêmement restreints, et dans des conditions très strictes, que les articles 14 et 15 de la loi récente sur la nationalité ont admis certains

Source : BIU Cujas

cas de répudiation de la nationalité anglaise, à l'effet d'éviter les conflits de lois, auxquels nous allons arriver bientôt et l'on admet la déclaration d'extranéité.

CONFLITS DE LOIS ET CONVENTIONS ENTRE ETATS

Les conflits de lois.

Comment y -a-il en cette matière des conflits de lois ? Nous venons de faire la comparaison rapide de certains systèmes juridiques en matière de nationalité. Nous avons vu très rapidement des règles divergentes. De la comparaison, nous allons passer à la combinaison, et nous allons voir que la combinaison s'effectue d'une manière assez difficile. En effet, cette combinaison de lois sur la nationalité présente deux défauts principaux ; des doubles emplois et des lacunes.

Difficulté de combinaison entre les lois sur la nationalité.

Les doubles emplois, lorsque le cas d'un même individu se trouve visé par deux lois différentes, lesquelles tranchent ce cas de telle sorte qu'elles empiètent l'une sur l'autre et arrivent à des dispositions cumulatives ; ou alors des lacunes : il y a un hiatus dans les lois; le cas d'un individu est tel qu'il n'est visé ou atteint par aucune loi. Ce sont des défauts d'ajustement, auxquels dans la doctrine on a donné le nom de conflits de lois ou de conflits de nationalité.

Conflits positifs et conflits négatifs de nationalité

Ces conflits sont de deux sortes : les conflits positifs et les conflits négatifs. Le conflit positif est celui qui résulte du fait que la divergence des lois conduit à attribuer à un même individu plusieurs nationalités. Le conflit négatif, à l'inverse, est celui qui résulte du fait que la divergence des lois conduit à n'attribuer à un individu aucune nationalité. En d'autres termes, comme on l'a dit, il y a conflit positif quand il y a pour une même personne deux ou plusieurs nationalités d'après le droit de deux ou plusieurs pays; il y a conflit négatif, quand un individu est repoussé comme national par les lois de tous les pays auxquels il prétend se rattacher.

Avant d'indiquer les causes des conflits théoriquement et pratiquement, il faut nous arrêter sur quelques observations de terminologie, car en cette matière il y a une terminologie assez consacrée et d'ailleurs assez difficile à pénétrer.

Terminologie

En ce qui concerne le conflit positif, il engendre une situation qui porte des noms variés, suivant les auteurs, suivant les législations, suivant les conventions. "Double nationalité", dit-on quelquefois.

Source : BIU Cujas

Double nationalité ; plura-nationalité ; sujet mixte

C'est le langage de la convention de La Haye. Double nationalité : l'expression peut être critiquée, car la nationalité peut être plus que double dans des cas évidemment exceptionnels, mais cela peut se rencontrer. On a dit encore,"pluranationalité" ou "multinationalité". Une autre expression, c'est "cumul de nationalités" (employée d'une façon générale en Belgique) L'individu qui se trouve dans cette situation, pendant très longtemps, n'a pas été désigné par une expression consacrée. On tend de plus en plus aujourd'hui à adopter l'expression de la doctrine allemande et à qualifié de "sujet mixte" le sujet qui se trouve ainsi susceptible de réclamer plusieurs nationalités ou d'être réclamé par plusieurs pays différents. Telle est la terminologie qui s'attache au premier cas, au cas du conflit positif.

Heimatlos - apatridie

Le conflit négatif possède, au contraire, une terminologie infiniment plus ancienne, à raison de ce que le cas des individus qui ne peuvent être rattachés à aucun pays s'est présenté de très bonne heure dans l'Europe Centrale, notamment en Autriche et en Allemagne, qui, par conservation de la tradition du droit romain, sont attachés au jus sanguinis. La plupart du temps le conflit du jus sanguinis avec le jus soli engendre une absence de nationalité. Egalement dans la constitution de la confédération helvétique de 1848, art. 56, on avait donné aux individus, qui se trouvent dans cette situation, le nom allemand de "heimatlos", personnes qui n'ont pas de foyer national (heimat, c'est le foyer national, le pays, la patrie; heimatlos, celui qui n'a pas de foyer national). Cette expression était, à certains égards, péjorative. Heimatlos était un terme qui désignait les vagabonds, les individus qui n'avaient pas de domicile. Ce terme était entré dans le droit international avec un sens également pajoratif. Le "heimatlos" était un vagabond international. Or, l'expression pouvait, à certains égards, prise dans ce sens péjoratif, engendrer quelques injustices. Un individu qui se trouve sans patrie, sans pays auquel se rattacher, se trouve parfois dans une situation qui a été créée par des défauts législatifs, par un défaut d'ajustement dans les législations, sans qu'il y ait eu faute de ses parents, ou que ce soit de sa propre faute. Tout ceci engendra au cours du dix-neuvième siècle des discussions, si bien qu'à beaucoup d'égards on a dû se préoccuper des individus qui se trouvent dans cette situation. Sans doute on a considéré que beaucoup grâce à cette situation, avaient bénéficié d'exemption de service militaire ; mais ce sont des exceptions, qui ont été par la suite compensées par des charges fiscales et par des diminutions de droits dans la

Source : BIU Cujas

condition civile, si bien que le sens péjoratif s'est atténué et que l'on a, même en Europe centrale recherché d'autres expressions, pour désigner les individus se trouvant dans cette situation. C'est ainsi que l'on a dans la langue allemande, anglaise et italienne et française proposé ou adopté les expressions suivantes: En Allemagne, l'expression de "Staatlos" qui ne peut être rattaché à aucun Etat; en Angleterre" Statelessß; en Italie" Apolide" personne qui n'a pas de cité; en France "apatridie". L'apatridie est le cas d'une personne qui n'a pas de patrie et l'on appelle "apatride" une personne qui n'a pas de patrie. Depuis l'époque où l'on a présenté cette expression, elle a, de plus en plus gagné dans la doctrine , et elle a été adoptée par les textes de la Conférence et de la Convention de La Haye. En effet, dans notre langage français, pendant un certain temps, on retrouve encore l'expression dans les livres, on a introduit l'expression de "Heimatlos" expression allemande qui n'a pas de patrie, qui n'a pas de foyer national". Ce n'était qu'un moindre inconvénient, mais lorsqu'on a voulu indiquer la situation dans laquelle se trouvait un individu sans patrie, on a forgé le mot "Heimatlosat" ce qui est un véritable barbarisme.Cette expression est encore employée de temps en temps par les auteurs, mais elle est proprement à repousser et tend à disparaître.

Par conséquent, on dit maintenant d'une façon courante "apatridie" pour désigner le cas d'absence de nationalité résultant du conflit négatif de nationalités.

Peut-on parler de conflit de lois en matière de nationalités?

Enfin, dernière observation terminologique : on dit "conflit de nationalités" beaucoup plus que "conflit en matière de nationalités". L'expression de conflit de lois est écartée systématiquement par certains auteurs en cette matière, qui n'emploient que l'expression de conflit de nationalités, pour la raison qu'ils estiment que, dans un sujet pareil, il n'y a pas à proprement parler de conflit de lois. Les lois ne sont pas en conflit, parce que l'une l'emporte toujours sur l'autre. La nationalité est matière de droit public; c'est une matière réglée souverainement par un état déterminé, et dans chaque Etat les tribunaux n'ont pas à envisager le moindre conflit. C'est toujours la "lexfori" qui s'applique, c'est toujours la loi du juge saisi, les lois ne peuvent pas être en conflit, parce qu'il n'y a pas de conflit possible. Chacun décide de la chose, en vertu de la souveraineté qui lui appartient en matière de droit public, et voilà pourquoi l'on dit qu'il n'y a pas de conflit de lois. L'expression conflit des nationalités est donc l'expression retenue

Source : BIU Cujas

par ceux qui mettent toujours en avant l'idée de souveraineté. En ce qui me concerne, pour ma part, je ne vois pas de différence technique: ce sont des conflits de lois en matière de nationalité.

Voyons maintenant pour quelles causes il peut y avoir conflit positif ou conflit négatif.

C'est là une matière extrêmement épineuse, et si théoriquement, il est assez facile d'établir les raisons pour lesquelles des conflits positifs ou des conflits négatifs peuvent survenir, lorsque, de la théorie, on aborde la pratique, on s'aperçoit que les espèces sont extrêmement complexes, et il faut une force d'attention particulière pour comprendre et pour résoudre surtout les conflits de lois en question.

Causes théoriques des conflits de nationalité

Théoriquement tout d'abord. Comment, schématiquement, des conflits en matière de nationalité, soit positif, soit négatif, peuvent-ils survenir ?

Lorsqu'on envisage successivement la nationalité d'origine ou la nationalité d'acquisition théoriquement, schématiquement, en quelque sorte, il est facile d'apercevoir comment, deux législations réglant différemment la matière de la nationalité, il s'ensuit, soit des conflits positifs, soit des conflits négatifs.

A-En matière de nationalité d'origine, conflit entre une législation appliquant le jus soli et une appliquant le jus sanguinis.

Prenons d'abord la nationalité d'origine, et supposons deux pays, un pays A et un pays B. Le pays A attache la nationalité d'origine au jus sanguinis, le pays B attache la nationalité d'origine au jus soli. Quel est le résultat théorique et schématique. C'est très simple. Supposons un enfant de parents qui ont la nationalité du pays A, qui nait dans le pays B. L'enfant du pays A, pays du jus sanguinis nait dans le pays B, pays du jus soli. Cumul de nationalités: jure sanguinis, il appartient au pays A, jure soli il appartient au pays B, il a donc les deux nationalités. Inversement l'enfant de parents de nationalité du pays B, pays du jus soli, naissant dans le pays A, pays du jus sanguinis n'a pas de nationalité, il est apatride, car il nait dans le pays A, où il n'y a pas de jus soli, et il n'est pas né dans le pays B où il n'y a pas de jus sanguinis, mais où il y a le jus soli. Par conséquent, il n'a pas de nationalité. Transposez ceci dans les législations. Supposez par exemple un enfant français né en Angleterre ou un enfant anglais né en France, un enfant allemand né en Angleterre ou un enfant anglaisné en Allemang,e avec le jeu des lois exposé dans la précédente leçon vous aboutirez sous réserve de certains détails, notamment pour l'Angleterre, aux résultats que je viens d'indiquer.

B-Nationalité d'acquisition:

Prenons la nationalité d'acquisition d'une manière générale. Un individu se fait naturaliser dans un pays

Source : BIU Cujas

plurinationalité ou apatridie résultant du mariage ou de l'naturalisation.

tout en conservant la nationalité dans son pays d'origine - ce qui se produisait sous l'empire de la loi Delbruck. Il a deux nationalités; il y a cumul de nationalités. A l'inverse, un individu vient à perdre sa nationalité dans un pays déterminé, sans prendre la nationalité d'un autre pays, ce qui se produisait notamment très fréquemment sous l'empire de l'art. 17 3° du C.C. qui admettait la perte de la qualité de Français pour établissement et séjour prolongé à l'étranger sans esprit de retour: un français ainsi établi à l'étranger sans esprit de retour et qui ne s'était pas fait naturaliser dans le pays où il se trouvai perdait la qualité de français et comme il n'en acquiérait pas d'autre nationalité, il devient apatride.

Enfin le changement de nationalité résultant du mariage, ou plutôt les conséquences du mariage sur la nationalité engendrait et engendre encore des cas de cumul ou des cas d'apatridie, qui sont assez curieux. Une personne appartenant à un pays où la nationalité change en vertu du mariage se rend dans un pays où la nationalité ne change pas en vertu du mariage et s'y marie. Elle peut se trouver, soit dans la situation de plurinationalité , soit dans la situation d'apatridie. Je prends un exemple concret. Le grand-duché de Luxembourg a conservé le Code Napoléon, c'est-à-dire le système en vertu duquel la femme change automatiquement de nationalité en se mariant. Si elle épouse un luxembourgeois, elle devient luxembourgeoise, si elle épouse un étranger, elle perd la nationalité luxembourgeoise. Supposons dès lors un luxembourgeois et une luxembourgeoise se rendant en Amérique et s'y mariant. Le droit américain ne connait pas dans la plupart des Etats, le changement de nationalité résultant du mariage. Le Luxembourgeois épouse une américaine : aux yeux de la loi luxembourgeoise, cette femme devient luxembourgeois aux yeux de la loi des Etats-Unis, elle conserve la nationalité américaine, à l'inverse, la luxembourgeoise épouse un américain , aux yeux de la loi luxembourgeois elle perd la nationalité luxembourgeoise; aux yeux de la loi américaine, elle ne gagne pas la nationalité américaine; elle est donc dans un cas d'apatridie, vous le voyez ce sont des hypothèses complètes. On trouvera dans le Traité de D.I.P. du Professeur de l'Université de Louvain, le professeur Poulet, n° 74 et suiv. un catalogue très curieux de causes engendrant théoriquement des cas ou de cumul de nationalités ou d'apatridie. On verra également dans le répertoire de droit international, au mot Heimatlos n° 28 une liste de législations aboutissant aux résultats que je viens d'indiquer.

Espèces pratiques.

Si de la théorie, et des exemples concrets pris sur un pays A ou sur un pays B, nous passons aux décisions

Source : BIU Cujas

judiciaires, voici quelques cas qui se sont présentés dans la pratique, et qui ont donné lieu à des espèces devenues classiques.

A - Nationalité d'origine. L'affaire Carlier (plurinationalité)

D'abord, en ce qui concerne le nationalité d'origine, les deux célèbres affaires Carlier et Canavero. L'affaire Carlier cumul de nationalité, jugée à la cour de Douai le 14 Décembre 1881 (S. 1884.2.P.1.) est une affaire qui a amené entre la Belgique et la France un certain nombre de complications diplomatiques et qui a fini par aboutir à une convention en 1891, dite justement "convention Carlier", parce que c'était à l'occasion du cas Carlier que la convention avait été signée. Cette convention a d'ailleurs, nous le verrons, été remplacée depuis lors par une autre convention. L'affaire Carlier était la suivante : conflit entre le droit belge et le droit français, mais avec cette complication que le droit belge étant le code Napoléon, le droit français avant la loi de 1889, ayant conservé les principes du Code Napoléon dans le Code civil, c'était un conflit entre les droits de deux pays, lesquels cependant étaient similaires. C'était un conflit entre l'article 9 du Code Napoléon adopté par la Belgique et l'article 10 du Code Napoléon devenu le Code civil français. L'espèce était la suivante : Carlier était né en Belgique le 30 mai 1860, à Marchipont, de parents français et était domicilié en France chez ses parents. Il avait été inscrit sur la liste du recrutement pour le tirage au sort de 1880 en France ; il ne s'était pas présenté et avait été déclaré "bon" étant absent. Un peu plus tard, il annonça au préfet du Nord son intention de réclamer la qualité de belge en vertu de l'art.9 du Code Napoléon en vigueur en Belgique : "tout individu né en France d'un étranger pourra, dans l'année qui suivra l'époque de sa majorité, réclamer la qualité de français, pourvu que, dans le cas où il résiderait en France, il déclare que son intention est d'y fixer son domicile, et que, dans le cas où il résiderait en pays étranger, il fasse sa soumission de fixer en France son domicile, et qu'il l'y établisse dans l'année, à compter de l'acte de soumission". Il faut peser les mots (car le Code est en vigueur en Belgique) et alors la règle était la suivante - celle dont il se réclamait - " tout individu né en Belgique d'un étranger pourra dans l'année qui suivra sa majorité réclamer la qualité de belge", pourvu que dans le casoù il résiderait en Belgique, il déclare que son intention est d'y fixer son domicile et que dans le cas où résiderait en pays étranger, il fasse sa soumission de fixer en Belgique son domicile et qu'il l'y établisse dans l'année à compter de l'acte de soumission". C'est exactement le cas de Carlier. La question fut déférée aux tribunaux. Carlier produisit une attestation

Source : BIU Cujas

du Bourgmestre de Bruxelles, d'où il résultait que le 2 juin 1881, deux jours après sa majorité, il avait réclamé la qualité de belge et fixé son domicile en Belgique conformément à l'article 9 du code Napoléon. Le tribunal de Valenciennes et la Cour de Douai repoussèrent les prétentions de Carlier et le considérèrent comme Français, en vertu de l'article 10 du code Napoléon (devenu le code civil français) ainsi conçu : "Tout enfant né d'un Français en pays étranger est Français". Carlier était né de parents français à Marchipont (Belgique), il était Français par conséquent aux yeux de la loi française, art. 10 du code. Le tribunal français a appliqué la loi française. La Cour d'Appel l'a confirmé : "Attendu que les dispositions de la loi belge ne sont pas exécutoires en France, et que la souveraineté française serait violée, si ces dispositions pouvaient prévaloir contre le texte formel de l'article 10 du code civil; - attendu que, français suivant cet article, et n'ayant point perdu cette qualité conformément aux conditions de la loi française, l'appelant a été à bon droit déclaré Français par les juges ". Carlier avait la double nationalité; il était considéré comme Belge en Belgique , comme Français en France, et il était inscrit sur les rôles du recrutement. Il a fallu 10 années d'efforts pour aboutir à la convention du 30 juillet 1891.

Affaire Canavero (Cour d'arbitrage de La Haye)

La deuxième affaire, l'affaire Canavero, fut jugée, non pas devant un tribunal français, mais devant une juridiction international, le 3 mai 1912 (Décision de la Cour d'Arbitragd de La Haye). Revue de D.I.P. 1912, p. 331, décision rendue à la suite d'un protocole d'arbitrage signé à Lima, 25 février 1910 entre l'Italie et le Pérou). Le conflit était entre l'article 34 de la constitution du Pérou consacrant le jus soli, et l'article 4 du Code civil italien consacrant le jus sanguinis. L'espèce était la suivante : le Comte Raphaël Canavero était né au Pérou d'un père italien. A la suite de difficultés finacières, le Pérou établit un règlement de ses dettes et dans ce règlement un traitement différentiel était établi, suivant les créanciers. Un arrangement sévère était imposé aux citoyens du pays. Il en était autrement pour les créanciers étrangers. Le comte Canavero fit ressortir sa qualité d'étranger pour que l'arrangement ne lui soit pas opposable, et prétendit qu'il était de nationalité italienne. Le gouvernement du Pérou, pour éviter de payer au Comte Canavero ce qui pourrait lui être dû prétendit, qu'il était devenu de nationalité péruvienne par sa naissance sur le territoire perruvien, et de plus qu'il avait bien prouvé qu'il entendait se prévaloir de la nationalité péruvienne, puisque d'abord

Source : BIU Cujas

comme péruvien il était consul des Pays-Bas, avec l'autorisation du gouvernement péruvien à Lima, et que de plus il s'était présenté au Sénat au Pérou. Par conséquent la question était de savoir s'il était péruvien ou s'il était italien, si le jus soli ou le jus sanguinis devant l'emporter. Il y avait en tout cas cumul de nationalités. Nous allons voir la solution qui a prévalu dans la juridiction internationale et comment la question a été réglée.

B. Nationalité d'acquisition. Cumul de nationalités : affaire de Bauffremont

En ce qui concerne la nationalité d'acquisition, un exemple de cumul de nationalités se rencontre dans une affaire, dont j'ai déjà souvent parlé, l'affaire de la princesse de Bauffremont. Nous la retrouvons ici encore, car l'affaire a eu son épilogue en Belgique devant la cour d'appel de Bruxelles et la Cour de Cassation Belge. A la suite de tous les démêlés de la princesse de Bauffremont (née de Caraman-Chimay), avec son mari, une condamnation avait été prononcée contre elle et comme elle avait des biens en Belgique, pour payer les frais et les dommages-intérêts, ses biens furent poursuivis et notamment des saisies-arrêts furent pratiquées sur des meubles et des valeurs existant en Belgique. La question se posa, devant les tribunaux belges, de savoir si la naturalisation de la princesse de Bauffremont effectuée en fraude de la loi française, était valable, et par conséquent quelle était la nationalité de la princesse de Bauffremont. Or, il y avait cumul de deux nationalités. Elle avait acquis par naturalisation la qualité de sujet de l'Etat allemand de Saxe-Altenbourg ; elle avait donc une nationalité allemande. D'autre part, les tribunaux français estimaient qu'elle n'avait pas perdu la nationalité française puisqu'elle avait voulu acquérir la nationalité allemande en fraude de la loi française, et que sa naturalisation, d'après les tribunaux français, avait été jugée frauduleuse et par conséquent annulée. Il y avait donc un cumul de nationalités présenté à la barre des tribunaux belges.

Les Belges ayant à dire si la princesse de Bauffremont était restée française ou si elle était devenue de nationalité allemande, (Cour de Bruxelles 5 août 1880 D. 1882.2.P.81 et arrêt de la Cour de Cassation belge 19 janvier 1882),il fut décidé que la princesse de Bauffremont avait conservé la nationalité de française. Voilà des cas d'espèce très pratiques engendrant le cumul de nationalités.

Cas d'apatridie

Voici maintenant un cas d'apatridie. Cassation, Chambre des requêtes, 15 mars 1922. C'est une affaire de sequestre de biens étrangers (S. 1922.1.p.105). Il s'agissait d'un sujet d'origine allemande établi à Bordeaux, marié en 1886 à une française et ayant trois enfants

Source : BIU Cujas

Ayant perdu la nationalité allemande pour des causes spéciales au droit allemand, que l'arrêt de Cassation n'indique pas, mais qu'il est facile de rétablir - probablement par les 10 ans de séjour à l'étranger ou par un congé de nationalité conformément à la loi allemande, - mais n'ayant pas encore sollicité la naturalisation française, il n'avait donc plus la nationalité allemande, et il n'avait pas non plus la nationalité française. La cour de cassation a estimé qu'il était dans un cas d'apatridie, que c'était un apatride.

Telles sont les espèces qui se présentent -il y en a d'autres - dans lesquelles on peut apercevoir le conflit, soit positif, soit négatif de nationalité.

Comment maintenant peut-on résoudre ce conflit? Il y a plusieurs sources de solution à envisager. D'abord, les solutions judiciaires, les solutions que les tribunaux ont apporté en pareille matière, ensuite l'action des Etats, soit action individuelle, soit convention entre Etats. Les solutions judiciaires tout d'abord, conflit positif, conflit négatif.

Solutions judiciaires: 1°Au cas où le conflit est porté devant la juridiction d'un des Etats dont la loi est en cause, application de la lex fori

Comment dans les espèces indiquées ou dans des espèces similaires les tribunaux ont-ils jugé? A cet égard une distinction doit être établie, suivant que le litige est jugé devant les tribunaux d'une des nationalités en cause, ou au contraire devant les tribunaux d'une tierce puissance ou d'un tribunal international. Sur ce point, la jurisprudence des tribunaux dans différents pays est constante. La distinction est préconisée par tous les auteurs.

Supposons le premier cas, comme dans l'affaire Carlier. Le litige est jugé devant l'un des Etats, dont le droit est impliqué dans le conflit. Sur ce point, la jurisprudence de tous les pays, et tous les auteurs sont d'accord pour reconnaître et proclamer que c'est la lex fori que l'on doit appliquer, que le juge ne peut pas appliquer, une autre loi que celle de l'Etat dont il dépend, et déclarer, si la loi le commande, l'individu ressortissant de l'Etat, au nom duquel il rend la justice. L'argument d'ailleurs se trouve dans l'arrêt Carlier :"La souveraineté française serait violée si les dispositions de la loi belge pouvaient prévaloir contre les dispositions de la loi française. Carlier étant Français, suivant l'art. 10 et n'ayant point perdu cette qualité, aux yeux de la loi Française est et doit rester Français". Chaque Etat, dit-on en doctrine, est libre de déterminer lui-même, qui est son national, car l'Etat n'existe que par les individus qui le composent, et alors il doit être libre de régler comme il l'entend la matière de la nationalité, sans être tenu de s'incliner devant l'attribution contraire faite par un autre Etat. Et

Source : BIU Cujas

ceci, ajoutait-on, non seulement à raison du droit de souveraineté de l'Etat, mais aussi à raison de sa sécurité, de la nécessité d'assurer son existence, et de la nécessité de conserver le cas échéant des éléments de recrutement militaire, comme on l'a dit très justement, une loi sur la nationalité est une "loi de recrutement de ressortissants". Il y a unanimité sur ce point dans la doctrine internationale devant les tribunaux internationaux. Les articles 1 et 2 de la convention de La Haye, 1930, ont sanctionné cette règle.

Cas où le conflit est porté devant la juridiction d' une tierce puissance.

Mais la question est infiniment plus délicate, lorsqu'il s'agit d'un conflit positif de nationalité qui est jugé- 2ème cas : devant les tribunaux d'une tierce puissance, ou devant un tribunal international. Ici aucune question de souveraineté ne lie le juge et il s'agit alors de juger conformément aux données du droit international. C'est le cas de l'affaire Canavero.

Système du refus de statuer

Au premier abord deux systèmes extrêmes se présentent pour résoudre le cas: le système dit du refus de statuer, et le système dit de l'option libre. Le refus de statuer : des auteurs ont prétendu qu'un juge saisi d'un conflit de ce genre ne doit pas trancher le conflit. Il n'y a aucune raison en droit international positif d'imposer une nationalité plutôt qu'une autre. Il n'y a pas à proprement parler de conflit de nationalité; il y a des cas de double nationalité, provenant de l'attribution à un même individu de la nationalité par les législations de deux Etats souverains et indépendants. Le juge doit se déclarer incompétent Il doit refuser de juger, Telle est l'opinion notamment soutenue dans le répertoire de Droit International par M. Jordan. Cette opinion est repoussée par presque tous les auteurs et par la jurisprudence. C'est la négation du Droit International que de ne point présenter de solution dans une question de ce genre. Le système aboutit à une solution anarchiste en antinomie avec l'existence du droit international . Il faut régler la question.

Système de l' option libre

A l'inverse, le système de l'option libre est celui qui laisse à l'intéressé le droit de dire volontairement, suivant sa volonté, arbitrairement, la nationalité de laquelle il se réclame. Ce système a été critiqué ; sans doute le lien de nationalité, par l'institution de la naturalisation, est devenu , dans une certaine mesure, volontaire, mais la simple volonté ne doit pas être suffisante; il ne faut pas permettre à l'individu de choisir à sa guise, selon ses intérêts, même contre toutes les circonstances, de fait telle ou telle nationalité suivant sa préférence ou

Source : BIU Cujas

son utilité du moment.

Théorie de la nationalité effective.

Aussi s'est-on rallié à une solution qui est celle que, précisément, a proclamé l'arrêt Canavaro, c'est ce que l'on appelle le système de la "nationalité effective". ou encore de la nationalité "active". La vraie nationalité, dit-on, c'est la nationalité "vécue". L'individu sans doute a la nationalité qu'il a choisie, mais l'option qu'il a exercée doit se traduire dans les faits, par ses actes. Les faits les plus probants sont généralement le domicile ou la résidence habituelle. C'est là la raison pour laquelle, dans l'affaire Canevaro, la Cour d'arbitrage de la Haye a proclamé Canevaro de nationalité péruvienne, parce que son domicile était fixé au Pérou. Toute sa vie sa résidence avait été au Pérou, et sa candidature aux élections prouvait qu'il s'était rattaché par le fait à la nationalité péruvienne. Sans doute, il y a faculté d'option, mais se traduisant par les faits, se traduisant d'une façon effective. Telle est la conclusion à laquelle se sont rattachés également un certain nombre de tribunaux mixtes. C'est la solution qui prédomine d'une manière générale dans la jurisprudence internationale.

D'autres systèmes intermédiaires ont été proposés notamment, le système consistant à faire prévaloir devant le tribunal international ou devant le tribunal de la tierce puissance telle loi, plutôt que telle autre, par exemple tenir compte de la place dans le temps des deux nationalités opposées, tenir compte de la première nationalité, comme le fait Pillet, à raison du respect des droits acquis, ou tenir compte de la deuxième nationalité , à raison du principe de liberté de nationalité.(c'est le système du jurisconsulte allemand Von Bar). Ou encore lorsqu'il s'agit, non pas d'un tribunal arbitral, mais d'un tribunal national d'une puissance tierce, faire prévaloir la solution la plus proche de la lex fori. Ce sont là des solutions qui n'ont pas prévalu contre le système de la nationalité effective, qui semvle avoir prédominé dans la jurisprudence internationale. Mais il faut préciser deux tempéraments apportés à la solution adoptée.

Tempéraments au système de la nationalité effective.

Pour en terminer avec le système de la nationalité effective ou active, il faut remarquer que celui-ci n'est pas admis par tous les juristes et aussi par tous les tribunaux sans certains tempéraments, et en voici notamment deux qui sont généralement admis.

a) Concernant les incapables quand ils ne jouissent pas d'un fait d'option

Le premier de ces tempéraments, c'est que la nationalité effective ou active, qui repose sur une option confirmée par les faits ne saurait être admise,

Source : BIU Cujas

tout au moins pour les incapables. Certains tribunaux, certaines doctrines, refusent la possibilité de tenir compte de la nationalité effective pour l'incapable, eu égard à l'absence de droit d'option, qui lui est refusé dans beaucoup de législations. Il y a des cas où l'incapable, même en dehors du cas de minorité ne peut pas avoir de droit d'option du tout: telle est précisément l'hypothèse en face de laquelle se trouvaient les tribunaux belges dans l'affaire de Bauffremont. Mme de Bauffremont, de par sa nationalité française, était soumise à l'incapacité légale de la femme mariée. Elle ne pouvait donc changer de nationalité sans l'autorisation de son mari, et c'est la raison pour laquelle la Cour de Bruxelles a refusé de considérer qu'elle était naturalisée dans le Duché de Saxe-Altenbourg, et a refusé de considérer la nationalité allemande de Madame de Bauffremont, en s'en tenant exclusivement à sa nationalité française, malgré le changement de nationalité, malgré l'action très réelle qu'elle avait exercée. (Cour de Bruxelles, 5 Août 1880 D.P.82.2.8I). "Attendu que en s'établissant dans le duché de Saxe Altenbourg la princesse de Bauffremont demeurait suivant l'article 3 du Code civil sous l'empire des lois concernant son état et sa capacité, que pour traiter de sa nationalité dans le duché de Saxe-Altenbourg, elle devait être capable de renoncer à la qualité française, qui lui avait été imposée par son mariage". Comme elle n'avait pas été autorisée , elle ne pouvait pas obtenir la naturalisation, et c'est la nationalité française qui aété reconnue par la Cour de Bruxelles, approuvée par la cour de cassation belge. Tel est le premier tempérament, tout au moins dans les hypothéses et devant les tribunaux où l'on n'admet pas pour certains incapablesun droit d'option, Bien entendu, quand on admet le droit d'option, le tempérament ne joue plus.

b)tempérament concernant la naturalisation Nécessité d'une naturalisation juridiquement valable

En second lieu, un deuxième tempérament est admis par un certain nombre d'auteurs et par des arrêts en ce qui concerne la nationalité effective. On distingue le cas de la nationalité, d'origine et de la nationalité d'acquisition, et dans les conflits de nationalité qui surgissent à la suite du changement de nationalité par voie de naturalisation, on doit rechercher d'une manière extrêmement stricte, si l'acquisition a été bien réelle et juridiquement valable, lorsqu'il s'agit de naturalisation et lorsqu'il s'agit de congé de nationalité ,(c'est le cas précisément de l'ancienne législation allemande). Il y a eu un certain nombre d'arrêts de la cour de cassation sur la question. La Cour de cassation française, dans de nombreuses affaires

Source : BIU Cujas

de sequestre, a eu à apprécier si la naturalisation acquise par l'individu dont les biens étaient sequestrés, pour raison de guerre était une naturalisation réelle et juridiquement valable. Les espèces sont assez complexes (Ch. civ. 28 Juin 1922, S.I923.I.I25). Il s'agit d'un sujet allemand naturalisé en Russie, sans avoir obtenu le congé de nationalité exigé par la loi allemande. Cassation, Ch. des Req. 17 Décembre 1923. D.I924.I.9. Il s'agissait d'un autrichien se prévalant d'une naturalisation en Angleterre. D'après ces espèces, la jurisprudence exige notamment en France une acquisition réelle et juridiquement valable.

Voilà les observations complémentaires concernant les conflits positifs.

Deux mots maintenant en ce qui concerne les conflits négatifs. Comment la jurisprudence, et notamment la jurisprudence française apprécie-t-elle l'apatridie résultant des conflits négatifs ?

Y a -t-il vraiment des conflits négatifs en matière de nationalité?

Tout d'abord, on peut se demander du point de vue doctrinal, s'il y a, à proprement parler , "conflit en cette matière? Quand on parle du "conflit" des lois, on vise la collision des lois, une rencontre, une concurrence de lois. Or, dit-on , ici, il n'y a pas concurrence, il y a carence. Comment parler de compétence législative, puisque l'on se trouve en présence d'un cas où deux lois se récusent pour établir la nationalité d'un individu ? On peut répondre que le raisonnement est assez spécieux, car si les lois se récusent, quant à leurs dispositions respectives, quant au contenu de la loi elle-même, cela ne veut pas dire que la loi abdique le droit de se prononcer sur le cas: si la loi française ne fait pas d'un individu un Français , cela ne veut pas dire qu'elle se désintéresse le moins du monde de trancher la question et de dicter aux tribunaux une solution qu'ils doivent faire passer dans leur arrêt. Par conséquent, il y a conflit de lois en réalité, Il y a, au fond des choses, un conflit entre la lex fori, entre la loi du juge saisi, et la loi du pays de la nationalité de qui l'individu se prévalait jusqu'alors et qui lui refuse cette nationalité. Le point est de savoir, par conséquent, si, s'agissant de la France, la loi française va enregistrer ou ne va pas enregistrer la solution qui résulte de l'application de la loi étrangère, si donc une loi étrangère fait qu'un individu n'a pas de nationalité, est-ce que les tribunaux français, au nom de la loi française, vont accepter une pareille situation". Telle est la question? La cour de cassation y a répondu par l'affirmative. La cour de cassation (Req. 15 Mars 1922, S.I922.I.I05) a estimé dans un cas d'application de la loi allemande

Reconnaissance par la jurisprudence française de la situation d'apatridie. Impossibilité d'imposer

Source : BIU Cujas

à un individu la nationalité d'un pays qui la lui refuse.

que les textes de la loi allemande faisant que l'individu considéré n'était plus allemand, la loi française devait s'incliner devant cette solution et admettre que l'individu n'avait pas de nationalité, l'apatridie étant reconnue comme étant une situation juridique, C'est ce que dit d'une façon formelle la Cour de cassation. "Attendu que si les lois françaises se sont efforcées de diminuer le nombre des personnes sans nationalité, aucune d'elles ne prohibe ou ne considère comme illicite la situation d'un individu étranger qui, après avoir définitivement perdu sa nationalité s'établit en France sans en acquérir une nouvelle". Par conséquent, l'apatridie, l'absence de nationalité, n'est pas une situation illégale, c'est une situation reconnue par la jurisprudence. L'arrêt disait en outre "Attendu que l'arrêt attaqué a donc décidé à bon droit que l'individu en question est sans nationalité; qu'en statuant ainsi il n'a violé aucun des textes de lois ni des principes de droit". Donc la solution légale d'après la jurisprudence française, en cas de conflit négatif, c'est la situation d'apatridie laissée à l'individu considéré, situation fâcheuse incontestablement, mais situation de caractère juridique. La jurisprudence belge et la dernière jurisprudence anglaise depuis 1921 sont dans le même sens.

Mais d'autres législations, d'autres jurisprudences, et notamment l'ancienne jurisprudence anglaise avant 1921, n'admettaient pas la possibilité qu'un individu soit sans nationalité. Pour les tribunaux, pour les pays où la situation d'apatride est considérée comme non juridique, quelle est la solution? A cet égard, deux solutions notamment ont sollicité les tribunaux et les auteurs. L'ancienne jurisprudence anglaise, avant 1921, a proclamé que on ne tenait pas compte de l'apatridie, et lorsque l'individu avait, de par sa loi nationale perdu sa nationalité cette jurisprudence anglaise n'en tenait pas compte. Elle considérait l'individu comme encore ressortissant de son ancienne patrie. Un allemand ayant perdu sa nationalité d'après la loi allemande, aux yeux des tribunaux anglais aurait été considéré, avant 1921, comme ayant conservé la nationalité allemande. La raison, pour laquelle les tribunaux anglais jugeaient ainsi est une raison d'ordre purement britannique, c'était le principe de l'allégeance perpétuelle. En vertu du principe de l'allégeance perpétuelle, reçu en Grande Bretagne, on pouvait juger ainsi. Mais dans les pays qui n'admettent pas l'allégeance perpétuelle -et l'Angleterre a modifié sa jurisprudence après 1921-

Source : BIU Cujas

il est difficile d'accepter une pareille solution, d'a cepter d'imposer à un individu la nationalité d'un pays qui la lui refuse.

Aussi certains auteurs se sont-ils dirigés vers un autre solution, celle qui consistait en pareille matiè re à faire prédominer un système tiré ou inspiré tout au moins de la nationalité effective, c'est-à-dire prenant en considération la résidence ou même le domicile, et donnant à l'individu la nationalité de sa résidence ou de son domicile. Mais cela est purement arbitraire, étant donné que, aux yeux, par conséquent , d'un pays tiers, un individu pourrait avoir la natio nalité d'un pays qui ne la lui aurait jamais conférée. C'est une solution audacieuse, et qui parait encore assez difficile à accepter. Le système de la jurisprudence française, qui fait de l'apatridie une situation juridique est beaucoup plus conforme aux principes, quitte à rechercher - c'est ce que nous allons voir avec la solution des conflits de lois tirée des conventions entre Etats - les moyens d'atténuer ou de faire disparaître cette solution qui, en somme, est fâcheuse.

Avant d'en venir pour finir aux conventions entre Etats ou à l'action combinée des Etats en dehors des conventions, je signale que beaucoup d'auteurs indiquent que la jurisprudence française par certaines interprétations arrive à multiplier les conflits de lois et notamment les cas de double nationalité. En voici un exemple signalé par M. Audinet dans une note sous un arrêt du 25 Février 1930 de la Cour de Cassation, Ch. Civ. S.1930.I.321. C'est le cas d'un enfant naturel, dont la mère était suisse, et dont la reconnaissance avait été faite conformément à la loi suisse. En vertu de la jurisprudence adoptée par les tribunaux on arrive à créer des cas de double nationalité, qui auraient pu être évités avec une jurisprudence différente. Il y a donc lieu, de ce chef, de prendre bien garde, dans les interprétations, à ne point créer arbitrairement ou pour la simple satisfaction de l'interprétation, des cas multiples de double nationalité ou d'apatridie.

Efforts des Etats dans la matière des conflits de nationalité

Ceci dit sur les solutions judiciaires des conflits de nationalité - et il ne s'agit que de pis aller - est ce que les Etats, par une action concommitante, ou tout au moins, peut-être, dans une certaine mesure par leur action individuelle, en dehors de la jurisprudence ont pu réussir à atténuer, ou même à faire disparaître dans la mesure du possible, les cas de double nationalité et les cas d'apatridie.?

L'oeu des

A cet égard des efforts très anciens ont été ten tés, car les cas de multinationalité ont été très

Source : BIU Cujas

sociétés savantes et de la S.D.N.

fréquents et ont été en augmentant au cours du XIXème siècle avec les traités de paix, et depuis longtemps les sociétés scientifiques qui s'intéressent au droit international se sont attachées à ce problème. Il en a été ainsi notamment, dès son origine, de l'Institut de Droit International créé en 1875. la Grande Bretagne internationale et qui dans plusieurs de ses sessions, à Oxford en 1880 et notamment à Venise en 1886, sur le rapport d'André Weiss, avait proclamé certains principes et indiqué quelques méthodes pour aboutir. De même la grande Association internationale; dont le siège est en Angleterre, l'International Law Association, dans des congrès récents, et notamment à son Congrès de 1924 à Stockholm, avait établi un projet de lois uniforme sur la nationalité, dont l'adoption était recommandée aux Etats. L'Amérique elle-même est entrée dans cette voie, et la Faculté de Droit de Harvard avait, en 1929, établi, elle aussi, un projet , mais au lieu d'être un projet de lois uniformes, c'était un projet de convention internationale. La Société des Nations s'est saisie de très bonne heure de la question, et en Septembre 1924, à la suite d'une résolution votée par l'Assemblée de la Société des Nations, fut constitué un Comité d'experts pour la codification progressive du droit international avec mission de rechercher dans l'ordre de la nationalité des solutions aux conflits de lois. Des comités préparatoires,des commissions furent réunies. Le document le plus important de tous ces travaux préparatoires a été la Conférence pour la codification du droit international, qui a établi des bases de discussion qui figurent dans un tome spécial de l'immense enquête établie à cet effet par la société des Nations,"Nationalité, Conférence pour la codification du droit international. Bases de discussion, Tome I". Tel est le document le plus important sur lequel tout le monde a travaillé depuis 1924.

La Conférence de la Haye de 1930

Ala suite de ces recherches, une conférence a été réunie, à La Haye du 13 Mars au 12 Avril 1930, conférence à laquelle 48 Etats étaient représentés, et qui, le 12 Avril 1930, a établi un certain nombre de textes - 4 groupes de textes : une convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité - c'est la première convention la plus importante; puis, deuxième texte, un protocole relatif aux obligations militaires dans certains cas de double nationalité; un protocole spécial relatif à l'apatridie, et un autre protocole spécial relatif à un cas particulier d'apatridie. En outre, la conférence avait voté un certain nombre de voeux qui figurent dans le protocole final (cf. textes dans Revue de Droit

Source : BIU Cujas

international privé, 1930,p. 337; commentaire de la Convention dans la même Revue, p. 412 et 599 par M. Kosters, Conseiller de Justice aux Pays-Bas: la nationalité et la Convention de la Haye de 1930 pour la codification du droit international).Ces textes très importants paraissent au premier abord assez touffus et fort longs. Mais ce n'est qu'une apparence, car les textes sont allongés et alourdis par des dispositions générales visant la procédure par laquelle ils peuvent être respectivement adoptés par les divers Etats, et si l'on fait abstraction de ces textes réglementaires et de forme, si l'on se place simplement au point de vue des articles , qui statuent sur le fond, on aperçoit que ceux qui sont importants sont relativement en petit nombre et ne dépassent pas 22 en tout pour toutes les conventions: 17 articles dans la convention primitive, 3 articles dans le second protocole, 1 article seulement dans chacun des protocoles sur l'apatridie, en tout par conséquent 22 articles. Voici résumé très brièvement les principes généraux de la convention leurs effets et la suite qu'ils ont reçue.

Le but poursuivi :faire disparaître l'apatridie et la double nationalité

La convention, la première, concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité débute par un exposé de principe, après l'indication des parties contractantes, qui constitue comme une sorte de proclamation. Dans ce préambule, il y a à retenir surtout le passage suivant :"Après avoir considéré qu'il importerait de régler par voie d'accord international les questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité, les parties contractantes indiquées ci-dessus proclament les principes suivants; considérant qu'il est de l'intérêt général de la communauté internationale de faire admettre par tous ses membres que tout individu devrait avoir une nationalité et n'en posséder qu'une seule, reconnaissant par la suite que l'idéal vers lequel l'humanité doit s'orienter dans ce domaine consiste à supprimer tout ensemble les cas d'apatridie et ceux de double nationalité... etc". Voilà le passage le plus important du préambule qui figure immédiatement après l'indication des parties contractantes.

Proportions concernant l'apatridie. Obligation pour l'ancien Etat de l'apatride de le recevoir ou de le secourir.

Voyons maintenant si la convention a réussi à établir un certain nombre de textes aboutissant à extirper le double mal dénoncé dans le préambule. l'apatridie et la double nationalité. Il n'en est rien, malheureusement, En ce qui concerne l'apatridie, tout d'abord, malgré qu'en apparence deux textes lui soient consacrés, un protocole relatif à l'apatridie et un protocole relatif à un cas spécial d'apatridie, l'oeuvre de La Haye a été infiniment modeste et restreinte

Source : BIU Cujas

Dans le champ de l'apatridie, nous ne trouvons, dans les deux protocoles en question à relever, que quelques règles extrêmement limitées.

Le protocole général relatif à l'apatridie n'a pas pour objet de diminuer les cas d'apatridie. Il a surtout pour objet d'établir des règles entre les Etats pour venir au secours de l'apatride, pour venir au secours de celui qui se trouve sans nationalité. C'est ainsi que ce protocole a établi les règles suivantes : le pays auquel appartenait l'apatride est obligé de le recevoir à la demande du pays de séjour, (Le pays où séjourne l'apatride a le droit de demander à l'ancien pays de le reprendre), ou s'il ne veut pas le reprendre, si l'apatride est indigent ou dans un état de maladie incurable, de payer les frais d'assistance. On comprend quelle est la pensée des parties contractantes dans ce protocole relatif à l'apatridie On ne veut pas qu'un pays, surtout lorsqu'il y a chômage, se débarrasse sur le pays voisin de ses chômeurs en leur retirant la nationalité purement et simplement. D'autre part, l'ancien pays de l'apatride est également obligé de le recevoir, lorsqu'il s'est montré indésirable, et notamment lorsqu'il a été condamné dans le pays de séjour à un an d'emprisonnement au moins. Dans tous ces cas l'ancien pays doit reprendre ou prendre en charge son ancien ressortissant. Il y a des distinctions pour les frais de transport.

Nationalité de l'enfant né d' un père sans nationalité

Voilà ce qu'a fait le protocole général sur l'apatridie. Il n'a pas cherché àdiminuer le nombre des individus sans nationalité, C'est au contraire ce qu'a fait le second protocole , le protocole relatif à un cas spécial d'apatridie, qui a dans une hypothèse particulière, réglé la question pour éviter un défaut de nationalité. C'est dans les pays de jus sanguinis le cas de l'enfant qui est né d'un père sans nationalité, d'un père apatride, ou sans nationalité inconnue. Dans ce cas, le quatrième protocole relatif au cas d'apatridie, attribue à l'enfant la nationalité de la mère, Dans un Etat où la nationalité n'est pas attribuée du seul fait de la naissance sur le territoire, l'individu qui est né d'une mère ayant la nationalité de cet Etat, et d'un père sans nationalité ou de nationalité inconnue , a la nationalité dudit pays. Cette solution peut être rattachée, suivant le système auquel le pays est lui-meme rattaché soit au jus sanguinis, soit au jus soli: au jus soli, si l'on admet que c'est le sol qui attribue la nationalité, au jus sanguinis de par la mère, si l'on se rattache au jus sanguinis. Voilà tout ce que la convention a trouvé et a réussi à faire au sujet de l'apatridie.

Source : BIU Cujas

Le cumul des nationalités Principes généraux

Les dispositions concernant le cumul de nationalité sont plus nombreuses et plus importantes.

La convention en question, qui est la première concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité, est divisée en 5 chapitres, dans lesquels on a exposé certaines règles et qui sont : principes généraux, permis d'expatriation, nationalité de la femme mariée, nationalité des enfants, adoption. En nous attachant aux principes généraux, voici ceux qui ont été posés dans la matière.

Droit pour chaque Etat de régler comme il l'entend la nationalité de ses ressortissants.

Tout d'abord les parties contractantes, tout en proclamant la liberté pour chaque pays de régler comme il l'entend la nationalité de ses ressortissants et d'indiquer souverainement quels sont ceux qu'il considère comme nationaux et quels sont ceux qu'il ne veut pas considérer comme ses nationaux, ajoutent cependant un tempérament. L'art. 1er est ainsi conçu : "Il appartient à chaque Etat de déterminer par sa législation quels sont ses nationaux". Voilà le principe, mais voici le tempérament, "Cette législation doit être admise par les autres Etats, pourvu qu'elle soit en accord avec les conventions internationales, la coutume internationale et les principes de droit généralement reconnus en matière de nationalité". Il y a là un tempérament tiré des principes généraux du droit international, de la coutume internationale et des conventions qui est important, et dont on va voir alors l'application dans les deux cas envisagés par la convention pour le cumul de nationalité, cas que nous avons étudiés avec la jurisprudence, et qu'envisage à son tour la convention: le cas où la question se pose dans l'un des pays impliqué dans le conflit de lois (art. 2 et 3 de la convention) et le cas au contraire où la question se pose devant les tribunaux d'un Etat tiers (art. 5 de la convention). La convention se place en face des deux hypothèses et indique comment et de quelle manière elle reconnait que les tribunaux peuvent ou doivent juger dans la matière

Cas où la question de cumul de nationalités se présente devant la juridiction d'un des Etats intéressés

1er cas : la question se pose devant les tribunaux de l'un des Etats impliqué dans le conflit. Les art. I et 2 de la convention sanctionnent la jurisprudence internationale sur ce point, en donnant compétence exclusive à la lex fori. Le tribunal jugera la question de nationalité et le cas d'après sa propre loi. d'après la loi du juge saisi. C'est une question de souveraineté. C'est ce que proclame d'une façon absolue les articles 2 et 3 de la convention."Toute question relative au point de savoir si un individu possède la nationalité d'un Etat doit etre résolue con-

Source : BIU Cujas

formément à la législation de cet Etat, sous réserve des dispositions de la présente convention. Un individu possédant deux ou plusieurs nationalités pourra être considéré par chacun des Etats comme son ressortissant". Par conséquent, l'Etat ne considérant que sa propre législation, s'il y a cumul, l'individu appartient cumulativement aux deux Etats. Ce n'est point régler la question et faire disparaître le cumul, c'est simplement sanctionner la jurisprudence actuelle.

Cas où elle se présente devant le tribunal d'une tierce puissance . La nationalité effective.

Lorsqu'au contraire, la question se présente devant les tribunaux d'un Etat tiers, dans un Etat non impliqué dans le conflit, l'article 5 de la convention sanctionne en fait et droit la théorie de la nationalité effective, qui domine dans la jurisprudence internationale. Dans un Etat tiers l'individu possédant plusieurs nationalités devra être traité comme s'il n'en avait qu'une . Par conséquent, ici on n'admet plus le cumul de nationalités. L'Etat tiers tranche la question sans préjudice de certaines règles adoptées dans l'Etat tiers. Cet Etat pourra, sur son territoire reconnaître exclusivement parmi les nationalités que possède un individu considéré, soit la nationalité du pays dans lequel il a sa résidence habituelle et principale. soit la nationalité de celui auquel d'après les circonstances il apparait comme se rattachant le plus en fait. Par conséquent, la nationalité du pays où l'on a la résidence, habituelle et principale ou la nationalité que les circonstances, en dehors de la résidence, imposent: ce sont, là, on le voit, les signes caractéristiques de la nationalité effective.

Principes posés pour éviter l'apatridie ou la multinationalité de la femme mariée

Tels sont les principes les plus importants,mais j'indique pour en finir avec cette convention -car il y en a d'autres - que, en ce qui concerne la condition de la femme mariée et l'influence du mariage sur la nationalité, la convention de La Haye a été extrêmement prudente. Elle n'a pas pris parti entre les législations qui admettent le changement de nationalités par voie de mariage (c'est l'ancien système français) ou au contraire les législations qui admettent que la femme mariée conserve sa nationalité (ce qui est notre système de 1927). Pour le principe, elle s'est bornée dans trois articles, 8, 9 et 10, à tâcher de poser ces règles, d'où il résulte que la femme ne se trouve pas apatride, ne se trouve pas sans nationalité ou d'autre part, que la femme ne puisse pas être dépouillée de sa nationalité sans son consentement. Ce sont les deux seules préoccupations de la convention. Sur ce point, la convention est extrêmement critiquée, notamment dans les milieux de propagande féministe. Au cours des dernières sessions, et encore dans la

Source : BIU Cujas

session actuelle de la Société des Nations, ces groupements ont saisi le conseil de la Société des Nations aux fins de modifications de la convention dans un sens conforme au non changement de nationalité et à la liberté complète de nationalité laissée à la femme. Tels sont les principes généraux qui ressortent de la convention.

Cette convention et ses protocoles ne sont pas encore en vigueur. Ils ne doivent entrer en vigueur que lorsque (aux termes de l'article 25 de la convention notamment) , un minimum de 10 ratifications ou adhésions aura été réuni. Or, ce chiffre n'a pas encore été atteint. La France même n'a pas encore donné son adhésion . Il faudrait des modifications internes à la loi de 1927, que précisément le projet rectificatif de la Chancellerie a pour objet de faire entrer dans la législation française, et par conséquent on ne peut pas dire encore que cette convention soit en vigueur. Elle n'est qu'en voie de ratification.

Le code Bustamante

Au contraire, le code Bustamante, est en vigueur Il a proclamé des principes qui sont assez rapprochés des principes soumis à la Haye, Il a d'ailleurs l'antériorité , puisque la convention qui a promulgué le code Bustamante est du 20 Février 1928, et qu'à la suite de la longue élaboration ,dont d'ailleurs le Code Bustamante a profité, ce n'est qu'en 1930 que la Société des Nations a abouti à sa convention. Le Code Bustamante règle la question dans les articles 9 à 14. En ce qui concerne les cas de cumul de nationalités, les deux hypothéses envisagées par la jurisprudence, envisagées par la convention de La Haye, se retrouvent avec des solutions approximativement semblables; Art. 9 :Au cas où le conflit intéresse l'Etat lui-même qui a à juger l'affaire, on s'en remet, ici aussi, à la lex fori. Les tribunaux de cet Etat doivent appliquer le propre droit de cet Etat, Lorsqu'il s'agit d'un pays tiers, lorsque la question se présente en dehors d' un des pays intéressés dans l'affaire, le code établit un système de distinction assez compliqué. Le principe, au fond, c'est l'adoption de la nationalité effective, L'article 10, pour ce qui est de la nationalité d'origine, s'en réfère avant tout à la loi du domicile.loi considérée comme loi du pays auquel ressortit l'individ Par conséquent, c'est là un des signes les plus certains de la nationalité effective, mais à défaut de domicile, on s'en remet àux dispositions de la loi nationale du pays de la nationalité réclamée, et pour le cas de perte de la nationalité on s'en remet à la loi nationale du pays de la nationalité perdue.

Telles sont les deux grandes conventions générales qui ont été passées par l'effort concerté de tous les

Source : BIU Cujas

pays, Mais en dehors de ces conventions générales il existe un très grand nombre de conventions spéciales, de conventions bilatérales notamment, entre deux pays déterminés. La France en a passé quelques unes. D'autres pays en ont passé de plus célèbres. Les plus importantes ont été les conventions entre l'Allemagne et les Etats-Unis, conventions très délicates, eu égard à l'importance de l'immigration allemande dans les pays de l'Amérique du Nord: ce sont les célèbres conventions du nom du premier négociateur Baukroft qui ont servi de modèle en général à toutes les conventions de ce genre (l'analyse dans le Répertoire de Droit international V° Conflit de nationalité).

Conventions bilatérales passées par la France. soit les conflits de nationalités, soit les conflits d'incorporation

Pour ce qui est de la France, la France a passé un certain nombre de conventions de ce genre avec des pays voisins, et notamment avec la Suisse et avec la Belgique. Ces conventions sont de deux sortes; ou bien ce sont des conventions qui visent directement au fond les conflits de nationalité, ou bien ce sont simplement des conventions réglant des conflits en matière de recrutement militaire, sans trancher au fond la question des conflits de lois. C'est ce que l'on appelé, selon l'expression de certains auteurs, des conflits d'incorporation. Dans le premier genre, on doit signaler la convention franco-suisse du 23 Juillet 1879 et la convention franco-belge du 12 Septembre 1928, concernant la nationalité de la femme mariée.

Conventions franco-suisse de 1879 (enfants nés de Français naturalisés en Suisse)

La convention franco-suisse (Recueil de textes de MM. Niboyet et Goulé, tome 1er, p. 742) a pour objet de régulariser la situation des enfants mineurs des français naturalisés en Suisse. On aboutit à une double nationalité pour les enfants mineurs. des Français qui se sont fait naturaliser en Suisse. C'est précisément pour régler cette situation qu'est intervenue la convention, qui a admis, qu'on laisse à ces enfants mineurs une option jusqu'à 22 ans entre les deux nationalités. Jusque là, ils seront considérés comme Français, mais ils ne seront incorporés en France qu'après 22 ans, et ils peuvent renoncer par avance au droit d'option. Cette convention malheureusement n'a point atteint son but. La France, par une interprétation de la convention, a subordonné l'option à l'autorisation du gouvernement français, estimant que de par la loi interne française le gouvernement français devait donner son autorisation à une pareille option, en vertu notamment de l'art. 9, 1° al.2 de la loi de 1927. Cette interprétation n'a pas été admise par le gouvernement suisse. Des réclamations sont survenues. Elles n'ont pas jusqu'ici donné de résultat. Le parlement s'en est occupé à plusieurs reprises, si

Source : BIU Cujas

Convention franco-belge relative à la nationalité de la femme mariée Application au mariage de la loi

bien, qu'en somme, la convention a échoué, et dans ses intentions, et dans son résultat.

La convention franco-belge, sur la nationalité de la femme mariée, (Recueil Niboyet et Goulé, supplément 1929 p.33) était indispensable à la suite des réformes législatives adoptées en Belgique, et en France à l'époque récente, puisque, les conflits en cette matière étaient extrêmement complexes et aboutissaient, soit à des cas de double nationalité, soit à des cas d'apatridie. En effet, double nationalité, lorsque la française épouse un belge, puisqu'en principe vis-à-vis de la loi française, elle va rester française, et que vis-à-vis de la loi belge elle devient belge, en prenant la nationalité de son mari. Inversement, cas d'apatridie: lorsque la Française, qui épouse un belge, fixe son domicile en Belgique, et y fait la déclaration nécessaire pour renoncer à la nationalité belge, elle n'est plus française puisque l'art. 8, al 3 lui fait perdre la nationalité française du fait qu'elle fixe son domicile en Belgique, et elle n'est pas belge, puisque elle renonce à la nationalité belge conformément à la loi belge. Pour éviter cette situation, la convention a adopté le principe suivant : application au mariage de la loi du pays où il est passé: appliquer au mariage passé en Belgique la loi belge, appliquer au mariage passé en France la loi Française, La conséquence en est que la femme française se mariant en Belgique avec un belge deviendra belge, sauf déclaration dans les six mois, la femme française se mariant avec un belge en France restera française sauf déclaration devant l'officier de l'État civil. C'est l'article 1er de la convention.

Article 2 - Réciproquement, la femme belge épousant un Français en Belgique deviendra Française, sauf déclaration contraire, et la femme belge épousant un Français en France restera belge, Telles sont les conséquences de l'art. 2

Conventions concernant le recrutement

Dans l'ordre des conflits en matière de recrutement militaire , je signale la convention franco-belge du 12 Septembre 1928, et d'autres conventions du même genre passées avec d'autres pays, l'Argentine, le Pérou le Paraguay et la Grèce.

Toutes ces conventions entre Etats, soit générales soit particulières, n'ont ou qu'un effet limité et restreint ou même que des effets presque négatifs, puisque certaines n'ont pas pu être appliquées, ou n'ont engendré que des difficultés. Il faut se demander par conséquent, si, en dehors de ces conventions ou du champ dans lequel jusqu'à présent elles ont évolué il n'y aurait pas lieu de rechercher ailleurs la source des solutions.

Source : BIU Cujas

On a préconisé en cette matière l'action individuelle des Etats. (Cf. Maury, Répertoire de Droit international) . Sur le terrain législatif et sur le terrain administratif les Etats sont susceptibles de lutter, soit contre les inconvénients du cumul de nationalité, soit contre ceux de l'apatridie. Peut-être cependant, la solution d'avenir se trouve-t-elle dans une autre direction.

Deux faits ouvrent sur l'avenir de la matière des aperçus nouveaux: le premier, c'est le statut spécial, qui a été créé par la Société des Nations, en vertu d'une Conférence tenue en Juin 1928, ayant abouti à un arrangement pour les émigrés de Russie et d'Arménie;

Le statut des émigrés russes et arméniens

On a constitué sous l'impulsion vigoureuse de Nansen un statut spécial réglé et dirigé par un haut commissariat, organisé par la Société des Nations, statut spécial créé à ces émigrés, notamment en ce qui concerne la délivrance du passeport, que l'on appelle le passeport Nausen et qui en somme met ces émigrés sous la tutelle de la Société des Nations N'y a-t-il pas lieu ici en ce qui concerne l'apatridie d'envisager pour l'avenir une solution qui consisterait au lieu de chercher à les rattacher à des pays qui ne veulent pas d'eux, à les mettre, au contraire, sous la tutelle générale de tous les Etats réunis, C'est là une première vue d'avenir.

L'apparentement de nationalité

En second lieu, un deuxième élément intéressant dans l'ordre international, - qui est également tout récent - c'est l'article 24 de la constitution de la République espagnole, 29 Décembre 1931, qui admet que la qualité d'espagnol est compatible avec la nationalité concédée au Portugal ou dans des pays de langue espagnole et portugaise de l'Amérique. Autrement dit, eu égard à l'affinité de race, les constituants espagnols ont eu l'idée d'un apparentement de nationalités, de créer dans le sein du concert des Etats des sortes de groupes ethniques se mettant d'accord pour que la nationalité acquise dans un de ses pays ne fasse pas disparaître la nationalité d'un autre pays. Il y a là une situation mixte entre la nationalité et l'indigénat, à laquelle on n'a pas encore donné de nom, et qui pourrait être appelée, l'apparentement de nationalité" qui, ici encore, ouvre sur l'avenir une vue intéressante, car au lieu d'aller rechercher le heurt et le conflit des nationalités, elle est de nature également à engendrer la conciliation.

C'est sur ces vues de conciliation touchant la question peut-être la plus irritante de tout le droit

Source : BIU Cujas

international privé, que je suis heureux de terminer ce cours en recommandant de préférer toujours les solutions de conciliation aux solutions de guerre, qui n font qu'engendrer la ruine et la dévastation.

F I N

--:-:-:-:-:-:--

Source : BIU Cujas