

RÉPÉTITIONS ÉCRITES
Pour la Préparation de tous les
EXAMENS DE DROIT

1933-1934

REPETITIONS ECRITES
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

127

" LES COURS DE DROIT "
RÉPÉTITIONS ECRITES & ORALES
RÉSUMES — PRÉPARATION A L'EXAMEN ECRIT

3, Place de la Sorbonne (au premier)

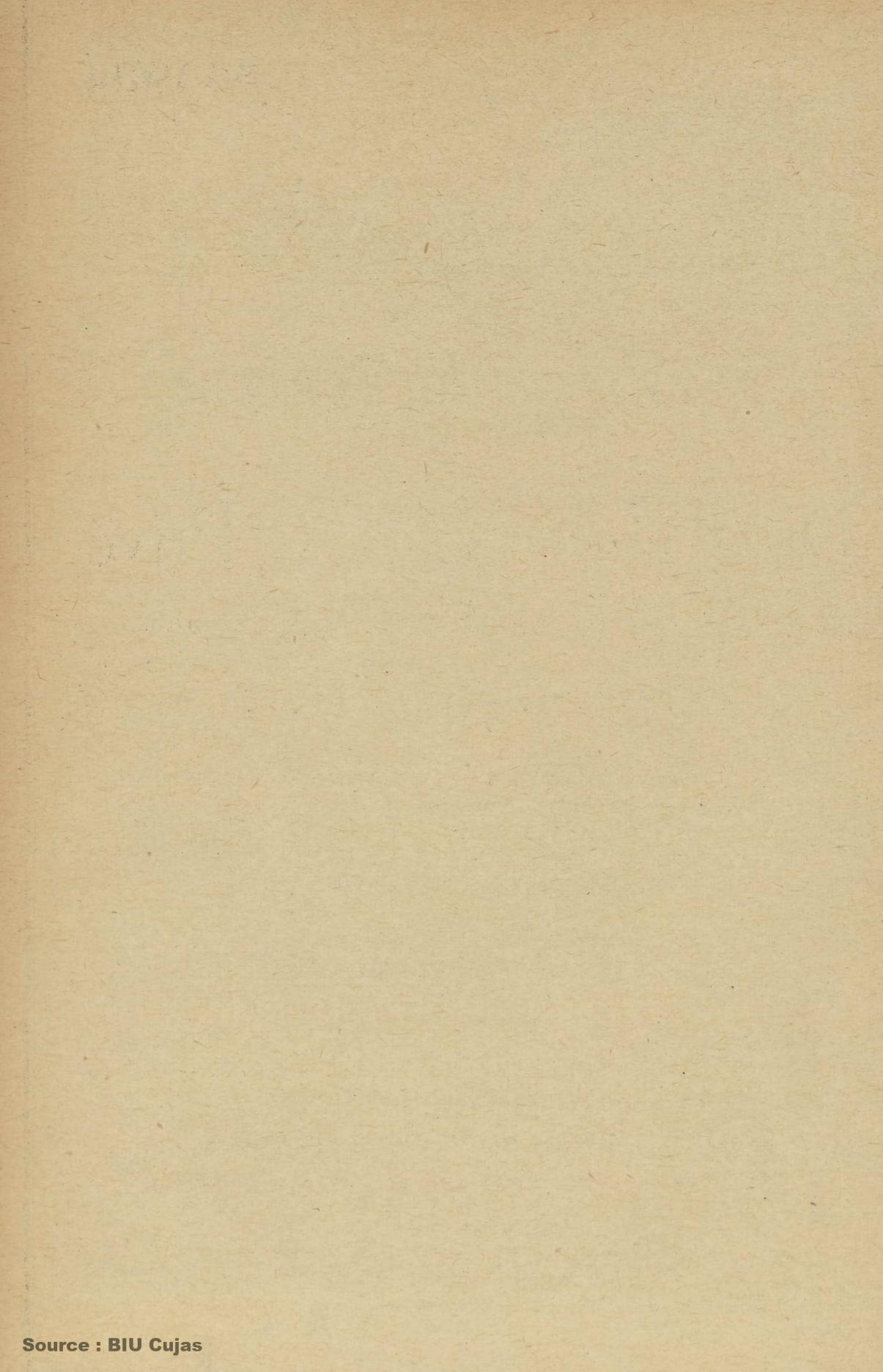
— PARIS —

BIBLIOTHEQUE CUJAS



D

060 320036 0



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

définition.

On peut définir le droit international privé : 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, comme toutes les définitions juridiques, comporte des données primordiales, et, en second lieu, d'autres données d'un caractère plus subsidiaire.

Données essentielles.

Les données essentielles sont au nombre de trois. Elles portent des noms techniques. Ce sont : le rapport de droit, le conflit des lois, la compétence législative. Ce sont des données techniques correspondant à des notions particulièrement abstraites, et parce que précisément ces notions sont abstraites, il est indispensable de ne jamais perdre de vue les réalités concrètes, auxquelles elles correspondent dans le vie juridique. C'est pourquoi, on se placera en présence d'espèces pratiques, et non pas d'espèces imaginées pour les besoins de la théorie, en présence de procès jugés devant nos tribunaux et plus spécialement parmi les plus récents.

Espèces pratiques les plus récentes.

Voici une première espèce, jugée par la Cour de Paris, 6ème Chambre, arrêt du 1er mars 1933, qui se trouve rapporté dans la Revue de D.I.P., année 1933, p. 632, et ss. Affaire Stewart contre Stewart. C'est une affaire de divorce et de séparation de corps. Dans cette affaire, où les époux plaidaient pour torts réciproques, l'un et l'autre invoquaient comme cause de divorce des injures graves, article 231 du Code civil. La nationalité des parties était la suivante : le mari était de nationalité anglaise; la femme française d'origine, devenue anglaise par son mariage, en vertu de l'ancienne disposition du Code civil, avait recouvré la nationalité française, en vertu de la loi du 10 août 1927. Le mariage avait eu lieu en France, devant un officier de l'état civil. Le domicile des parties était en France. La Cour d'appel, contrairement sur ce point au tribunal civil de la Seine, dont elle infirma la décision, rejeta la demande du mari fondée sur l'injure grave, l'autorisant seulement, s'il le pouvait, à redemander le divorce pour une autre cause visée à l'article 231, pour adultère. Le motif donné par la Cour est le suivant : le droit anglais n'admet pas parmi les causes de divorce l'injure grave, contrairement au droit français, il n'admet comme cause de divorce que l'adultère. C'est le droit anglais, et non pas le droit français, que la Cour d'appel a jugé qu'il y avait lieu d'appliquer. Dans ses considérants, la Cour le dit d'une manière absolument formelle : "Considérant que Stewart est de nationalité anglaise, il est constant au terme de la loi anglaise qu'un mari ne peut fonder sa demande en divorce contre sa femme que sur l'adultère", et d'autre part, "que l'application de la loi étrangère doit être considérée comme légalement obligatoire, que c'est à tort que les premiers juges ont appliqué à Stewart, sujet anglais, la loi française interne". Ainsi, il est nécessaire de raisonner sur cet exemple; bien que les parties aient plaidé devant un tribunal français, que le mariage ait été passé en France, que les époux soient domiciliés en France, que l'un des époux ait recouvré la nationalité française, et enfin que l'époux anglais ait invoqué le droit français, la Cour d'appel a estimé que c'était le droit anglais qui était applicable. Voilà la première espèce.

Deuxième espèce : Recueil du Dalloz, 9ème cahier, 1933, p. 171, Cour de Cassation, Chambre civile, 31 mai 1932, une affaire mettant en présence l'Etat français plaidant par l'intermédiaire du Ministre de la Marine contre une personne de nationalité

ottomane, la princesse Carathéodory. Cette décision cassa un arrêt de la Cour de Paris du 5 janvier 1928. L'affaire portait sur une action en responsabilité intentée par le bailleur d'un immeuble à l'Etat français locataire, en raison de l'incendie des lieux loués. En l'espèce, il s'agissait d'une location, qui avait eu lieu le 29 mai 1919 par l'Etat-Major de la division navale des bases d'Orient, d'un immeuble appartenant à Carathéodory Pacha, situé à Constantinople. La maison fut détruite peu de temps après par un incendie, le 2 juillet 1919. Les parties représentaient donc des nationalités différentes, (dans la mesure où l'on peut parler au figuré de nationalité pour l'Etat français), le bailleur étant de nationalité ottomane. Le lieu du contrat, c'est-à-dire le lieu où le contrat avait été passé, était Constantinople; le lieu où la chose louée était située était Constantinople. La Cour d'appel de Paris, statuant sur l'action en responsabilité, a appliqué à la question une solution tirée du Code civil français, article 1733 du Code. Cet article en effet statue sur la responsabilité du locataire en cas d'incendie et fait bénéficier le propriétaire d'une présomption. Le locataire répond de l'incendie, à moins qu'il ne prouve, soit que le feu est dû à un cas fortuit, à un événement de force majeure, ou à un vice de construction, soit qu'il ait été communiqué par une maison voisine. Et faute par l'Etat français de faire la preuve d'un de ces faits l'exonérant de responsabilité, l'Etat français avait été condamné par le Tribunal de 1ère Instance et la Cour de Paris. La Chambre civile de la Cour de Cassation cassa cette décision. La raison pour laquelle la Cour de Paris avait estimé pouvoir appliquer le Code civil français, c'est que la Cour avait estimé qu'il est de principe que toute personne privée qui traite avec un Etat souverain se soumet, par le seul fait qu'elle traite avec lui, aux lois et à la juridiction de cet Etat. La Cour de Cassation cassa cette décision, estimant, au contraire, que c'était le droit ottoman, et non pas le Code civil français, qui devait régler la solution du conflit. Le droit ottoman - on en avait fait la preuve aux débats - ne connaissait pas la présomption de responsabilité en faveur du propriétaire, et dans ces conditions, la Cour de Cassation estima qu'en excluant l'application du droit ottoman, qui était la loi du lieu où le contrat avait été passé et où il devait être exécuté, l'arrêt se fondait sur un principe de droit erroné en la forme qui lui avait été donnée. Répondant à l'argument tiré du fait qu'il s'agissait

d'un acte de puissance publique, la Cour de Cassation estimait, au contraire, que ce bail n'avait procédé en rien d'un acte d'autorité de l'Etat français, assimilable à une réquisition, à un séquestre ou à tout autre mesure consécutive à l'état de guerre, que ce bail n'avait d'autre caractère, que celui d'un véritable contrat civil. Ainsi, retenons encore dans cette espèce que, bien que l'on ait plaidé devant un tribunal français, que l'Etat français ait été en cause, bien que la partie étrangère, sujet ottoman, ait demandé elle-même l'application du droit français, la Cour de Cassation estime qu'en l'espèce, ce n'était pas le droit français qui était applicable, mais le droit ottoman.

En présence de ces deux espèces, très concrètes, il convient de reprendre les trois termes importants de la définition du D.I.P., dont le sens sera éclairé par les deux exemples indiqués.

I^e) Rapport de droit.

Le rapport de droit est une relation, un lien établi entre une personne et une autre, et dominé par une prescription juridique. C'est une relation d'une personne avec autrui dominée par une règle juridique. Si les relations entre personnes sont sujettes à une sanction, mettant en jeu la force publique, on est en présence d'une relation de droit, d'un rapport de droit. Toutes les relations entre personnes ne comportent pas nécessairement la sanction de l'autorité publique. Les rapports qui se réfèrent à des règles de morale, aux moeurs, aux convenances, ne comportent pas l'intervention de l'autorité publique, ce ne sont pas des rapports de droit. Tels sont, dans l'ordre du droit des personnes, les rapports de famille, rapports de droit entre mari et femme, rapports nés du mariage, rapports entre parents et enfants, la filiation; rapports entre personnes liées par des contrats ou des délits, rapports qualifiés d'obligation conventionnelle ou délictuelle. Dans la seconde espèce citée, il y avait un rapport de droit de ce genre, rapport entre créancier et débiteur, entre propriétaire et locataire.

Cette notion du rapport de droit a été plus particulièrement mise en lumière, analysée et appliquée précisément aux fins du D.I.P. par l'un des fondateurs de la science du D.I.P., le jurisconsulte allemand, Frédéric-Charles de Savigny. Dans son "Système du Droit romain contemporain", paru en 1839, et dont la publication s'étendit sur plusieurs années, Savigny a analysé d'une façon particulièrement pénétrante la notion du rapport de droit, et dans le

Première donnée essentielle : le rapport de droit.

dernier volume de son ouvrage, où il traite des conflits de lois, au tome VIII (1849); il fait une application importante de l'analyse du rapport de droit à la matière des conflits de lois. Il est devenu de la sorte le chef de l'école analytique.

Savigny considérait (Tome I, p. 524 de la traduction française de son ouvrage) le rapport de droit comme une relation de personne à personne, déterminée par une règle de droit. Il est essentiel, à la suite de Savigny et de son école, de pénétrer plus avant dans la notion du rapport de droit et d'en analyser les éléments.

Les éléments du rapport de droit ont donné lieu, suivant les auteurs, à des nomenclatures plus ou moins détaillées, à des énumérations. Tous, du moins s'accordent à considérer comme également essentiels les trois éléments suivants : à la base du rapport de droit il y a un fait initial, générateur du rapport, et qui est chronologiquement et logiquement le premier élément à considérer. Tel est par exemple, dans la 1ère espèce, le mariage qui a fait naître le rapport entre conjoints, qui a donné lieu aux procès en divorce et en séparation de corps. Dans le deuxième exemple, c'est le bail, le contrat de location passé le 29 mai 1919 entre l'Etat français et le bailleur de nationalité ottomane. Ce fait générateur du rapport, il est nécessaire de le situer et de le localiser. Il doit être situé dans le temps, à une date déterminée, et il doit être localisé dans l'espace, fixé dans un certain pays, une certaine ville, un certain endroit. Tel est le cas dans notre première espèce, le mariage a eu lieu à Paris, à une date déterminée. La localisation et la situation, dans notre deuxième espèce : location à Constantinople le 29 mai 1919. Voilà le premier élément.

Deuxième élément du rapport de droit : les sujets. Le sujet actif et le sujet passif, créancier et débiteur. Dans les contrats synallagmatiques les deux sujets sont à la fois sujet actif et sujet passif. Il en est ainsi dans les rapports de droit du patrimoine, notamment dans le contrat de bail de la deuxième espèce, rapport synallagmatique entre le bailleur et le preneur. Les rapports sont également synallagmatiques, articles 212 à 214 du Code civil, lorsqu'ils sont engendrés par le mariage entre les conjoints.

Ce deuxième élément doit être également situé et localisé. C'est dans le temps que les parties aigssent, et leur localisation s'opère, par rapport au territoire qu'ils habitent, par un élément très

Analyse de la notion de rapport de droit.
Premier élément : fait génératrice du rapport.

Deuxième élément : les sujets.

important, qui s'appelle le domicile ou la résidence. Il y a lieu également de tenir compte du rapport abstrait qui les unit avec certains pays, et qui s'appelle, la nationalité.

Troisième élément : l'objet.

Enfin, troisième élément essentiel du rapport de droit : le contenu ou objet du rapport de droit, c'est-à-dire la prestation ou l'abstention qui est due, qu'il s'agisse de rapports de famille ou de rapports patrimoniaux. Dans les rapports patrimoniaux une chose matérielle étant l'objet propre du contrat cette chose matérielle, l'immeuble dans notre deuxième espèce, peut être un meuble, et parfois même un objet, un droit, un bien corporel, qui est considéré par extension comme l'objet, bien que, l'objet des obligations soit l'obligation même ou la prestation qui est visée.

Ici encore, localisation et situation, situation dans le temps, localisation dans l'espace. Situation dans le temps et localisation dans l'espace relativement à notre deuxième espèce à savoir situation à Constantinople de l'objet loué, et existence de cet objet à un certain moment, disparition à un certain autre par l'effet de l'incendie de juillet 1919.

Tels sont les éléments du rapport du droit. Voici alors où apparaît le droit international. Dès l'instant où l'un quelconque ou plusieurs de ces éléments, présente ce que l'on appelle le caractère d'extranéité, dès l'instant où l'un ou plusieurs de ces éléments sont étrangers, apparaît le droit international, ou ce que l'on appelle le conflit des lois. Il suffit qu'un seulement de ces éléments soit étranger. Dans la première espèce, le seul élément étranger était la nationalité anglaise du mari. Tous les autres éléments : lieu où le mariage avait été passé, domicile des époux, tribunal saisi, partie adverse, tout était français, sauf la nationalité du demandeur. Dans la deuxième espèce, le tribunal était français, on plaidait contre l'Etat français, mais le domicile du demandeur était en Turquie, le lieu de l'acte avait été Constantinople, le lieu de la situation de la chose était également Constantinople. Ces trois éléments réunis luttaient contre les considérations tirées de la nationalité, si l'on peut dire, de l'Etat français, et du fait que l'on plaidait devant des tribunaux français, et c'est précisément, lorsque l'un de ces éléments est étranger, que fait apparition la deuxième des données fondamentales du D.I.P., le conflit des lois.

2°) Le conflit des lois.

Le conflit des lois peut être défini comme

Deuxième donnée essentielle : le conflit des lois.

rencontre à propos d'un rapport de droit de deux ou de plusieurs règles de droit de divers pays susceptibles de s'appliquer à un même rapport de droit. Le professeur Pillet, dans son "Traité pratique de D.I.P." (tome 1er) écrivait ces lignes qui posent admirablement le problème du conflit des lois : "On dit qu'il y a conflit chaque fois que l'on hésite entre les lois de divers pays, parce que toutes paraissent avoir certains titres à être appliquées au rapport de droit, dont il s'agit de déterminer la condition légale". Et l'auteur ajoutait : "Un conflit 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 on doute d'abord de la loi que l'on doit appliquer, et le D.I.P. a pour fonction spéciale de donner une réponse à cette question préalable". C'est une question de droit préjudiciable, on ne discute pas le sens de la loi, on se demande quelle est la loi applicable.

Le rapport de droit est en relation étroite avec la règle de droit. Le rapport n'est juridique que parce qu'il est dominé par une prescription légale, par le droit positif, sanctionné par l'autorité publique. La règle de droit domine le rapport de droit. Si l'un des éléments est étranger, si l'on ou plusieurs des éléments du rapport de droit présentent le caractère d'extranéité, ce n'est pas une seule règle de droit que l'on a en face de soi, on voit se dresser deux ou plusieurs règles de droit qui sollicitent l'application, qui demandent à l'interprète à être discutées.

Ainsi les deux droits sont en concours, sont en concurrence. Il en est ainsi dans les deux exemples choisis. Première espèce : il y a deux droits en présence : le droit anglais et le droit français; le droit anglais qui ne connaît pas comme cause de divorce l'injure grave, le droit français, au contraire, qui la comprend dans la nomenclature des causes de divorce et de séparation de corps. Deuxième espèce : le droit français, article 1733 du code civil, établit en faveur du propriétaire une présomption en cas d'incendie; le droit ottoman ne connaît pas cette règle. Voilà les deux droits en présence, et voilà ce que l'on a appelé d'un terme devenu classique, le conflit des lois.

Pourquoi conflit ? Pourquoi conflit des lois ? Pourquoi ne pas dire conflit de droits, au lieu de conflit de lois ? Le droit français et le droit an-

Origine de l'expression conflit de lois.

glais d'une part, le droit français et le droit ottoman, d'autre part, sont en concurrence. Pourquoi employer le mot lois et non pas le mot droit ? L'expression classique vient de l'évolution historique. C'est entre le XVII^e siècle et le XIX^e siècle, plus particulièrement au XVIII^e siècle, que ce que l'on appelle le D.I.P. a trouvé sa base, sa terminologie. On à cette époque, l'expression employée, usitée notamment dans l'ouvrage le plus célèbre du XVIII^e siècle, se retrouve dans le titre même de cet ouvrage, "L'esprit des lois" de Montesquieu. On écrivait même "loix". C'était le terme classique par lequel on désignait la législation. De nos jours, on emploie un mot qui a d'autres sens, le mot droit; c'était à cette époque le mot lois qui était en usage.

L'expression de conflit est apparue plus particulièrement vers le XVII^e siècle dans la doctrine des auteurs hollandais, qui en ont établi les bases. À l'origine, ces auteurs avaient employé une autre expression. Ils parlaient du concours des lois. L'un de ces maîtres, le jurisconsulte hollandais Paul Voet dans son ouvrage de 1661 parlait du "concours des statuts". Les statuts, c'était des lois. Les statuts municipaux avaient été en conflit dans l'Italie du Moyen-Age. "De statutis et de leur concours", "De statutis eorumque concursu", tel était le titre du livre de Voet. C'était donc le concours, la concurrence, que l'on envisageait, et l'on recherchait surtout la conciliation des lois. C'est un autre auteur de la même école, le jurisconsulte Huber, qui a employé l'un des premiers l'expression de conflit, "De conflictu legum", du conflit des lois. Et cette expression s'est perpétuée. Certains auteurs des écoles subséquentes, notamment en Allemagne, ont employé une expression identique, la collision "De statutorum collisione", la collision des statuts, ce qui explique que dans la langue juridique allemande on emploie l'expression de règle de collision, "collisiones normen", pour indiquer les règles qui gouvernent la solution des conflits de lois. Cette notion et cette expression de conflit de lois a abouti à une conséquence qui pèse sur l'ensemble de notre science.

Conséquences
de l'usage de
cette expression

L'idée de conflit a amené les auteurs à considérer les lois comme des sortes de personnes. On a sommifié les lois. Ce n'est plus le droit français, le droit anglais, qui sont en présence, ce n'est plus le droit français et le droit ottoman, c'est la loi française, la loi anglaise, la loi ottomane, qui sont en conflit, qui luttent en quelque sorte pour la prééminence, qui, ayant un domaine sur lequel elle s'é-

tendent, ont la prétention d'étendre ce domaine dans l'espace et au-delà des frontières. C'est ainsi que, d'après les deux arrêts choisis, le droit anglais et le droit ottoman étendent leur empire en territoire français, puisque les tribunaux français se prononcent en vertu de ces lois. Cette idée de personification des lois en conflit a amené les auteurs à faire intervenir ici une notion qui n'est point sans avoir donné une très grande gravité à ces conflits, la notion de souveraineté. On a dit - ceci a d'ailleurs été discuté - que, derrière les lois, étaient en présence les Etats, leur souveraineté, leur indépendance; que tout empiètement sur le territoire, même abstrait et juridique, est une atteinte à la souveraineté, et qu'il y a lieu de limiter le plus possible aux frontières des Etats l'étendue de l'autorité de leurs lois dans l'espace.

Tels sont les divers éléments qui entrent dans l'analyse de cette expression de conflit des lois. Reste la troisième donnée fondamentale de la définition du D.I.P., la compétence législative.

3°) La compétence législative.

On peut définir la compétence législative comme un privilège. C'est 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. On pourrait dire que c'est un chapitre nouveau qui s'ajoute à ceux qui ont été étudiés. On a vu avec le conflit des lois le chapitre de collisione legum, de la collision des lois. Avec les juris-consultes classiques on peut dire également que le chapitre que l'on aborde, c'est le de preferentia, c'est le chapitre de la préférence qui s'oppose au chapitre du conflit et qui le suit.

La compétence législative est un privilège. Cette expression de privilège évoque à l'esprit certains termes du code civil avec lesquels il est opportun de rapprocher notre notion. Dans les articles 2.094 et 2.095 du code civil le privilège apparaît comme une cause légitime de préférence. "Le privilège, dit l'article 2095, est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers", d'où la définition classique du privilège : "c'est une cause légitime de préférence attachée à une créance, à raison de sa qualité". On dira donc à propos du privilège spécial que constitue la compétence législative, que la compétence législative apparaît comme la résultante d'une cause légitime de préférence attachée à une loi, à raison de sa qualité.

Le D.I.P. est proprement la science des causes légi-

Troisième donnée essentielle : la compétence législative.

times de préférence entre lois.

Comment déterminer les causes légitimes de préférence ? Tel est l'objet des règles sur les conflits de lois. Pour ce faire, ces règles vont procéder à une méthode qui met en présence de deux étapes.

D'abord, le droit va prendre en considération certains des éléments du rapport de droit, et ensuite il va fixer les circonstances dans lesquelles une loi déterminée doit l'emporter sur les autres. Voici d'abord la première opération.

Le droit va prendre en considération certains éléments du rapport de droit. Il va examiner tous les éléments; il va les examiner par comparaison, et suivant l'expression de Pillet, il va peser les titres que peuvent avoir certaines lois à être appliquées par préférence à d'autres au rapport, dont il s'agit. "Lorsqu'un conflit de lois se présente, écrivait encore Pillet, le rôle du D.I.P. est de le résoudre, en donnant la préférence à celle des lois en présence qui paraît posséder les titres les plus forts à être appliquée". Cela veut dire que dans les divers éléments du rapport de droit il en est qui seront appelés à jouer un rôle prépondérant, eu égard à la matière, eu égard au litige. On a vu dans les deux espèces choisies

que l'on peut s'attacher, soit à la nature du tribunal saisi, soit à la nationalité des parties, soit au domicile des parties, soit au lieu où l'acte, mariage ou bail, a été passé, soit au lieu où se trouve l'objet, l'immeuble sis en pays ottoman. Suivant le rapport de droit, suivant la matière dont il s'agit, ce sera tel ou tel de ces éléments qui aura l'importance prépondérante et qui emportera la préférence au profit de la loi qui y correspond. C'est ainsi que l'on peut invoquer alors les lois avec un qualificatif autre que celui du pays qui les a édictées. En réalité, grâce à cette observation nouvelle, dans les espèces analysées, ce n'est pas tant le droit français et le droit anglais dans la première espèce, ce n'est pas tant le droit français et le droit ottoman dans la deuxième, qui étaient en conflit, que la loi nationale, la loi du domicile, la loi du lieu de passation de l'acte, la loi de la situation du bien, la loi du juge saisi. Toutes ces expressions sont classiques, elles sont techniques.

Le conflit des lois, c'est le conflit entre les éléments du rapport de droit, correspondant à des lois peut-être différentes. On vient de mentionner ainsi cinq lois, susceptibles d'entrer en conflit. Ces lois sont désignées dans la science du D.I.P. sous des expressions différentes. On les appelle parfois loi per-

Eléments du rapport de droit qui peuvent être pris en considération.

sonnelle, loi locale, loi territoriale. C'est ainsi que l'on range la plupart du temps la loi nationale et la loi du domicile dans ce que l'on appelle les lois personnelles, parce qu'elles se réfèrent à ce que l'on appelle le statut personnel, et que l'on réserve le nom de loi locale et territoriale à la loi du lieu de confection de l'acte, à la loi de la situation du bien, à la loi du juge saisi. Mais en dehors de ces expressions génériques, sur le sens desquelles d'ailleurs tous les auteurs ne sont pas d'accord, on a pris l'habitude de désigner par des noms latins classiques, les lois en question. Ce langage latin provenant du fait que la science du D.I.P. est internationale, a puissamment contribué à l'entente entre les jurisconsultes de divers pays discutant de ces questions.

C'est ainsi que l'on nomme la loi du juge saisi la *lex fori*, la loi du *for*, on dit même parfois la loi du *forum*, la loi du *tribunal*.

On nomme la loi du lieu où l'acte a été passé la *lex loci actus*, d'où vient la règle célèbre : *locus regit actum*.

On nomme la loi de la situation d'un bien la *lex rei sitae*, la loi du lieu où la chose est située, ou encore la *lex situs*, la loi de la situation.

L'expression latine pour la loi du domicile, c'est la *lex domicilii*.

Il n'y a que pour la loi nationale que le terme latin fait défaut, parce que la notion de nationalité n'existe pas à Rome. Il existait la notion de la cité, la *civitas*; le mot de nationalité est un terme du XIX^e siècle, qui est apparu dans le droit contemporain. Un certain nombre d'auteurs étrangers n'hésitent pas à qualifier la loi nationale par l'expression *lex patriae*. C'est une expression conventionnelle, qui n'a rien de romain, sinon de latin, l'expression *patria* étant une expression qualificative, comme dans *patria potestas*, la puissance paternelle, et qui n'a jamais désigné, à Rome, une chose qui est parfaitement inconnue et qui s'appelle la patrie.

Parmi les lois qui ont été citées, il en est qui attirent plus spécialement l'attention. L'énumération qui a été donnée n'est point limitative. Il faut y joindre d'autres lois, par exemple, s'agissant des contrats, la *lex loci actus*, la loi du lieu de l'acte, qui prend souvent le nom de *lex loci contractus*. On donne souvent le nom de loi du lieu du contrat à la loi du lieu de l'acte, lorsqu'il s'agit d'un contrat et dans le cas d'un contrat, on prend même parfois en considération, non pas le lieu où le contrat a

été passé, mais le lieu où le contrat doit produire ses effets et où doivent être effectuées les prestations dues en vertu du contrat. C'est ce que l'on appelle la loi du lieu d'exécution, *lex loci solutionis* (*solutio*, c'est le paiement en droit romain); de même encore, certains auteurs parlent de la "loi d'autonomie".

Seconde opération du jugement de compétence : désignation de la loi préférée.

La nomenclature une fois établie, vient alors la seconde opération impliquée par le jugement de compétence : c'est la désignation de la loi préférée, le jugement de préférence, un choix, un jugement de valeur. Il s'agit, les lois étant ainsi présentées à l'attention de l'interprète, de choisir, parmi toutes celles qui sont en concurrence, celle qui doit l'emporter. Ce choix ne doit pas être livré au hasard, ce choix dépend de règles, et c'est précisément la tâche du jugement de compétence législative que de distinguer les circonstances dans lesquelles, à raison de certains éléments, une loi doit l'emporter sur les autres, de distinguer les circonstances dans lesquelles un des éléments du rapport de droit permet de dire que telle loi doit l'emporter sur toutes les autres. Dans certains cas, c'est la loi nationale ou c'est la loi du domicile, qui doit l'emporter; dans d'autres cas particuliers, c'est la loi de la situation du bien ou la loi du lieu où l'acte a été passé. En définitive, la seconde opération consiste à déterminer les circonstances dans lesquelles une des lois doit l'emporter sur les autres, à raison de l'élément reconnu comme prépondérant.

Ici se pose une question préjudicielle. Est-ce qu'il n'y a pas parmi toutes ces lois qui sollicitent l'interprète, et dans l'espèce d'un litige, le juge chargé de donner la solution au conflit, une des lois qui s'imposent impérieusement au juge ? Pourquoi ne pas dire d'une façon générale et systématique que la loi qui s'impose au juge, c'est celle qu'il est chargé d'appliquer, et que par conséquent la solution des conflits de lois serait de donner toujours et sans distinction la préférence à la *lex fori*, à la loi du juge saisi ?

C'est un système qui n'a jamais été soutenu. Toute le D.I.P. peut précisément se résumer dans une formule : c'est la liste des exceptions apportées à l'application de la *lex fori*, liste des exceptions en vertu desquelles le juge va être amené à appliquer une autre loi que celle au nom de laquelle il a mission de statuer. Evidemment, par instinct, le juge aura tendance à appliquer sa propre loi, non pas seulement parce que c'est celle qu'il connaît, alors que la loi étran-

Question pré-judiciaire : Raisons pour lesquelles on n'applique pas toujours la *lex fori*.

gère présentera évidemment pour lui des obscurités, mais encore par son titre même de juge national, qui le lie à une loi déterminée. Cependant il n'en peut être ainsi.

Il faut remarquer en premier lieu que, lorsqu'un procès se déroule devant un tribunal, la plupart du temps les règles de compétence expliquent rationnellement les raisons pour lesquelles le juge en a été saisi : domicile des parties, nature de l'affaire, etc.. Mais il se peut, et c'est une première considération, que ce soit un hasard, le hasard d'un voyage ou d'une résidence momentanée, qui ait amené tel tribunal à connaître d'un litige plutôt qu'un autre tribunal. Ceci n'est pas la considération pour laquelle on repousse l'idée systématique d'appliquer partout la lex fori.

On fait remarquer en second lieu que l'intérêt même des Etats se trouve attaché à ce que la lex fori ne soit pas toujours la loi applicable. S'il en était ainsi, il serait trop facile aux particuliers d'échapper aux règles de leur loi nationale. Exemple, la France avant 1884 n'admettait plus le divorce, aboli par la Restauration. À l'heure actuelle, par une tradition séculaire, l'Italie ne connaît pas le divorce. À l'inverse, nos lois ne connaissent pas la séparation de corps volontaire, la séparation conventionnelle. Au contraire, en Italie existe la séparation volontaire et conventionnelle. Si ce devait toujours être le tribunal saisi, dont la loi gouverne tous les litiges, il serait facile en se transportant au-delà des Monts pour un Français, ou pour un Italien en France, de changer la loi applicable. De même, la Belgique a conservé le divorce par consentement mutuel, qui existait dans la forme première du code civil français, et qui n'a pas été repris en 1884. Est-ce que des Français désirant divorcer par consentement mutuel pourraient obtenir un résultat de ce genre en changeant simplement de domicile ? Ainsi, l'intérêt des Etats, l'intérêt du bon ordre d'une société déterminée est attaché à ce que dans une certaine mesure leurs lois suivent la personne au-delà de la frontière, et que ce ne soit pas toujours et indistinctement la loi du juge qui s'applique au litige.

Mais ce ne sont pas seulement des raisons d'intérêt qui dictent l'écart d'une application systématique de la lex fori. Des raisons plus hautes, tirées du droit individuel, militent en faveur de l'application au-delà des frontières du principe de l'exterritorialité de certaines lois. L'exemple de la Belgique, peut aider à le comprendre. Supposons deux Belges a-

Raison d'intérêt.

Raisons tirées
du droit individuel.

yant divorcé en Belgique par consentement mutuel et venant s'installer en France. Par une série de circonstances, ils se trouvent amenés devant les tribunaux et la question de leur état se pose. Est-ce qu'un tribunal français pourra méconnaître la situation de ces Belges ayant divorcé par consentement mutuel, pour la seule raison que le droit français ne connaît pas cette situation ? On touche là à un problème qui porte un nom particulier, c'est le principe du respect international des droits acquis. Lorsque sous l'empire d'une législation déterminée des personnes se sont acquises une situation juridique, il serait contraire au droit à l'équité, au plus élémentaire principe de la sécurité des personnes et des biens, que l'on puisse dans un autre pays y porter atteinte parce que la loi de ce pays est différente. Ainsi, ce sont donc des principes de droit individuel, qui sont à la base des règles qui gouvernent le conflit des lois et qui déterminent les circonstances dans lesquelles une loi doit l'emporter sur les autres.

En conséquence, même si, par tendance, les tribunaux ont une inclination particulière à appliquer la lex fori, celle-ci n'a, dans le conflit des lois, aucune raison prééminante de l'emporter et d'avoir le privilège de la compétence législative.

A l'inverse, à l'opposé, on pourrait soutenir qu'il est indifférent à un Etat, de voir appliquer telle loi plutôt que telle autre. Pourquoi ne pas s'en remettre sur ce point à la volonté des parties ? En effet, la volonté des parties a, dans le choix de la loi applicable, un rôle important. Cela ne veut pas dire que l'on puisse systématiquement s'en remettre aux intéressés du choix de la loi applicable. Pour reprendre les exemples théoriques déjà envisagés, supposons que deux français veuillent divorcer par consentement mutuel. Il ne dépendra pas de leur simple volonté de venir devant les tribunaux français ou même devant les tribunaux belges : il nous plaît de choisir la loi belge pour régir les conséquences de notre union matrimoniale. Sans doute, on peut obtenir que la volonté des parties exerce son choix, notamment en matière de contrat, mais lorsqu'on est en présence de disposition touchant à ce que l'on appelle l'ordre public, lorsqu'on est en présence de dispositions prohibitives ou impératives, on ne peut pas s'en remettre à la volonté des parties du choix de la loi applicable. Il faut donc se résigner à la recherche d'un certain nombre de principes, en vertu desquels, dans certaines circonstances données, une loi l'emportera sur les autres à raison d'un élément reconnu comme

Toutefois, on ne peut pas suivre toujours la volonté des parties.

Rôle et mécanisme du droit international

prépondérant. C'est ainsi qu'ont raisonné, dans les deux espèces précédemment étudiées, les magistrats de la Cour d'Appel et ceux de la Cour de Cassation.

Prenons l'affaire du divorce des époux Stewart, dans laquelle les juges de la Cour d'Appel avaient fait prévaloir la loi anglaise à raison de ce qu'elle était la loi nationale du mari. Comment est-ce que la Cour d'Appel a raisonné pour faire prévaloir l'élément national, la loi nationale qui emporte la compétence législative dans le litige en question ? C'est que le litige rentrait dans la catégorie de ce que l'on appelle les questions d'état et de capacité, et que, à tort ou à raison, par un raisonnement tiré d'un texte du code civil, on décide en France que les questions d'état et de capacité, à raison de leur nature, ont un lien étroit avec la nationalité et que par conséquent c'est l'élément nationalité qui doit l'emporter et faire donner la préférence à la loi nationale. C'est ainsi que l'arrêt en question indique : "il faut donc appliquer à chacun des époux sa loi nationale regardée comme engendrant pour lui un droit certain". Et cette solution est déduite de la façon suivante : "on peut la déduire de l'article 3 du code civil". L'article 3, § 3 du code civil édicte la règle que les Français, même résidant à l'étranger, voient leur état et leur capacité gouvernés par la loi française; et on en déduit par réciprocité, qu'aux yeux de la loi française il en est de même pour les étrangers, et que par conséquent, pour les étrangers la loi applicable à leur état et à leur capacité c'est la loi nationale. On peut déduire de l'article 3 du code civil que l'état et la capacité de l'étranger sont gouvernés en France par sa loi nationale. Ce jugement, qui porte sur la compétence législative permet de saisir sur le vif le rôle et le mécanisme du droit international.

Il en est de même dans la second espèce, sur le point de savoir si, relativement au litige portant sur la responsabilité du locataire en cas d'incendie, il y avait lieu de faire prévaloir la loi française, puisque c'était l'Etat français qui était locataire, ou la loi ottomane, puisque l'immeuble incendié se trouvait à Constantinople où le contrat avait été passé. Voici comment la Chambre civile de la Cour de Cassation motive son arrêt : "Attendu que la loi applicable aux contrats, soit en ce qui concerne leur formation, soit quant à leurs effets et conditions, est celle que les parties ont adoptée". Ici on est en matière de formation du contrat et d'effets du contrat.

La loi applicable, proclame la Cour de Cassation, c'est la loi que les parties ont adoptée; c'est ce que certains auteurs appellent la loi d'autonomie, c'est le principe de l'autonomie de la volonté, désignant la loi applicable. La Cour suprême ajoute "qu'entre personnes de nationalités différentes, la loi du lieu où le contrat est intervenu et doit être exécuté est en principe celle à laquelle il faut s'attacher, à moins que ne se dégage une intention contraire, soit de la convention, soit des circonstances de la cause". Par conséquent, par interprétation de la volonté des parties, on dira que la loi applicable sera la lex loci contractus ou la lex loci solutionis, la loi du lieu où le contrat a été passé et où son exécution est intervenue, la loi ottomane, à moins d'intention contraire résultant de la convention ou des circonstances. Voilà ce qu'il faut entendre par la compétence législative. C'est un jugement portant sur la loi applicable, indiquant les circonstances dans lesquelles, par exclusivité, un certain nombre de textes de lois l'emportent sur ceux avec lesquels ils sont en concurrence.

La détermination de la compétence législative est l'aboutissement du D.I.P.; on peut dire que le D.I.P. est le corps des règles édictées pour déterminer les causes légitimes de préférence entre les lois.

A cet égard, il convient de présenter quelques remarques sur l'expression même de compétence législative. On est toujours dans le langage imagé, figuré, qui a donné aux lois une sorte de personification. Il s'agit de trancher un litige. Or, en droit, l'aptitude à trancher un litige s'appelle la compétence. Dans le vocabulaire juridique rédigé sous la direction de M. Capitant, au mot compétence, s'agissant d'un tribunal ou d'une Cour, "l'expression signifie", dit le vocabulaire, "le pouvoir reconnu à une juridiction d'instruire et de juger un procès". Mais ici il ne s'agit pas d'un tribunal, il s'agit de la législation, il s'agit de la loi qu'on doit appliquer. C'est donc par image que l'on a personnifié la loi, c'est par extension que l'on parle de sa compétence. Lorsqu'on dit que la loi est compétente, cela veut dire qu'elle l'emporte sur celles avec lesquelles elle est en concurrence pour trancher le litige. C'est du langage figuré; précisément, il y a lieu de distinguer alors le sens figuré du sens propre, et, pour cela, on ajoute le qualificatif de législative. On dit "compétence législative", par opposition à la "compétence du tribunal", au pouvoir reconnu à une juridiction d'instruire et de juger un procès, que l'on nomme la com-

Observation
relative à l'
expression de
compétence
législative.

pétence juridictionnelle. Dès lors c'est en termes très clairs que M. Bartin a pu décrire la compétence législative : "la question de savoir quelle est, des deux législations auxquelles on peut songer pour résoudre une question, celle qui doit régir, sous ce point de vue, les rapports des parties, celle qui est compétente pour les régir". Cette terminologie est consacrée, mais elle n'est pas sans soulever certaines critiques. L'expression de compétence législative s'expose à un double reproche.

Critique de cette expression.

En premier lieu une loi à proprement parler n'est pas compétente. C'est le tribunal qui est compétent. La loi est à la fois au-dessus et au-dessous du juge. Elle lui dicte sa sentence, mais d'autre part elle est son instrument. C'est le tribunal qui est compétent; la loi, elle, est applicable. La loi est applicable, et l'expression correcte devrait être "loi applicable" et non pas "loi compétente". On doit cependant reconnaître qu'en égard à l'habitude prise par les auteurs contemporains, l'expression de compétence a fini par s'imposer.

Mais il y a encore une autre critique à faire à l'expression de compétence législative. Elle expose à une grande confusion, parce que précisément il existe un certain nombre de conflits de lois spéciaux qui portent sur la compétence des tribunaux, si bien que ces conflits de compétence rentrent dans une catégorie particulière, les conflits naissant de la question de savoir si un litige est bien du ressort de la justice de tel Etat plutôt que de tel autre, et se rapprochent des conflits qui portent sur la procédure et sur le sort des jugements, conflits qu'on appelle les conflits de jurisdictions. La terminologie qui consiste à employer l'expression compétence législative s'expose donc à cette seconde objection, elle fait naître une confusion entre les conflits de compétence et la question de la compétence législative, les conflits de compétence juridictionnelle et les conflits de compétence législative.

Terminologie nouvelle adoptée par certains auteurs.

C'est pourquoi un certain nombre d'auteurs ont résolu aujourd'hui d'écartier dans une certaine mesure l'expression de compétence législative et ont adopté une terminologie nouvelle, qui a été recueillie par les auteurs français les plus récents, notamment par M. Lerebours-Pigeonnière, Professeur à l'Université de Rennes, dans son *Précis de D.I.P.* et également par un autre auteur qui publie un *Précis de D.I.P.* à l'heure actuelle en cours de réédition, M. Arminjon. Ces auteurs admettent l'expression de règles de rattachement. Le rattachement, c'est la compétence législative

Cette expression vient encore, comme le terme de rapport de droit, de l'école de Savigny, qui a fait du rattachement une des données essentielles de son système. L'élément de rattachement, c'est l'élément qui permet dans le conflit des lois de faire ressortir une loi à raison de sa prépondérance, et les règles de rattachement, ce sont les règles de conflit de lois, les règles qui déterminent les solutions dans le cas de conflit de lois. Il était indispensable d'indiquer cette terminologie, parce qu'elle est employée de plus en plus par les auteurs modernes.

Avant d'en venir, pour ce commentaire de la définition du D.I.P., aux éléments secondaires, il faut encore, relativement aux trois éléments primordiaux, qui ont été analysés, présenter quelques observations complémentaires.

Tout d'abord, certains auteurs également très récents ont une tendance à définir le D.I.P. sous la forme suivante : la branche du droit ayant pour objet la détermination de l'empire des lois dans l'espace. C'est précisément la forme donnée à la définition du D.I.P. par un grand nombre d'auteurs récents en France et à l'étranger. On démontre la justesse de cette expression en rapprochant le problème du conflit des lois d'un autre problème très voisin, qui a pour objet précisément la détermination de l'empire des lois dans le temps. C'est la question de la rétroactivité ou de la non rétroactivité des lois. On se pose, en France et dans tous les pays, la question de savoir, lorsqu'un changement survient dans la législation, quel est le sort de la loi antérieure et quel est le sort des actes passés sous l'empire de la loi antérieure ? Il existe, relativement à la rétroactivité et à la non-rétroactivité des lois, des principes généraux, soit en ce qui concerne les lois de droit civil et de droit privé, soit, ce qui est plus grave encore, en ce qui concerne les lois répressives. C'est un principe fondamental, tutélaire de la liberté individuelle, que la loi pénale n'est pas rétroactive, et la liberté de chacun est attachée à ce principe.

Il existe dans le D.I.P. une similitude avec le problème de la non rétroactivité ou de la limite de la rétroactivité des lois. Le principe de non rétroactivité a pour objet la délimitation de l'empire des lois dans le temps. Le D.I.P. a pour objet la délimitation des lois dans l'espace. C'est ce qui explique que dans certains pays le langage juridique a adopté ce mode de désignation. C'est ainsi par exemple que l'on appelle, en Allemagne, le D.I.P. le droit des frontières, le "grenzrecht", parce que c'e-

Observations complémentaires :

Observation relative à une définition du D.I.P. proposée par des auteurs récents.

un droit qui trace des frontières et qui établit des délimitations.

M. Lévy-Ullmann n'est pas favorable à des expressions imagées de ce genre, car l'on a déjà usé et abusé des images dans le D.I.P., de la personnification des lois dans le conflit de lois. Mais si l'on devait se résoudre à expliquer les choses en faisant appel à l'imagination, ce n'est peut-être pas au tracé d'une frontière, à la délimitation physique et géographique du pays des lois, que l'on doit s'adresser aujourd'hui pour faire une comparaison. C'est, au contraire, vers d'autres phénomènes du monde physique du temps présent, dûs aux découvertes récentes, que l'on pourrait se tourner pour retrouver la source de plus utiles comparaisons. C'est ainsi que l'on pourrait très justement concevoir chaque Etat légiférant comme émettant des lois. C'est une émission législative, dont les ondes sont comparables aux ondes électriques qui se propagent au-delà des frontières. La législation des pays s'étend sur les pays voisins. A un moment donné, dans un pays, on peut être tenté d'étudier la loi du pays voisin. On peut être même tenté de faire passer la solution du pays voisin dans la législation de son propre pays. Il y a même des circonstances, où dans un pays autre que celui où l'émission a été faite, on est amené à capter le droit étranger pour l'appliquer dans le pays propre. De la sorte, les émissions législatives se compénètrent au-dessus de la surface du globe. Ce n'est pas un tracé de frontières, puisque les frontières n'arrêtent rien, c'est une compénétration des législations. Le D.I.P. n'est que l'organisation méthodique de cette captation des ondes législatives. Voilà la première observation.

Deuxième observation relative au litige faisant ou non intervenir la notion de temps.

Voyons maintenant la deuxième observation. Dans les espèces que l'on rencontre dans le D.I.P., on peut établir deux catégories : celles où il n'y a pas d'intervention de temps, et celles au contraire -ce qui les rapproche de la question de rétroactivité- où intervient la notion de temps. C'est ainsi que dans la première espèce, sur laquelle il a été raisonné, dans le divorce des époux Stewart, la femme française d'origine, devenue anglaise par son mariage, avait récupéré la qualité de française en vertu de la loi de 1927. C'est là l'exemple d'un conflit avec complication de temps. En effet, les données du problème se sont trouvées transformées. Si la femme était restée anglaise, le tribunal et la Cour lui auraient réservé le sort que l'on avait donné au mari dans l'affaire, on lui aurait interdit d'invoquer l'injure grave. Mais, étant redevenue française, elle prétendait avoir

le droit d'invoquer la législation française, bien que le mariage ait eu lieu avec un anglais et qu'elle fût devenue, lors de son mariage, anglaise elle-même. C'est là l'exemple d'un conflit avec complication de temps, exemple d'ailleurs que l'on retrouve dans un arrêt directeur très important où s'agissant du divorce d'une ex-française avec un italien, la loi italienne interdisant le divorce, la Cour de Cassation a admis qu'il y aurait possibilité d'un divorce pour la femme réintégrée; c'est l'affaire Ferrari (Cassation, 6 Juillet 1922).

Au litige de D.I.P. faisant ainsi intervenir la notion de temps, M. Bartin a suggéré de donner une épithète. Il appelle ces conflits les conflits mobiles, par opposition aux conflits fixes. Les conflits fixes, ce sont les conflits sans complication de temps; les conflits mobiles, ce sont les conflits avec complication de temps. Telle était la seconde observation où il convenait d'ajouter aux éléments constitutifs essentiels de la définition.

Troisième observation relative à la distinction des conflits au premier degré et au second degré.

Enfin, encore une dernière distinction. Elle est d'une importance capitale. C'est l'opposition entre les conflits au premier degré et les conflits au second degré. Qu'est-ce à dire? Les conflits que l'on vient d'étudier, sont des conflits qui se présentent entre les lois à raison des règles de fond contenues dans ces lois. C'est ainsi, pour reprendre les deux exemples déjà étudiés, que dans la première espèce il y avait conflit entre le droit anglais et le droit français, parce que le droit anglais n'admettait pas l'injure grave comme cause de divorce, tandis que le droit français l'admettait. C'est ainsi que dans la seconde espèce, il y avait conflit à raison des règles de fond en matière de bail, de location, parce que le droit français admet en cette matière une présomption (article 1733 du code civil) en faveur du bailleur, que ne connaît pas, a-t-on dit, la loi ottomane. C'est un conflit entre les règles de fond, c'est un conflit au premier degré.

Mais alors -et c'est là que l'on voit apparaître le conflit au second degré- il peut se produire des conflits entre les règles de rattachement, des conflits entre les principes de rattachement adoptés dans l'un ou dans l'autre des pays. C'est précisément dans les deux espèces citées qu'on le constate. Non seulement il y avait conflit au fond, au premier degré, mais il y avait conflit au second degré, soit conflit entre les règles de rattachement, soit conflit dans les conditions dans lesquelles ces règles pouvaient s'appliquer.

Première espèce. On décide que le droit anglais s'applique, parce qu'en France c'est la loi nationale qui gouverne la demande du mari demandeur, et la loi nationale, c'est la loi anglaise. Mais quelle est la loi anglaise ? Non seulement l'Angleterre possède des règles de fond sur le mariage, mais elle possède aussi des règles de rattachement, elle possède aussi, en propre, des règles gouvernant le conflit de lois. Or, il se trouve qu'en vertu d'une tradition séculaire, qui remonte à l'ancien droit en matière d'état et de capacité, en matière de statut personnel, aux yeux de la loi anglaise, ce n'est pas la loi nationale qui gouverne le conflit, c'est la loi du domicile. Or, le mari était domicilié en France. Donc, par la vertu du raisonnement logique, s'il est exact que ce soit la loi nationale de l'anglais qui gouvernait sa demande, la loi nationale indiquant la loi du domicile comme loi compétente, la compétence législative ne devait pas appartenir au droit anglais, mais au droit français. On est ici en présence d'une des questions les plus célèbres du D.I.P., la célèbre question du renvoi. En effet, il y a de la part du droit français, à reconnaître la compétence du droit anglais, un "envoi", et, le droit anglais déclarant la loi du domicile applicable, il y a "renvoi". La loi française est désignée. Pour constater que, sur cette question, les tribunaux ne jugent pas tous comme a jugé la Cour de Paris, qui n'a pas accepté le renvoi dans cette hypothèse, il convient de se reporter quelques pages plus haut dans la Revue de D.I.P., aux deux décisions qui accompagnent relativement au divorce l'affaire Stewart, deux autres divorces anglais. Le tribunal civil de Marseille (1ère Chambre) et le tribunal civil de Fontainebleau, dans deux décisions, l'une du 21 Octobre 1931, et l'autre du 24 Juin 1932, ont, contrairement à la Cour de Paris, qui avait accepté la loi anglaise, fait prédominer la loi française et accepté le renvoi, que la Cour de Paris n'avait pas accepté. Voilà un exemple de conflit au second degré.

La deuxième espèce étudiée donne également un exemple du même genre. La raison pour laquelle le tribunal de première instance avait admis que la loi française s'appliquait, article 1733, résultait de ce que le contrat lui apparaissait comme mettant en jeu la souveraineté de l'Etat français locataire, et par conséquent présentant le caractère d'un acte relevant du droit public. Au contraire, la Cour de Cassation a estimé que le bail en question, bien que passé par l'Etat français, ne relevait pas du droit public, que c'était une opération qui n'était, par nul côté, assimili-

lable à une réquisition, à un sequestre, à une mesure de guerre, et que c'était un véritable contrat civil. C'était de cette appréciation que l'on a déduit, de part et d'autre, l'application des règles sur la compétence législative. Cette discussion sur la nature juridique d'un acte ou d'une institution porte dans notre D.I.P. un nom particulier, on l'appelle la "qualification", et les conflits de qualification sont, comme le renvoi, des conflits qui mettent en jeu l'application des règles de rattachement, l'application des règles de compétence législative, des règles qui tranchent la solution des conflits de lois.

Ces développements montrent qu'il était nécessaire de poser, dès le début, des distinctions.

L'étude de la définition du D.I.P. doit être complétée par l'examen des données secondaires.

On a déjà observé que le D.I.P. était une branche du droit. Il faut entendre ici le mot droit dans un double sens, à la fois comme droit positif, et comme science juridique. Comme droit positif, c'est-à-dire comme étant l'ensemble des règles s'appliquant, sous la sanction du pouvoir social, à un moment donné, à une société déterminée. Telle est la notion générale du droit positif. Et d'autre part, comme branche de la science juridique, c'est-à-dire comme un objet spécial et particulier de la connaissance humaine. Le D.I.P. est à la fois branche du droit positif et branche de la science juridique.

Il est au contraire, dans le droit, des disciplines qui ne sont pas à la fois branche du droit positif et branche de la science juridique. Si le droit civil, le droit commercial, pour ne prendre que ces exemples, présentent les deux caractères, il est d'autres branches du droit qui ne présentent que le caractère scientifique; tel est à titre d'exemple le droit romain, qui n'a pas d'application positive dans notre droit français, à la différence de certains pays, qui encore à l'heure actuelle appliquent le droit romain ou certains textes du droit romain comme droit positif. Le droit français ne recourt au droit romain qu'à titre de tradition historique. Le droit de la révolution et les textes ont retiré au droit romain sa valeur positive en France. Il est certains pays en effet, où le droit romain possède encore la valeur positive. Il en est ainsi notamment en Ecosse et dans les pays du sud de l'Afrique, qui relevaient autrefois du droit hollandais, du droit romano-hollandais, et qui en ont conservé la tradition.

De même l'histoire de notre ancien droit ne présente plus en France qu'un intérêt d'ordre scientifi-

Données secondaires du D.I.P.

Le D.I.P. est une branche du droit positif et de la science juridique.

que, puisque ici encore les textes positifs qui ont mis en vigueur le code civil ont abrogé les textes de l'ancien droit.

Il en est encore de même d'une discipline juridique, qui a avec le D.I.P. les plus grandes affinités : le droit comparé. Le droit comparé n'est lui aussi qu'une discipline scientifique, qu'une branche scientifique du droit. Ce n'est pas une branche du droit positif, comme le D.I.P. Le droit comparé est né de la diversité des législations. Il a pour objet propre de rapprocher systématiquement les institutions juridiques, relevant du droit public et du droit privé dans les principaux pays civilisés. C'est ce que fait également le D.I.P. Mais le droit comparé ne poursuit que des fins scientifiques. Il rapproche les législations pour en faire ressortir les différences et les ressemblances; il vise parfois à l'unification, il tend à unifier les règles du droit dans les divers pays, mais le droit comparé ne vise que la législation à faire, le lex ferenda, il n'a pas d'effet positif, tandis qu'au contraire le D.I.P. statue de lege lata, c'est-à-dire qu'il poursuit des fins de droit appliqué. Les tribunaux retirent des lois étrangères des éléments de solution. Ainsi, c'est donc une première donnée secondaire à retenir, le D.I.P. est à la fois une branche du droit positif et une branche de la science juridique.

Le D.I.P. a principalement pour objet l'étude des conflits de lois et de juridictions.

Autres objets d'étude.

En outre, le D.I.P. a principalement pour objet l'étude des conflits de lois et de juridiction. Principalement, et ce mot principalement a été mis dans la définition à dessein pour laisser entendre que peut-être, et c'est un point controversé, le D.I.P. contiendrait autre chose que l'étude des conflits de lois. En effet, le problème du contenu exact du D.I.P., sous certains de ses aspects, est l'un des plus discutés, l'un de ceux dont la controverse arrête souvent à l'entrée de l'étude du droit D.I.P. Il est en effet deux matières, qui d'après les programmes rentrent dans l'étude du D.I.P., et dont on se demande, la controverse est assez ardente, si vraiment leur place se trouve dans le cadre de cette discipline. Il s'agit de la nationalité et de la condition civile des étrangers. La nationalité est le lien d'un caractère particulier entre un Etat et un individu déterminé. La condition civile des étrangers, c'est l'étude des droits civils, de la nomenclature et de la détermination des droits civils, dont peut jouir un étranger en dehors du pays, auquel il appartient.

La place de ces deux matières dans le D.I.P. a été

contestés et est encore contestée par des auteurs considérables. M. Bartin estime que ces deux matières ne doivent pas rentrer dans le D.I.P., et il ne leur fait aucune place dans ses "Principes", qui sont en cours de publication. Au contraire, le professeur Pillet, le prédecesseur de M. Bartin, défendait l'idée inverse, et prétendait dans son Précis de D.I.P. que la place de la nationalité et de la condition des étrangers est très justement et très légitimement marquée dans le D.I.P. M. Lévy-Ullmann n'entrera pas dans le détail de cette controverse; il constatera simplement que l'arrêté du 24 Juillet 1895 fait entrer dans le programme du D.I.P. et du cours de licence de 3ème année la matière de la nationalité et de la condition des étrangers. Il traitera donc ces matières à la fin du cours, après avoir exposé ce qui est, en somme, et tout le monde le reconnaît, le contenu principal du D.I.P., les principes généraux qui gouvernent les conflits de lois et les conflits de juridiction.

Le D.I.P. poursuit la solution de litiges.

En troisième lieu, le D.I.P. poursuit la solution de litiges, c'est-à-dire de procès. À vrai dire, dans toutes les questions soulevées par le D.I.P., il n'y a pas toujours litige, il n'y a pas toujours procès. Il peut se poser des questions de D.I.P. notamment, par exemple, dans les études, dans les administrations publiques, qui ne conduisent pas à des procès. Néanmoins, le mot litige peut et doit figurer dans la définition, pour la raison que c'est précisément des procès, des décisions judiciaires, intervenues sur les conflits de lois, qu'est sorti tout entier le D.I.P. Il est de formation jurisprudentielle. Et quand bien même une question de D.I.P. n'aurait pas techniquement donné lieu aujourd'hui à une décision judiciaire, l'idée du litige s'attache toujours à ces questions qui sont de caractère de contentieux civil, et pour des raisons, non pas peut-être de précision, mais d'évocation, qui font naître l'idée d'éventualité d'un procès, le mot litige peut figurer dans la définition.

Le D.I.P. statue sur les litiges suscités par les rapports de droit privé.

En quatrième lieu, le D.I.P. statue sur les litiges, qui sont suscités par les rapports de droit privé, ce qui exclurait les rapports de droit public. Cette distinction sera précisée plus tard lorsque l'on examinera si le D.I.P. est vraiment du droit privé, ou, au contraire, ressortit dans une certaine mesure du droit public. On a vu que le D.I.P. statue sur les rapports de droit qui mettent en concurrence les lois et les juridictions de pays différents. Les lois et les juridictions : ce mot de juridiction est mis là

pour évoquer certaines questions qui, si on les creuse bien, se ramènent à des conflits de lois, mais qui en réalité englobent un certain nombre de matières ayant entre elles des liens plus étroits, et qui peuvent être rangées sous une rubrique spéciale. Ce sont les questions de compétence des tribunaux, de procédure et d'exécution des jugements, c'est-à-dire en somme la mise en oeuvre des sanctions du droit. C'est pourquoi, l'on a donné à ces questions un titre générique, et à ces sortes de conflit on attribue le terme de conflit de juridiction, par opposition aux conflits de lois. Précisément cette expression, conflit de juridiction, a été répandue par M. Bartin, qui en développe les principes d'une manière particulièrement approfondie dans la seconde partie de son tome premier : questions de compétence, juridiction des tribunaux, questions de procédure, questions d'efficacité des jugements, des sentences arbitrales, auxquelles on joint parfois des actes privés. Si bien que l'usage s'introduit de plus en plus de distinguer les conflits de lois et les conflits de juridiction, alors que cependant, au fond, les conflits de juridiction ne sont que des conflits de lois d'un caractère particulier.

Dans les derniers mots de la définition, il a été indiqué que les conflits de lois et de juridiction sont ceux qui mettent en concurrence précisément les lois et les juridictions de pays différents. Que faut-il entendre par ce terme de "pays différents" ? Tous les conflits de lois, en effet, concernant les rapports de droit privé, ne sont pas à proprement parler des conflits internationaux. Il existe des conflits de lois, qui n'ont pas le caractère international, et il y en a une très grande variété. D'abord, les conflits dits d'annexion. Lorsqu'à la suite d'une guerre ou d'un traité, un pays, une contrée, cesse d'être rattachée à un Etat pour se trouver rattachée à un autre état, il se produit alors entre la législation de l'Etat rattachant et de l'Etat rattaché des conflits de lois, qui se passent en somme à l'intérieur d'un même Etat, et par conséquent sont des conflits internes et non pas des conflits internationaux à proprement parler. Il en est de même dans les pays qui possèdent des droits locaux, par exemple, les Etats-Unis d'Amérique, où chaque Etat a sa législation particulière, notamment en matière civile. Il en a été ainsi très longtemps en Suisse, et en Allemagne, notamment en Suisse avant l'apparition du code civil promulgué en 1912, notamment en Allemagne avant l'apparition de la grande codification de 1900. Il se produisait donc, et il se produit encore dans les pays comme les Etats-Unis, des conflits inter-

Qu'entendre
par "pays dif-
férents" ?

Distinction
des conflits
internes et
des conflits
internationaux.

provinciaux, ou conflits entre les droits locaux, comme il s'en produisait dans l'ancienne France entre les coutumes, et qu'on appelait les conflits de coutumes. Un troisième exemple des conflits de lois, qui ne sont pas des conflits internationaux, se rapproche beaucoup des précédents : le cas se présente lorsque - à l'heure actuelle aux Etats-Unis, autrefois et dans une certaine mesure encore aujourd'hui, en Allemagne et en Suisse - il existe à côté et au-dessus des droits locaux une législation propre d'Etat, d'empire, de confédération. C'est aux Etats-Unis la législation fédérale qui s'oppose à la législation des Etats. C'est un troisième exemple de conflit interne : le conflit entre la législation fédérale et la législation des Etats. Ces conflits se produisaient également très fréquemment avant l'unification en Suisse. Des conflits de ce genre se produisent sur notre territoire, depuis les traités de Versailles : l'Alsace et la Lorraine ayant, dans une certaine mesure, conservé une législation que nous appelons le droit local, et il a fallu trancher un certain nombre de conflits et de controverses entre la législation locale et le droit général français.

Enfin, pour terminer avec ces conflits d'ordre interne, on en trouve un dernier exemple dans les conflits du type colonial, conflits qui peuvent naître entre le droit de la métropole applicable notamment aux citoyens de la métropole et à certains autres citoyens habitant les pays de protectorat ou les colonies, et d'autre part la législation indigène qu'à beaucoup d'égards on a laissé subsister, notamment dans les matières que l'on appelle le statut personnel. Ces conflits d'ordre colonial sont des conflits très importants et qui soulèvent des problèmes considérables. Certains auteurs estiment que tous ces conflits ont leur place dans le D.I.P. En particulier, M. Arminjon, dans son *Précis de D.I.P.* tient également compte des conflits internationaux et des conflits d'ordre interne, les principes, selon lui, étant les mêmes. Au contraire, d'autres auteurs estiment que les conflits qui n'ont pas le caractère international n'ont pas de place dans le D.I.P., parce que pour une raison de principe fondamentale la notion de souveraineté n'est point impliquée. Ils dénomment ces conflits internes des conflits de lois sans conflit de souveraineté. Il s'agit sans doute des conflits de lois, de l'empire des lois dans l'espace pour reprendre l'expression consacrée, mais sans conflit de souveraineté. Vous pourrez sur ce point consulter la thèse de Doctorat de M. Eliesco, Faculté de Paris, 1905, "Essai sur les conflits de lois dans l'espace sans con-

flit de souveraineté". D'une façon générale, et dans un cours aussi général que celui de la troisième année de licence, on ne fait pas de place aux conflits qui n'ont pas de caractère international.

Données socio-
logiques domi-
nant le D.I.P.

Enfin, il faut remarquer que dans la définition du D.I.P., telle qu'elle a été proposée, on ne trouve qu'une notion purement technique, et aucune des données d'ordre sociologique que l'on a coutume d'insérer dans toute définition juridique. Il est cependant nécessaire, pour finir, de s'arrêter un instant sur l'idée qui existe derrière la définition du droit international privé, et c'est ce qui en réalité en explique et en justifie l'existence : c'est l'idée que la société contemporaine a engendré dans le D.I.P. un instrument nécessaire à la solution de difficultés particulières, et ces difficultés tiennent à l'état de circulation intense des richesses, des personnes et, dans le domaine intellectuel, de la pensée, état qui caractérise la société actuelle. Les moyens de circulation, à la suite des grandes découvertes scientifiques, se sont multipliés. La circulation des richesses est telle que l'Etat s'entoure de barrières douanières pour en retarder l'essor. D'autre part, la circulation des personnes est facilitée par des moyens que les sociétés qui nous ont précédés n'ont jamais connus. Enfin, dans le domaine de la pensée, une transmission par des moyens qu'au contraire on n'aurait guère envisagés et entrevus il y a peu d'années, caractérise la société actuelle. Il en résulte que le D.I.P. est le résultat et la conséquence de l'internationalisation de la vie moderne et qu'en définitive s'il y avait quelques mots à ajouter à la définition indiquée, il faudrait alors insérer ces quelques mots : c'est la branche du droit due à l'internationalisation de la vie moderne et qui a pour objet, etc...

§ 2 - Sources du Droit International

privé. . .

Le terme de "sources" appliqué au droit, possède, comme le mot "droit" lui-même d'ailleurs, des sens très variés. Ici encore on est en présence d'une expression imagée empruntée aux sciences de la nature, et qui vise - c'est une constatation - l'endroit, le lieu ou encore le fait, d'où découle l'objet que l'on étudie.

Appliqué au droit, le mot sources répond à la question : d'où vient le droit ? Où en trouve-t-on les principes ? Alors il est nécessaire quand on par-

le des sources du droit d'en fixer le sens et d'y ajouter des qualificatifs. C'est ainsi que l'on peut distinguer relativement à toutes les branches du droit, au droit international privé comme aux autres, les sources sociales ou sociologiques, les sources historiques, les sources positives et les sources didactiques.

Sources :

a) sociales.

Les sources sociales ou sociologiques, ce sont les faits sociaux, les données sociales qui sont la cause de la législation, qui engendrent le droit, les faits internes d'une société de caractère politique, économique, philosophique, moral, religieux, qui expliquent qu'à un moment donné le droit positif soit ce qu'il est et tel qu'il se présente. Ce sont les sources sociales, ou sociologiques, ce que l'on a appelé de différents mots, les sources réelles, par opposition aux sources formelles, ou encore comme l'a fait M. Gény, le donné du droit, par opposition au construit qui en est la technique.

b) historiques.

Il y a, en outre, les sources dites historiques c'est-à-dire les précédents dans le temps, d'où découle le droit ou la branche du droit que l'on étudie.

c) positives.

Les sources positives, ce sont les facteurs d'élabo ration technique du droit. C'est là ce que l'on appelle justement les sources formelles, les sources techniques du droit, telles que la loi, la jurisprudence, la doctrine, la coutume.

d) didactiques.

Enfin, les sources didactiques, ce sont les instruments divers, notamment les livres qui sont susceptibles de documenter et d'instruire celui qui veut s'initier à une branche du droit.

Quand on parle du droit et du droit interne, notamment en France où le droit est particulièrement développé, il est aisé de distinguer les 4 sens du mot sources : les sources sociales, les sources historiques de droit romain et de l'ancien droit, les sources positives et les sources didactiques. Il est facile de dresser le catalogue des sources positives du droit français : la loi écrite, les codes et les lois complémentaires, la jurisprudence, la doctrine, la coutume et l'usage, et on y ajoute souvent la convention des particuliers. Ce n'est pas que ce catalogue de sources n'ait donné lieu à certaines discussions, notamment en ce qui concerne le rôle et le caractère propre de la jurisprudence : le juge fait-il la loi ou l'applique-t-il ? C'est là une controverse célèbre. D'autre part, les domaines de la coutume et de l'usage ont donné lieu également en France à de savantes discussions, mais le système juridique français, est un système clair, cohérent, facile à pénétrer.

Il en est très différemment, au contraire, du

faire ces distinctions en D.I.P. : On ne distingue pas les sources historiques et les sources positives.

Distinction peu tranchée des sources positives et didactiques.

l en est ainsi en raison de la formation historique du D.I.P.

droit international en général, et il en est ainsi plus spécialement du D.I.P. Tout d'abord, il est très difficile, sinon impossible, de distinguer entre eux les différents sens du mot "sources" lorsqu'il s'agit du D.I.P. Il est très difficile notamment de séparer les sources positives des sources historiques, parce que tandis que pour le droit français par exemple la séparation marquée par le droit intermédiaire le droit de la révolution et la codification napoléonienne, a rejeté dans l'histoire l'ancien droit, en D.I.P. il n'y a pas d'ancien droit. Il y a une continuité historique, il y a une tradition qui a engendré depuis le XIII^e siècle une coutume internationale, dont le développement se poursuit encore aujourd'hui dans tous les domaines et dans tous les pays. Par conséquent ici, comme dans d'autres pays qui nous entourent, qui n'ont pas connu justement cette séparation de l'ancien droit et du droit moderne, comme notamment en Angleterre, où le droit coutumier se continue depuis le XIII^e siècle, il n'y a pas à distinguer les sources historiques et les sources positives, l'histoire entre dans la composition du droit positif actuel.

D'autre part, la distinction entre les sources positives et les sources didactiques ne se présente pas non plus d'une façon aussi tranchée dans le D.I.P. que dans les droits internes, dans le droit français notamment, la doctrine joue un rôle considérable, un rôle d'exposition du droit, un rôle de commentaire de la loi et d'interprétation du droit positif, mais on ne peut pas dire que la doctrine ait une autorité aussi grande que celle de la législation écrite. Au contraire, dans le D.I.P. la doctrine, à côté de la jurisprudence, et même avant la jurisprudence, la précédant toujours, apparaît dans une certaine mesure comme la source la plus importante au point de vue positif du D.I.P. C'est ce qui explique l'importance très grande qu'ont chez nous les ouvrages scientifiques de D.I.P.

A quoi tient donc cette différence entre le droit interne et le droit international, qui fait que l'on ne peut pas discriminer les différents sens des sources et aussi qu'il est difficile d'établir la nomenclature des sources du droit positif. Cela tient précisément à la contexture du D.I.P., qui est - et c'est là l'élément essentiel de la question des sources du D.I.P. - une formation historique. Le D.I.P. est dû à la constitution d'une coutume internationale, qui s'est élaborée dans l'Italie du nord dès le XIII^e et le XIV^e siècles, en même temps dans les pays du sud de la France, qui a fini par gagner de parlement

en parlement tous les territoires français, par dominer la France au XVI^e siècle, et de là cheminant du sud au nord, remontant dans les Flandres et dans les Pays-Bas. D'autre part, le droit de la Haute Italie, passant les Alpes, s'était répandu dans l'Allemagne. Les écoles florissantes des Flandres et des Pays-Bas eurent un attrait particulier pour les jurisconsultes et pour les juges des pays de Grande-Bretagne. La coutume internationale s'étendit sur l'Angleterre et l'Ecosse; de là, avec les pionniers de la Nouvelle Angleterre, elle passa aux Etats-Unis d'Amérique, où la divergence des Etats rendait indispensable un système cohérent de solution des conflits de lois. C'est même aux Etats-Unis d'Amérique, au début du XIX^e siècle, que la coutume internationale a trouvé son principal commentateur, si bien qu'au cours de la première moitié du XIX^e siècle le monde entier, on peut le dire, était soumis à l'empire, en matière de conflit des lois tout au moins, de la coutume internationale.

On était donc en présence à cette époque d'un véritable droit coutumier, et d'un droit coutumier de caractère universel. Il n'y avait pas de loi écrite; c'était dans chaque pays la doctrine et la jurisprudence qui se référaient à la coutume. Cette coutume était internationale, en ce sens que les auteurs et les décisions des pays les plus différents contribuaient à la développer, à l'enrichir, à la faire progresser.

Au cours de la seconde moitié du XIX^e siècle, se sont produits deux faits considérables, qui compliquent la matière, expliquent aujourd'hui la difficulté que l'on peut avoir de discriminer les sources du D.I.P. et d'en établir la classification et la nomenclature. Ces deux faits sont, d'une part la codification, et d'autre part le principe des nationalités.

La codification tout d'abord. Le code civil français au début du XIX^e siècle avait dans l'un de ses articles, l'article 3, et quelques autres articles épars dans le corps du code, tranché certaines questions du conflit des lois. Mais on ne peut pas dire que sur ce premier point du moins le code français ait porté atteinte à la coutume internationale. Au contraire, les solutions adoptées par le code n'étaient pas autre chose qu'une consécration empirique des principales solutions adoptées dans l'ancien droit et à la veille de la révolution. Mais lorsqu'au milieu et à la fin du XIX^e siècle, certains peuples songèrent à leur codification, peuples qui, précisément, possédaient dans le sein de leur organisme de

Première cause
de complexité
de la question
des sources :
La codifica-
tion des droits
nationaux.

conflits interprovinciaux, notamment l'Italie, l'Allemagne et la Suisse, ces pays songèrent immédiatement à inclure dans leur codification ou même à faire précéder leur codification de règles sur la solution des conflits de lois. Il en a été ainsi notamment, pour prendre l'ordre chronologique, de l'Italie, qui en réalisant son unité nationale dota le royaume nouveau d'un code civil en 1866; dans les articles 6 à 12 des Dispositions préliminaires du code civil sur la publication, l'interprétation et l'application des lois en général, on introduisit des règles sur les conflits de lois, règles qui dérogeaient gravement à certaines données de la coutume internationale antérieure.

En Suisse, antérieurement au mouvement de codification qui aboutit au code civil suisse, et après l'apparition du code des obligations de 1883, la Suisse édicta une loi fédérale du 25 Juin 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour, contenant les règles de conflits de lois applicables aux conflits intercantonaux et aux conflits internationaux, et qui est restée après la codification une unification du droit suisse, une loi de conflits de droit international.

L'Allemagne, dans la loi d'Introduction au code civil de 1900, a, dans les articles 7 à 31, inséré un nombre important de dispositions sur les conflits de lois, qui font de ces articles un véritable petit code de D.I.P. Ici encore, comme en ce qui concerne l'Italie, et peut-être aussi comme en ce qui concerne la Suisse, on trouve des particularités qui ne se rencontraient pas dans la coutume internationale.

L'Espagne, enfin, pour se borner aux pays qui entourent la France et avec lesquels les conflits de lois sont les plus fréquents, dans son code civil de 1889, mis en vigueur le 1er mai 1889, a inséré dans les articles 8 à 11 des dispositions concernant les conflits de lois.

De la sorte, tous les pays entourant la France, sauf la Belgique, ont adopté des lois particulières tranchant la question des conflits de lois. Seule la Grande Bretagne est restée fidèle à la coutume internationale, l'a développée progressivement, suivant la méthode et les procédés qu'elle a d'ailleurs appliqués à tout son droit national, dont le D.I.P., suivant elle, n'est qu'une des formes.

Voilà donc l'une des causes de la complexité dans la discrimination des sources du D.I.P. A côté de la coutume internationale, dans certains pays, il

y a lieu de tenir compte du particularisme national, d'un particularisme qui fait qu'il y a à côté des sources internationales des sources nationales du D.I. Ceci n'est que la première des causes de complexité de la question des sources.

Deuxième cause de complexité : le principe des nationalités.

Une seconde cause, plus grave, met en cause le code civil français. Dans la coutume internationale telle qu'elle s'étendait sur l'ensemble des Etats et telle qu'elle était reçue universellement ou quasi-universellement par tous les pays de la communauté civilisée, les règles étaient à peu de chose près les mêmes. On ne trouvait pas sur certains points des divergences considérables qui transformaient complètement le système. Sans doute en Allemagne, en France, en Grande Bretagne, aux Etats-Unis, telle règle reçue ici obtenait là une interprétation ou une extension différentes, mais les règles étaient les mêmes. Au contraire, depuis l'apparition du code civil, depuis la doctrine, proclamée par la Révolution française, le principe des nationalités, et depuis le mouvement des nationalités qui s'est opéré dans la seconde partie du XIX^e siècle émancipant et unifiant l'Italie, unifiant l'Allemagne, le principe des nationalités a engendré dans la contexture même du D.I.P. une dissociation, une division, on pourrait presque dire un schisme. Et voici lequel. Pour la matière qui donne lieu précisément de la façon la plus nette et la plus indiscutable, à l'application dans les pays étrangers d'une loi étrangère, à ce qu'on appelle l'exterritorialité de la loi, dans la matière de l'état et de la capacité des personnes, le code civil d'abord, suivi par un certain nombre de lois, a introduit une modification. Alors que dans l'ancien droit, alors que dans les pays qui acceptent encore l'autorité de la coutume internationale sur ce point, l'état et la capacité des personnes étaient régis par la coutume, ou par la loi du domicile de l'intéressé, le code civil a substitué à la loi du domicile la loi nationale. L'Anglais domicilié en France, aux yeux de la loi anglaise, ressortit pour son état et sa capacité de la loi française, parce qu'il est domicilié en France; aux yeux de la loi française, au contraire, l'individu pour son état et pour sa capacité ressortit de sa loi nationale et la France n'admet pas, en principe, que l'Anglais ne soit pas lié pour son état et sa capacité à sa loi nationale. Ainsi, la loi nationale a fait reculer l'application de la loi du domicile, sous l'empire du principe des nationalités, elle a vu croître son domaine; le principe des nationalités ayant été proclamé précisément par les auteurs de l'émancipation italienne.

lienne et de l'unité italienne, notamment par le grand ministre Mancini, le code civil italien dans les articles 6 à 12 de l'Introduction au code de 1866, a donné à la loi nationale un rôle prépondérant. Il en est de même du code civil allemand, en 1900, abandonnant à beaucoup d'égards le point de vue de la loi du domicile, pour y substituer la loi nationale.

Les textes qui viennent d'être cités sont presque tous imbus de l'esprit de la loi nationale, sauf la Suisse qui est restée fidèle à la loi du domicile. L'Espagne, le code de 1889, comme l'Italie, comme l'Allemagne, comme le code civil français, et notamment la Belgique qui y est soumise, sont acquis à la loi nationale. Au contraire, l'Angleterre, la Grande Bretagne, les Etats-Unis, et d'autres pays encore, se sont conformés à la coutume internationale et ont conservé la loi du domicile.

Tels sont les deux faits d'ordre capital qui sont venus, au milieu du XIX^e siècle, détruire l'unité de la coutume internationale en matière de conflits de lois. La coutume internationale reste le fond du D.I.P. mais il est nécessaire, à côté d'elle, de faire place à des éléments de particularisme local, à des éléments d'ordre national, ce qui fait que beaucoup d'auteurs opposent dans la discrimination des sources du D.I.P. les sources nationales et les sources internationales.

Ces difficultés relatives aux sources expliquent que certains ouvrages opposent aux sources nationales les sources internationales, aux sources positives les sources scientifiques; elles expliquent, en outre, que l'on rencontre des nomenclatures diverses et très variées. M. Lévy-Ullmann, de son côté, ne pense pas qu'il soit possible, en présence d'un système juridique aussi peu évolué qu'est celui du Droit international, d'établir en cette matière des nomenclatures absolument rigides. Les temps ne sont pas encore assez avancés, le D.I.P. n'est point encore assez développé, pour se prêter à des classifications vraiment scientifiques. On ne peut en cette matière que décrire et non point définir et préciser. La description que l'on peut faire des sources du D.I.P. s'éclaire si l'on fait appel à deux des sciences auxiliaires du droit, à l'histoire et au droit comparé.

Deux systèmes juridiques peuvent aujourd'hui contribuer à fournir l'explication par des exemples, par des rapprochements du système de D.I.P. : l'un existe encore de nos jours, mais est peu connu; l'autre, qui est aujourd'hui périmé, est beaucoup plus connu de nous. Le premier, c'est le système juridique anglais

Solution proposée : simple description des sources du D.I.P.

Cette description s'éclaire:
a) par le droit comparé.

b) par l'histoire : système du droit français avant 1789.

Tableau général du droit français avant 1789.

actuel; celui-ci est un système à base coutumière, dont la description ressemble singulièrement à celle du D.I.P., quant aux sources. M. Lévy-Ullmann n'entra pas dans l'exposé de ce système. Mais l'histoire fournit un exemple, dont le rapprochement avec le système juridique du D.I.P. est particulièrement instructif : c'est le système des sources du droit français, avant la Révolution, en 1789. La France, avant la Révolution, possédait un très grand nombre de sources de droit. Dans les pays dits coutumiers, il y avait des coutumes et ces coutumes étaient ou locales ou générales. Elles s'échelonnaient, suivant une hiérarchisation. Ces coutumes, d'ailleurs, avaient perdu le caractère oral qui faisait l'essence du droit coutumier. Elles avaient été rédigées au XVI^e siècle en vertu de l'Ordonnance de Montil près Tours, la Coutume de Paris ayant été successivement rédigée en 1511 et en 1580.

Mais dans les pays coutumiers le droit romain était encore en vigueur. C'est précisément en réaction du droit romain que les coutumes avaient été rédigées. Le droit romain partout où les coutumes étaient muettes avait la valeur d'une source obligatoire de droit, à titre de raison écrite, *ratio scripta*. Dans les pays de droit écrit, on observait le droit romain. Mais le droit romain recueilli par la tradition est adopté comme une véritable coutume des pays du midi.

Au dessus de cette divergence des pays dits coutumiers et des pays de droit écrit, il y avait des éléments d'unification, des éléments d'unité : les actes législatifs émanant de la Couronne, les ordonnances, les édits, les déclarations des rois de France avec la nécessité pour ces diverses sources de droit d'être soumises aux Parlements sous la forme d'un enregistrement par les cours souveraines, ce qui donna lieu à un grand nombre de conflits.

A côté de ces sources, soit coutumières, soit écrites, soit législatives, il s'était formé, à la fin de l'ancien régime au XVIII^e siècle, grâce à un effort doctrinal, une opinion générale parmi les auteurs français, recherchant au-dessus des divergences une communauté de droit. C'est notamment Bourjon dans son ouvrage célèbre, "Le droit commun de la France", qui au début du XVIII^e siècle avait acclimaté en France l'idée qu'au-dessus des divergences il existait en France un droit commun; et Pothier à la fin du même siècle, mit tous ses efforts à dégager le droit commun qui était en vigueur dans tout le royaume; alors que dans l'œuvre de Pothier le com-

mentaire de la coutume d'Orléans ne couvre qu'un volume, c'est au contraire dans un nombre beaucoup plus considérable d'ouvrages (7 volumes) que Pothier a développé tout le droit commun français d'avant la Révolution.

Voilà, le tableau général du droit français avant 1789. La comparaison de cet état de droit avec le spectacle qu'offre aujourd'hui le D.I.P. est particulièrement frappante.

En effet, à la base des sources du D.I.P. actuel, on trouve, dans les divers pays, un certain nombre de codifications qui jouent le même rôle que dans l'ancienne France jouaient les coutumes provinciales, ces coutumes imprégnées sans doute de la tradition antérieure, se ressemblant à beaucoup d'égards, mais accentuant le particularisme des provinces. Les droits codifiés, le droit allemand, le droit italien, le droit suisse jouent ainsi par rapport au D.I.P. général le rôle que jouaient dans l'ancienne France les coutumes provinciales.

La tradition des écoles de l'ancien droit universalisé jusqu'à la codification, jusqu'au mouvement des nationalités, ressemble à beaucoup d'égards au fond du droit romain, qui était maintenu comme raison écrite dans les pays de coutumes, et qui dans les lacunes des coutumes laissait pénétrer les règles qui avaient toujours été reçues.

En troisième lieu, il existe également des sources écrites du D.I.P. et qui pourraient être comparées aux sources générales, telles que les édits, les ordonnances, les déclarations des rois de France, qui s'appliquaient à tout le pays. Il y a en D.I.P. un droit écrit, mais d'un caractère très différent, puisqu'il n'y a pas de souverain qui soit en état de promulguer des règles applicables à tous les pays: ce sont les conventions internationales actuelles, rendues sous l'autorité et sous l'impulsion de la Société des Nations, pour l'Europe et pour certains Etats de l'Amérique et pour les Etats d'Amérique qui n'adhèrent pas à la Société des Nations, les conventions panaméricaines.

Enfin, et en quatrième lieu, on retrouve dans le D.I.P. actuel quelque chose d'assez analogue à ce mouvement doctrinal qui s'était dessiné en France au XVIII^e siècle à l'effet de constituer par-dessus les divergences et les diversités un droit commun : c'est le mouvement doctrinal de l'école universaliste qui recherche par dessus les divergences des droits codifiés, renouant avec l'ancienne tradition de la coutume internationale, les règles communes re-

Comparaison
e cet état de
droit avec
le D.I.P. ac-
tuel
ois nationales.

ources écri-
es.

ques dans les divers pays, à l'effet d'en dégager un droit commun, ce qu'on appelle en droit anglais, la "common law", c'est-à-dire un droit commun applicable à l'ensemble des ressortissants.

Démonstration pratique d'où il résulte que toute précision serait vaine.

Cette description fait comprendre pourquoi il est logiquement impossible de fournir plus qu'une description des sources du D.I.P. actuel. Et pour constater à quel point toute espèce de précision serait vaine, on prendra encore l'exemple d'un des arrêts déjà commentés et qui ont servi d'illustration, l'exemple du dernier arrêt de la Cour de Cassation relatif à l'affaire de l'incendie de l'immeuble de Constantinople. Si l'on essaye de préciser quelle est la source du droit, à laquelle on peut rattacher la solution préconisée et imposée par la Cour de Cassation dans cet arrêt récent, on remarque qu'il est très difficile de la rattacher à une source déterminée. On peut y voir en réalité ni du droit écrit, ni de la jurisprudence, ni même de la doctrine, et en dernière analyse, c'est à la coutume qu'il faut renoncer. Cet arrêt, en effet, débute comme tous les arrêts de Cassation, par l'indication du texte sur lequel repose la Cassation. Les arrêts de la Chambre civile se divinent, en effet, en deux catégories : les arrêts de Cassation qui débutent par les mots : "Vu tel article...", et les arrêts de rejet qui, au contraire, commencent par la formule : "attendu que...". L'arrêt de Cassation vise donc un article précis, "Vu l'article II34 du code civil...". Dira-t-on que c'est l'article II34 qui est la source de la solution, en vertu de laquelle la loi du lieu du contrat et la loi du lieu où se trouvait l'immeuble, devait l'emporter par préférence au droit français ? L'article II34 ne dit absolument rien de ce genre. C'est l'article célèbre qui dit que "les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites". Par conséquent, si l'on a rattaché à l'article II34 la solution adoptée par l'arrêt, on ne peut tout de même pas dire que l'on soit en présence d'une source écrite ; il n'y a rien qui se rapproche de la solution imposée par la Cour de Cassation dans l'article II34, qui est un article de principe.

Se croira-t-on en présence d'une jurisprudence prétorienne ? Que la source de la solution imposée par la Cour de Cassation, est de la jurisprudence ? Tout d'abord, on se heurte à la controverse célèbre portant sur le point de savoir si la jurisprudence peut être considérée comme une source particulière de droit positif. Mais cette controverse mise de côté, si l'on regarde l'arrêt d'un peu près, et si l'on en

recherche les précédents, on aperçoit que même classait-on la jurisprudence parmi les sources formelles de façon analogue au droit écrit, on ne saurait imputer la jurisprudence, attendu que la loi applicable aux contrats, soit quant à leur formation, soit quant à leurs effets et conditions, est celle que les parties ont adoptée. C'est évidemment une formule lapidaire. On pourrait en faire un article de loi. Ce ne serait de la jurisprudence, que si la jurisprudence avait imposé cette solution par elle-même. En est-il ainsi ? Il faut pour s'en rendre compte reprendre la série des états antérieurs. Et voici ce que l'on observe.

Des arrêts relativement récents contiennent une formule où précisément l'arrêt du 31 Mai 1932 a puissé la sienne. Il en était notamment ainsi dans l'arrêt de la Chambre civile du 5 Décembre 1910 (S. 1911, I. p. 129) arrêt dans lequel on trouve à peu de chose près la même formule. Mais si l'on remonte plus haut, si avec les arrêtistes on recherche les précédents, on est reporté alors à des arrêts, notamment à un arrêt du 19 Mai 1884 de la Chambre des Requêtes, où il est dit que la solution de la question ne dépend que d'une appréciation de fait et où la Chambre des Requêtes se borne à déclarer que la Cour de Besançon, à qui l'arrêt avait été déféré, a bien apprécié en fait la solution à faire intervenir (S. 1885, I. p. II3). Si l'on se reporte à l'arrêt de la Cour de Besançon on voit qu'on s'est livré en effet à l'interprétation de la volonté des parties. On a admis et sanctionné, ce que l'on appelle en doctrine l'autonomie de la volonté, mais semble-t-il, sans en proclamer le principe. Dès lors, où donc la Cour de Besançon a-t-elle été chercher la possibilité d'analyser l'intention des parties ? La note sous l'arrêt de la Chambre des Requêtes (S. 1885, I. p. II3) indique que c'est dans les anciens auteurs, et notamment dans trois auteurs, dont deux étrangers. Dans l'auteur français, Félix, qui a été le premier commentateur du D.I.P. en France, son introducteur au cours de la 1ère moitié du XII^e siècle, dans le jurisconsulte belge, Laurent, dans le jurisconsulte italien, Pasquale Fiore.

Mais alors se pose une troisième question. Si la source du droit en cette matière n'est point la jurisprudence, puisque la jurisprudence a emprunté à des auteurs, c'est donc la doctrine. Mais, ici encore, si l'on regarde dans les auteurs, on constate qu'ils n'ont nullement inventé la règle, que le principe de l'autonomie de la volonté est un des principes qui faisaient partie de la coutume internationale, depuis

notamment le XVI^e siècle, depuis que Dumoulin l'avait fait entrer dans un procès célèbre, qui sera étudié ultérieurement.

Si bien que de proche en proche on est amené à rattacher à la coutume internationale la solution qu'on trouve dans l'arrêt de la Chambre Civile du 31 Mai 1932. Une analyse de ce genre pourrait être faite dans la plupart des cas pour retrouver l'origine des principes appliqués par notre jurisprudence. Si bien que chercher dans l'énumération des sources du D.I.P. à établir une classification et une nomenclature rigide, c'est faire œuvre vaine, il faut se contenter de décrire. Sans recherche de précisions plus amples, voici donc la description et l'énumération des sources que l'on rencontre.

Description des sources.

Pour donner cette énumération, on peut songer - l'exemple déjà cité de la France de 1789 le suggère - deux procédés : soit de partir par les sources que l'on appelle les plus rapprochées, les sources immédiates, celles qui pour un juriste privé, pour un praticien, s'imposent tout d'abord à lui; de même qu'un praticien d'Orléans cherchant à énumérer les sources du droit de l'Orléanais aurait commencé par sa coutume locale, de même en France, cherchant à faire l'énumération des sources du D.I.P., on commencerait par l'étude du code civil. Mais il est un autre procédé. Si l'on envisage le D.I.P. comme un véritable droit international, c'est bien plutôt par les sources lointaines, par celles qui sont peut-être plus loin du praticien et qui du point de vue scientifique sont les plus importantes, qu'il faut commencer : par les sources les plus générales, celles qui s'appliquent partout, qui sont reçues partout, et passer du général au particulier. C'est le procédé qui sera utilisé dans l'énumération très brève qui va être donnée des sources du D.I.P.

Première source : la coutume internationale.

La source la plus importante et la plus générale c'est la coutume internationale. Ce mot de coutume doit être pris dans le sens technique, dans le sens classique qu'il présente, c'est-à-dire comme une source de principe réunissant deux éléments, consistant dans un élément matériel de répétition de faits, de règles, de sentences, et, d'autre part, dans un élément intellectuel, dans un sentiment d'obligation juridique, ce que l'on appelle parfois "opinio necessitatis", le sentiment de la nécessité, base même de la coutume. La coutume qui en Droit international public joue un rôle considérable, en engendrant des règles très importantes (immunité diplomatique, liberté des mers, respect de la propriété privée), joue également un rôle

considérable dans le D.I.P. Un très grand nombre de règles du D.I.P. n'ont pas d'autre source que la coutume. L'application des lois étrangères dans un pays déterminé, le fait que sur le territoire d'un Etat s'applique par l'intermédiaire des tribunaux un droit étranger, constituent une règle qui provient de la coutume internationale. Les Etats sont obligés par cette coutume de tenir compte dans leur application de l'existence des lois étrangères. Autre exemple : le respect international des droits acquis. La règle qu'il est impossible de troubler l'ordre social et international, de remettre en question dans un pays des droits qui sont légitimement acquis dans un autre sous l'empire de la loi en vigueur n'est écrite nulle part. On la recherchera dans tous les droits particuliers, on ne la trouvera pas, elle est le résultat de la coutume internationale.

Troisième et dernier exemple : la célèbre règle "locus regit actum", la règle en vertu de laquelle les formes d'un acte doivent obéir à la loi du lieu où l'acte est confectionné. Cette règle qui est aujourd'hui de pratique universelle, qui répond à un sentiment d'obligation juridique certain, est une règle qui dépend de la coutume internationale. Telle est la première source.

Deuxième source : La deuxième source : ce sont les conventions entre Etats, les accords, contrats entre divers Etats, Etats, bilatérales ou plurilaterales. La deuxième source : ce sont les conventions entre Etats, les accords, contrats entre divers Etats, en vue de créer entre eux, de modifier ou de supprimer des rapports de droit. Ces conventions dans l'ordre du D.I.P. sont de deux sortes : il y a des conventions passées entre deux Etats seulement, des conventions bilatérales, par exemple le traité franco-belge du 8 Juillet 1899, sur la compétence judiciaire, l'exécution des décisions judiciaires des sentences arbitrales et des actes authentiques. En dehors des conventions passées entre deux Etats, qui est une des conventions les plus souvent appliquées, on en rencontre également qui sont passées entre un très grand nombre d'Etats, les conventions plurilatérales. En voici deux exemples, les plus célèbres : les conventions de La Haye de D.I.P., issues des Conférences tenues à La Haye, et qui ont été contractées le 14 Novembre 1896, le 12 Juin 1902, le 17 Juillet 1905, et que l'on étudiera ultérieurement. D'autre part, pour les Etats Américains, la convention de La Havane, du 20 Février 1928, mettant en vigueur un code de D.I.P. en 437 articles. Le code porte le nom de son principal rédacteur, qui a déployé de plus des efforts mé-

ritoires pour faire aboutir la codification, le professeur de Bustamante; et cela, par une décision de la Conférence de La Havane. Ces conventions, la convention de La Haye et la convention de La Havane, ont réuni un nombre important d'Etats. Les conventions de La Haye avaient réuni à la conférence 15 Etats, elles ne liaient plus ensuite que 9 Etats signataires, après des dénonciations intervenues à la suite d'événements historiques importants. Deux autres Etats nouveaux, la Pologne et la ville libre de Dantzig y ayant adhéré, les conventions de La Haye lient 11 puissances maintenant. Quant à la convention de La Havane, issue de la 6ème conférence panaméricaine, 21 Etats y avaient adhéré. À l'heure actuelle, 15 ont donné leur ratification au code Bustamante. Il y a donc un code international de D.I.P., qui est actuellement en vigueur dans 15 Etats. Telle est brièvement résinée, la deuxième des sources du D.I.P.

On peut envisager, en troisième lieu, les diverses lois des pays qui ont par écrit inséré des règles de rattachement, des règles de conflits, qui se trouvent par exemple dans le code civil allemand, le code civil italien, la loi suisse, le code civil espagnol.

Quatrièmement, la jurisprudence. La jurisprudence peut s'apprécier soit au point de vue des tribunaux internationaux, soit du point de vue des tribunaux nationaux. Les tribunaux internationaux, organismes divers aptes à trancher des litiges de caractère international, sont assez nombreux; ceux qui ont à trancher des litiges de droit international public sont infiniment plus importants que les autres, mais ceux-là même ont une tendance à trancher des questions de D.I.P. Il en a été ainsi notamment de la Cour Permanente de Justice Internationale de La Haye, qui, quoique ne tranchant que des questions de droit international public a été amenée à trancher des questions qui relèvent du D.I.P., comme les questions de nationalité, les différends entre la France et la Grande Bretagne, au sujet des décrets de nationalité promulgués par la France en Tunisie et au Maroc, ou bien encore les questions célèbres relatives au paiement des emprunts en vertu de clauses internationales, qui touchent autant au droit privé qu'au droit public.

A côté de la Cour Permanente de Justice Internationale, on doit citer les Cours d'arbitrage de La Haye, qu'il ne faut pas confondre avec la Cour Permanente, les Tribunaux arbitraux mixtes créés par le traité de Versailles et certaines commissions internationales. Ceci est de la jurisprudence de tribunaux internationaux. Mais le D.I.P. puise également des

Troisième sources : les règles de conflit insérées dans les codes.

Quatrième source : la jurisprudence - tribunaux internationaux ou nationaux.

sources dans les décisions des tribunaux des différents Etats. Les points communs, les solutions admises par les tribunaux d'Angleterre, d'Allemagne, d'Espagne, analogues à celles qu'admettent les tribunaux français, contribuent par leur addition à cette confection du droit commun, que constitue le D.I.P. S'il y a des divergences, on les marque pour marquer les particularismes locaux.

Cinquième source : la doctrine.

Il en est de même de la doctrine. La doctrine dans tous les pays est imbu de cet esprit de droit international qui amène même ceux qui voient dans le D.I.P. un droit national à ne pas perdre le sens du caractère international de ce droit. Les auteurs tendent à dégager, des sources qui précèdent ou de la raison ou de l'équité une synthèse d'ordre général qui contribue au progrès et au perfectionnement de notre science.

Telle est très brièvement résumée la nomenclature des sources que l'on rencontre dans le D.I.P. A peu de chose près, elles coïncident avec les sources du droit international public, notamment telles qu'elles sont énumérées dans l'article 38 du Statut de la Cour de La Haye, qui forme la liste des sources du droit international public, mises à contribution par cette haute juridiction.

Aperçu des difficultés qui s'élèvent entre les diverses sources.

Il y a bien entendu sur le caractère respectif de ces sources, sur leur agencement, sur les rapports qu'elles ont entre elles, des questions et des controverses, et non pas seulement d'ordre théorique, mais d'un caractère pratique; notamment, la question des rapports entre les conventions internationales et la législation interne des pays. En étudiant la condition des étrangers, et en particulier la question de savoir si les étrangers en France peuvent invoquer les bénéfices divers des lois sur les loyers et sur la propriété commerciale, on verra quel est le rapport qui existe entre la loi interne et la convention internationale. De même, une autre question, l'interprétation et l'application des conventions internationales dans un pays donné a fourni également le sujet de nombreuses controverses. (Consulter à cet égard les ouvrages classiques de MM. Pillet et Bartin).

§ 3 - Caractères du D.I.P.

Origine de ce titre.

Sous ce titre un peu vague, on va se demander, et ceci est purement et proprement scientifique, quelle place occupe le D.I.P. dans l'ensemble du droit contemporain, dans le corpus juris ? Le D.I.P. qui est une science ancienne, n'a vu son nom éclore qu'à la

première moitié du XIXème siècle. L'expression : D.I.P. est donc relativement récente. Antérieurement on parlait du conflit des lois, de conflictum legum, lorsque l'on a essayé d'employer le latin pour discuter de ces questions dans les langues diverses, on a employé sous les diverses formes l'expression de conflit des lois. C'est ainsi que le premier ouvrage scientifique sur le D.I.P. ne s'intitulait pas D.I.P. mais s'intitulait conflit des lois, "conflict of law" c'était l'ouvrage de l'américain Story, paru en 1834. Dans cet ouvrage savant, l'auteur avait employé à plusieurs reprises en anglais l'expression D.I.P. "international private law". Cette expression avait été reprise en Angleterre, en Allemagne; elle fut également reprise en France, en 1843 par le premier auteur qui ait écrit sur la matière, l'avocat Félix. La question des caractères du D.I.P. est simplement la question de savoir si ce nom est correct, et si le fait d'avoir appliqué à cette discipline cette expression en trois mots correspond à la réalité.

Que le D.I.P. soit une branche du droit, ce n'est plus aujourd'hui contesté. En droit international public, la controverse fondamentale consiste à dénier au droit international public le caractère juridique parce que les sanctions font défaut. Là où il n'y a pas de sanction, on ne peut parler de droit. Si cette controverse existe encore pour le droit international public, elle a cessé de se faire jour en D.I.P., pour la raison que les tribunaux des différents pays, appliquant sous la coercition des voies d'exécution les règles de ce droit, la sanction existe; le caractère juridique ne peut donc pas sérieusement lui être contesté. La controverse par conséquent pour le D.I.P. n'a plus qu'un caractère purement historique.

Au contraire on se demande, et c'est là l'objet de la controverse scientifique, classique, si le D.I.P. relève bien, comme son titre l'indique, du droit national ou du droit international, du droit public ou du droit privé. Sur ce point, des auteurs considérables ont pris parti. C'est ainsi que M. Fillet professait que le D.I.P. est bien du droit international, que le D.I.P. est "un rameau issu du tronc du droit public". Au contraire, position scientifique diamétralement inverse, M. Bartin estime que le D.I.P. est du droit privé et non pas du droit public, et constitue du droit interne et non pas du droit international. Chose curieuse, ces deux auteurs puisent le principal de leur argumentation en sens inverse, et contra, dans la même considération de la notion de souveraineté. C'est en discutant sur la notion de

Le D.I.P. est une branche du droit, car il est pourvu de sanctions.

Relève-t-il du droit public ou du droit privé ?

Opinions contraires de MM. Fillet et Bartin.

souveraineté que M. Pillet estimait que le D.I.P. fait partie du D.I. public, et qu'au contraire M. Bartin estimait que c'est un droit de caractère purement national et interne. Voici comment chacun raisonne de son côté.

D'après M. Pillet, tout conflit de lois implique la souveraineté, met en jeu la souveraineté des Etats. Tracer des frontières, des limites dans l'espace, à une loi émise par un Etat, c'est limiter sa souveraineté par la souveraineté de l'Etat voisin. Dans ces conditions, dans toute question de D.I.P., puisqu'il y a une question de conflit de lois, il est nécessaire de bien considérer que l'on est en présence de principes qui établissent un partage, qui départagent deux Etats, et la discipline qui s'occupe des règles qui statuent sur les conflits entre Etats pacifiques ou belliqueux, c'est le droit international public. Départager les souverainetés à propos de l'application des lois, que ce soit des lois d'ordre privé, ou des lois d'ordre public, la distinction n'a pas lieu d'être faite, c'est proprement du droit public, du droit international public.

A l'inverse, M. Bartin estime que dès l'instant où se pose une question, qui est celle de savoir quelles sont les limites assignées aux lois promulguées et édictées par un pays, dans un pays déterminé, il ne peut y avoir au dessus des lois de cet Etat une autorité qui tranche cette question. Dès l'instant où il s'agit pour la France d'assigner les limites dans l'espace du droit français, la souveraineté française ne saurait tolérer qu'une autorité internationale ou étrangère détermine ses limites. Par conséquent, cette limitation dépend essentiellement et exclusivement du droit national, c'est donc une question de droit interne. Sans aucun doute, il s'agit de règles de droit privé. Ces règles de droit privé présentent à la fois le caractère interne et le caractère international, lorsqu'elles statuent sur un litige, mettant en jeu des éléments d'extranéité, mais ce ne sont que les institutions de droit privé projetées sur le plan international. C'est en interprétant la nature juridique des institutions nationales, que le droit national vient dire quelles sont les règles qui sont applicables et si le droit français admet sur le territoire français des lois étrangères, notamment en matière de statut personnel, c'est en vertu, non pas d'une règle internationale, mais d'une règle de droit interne. Telles sont deux des positions scientifiques les plus importantes prises aujourd'hui par des auteurs autorisés.

Doctrine de MM. Lainé, Weiss et Lévy-Ullmann.

Point de départ : distinction du droit public et du droit privé.

Critérium tiré du caractère de l'intérêt protégé.

Critérium tiré de la nature des rapports engendrés.

Le D.I.P. est du droit privé dans les deux acceptations.

Il en existe une troisième, qui était professée avant MM. Bartin et Pillet par leurs deux prédécesseurs, MM. Lainé et André Weiss, suivant lesquels le D.I.P. mérite proprement son titre. Il est à la fois privé et international. M. Lévy-Ullmann adopte cette solution pour les raisons suivantes.

La raison pour laquelle le D.I.P. est du droit privé, et non pas du droit public, sauf une exception qui sera mentionnée, tient à la définition même que l'on donne couramment du droit privé et du droit public. Cette distinction du droit public et du droit privé, fait l'objet elle aussi de grandes discussions les auteurs se rangent en deux catégories, suivant le critérium auquel ils se rattachent pour distinguer le droit public du droit privé.

Suivant les uns, le critère devrait se tirer du caractère de l'intérêt protégé : si l'on vise à protéger les intérêts des particuliers, on est en présence du droit privé, si l'on vise à protéger l'intérêt public, on est en présence du droit public. C'est là le sens que les Romains eux-mêmes attachaient à cette distinction entre le jus publicum et le jus privatum, dont nous tenons d'ailleurs la distinction. Ce qui à Rome était de droit public, c'était ce qui regardait l'Etat romain, "quod ad statum rei romanae spectat"; ce qui, au contraire, était de droit privé, c'était ce qui se rattachait à l'utilité des particuliers, "quod ad singulorum utilitatem pertinet".

Au contraire, certains auteurs modernes se rattachent à un autre critérium : la nature des rapports engendrés; si le rapport de droit existe entre l'individu et le groupe social, dont il fait partie, on est en présence de droit public; si, au contraire, le rapport ne met en présence que l'individu avec ses semblables, il s'agit de rapports individuels des hommes c'est du droit privé. Quel que soit le critérium auquel on se rattache, le droit international privé dans l'une et l'autre conception apparaît comme du droit privé. Il est du droit privé au premier sens parce que ce qui domine dans ces questions, à une exception près, c'est l'intérêt des particuliers. Sans doute, à l'analyse, l'intérêt général se dissimule-t-il derrière l'intérêt de chacun d'entre nous; mais ce qui apparaît au premier plan dans les litiges du D.I.P., c'est l'intérêt des particuliers.

D'autre part, deuxième critérium, les rapports engendrés y sont le plus souvent des rapports entre particuliers. Les rapports qui mettent en présence l'Etat et un individu sont très rares, et l'Etat agit dans ces cas, comme un particulier. C'est d'ailleurs

ce qu'a proclamé la Cour de Cassation, dans l'arrêt Carathéodory. Ainsi, suivant les deux critéums envisagés, le D.I.P. apparaît comme du droit privé.

Seule, la matière de nationalité peut être rattachée au droit public.

Une seule matière dont on discute d'ailleurs la place dans le D.I.P., est susceptible d'être rattachée au droit public, c'est la matière de la nationalité. D'après la Cour de Cassation elle-même, la nationalité serait une question de droit public, notamment les règles relatives à l'acquisition et à la perte de la nationalité, relèvent du droit public, parce qu'elles intéressent davantage l'Etat et l'intérêt public, que les individus. D'autre part, le rapport de nationalité est bien un rapport entre particuliers et une collectivité publique. Ceci a été proclamé à maintes reprises par la Cour de Cassation, en particulier dans le célèbre arrêt du 21 Juin 1919, Chambre civile, 21 Juin 1919, et Chambres réunies, 2 Février 1921 (S. 1921, I. p. II3. D. 1921. I. p. 1). Le point de savoir comment devaient être traités, au regard du décret du 10 Août 1914 suspendant les délais en matière civile, les délais existant pour répudier la qualité de français. Des arrêts ultérieurs ont maintenu sur ce point la doctrine de la Cour de Cassation.

Ainsi, à l'exception de la matière de la nationalité, le D.I.P. nous apparaît sous tous ses aspects comme du droit privé.

C'est également du droit international. Le mot international présente un très grand nombre de sens, mais c'est surtout avec deux formules que l'on peut le caractériser : l'expression de *jus gentium*, et l'expression de *jus inter gentes*. L'expression de *jus gentium* est purement romaine. On la rencontre dans les Institutes. C'est le droit commun au genre humain, disent les Institutes, né de la raison naturelle, "jus commune omni generi humano, naturali ratime natum". Ce sont les institutions qui étaient communes à tout l'univers civilisé de l'époque romaine. Tel est le premier sens du mot *jus gentium*. *Jus inter gentes* est une expression qui est apparue au XVII^e siècle, sous la plume des premiers écrivains, qui est devenue le droit international, et que l'on a traduit alors par le droit des gens. C'était le droit qui caractérisait les rapports respectifs entre Etats, les rapports d'Etat à Etat. C'était le droit qui répartissait les souverainetés.

Ces deux sens : *jus gentium* et *jus inter gentes*, se rencontrent encore aujourd'hui, lorsque l'on parle du droit international. On emploie le mot droit international dans les deux sens, soit que l'on veuille parler d'un droit commun à tous les Etats civilisés.

Le D.I.P. est aussi du droit international

sés, comme l'est le droit international public, soit que l'on veuille parler du droit qui établit les limites des souverainetés, ce qui est encore la tâche du droit international public. Le mot droit des gens a sans doute pris notamment dans le langage scientifique un sens un peu différent, mais les expressions ont conservé leur sens général. Ainsi le droit international privé est du droit international aux deux sens du mot.

Il est international au sens de jus gentium parce que il a un fond commun qui s'applique dans tous les pays de l'univers civilisé; et il est également jus inter gentes, puisque à l'occasion des conflits entre particuliers, il a pour mission de répartir l'autorité des souverainetés, et à propos des lois applicables de tracer leurs limites dans l'espace.

Plan du cours

Il convient d'aborder maintenant l'étude des règles positives du D.I.P. On commencera par la partie principale de la matière, c'est-à-dire le conflit des lois, auquel sera consacrée une première partie. Dans une seconde et une troisième partie, on étudiera successivement et plus succinctement la condition des étrangers et la nationalité. Pour cette étude, la méthode à laquelle M. Lévy-Ullmann se conformera est une méthode prenant sa base dans l'histoire, qui en matière de D.I.P. est tout, dans la jurisprudence, les décisions des tribunaux et enfin dans le droit comparé, c'est-à-dire les données du droit étranger.

P R E M I E R E P A R T I E

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

La matière du conflit des lois, même dans le droit actuel, est commandée par les précédents historiques et par la formation de la coutume internationale. C'est donc à cette coutume internationale qu'un premier chapitre sera consacré.

Chapitre 1

LA COUTUME INTERNATIONALE.

La coutume internationale s'est formée par l'effet successif d'un triple apport : un apport italien, un apport français, puis un apport des pays des Flandres, des Pays-Bas et de l'Allemagne. Ces apports ont été successifs, et tout l'ouvrage a été couronné dans la première moitié du XIXème siècle par une synthèse scientifique due à deux auteurs, un Américain, Story, et un Allemand, Savigny. Ce sont ces quatre étapes que nous allons successivement parcourir. Examinons d'abord le premier apport, l'apport italien, l'apport de ce que l'on a appelé la première école

italienne.

§ 1 - L'apport de la première école

italienne.

Premier apport: Au Moyen Âge, au XIII^e siècle et au XIV^e siècle notamment, la Haute-Italie était divisée en une multiplicité de républiques, d'Etats minuscules, de municipalités, et les sources du droit de l'époque étaient particulièrement confuses, et entraient en perpétuel conflit les unes avec les autres. Il y avait sans doute un fond de droit commun, qui était le droit romain, lequel n'avait jamais cessé d'être appliqué dans la Haute-Italie. Des écoles avaient maintenu l'étude du droit romain; d'ailleurs, le droit de Justinien, avait été promulgué en 554 en vertu de la Fragmatique Sanction. Mais, à côté de ce fond, il y avait, soit des législations générales, soit des législations régionales, et de multiples droits locaux. Comme législations générales, il y avait les anciennes constitutions impériales, et le droit canonique. Comme législation régionale, les législations édictées par les maisons seigneuriales, la maison de Savoie, les maisons d'Anjou, les maisons d'Aragon; enfin, dans les Etats de l'Eglise régnait le droit canonique. Parmi les législations locales il y avait lieu de tenir compte avant tout des législations municipales, qui portaient le nom de statuts, statuta, les statuts municipaux, lesquels contenaient pour la plupart des règles de droit public, et également quelques règles de droit privé. Enfin, il y avait lieu de tenir compte de certaines législations professionnelles, des législations d'artisans, d'usages maritimes et commerciaux, qui allaient devenir la source, l'origine du droit commercial terrestre et du droit droit maritime. Toutes ces législations faisaient naître des conflits, et particulièrement des conflits de deux sortes : le conflit entre la loi générale et les lois locales, entre le droit romain et les statuts, et d'autre part les conflits qui naissaient entre statuts, statuts de deux villes, de deux municipalités différentes.

Il n'est pas étonnant, par conséquent, que les hommes de science de l'époque aient vu leur attention attirée par des conflits de ce genre. À cette époque la science, dans les écoles de droit, plus particulièrement à l'école de droit de Bologne, qui avait succédé à l'école de droit de Ravenne, se présentait comme armée d'une méthode curieuse, et qui a donné

Méthode de la glose.

Source : BIU Cujas

son nom à toute l'école, la méthode de la glose. Ceux qui la pratiquaient s'appelaient les glossateurs. C'étaient des maîtres qui, prenant pour base les textes classiques, particulièrement les textes du droit romain, mettaient en note, soit en marge, soit en bas des pages, quelques brèves réflexions destinées à éclairer le sens du texte ou à en étendre la portée par interprétation. Aussi ne faut-il pas s'étonner que ce soit dans les textes romains que les maîtres du temps, que les docteurs de l'époque, aient été rechercher la source des solutions en matière de conflit de statuts, et qu'ayant découvert cette source plus ou moins artificiellement suivant les procédés de l'école, ils n'aient pas tardé à agrémenter la source découverte de quelques gloses. C'est ce qui s'est produit. Mais ceci ne s'est pas produit immédiatement. Dans l'école des glossateurs, les premiers écrits révèlent simplement que les docteurs du temps avaient trouvé, sans rechercher de textes, des solutions très simples aux conflits des lois, en se prononçant en faveur de la loi du juge-saisi, on dirait aujourd'hui de la lex fori. C'est ainsi que la première "summa", la somme, c'est-à-dire l'ouvrage contenant l'ensemble des décisions de l'école, la summa codicis, de la fin du XII^e siècle, se prononçait en faveur d'une solution de ce genre, à propos notamment de l'obligation de payer les impôts, obligatoires pour tous ceux qui habitaient un territoire déterminé et que le juge pouvait contraindre à ce paiement. Tel était le sens de la première glose d'Accurse en 1228.

Première glose
en faveur de
la loi du juge-
saisi

Deuxième glose
d'après laquel-
le le droit
romain a des
limites.

Toutefois, telle ne fut pas la solution qui prévalut à l'école, et postérieurement à la première glose, qui souscrivait à la lex fori, l'on rencontre une autre glose, qu'on attribue au chef de l'école, à Accurse, sans que les témoignages soient absolument certains, glose célèbre qui engendra la science du D.I.P. Cette glose était écrite en commentaire de la première loi figurant au code de Justinien, de la célèbre loi "Cunctos populos", la première constitution, la constitution de 380 au code, sous le titre de "summa Trinitate et vita catholica". Cette loi faisait de la religion catholique une religion d'Etat sous les empereurs Gratien, Valentinien et Théodose. Elle prescrivait au nom des empereurs la volonté que tous les peuples, (cunctos populos) - ce sont les deux mots par lesquels débute la constitution - régis par la clémence impériale, devraient être versés dans la religion, que cette religion même déclare avoir été apportée aux Romains par l'apôtre Pierre. "Cunctos populos, quos clementiae nostrae regit im-

perium", tous les peuples que régit l'empire de notre clémence, "in tali religione volumus versari", nous voulons qu'ils soient versés dans telle religion, "quam divinum Petrum apostolum tradidisse Romanis religio declarat", que la religion elle-même déclare avoir été apportée aux Romains par l'apôtre Pierre. C'est au vu de ce texte que la glose ajoute le commentaire suivant, l'argumentum, l'argument, sujet de discussio "Quod si Boloniensis convenientur Mutinae", que si un Bolonais se trouve assigné en justice à Modène, "non debet judicari secundum statuta Mutinae", il ne doit pas être jugé suivant les statuts de Modène, "quibus non subest", auxquels il n'est pas soumis, "cum dicatur quos nostrae clementiae", à raison de ce que le texte dit : ceux qui relèvent de notre clémence, etc... Ce texte indique donc que dans la pensée des glossateurs les statuts locaux ne devaient pas s'appliquer à tous les ressortissants, à l'endroit où ces statuts étaient en vigueur, mais qu'il y avait lieu de faire des distinctions et que si d'aventure un étranger à la cité était amené à comparaître devant les tribunaux les statuts locaux ne lui étaient point applicables : quibus non subest, parce qu'il n'y était pas assujetti. Cette solution est remarquable pour la raison qu'elle abandonne le système antérieurement en vigueur de la lex fori et que, s'appuyant sur le droit romain, elle estime que ce droit lui-même, bien que commun à toute l'Italie, comportait, de par l'autorité de ce texte même, des limites, le droit romain n'obligant que ses sujets. Et à la base de la solution des glossateurs, on trouve un raisonnement sous-entendu, à savoir qu'une règle de droit n'oblige que ceux pour qui elle a été faite.

Importance de la deuxième glose : appel à la raison, en dehors de l'impressionnisme du juge.

Telle est la première solution qui ait fait intervenir dans le D.I.P. un raisonnement d'ordre logique, la puissance rationnelle qui se substituait, soit à la fatalité de la lex fori, soit à l'impressionnisme du juge, car antérieurement à l'apparition de la deuxième glose, la question qui s'était posée devant les docteurs et la discussion même sur la valeur de la lex fori, avaient amené à ne point rechercher par un effort de raisonnement la solution aux conflits de lois, mais à s'en renvoyer au sentiment de celui qui avait à trancher le litige. C'est ainsi que suivant un docteur de la fin du XII^e siècle, Aldric, dominus Aldricus, lorsque des hommes de diverses provinces, soumises à des coutumes différentes, plaident dans un même procès devant un même juge, un texte explique que l'on se demande à laquelle des coutumes le juge doit donner la préférence. C'est le

problème de la compétence législative déjà posé au XIIème siècle. La réponse d'après Aldric était la suivante : je réponds qu'on doit préférer celle qui paraît préférable et la meilleure, "Respondeo eam quae potior et utilior videtur". En effet, le juge doit juger suivant ce qui lui paraît le meilleur, "debet enim judicare secundum quod melius ei visum fuerit". On aperçoit ainsi l'écart entre la méthode selon Accurse et la méthode selon Aldric. La méthode selon Aldric, c'était l'appel au sentiment, l'appel à l'intuition, c'est l'impressionnisme. La méthode, selon Accurse, bonne ou mauvaise, criticable ou justifiable, implique un appel à l'intelligence, à la raison, c'est le rationalisme. Ces deux tendances que nous rencontrons dès la fin du XIIème siècle et dès le début du XIIIème siècle dans la Haute-Italie, se sont propagées au cours de toute l'histoire du D.I.P. Il ne manque pas aujourd'hui de juristes qui prétendent encore que la solution des conflits de lois doit être jugée suivant la méthode d'Aldric, suivant l'impressionnisme, ou s'ils ne le disent pas, ils le pratiquent. Au contraire, toute la tradition de la science du D.I.P. consiste, et c'est un effort particulièrement captivant, à essayer de résoudre le problème par un effort d'intelligence, par la force de la raison.

Solutions positives de l'école des glossateurs.

Origine de la règle que les immeubles dépendent de la loi locale.

C'est grâce à l'école des glossateurs que l'on rencontre ainsi la première solution rationnelle des conflits de lois. On ne leur doit pas seulement cette solution négative, l'école a engendré dès la première moitié du XIIIème siècle un certain nombre, on ne peut pas dire de règles, mais de solutions, où se trouvaient incluses une grande partie des règles que nous retrouvons encore aujourd'hui. C'est ainsi qu'en matière de biens, l'école des glossateurs a, dans une solution curieuse, déclaré que la loi locale n'a dans son pouvoir que les choses qui appartiennent véritablement au territoire, res natae in territorio. Il s'agissait de l'application sur le territoire de Parme d'un édit d'ordre local, interdisant le transport des denrées sur le territoire de Parme; or, un citoyen de Reggio en route pour Crémone, vint à traverser le territoire de Parme transportant des denrées. Il fut jugé que l'édit municipal ne lui était pas applicable, parce que "non sunt haec res natae in territorio Parmensi", parce que ce n'était pas des choses qui étaient nées sur le territoire de Parme. On voit ainsi dans cette solution le germe de ce qui sera une des règles fondamentales du D.I.P. à savoir que les choses qui tiennent à la terre, les immeubles, dépendent de la loi locale, et en principe n'en dépen-

Origine de la règle : locus regit actum.

Origine de la distinction des règles de fond et de forme en procédure.

Ecole des post-glossateurs.

But scientifique et pratique de l'école.

dent que les choses immobilières ou nées sur le sol.

De même en matière de contrats, de très bonne heure, on rencontre chez les glossateurs la solution suivant laquelle les contrats faits dans un certain lieu doivent être régis, tout au moins quant à la forme, par le droit de ce lieu, sans distinguer la nationalité, l'attaché municipale des personnes, qui ont conclu le contrat. C'est là encore le germe de la règle célèbre : locus regit actum.

Enfin, en matière de procédure, les docteurs du temps ont affirmé que la procédure locale s'appliquait même aux étrangers et c'est là l'origine de la distinction fondamentale, que l'on retrouve dans l'école ultérieure, entre les règles de procédure, règles de forme, et les règles de fond du litige, gouvernant la cause, ce que l'on a appelé par la suite, la litis ordinatio et la litis decisio.

L'école italienne s'est présentée dans l'histoire sous une seconde forme : l'école des commentateurs dite encore l'école des post-glossateurs. On l'appelle également l'école Bartoliste, du nom du plus célèbre des docteurs de cette école.

Le nom même donné à ces écoles, qui n'a rien de spécial à la matière du D.I.P., et qui est général pour l'ensemble du droit, notamment du droit romain de l'époque, tient à la différence des méthodes scientifiques mises en œuvre par ces deux écoles respectivement. Tandis que l'école des glossateurs procédait par un bref aperçu de la solution intervenue écrite en marge ou en note des textes visés, l'école des commentateurs poursuivant un but à la fois scientifique et pratique avait pour objet de donner aux solutions intervenues un cadre scientifique général. C'était là le but scientifique de l'école, c'est-à-dire que rendant des décisions pratiques sous les besoins des hommes d'affaires du temps, on avait conçu la nécessité d'encadrer ces solutions dans une synthèse scientifique, dans des ouvrages doctrinaux, portant le nom de commentaires, et c'est l'école de Bartole qui a donné naissance aux livres de droit, aux commentaires de droit, qui sont, à l'imitation des commentaires de Gafus dans l'Antiquité, devenus classiques. Mais tandis que les commentateurs mettaient en œuvre un procédé scientifique, ils ne perdaient point de vue les nécessités pratiques de leur temps. Les écoles de droit étaient généralement rémunérées par les municipalités, et c'était précisément pour rendre service aux hommes de pratique constituant ces municipalités, que les écoles de droit avaient rédigé leurs sentences en vue de l'ap-

plication au droit de leur temps. Mais l'Ecole de Bartole - et c'est là ce qui la rapproche de l'école des glossateurs qui la précédait - s'est attachée aux textes. Comme l'école des glossateurs, l'école des post-glossateurs a toujours recherché à la base de ses solutions des textes classiques du droit romain, des textes des compilations de Justinien, alors même que ces textes n'auraient pas envisagé la solution qu'on leur faisait dire plusieurs siècles après que ces textes avaient vu le jour.

Tel est le sens général de l'école qui apparut au XIVème siècle et régna jusqu'au XVIème siècle en Italie sans conteste avec une autorité scientifique considérable. Elle remplaça sur ce point l'école des glossateurs. Des dictums célèbres d'ailleurs, aussi bien pour l'école des glossateurs que pour l'école des post-glossateurs, avaient fait connaître toute l'autorité qui s'attachait à ces sentences. Pour l'école des glossateurs on disait qu'il vaut mieux avoir pour soi la glose que le texte, "Volo pro me potius glossatorem quam textum". On le disait également en italien, celui qui n'a pas pour lui Azo, n'a rien à faire au Palais de Justice, "Chi non ha Azo, non vada a Palazzo". De même, pour l'école des Bartolistes, l'autorité de Bartole était telle qu'on disait également qu'on n'est pas bon juriste si l'on n'est pas Bartoliste, "Nemo bonus juristus, nisi sit Bartolista". Ces formules montrent l'autorité de ces écoles.

Solution principales proposées par Bartole.

Quelles sont, dans le champ du D.I.P., les conditions dans lesquelles les auteurs ont eu à statuer ? Voyons les solutions principales édictées sous l'autorité du chef de l'école. Ce ne fut pas le fondateur, mais ce fut le plus grand, celui dont le nom est resté attaché à l'école, Bartole. Bartole professait aux universités de Pise et de Pérouse. Il vécut de 1314 à 1357. Il écrivit notamment un commentaire, dans la forme du procédé scientifique de l'école, sur la première partie du code de Justinien. Dans ce commentaire il rencontre naturellement, au seuil même, la loi "Cunctos populos" et en donne l'explication. Cette explication sur la loi Cunctos populos constitue un véritable petit Traité de D.I.P. de l'époque. C'est une étude qui a pour objet de spécifier l'étendue d'application des statuts municipaux, à deux points de vue : d'une part, l'application des statuts au delà des frontières, des limites de l'autorité qui les a édictés; et, d'autre part, l'application des statuts aux personnes qui en principe ne lui étaient pas soumises, suivant les règles indiquées d'ailleurs antérieurement par l'école des glossateurs. La disser-

tation sur la loi *Cunctos populos* porte sur un certain nombre de matières, et on aura à examiner la valeur du procédé scientifique ayant consisté à rassembler des cas sous une rubrique unique. M. Lévy-Ullmann se bornera à signaler et à exposer les points les plus importants restés classiques de cette dissertation : celui sur les contrats, celui sur le testament, et celui sur des matières appelées aujourd'hui les statuts prohibitifs ou impératifs d'ordre civil, les matières où il y a des lois impératives ou prohibitives, mais en dehors du droit pénal.

En matière de contrat.
Distinction de trois éléments.

D'abord, en matière de contrat. C'est la première matière abordée par l'auteur : "et primo quaero quid de *contractibus*". Bartole suppose le cas d'un contrat passé à Pérouse par un étranger et faisant naître au lieu d'origine de cet étranger un litige, et il se pose la question de savoir quel est à cet endroit le statut auquel on doit s'adresser pour trancher le litige. Bartole estime qu'il faut distinguer trois éléments différents ; il fait intervenir une distinction tripartite : la solennité du contrat, la procédure de l'instance, et le fond du procès. Quant à la solennité du contrat, *solemnitas contractus*, il faut, dit-il, avoir égard dans ce cas au statut du lieu où l'acte a été passé. C'est ce statut qui s'applique, ce que l'on appelle actuellement la *lex loci actus*. Ici encore s'ajoutant à la solution des glossateurs, c'est l'affirmation dès le XIV^e siècle de la règle que l'on exprime aujourd'hui par les mots : *locus regit actum*. Bartole, suivant le procédé de l'école, appuie cette solution sur un texte du droit romain, la loi "*si fundus*", au Digeste, au titre "*de evictionibus*", où il est dit que dans une vente la garantie doit être donnée conformément au droit en vigueur au lieu où se fait la vente.

Le deuxième des éléments distingués par Bartole, c'est la procédure de l'instance, *litis ordinatio*. Ces termes sont restés jusqu'à nos jours ceux que l'on emploie : *litis ordinatio*, l'ordonnance du procès. Conformément à la solution de l'école des glossateurs, la loi applicable sera la *lex fori*, le statut du lieu où l'affaire est jugée.

Enfin, troisième élément, le fond du procès. Ici encore, les mots sont restés classiques jusqu'à nos jours : "*ipsius litis decisio*", par opposition à *l'ordinatio litis*. *Ipsius litis decisio* : le fond du procès. Ici, pour le statut applicable, il faut introduire avec Bartole une sous-distinction : les conséquences naturelles du contrat, celles qui découlent du contrat lui-même, dépendant de la loi du lieu

de formation du contrat, de la lex loci actus, par argument de la loi si fundus. Au contraire, les conséquences de faits ultérieurs, comme la mise en demeure, la négligence, les conséquences ex postfacto, dépendront du statut du lieu d'exécution, ou à défaut du lieu du procès, c'est-à-dire de la solution, de la lex loci solutionis ou de la lex fori.

Voilà un premier groupe de solutions Bartolistes, solutions qui à peu de choses près sont restées les mêmes dans notre droit contemporain, et qui ont donné naissance à des termes consacrés.

Autre question également célèbre visée par Bartole, c'est la question en matière de testament, "Tertio, quaero quid in testamento". L'espèce envisagée par Bartole est demeurée célèbre, c'est la fameuse question du testament de Venise; d'après les statuts municipaux de Venise, pour la validité d'un testament, il n'est exigé que la présence de deux ou trois témoins, alors que les textes de droit romain, beaucoup plus exigeants, nécessitaient en principe la présence de sept témoins, ou dans certains cas exceptionnels, de cinq, au code, constitution 31, au titre "de testamentis". Bartole, après une question préjudicielle d'applicabilité du droit romain comme droit général, se pose la question de savoir si pour des étrangers se trouvant à Venise, on pouvait et on devait leur appliquer le droit romain ou le statut vénitien. Après discussions où intervention des arguments de textes très nombreux, des considérations sur le sens des textes et la manière dont les textes étaient conçus sur le statut, Bartole conclut à l'applicabilité aux étrangers du statut vénitien, et il le fait, entre autre argument, au moyen de la raison suivante : une coutume qui diminue le formalisme, qui diminue les formalités, est une coutume utile, bonne et favorable pour tous les intéressés, pour le testateur, pour l'héritier, pour les témoins; par conséquent en dehors des arguments de textes et de raison, il donne un argument d'équité et d'utilité générale. C'est donc, suivant Bartole, la lex loci actus, qui doit s'appliquer en matière testamentaire, d'une façon générale pour les actes solennels, pour la forme des actes. Ici encore origine classique de notre règle locus regit actu.

En matière de testament.

Dans les matières où il y a des lois impératives ou prohibitives

Enfin, troisième matière ayant donné lieu à des solutions célèbres quant à l'extension des statuts, les questions dominées par des statuts, par des coutumes, par des textes, de caractère impératif ou pro-

ives mais en
dehors du
droit pénal.

hibitif, et qui ne sont pas des matières pénales, par exemple l'interdiction pour le mineur de 25 ans de faire un testament, l'interdiction des legs entre époux; en matière de biens, la nécessité pour deux copropriétaires de justifier chacun de l'assentiment de son copropriétaire pour aliéner la chose commune, et enfin les questions d'ordre successoral, les questions de rang entre les successibles ab intestat. Voilà les exemples sur lesquels sont intervenues les solutions de Bartole, et voici quelles ont été les solutions.

distinction de
la forme, de
la substance
de l'acte et
de la personne.

Ici encore le maître italien distingue la forme, la substance de l'acte, la personne. S'il s'agit de prohibition se rattachant à la forme, ratione solemnitatis, on estime que les dispositions du statut sont puramente territoriales, mais ne s'étendent pas au-delà du territoire. Elles sont territoriales dans l'exemple du statut de Venise, mais il n'y a pas lieu de les étendre au-delà. Pour la substance de l'acte, les prohibitions qui sont in rem, ex respectu rei, Bartole estime au contraire, qu'elles doivent avoir une portée extensive et qu'elles doivent s'étendre en dehors du territoire, de l'autorité qui les a édictées; il en est bien ainsi de l'obligation pour les deux copropriétaires de justifier respectivement du consentement de leur copropriétaire. Bartole estime qu'un statut de ce genre est de nature à engendrer des effets en dehors du territoire, on dirait aujourd'hui des effets extraterritoriaux. Quant aux prohibitions concernant la personne, in personam, on rencontre la sous-distinction la plus connue de l'école, celle qui, faisant une discrimination, recherche si les statuts contiennent une prohibition favorable ou une prohibition odieuse : statutum continet prohibitionem favorablem, pour le premier cas, et statutum continet prohibitionem odiosam, pour le second cas. C'est la célèbre distinction entre les statuts favorables et les statuts odieux. Pour les statuts favorables, Bartole estime qu'il faut admettre l'exterritorialité. Le statut s'étend alors aux personnes, même en dehors des limites pour lesquelles le statut avait été édicté. Tel est le cas justement pour l'interdiction qui s'adresse au mineur de 25 ans de tester, et pour l'interdiction des legs entre époux, parce que ce sont des dispositions de caractère protecteur, protectrices de la personne, sous l'aspect d'une prohibition ou d'une interdiction impérative. Mais à l'inverse, lorsqu'il s'agit de dispositions que le droit local considère comme regrettables, le statut ne s'applique

qui les a édictées. Tel est justement le cas de ce que l'on a appelé le procès anglais, la question anglaise : l'individu mourant laissant des biens à la fois en Angleterre et en Italie. L'Angleterre, jusqu'en 1925, a consacré en matière de biens immobilier le droit d'aînesse, droit qui n'était point reconnu dans les cités de la Haute-Italie. Il y avait là l'exemple classique d'un statut odieux, d'une prohibition regrettable, et à propos de la cause anglaise Bartole et son école se refusaient à accorder au fils ainé toute la succession. Telles sont les principales solutions de l'école Bartoliste, qui sont à relever dans cette œuvre. D'une manière générale l'école de Bartole a abouti à édicter certaines règles qui s'implantèrent par la suite et qui sont demeurées dans le D.I.P. : la sujétion du citoyen aux lois de la cité, lorsque ces lois sont des lois de protection; la règle locus regit actum, sinon sous la forme de cet adage, du moins quant au fond; la compétence de la loi du lieu de formation du contrat, pour le fond; et enfin, la distinction entre l'ordinatio litis et la decisio litis, la première étant réservée à la lex fori. Les solutions de l'école s'implantèrent et sont donc à beaucoup d'égards la source coutumière de notre tradition. L'école de Bolonie a donné lieu à de très vives discussions par la suite et de nos jours la controverse s'exerce sur la valeur de la méthode bolonaise. Cette méthode se caractérise par deux traits principaux. Elle était scolaistique et elle était casuistique. Scolastique, en ce sens que ses décisions, conformément à la science de l'époque, se rattachèrent toujours à un texte, que l'on glosait ou que l'on commentait. Les solutions proposées étaient toujours rattachées à une loi écrite. D'autre part, suivant les procédés de la scolaistique, les auteurs, les docteurs multipliaient les distinctions et les sous-distinctions. Elle était casuistique, en ce sens qu'elle n'a pas édicté à proprement parler de principes généraux. Les solutions étaient à l'occasion d'espèces, à l'occasion d'un cas. L'école a examiné les questions cas par cas, sans les ranger sous des rubriques générales.

Ces deux caractères ont été très vivement critiqués. À la casuistique on a reproché l'abus des distinctions et des sous-distinctions. On a reproché le fait de rattacher à des textes, qui ne signifiaient nullement la solution qu'on leur faisait dire, et dont on en extrayait les solutions en question. C'est un rattachement forcé, artificiel. Mais les défenseurs de l'école bolonaise répondent à ces critiques. Ils

estiment que dans une matière aussi complexe, les distinctions et les sous-distinctions sont nécessaires. Elles répondent à la complexité de la question. C'est parce que la question est complexe que les distinctions s'imposent. Le rattachement aux textes a sans doute entraîné l'emploi de procédés exagérés. C'est ainsi notamment, - c'est un procédé qui a été souvent remarqué pour rechercher si un texte était *in rem* ou *in personam*, s'il fallait le ranger parmi les prohibitions *personam* ou dans les prohibitions *in rem*, les auteurs regardaient les premiers mots du texte. Si le texte commençait par un terme se rattachant aux choses, "bona dicuntur", on était en présence d'une matière réelle; au contraire, le texte visait la personne, "primogenitus succedat", on était en présence d'une matière personnelle. Incontestablement c'était exagéré, c'était l'exagération même de la scolastique. Mais il n'en reste pas moins qu'il était nécessaire aux docteurs de cette époque de s'appuyer sur un texte par un procédé analogue à celui qu'emploie notre jurisprudence moderne. Si l'on a fait sortir de l'article I384 la jurisprudence qui s'applique aux accidents, notamment aux accidents d'automobiles, il est incontestable que l'article I384 à l'époque où il a été édicté, n'avait nullement entrevu des conséquences de ce genre. Les Bartolistes n'ont pas fait autre chose que d'appliquer aux questions neuves les solutions contenues en puissance dans des textes antérieurs.

Dans l'ensemble on peut justifier la méthode et l'école Bartoliste, d'une façon générale l'école de Bologne. Les critiques qui leur ont été adressées s'adressent beaucoup plus au droit et aux procédés scientifiques de leur temps, qu'aux solutions qui ont été préconisées par eux. La scolastique était le seul procédé scientifique connu à cette époque, et la critique qui a été adressée ainsi aux Bartolistes et aux glossateurs du chef du D.I.P. est une critique beaucoup plus générale et qui se réfère à la grande querelle des humanistes, lesquels ont par la suite supplanté les commentateurs et les post-glossateurs. Il convient d'inscrire par conséquent à l'actif des Bartolistes - et c'est la conclusion de cette étude - qu'ils ont fondé le D.I.P. en dégageant les premières règles et qu'ils ont en même temps jeté les bases de la doctrine internationale par le procédé du commentaire, qui groupait par matière les cas particuliers examinés par les chefs de l'école.

Tels sont les apports de la première école italienne. On l'appelle la première école italienne, parce que dans le courant du XIX^e siècle, l'école de

Mancini, l'école de la loi nationale, s'est présentée, à laquelle on a donné le nom de deuxième école italienne. On l'appelle aussi école de Bologne, bien que l'école n'ait pas toujours contenu des maîtres bolonais, et n'ait pas contenu que des maîtres bolonais, puisque Bartole professa à Pise et à Pérouse. Mais ces noms sont restés classiques. Quant au nom de théorie des statuts, que l'on donne également à l'école de Bologne, il est préférable de le réservé à l'école française.

Apport français dans la formation de la coutume internationale du XVI^e s. au XVIII^e s. -

Il convient de préciser en quoi consistait dans la formation de la coutume internationale l'apport particulier du droit français sur les données historiques (Voir sur ce point une série de cours professés par un Professeur d'origine suisse, le professeur Max Guatzwiel "Le Développement historique du D.I.P.", cours reproduits dans le Recueil des cours de l'Académie de Droit international de La Haye, année 1929, tome 29).

L'apport français à la coutume internationale est particulièrement net du XVI^e siècle au XVIII^e siècle, mais il ne faudrait pas croire qu'avant le XVI^e siècle la France ait ignoré les conflits de coutume, conflits de statuts, et que les savants français de l'époque aient été sur ce point en retard par rapport à l'école italienne, avec laquelle ils avaient toujours eu des rapports très étroits. Il n'en est rien.

Parmi les disciples des glossateurs on rencontre des juristes français très connus de leur temps, qui ont les uns et les autres, commenté pour les étudiants des universités françaises, et écrit, relativement à la loi Cunctos populos, des réflexions qui ont été par la suite étudiées. Il en a été ainsi notamment d'un professeur de l'Université de Toulouse, Jacques de Révigny, qui mourut Evêque de Verdun vers 1296, et également d'un homme considérable de son temps, qui fut le Chancelier de Philippe le Bel, Pierre de Belleperche, également professeur à Toulouse, puis à Orléans, et qui mourut en 1308. Il avait comme son prédécesseur écrit des travaux sur la glose, sur la loi Cunctos populos. Il avait comme tous les légistes de Philippe le Bel donné un sens politique à ses interprétations, en particulier en faveur de la royauté française à l'encontre de l'empire du centre de l'Europe. On se demande même, et on s'est demandé, si antérieurement à l'école des glossateurs, en France même, il n'y avait pas eu, et c'est une question de priorité, des discussions sur les conflits de coutumes, qui auraient précédé celles des glossateurs. Un professeur

de Hollande, le Professeur Metjers, dans des Etudes

parues en 1914 et en 1922 penche pour la priorité de la jurisprudence française et des auteurs français sur ce point par rapport à l'école italienne, laissera de côté ces questions d'érudition. Il convient d'indiquer en quoi consistait surtout à l'époque, véritablement on sortait de la conjecture pour entrer dans un domaine proprement historique, l'apport français du XVI^e siècle au XVIII^e siècle.

Cet apport se résume principalement en une œuvre de synthèse, consacrant la plupart des solutions consacrées coutumièrtement par les Bolonais, mais d'autre part y ajoutant des solutions originales, surtout enrichissant l'ensemble de ces solutions dans le cadre systématique d'une théorie nouvelle. Cette œuvre ne fut pas celle des coutumes. On trouve dans les coutumes de France très peu de décisions relativement aux conflits de coutumes, aux conflits de statuts. Ce fut l'œuvre essentielle des auteurs, tribunaux, de la doctrine et de la jurisprudence.

Deux étapes sont à considérer : la première au XVI^e siècle, la seconde au XVII^e siècle et au XVIII^e siècle, surtout au XVIII^e siècle.

Au XVI^e siècle, deux noms s'imposent, deux noms s'opposent : Dumoulin et d'Argentré.

Charles Dumoulin était un avocat au Parlement de Paris. Il vécut de 1500 à 1566. C'était un des praticiens les plus réputés de son temps; non seulement la vie du barreau l'absorbait, mais encore il donnait une grande partie de son temps à la discussion des problèmes politiques de son époque : champion de l'unité nationale, de l'unité de la France sous le sceptre royal, ce qui était une idée très avancée pour son époque, champion également de l'unité des législations en France; bien avant tous les auteurs il avait proclamé la nécessité d'unifier le droit français. Il professait, d'autre part, des opinions gallicanes. Ses livres furent mis à l'index, sa maison fut pillée par la populace, et il dut se réfugier à l'étranger, où il professa le droit; il professa notamment sur les questions sur lesquelles il avait été amené à prendre parti; comme avocat il fit des conférences très remarquées. C'est ainsi qu'il réfugié à Tubingue, il professa de 1554 jusqu'à sa mort.

Dumoulin n'a pas seulement écrit des ouvrages relatifs aux conflits des coutumes et des statuts, c'est un grand auteur coutumier. Il ne faut pas oublier que la partie qui se réfère à l'étude du D.I.P. est une partie relativement restreinte de son œuvre; au moins, c'est une partie qui est demeurée et qui

meure très nette, à raison de la permanence d'une de ses doctrines dans notre droit contemporain.

C'est un problème scientifique que celui de savoir si Dumoulin a été l'un des derniers, le dernier peut-être, représentants de l'école Bartoliste, ou si, au contraire, il est le premier représentant de l'école française. C'est ce que M. Fillet définissait en ces termes : "M. Dumoulin fut-il le dernier des Bartolistes ou le premier des statutaires ?" C'est une question scientifique, sur laquelle les auteurs divergent. M. Lévy-Ullmann croirait assez volontiers que Dumoulin ne fut ni entièrement le dernier Bartoliste, ni entièrement le premier statutaire. Cette opinion intermédiaire correspond au caractère transitoire que peut représenter la doctrine de Dumoulin par rapport à l'une et à l'autre des écoles. Quoi qu'il en soit de cette controverse, ce qu'il faut surtout retenir de la doctrine de Dumoulin, - et c'est là la partie la plus originale de son œuvre - c'est celle qu'il a consacrée dans certains de ses travaux à la question relative à la substance des contrats. C'est dans le commentaire qu'il a écrit à la suite de ses leçons de Tubingue sur la loi Cunctos populos en trois dissertations, commentaire paru après sa mort, en 1604, que se retrouve cette célèbre doctrine, où il a repris en les commentant et en les développant les conclusions qu'il avait été amené à formuler comme avocat dans un procès très retentissant : le procès portant sur les rapports patrimoniaux entre époux, - les époux de Ganey. C'est dans son conseil, le célèbre "concilium", sa 53ème consultation, que Dumoulin avait été amené à formuler son avis sur ce litige très intéressant. Les Bolonaïs appliquaient quant au fond, aux contrats, la loi du lieu où le contrat avait été passé, la lex loci contractus. Ils ne l'avaient pas seulement appliqué à la forme, mais ils l'étendaient au fond, ceci par argument d'un certain nombre de raisons : d'abord naturellement par argument exégétique, en s'appuyant sur la célèbre loi "si fundus", mise à contribution dans tant de questions, ensuite sur l'idée d'une comparaison entre la naissance du contrat et la naissance de la personne, et donnant, en conséquence, la préférence à la loi personnelle, plutôt qu'à celle sous l'empire de laquelle était apparue la convention. Enfin, dans l'école de Bartole, on voit poindre une idée, dont Dumoulin va faire le centre de ses réflexions, c'est l'idée de convention tacite. Il semblerait que les Bartolistes aient aperçu, comme argument à l'appui de la loi de formation du contrat, cette idée que

en matière de contrats.

cette loi était peut-être celle à laquelle, présument, les parties avaient voulu se soumettre. C'est cette idée que Dumoulin va reprendre. Il va développer cette idée, et il va en faire le thème central, non seulement de sa consultation, mais de sa doctrine en matière de contrat. Dumoulin pose en principe que dans le droit des contrats la volonté des parties est souveraine. Le droit se trouve en pareil cas dans l'intention tacite et vraisemblable des contractants, : "jus est in tacite verisimilitate contrahentium". Il y a lieu d'aller rechercher cette volonté dans les circonstances. Il faut analyser, pénétrer l'intention des parties à travers les circonstances : "Resciscientur circunstanciae voluntatis". Ces circonstances sont avant tout : statutum loci, le statut du lieu, in quo contrahitur, dans lequel on a contracté, et également les domiciles des parties, domicilii contrahentium, et toute autre circonstance du même genre, et similes circunstanciae.

Dumoulin applique cette doctrine dans son enseignement, à une espèce qu'il imagine. Il prend d'abord le cas d'un habitant de Tubingue qui voyagerait en Italie et qui vendrait sa maison de Tubingue. Mais il revient bien vite à une hypothèse concrète, celle sur laquelle il avait tant disserté, qui avait en partie établi sa réputation, l'affaire du mariage du régime matrimonial des époux de Ganey, consilium 53. Dans cette consultation, il s'était préoccupé de faire produire à la coutume de Paris les effets les plus étendus. La coutume de Paris, pour les époux mariés sans contrat, établissait la vieille communauté des pays du nord, la communauté coutumière. La question se posait de savoir si cette coutume pouvait engendrer des effets dans la région lyonnaise, laquelle pour le régime matrimonial était soumise à des règles différentes. Dumoulin, pour faire prévaloir les règles de la coutume de Paris, relativement aux rapports entre époux, et notamment à la restitution de la dot, pose, comme loi compétente, en principe, la loi du domicile du mari au moment du mariage : en vertu d'un pacte tacite. Il a été tacitement convenu entre les parties, dit Dumoulin, que le mari aurait sur la dot les droits déterminés par le statut sous l'empire duquel s'étaient formées les conventions matrimoniales, le statut du lieu où le mari avait son domicile au moment du mariage, et où la femme s'attendait à avoir le sien après le mariage. C'est ce statut, ajoute Dumoulin, que les époux ont en vue, est lui qui doit entrer dans l'action rei uxoriae, l'action en restitution de la dot, et en faire la

Application
au régime ma-
trimonial.

base, le tout par présomption de l'intention des parties, ex tacito vel presumptu contractu, en vertu d'un contrat tacite et présumé, a consuetudine loca-lei introducto, introduit par la coutume locale. La coutume, écrivait-il encore, est insérée dans le contrat; elle fait partie du contrat, consuetudo inest contractu, comme une partie du contrat, comme une loi privée et conventionnelle, voulue par les parties, induite et établie, tamquam pars contractus lex pri-vata et conventionalis a contractibus, volita, induc-ta, disposita. Telle est la doctrine célèbre qui s'est perpétuée par la suite, admise par le Parlement de Paris, qui, naturellement cherchait à étendre les effets de la coutume, admise aussi par d'autres Parlements en France. C'est cette doctrine, reprise au XVIII^e siècle par Pothier, par Merlin, par la Ju-risprudence, qui est passée dans notre droit sous le nom plus moderne d'autonomie de la volonté. Dumoulin est donc ainsi le créateur, sinon l'initiateur complet, de cette doctrine, car c'est lui qui a le mieux et le premier développé cette théorie importante que l'on retrouve encore à l'heure actuelle à la base de notre droit des contrats.

Il ne faudrait pas croire que Dumoulin ait borné ses innovations, ou tout au moins ses incursions, dans le domaine des conflits de coutumes, à cette seule question de la volonté en matière des contrats. Il a été également amené à donner aux solutions bolonaises l'appui de son autorité, et notamment il a contribué plus qu'aucun autre à importer en France et à y dé-velopper la notion que le statut personnel était régi par la loi du domicile, notion dont on apercevait dé-jà les rudiments dans l'école bolonaise, et que l'on retrouve avec d'Argentré, qui a contribué à l'implanter en France avec la plus grande énergie. En effet, les doctrines de d'Argentré et de Dumoulin convergent en cela.

D'Argentré présente avec Dumoulin un contraste frappant. Ce n'était point un praticien. C'était un théoricien. Il était magistrat, président du présidial de Rennes, et autant Dumoulin était l'homme de l'uni-té française, de l'unité royale et de l'unité de lé-gislation, autant d'Argentré au contraire était parti-culariste. Seigneur breton, il avait consacré sa vie à l'étude, à l'interprétation, à l'application de sa coutume, de la coutume de Bretagne. Il avait écrit une histoire de Bretagne, et il écrivit un commentaire resté célèbre de sa coutume. D'Argentré connut, comme

Dumoulin est
le créateur
de la doctrine
de l'autonomie
de la volonté.

xtension, en
utre, de l'i-
ée que le sta-
ut personnel
st régi par
a loi du do-
micele.

d'Argentré.

Dumoulin, mais pour des raisons différentes, la disgrâce à la fin de sa vie. Plus jeune de 19 ans que Dumoulin, né à Vitry en 1519, il mourut loin de sa Bretagne en 1590, exilé de son pays, lui aussi, pour des raisons d'ordre politique.

L'ensemble de son commentaire, - pour d'Argentré comme pour Dumoulin - représente son activité scientifique, c'est-à-dire une activité portée sur l'ensemble du droit coutumier. On rencontre, comme chez Dumoulin, des notes, des dissertations spéciales relatives aux conflits de coutumes, et ce sont ces notes incidentes qui ont donné à d'Argentré la plus grande partie de sa célébrité. D'Argentré a rencontré la question du conflit des coutumes en particulier au sujet d'un des articles de la coutume de Bretagne, de l'article 218, relatif aux donations. Dans la coutume de Bretagne, on permettait aux donateurs de disposer, du tiers de ses biens, sans fraude contre ses héritiers. Or, la question se posait de savoir, pour le calcul de ce tiers, s'il convenait de compter, parmi les biens à faire figurer dans le calcul, les biens situés hors de Bretagne. Si bien que l'on se trouvait en présence d'une question de conflit de coutumes. Il s'agissait de savoir en cette matière quelle était la coutume applicable. Cette question, examinée par d'Argentré, sous l'article 218, donna lieu à une glose, la glose 6, laquelle finit par engendrer toute une dissertation, dissertation que d'Argentré avait lui-même appelée "de statutis personalibus et realibus", des statuts personnels et réels, qui fut publiée en 1584.

Dans cette dissertation, et dès le début, d'Argentré précise sa position scientifique, antagoniste par rapport à celle des Bolonais et à celle prise par Dumoulin. Il rompt d'une façon totale et hautaine d'ailleurs avec les scholastici scriptores, avec les écrivains scholastiques, il en critique les divisions et les subdivisions. Il estime que tout cela n'était que subtilité. Ranger dans les mêmes rubriques, comme l'avaient fait les Bolonais, les questions de prescription, de procédure, de fond, de contrat, de délit, de testament, de donation ; tout cela était de la subtilité, il fallait apporter plus d'ordre et plus de méthode dans l'étude; il fallait en définitive proposer une construction.

D'autre part, non seulement il critiquait la méthode fragmentaire et artificielle, suivant lui, des Bolonais, mais il adoptait un point de départ scientifique, absolument différent, rejetant le point de départ de la glose, et y substituant un point de

départ nouveau. Ce sont là ses deux affirmations scientifiques, les deux fondements de sa théorie.

Premier point de la théorie : distinction des statuts réels et personnels.

Tout d'abord, il remplace le procédé analytique ou quasi-analytique des Bolonais par une construction synthétique, en deux termes très précis, très clairs : une division entre ce qu'il va appeler les statuts réels et les statuts personnels. Il y a deux éléments à distinguer fondamentalement. D'une part, les choses qui tiennent au sol; immeubles ou héritages, et aux-quelles dans chaque endroit, dans chaque lieu, la coutume locale doit s'appliquer. "Les immeubles, écrit-il, ne sauraient être régis par un autre droit que le droit du territoire. Il doit en être ainsi dans les contrats. Rien, quant aux immeubles, ne peut se décider en vertu des volontés privées, ni pareillement se juger contre la loi du lieu où ils sont situés". D'Argentré donne alors aux règles qui statuent sur les immeubles, à propos de contrats, de testaments, etc.... le nom générique de "statuts réels". Il reprend le nom de statuts de la doctrine bolonaise, qu'il applique aux coutumes, et il y ajoute l'expression réels, "statuts réels". Cette expression figurait déjà sans doute dans quelques textes de l'école bolonaise, mais on ne lui avait jamais donné un sens de ce genre. En face de cette première catégorie, d'Argentré en dresse une seconde pour le droit des personnes, auquel il faut ajouter le droit des meubles, qui est identique. "La personne, et avec elle les meubles, sont régis par la loi du domicile". Aux règles concernant la personne et les meubles, il donne le nom de "statuts personnels". Voilà la construction en deux termes : tous les statuts sont ou réels ou personnels, toutes les règles coutumières rentrent, soit dans la catégorie des statuts réels, soit dans celle des statuts personnels. Voilà le premier point de la théorie.

Deuxième point de la théorie : l'autorité des coutumes est territoriale.

En outre, d'Argentré rompt avec le point de départ bolonais. Ce point de départ consistait à établir un lien entre le pouvoir des statuts et les sujets régis par les statuts. La fameuse glose "Quod si Boloniensis" sur la loi Cunctos populos n'avait d'autre effet que de dire que l'autorité du statut se limite aux sujets pour lesquels il était établi : "statutum non ligat nisi subjectos", le statut ne lie que ceux qui lui étaient assujettis. À ce point de départ, d'Argentré en substitue un autre, inspiré d'ailleurs par l'idée territorialiste, qui se trouve à la base de la féodalité, la coutume de Bretagne étant essentiellement féodale. D'Argentré exprime le nouveau principe dans l'adage suivant : "finitae potestates, finita ju-

"risdictio et cognitio", là où expire le pouvoir territorial, là expirent la juridiction et la connaissance des litiges. Le pouvoir des coutumes se limite aux frontières du territoire qu'elles régissent. L'autorité des coutumes est strictement territoriale, parce qu'elles ne peuvent avoir plus d'étendue que puissance du législateur. C'est ce que, à la même époque, Loisel dans ses *Institutes coutumières*, va résumer dans l'adage fameux : "Toutes coutumes sont réelles". Cela veut dire : les coutumes sont territoriales.

Observations complémentaires:

Première observation relative aux statuts personnels.

Cette double doctrine de d'Argentré nécessite encore deux observations complémentaires. En ce qui concerne les statuts personnels, il faut préciser que c'est à la loi du domicile que d'Argentré s'est rattaché. Mais il ne s'y est pas rattaché pour des raisons traditionnelles, comme l'avait fait Dumoulin en s'inspirant des Bolonais. D'Argentré dans un certain nombre de passages de sa dissertation revient sur l'idée que le domicile c'est l'attache au sol, c'est l'attache de l'individu au territoire, c'est encore le principe territorialiste que l'on rencontre à la base même des statuts personnels. Les personnes 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, elle ne peut s'en dégager par de simples changements de résidence". D'Argentré avait d'autant plus de raison d'insister sur cette comparaison entre le domicile et l'attache au sol qu'il sentait bien avec son esprit logique que sa doctrine prêtait le flanc à une critique redoutable, et qu'il contenait une contradiction interne. En effet, à l'instant où toutes les coutumes sont réelles, dès l'instant où les coutumes n'ont d'effet que sur le territoire qu'elles régissent, comment admettre, au conséquence à laquelle d'Argentré souscrit, que la coutume du domicile suit l'individu partout où il va, que la personne conservera le droit et la loi de son domicile, à quelque endroit qu'elle se trouve et lorsqu'elle change de résidence ? Il y a là une contradiction interne à laquelle il conviendra de chercher une solution, notamment avec l'école hollandaise et l'école française du XVIII^e siècle.

Deuxième observation relative aux statuts mixtes.

D'autre part, pour augmenter encore le champ de la coutume territoriale et diminuer ce que pouvait avoir de contradictoire et de criticable sa propre doctrine, d'Argentré imagina entre les statuts réels

et les statuts personnels une catégorie intermédiaire, qu'il appela les "statuts mixtes", "qui casus mixtus est de personis et rebus": ce sont les statuts, les coutumes qui touchent à la fois à des questions concernant la personne et concernant les biens, par exemple la question d'aliénation des biens d'un mineur, la question de protection, les questions de capacité : on se trouve là en présence d'une question relative aux choses, *casus mixtus*, et dans un cas de ce genre d'Argentré n'hésite pas à faire prévaloir sur les statuts personnels les statuts réels. Il augmente donc encore de ce chef le champ de la territorialité, le champ du principe féodal.

Tels sont les principes généraux de la doctrine d'Argentré.

Deuxième étape:
XVIII^e s.

Au XVII^e s.
seule la doc-
trine de Du-
moulin est
admise.

Au XVIII^e s. la
doctrine de d'
Argentré a un
regain d'ac-
tualité.

Cause occa-
sionnelle.

Dumoulin et d'Argentré sont les noms les plus représentatifs de l'école du XVI^e siècle. Il nous faut maintenant arriver au XVIII^e siècle pour voir l'aboutissement de l'école française. Entre l'époque de Dumoulin et de d'Argentré et le début du XVIII^e siècle le sort des doctrines de ces deux auteurs fut divers. Les idées de Dumoulin furent reçues par la jurisprudence du XVII^e siècle, d'une façon générale par esprit de tradition. Les Parlements restèrent attachés, sinon à la doctrine, du moins aux solutions de l'école des glossateurs et des post-glossateurs de l'école italienne, transmises et revivifiées par Dumoulin. Au contraire, la doctrine de d'Argentré ne fut pas admise. Les auteurs y prêtèrent peu d'attention. Le Parlement ne suivit pas la territorialité excessive inspirée par la doctrine de d'Argentré, et ses idées en France passèrent à peu près inaperçues. C'est dans les Flandres et en Hollande pour des raisons d'ordre politique et local que ses idées se développèrent et revinrent trouver en France vers le milieu du XVIII^e siècle une célébrité qu'elles n'avaient jamais connue du temps de son auteur et même quelque temps après sa mort.

Pourquoi donc au XVIII^e siècle retrouvons-nous relativement aux conflits de coutumes en général et plus particulièrement relativement à d'Argentré un regain d'activité, d'actualité ? Pour deux ordres de causes : des causes occasionnelles et des causes plus profondes.

Une cause occasionnelle tout d'abord : la donation faite par un avocat de Paris, Maître Riparfont, de sa bibliothèque à l'ordre des avocats, avec condition écrite dans la donation que dans cette bibliothèque se tiendraient des conférences où l'on discuterait des questions qui portaient au Palais le nom

célèbre de "questions mixtes", c'est-à-dire les questions de conflits de coutumes. Maître Riparfont aimait ces questions et avait établi cette condition à sa donation. On institua alors dans la bibliothèque du Palais - elles y existent encore - des conférences de la bibliothèque. Ces conférences eurent lieu une fois par semaine en 1717, et pendant 5 années consécutives. Ensuite les conférences cessèrent peu à peu la crise économique sévissait, la crise morale n'était pas moindre, c'est ce que les auteurs de l'époque appelaient "le malheur des temps". Malgré ces circonstances défavorables, deux des jeunes avocats qui avaient suivi attentivement ces conférences, et qui s'passionnaient pour les questions de conflits de coutumes, entreprirent de publier certains des résultats des discussions, très brillantes naturellement, auxquelles ils avaient assisté. Entre eux, il y eut un petit conflit de préséance, fort peu confraternel, mais de cette émulation sortirent des ouvrages qui nous sont parvenus et qui ont servi de base scientifique à toute l'école française. Ces deux auteurs étaient l'avocat Froland, mort en 1746, originaire de Normandie, et l'avocat Boullenois, de Paris, qui vécut jusqu'en 1762. Froland est l'auteur d'un Mémoire en deux volumes, 1729, "Mémoires concernant la valeur et la qualité des statuts". Boullenois, après avoir, pour devancer son confrère, publié un opuscule assez restreint sur la question des conflits, s'adonna d'une façon approfondie pendant toute sa vie à la matière, et après 30 années de travail publia en 1766 deux grands volumes in quarto intitulés "Traité de la réalité et de la personnalité des lois". Ce sont ces deux ouvrages qui sont restés fondamentaux. D'ailleurs, ils sont passés de la France en Amérique et d'Amérique ils sont revenus en France.

Telles sont les causes purement occasionnelles de la résurrection des questions de conflit de coutumes dans la deuxième moitié et à la fin du XVIII^e siècle.

Causes profondes.

Mais il y avait aussi des causes plus profondes. Tout d'abord, la nécessité, pour les praticiens de l'époque, d'avoir un guide clair, et simple, qui leur permette de s'orienter dans des questions mixtes, très complexes, de conflits des coutumes locales. Or, la division en statuts réels et statuts personnels avec la possibilité de fournir la catégorie intermédiaire des statuts mixtes, de plaider pro et contra, suivant les besoins de la cause, apparaissait aux avocats de l'époque, comme particulièrement favorable à la plaidoirie. C'était une classification claire, simple.

cile à apercevoir et accessible. L'esprit logique, clair qui est celui du barreau français et de la magistrature, avaient pour effet d'implanter petit à petit cette construction relativement aisée à saisir.

D'autre part, il faut faire intervenir ici le droit comparé. Les idées de d'Argentré avaient pénétré en Flandre, en Hollande; elles y avaient donné origine à des travaux absolument remarquables, les travaux de l'école hollandaise et de l'école flamande, qui se répandirent en France, et l'ouvrage de Boullenois est inspiré en grande partie de l'ouvrage du Flamand Rodenburgh, et Rodenburgh n'avait fait que reprendre les constructions de d'Argentré.

A ces diverses causes, il y a lieu de joindre encore l'influence doctrinale très importante d'un homme très cultivé et très réputé du temps, le président Bouhier, président au Parlement de Dijon et membre de l'Académie française. Dans ses commentaires sur la coutume de Bourgogne, les chapitres 21 à 36 sont consacrés à la matière des conflits de coutumes. Dans un style très clair, avec des observations très judicieuses, ce magistrat a apporté ainsi aux doctrines professées par Frolard et Boullenois l'appui d'une autorité considérable. A la fin du XVIII^e siècle, Pothier et après lui Merlin repriseut toutes les conclusions de l'école française, Pothier notamment dans l'Introduction générale aux coutumes qui figurent en tête de la "Coutume d'Orléans", où il oppose les statuts personnels et les statuts réels. Il y a trois espèces de statuts : les statuts personnels, les statuts réels et ceux qui ont pour objet ce qui concerne la forme extérieure des actes - c'était une notion intermédiaire - : locus regit actum, que Pothier avait contribué à faire intervenir par tradition des Bolonais et des Romains.

Si bien que la doctrine française se présente à la veille de la révolution sous les traits suivants : c'est une théorie, et c'est pourquoi on lui a donné très justement le nom de théorie des statuts. Alors que l'on emploie, d'une façon générique l'expression de théorie des statuts pour désigner tout le mouvement doctrinal du XII^e siècle au XVIII^e siècle, on peut dire que c'est l'école française, issue de d'Argentré, auquel on a joint les théories de Dumoulin et des Bolonais, que l'on peut désigner proprement et spécialement sous l'intitulé de théorie des statuts. Et sous ce vocable se place l'apport français, susceptible, comme l'a fait Lainé, dans son Introduction au D.I.P., d'être résumé en trois propositions, qui concentrent la théorie des statuts.

Etat de la
doctrine fran-
çaise à la
veille de la
révolution.

Résumé tra-
duisant l'ap-
port français.

lère proposition : Toutes les coutumes, toutes les lois, tous les statuts sont répartis en deux classes : les statuts réels et les statuts personnels. Cette division est faite à un double point de vue : d'abord, 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. Mais la distinction entre statuts réels et statuts personnels est faite encore à un autre point de vue, au point de vue de 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 chose, la res le sol, qui est la chose par excellence, sur laquelle porte la loi. Le statut personnel, c'est celui qui s'attache aux personnes et les suit hors du territoire. Il a l'extraterritorialité, dirions-nous aujourd'hui. Statut réel, statut territorial, statut personnel, statut extraterritorial. Mais le statut personnel ne s'attache ainsi qu'à certaines personnes, celles qui ont leur domicile dans le ressort de cette coutume, de ce statut. Telle est la première proposition.

Deuxième proposition. La réalité est la règle, la personnalité, l'exception. Sur ce point encore, ce sont les idées de d'Argentré qui ont prévalu, avec le tempérament de la catégorie des statuts mixtes, permettant la discussion.

Troisième proposition relative au fondement de toutes ces règles. La règle de la réalité puise son fondement dans la souveraineté féodale des coutumes. La territorialité trouve son explication dans l'autorité de la loi puisée dans le sol, la terre étant la base de la féodalité, la base de la hiérarchie qui durera en France jusqu'en 1789.

A quoi rattacher la personnalité des lois ? Ici après l'école hollandaise, et sans la suivre, les auteurs français de la fin du XVIII^e siècle, firent prévaloir une doctrine. En effet, la doctrine de d'Argentré prêtait le flanc à la contradiction. Dès l'instant où toutes les coutumes sont réelles, comment admettre l'extraterritorialité ? On verra que l'école hollandaise avait fait prévaloir l'idée de courtoisie internationale. Les auteurs français de la fin du XVIII^e siècle vont plus loin et proclament, comme l'a montré Lainé, que la personnalité des lois se fonde sur l'idée de justice. Le droit l'exige ainsi pour triompher de la contradiction dans laquelle tombeait tout le système de d'Argentré. On justifie par

le droit particulier de justice cette idée suivant laquelle le statut personnel s'attache aux personnes et les suit hors du territoire.

Telles sont les trois propositions dans lesquelles on peut résumer les doctrines fondamentales de la théorie des statuts.

Quelle est la valeur de cette doctrine française des statuts ? C'est un lieu commun presque du D.I.P. que l'appréciation sévère portée contre ce que l'on appelle "la théorie des statuts".

La théorie française à la fin du XIXème siècle est précisément sous l'empire de la théorie de Mancini et elle a apporté trois ordres de critique contre la théorie des statuts.

En premier lieu, - c'est la critique la plus grave - on reproche à la théorie des statuts d'avoir engendré une confusion néfaste entre l'objet et l'étendue des statuts, et cette confusion d'ailleurs s'est perpétuée de nos jours et se retrouve encore dans le langage de la jurisprudence et du Palais.

Le mot "réel", réalité, vise les lois qui concernent les choses, les biens, res : tels sont les lois, les statuts, les coutumes sur la propriété. Ce sont des statuts réels, au sens de la théorie. Le mot "personnel", personnalité, vise les lois concernant les personnes, les lois sur l'état et la capacité : ce sont des statuts personnels. Mais l'erreur de l'ancienne doctrine, dit-on, a été de confondre et d'identifier dans une même terminologie réalité et territorialité - personnalité et extraterritorialité. En effet, il n'est nullement nécessaire qu'un statut soit personnel, au premier sens, c'est-à-dire relatif à une personne, pour produire des effets à l'étranger. On peut très bien être amené à l'étranger à appliquer une loi qui n'est point une loi personnelle, et qui au sens du terme n'est pas relative à une personne. Par exemple, dans l'espèce concernant l'incendie de l'immeuble de Constantinople, les tribunaux français ont été amenés à appliquer la loi ottomane, alors qu'il s'agissait dans le langage de la doctrine d'un statut réel, puisqu'il avait pour objet une chose, - il s'agissait d'un bail d'un immeuble et des responsabilités engendrées à la suite de ce bail. De même, il n'est nullement nécessaire qu'un statut soit réel, pour s'étendre à tout le monde sur un territoire. Par exemple, en Italie, l'interdiction du divorce s'applique à toute personne étant sur le territoire. Il est donc territorial, et cependant il est relatif aux per-

Appréciation critique de la théorie française.

Première des critiques classiques : Confusion entre l'objet et l'étendue des statuts.

sonnes et non pas aux choses. Telle est la première et la plus importante des critiques à la théorie des statuts.

Deuxième critique :
Sa généralité excessive.

La deuxième des critiques consiste à reprocher à la doctrine sa généralité excessive. Tous les statuts, dit la théorie, sont ou réels ou personnels. Sans doute on a admis la catégorie intermédiaire des statuts mixtes, mais cette introduction ex post facto ne touche pas à la division, puisque en réalité on fait prédominer, soit l'un soit l'autre des termes. Or il y a des statuts, qui ne sont ni réels, ni personnels, et que l'on ne peut qualifier de mixtes ce sont des statuts qui ne concernent ni les choses ni les biens. Pour employer notre terminologie actuelle, les lois sur la forme intrinsèque des actes, les lois sur la compétence judiciaire, sur les effets des jugements étrangers, pour ne citer que ces exemples, sont des lois qui à première analyse ne concernent ni les personnes, ni les biens.

Troisième critique :
son subjectivisme.

Enfin, la troisième critique, que l'on a présentée sous des formes parfois assez pittoresques, consiste à reprocher à la théorie, derrière une apparence de rigidité, de laisser place à beaucoup de subjectivisme, de permettre un peu arbitrairement de classer, soit dans l'une, soit dans l'autre des catégories, réelle ou personnelle, l'un ou l'autre des statuts considérés, suivant les besoins de la cause. La définition de ces termes : réalité, personnalité, statuts réels, statuts personnels, a donné lieu en effet chez les auteurs du XVIII^e siècle et chez leurs successeurs à de grandes divergences; en employant ces termes, chacun y place un sens particulier, et au cours de la première moitié du XIX^e siècle, l'un des premiers auteurs qui aient écrit sur le D.I.P., Mailher de Chassat, écrivait que la controverse sur la réalité et la personnalité rappelait les assauts que font entre eux, les yeux bandés, certains maîtres d'escrime." D'autre part, et en latin, le juriste allemand, Hertius, se plaignait, en recherchant les définitions de ces termes, que les juristes se soient donnés beaucoup de mal : "In his definiendis mirum est quod sudant doctores".

Telles sont les critiques qui ont été présentées d'une manière classique à la théorie des statuts.

Il faut cependant reconnaître que là encore la réaction a été excessive et la sévérité exagérée. Sans doute, les termes ont été plus ou moins détournés de leur sens, ont été plus ou moins l'objet d'interprétation et de définition subjective, mais il faut reconnaître à la théorie française un certain nombre

Défense de la théorie fran-

d'avantages, et la défense peut en être présentée dans une certaine mesure.

Premier mérite de la théorie française : Consolidation et précision des solutions déjà acquises.

D'abord, la théorie française a eu pour effet de cristalliser les solutions des temps antérieurs et de donner à un certain nombre de règles acquises jusque là leur forme définitive. Les solutions imaginées par les Bolonais, reprises par Dumoulin, acceptées par d'Argentré, se sont trouvées consolidées, renforcées et ont acquis véritablement force de coutumes, avec l'*opinio necessitatis*, l'élément intellectuel qui figure dans les éléments de la coutume. D'autre part, dans des expressions, dans des brocarts, dans des axiomes, plus ou moins frappés, se sont enchaînées ces règles. C'est ainsi que c'est à la doctrine du XVIII^e siècle, en France, que l'on a dû la formule définitive de la règle, suivant laquelle les formes des actes doivent suivre la loi du lieu où les actes sont accomplis : *locus regit actum*. On trouve dès le début du XVIII^e siècle, à propos d'un arrêt de la Grande Chambre du Parlement de Paris de 1721, présenté pour la première fois cet adage, qui a été repris par Merlin, *locus regit actum*. Tel est le premier mérite de l'école française.

Deuxième mérite : sa systématisation.

Il en est un autre : c'est que, si artificielle qu'ait été la division des statuts dans les deux catégories, il n'en reste pas moins que l'effort de d'Argentré et de ses successeurs, est un effort rationnel, le plus énergique, le plus vigoureux, qui ait été fourni depuis les Bolonais et outrepassant l'école bolonaise, remplaçant l'analyse et la casuistique par un système rationnel appuyé sur une formule claire et simple. C'est précisément toujours la tâche des juristes de créer l'ordre là où jusqu'alors les idées n'avaient point été liées par des caractères s'attachant à l'intelligence. L'impressionisme, que l'on critique à la base de la doctrine des statuts, se trouve cependant par la doctrine même ré légué au second plan par un effort rationnel.

On retrouvera les détails des observations qui viennent d'être faites dans l'ouvrage classique de Lainé, "L'introduction au D.I.P.".

L'Ecole Hollandaise.

Troisième élément de la coutume internationale : l'expansion de la théorie de

Il convient d'étudier maintenant le troisième élément de la coutume internationale. C'est l'expansion qu'a prise au XVII^e siècle la théorie de d'Argentré. Tandis qu'en France les idées de d'Argentré n'ont pas reçu grande consécration dans son siècle et au siècle qui suivit, la jurisprudence continuant à

d'Argentré dans les pays du Nord de la France.

accepter et à appliquer les solutions bolonaises et celles préconisées par Dumoulin, les idées de d'Argentré ont trouvé au-delà de nos frontières, au nord de la France, un succès remarquable. Dans les pays des Flandres, du Hainaut, dans les Pays-Bas, dans le nord-ouest de l'Allemagne, rejoignant alors les solutions bolonaises qui avaient passé les monts et avaient été acceptées dans l'Allemagne du sud, les idées de d'Argentré reçurent un grand succès pour des raisons locales particulières. Il est incontestable que la situation politique et économique de la Flandre et des Pays-Bas se prêtait à une acceptation et à une réception, sinon de la doctrine de d'Argentré elle-même, du moins en principe des théories bolonaises et de solutions relatives aux conflits de lois et des coutumes. En effet, ces pays par leur contexture, par la vie juridique et économique du temps, rappelaient singulièrement la vie de l'Italie du nord au moyen-âge. Les villes des Flandres, du Hainaut, des Pays-Bas, très éprises de leur liberté municipale, émancipées par le mouvement communal du moyen-âge, très riches, florissantes, industrielles, étaient dans un état économique et politique très voisin de celui que montraient les villes très riches, très commerçantes également de l'Italie du Nord au moyen-âge. Cependant leur armature politique était assez différente, et l'on peut se demander quelle est la raison pour laquelle ce n'est pas la doctrine bolonaise, mais la doctrine de d'Argentré qui a prévalu.

Au premier abord, on voit, dans une première période, les maîtres bolonais, Bartole notamment, inspirer l'université de Louvain, créée au XVème siècle, les professeurs de Louvain appelaient Bartole et Balde "Principes juris magistri", les grands maîtres du droit. Pourtant, leur opinion fut vite abandonnée dès qu'apparut la théorie de d'Argentré. Ceci tient au particularisme local des Flandres et des Pays-Bas, particularisme qui devait engendrer une conséquence diamétralement opposée à celle résultant du particularisme des villes italiennes. Tandis que les villes italiennes développèrent l'idée de la personnalité des statuts, en distinguant ceux qui pouvaient ou ne pouvaient pas être assujettis à un statut local, en faisant à propos de la glose sur la loi "Cunctos populos", la discrimination entre ceux qui sont sujets aux statuts et ceux qui n'y sont pas assujettis, à l'inverse, le territorialisme flamingant très radical n'admit pas que l'on puisse se soustraire à un endroit quelconque à l'autorité d'un statut. Ce ne sont pas des idées féodales, puisque à cette époque les

mouvements d'indépendance qui soulevèrent les provinces septentrionales aboutirent à l'union d'Utrecht en 1579, manifestés à l'encontre des principes féodaux, mais c'est du particularisme territorial comme il en a toujours existé dans ces provinces, et comme il en existe encore. Chacun était attaché à sa coutume locale, à son statut, et l'on ne pouvait pas admettre qu'à l'intérieur d'une frontière d'une coutume, tout le monde n'y fut pas assujetti. C'est ce qu'on observa au moment de la rédaction des coutumes. Cette rédaction fut assez laborieuse dans ces pays, car très attachés à leurs coutumes, les hommes du nord craignaient que la rédaction des coutumes n'aménât une unification des coutumes, contre laquelle ils s'élevaient d'avance, chacun tenant à sa coutume locale. Néanmoins, lorsque furent rédigées toutes les coutumes des Flandres, de l'Artois, du Hainaut, - il y en eut 56 pour la Flandre française, le Hainaut, le Brabant, l'Artois -, il fut entendu que ces coutumes seraient appliquées dans l'esprit territorialiste le plus absolu; et la preuve de ce fait réside dans une disposition de l'Edit perpétuel du 12 Juillet 1611, qui avait, une nouvelle fois, ordonné la rédaction des coutumes sous sanction sévère. L'article 13 de l'Edit perpétuel de 1611 indique que lorsqu'il se présente une question de testament tranchée par la coutume, l'Edit ordonne que, - en tout ce qui touche la qualité des dits biens, si on en peut disposer, l'âge, les formes et solennité - on suivra les coutumes et usances de la dite situation". Autrement dit, c'est l'application généralisée de la lex rei sitae, de la lex situs, non pas seulement à la matière générale de la disposition de volonté, mais pour tout ce qui touchait la qualité des biens, la quotité disponible, l'âge pour faire le testament, la forme et la solemnité du testament. L'article 13 de l'Edit est donc une application très nette du principe de la territorialité. On conçoit dès lors qu'une doctrine comme celle de d'Argentré, qui mettait la réalité au premier plan - "Toutes coutumes sont réelles", disait Loysel - répandue dans les Flandres, ait trouvé immédiatement des disciples et des propagandistes. Deux notamment se signalèrent dans une première phase, dans la première moitié du XVIIème siècle : Nicolas Bourgoigne et Christian Rodenburgh. Nicolas Bourgoigne signait Burgundus. Il écrivit, en 1621, un traité sur les "coutumes des Flandres", dont les sept premières dissertations furent consacrées aux conflits des coutumes. Il était avocat à Gand. Il professa par la suite le droit à Ingolstadt, et fut

Les propagandistes de la théorie de d'Argentré.

membre du Conseil de Brabant. Il se réclame, dès le début de son ouvrage, de d'Argentré, qu'il qualifie de "vir excellentissimi ingenii", un homme de l'esprit le plus excellent. On trouve dans cette dissertation la fameuse division de d'Argentré - toute sa doctrine - en deux éléments avec prédominance absolue de la réalité, l'admission des statuts mixtes avec tendance toujours à la prédominance de la réalité, la personnalité était restreinte exclusivement aux matières d'état et de capacité.

C. Rodenburgh était membre du Conseil d'Utrecht. En tête d'une dissertation sur les droits pécuniaires des époux, "de jure conjugum", il introduisit des doctrines sur le conflit des coutumes et des statuts. C'est lui l'un des premiers, avec Huber, qui a employé l'expression conflit de statuts et conflit de coutumes : "de jure quod critur ex statutorum vel consuetudinum conflictu discrepantium", du droit qui résulte du conflit des statuts ou des coutumes qui sont divergentes. Lui aussi se réfère à la doctrine de d'Argentré, qu'il loue expressément, dont il couvre d'éloges l'ouvrage, "in opere illo eruditio, quod scripsit ad consuetudines Britanniae. C'est l'ouvrage de Rodenburgh qui a inspiré directement notre juriste du XVII^e siècle, Boullenois, celui qui à la fin du tome II de son grand ouvrage donne toute une traduction de la dissertation de Rodenburgh. Cette première école de la première moitié du XVII^e siècle marque trait d'union entre la doctrine de d'Argentré et des Flandres, un trait d'union aussi entre la doctrine des Flandres et la doctrine française, puisque c'est par Rodenburgh que la théorie des Flandres est revenue dans notre pays.

Apports de l'
école hollan-
daise.

Mais le plus grand éclat a été surtout donné à la doctrine des pays du Nord par les auteurs de la seconde moitié du XVII^e siècle. Ce sont alors les grands noms de l'histoire du D.I.P., les trois grands représentants de ce que l'on appelle l'école hollandaise, les deux Voet, Paul Voet et son fils Jean Voet et Ulrich Huber.

Paul Voet, qui était professeur à l'Académie d'Utrecht, vécut de 1619 à 1667. Ulrich Huber, vécut de 1626 à 1694. Jean Voet vécut de 1647 à 1714. Il fut professeur à l'Académie de Leyde. Cette école remarquable, aussi bien d'ailleurs dans l'ordre du droit international public que dans l'ordre du D.I.P., a fait bénéficier la doctrine et la science du D.I.P. d'un triple apport :

1°/ une explication scientifique de l'exterritorialité des coutumes, explication donnée par la do-

trine de la courtoisie internationale, de la comitas.

2°/ l'introduction de l'élément international dans le droit commun coutumier.

3°/ la fixation de la terminologie, l'adoption d'une terminologie définitive, que la suite des temps va consacrer.

Ce sont là les trois apports principaux de la doctrine hollandaise. En voici très rapidement le commentaire.

Premier apport:
la manifesta-
tion de la
courtoisie
internationale

Le premier de ces points, le plus important au point de vue doctrinal et scientifique, c'est la manifestation de la doctrine de ce que l'on a appelé la "courtoisie internationale"; "comitas". L'expression comitas, comiter, ex comitate, pour caractériser le principe en vertu duquel un statut, une loi, une coutume, pouvait avoir un effet extraterritorial, faisant ainsi flétrir le sumnum jus de la territorialité; Cette formule est due au premier des Voet, à Paul Voet, qui l'a employée dans ses deux ouvrages successivement, dans son ouvrage sur les statuts de 1661, "de statutis eorumque concursu", des statuts et de leur concours, - Paul Voet ne parlait pas encore de conflit, - et aussi dans son ouvrage "Mobilium et immobilium natura", de la nature des meubles et des immeubles. L'expression se retrouve dans l'un et l'autre de ces traités : comiter, ex comitate. Notamment dans le traité de la nature des meubles et des immeubles, Paul Voet indique qu'il a préféré recourir à la seule humanité, au sentiment d'humanité en vertu duquel un peuple voisin observe courtoisement les décrets de son voisin. "Malui ad solam humanitatem recurrere, qua populus vicinus vicini decreta comiter observat". L'expression a été reprise par Ulrich Huber, qui a donné surtout à la théorie sa formule définitive. Ulrich Huber a condensé les conclusions de l'école hollandaise dans trois axiomes, qui sont restés classiques, et dont le troisième affirme précisément la théorie de la courtoisie internationale; c'est dans son traité, "de conflictu legum diversarum in diversis imperiis", du conflit des lois diverses dans les différents empires, traité qui figure dans les "Praelectiones juris civilis" du maître hollandais. Le troisième axiome est ainsi conçu : "Les chefs des Etats par courtoisie font en sorte que les lois de chaque peuple, avoir avoir été appliquées dans les limites de son territoire, conservent leurs effets en tous lieux, pourvu que ni les autres Etats, ni leurs sujets, ne reçoivent aucune atteinte dans leur pouvoir ou dans leurs droits". C'est la traduction qui en est donnée par Lainé à la page 108 de son Introduction.

Cet axiome met en relief, dès le début, cette idée de la courtoisie. Les chefs des Etats, etc.... respectent l'application en dehors du territoire des effets produits par les actes passés là où la coutume est en vigueur. C'est la formule du respect international des droits acquis, ainsi proclamé par Ulrich Huber à la fin du XVII^e siècle. Mais en dehors de la règle de D.I.P., il y a le principe en vertu duquel cette règle est reçue, la courtoisie que se doivent les peuples et les conducteurs de peuple, l'un envers les autres.

Enfin, Jean Voet, à la suite de ses deux devanciers, dans un certain nombre de ses écrits, n'a pas manqué de donner lui aussi la sanction de son autorité à la théorie reçue par Paul Voet et par Huber. Dans son traité des Pandectes, il insiste pour montrer que dans l'expression de courtoisie internationale, il s'agit bien de courtoisie et non pas d'un droit. Il y a une sorte de bienveillance à appliquer les lois étrangères, quand on le juge convenable et au longtemps qu'on le jugera convenable. Tel est le sens et telle est la mesure de la doctrine.

Cette doctrine était nécessaire. Il fallait à tout prix expliquer ce qui, dans la doctrine de d'Argentré, paraissait alors inexplicable, cette sorte de contradiction entre l'effet territorial du statut et l'effet extraterritorial du statut personnel en particulier. Alors que le statut n'a d'effet que dans les limites du territoire, pour lequel il a été édifié, comment pouvait-on admettre l'extraterritorialité ? non pas par une idée de droit, mais par une idée de bienveillance mutuelle et de tolérance réciproque.

D'autre part, c'était là la seconde idée des doctrines hollandaises, l'influence de l'esprit international devait nécessairement élargir l'horizon. C'est là, en effet, le deuxième apport de l'école hollandaise, l'introduction, dans ces conflits de statuts, dans ces conflits de coutumes, de l'élément nettement international. Ce ne sont plus des coutumes ou des statuts municipaux, que l'on envisage en conflit les uns avec les autres. On commence à voir, derrière les lois, les Etats, et, derrière les Etats, les chefs d'Etat. C'est ainsi que les premiers mots par lesquels commence l'axiome d'Huber sont : "Reco[n]tores imperiorum id comiter agunt...", les chefs d'Etat, les conducteurs de peuples. De même, dans les autres axiomes de Huber, on retrouve à tout instant l'expression : "Leges cuiusque imperii", les lois de chaque empire ont force dans les limites de cette

Deuxième apport:
Introduction
de l'élément
international

république. D'après Huber, on envisageait bien les Etats. C'est le premier axiome d'Huber, et le deuxième emploie les mêmes expressions. Pour la première fois on sort des statuts, des coutumes, et on s'éleve à la conception des lois d'Etat, c'est-à-dire on place le conflit de lois sur le terrain international. C'est là le deuxième apport de l'école hollandaise.

Cette doctrine d'universalité tient d'abord à ce que la Hollande était devenue à l'époque, et de plus en plus, la patrie du droit international, la terre classique sur laquelle on allait discuter des traités de paix. La lutte des Hollandais contre Louis XIV avait attiré à leurs idées, la sympathie des libéraux du temps. La révolution d'Angleterre, l'avènement de la dynastie d'Orange sur le trône anglais, mettaient la Hollande au premier plan de l'attention et des événements internationaux. A côté de ces événements, il faut tenir compte également de ce que dans le domaine international, le plus illustre des citoyens des Pays-Bas, Grotius, venait en 1625 de publier son célèbre "de jure belli et pacis" qui révolutionna le monde de son temps. Les axiomes de Huber ont été justifiés par lui, ex summo jure et ratione naturali. Il n'a pas manqué d'essayer de justifier au regard des théories nouvelles, du droit naturel et du droit des gens, les axiomes qu'il posait.

Tels sont les deux premiers apports de la doctrine hollandaise.

On connaît déjà le troisième apport, celui d'avoir fixé la terminologie juridique. Dans le D.I.P. la terminologie remonte aux ouvrages des deux Voet et de Huber; notamment l'expression de conflit de lois, qui, après Rodenburgh, avait été employée avec succès par Huber, est devenue classique : de conflictu legum.

La doctrine Allemande.

La doctrine allemande, qui se rattache au mouvement hollandais, comporte également des noms illustres. C'est à la même époque, et un peu ultérieurement, que l'on rencontre, dans les provinces du nord de l'Allemagne, des écrivains restés également célèbres. Il convient de citer deux noms : Henri Cocceji et Nicolas Herz, qui signait Hertius, et qui a écrit un "Commentaire de Jurisprudence universelle". Ces deux auteurs ont souscrit également à la division des statuts en personnels et réels, à l'idée de jus

Troisième ap-
port : la fixa-
tion de la ter-
minologie.

gentium. Ils ont adopté les conceptions générales de Voet, mais ils y ont ajouté notamment l'idée d'une sorte de droit se substituant à la courtoisie internationale. Herz n'a pas souscrit sans réticence à cette notion de bienveillance. Il repousse cette sorte de "mutua indulgentia", et, suivant lui, c'est bien plutôt sur une idée de droit que sur une idée d'indulgence qu'il y aurait lieu de fonder les rapports juridiques, d'où résulte l'application extraterritoriale des lois. C'est Herz qui a employé l'expression "de collisione legum", de la collision des lois, qui est restée classique en Allemagne. C'est lui également qui a donné à la règle locus regit actum sa meilleure formule. Lui aussi est l'auteur de trois axiomes, dont le troisième est lapidaire : "Si lex actum formam dat", si une loi donne une formule à l'acte, "inspicuntur leges locus actus", il y a lieu de rechercher et d'examiner la loi du lieu de l'acte, "non domicilii, non rei sitae, et non pas celle du domicile et non pas celle de la chose située.

Tels sont les trois apports, dont se compose la coutume internationale : apport italien (ière école italienne), apport français (XVI^e siècle - XVIII^e siècle), apport hollando-germanique (XVII^e siècle).

La coutume internationale au XIX^e Siècle.

Couronnement scientifique de la coutume internationale.

Un couronnement scientifique fut donné au cours de la 1^{ère} moitié du XIX^e siècle à la coutume internationale. Elle avait eu des docteurs, mais elle n'avait pas connu de synthèse. Deux travaux systématiques, deux conceptions magistrales couronnent tout cet édifice. Elles sont dues : la première, - chose assez étrange - à la contribution des Etats-Unis, d'Amérique, l'autre à l'Allemagne. Ce sont les deux contributions considérables apportées en pays anglo-saxons par Story, en Allemagne par Savigny; par Story en 1834, par Savigny en 1849. Ces deux contributions couronnent entièrement la coutume internationale, et auraient réussi à la faire prévaloir dans l'univers, si le mouvement des nationalités et la codification n'étaient pas venu jeter le particularisme dans ce qui alors était uni.

Contribution apportée par Story.

Joseph Story vécut de 1779 à 1845. Il a été professeur à l'Université américaine de Harvard dans le Massachusetts. Il a continué et terminé sa carrière comme juge à la Cour Suprême des Etats-Unis. L'ouvrage qu'il publia en 1834 sortit de son enseignement. C'était un commentaire sur le conflit des lois, "Commentaries on the conflict of laws". Il a paru en

Zème édition en 1841. Story était un esprit généralisateur. L'ouvrage sur le conflit des lois n'est point le seul qui ait eu du retentissement. Peu d'années après il publia - la 1ère édition est de 1836 - des commentaires, suivant la même méthode, sur une matière dont il n'y a nul équivalent dans le droit continental, sur la matière de l'équité, "commentaries on equity", en deux volumes. Suivant la même méthode, Story parvint, en pays anglo-saxon, à vulgariser cette matière difficile, comme il avait vulgarisé dans ses commentaires sur les conflits des lois ce qu'il a appelé lui-même le D.I.P.

Comment se fait-il qu'en Amérique, pendant la 1ère moitié du XIXème siècle, on ait été amené à écrire un traité systématique sur le conflit des lois, et comment se fait-il - c'est là ce qu'il y a de remarquable - que ce traité systématique ait été entièrement construit avec les documents qui lui étaient fournis par le droit du vieux continent ? Les Etats de l'Amérique du Nord, fondés par une insurrection, sous le signe de la liberté totale, étaient les uns et les autres très jaloux de leur indépendance, de leur autonomie, de leurs législations particulières, dans la libre Amérique. Chaque Etat faisait concurrence à l'Etat voisin pour faire surenchère de lois libérales. Si bien que des conflits de lois surgissaient : droit de famille, droit des biens, liberté du mariage notamment, et il était indispensable de savoir quelles étaient les limites qui devaient être apportées respectivement dans chaque Etat aux lois de l'Etat voisin. Une doctrine était donc nécessaire. Où la prendre ?

Point de départ de l'œuvre de Story : le droit anglais, imprégné lui-même des doctrines hollandaise et française.

Story s'adressa d'abord au droit anglais, et ceci était tout naturel, puisque tout le droit privé de l'Amérique du nord s'était édifié sur la vieille common law anglaise, sur le droit coutumier et sur l'équité anglaise, qui étaient à l'époque les deux grandes sources du droit anglais. Mais il s'agissait, non pas de questions internes, mais de questions de conflits de lois, de conflits de coutumes. L'Angleterre les avait connus de très bonne heure. Le droit anglais s'est trouvé de très bonne heure en contact et en conflit avec le droit de l'Ecosse et de l'Irlande. Des conflits de ce genre avaient très tôt attiré l'attention des juristes, et surtout nécessité des procès pour lesquels les magistrats anglais, à défaut de doctrine et de solution, s'adressèrent aux maîtres hollandais. Cela était tout naturel. Entre l'Angleterre et la Hollande, les rapports dynastiques avaient amené des liens étroits. Les étudiants Ecossais, Anglais, travaillant

aux Académies d'Utrecht et de Leyde, avaient suivi les leçons de Grotius et des deux Voet ainsi que celles de Herz. Si bien que dans les arrêts anglais du XVIII^e siècle, sur les conflits de lois, notamment entre la loi écossaise et la loi anglaise, c'étaient les doctrines hollandaises qui fournissaient la solution des litiges. Ajoutez à cela que l'Angleterre féodale devait tenir comme bien fondé tout ce qui était d'ordre territorialiste. La doctrine de d'Argentré y trouvait un terrain tout préparé pour sa réception, lorsqu'un événement nouveau, la Révolution française, fournit à l'Angleterre l'occasion de consacrer toutes ces théories. Elle fit affluer en Angleterre les émigrés français, qui continuèrent à exercer leur activité, puis rentrèrent en France après la restauration, mais conservèrent en Angleterre des attaches, des biens, des intérêts, qui engendrèrent des conflits de lois. Et non seulement à l'occasion des guerres de la révolution et de l'empire, mais au lendemain de la restauration, on trouverait en Angleterre des solutions jurisprudentielles sur les conflits de lois, entre le droit français et le droit anglais. C'est dans cette jurisprudence importante que Story alla rechercher les premiers éléments de sa doctrine. Si bien qu'il ne faut pas s'étonner - il le proclame lui-même - de le voir s'adresser, comme autorité, à l'école Hollandaise, et aussi à l'école française du XVIII^e siècle.

Mais l'école française du XVIII^e siècle lui était venue par un autre canal. Story a eu un devancier, il le reconnaît, il le proclame très honnêtement. Un avocat de la Nouvelle Orléans avait écrit en 1833 un petit opuscule sur la contrariété des lois, c'était Samuel Livermore. Or la Nouvelle Orléans, capitale de la Louisiane, avait été cédée par Napoléon au moment des guerres de l'Empire, mais elle était restée français d'âme, de tradition, de cœur et de droit. Le code appliqué en Louisiane n'était pas le code civil français. Chose curieuse, lorsque les Louisianais voulaient, conservant les lois de leur pays d'origine comme les Canadiens, conserver le droit français, ne trouvant pas de textes du code civil, ne trouvant que le projet de la commission de l'an VIII, ils édictèrent le premier projet de Portalis établi avant la rédaction définitive, et ce fut ce projet qui fut le premier code civil de la Louisiane. Or, c'est dans le mouvement du XVIII^e siècle, dans Boullenois, dans Froland, dans Bouhier, que Livermore avait établi les solutions de sa dissertation sur la contrariété des coutumes. C'est ainsi qu'arrivaient à Story les élé-

L'opuscule de
S. Livermore,

ments puisés, non pas tant dans la Nouvelle Amérique, mais dans le vieux continent.

C'est ce qui explique le caractère de l'ouvrage de Story. Né en Amérique, il est de parenté continentaux, et il est spécifiquement continental, et même, on pourrait dire, français. C'est une phrase de Boullenois, qui se trouve en épigraphe sur la couverture du livre, et à toutes les pages sont cités les auteurs continentaux. Il ne faut donc pas s'étonner si l'ouvrage de Story reçu ainsi en Amérique, connut immédiatement en Europe un succès retentissant. Transporté en Angleterre, les Anglais y retrouvèrent leur propre jurisprudence. Transporté en France, au lendemain du code civil, qui n'avait point innové sur la théorie des statuts, il y trouvait sa patrie d'origine. Aussi, dès l'apparition du Livre de Story, surgirent en Angleterre et en France les traités classiques de la matière. En Angleterre, les deux ouvrages de Burg et de Westlake, dont les éditions se succèdent encore aujourd'hui, car avec leur sentiment traditionnaliste les Anglais ne changent jamais les ouvrages. Ils en modifient le contenu, mais ils en gardent le titre et le nom de l'auteur. Ces ouvrages sont encore les ouvrages classiques, auxquels se sont ajoutés d'autres, mais qui sont entourés du plus grand respect en Angleterre. De même, en France, l'ouvrage de Story a immédiatement trouvé des imitateurs, des adaptateurs. L'avocat Foelix, le directeur de la Revue étrangère et française, écrivit en 1843 un traité du D.I.P. ou du conflit des lois, en deux volumes. D'autre part, en 1845, Mailher de Chassat écrivait un Traité des Statuts ou du D.I.P., en un volume. Il en a été de même en Allemagne.

Tel est l'ouvrage, qui allait être le premier effort de synthèse, de construction systématique du D.I.P.

Quelles sont les caractéristiques de la doctrine de Story ?

Tout d'abord, cette doctrine est présentée par son auteur comme une branche de la science juridique internationale, "International jurisprudence". Le mot jurisprudence dans la langue anglaise, à l'inverse du sens qu'il a pris dans la langue française, ne signifie pas une suite de décisions des tribunaux, mais la science juridique dans ce qu'elle a de plus théorique; au contraire, la suite des décisions des tribunaux, créant un courant de décisions dans le même sens, est, en Angleterre et en Amérique, appelée doctrine. Ainsi donc, les termes ont exactement un sens différent, suivant qu'on est d'un côté de la Manche

Influence de l'œuvre de Story.

Caractéristiques de cette doctrine.

Il est un ouvrage de science internationale.

ou de l'autre côté. Jurisprudence internationale : mot international est donné à la matière par l'auteur lui-même. Il est justifié d'abord par les matériaux qu'il a employés. Intentionnellement, Story a fait une somme générale de toutes les doctrines professées antérieurement à lui, à quelque pays que le auteurs appartiennent, ainsi qu'il l'a dit lui-même dans l'introduction à ses commentaires : "Je me suis servi principalement des écrits de Rodenburgh, des deux Voet, de Burgundus, de Dumoulin, de Froland, Boullenois, Bouhier et Huber". Il a pris son bien où il le trouvait, et il en a fait une synthèse générale. Ce travail présente un caractère international c'est Story qui a introduit dans le langage scientifique l'expression D.I.P. comme traduction du terme *jus gentium privatum*, et il explique à la fin de son paragraphe 9 la raison pour laquelle volontairement il a employé cette expression.

D'autre part, dans le livre lui-même, et notamment dans les conclusions, un mot revient continuellement, c'est le terme : relations internationales qui donne à l'ouvrage tout entier son expression caractéristique.

Tel est le premier caractère de la théorie de Story : c'est un ouvrage théorique, un ouvrage de jurisprudence - au terme large - et de jurisprudence internationale.

En second lieu, Story rejette la division des statuts en deux classes et, plus, il fait profession de rejeter toutes les distinctions qui avaient couru avant lui. Il a recueilli les principes positifs, établis par les auteurs, dont il analyse les théories, mais les théories elles-mêmes, il les a repoussées, et notamment la théorie de d'Argentré. Au surplus, l'ensemble des auteurs du continent, qui ont crit sur la matière, sont par lui traités sur le même pied : ces auteurs portent chez lui le nom générique de "civilians", auteurs du droit civil, ils s'inspirent du droit romain. Ces "civilians" encourent pour les auteurs anglo-saxons, et particulièrement en Amérique, le reproche de multiplier les distinctions et de présenter trop de subtilité. A tout instant, Story critique les Bolonais; il critique également les statutaires, il leur reproche d'entrer dans des subtilités métaphysiques, qui rendent le juriste particulièrement perplexe et entraînent la plus grande confusion. C'est, dit-il, un étalage inutile de science. Mais lorsque l'on approche de l'auteur, et que l'on recherche ce par quoi il a tendu à remplacer les divisions et les subtilités métaphysiques qu'il condamne, on se

C'est une doctrine qui rejette les divisions.

perçoit qu'il est purement et simplement revenu à la méthode bolonaise, et voici comment.

Story désire ne point édifier de construction, il critique d'Argentré et son "à priorisme"; et cependant il se borne à ranger par matière et sous des rubriques appropriées les règles qu'il a rencontrées dans les auteurs dont il donne la substance. Il établit une suite de chapitres réunis entre eux par un lien assez logique et il range dans ces chapitres les règles qu'il rencontre et surtout les décisions judiciaires empruntées aux jurisprudences, aux décisions des tribunaux d'Amérique et d'Angleterre

Mais c'est, en réalité, un retour à la méthode bolonaise.

Sans doute n'est-il pas parti, comme d'Argentré, d'un point de départ à priori consistant à classer les statuts en deux catégories et à édifier une construction logique. Ceci c'est du travail de "civilian". Mais le travail des "lawyers", en quoi consiste-t-il ? Il consiste à juxtaposer, à ranger proprement et systématiquement, s'il se peut, les règles que l'on rencontre. Lorsqu'on a bien rangé, on superpose. Qu'en résulte-t-il ? Il en résulte une construction, qui n'a pas été édifiée sur un plan à priori. Toute la différence par conséquent entre la doctrine de Story et la doctrine des "civilians" c'est que l'on se trouve en présence d'une construction spontanée, tandis que dans la théorie de d'Argentré et la théorie des statutaires on était en présence d'une construction réfléchie et bâtie sur un plan déterminé. En définitive, Story n'a fait que reprendre dans son livre la méthode des Bolonais, qui rangeaient, par matière, les solutions fragmentaires qu'ils avaient rencontrées. C'est la méthode anglo-américaine : on procède cas par cas, espèce par espèce; c'est, en somme, la casuistique bolonaise et on assiste à la résurrection de la méthode bolonaise, par les soins d'un homme qui a commencé par dire que ce n'était que de la subtilité. C'est, en définitive, le couronnement scientifique d'un mouvement qui a pris naissance au XIIème siècle; et il était évident qu'un livre de ce genre, malgré les critiques adressées aux légistes du continent, devait remporter un grand succès dans les pays où ces doctrines avaient vu le jour.

Le dernier point caractéristique de la doctrine de Story consiste dans l'adoption du principe de la "comitas", du principe de la courtoisie internationale, qu'il appelle "comity of nations", la comitas gentium. Ici Story n'avait qu'à prendre toutes faites les théories de l'école hollandaise et les solutions préconisées par les territorialistes. Story est comme tous les anglo-saxons, il adopte le principe qu'il considère

Adoption du principe de la courtoisie internationale.

comme fondamental, que les statuts bornent leur ef aux limites du territoire : "Statuta suo locantur territorio, nec ultra territorium disponunt", écri il au § 22 de son commentaire, et il souscrit alor à l'explication de l'extritorialité par la doctr ne de la courtoisie internationale. Le livre de St a pris immédiatement aux Etats-Unis et en Angleter re, une telle autorité que pendant très longtemps, et, encore à l'heure actuelle, on a cru que les pay anglo-saxons s'en tenaient définitivement à la doct ne de la courtoisie internationale, ce qui à l'heu actuelle est une erreur.

L'auteur souscrit donc au troisième axiome de Huber et au principe des deux Voet sur la comitas. Cependant, l'auteur dont il s'était le plus inspiré, celui qui à la Nouvelle Orléans avait, quelques années avant lui, écrit sur la matière, Livermore, a vait critiqué cette idée de courtoisie. Imbu des p cipes français de la fin du XVIII^e siècle, Liverm re était enclin à voir dans le principe d'extritorialité, non pas l'effet d'un sentiment de bienveil lance, mais l'effet d'un véritable devoir internati nal. Story n'accepte pas d'aller jusque là. Il s'en tient au principe de la comity et à la doctrine de Huber. Il indique qu'elle a été sanctionnée par des arrêts américains de son temps. Il y a eu, en effet dans la première moitié du XIX^e siècle, des déci sions célèbres dans les tribunaux des Etats-Unis d' Amérique, qui ont sanctionné le principe de la cour toisie internationale. Mais Story termine sa conclu par cette phrase qui montre, qu'après tout, il avai compris le sens profond des règles du droit interna tional : "Nous devons entretenir l'espoir que dans peu de temps, la comitas gentium sera synonyme de cette autre expression, la justice des nations". On voit par conséquent que l'auteur avait compris l'av nir des règles du D.I.P. et leur caractère obligato re. En définitive, cette doctrine nous met en prése ce d'une synthèse générale, embrassant pour la prem re fois l'ensemble des règles du D.I.P., adoptant les solutions fragmentaires, les règles particuli èr et positives établies antérieurement à lui par toute la science et toute la doctrine continentale et angi saxonne. C'est une œuvre de fusion intéressante. On y rencontre les règles positives admises jusqu'alor C'est l'un des deux ouvrages, qui, dans la première moitié du XIX^e siècle, donnent à la coutume internationale un couronnement scientifique.

La seconde de ces œuvres, est celle du grand J risconsulte Savigny. Savigny est l'un des plus gran

noms, non seulement de la science du D.I.P., mais du droit romain et de la science juridique. Il est, avec Ihering, l'un des deux plus grands jurisconsultes de l'Allemagne moderne. Frédéric-Charles de Savigny était né, en 1779, à Francfort-sur-le-Mein, d'une famille protestante, émigrée en Allemagne lors de la révocation de l'édit de Nantes. Il fut professeur à l'université de Berlin. Il fut même, un moment, dans son pays "ministre de la législation". Il mourut à Berlin en 1861. Son ouvrage principal, c'est son grand "Système du Droit Romain contemporain", c'est-à-dire que du droit romain qui, à son époque, était droit commun en Allemagne. Chaque Etat allemand, possédait une législation particulière, notamment en ce qui concerne le droit privé; mais, comme dans les pays de coutumes en France, le droit romain avait été un moment appliqué comme droit fondamental général. Le Droit Romain du temps de Savigny, "Heutigen Römischen-Recht", était un droit appliqué, positif. On étudiait les Pandectes comme un droit contemporain, actuel et positif. Savigny avait donc entrepris d'écrire un grand ouvrage sur le droit romain appliqué de son temps, et à la fin de cet ouvrage il devait nécessairement traiter des rapports entre le droit romain général et les législations particulières et des rapports entre les législations entre elles, bref faire, au sujet de l'Allemagne, la somme générale des principes et des théories, dans un but analogue à celui des Bolonais au Moyen-Age. C'est donc dans le tome VIII et dernier de son grand ouvrage, paru en 1849, que Savigny conclut en traitant des conflits de lois.

Voici quels sont les apports de Savigny au fond commun international, et comment son traité couronne, lui aussi, par une construction scientifique, l'édifice de la coutume internationale.

Tout d'abord, comme l'ouvrage de Story, l'ouvrage de Savigny est un traité systématique, il entreprend de traiter scientifiquement l'ensemble de la matière des conflits de lois et d'en donner un exposé systématique.

En second lieu, comme l'ouvrage de Story également, il est de caractère international, et à fin universaliste. Ceci a été exposé à maintes reprises par Savigny dans le tome VIII de son système. Il situe sa doctrine tout d'abord dans le cadre de ce qu'il appelle la communauté internationale, la communauté des peuples civilisés. Son grand ouvrage, écrit à l'occasion des conflits interprovinciaux, vise en réa-

Caractères de
son oeuvre.

Caractère
scientifique.

Caractère in-
ternational et
à fin univer-
saliste.

lité cette communauté des Etats; il s'appuie sur le droit romain qui était un droit commun général, et présente le caractère essentiellement universaliste, c'est-à-dire qu'il vise des fins d'uniformité complète des lois des différents pays, concernant le règlement des conflits de lois. C'est particulièrement dans le § 348, le plus important de son livre en ce qui concerne le D.I.P., que Savigny indique que le point de vue auquel il se place est celui d'une communauté de droit entre les différents peuples, et il ajoute un peu plus loin : "Le point de vue d'une communauté de droit entre Etats indépendants tend à régler d'une manière uniforme la collision des différents droits positifs". Il indique que ses devanciers ont avant lui préconisé un droit général. Ses devanciers n'étaient pas seulement en Allemagne Cocceji et Herz. Au début du XI^e siècle, l'Allemagne a compté des prédecesseurs importants de Savigny dans le domaine des conflits de lois, notamment Scheiffner et Von Weischner, mais ces auteurs, qui avaient invoqué un droit coutumier général, n'avaient pas, comme Story, systématisé l'ensemble de la question. Savigny poursuit des fins de communauté et d'universalisme.

Rejet de la courtoisie internationale.

Mais, à la différence de Story - c'est la troisième caractéristique - il rejette la doctrine de la courtoisie. Il va plus loin, il professe que ce n'est pas par l'effet d'une pure bienveillance que les lois étrangères doivent, dans certains cas, être appliquées dans un territoire différent; c'est l'effet de principes de droit. Les lois étrangères doivent dans certains cas être extraterritoriales, s'appliquer au-delà des frontières, c'est une obligation d'ordre juridique. Savigny, dans le même § 348, rejette donc la théorie de la comitas, de l'accord amiable entre les Etats souverains, pour s'attacher à une règle juridique. Il ne faut pas voir dans cet accord entre Etats l'effet d'une pure bienveillance, l'acte révocable d'une volonté arbitraire, mais bien plutôt un développement propre du droit. C'est, dans les termes un peu abstraits du langage de l'auteur, l'affirmation catégorique d'un droit qui s'impose par dessus les frontières aux différents pays.

Rejet du caractère d'universalisme revendiqué par la théorie statutaire.

Enfin, dernière caractéristique, Savigny - comme Story - rejette la division des statuts en deux classes, il rejette la construction de d'Argentré. La rupture avec les statutaires n'est pas aussi brusque qu'on l'a souvent écrit. Savigny reconnaît que tout n'est pas entièrement à rejeter dans leur construction. Mais il conteste qu'elle ait été acceptée d'une façon générale et définitive comme droit coutumier général. Il

lui conteste le caractère d'universalisme, en quoi il avait raison, puisque Story, avant lui, l'avait rejeté. Tout n'est donc pas entièrement faux dans la théorie statutaire, dans la division en deux classes, mais elle est incomplète, elle prête à équivoque, elle est donc sans utilité.

Tels sont les premiers caractères dominants de l'œuvre de Savigny, mais ce qu'il importe de mettre le plus en lumière, c'est la nouvelle méthode qu'il a préconisée, méthode dont il n'a pas seulement tracé le principe, mais qu'il a mis lui-même en œuvre; et c'est cela qui doit être particulièrement remarqué dans l'étude et dans l'analyse de la théorie de Savigny. Savigny a rénové, on peut le dire, la méthode du D.I.P. Voici dans quelles conditions cette rénovation s'est opérée.

Jusqu'à lui, que ce soient les Bolonais, ou que ce soient les statutaires avec d'Argentré, le point de départ de toute recherche de solutions de conflits de lois avait consisté dans l'analyse du caractère de la loi, dans l'analyse de la règle de droit. On est parti de la règle de droit, et, on s'est demandé - c'était le point de départ des Bolonais - quels étaient les sujets régis par la règle de droit. C'est le principe de la glose sur la loi "Cunctos populos". Toutefois, d'Argentré avait modifié ce point de départ : cessant d'examiner les sujets régis par la règle de droit, il avait établi sa théorie sur l'analyse de l'objet sur lequel la règle de droit portait, sur la matière régie par la règle de droit. Était-ce des objets ? Était-ce des personnes ? Tel était le point de départ de d'Argentré.

Le principal mérite de la doctrine de Savigny, - et c'est ce qui en fait le fondateur de toute une école nouvelle - c'est d'avoir renversé le point de départ. Au lieu de partir de la règle de droit, se demandant quel est son domaine, Savigny est parti du rapport de droit : se demandant, étant donné sa nature, à quelle règle de droit ce rapport de droit doit être soumis, il aboutit à dégager la solution. C'est un renversement de la méthode. Au lieu de partir de la règle de droit pour aboutir au rapport de droit, Savigny retourne la méthode ; il part du rapport de droit pour aboutir à la règle de droit. On abandonne la considération des limites du pouvoir du législateur ; il s'agit de rechercher le principe de rattachement - le mot est de Savigny -, le rattachement d'un rapport de droit à un ordre légal, de dégager son lien à une loi déterminée. C'est ce qu'il expose lui-même toujours au même paragraphe 348. "Il s'agit,

dit-il, (et les mots sont soulignés dans son livre) de rechercher pour chaque rapport de droit le territoire juridique, auquel ce rapport de droit appartient d'après sa nature propre". Tout va donc reposer sur l'analyse du rapport de droit. Cette analyse est une méthode analytique : on analysera le rapport de droit en dégagera les éléments, on verra quel est l'élément qui présente un caractère d'extranéité, et, eu égard à la nature du rapport de droit, on dégagera quel est l'élément qui est assez fort pour conduire au rattachement, à un ordre légal déterminé ; on dégagera l'élément qui entraînera le rattachement à un ordre juridique déterminé. Sans doute, est-ce une méthode assez abstraite, mais elle aboutit, et elle doit aboutir dans la pratique à des résultats féconds qui le démontrent, c'est que la plupart des auteurs et notamment des auteurs français, sont aujourd'hui des disciples, à cet égard, de Savigny.

Tel est le premier point qu'il fallait mettre lumière dans la méthode de Savigny : dégager le rapport de droit, l'analyser, et cette analyse faite, chercher, eu égard à sa nature, le principe de rattachement.

Savigny - et sur ce point il rejoint Story et les Bolonais - estime en second lieu qu'il y a lieu d'établir une classification des matières du droit privé, de grouper les rapports en classes différentes, de manière à pouvoir, une fois cette classification faite, dégager plus facilement les principes de rattachement respectifs de ces classes. C'est ainsi qu'il aboutit à répartir tous les rapports de droit en cinq classes différentes : l'état et la capacité de jouissance et d'exercice ; le droit des choses ; les obligations ; le droit successoral ; et enfin l'organisation de la famille, comprenant les rapports entre époux, les rapports de parents à enfants, les rapports de tutelle. Tels sont les principes de la méthode de Savigny ; ce sont ceux qui, à l'heure actuelle, dominent en grande partie la science juridique française.

Ce n'est cependant pas la partie de l'œuvre de Savigny qui a le plus attiré les juristes du D.I.P. Ils ont moins analysé la méthode que la mise en œuvre que Savigny en a faite. Ce qu'il y a de célèbre - et d'ailleurs d'universellement critiqué - c'est la mise en œuvre de la méthode. Ce n'est pas la première fois qu'un auteur préconise une méthode qui a du succès et l'applique d'une façon défective. Ce qu'il y a de plus célèbre dans la doctrine de Savigny en effet c'est l'usage qu'il en a fait. Savigny encour-

Classification des rapports de droit.

Mise en œuvre
de cette mé-
thode : la lo-
calisation des
rapports de
droit.

une grave critique, pour avoir sacrifié au mouvement d'idées de son temps, comme on l'a dit, au romantisme, à l'imagination. Savigny a appliqué sa méthode en partie dans une comparaison, ce qui en droit est plus audacieux et plus hasardeux que partout ailleurs. Il est parti d'une comparaison entre les personnes physiques et les rapports juridiques. Les personnes physiques sont reliées à l'ordre juridique par une localisation. On sait que Story l'a admis, et avant lui tous les statutaires et tous les Bolonais - la localisation d'un individu sur le point d'un territoire dépend en général du domicile. Les personnes physiques sont reliées à l'ordre juridique par la localisation qui les rattache à un territoire de droit, à un ressort juridique. Cette localisation, c'est le domicile, qui se dit en allemand "Wohnsitz". Il en est de même, dit Savigny, du rapport juridique. Le rapport juridique doit être localisé comme un individu vivant. Il n'a pas de domicile, "Wohnsitz" mais il y a un endroit, un siège, le "sitz", où l'on peut considérer qu'il est localisé, et tous les efforts du juriste pour dégager le principe de rattachement est de rechercher la localisation, le siège du rapport juridique. Cet élément de rattachement, qui est la pierre angulaire de la méthode de Savigny, est attachée par lui à cette idée imaginaire du siège de la localisation des rapports juridiques. Pour localiser les rapports juridiques, Savigny s'adressera souvent à un élément extrinsèque, à la juridiction compétente, et il établira une relation intime entre la juridiction et le droit local à appliquer, sur des fondements de textes du droit romain. Il fera une place prépondérante à l'autonomie de la volonté, et voici les conclusions auxquelles il aboutit pour les cinq classes qu'il a établies dans les rapports de droit.

Il aboutit à localiser les rapports de capacité de la 1ère classe, au lieu du domicile, et il applique la loi du domicile. Il localise les rapports de la seconde classe, les rapports du droit des biens, meubles et immeubles, à l'endroit où ils sont situés, et il applique la lex situs, la lex rei sitae. Par interprétation de l'autonomie de la volonté des parties, le droit des obligations est localisé, suivant lui, au lieu du paiement, au lieu de l'exécution, c'est la lex loci solutionis. Pour la quatrième classe, en ce qui concerne les successions, il localise les rapports au domicile du de cujus, et c'est la loi du domicile qui gouvernera le droit successoral. Enfin les rapports de famille sont localisés à des endroits variés.

Tout ceci sous réserve d'une notion vague et générale dans le détail de laquelle Savigny n'entre pas, qu'il appelle le droit positif coercitif; c'est ce qui en réalité correspond à la notion d'ordre public.

Appréciation critique de la construction de Savigny.

Voilà la construction de Savigny. Elle est élégante, audacieuse même, mais elle pêche par l'excès d'imagination, et les successeurs de Savigny n'ont pas eu de peine à critiquer avec une certaine causticité son principe de localisation des rapports juridiques. Un Pandectiste célèbre, Bryce notamment, avari aux dépens de Savigny en analysant la localisation d'un rapport synallagmatique. Où est-ce qu'un rapport synallagmatique est localisé ? puisqu'il y a de part et d'autre des obligations, et des obligations qui s'exercent souvent dans deux endroits différents et qui doivent s'exécuter dans deux endroits différents ? "Ou bien, a écrit Bryce, le rapport synallagmatique d'obligation n'est localisé nulle part, ou bien il est localisé à deux endroits différents", et comme l'a écrit Bryce, "il est assis sur deux chaises". Ces critiques, et d'autres encore, ont nui à la réputation de la théorie de Savigny. Ce sont celles qui ont fait le plus de tort à sa doctrine, y compris son caractère un peu abstrait et la manière dont on assez faussement d'ailleurs, traduit ses expressions mêmes. On a traduit sa recherche de la nature du rapport de droit comme étant une recherche portant sur la nature des choses, ce qu'il ne faut pas confondre avec la nature du rapport de droit; et la localisation a entraîné une défaveur portée sur toute la doctrine de Savigny. Mais, de nos jours, on a su faire la part. On a rétabli ce qu'il y avait de défectueux dans la théorie de Savigny, c'est-à-dire l'application de sa méthode. On a dégagé ce qu'il y avait de fondamentalement vrai et d'exact dans sa méthode, qui est l'établissement d'un point de départ analytique portant sur le rapport de droit, la recherche de l'élément de rattachement et le groupement des rapports de droit en classes, de manière à donner à chacune de ces classes un élément de rattachement commun. Ceci est demeuré, et on peut le dire, c'est la partie fondamentale, la partie essentielle de la contribution de Savigny au couronnement de la coutume internationale.

Avec l'œuvre de Savigny en 1849, s'achève, si non l'histoire, du moins une étape de l'histoire de la coutume internationale, qui remonte au XII^e siècle. Trois années après l'apparition du livre de Savigny, Mancini, grand homme d'Etat italien, lançait

son manifeste en faveur du principe des nationalités. Le mouvement des nationalités allait s'ensuivre. La codification nationale allait l'emporter sur la loi du domicile dans la plupart des pays de l'Europe, et le particularisme allait morceler ce qui, depuis plusieurs siècles, avait été uni et sans division. Il faut donc maintenant, à la suite de ce D.I.P. unique, étudier la formation des droits internationaux privés de chaque pays.

D'après les auteurs, il existerait un D.I.P. français, un D.I.P. allemand, un D.I.P. italien; l'expression n'est peut-être point très exacte. Selon M. Lévy-Ullmann, il faut dire qu'il existe un D.I.P. en France, un D.I.P. en Allemagne, un D.I.P. en Italie, etc... c'est-à-dire que le D.I.P. se développe actuellement dans les différents pays avec parfois des règles positives différentes; mais, le fond est resté commun. Ce qu'il faut étudier, c'est la destinée momentanée de la coutume internationale dans les pays qui ont codifié plus ou moins leur droit des conflits de lois; mais on verra que dans les interstices des articles, et même dans beaucoup d'articles positifs, ce sont les règles de la coutume internationale qui se sont maintenues et que le mouvement d'universalité, qui avait marqué le milieu du XIXème siècle, ne tardera pas à reprendre, il a même déjà repris, puisque l'on rencontre une codification internationale, celle du Code Bustamante.

On étudiera donc, dans un deuxième chapitre, les destinées de la coutume internationale en France, c'est-à-dire en somme les règles de rattachement, les règles de conflits de lois, dans le droit français contemporain.

Chapitre II.

LES DESTINÉES DE LA COUTUME INTERNATIONALE EN FRANCE.

Dans notre droit, les règles doivent être recherchées avant tout dans les textes. Mais, les textes en matière de conflits de lois sont en nombre très restreint, et très brefs. C'est surtout dans la jurisprudence et dans la jurisprudence plus ou moins aidée, par la doctrine, que l'on doit aller rechercher aujourd'hui les sources positives des règles des conflits de lois dans le système français.

§ 1 - Les textes.

L'énumération en est simple. En dehors de quelques lois spéciales, (dont on trouvera l'énumération dans le Recueil des Textes de D.I.P. de MM. Niboyet et Goulé, tome 1, p. 198 et ss.) les textes fondamentaux figurent au code civil. Ce sont des articles qu'il faut connaître. Il y a un texte général et des textes spéciaux relatifs à quatre matières.

Texte général :
art. 3 c. civ.

Le texte général, c'est l'article 3 du code civil qui figure au Titre préliminaire, et qui est le seul subsistant de plusieurs autres articles envisagés dans le projet de l'an VIII. L'article 3 pose trois règles qui attribuent à certaines lois différentes la compétence législative :

Al. 1 : "les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire". Dans l'ordre des matières envisagées dans le premier alinéa de l'article 3, dans l'ordre de ce que la loi appelle lois de police et de sûreté, la compétence législative appartient donc à la loi des tribunaux français, à la loi du juge français, à la lex fori. C'est un principe territorial.

Al. 2. : "Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française". En matière d'immeubles, la loi française est compétente législativement, c'est la loi de la situation du bien, la lex rei sitae, la lex situs. Même lorsque les immeubles sont possédés par des étrangers, la loi le spécifie, c'est la lex rei sitae, - principe territorialiste - qui est à appliquer.

Al. 3 : "Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français même résidant en pays étranger". Il convient d'observer la même donnée à ce principe par l'article 3. Les lois visées sont les lois qui concernent l'état et la capacité des personnes, mais la règle qui confère la compétence législative est une règle restreinte. Elle confère la compétence législative à la loi française mais seulement pour les Français résidant en pays étranger. La formule n'est pas conçue en termes généraux. On ne dit pas que pour toutes les personnes, c'est la loi nationale, qui est compétente. On le dit simplement pour l'application de la loi française aux Français résidant à l'étranger. C'est un point important. Voilà le texte général.

Textes spéciaux.

Les textes spéciaux se réfèrent à quatre matières : actes de l'état civil, mariage, testament,

thèque.

Actes de l'état civil, tout d'abord. Art. 47 et 48, auxquels on peut joindre l'art. 55, al. 3. Les deux principes sont écrits aux premiers alinéas de l'art. 47 et de l'art. 48.

Art. 47, al. 1:

"Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers, fait en pays étranger, fera foi s'il a été rédigé dans les formes usitées dans le dit pays". C'est donc accorder la compétence législative, en principe, à la lex loci actus; c'est une des applications du principe : locus regit actum.

L'art. 48, al. 1 pose un principe subsidiaire : "Tout acte de l'état civil des Français en pays étranger sera valable s'il a été reçu conformément aux lois françaises par les agents diplomatiques ou par les consuls". Ici c'est donc subsidiairement la loi française qui sera considérée par notre droit comme applicable, lorsque l'acte de l'état civil aura été reçu conformément à nos lois par les agents diplomatiques ou par les consuls. Donc, il résulte des art. 47 et 48 le principe qu'avant tout la compétence législative existe en faveur de la lex loci actus, pour la confection des actes de l'état civil, avec une compétence subsidiaire de la loi nationale pour les actes passés devant les autorités diplomatiques françaises.

Il convient de joindre à ces deux alinéas des art. 47 et 48 les alinéas 2 des deux mêmes articles et l'article 55, al. 3, qui régissent simplement des principes d'ordre administratif sur la communication de ces actes par la voie diplomatique.

Mariage.

Pour la matière du mariage, on rencontre les deux art. 170 et 171, ces deux articles ayant été modifiés par des lois subsidiaires : la loi du 29 Novembre 1901, et la loi du 20 Novembre 1919. Le principe est écrit à l'art. 170 : "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, 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 précédent". La compétence législative, ici encore, est donc reconnue, en principe, à la loi du pays où le mariage est contracté. C'est la lex loci actus, la lex loci matrimonii, la loi où le mariage est célébré, qu'il s'agisse du mariage entre Français, ou entre Français et étranger. Il faut que les publica-

tions antérieures au mariage prévues par le code ait été respectées et que l'on ait respecté également les conditions de fond, les empêchements prohibitifs et dérimants au mariage.

Comme pour le cas précédent, on rencontre, pour le mariage, après la règle générale, une règle subsidiaire, la permission de célébrer le mariage devant les autorités diplomatiques, al. 2. art. 170 : "Il en sera de même du mariage contracté en pays étranger entre un Français et une étrangère (le code ne dit pas entre Français ou entre Français et étranger, comme il le disait dans le précédent alinéa) s'il a été célébré par les agents diplomatiques ou par les consuls de France conformément aux lois françaises". Mais l'al. 3 ajoute "qu'il n'en est ainsi que dans les pays désignés par décret du Président de la République".

L'art. 171, issu des lois de 1901 et de 1919, a prescrit des formalités ultérieures : "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, dans les conditions prévues par le § 1 de l'article précédent, sera transcrit sur le registre public des mariages du lieu de son domicile". La loi de 1919 a ajouté : "Il sera fait mention de cette transcription en marge de l'acte de naissance de chacun des époux". En dehors des formalités, il y a donc à retenir des règles sur les deux premières matières : actes de l'état civil et mariage, la compétence de la lex loci actus, le principe, locus regit actum, et la compétence subsidiaire de la loi française, lorsque ce sont les autorités diplomatiques françaises qui sont intervenues.

Testaments.

Dans la matière des donations entre vifs et testaments, un texte est relatif aux conflits de lois concernant le testament. C'est l'art. 999 : "Un Français qui se trouvera en pays étranger pourra faire ses dispositions testamentaires par acte sous signature privée, ainsi qu'il est prescrit dans l'art. 970", c'est-à-dire par testament olographe ou, par acte authentique avec les formes usitées dans le lieu où cet acte sera passé. Le Français à l'étranger pourra faire un testament olographe, c'est-à-dire que la loi compétente, s'il veut faire un testament sous signature privée, est la loi française, la loi nationale. S'il veut faire un testament par acte authentique, il emploiera alors les formes usitées dans le lieu où l'acte sera passé, c'est l'application de la règle : locus regit actum, c'est la compétence législative de la loi du lieu de l'acte, c'est la lex loci actus. La règle

gle est simple.

Au contraire, la question des hypothèques est un peu plus difficile à comprendre.

Deux textes sont à envisager : l'un en matière d'hypothèques judiciaires, art. 2.I23, l'autre en matière d'hypothèques conventionnelles, art. 2.I28.

Ce dernier est ainsi conçu : "Les contrats passés en pays étranger ne peuvent donner d'hypothèques sur les biens en France, s'il n'y a des dispositions contraires à ce principe dans les lois politiques ou dans les traités". Ainsi en principe, et sauf les exceptions des traités et actes diplomatiques, un contrat passé à l'étranger ne peut donner hypothèque sur les biens français. On fait prévaloir le principe de la situation de la chose, de la situation de l'immeuble, rei sitae, et la loi qui s'y rapporte, lex rei sitae, sur le fait que le contrat a été passé en pays étranger, par conséquent sur le fait que le droit a été acquis sous l'empire d'une loi étrangère.

La règle de l'art. 2.I23, sur l'hypothèque judiciaire, repose sur la même donnée, sur le même principe. Il s'agit d'un immeuble sis en France, et les immeubles sis en France ne pourront être grevés d'hypothèques, aussi bien judiciaire que conventionnelle, que en vertu des principes du droit français. Mais ici il faut faire attention que l'acte générateur n'est pas comme dans l'hypothèque conventionnelle, un acte privé; il s'agit d'un acte de puissance publique, d'un jugement étranger, lequel est muni dans le pays étranger de la force exécutoire. A la raison qui se manifestait à la base de l'art. 2.I28, que les immeubles ne peuvent être grevés en France d'hypothèque ou de droit réel qu'en vertu du droit français, se joint une autre raison, à savoir que les jugements étant munis dans leur pays d'origine de la force exécutoire, il s'agit là d'un ordre d'un souverain, l'ordre ayant pour objet et pour effet d'assurer l'appui de l'autorité publique pour obtenir l'exécution du jugement. Il y aurait donc, par conséquent, un élément nouveau qui s'y joint, et c'est pourquoi l'art. 2.I23 est ainsi conçu : "l'hypothèque ne peut par ailleurs résulter des jugements rendus en pays étranger qu'autant qu'ils ont été déclarés exécutoires par un tribunal français, sans préjudice des dispositions contraires qui peuvent être dans les lois politiques ou dans les traités". Ainsi, le droit acquis en pays étranger et qui résulte, non pas seulement d'un acte privé, mais d'un acte public, d'un jugement, ne prendra force en France et n'emportera d'hypothèque judiciaire qu'en vertu de ce que l'on appelle un

Hypothèques.

a) conventionnelle.

b) judiciaire.

jugement d'exequatur, et sur l'art. 2.I23, al. 4, s'est greffée toute la jurisprudence sur l'exequatur des jugements rendus en pays étranger.

Telles sont les dispositions que l'on rencontre dans le code civil. Elles sont de caractère isolé, fragmentaire, sauf l'art. 3 et, en définitive, elles sont loin de couvrir l'ensemble de la matière des conflits de lois.

Ce laconisme du code civil pose alors un certain nombre de questions, qu'il convient d'examiner : A quelles causes peut-on le rattacher ? et surtout quelles en sont les conséquences, quelle en est la portée

Quant aux causes du laconisme du code civil, elles ont été recherchées d'une manière particulièrement approfondie par Lainé dans un article du tome 1er de la Revue de D.I.P., 1905, intitulé : "La rédaction du code civil et le sens de ses dispositions en matière de D.I.P." On s'est demandé tout d'abord si ce laconisme ne devait pas tenir à une première cause : dans l'ancienne France, la matière des conflits avait surtout pris de l'importance à raison de la diversité des coutumes. Et aux conflits de coutumes on avait appliqué la théorie issue du conflit des statuts municipaux de la Haute-Italie. Les statuts locaux, les coutumes locales et générales ayant disparu, le code civil édictant une loi unique pour l'ensemble du territoire français, il est évident que, eu égard à la difficulté des communications internationales de l'époque, on avait admis que la matière n'avait plus qu'une importance restreinte. C'est une première considération.

Une seconde considération, que Lainé ne manque pas de signaler dans cet écrit et dans d'autres, c'est que à l'époque de la rédaction du code civil la France était en guerre avec le reste de l'Europe et que l'on n'avait peut-être pas une tendance exagérée à accepter l'idée de l'application en France des lois étrangères, considérées comme ressortissant d'un régime qui était condamné par le régime nouveau français. Il y a eu manifestement à cette époque un mouvement de réaction contre la loi étrangère. Au surplus, les conflits de lois, non seulement étaient devenus rares à raison de la difficulté des communications, mais encore plus rares à raison de l'état de guerre. "Le conflit, comme l'écrit Lainé un peu pompeusement, était entre les armées des peuples plutôt qu'entre leurs lois".

Mais surtout, la raison principale du laconisme du code civil a été la difficulté technique de la matière. Cette matière des conflits de lois et de coutume

Causes du laconisme du code civil.

Importance restreinte de la matière.

Réaction contre la loi étrangère.

Technicité de la matière.

mes avait été dans l'ancienne France, comme le D.I.P. l'est encore aujourd'hui au Palais, le domaine de compétence d'un très petit nombre de spécialistes, parmi lesquels justement se trouvaient les rédacteurs du code civil. Des difficultés de rédaction se montrèrent, et un examen sommaire des différentes phases, par lesquelles passèrent au cours des travaux préparatoires les textes déjà cités, montre à quel point, en effet, la technicité de la matière a été la véritable raison du laconisme du code.

Le code civil avait, depuis les premiers projets, notamment ceux de Cambacérès jusqu'à sa rédaction finale, passé par un certain nombre de modifications, qui se terminèrent brusquement par la volonté Napoléonienne. Il y eut d'abord la réunion de la commission de l'an VIII, qui se heurta à la résistance du Tribunat au projet de Titre préliminaire. Le Tribunat contenait quelques éléments hostiles au Premier Consul : il fallut les réduire par le fameux coup de force du sénatus-consulte du 16 Thermidor de l'an X qui épura le Tribunat, et ordonna, par la rédaction définitive du code civil, la procédure des communications officieuses. C'est précisément le Titre préliminaire qui contenait les dispositions relatives aux conflits des lois, dispositions sur lesquelles le Tribunat avait fait porter son opposition. Il n'est donc pas extraordinaire que ce soit sur ces dispositions que l'on ait exercé la volonté d'abréviation, qui se trouvait dans les instructions du Premier Consul.

Le premier projet Cambacérès de 1793 ne contenait qu'un seul article visant la condition des étrangers, conçu d'ailleurs en termes très larges et favorables aux étrangers. Le projet de l'an VIII, qui est l'avant dernière étape du code, dans son livre préliminaire, intitulé "du droit et des lois" en 39 Articles contenait sur la matière des conflits trois articles, art. 4, 5 et 6, dans lesquels il est facile de retrouver les principales règles et les principes dominants de la théorie des statuts. L'art. 4 visait les anciens statuts réels, dans une disposition générale; l'art. 5 les anciens statuts personnels de l'ancien droit, l'al. 2 notamment était relatif au sort des meubles, et on appliquait la règle d'après laquelle les meubles suivent la condition de la personne : *mobilia sequuntur personam*; l'art. 6 enfin sanctionnait la règle *locus regit actum*.

Au cours des diverses transformations et abréviations, qui résultèrent de la nécessité d'aboutir rapidement, un certain nombre de dispositions resté-

rent en route, d'autres furent ajoutées sur les lois de police et de sûreté, sur la demande même du Premier Consul. Si bien que l'on condensa en un article unique la nouvelle disposition relative aux lois de police et de sûreté, la règle sur les immeubles, la règle sur les personnes; disparurent la règle sur les meubles et la disposition de l'ancien article 15 sur la règle *locus regit actum*. C'est ainsi que l'on abouti à l'art. 3, tel qu'il est conçu dans le code civil. Il est incontestable, lorsque l'on lit les travaux préparatoires et qu'on les analyse à travers l'œuvre de Lainé, que la difficulté technique de la matière, les discussions auxquelles elle donnait lieu, ou auxquelles elle était susceptible de donner lieu dans une assemblée législative disposée à rejeter le projet, ont amené à réduire au minimum les principes généraux qui devaient figurer dans le livre préliminaire du code civil.

Conséquences du laconisme du code civil.

Telles sont les causes évidentes du laconisme du code. Mais quelles que soient ces causes, la question qui se présente dès lors est beaucoup plus grave car elle ne présente plus seulement un intérêt historique, c'est celle des conséquences et de la portée de ce laconisme.

En effet, si l'on jette un coup d'œil sur l'art. 3 et les trois dispositions, dont il se compose, si même on essaie de dégager quelques solutions des articles spéciaux sur les matières générales, le nombre des questions qui ne sont point traitées par le code, qui ne sont point élucidées, ou qui même sont traitées par prétérition, est considérable. Prenons l'al. 1er : "Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire". Qu'est-ce que l'on entend par ces mots : lois de police et de sûreté ? Quel est le sens exact de cette disposition ? Dans l'al. 2, le code proclame que les immeubles, même ceux possédés par les étrangers, sont régis par la loi française. Quid juris pour les immeubles sis à l'étranger possédés par des Français ? Mutisme complet pour les meubles : quid juris pour les meubles possédés par des étrangers en France ? même question pour les meubles possédés à l'étranger par un Français ? Et toujours dans le même alinéa la loi dit : "les immeubles même ceux possédés par les étrangers, sont régis par la loi française". Sont régis : le terme est très général, mais très vague. A quel point de vue ? Est-ce seulement au point de vue de la propriété et de l'organisation de la propriété ? Faut-il y ajouter les modes d'aliénation ? Est-ce que tous les modes d'aliénation

tion vont être régis par la loi française, lorsqu'il s'agira d'un immeuble sis en France ? Et plus particulièrement est-ce que les contrats portant sur les immeubles vont être obligatoirement régis par la loi française ? Voilà quelques questions qui se posent sur l'interprétation de l'art. 3. Cet art. dans son al. 3 ne vise que le cas de l'état et de la capacité des Français, même résidant à l'étranger. Le code ne dit pas par quelle loi seront régis l'état et la capacité des étrangers en France. Lorsque la question se posera d'apprecier cette capacité des étrangers à l'étranger, le code ne s'explique pas davantage.

En dehors des questions qui sont posées par l'interprétation de l'art. 3, on peut se demander, par exemple en présence de l'art. 999, si le Français à l'étranger qui peut faire son testament par acte privé en la forme olographe, peut le faire aussi en la forme privée étrangère, qui n'est pas nécessairement la forme olographie, par exemple en Angleterre, où le testament privé est très différent du testament français. On peut se demander également quelle est la loi applicable, non plus à la succession testamentaire, mais à la succession ab intestat ? Mutisme complet dans le code. En marge des articles sur l'hypothèque et sur le jugement relatif à l'hypothèque judiciaire, on peut se demander ce qu'il adviendra des actes privés et publics et des jugements étrangers qui ne sont pas des jugements d'hypothèques judiciaires. On peut se demander en présence des art. 47 et 170, qui sanctionnent la règle locus regit actum, si cette règle doit être exclusivement réservée à ces cas, ou si, au contraire, ce n'est que l'application d'un principe plus général manifesté à l'occasion de ces actes. Ainsi donc, et ce ne sont que quelquesunes des questions, les problèmes se pressent en foule, et posent alors le point de savoir si l'interprète est en droit de combler ces lacunes et comment il doit le faire.

La portée du problème est considérable, car, intentionnellement, le code civil n'a tranché que la question de l'application de la loi française, et plus particulièrement du code civil. Il a volontairement écarté toute règle, d'où l'on pouvait dégager la possibilité d'une application de la loi étrangère. C'est probablement pour cela, dit Lainé, qu'ont disparu de la dernière rédaction du code cet alinéa relatif aux meubles et également l'ancien article 6 du projet relatif à la règle locus regit actum, car c'étaient des principes généraux, d'où pouvaient ressortir, non pas seulement l'application de la loi française, soit en France, soit à l'étranger, mais l'application de la

'ortée du
roblème.

loi étrangère en France; tout le problème le plus considérable du D.I.P., à savoir l'application de la loi étrangère en France, est ainsi passée sous silence par le code civil.

Y aurait-il lieu - ce n'est qu'une question théorique - de répondre par conséquent à ce mutisme du code par une solution simple et simpliste; à savoir qu'en France seul le droit français sera applicable et que, par conséquent, le code civil n'ayant pas statué sur l'application de la loi étrangère en France, la loi étrangère ne s'appliquera jamais ? Ce serait une interprétation draconienne, dont personne n'a soutenu le principe, non seulement parce que les Travaux préparatoires du code manifestent bien que l'intention de ses auteurs a été de suivre la tradition historique, mais parce qu'il y aurait alors dans le code un retour en arrière, l'abrogation de 8 siècles de tradition historique, un retour au territorialisme et à la féodalité pure, et il est de toute évidence que le code n'a pas voulu ce résultat. D'autre part, il était radicalement impossible de supposer un seul instant qu'alors que le code avait envisagé pour les Français l'application de la loi française à l'étranger, on ne puisse pas, au moins par réciprocité, ne fut-ce que par utilité, admettre l'application de la loi étrangère en France pour l'état et la capacité des personnes. En fait, dès l'apparition du code civil, et pendant une cinquantaine d'années, la question n'a pas fait de doute. Les auteurs du code civil, dans le projet de code et dans ce qui en est resté, article 3 notamment et les autres articles, n'ont fait purement et simplement - et c'est une première opinion qui a été reçue ainsi pendant 50 ans - que consacrer l'ancienne théorie des statuts; l'al. 2, l'al. 3, le montrent surabondamment. Cette opinion a été admise par le premier auteur qui ait écrit sur la matière des conflits de lois, par Félix. Elle a été recueillie et consacrée avec toute leur autorité par Aubry et Rau (4ème édition de 1869, tome 1er, § 31, note 8).

Plus tard encore, dans la seconde partie du XIXème siècle, des auteurs importants ont soutenu que le code civil avait recueilli le principe de la théorie des statuts et en avait consacré les splutôt. Telle a été la thèse soutenue, notamment en 1880, par M. Barde, "La théorie traditionnelle des Statuts". Ce premier système permettait donc à l'interprète, se fondant sur la théorie traditionnelle, de combler les lacunes du code, en invitant l'intention du législateur.

Première interprétation : adoption par le code civil de l'ancienne théorie des statuts.

gislateur.

Deuxième interprétation : le code civil a rejeté volontairement la théorie des statuts.

Dans la seconde moitié du XIXème siècle, sous la poussée de l'école de Mancini, représentée en France par M. André Weiss, sous l'empire du principe des nationalités, et, avec le désir de l'expansion de la loi nationale, du principe extraterritorialiste, qui est l'esprit même de l'école de la personnalité du droit, de Mancini, on a révisé la première opinion reçue ainsi par les auteurs classiques. André Weiss a soutenu notamment que le code civil s'était écarté manifestement de la théorie des statuts, qu'il n'y avait plus lieu de recourir à la vieille théorie, et qu'il était possible d'édifier sur le silence du code civil une théorie et des solutions nouvelles. La démonstration, par conséquent inverse de celle de la théorie d'Aubry et Rau, a été faite particulièrement par André Weiss dans le livre centenaire du code civil publié en 1904, dans un article intitulé : "Le code civil et le conflit des lois". Voici comment André Weiss entreprenait de prouver que le code civil s'était volontairement écarté de la théorie des statuts, dont, par conséquent, il n'y avait plus lieu de tenir compte.

En face des trois alinéas de l'art. 3, voici comment raisonnait l'auteur. Le premier alinéa - les lois de police et de sûreté, obligent tous ceux qui habitent le territoire - est une disposition qui ne faisait pas partie de la construction de d'Argentré, de la division des statuts en deux classes, c'est une troisième classe de lois, intervenue lors des Travaux préparatoires sous les préoccupations politiques du Premier Consul. Dans l'al. 2, il n'est question que des immeubles, on ne parle pas des meubles. Le projet avait inséré une disposition qui recueillait la règle de l'ancien droit; cette disposition a disparu. De plus, d'après la théorie de Mancini et de Weiss, la règle que les immeubles sont régis par la loi du territoire n'est pas autre chose qu'une suite de l'al. 1, elle rentre dans la catégorie des lois de police, des lois d'ordre public. Dans le deuxième alinéa comme dans le premier, on s'est écarté de la théorie des statuts. Enfin, et plus manifestement encore, dans l'al. 3 on s'est attaché à rompre avec la tradition coutumière. L'argument est très fort, car c'était un des postulats de la doctrine de d'Argentré; dans la coutume internationale, depuis Dumoulin, depuis les Bolonais, jusqu'à la fin du XVIIIème siècle, l'état et la capacité des personnes étaient régis par la loi

du domicile. C'était la loi du domicile qui fixait la coutume applicable. On a vu, d'ailleurs, les difficultés nées de cette introduction d'un élément extra-territorial dans une doctrine, suivant laquelle toutes les coutumes sont réelles. Qu'a fait le code ? Il a rompu avec cette tradition, et il a substitué à la loi du domicile la loi nationale. Cette substitution de la loi nationale à la loi du domicile ne doit-elle donc pas être considérée comme le signe manifeste que l'on s'est écarté délibérément, volontairement de la théorie des statuts ? Tel est l'argument de l'école de la personnalité du droit d'André Weiss, de Mancini; et sous l'empire de cette démonstration très forte, on est resté, en France, sur l'idée que le code civil avait rompu avec la théorie des statuts.

Troisième interprétation : le code n'a pas adopté la théorie des statuts, mais il en a adopté les règles.

Lainé, dans cette controverse, après avoir examiné les travaux préparatoires, adopte une troisième opinion. Sans doute, dit-il, le code civil n'a pas accepté la théorie des statuts, dans la mesure où cette théorie avait divisé les statuts en deux classes, même avec l'intervention des statuts mixtes, le fait même de la contexture de l'art. 3 prouve que l'on a rompu avec l'idée d'une dualité de classification dans les lois, dans les statuts, dans les coutumes, mais si l'on a ainsi écarté les bases de la théorie, d'autre part, il est de toute évidence, - et la démonstration paraît convaincante à M. Lévy-Ullmann - que ce sont les règles de la théorie statutaire qui ont été adoptées par le code civil. Le code civil n'a pas adopté la théorie, il en a adopté les règles. On en trouve la preuve dans l'art. 3, al. 1, sur les lois de police et de sûreté, article qui provient sans doute de l'interpellation du Premier Consul au sujet de la nécessité où l'on était de faire un sort particulier aux lois qui intéressaient la sûreté de l'Etat, la constitution de l'époque. Mais, si l'on se réfère aux précédents, on s'aperçoit que l'alinéa 1er de l'art. 3 a été emprunté à un passage du commentaire sur les Coutumes de Bourgogne, du Président Bouhier, chapitres 33 et 34. Et Lainé montre bien que Bouhier avait placé dans la catégorie des statuts réels, c'est-à-dire des statuts territoriaux, "ceux - et ce sont les expressions de Bouhier - qui regardent la police". Bouhier visait ainsi la défense de transporter des grains hors du pays, la prohibition d'aliéner des fonds, des héritages, des fonds de terre entre les mains des étrangers, l'ordre aux parents ou aux maîtres de surveiller les enfants et les serviteurs, la détermination des mesures. Voilà à titre d'exemple, ce que

Bouhier appelait les lois qui regardent la police. Ce sont ces lois que dans la séance du 11 Frimaire de l'an X, au corps législatif, l'un des auteurs du code civil, Boulage, qualifiait de dispositions d'ordre public. C'est l'une des premières fois, sinon la première, que l'expression apparaissait. "Quant à l'étranger, qui ne fait que voyager en France, on ne lui doit que protection et hospitalité. Mais il doit aussi, de son côté, respecter l'ordre public et il est à cet égard soumis aux lois de police et de sûreté. C'est là le droit de tous les gouvernements". Ainsi, la disposition qui figure à l'al. 1 de l'art. 3 n'est donc pas une disposition contraire au droit de la théorie des statuts, étrangère à notre ancien droit.

Pour les al. 2 et 3, comme le dit Lainé, la filiation avec la théorie des statuts n'est pas seulement certaine, elle est évidente par le contexte. Il est évident que dans l'al. 2 on a visé, sous le nom d'immeubles, et à l'occasion des immeubles, les anciens statuts réels, et à propos des lois qui concernent l'état et la capacité les anciens statuts personnels. On n'a pas repris les expressions, on n'a pas souscrit au principe de la théorie, mais les règles sont manifestement les mêmes. D'ailleurs, les auteurs mêmes du code se sont exprimé en termes tels qu'il est de toute évidence qu'ils avaient en vue les solutions de l'ancien droit. Portalis s'est exprimé ainsi : "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" (Locré, t. 1 p.590). Le tribun Faure a dit : "L'article 3 contient le principe d'une des matières connues dans le droit sous le titre de statut personnel et de statut réel ; il détermine d'une manière précise et formelle quelles sont les personnes et quels sont les biens que régit la loi française. (Locré, t. 1 p. 61z).

Enfin, Malleville, dans la discussion du code civil au Conseil d'Etat, dit : "Les deux paragraphes de cet article sont conformes à l'ancienne distinction entre les lois réelles et les lois personnelles". (Discussion au Conseil d'Etat, tome 1, p. Iz). Ainsi, dans l'intention même du législateur autant que dans les termes qu'il a employés, si l'on ne retrouve pas consacrée "expressis verbis" la théorie des statuts, on en rencontre tout au moins les principales solutions

Mais reste alors l'objection la plus grave faite à ce système par André Weiss : la substitution de la loi nationale à la loi du domicile, dans l'al. 3 de

stitution de la loi nationale à la loi du domicile.

l'art. 3. Est-ce qu'il n'y a pas là une distance telle entre la théorie des statuts et le nouveau droit qu'on peut dire qu'il y a eu rupture ? Les motifs pour lesquels on a substitué la loi nationale à la loi du domicile, dans l'al. 3 de l'art. 3, n'apparaissent pas très clairement dans les Travaux préparatoires, mais Lainé a fini par dégager d'une façon très claire ces raisons : En réalité, les auteurs du code civil n'ont pas cru innover en substituant la loi nationale à la loi du domicile, en matière d'état et de capacité. En effet, pourquoi donc était-ce, dans la France coutumière, le domicile qui déterminait la coutume applicable à l'état et à la capacité ? C'était à raison du lien établi entre la situation de la personne sur le territoire et la loi qui régnait sur ce territoire. Il y avait un lien entre le domicile et la loi applicable. Ces lois étaient diverses, il était donc tout naturel que l'on recherchât à l'endroit même du domicile la loi applicable. Mais dès le moment où les lois étaient unifiées, dès le moment où à quelque droit que le Français ait son domicile, la loi était la même, il était logique de substituer au domicile le territoire même de la nation, et par conséquent la loi nationale. Puisqu'il n'y avait plus qu'une seule loi, il n'y avait plus à faire attention au lieu du domicile. Tout Français n'avait, à raison même de son domicile en France, à quelque point du territoire que ce soit, d'autre loi que la loi française. Et en faisant abstraction alors de l'élément étranger, comme l'avaient fait les auteurs du code civil, on aboutissait à cette conséquence logique qu'établir la loi nationale, c'était la même chose que ce l'on avait fait dans l'ancien droit en adoptant la loi du domicile. Telle est une première considération certaine.

Il en est une autre. Dès l'instant où l'on devait se préoccuper de la situation du Français à l'étranger, les auteurs du code civil n'ont pas voulu que le régime nouveau, dont la révolution faisait bénéficier les Français à l'époque, fut remis en question au delà des frontières. Le code civil a voulu garantir aux Français au-delà des frontières territoriales et politiques les bénéfices d'un certain nombre de lois civiles nouvelles, qui avaient amélioré leur situation : l'abolition des classes, l'état civil, le statut du mariage, le bénéfice du divorce, le nouveau statut de la filiation interdisant la recherche de la paternité, l'introduction du conseil de famille en matière de tutelle, l'institution du conseil judiciaire, pour se borner aux droits de famille. Voilà un cas

tain nombre de règles concernant l'état et la capacité, dont le bénéfice devait être conservé aux Français à l'étranger; précisément parce que c'était le résultat d'un régime nouveau, d'une véritable révolution politique, on n'entendait pas que le Français en fût frustré. Voilà la raison. Si des considérations internationales sont venues à l'esprit des rédacteurs du code civil, - ce qui n'est pas démontré - elles ont dû peut-être influencer leurs solutions et l'adoption de la loi nationale par préférence à la loi du domicile. Mais tout cela ne rompait pas avec l'ancien droit, et la vérité, c'est qu'en présence d'une confusion de propositions, de questions contreversées, comme le dit Lainé, que l'on n'avait ni le temps, ni la possibilité de passer au crible, on s'en est tenu aux grands traits de la théorie des statuts, aux règles à la fois les plus élémentaires, les plus importantes, et les plus connues.

L'interprète doit combler les lacunes du code.

Aperçu des tendances de la doctrine et de la jurisprudence.

La conséquence de cette controverse classique c'est que l'interprète du code civil avait la possibilité et le devoir de combler les lacunes du code; dans la pensée du code civil, elles devaient être et doivent être comblées conformément, sinon au principe de la théorie traditionnelle, tout au moins aux règles coutumières dégagées par notre ancien droit et par la coutume de l'époque. Toute la théorie de l'application de la loi étrangère en France était à faire. Cette tâche est revenue au XIX^e siècle à la jurisprudence et à la doctrine. Leur œuvre a été considérable. En effet, le champ était immense, les questions se pressaient, il était nécessaire de combler les lacunes. La jurisprudence, au cours du XIX^e siècle, a passé par des périodes diverses, qui ont été analysées par M. Donnedieu de Vabres dans sa thèse de Doctorat de 1905, "L'évolution de la Jurisprudence française en matière de conflit des lois". On peut distinguer trois étapes.

Dans une 1^{re} période, qui va jusqu'aux environs de 1840, la jurisprudence a, comme les auteurs du moment, considéré que la théorie des statuts devait être appliquée, avec la prédominance de la territorialité.

De 1840 à 1877, a prédominé l'influence de l'autonomie de la volonté, de la liberté pour les particuliers, et pour les intéressés de choisir la loi applicable, l'importance attribuée à la liberté individuelle.

Enfin, après 1877, apparition des idées dues à la théorie de Mancini, au principe des nationalités : influence des idées de la personnalité du droit. On a tendu de plus en plus à l'extension de la loi nationale.

nale. La thèse de M. Donnedieu de Vabres a été écrite à l'époque où la théorie personneliste, la théorie d'André Weiss était en France à l'apogée. L'influence de cette thèse se marque de même sur les conventions internationales, notamment sur celles de La Haye.

Depuis lors, on ne peut pas dire que la jurisprudence française adopte un système plutôt qu'un autre. Elle est analytique, elle statue cas par cas. Elle est revenue à un état de critique scientifique et d'application casuistique du D.I.P. favorable aux constructions doctrinales ou à l'analyse, suivant qu'on se rattache à la tendance systématique ou à la tendance analytique. En effet, tandis que la jurisprudence se développait d'après les étapes qui viennent d'être indiquées, la doctrine s'est de plus en plus attachée à ces problèmes. Après avoir laissé à quelques spécialistes le soin de les développer, les auteurs du droit civil, d'après le commentaire de l'art. 3 d'ailleurs qui les y sollicitait, se mirent à étudier les questions de conflit de lois. Deux tendances se manifestèrent : les uns, comme Savigny, se livrant à l'analyse du rapport de droit, à la classification des rapports et recherchant cas par cas, ou matière par matière, la solution des questions; d'autres, au contraire, plus hardis, suivant en ce sens les précédents de d'Argentré, obéissant à l'esprit logique, au désir d'ordre, d'unité qui caractérisent l'esprit juriste, proposèrent des systèmes. Si bien que l'on s'est trouvé en présence de deux tendances, - on ne peut pas dire de deux écoles, car les écoles sont diverses - : la tendance analytique et la tendance systématique. C'est tout ce mouvement qu'il convient d'étudier. On étudiera les solutions de la jurisprudence, mais non pas dans leur ordre historique; on en donnera un aperçu général et synthétique. On étudiera ensuite l'œuvre de la doctrine, suivant la tendance analytique, suivant la tendance systématique, et aussi suivant une tendance nouvelle qui se fait jour, la tendance universaliste, à laquelle M. Lévy-Ullmann se rattache.

Caractères de la jurisprudence française.

Ce qu'il faut retenir avant tout de cette étude de la jurisprudence, c'est que celle-ci statue, comme le faisait l'école de Bologne, cas par cas, espèce par espèce. Notre jurisprudence pratique la méthode du cas. Par conséquent, en France, comme dans les pays de droit coutumier, notamment dans les pays anglo-saxons, on est amené à étudier l'ensemble du droit privé, cas par cas, espèce par espèce. C'est là la caractéristique de notre jurisprudence actuelle. N° 5

) solutions
l'espèces.

) tendance à
appliquer la
loi française.

3) influence

de la tradition.

épartition des
arrêts direc-
teurs de la
jurisprudence.

tribunaux donnent avant tout des solutions d'espèces.

Mais, d'autre part, on doit noter un second caractère général de la jurisprudence française, caractère qui, d'ailleurs, ne lui est pas spécial : la tendance du juge à appliquer le plus possible la loi française; dans tous les cas où se présente un conflit de lois, les tribunaux français ont une inclination toute naturelle à donner la préférence à la lex fori, à la loi du juge saisi. Ce sont donc surtout les cas où notre jurisprudence a été amenée, malgré cette inclination, à préférer la loi étrangère, qui devront attirer notre attention. Quels sont les cas, pour quelles causes et, derrière ces cas, en vertu de quelle règle les tribunaux français ont-ils été amenés à consacrer l'application de la loi étrangère sur le territoire français ?

Enfin, troisième caractéristique, nos tribunaux, lorsqu'ils ont été ainsi amenés à consacrer en territoire français l'application de la loi étrangère, l'ont fait sous l'impulsion de la tradition. En effet, c'est en vertu de règles traditionnelles, de règles empruntées à la coutume internationale, que la jurisprudence a fait bénéficier de l'application sur le territoire français certaines lois étrangères. C'est en vertu de règles traditionnelles, qui se sont maintenues dans l'ambiance des Palais de Justice. En effet, les traditions se maintiennent à travers les corps judiciaires. On en trouve une preuve assez curieuse dans les rubriques, sous lesquelles, notamment dans les recueils de pratique, on fait figurer les décisions judiciaires en matière de conflit de lois, par exemple, dans un recueil destiné aux praticiens, le Recueil Dalloz, hebdomadaire et périodique; les décisions en matière de conflit de lois sont placées sous une rubrique intitulée "lois personnelles et réelles". C'est là une rubrique, une clef alphabétique, qui remonte jusqu'au début du XIXème siècle, et par là jusqu'à notre tradition coutumière.

Telles sont les caractéristiques que l'on peut dégager d'une jurisprudence qui n'est point systématique. Et pour conduire, avec quelque méthode, l'exposition de cette jurisprudence, il y a lieu de grouper en trois catégories les arrêts directeurs de la jurisprudence.

1°/ dans un premier groupe d'arrêts, qui seront examinés assez rapidement, la jurisprudence a, en principe, admis l'application de la loi étrangère sur le territoire français.

2°/ Dans un deuxième groupe d'arrêts, on examinera et on dégagera les principales règles juridictionnelles, susceptibles d'entraîner en territoire fran-

çais l'application de la loi étrangère, règles recueillies le plus souvent dans la coutume internationale.

3°/ Enfin un troisième groupe comprend les arrêts par lesquels, mue par un sentiment inverse de celui qui a inspiré les décisions de la deuxième catégorie, la jurisprudence a dégagé d'autres principes pour limiter l'application de la loi étrangère imposée par les principes précédents. C'est une sorte de frein apporté par les tribunaux à l'exagération ou à l'excès de l'application des règles précédemment dégagées et qui sont susceptibles d'entraîner en France l'application de la loi étrangère. Tel est le procédé synthétique, par lequel on peut, le plus clairement, résumer l'œuvre de nos tribunaux français en matière de conflits de lois.

Premier groupe : application de la loi étrangère. Voyons d'abord le premier groupe d'arrêts de principe, ceux en vertu desquels on trouve consacrée en France l'application de la loi étrangère sur notre territoire.

Cette question, sous sa forme abstraite, se présente en France cependant sous un aspect beaucoup plus concret. En effet, nous avons en France, depuis la Révolution, un organisme judiciaire, chargé précisément de régler l'application de la loi sur le territoire, de veiller à son unité, à sa rigoureuse et exacte application : c'est la Cour de Cassation. Si bien que la question précédemment posée en termes abstraits se transforme plus concrètement dans la question de déterminer quel rôle la Cour de Cassation a consenti à s'attribuer en matière de conflit de lois et plus spécialement en ce qui concerne l'application des lois étrangères.

La question ainsi posée, on aperçoit, dans les arrêts directeurs de la Cour de Cassation, une distinction fondamentale, qui va se traduire par les règles suivantes, dans lesquelles se résume toute la doctrine de la Cour suprême sur la question :

1°/ L'inexactitude dans la détermination de la compétence législative constitue un cas de cassation.

2°/ L'inexactitude dans l'interprétation de la loi étrangère, quand celle-ci est compétente, d'après notre règle de conflit de lois, ne constitue pas un cas de cassation.

Première règle : la Cour de Cassation fait respecter les règles déterminant la compétence législative qui commandent les règles de rattachement sont considérés, par la Cour suprême comme des règles de droit; toute violation de ces règles constitue une erreur de droit, elle tombe sous le coup de la censure de la Cour régulatrice. Ainsi

tence législative.

une cour inférieure, tribunal ou Cour d'appel, fait application de la lex situs ou de la lex fori, alors que, d'après les principes, c'était la lex loci contractus qui devait être appliquée : il y aura cassation. Et si, par voie de conséquence, cette erreur a entraîné l'application de la loi française au lieu de l'application de la loi étrangère, qui aurait dû être compétente, la cour de cassation cassera l'arrêt, alors même que l'on a appliqué la loi française, puisqu'elle estime que c'est la loi étrangère qui devait être appliquée.

Voici deux illustrations du principe, d'abord le cas directeur, c'est-à-dire l'espèce la plus tentissante, à laquelle s'attachent les auteurs, ensuite une autre espèce plus rapprochée de nous.

L'espèce classique, qui a consacré cette jurisprudence déjà ancienne, est la célèbre affaire du Comte de Bari, prince de Bourbon, qui avait mis en présence l'héritier du comte de Bari, son fils naturel reconnu, avec d'autres princes collatéraux de la maison de Bourbon. Il s'agissait d'une question de reconnaissance d'enfant naturel. Le comte de Bari avait reconnu, en se mariant, un enfant naturel, qu'il aurait eu avec la femme qu'il épousait. Les collatéraux de Bourbon contestaient cette reconnaissance pour un certain nombre de motifs d'ordre moral, et en faisant observer d'ailleurs que d'après le rapprochement des dates, cette reconnaissance était évidemment une reconnaissance de complaisance et une reconnaissance contraire à l'ordre naturel, car les dates manifestaient que, si vraiment le comte de Bari avait eu cet enfant naturel, il l'aurait eu à l'âge de 7 ans. (Cassation, Chambre civile, 17 Janvier 1899, S. 1899, 1. p. 177, avec la note classique de M. Pillet; D. 1899, 1 p. 329, avec une note de M. Bartin). La loi française et la loi italienne diffèrent sur le point de savoir si les collatéraux ont le droit de contester une reconnaissance d'enfant naturel; la loi française sur ce point est plus large que la loi italienne. La Cour d'appel avait fait application de la loi française, la Cour de Cassation cassa cette décision, estimant que dans l'état des règles de compétence législative, s'agissant d'une question d'état et de capacité, c'était la loi nationale qui devait être appliquée, c'est-à-dire la loi italienne, et que c'était au regard du droit italien que la faculté des collatéraux de contester la reconnaissance d'enfant naturel devait être appréciée. Voilà l'espèce classique de la matière.

D'une manière plus rapprochée de nous, on trouve

une décision, déjà analysée dans ce cours : le procès entre l'Etat français et M. Cara-Théodori. (Chambre civile, 31 Mai 1932, s. 1933, I. p. 17 D. 1933. I p. 169). En cette matière, la cour de Paris a fait application de la loi française, loi personnelle de l'Etat français, au lieu de faire application de la loi ottomane, *lex rei sitae, lex loci contractus*, en vertu du principe de l'autonomie de la volonté. Telle est la première règle, et l'on ne peut s'empêcher de s'arrêter un instant pour en donner une appréciation.

Appréciation de la première règle.

Il est évident qu'une solution de ce genre est manifestement favorable au droit international privé et à la compénétration des lois. L'application des lois étrangères en France est de la sorte régie et sanctionnée par le droit. Ce n'est pas par une raison de courtoisie internationale que la loi étrangère trouve en France son application, mais en vertu de principes de droit, puisque la Cour de cassation régulatrice des règles de droit en fait observer le respect.

A côté de cette première remarque, il y a lieu d'observer en outre que, à la suite d'évolution dont il serait trop long de retracer les détails, la jurisprudence de la Cour de Cassation sanctionne ainsi non pas seulement des règles inscrites dans le code civil, comme la règle de l'art. 3 § 3, pour l'état et la capacité des français à l'étranger, mais aussi, comme le montrent les deux espèces analysées, des règles non écrites, des règles jurisprudentielles elles-mêmes. Dans l'affaire de Bari, le principe que l'on retrouve plus loin et d'après lequel le statut personnel de l'étranger le suit en terre française, alors que l'art. 3 § 3 ne parle que des Français à l'étranger, constitue une règle coutumière et jurisprudentielle. D'autre part, dans l'affaire Cara-Théodori, on trouve également sanctionné le principe de l'autonomie de la volonté, qui est un principe jurisprudentiel et doctrinal, mais qui n'est écrit dans aucun texte. C'est un principe traditionnel qui remonte à l'ancien droit, mais dont aucun texte en France ne contient l'expression. Telle est la première règle.

Deuxième règle : L'inexactitude dans l'interprétation d'une loi étrangère ne constitue pas un cas de cassation.

La deuxième règle, infiniment plus sévère, n'atteindra pas des appréciations aussi favorables, car c'est celle en vertu de laquelle l'inexactitude dans l'interprétation de la loi étrangère, quand elle est complète, ne constitue pas un cas de cassation. Ainsi, par exemple, si dans l'affaire de Bari la cour française, au lieu d'avoir appliqué la loi française, avait appliqué la loi italienne, et l'avait appliquée défectueusement, la cour de cassation ne serait pas intervenue ; elle n'aurait pas redressé l'erreur d'inter-

prétation, portant sur l'application de la loi étrangère. Voilà la distinction. Indiquons d'abord en cette matière l'arrêt directeur, on verra ensuite l'évolution de la jurisprudence et ses motifs.

L'arrêt également classique de la matière est un arrêt de la Chambre des Requêtes du 15 Avril 1861, S. 1861. I. p. 721. D. 1861. I. p. 420. C'est encore une affaire de famille princière. C'est l'affaire du mariage clandestin du prince de Hesse-Darmstadt avec une alsacienne en 1788, mariage d'où était né le baron Frédéric, chancelier du grand duc de Hesse. Une question de succession s'était posée. On avait été amené à examiner et à appliquer la législation du grand duché de Hesse-Darmstadt. Alors que les perdants avaient eu recours à la cour de Cassation, parce qu'ils estimaient que la législation du pays intéressé n'avait pas été très exactement observée, voici comment la cour de Cassation répondit, et les motifs pour lesquels elle répondit négativement : "Attendu que dans le cas où l'arrêt se serait trompé sur les exigences de la législation hessoise, cette erreur ne pourrait entraîner cassation, la Cour de cassation instituée pour maintenir l'unité de la loi française par l'uniformité de sa jurisprudence n'ayant pas la mission de redresser la fausse application des législations étrangères, à moins qu'elle ne devienne la source d'une contravention aux lois françaises".

Ainsi, la solution est négative : la violation de la loi étrangère ne constitue pas un cas de cassation et le premier motif donné, c'est que la Cour de cassation est instituée pour faire régner l'unité d'interprétation de la loi française et non pas l'unité de l'interprétation de la loi étrangère, à moins que la violation de la loi étrangère n'entraîne une violation de la loi française, ce qui est une exception.

Cette jurisprudence s'est maintenue, mais les motifs de la cour de cassation ont évolué. Dans des arrêts plus récents, - c'est une seconde étape - on justifie la solution négative, le refus de considérer la violation de la loi étrangère comme une cassation, par un motif un peu différent : l'interprétation serait assimilable à une question de fait. Or, les tribunaux inférieurs, les cours d'appel, connaissant souverainement les questions de fait, la Cour de cassation n'ayant pas à redresser sur ce point les interprétations, il n'y a pas lieu à intervention de la Cour suprême. Il y a, notamment, en ce sens un arrêt de la chambre des Requêtes du 21 Juin 1922, S. 1922, I. p. 255 où il s'agit d'une affaire de séquestration, une question de double nationalité. La Cour de cassation déclare : "Attendu qu'il appartenait à la cour d'appel

Motifs invoqués à l'appui de la deuxième règle.

d'apprecier la loi étrangère fixant la nationalité, que sa décision à cet égard fondée sur une interprétation souveraine de cette loi et des documents de la cause ne saurait constituer qu'une appréciation de fait échappant au contrôle de la cour de cassation". Telle est la deuxième étape; le motif allégué est un peu différent du premier : dans le premier, on tirait argument de la nécessité pour la cour de Cassation d'intervenir pour l'unité de la loi française et de son droit, et de ne point intervenir pour l'unité des lois étrangères. Ici, on prend en considération le fait que les questions d'interprétation des lois étrangères ne soulèvent que les appréciations de fait, qui échappent au contrôle de la Cour de Cassation et tombent sous la souveraineté des Cours et des tribunaux inférieurs.

Depuis lors - c'est la troisième étape, constituée par les arrêts de la Cour de Cassation les plus récents - on ne donne plus de raison de droit aussi détaillées; on dit plus sommairement que l'interprétation de la loi étrangère échappe au contrôle de la Cour de cassation. C'est ainsi que dans un arrêt récent de la chambre des Requêtes du 16 Mars 1932 (S. 1933, 1. p. 337. D. hebdomadaire, 1932, p. 350), la Cour de cassation proclame : "Attendu que cette appréciation (l'appréciation faite par les tribunaux et cours inférieures) fondée sur des circonstances de fait de l'affaire et sur l'interprétation de la loi étrangère échappe au contrôle de la Cour de cassation. C'est l'affaire dite des Tanneries Lyonnaises. C'est une affaire importante, parce qu'elle mettait en jeu le point de savoir quelle est exactement la portée des arrêts d'une cour souveraine anglaise (conseil privé du roi d'Angleterre) dont on demandait en France, par voie d'exequatur, l'application. La cour inférieure avait, sur ce point, donné une interprétation sur la portée des décisions du conseil privé anglais. La Cour de cassation s'est interdit d'examiner le point de droit - c'était pourtant un point de droit - soulevé par cette question.

Il en est de même dans une autre affaire également retentissante, que l'on retrouvera très souvent notamment à propos de la règle locus regit actum, l'affaire du domaine de Chambord, Cass. 13 Avril 1932 D. 1932 I. p. 29. Le domaine de Chambord était inclus dans la succession du prince Robert de Bourbon, duc de Parme, et des questions de droit nombreuses ont été soulevées par cette célèbre décision. Parmi ces questions, il y avait des interprétations à donner de certaines lois autrichiennes. Sur ce point, la décision

de la Cour de cassation est formelle : "Attendu que cette partie de la décision est fondée, tant sur un ensemble de faits, dont l'interprétation échappe au contrôle de la Cour de cassation, que sur l'interprétation donnée souverainement par les juges du fond à la loi de la nation étrangère, à laquelle ressortissaient les héritiers". Dans les conclusions données par le procureur général Matter dans cette affaire (D. 1932. I. p. 100), il y a eu cependant quelques réserves, mais qui n'ont point conduit la Cour de cassation à modifier sur ce point sa jurisprudence.

Elle vient enfin de l'affirmer à nouveau dans une autre affaire où se posait devant les tribunaux et cours inférieures de la Cour de Paris, une interprétation de la législation russe, antérieurement à la révolution russe, relativement à la valeur d'un acte de l'état civil russe et à la force probante attachée à un acte de l'état civil. La Chambre des Requêtes (21 Février 1933, S. 1933. I. p. 361. D. heb. 1933, p. 201, affaire Sloutsky) répond conformément à la jurisprudence qui vient d'être analysée : "Attendu que selon la loi russe interprétée souverainement par les juges du fond, le fonctionnaire de l'état civil était sans qualité pour déclarer la régularité des décisions de divorce".

Ainsi donc, la jurisprudence est formelle, et ses motifs ont évolué. Il convient d'apprécier maintenant cette seconde règle de la jurisprudence de la Cour de cassation.

Cette appréciation nous conduit à la constatation d'une jurisprudence défavorable à l'application de la loi étrangère, car il ne suffit pas de dire que la loi étrangère s'applique en France, il est de toute nécessité que cette loi étrangère trouve son application conformément à sa teneur et à ses principes. Or, décider d'une manière radicale que la fausse interprétation de la loi étrangère demeure sans sanction expose les plaideurs à des applications inexactes de la loi étrangère. Ceci est d'autant plus fâcheux que les plaideurs en cette matière sont particulièrement désarmés. Les juges ont pris l'habitude de s'en remettre pour la connaissance de la loi étrangère à ce que l'on appelle des certificats de coutume. Ceux-ci sont souvent délivrés par des autorités étrangères importantes, par des juriconsultes accrédités, par les ambassades et par les missions diplomatiques, c'est le cas le plus fréquent, mais malheureusement il n'en est pas toujours ainsi, et les certificats de coutume sont parfois délivrés dans des conditions beaucoup plus regrettables. Il est certain que dès l'instant où l'on s'en remet à la stricte et souveraine interpré-

Appréciation
de la deuxième
règle.

tation des cours d'appel et des tribunaux de première instance, il y aurait lieu de réglementer la pratique des certificats de coutume, d'instaurer des règles pour leur délivrance ou de permettre aux juges de solliciter, de la part d'organismes constitués, de véritables consultations de droit étranger, qui permettraient aux tribunaux de statuer en toute connaissance de cause. C'est en effet le vrai motif qui a arrêté la Cour de Cassation. En dehors des raisons données par elle à l'appui de sa solution, on peut estimer que les craintes d'erreur dans l'application de la loi étrangère ont été prises en considération par les juges. Les magistrats de la Cour de cassation n'ont pas voulu se voir exposés aux critiques des juristes étrangers, critiques qui auraient été susceptibles de lever si l'interprétation donnée par la Cour de cassation aux lois étrangères n'était pas conforme à certaines interprétations plus orthodoxes données dans le pays même où la loi a été édictée et promulguée.

Solution proposée.

Cependant il n'est pas exagéré d'estimer que, sans aller jusqu'à proclamer en principe que la violation de l'interprétation de la loi étrangère ouvre le pourvoi en cassation, un pas pourrait être fait dans cette voie, si la Cour de cassation transposait et transportait dans cette matière une distinction qu'elle a déjà fait prévaloir dans une autre matière et dans des conditions assez analogues. Il s'agit de la matière de la qualification et de l'interprétation des contrats. Pendant très longtemps, la Cour suprême s'est abstenue d'intervenir dans la qualification ou dans l'interprétation d'un contrat; estimant là encore qu'il y avait des questions de fait, qui rentraient dans la mission souveraine des cours inférieures. Cependant, depuis un certain temps, la Cour de Cassation intervient dans l'interprétation des contrats et cela par une distinction, qui a été particulièrement mise en lumière dans une thèse de doctorat, la thèse de M. Marty, professeur à la faculté de droit de Grenoble ("La distinction du fait et du droit, thèse de Toulouse, 1929"). C'est la distinction entre l'interprétation et la dénaturation. Lorsque l'interprétation d'un contrat faite par une Cour d'appel ou un tribunal inférieur n'aboutit pas à dénaturer le contrat, la Cour de cassation n'intervient pas. Mais, lorsque par voie d'interprétation, il résulte que les juges ont dénaturé le contrat qu'ils avaient pour objet et pour mission d'interpréter, la Cour de cassation intervient (Voyez les décisions très strictement analysées par M. Marty dans sa thèse p. 168 et suivantes).

Quant à l'intervention sur la qualification des contrats, dans un arrêt du 13 Juillet 1933, S. 1933, 1. p. 383, la Cour de Cassation a affirmé son pouvoir de connaître cette qualification pour exercer son droit de contrôle.

Ce sont des interventions de ce genre qui sont aujourd'hui sollicitées dans notre question. On fait remarquer l'analogie frappante qui existe entre l'interprétation des faits, et notamment d'un contrat, et l'interprétation de la loi étrangère. Dès l'instant où la cour de cassation assimile, comme elle l'a fait, l'appréciation d'une loi étrangère à une appréciation de fait, fondée sur une interprétation souveraine des cours d'appel, elle devrait par analogie se tracer, comme règle, d'intervenir tout au moins lorsque manifestement l'interprétation de la loi étrangère aboutit à une véritable dénaturation ou à un défaut de qualification. Ce sont là des règles de droit, et cette modification dans la jurisprudence de la Cour de cassation a été demandée, notamment dans une réunion de l'ordre des avocats au conseil d'état et à la Cour de cassation dans le discours prononcé en décembre 1931 par M. Battifol, professeur aujourd'hui à la Faculté de droit de Lille, discours sur La Cour régulatrice, du 17 Décembre 1931.

Tels sont les principes généraux qui gouvernent le rôle de la cour de cassation en matière de conflit de lois, et spécialement concernant l'application des lois étrangères.

Il convient maintenant d'examiner le deuxième groupe d'arrêts, consacrant les principales règles jurisprudentielles susceptibles d'entraîner, en France, l'application de la loi étrangère. On examinera successivement cinq de ces règles :

- 1°/ le principe du statut personnel des étrangers.
- 2°/ la règle : *mobilia sequuntur personam*.
- 3°/ la règle : *locus regit actum*.
- 4°/ le principe de l'autonomie de la volonté.
- 5°/ le principe du respect international des droits acquis.

Ce sont là les principales règles, en vertu desquelles on peut actuellement en France appliquer la loi étrangère. Mais, avant d'entrer dans le détail de ces règles, il convient, par quelques observations, de bien préciser la question.

Ce sont les principales règles, mais ce ne sont pas les seules. Il existe d'autres règles de conflit de lois, d'autres règles de rattachement, d'où peut résulter en France l'application de la loi étrangère : par exemple l'application du principe, non pas du statut personnel, mais du statut réel, en matière d'im-

Deuxième groupe
d'arrêts.

Observations
préliminaires.

meuble, peut conduire en France à l'application d'une loi étrangère. Tel est le cas où il s'agit en France d'un immeuble étranger. L'art. 3 § 2, dit que pour les immeubles sis en France, même possédés par des étrangers, la loi française est compétente. La réciproque n'a jamais fait de doute. On a toujours admis dans les tribunaux français que, lorsqu'il s'agit d'un immeuble sis à l'étranger, la loi étrangère, en principe, est compétente. Voyez notamment l'application de ce principe dans un arrêt de la 2ème chambre de la Cour de Paris, 9 Février 1931, D. 1931, 11, p. 33. S. II. II. p. 145. Il y a d'ailleurs beaucoup de discussion sur la valeur de cet arrêt, qui avait appliqué à un immeuble sis en Allemagne la loi allemande, au lieu d'appliquer la loi française, car il s'agissait, suivant certains, d'un vice du consentement. Ainsi donc les principes qui vont être examinés sont des principes, d'où il résulte le plus fréquemment l'application de la loi étrangère, alors que d'autres principes, comme celui du statut réel, n'aboutit dans les tribunaux français à l'application de la loi étrangère que dans des cas très rares, eu égard au fait que la compétence en matière immobilière appartient dans tous les pays aux tribunaux du lieu où est situé l'immeuble.

Deuxième observation : il s'agit de règles susceptibles d'entraîner en France l'application de la loi étrangère. Cela ne veut pas dire que les règles qui vont être examinées entraînent toujours l'application de la loi étrangère en France. Prenons, par exemple, la règle locus regit actum. Evidemment elle entraînera l'application de la loi étrangère, si l'instrumentaire a été rédigé dans un pays étranger, au contraire elle entraînera l'application de la loi française, si ce sont par exemple des étrangers qui ont passé en France un contrat attesté en la forme française. Il ne faut donc pas prendre rigoureusement au pied de la lettre l'expression : application de loi étrangère, en vertu des principes qui vont être analysés. Il s'agit simplement de règles qui sont susceptibles d'entraîner en France l'application de la loi étrangère.

Le premier des principes qui sera examiné, est le principe du statut personnel des étrangers.

Cette expression de "statut personnel", qui est consacrée aujourd'hui dans la doctrine, dans la jurisprudence et dans la pratique, est une expression abstraite et d'un caractère assez vague, qui peut être comprise dans deux acceptations principales. On l'emploie, dans un sens subjectif, soit dans un sens objectif.

Premier principe :
Statut personnel des étrangers.

Les deux sens de l'expression
Source : BIU Cujas

sion statut personnel.

Au point de vue subjectif, on donne le nom de statut personnel à un bénéfice attribué à une personne, bénéfice consistant pour elle à jouir d'un régime spécial d'application de la loi, à raison de sa personnalité, le bénéfice consistant à jouir du principe de la règle de la personnalité des lois. Vous savez ce que l'on appelait dans l'ancienne France le principe de la personnalité des lois, qui s'opposait au principe de la territorialité : on distinguait à l'époque des invasions barbares ceux à qui l'on appliquait le droit gallo-romain, ceux à qui l'on appliquait le droit germanique; c'était ce que l'on appelait la personnalité des lois. On discriminait les lois d'après les origines de la personne considérée. Le statut personnel, ce serait donc en somme, du point de vue subjectif, le bénéfice de la personnalité des lois, dont peuvent jouir à certaines époques, dans certains pays, des individus déterminés.

Mais c'est surtout dans un sens objectif, que l'on a tendance à employer l'expression de statut personnel, et l'on entend alors par là un ensemble de matières juridiques réglées par des lois et des coutumes inhérentes à certaines personnes, un groupe de matières, une sorte de rubrique scientifique et pratique, englobant un certain nombre de matières juridiques, réglées par des lois et par des coutumes, où l'on prend en considération la personne d'un individu déterminé.

Dans ces deux sens, l'expression s'est particulièrement répandue en France et dans les milieux judiciaires, à la suite des acquisitions coloniales françaises, plus particulièrement dans l'Afrique du nord ou dans les pays d'Orient, où la France a pris pour politique de conserver à ses nouveaux ressortissants le bénéfice de leur ancienne loi, tout au moins en ce qui concerne un certain nombre de matières, telles que l'état et la capacité. Beaucoup de magistrats de nos Cours d'appel, formés dans les tribunaux d'Algérie, de Tunisie, sont familiarisés avec cette notion par leur séjour dans les pays de l'Afrique du nord, et il ne faut pas s'étonner de rencontrer cette notion du statut personnel, qui est tout à fait courante dans les pays d'Afrique et d'Orient, dans des arrêts de justice.

Quant à son origine, cette expression se rattache très certainement à notre ancien droit, mais avec une différence : nous écrivons statut personnel au singulier, dans l'ancien droit on employait l'expression au pluriel, on disait les statuts personnels. C'est précisément l'origine de notre expression con-

Origine de l'
expression.

C'est une expression doctrinale.

temporaine courante. Pothier, dans un passage déjà cité, au début de l'Introduction générale aux coutumes qui figure en tête de son Commentaire de la Coutume d'Orléans, au chapitre 1er, § 1, distingue et différencie les diverses espèces de lois coutumières; il indique, sous son numéro 5 : "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". Pothier parle des statuts ou lois coutumières, par conséquent, dans le langage de la doctrine et du Palais, dans l'ancienne France, on disait les statuts, les lois coutumières, et l'on distinguait les statuts réels et les statuts personnels sur la base de la doctrine de d'Argentré. Pothier faisait entrer dans la catégorie des statuts personnels, au numéro 6, les dispositions qui visent l'état des personnes. "On appelle écrivait-il, 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".

Si l'on jette un coup d'œil sur les auteurs français du XIX^e siècle, on aperçoit que la notion s'est maintenue, c'est-à-dire que l'on placera toujours sous une même rubrique les dispositions qui ont pour objet de régler l'état des personnes, mais au lieu de leur donner cette expression de statuts personnels au pluriel, comme il n'y a plus en France de coutumes et que les statuts ne peuvent plus désigner les dispositions coutumières, l'expression a pris un sens abstrait en étant employée au singulier. Les statuts personnels sont devenus le statut personnel, et le statut personnel, c'est l'ensemble des dispositions qui rentraient autrefois dans l'ancienne France dans la catégorie des statuts personnels, mais ce sont toujours les mêmes matières. C'est notamment la notion que l'on trouve dans les auteurs classiques du milieu du XIX^e siècle, en particulier dans Aubry et Rau, tome 1er, § 31, de leur Cours de droit civil françois. Les auteurs s'expriment ainsi : "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". Les auteurs ajoutent : "Telles sont notamment les dispositions qui règlent la jouissance, l'exercice et la privation des droits civils, la majorité et la mineur-

rité, l'émancipation, les causes et les effets de l'interdiction, la preuve de la paternité, et de la filiation légitime ou naturelle". On aperçoit là les principes du droit de famille. "Telles sont encore, ajoutent-ils, les dispositions spécialement relatives à la capacité requise en matière de mariage ou d'adoption, et aux modifications que le mariage ou l'adoption apportent dans la capacité de la femme mariée en général. A l'inverse, disent-ils, le statut réel se compose des lois qui ont pour objet direct et principal de régler la condition juridique des biens". Tel est donc en doctrine, au cours du XIXème siècle, le sens de cette expression, le statut personnel.

Cette expression n'est pas seulement une expression doctrinale; elle a été adoptée également par la jurisprudence. Déjà, au milieu du XIXème siècle, on trouve les décisions judiciaires familiarisées avec l'expression. C'est ainsi que dans un arrêt, que l'on retrouvera à propos de la règle *locus regit actum*, arrêt de la chambre des Requêtes de la Cour de cassation, 9 Mars 1863, - juste au milieu du XIXème siècle - on lit l'attendu suivant : "Attendu que si tout ce qui touche à l'état du testateur, à l'étendue et à la limite de ses droits et de sa capacité est régi par le statut personnel, qui suit la personne partout où elle se trouve, il en est autrement...." Voilà la notion au milieu du XIXème siècle.

On la rencontre encore dans un autre arrêt également célèbre, la fameuse affaire Lisardi (Cassation, chambre des requêtes, 16 Janvier 1861, S. 1861, I. p. 305 D. 1861 I. p. 193). C'est l'arrêt qui a statué sur le sort des achats faits par un mineur mexicain, mineur aux yeux de la loi mexicaine, mais majeur aux yeux de la loi française. Voici, en dehors de la règle de fond, que l'on retrouve dans l'arrêt Lisardi, comment débutait l'arrêt, tout au moins l'un des attendus principaux de l'arrêt : "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...."

Enfin, dans un arrêt récent de la Cour de Cassation, on retrouve encore l'expression (Cassation, chambre des requêtes, 21 Avril 1931, S. 1931, I. p. 377. D. 1931. I. p. 52). C'est l'arrêt le plus important en matière d'ordre public. On lit dans cet arrêt : "Quel que soit le statut personnel du de cujus ou de ses héritiers...." Tel est le sens de l'expression. Telle est aujourd'hui sa consécration dans la doctrine et dans la jurisprudence.

Voyons maintenant les règles qui s'y attachent.

Règles se rattachant au statut personnel,

quant à l'application de la loi étrangère.

Double règle :

En ce qui concerne l'application de la loi française on sait déjà par l'art. 3 § 3, que le statut personne du Français en France et à l'étranger est régi par la loi française. C'est là une disposition du Code Civil. En ce qui concerne l'application de la loi étrangère en France, on trouve alors une double règle non pas posée par le texte du code, mais établie par la jurisprudence française :

1ère règle : Les étrangers jouissent en France du statut personnel. C'est là, au point de vue subjectif, l'expression employée pour désigner le bénéfice attribué aux étrangers de jouir du régime de la personnalité de la loi, en ce qui concerne certaines matières. Ces matières sont celles qui rentrent dans le statut personnel.

2ème règle : le statut personnel des étrangers en France est réglé par leur loi nationale. Voilà la double règle que la jurisprudence a posée concernant le statut personnel des étrangers.

Cette double règle a été rappelée en 1861 par l'arrêt Lizardi : "Attendu que si le statut personnel, dont la loi civile française assure les effets aux Français résidant en pays étranger, peut par réciprocité être invoquée par les étrangers résidant en France....". C'était déjà une notion courante en 1861. De même, dans l'affaire qui est l'espèce classique en matière d'intervention de la Cour de cassation, l'affaire de Bari (cass. chambre civile, 17 Janvier 1899) on lit : "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 seraient contraires à l'ordre public...".

Enfin, beaucoup plus récemment, l'affaire du divorce Stewart, a fait application du même principe en faisant régir les causes de divorce des époux Stewart respectivement par la loi nationale de chacun des deux plaignants. L'arrêt indique d'une manière formelle : "Attendu qu'il essaie d'appliquer à chacun des époux sa loi nationale regardée comme engendrant pour lui un droit certain". Comment est-ce que la jurisprudence a été amenée à poser cette double règle ? Sous l'emprise de quels motifs ?

Pour ce qui est de la première règle découlant du principe que les étrangers jouissent en France du statut personnel, on a vu que l'arrêt Lizardi invoque l'idée de réciprocité : "Attendu que si le statut personnel dont la loi civile française assure les effets aux Français résidant en pays étranger, peut être invoqué par les étrangers résidant en France..."

Motifs de la 1ère règle

A cette idée de réciprocité, on joint un argument de texte, tiré de l'art. 3 § 3 du code civil, et l'on dit : dès l'instant où la loi française assure aux Français le bénéfice du statut personnel, par un argument d'analogie, on doit admettre que les étrangers bénéficient du statut personnel. Cet argument d'analogie n'a pas paru très déterminant à beaucoup d'auteurs, car, dans bien des cas, le fait que le texte se tait sur une hypothèse, alors qu'il statue sur une autre, amène dans la dialectique juridique, non pas l'argument d'analogie, l'argument d'extension, mais l'argument à contrario. C'est ce qui arrive très souvent en D.I.P. dans la question du conflit des lois. La réciprocité n'a jamais été une règle absolue de notre droit. La raison véritable qui se trouve à la base de la solution de la jurisprudence, est ici encore, comme dans bien des cas, l'argument tiré de la tradition : tradition de l'ancien droit, coutume internationale que celle qui consiste à faire bénéficier dans tous les pays les étrangers qui y figurent, qui y sont de passage ou qui y séjournent, du bénéfice du statut personnel. Voilà en ce qui concerne la première règle.

Elle est à approuver pleinement.

Reste la seconde règle, sur laquelle on peut faire quelques réserves. Etant donné que les étrangers jouissent du statut personnel en France, quelle est la loi que l'on va déclarer compétente pour être attachée à la personne de l'intéressé et qui va régler son état et sa capacité ? En ce qui concerne le Français à l'étranger, l'article 3 proclame que la loi française suit le Français, même au-delà de nos frontières. "Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger". C'est de cet alinéa de l'art. 3, et en appliquant encore l'argument d'analogie que la plupart des auteurs et la jurisprudence dégagent le principe que l'étranger en France est régi par sa loi nationale. L'arrêt Stewart, déjà cité, continue comme suit : "Qu'au surplus, on peut déduire de l'article 3 du Code Civil que l'état et la capacité de l'étranger sont gouvernés en France par sa loi nationale...". C'est là une jurisprudence constante, absolument acquise, et contre laquelle on ne saurait tenter aucun effort utile. Néanmoins, du point de vue doctrinal, il est permis de discuter, et l'argument, et même peut-être la solution.

L'argument tout d'abord. On tire argument d'analogie de l'article 3, § 3, pour dire : du moment que le Français, même résidant en pays étranger, est soumis à sa loi nationale, il y a identité de raison pour

Motifs de la deuxième règle :

Argument d'analogie.

Critique de cet argument.

que les étrangers séjournant en France ou y passent soient régis, eux aussi, par leur loi nationale. On peut faire au sujet de cet argument les observations suivantes:

Tout d'abord, quant à la question de savoir de quelle mesure les Français résidant à l'étranger soient soumis à la loi française, ce qui est la base même l'argumentation, au constate qu'au cours du XIX^e siècle, tout au moins au cours de la 1^{re} moitié du XIX^e siècle, cet alinéa de l'art. 3 avait été interprété d'une manière assez stricte. On faisait remarquer que la loi parle des Français résidant en pays étranger, mais qu'elle ne parle pas des Français domiciliés à l'étranger. A l'époque on faisait l'exégèse très stricte du Code Civil. On disait qu'il y avait une nuance et que peut-être la loi française ne suivait le Français à l'étranger que tant qu'il n'y était pas domicilié. Pourquoi cette argumentation ? C'est le passage de Pothier le prouve, dans l'ancienne France, le statut personnel du Français était régi par la loi du domicile. Or, on pouvait dire et on a souvent, que si la loi française, dans une certaine mesure pouvait s'attacher aux Français à l'étranger, lorsque ils n'y avaient pas acquis un domicile, dès que le Français y avait acquis un domicile, il cessait d'appartenir à l'obédience de la loi française pour prendre celle du pays où il s'était attaché. Cette argumentation avait été notamment présentée par le premier auteur du D.I.P. qui a écrit en France, l'avocat Foelix. Elle avait été reprise par Demangeat, le continuateur de Foelix. On retrouve également la doctrine reprise dans une thèse plus récente, une thèse de la Faculté de Paris, qui a fait grand bruit à l'époque, en 1893, "Le domicile considéré comme principe de compétence législative dans le droit et la jurisprudence française depuis le Code Napoléon", thèse de M. Loiseau. Cette argumentation n'a pas prévalu. La distinction un peu subtile entre la résidence et le domicile n'a pas survécu à la méthode exégétique, qu'on a appliquée jusque vers la seconde moitié du XIX^e siècle à l'étude du code civil. La jurisprudence l'a emporté, et par conséquent on a appliqué à tous les Français résidant en pays étranger, domiciliés ou non, la loi française.

Mais, en admettant même que l'on doive s'incliner devant cette interprétation de l'art. 3 § 3, s'ensuit-il nécessairement que la réciprocité s'impose ? comprend la réciprocité sur le principe premier du statut personnel. On comprend que, dans un but utilitaire ou en vertu d'un principe de droit supérieur, la France

Critique de la solution.

-100-

reconnaisse la nécessité de faire bénéficier d'un statut personnel, pour l'état et la capacité, les étrangers qui habitent son territoire, mais pourquoi nécessairement les faire bénéficier de leur loi nationale ? et pourquoi ne pas leur appliquer, sinon toujours du moins dans certains cas, la loi du domicile ? Rien ne l'indique dans le texte. Le texte de l'art. 3 § 3, est muet sur la condition de l'étranger, sur la loi qui lui est applicable. Pourquoi ne pas avoir admis que la réciprocité posée par le premier principe conduit, sinon toutes les fois, du moins dans certains cas, au maintien du principe de la loi du domicile qui était la règle de la coutume internationale ?

Distinction proposée.

Beaucoup d'auteurs aujourd'hui préconisent une distinction : on comprend que l'on applique la loi nationale comme statut personnel, aux pays qui admettent comme la France la loi nationale, art. 3, § 3, tels que la Belgique, qui a le Code Napoléon, l'Italie, fervente de la loi nationale, l'Espagne, qui a adopté également notre code sur ce point, et les pays qui plus récemment sont venus à la loi nationale ou l'ont conservée, l'Allemagne, qui a renversé la loi du domicile pour prendre la loi nationale comme base du statut personnel, le Brésil, qui a adopté le code civil allemand sur ce point, et parmi les états nouveaux issus du traité de Versailles, la Pologne. On comprend très bien que la réciprocité du bénéfice du statut personnel puisse à la rigueur amener à reconnaître que le statut personnel de l'étranger en France est réglé par sa loi nationale. Mais pourquoi adopter la même solution pour les pays, qui proclament, au contraire, que le statut personnel est régi par la loi du domicile, et en particulier pour les pays anglo-saxons, l'Angleterre, les Etats-Unis d'Amérique, d'autres pays encore qui sont restés fidèles sur ce point à la coutume internationale; pour ces pays, sur leur territoire aussi bien qu'à l'extérieur, pour leurs nationaux aussi bien que pour les étrangers, la loi applicable est la loi du domicile. Par conséquent, rien n'empêcherait que, par la voie de l'interprétation, on restreigne dans une certaine mesure la règle posée par la jurisprudence française, et que l'on dise tout au moins que la réciprocité voulue par la première règle amène à reconnaître le bénéfice du statut personnel aux étrangers, mais que ce statut personnel sera réglé :

1°/ par la loi nationale pour les pays qui admettent la loi nationale comme base de l'état et de la capacité.

2°/ par la loi du domicile pour les ressortissants des pays où la loi du domicile règle le statut perso-

nel.

Une solution de ce genre serait, non seulement logique et cohérente, mais elle réglerait sans controverse la très épineuse question du conflit des systèmes, et notamment la question du renvoi, qui naît du plupart du temps de la divergence entre la loi du domicile et la loi nationale.

Un certain mouvement s'opère aujourd'hui dans la doctrine en ce sens, particulièrement en France : on tend à se désaffectionner dans une certaine mesure de la loi nationale comme loi réglant l'état et la capacité des personnes, eu égard au fait que la France a cessé d'être un pays d'émigration pour devenir un pays d'immigration. Quoi qu'il en soit, ceci est de la critique doctrinale, et le principe jurisprudentiel demeure inchangé, et il est à penser qu'il le demeurera longtemps. Les deux règles énoncées sont les deux règles fondamentales qui se trouvent à la base de la question du statut personnel.

Dès lors, dans toutes les matières de l'état et de la capacité, dans celles, dont l'énumération, qui n'est nullement limitative, est donnée par Pothier et Aubry et Rau, on fait prédominer et prévaloir pour les étrangers en France, ou même à l'étranger, dès l'instant où la question de son état et de sa capacité se pose, sa loi nationale. Les obligations de principe sont multiples. Dans chaque rubrique, sous chaque titre du Code Civil : mariage, divorce, puissance paternelle, capacité, modification à la capacité, intervient le principe de la loi nationale. Ce principe reçoit des extensions, ou au contraire subit des limitations, eu égard aux autres principes qui assurent l'application de la loi étrangère ou au contraire qui la limitent, comme le principe de l'ordre public. Il en résulte souvent des distinctions nombreuses, notamment lorsque, dans la famille, il y a unité ou dualité de nationalité : quelle est la nationalité qui doit prévaloir ? celle du mari, celle de la femme, celle de l'enfant mineur ? Il y a là une source de distinctions très subtiles et délicates. Toute cette partie échappe à la partie générale de l'exposé du D.I.P. Elle fait partie, comme on le verra en étudiant la doctrine, de ce que l'on appelle la partie spéciale ou la partie d'application. Tel est le premier des principes sur le statut personnel des étrangers. On voit ainsi dans quelle mesure, et sous quelle forme, il commande l'application de la loi étrangère en France.

Deuxième principe : la règle

Prenons maintenant le deuxième des principes, qui assurent en France l'application de la loi étrangère.

gle : "Mobilia sequuntur personam".

Signification de la règle.

la règle : "Mobilia sequuntur personam", les meubles suivent la personne. Qu'est-ce que cela veut dire ?

Cette règle n'a pas la portée générale que semble lui conférer la généralité de ses termes. Dans les droits coutumiers, cela est fréquent. Il arrive souvent qu'un adage de portée générale recouvre des règles infiniment plus restreintes. Ceci s'observait dans l'ancienne France, ceci s'observe d'une manière très fréquente dans le droit anglais, plus particulièrement dans la matière de l'équité anglaise. Il en sera de même de la règle "Locus regit actum", adage d'un caractère général par les termes, plus restreint par la portée. Pour la règle mobilia sequuntur, c'est le cas. Cette règle ne signifie pas d'une façon aveugle, absolue et radicale, que les meubles quels qu'ils soient, dans quelque situation que se présente une controverse les touchant, reçoivent la solution de la loi personnelle. Il s'agit simplement des meubles considérés dans leur universalité. Dans l'ancienne France, il y avait des universalités mobilières beaucoup plus nombreuses, qu'il n'y en a aujourd'hui. Il s'agit aujourd'hui plus strictement de la succession mobilière. Et la règle "mobilia sequuntur personam" signifie qu'en matière de succession on ne tient pas compte de la situation effective des meubles; quel que soit l'endroit où ils se trouvent au moment du décès, l'universalité mobilière est et reste soumise à la loi personnelle, à la loi de la personne, à la loi qui gouverne le statut personnel en général, mais ici il convient de faire un correctif; comme on a conservé la règle coutumière et qu'aucun texte n'est venu la corriger, la règle doit être complétée ainsi que suit : cette loi personnelle étant la loi du domicile. Par conséquent, mobilia sequuntur personam, se traduit dans la jurisprudence française et dans notre droit français actuel par le principe et la formule suivante : "Les successions mobilières sont réglées par la loi du domicile du défunt". Ceci n'apparaît pas au premier abord, et tient précisément à ce que, ici encore, et bien plus encore qu'à propos du statut personnel, puisque les règles se sont maintenues intégralement, on est en présence d'une règle de la coutume internationale. On est en présence d'un cas, où dans le silence des textes, la jurisprudence a recherché et retrouvé la tradition coutumière, et l'applique dans notre droit contemporain.

La règle est très ancienne, elle remonte jusqu'aux post-glossateurs. On la retrouve dans Balde. Elle

son origine.

a été reçue successivement par toutes les écoles : française et hollandaise. "Meubles suivent la personne", disait-on, et au XVIII^e siècle notamment, une controverse très ardente a divisé la doctrine sur une question de terminologie, sur le point de savoir si la règle devait être considérée, en employant le style de l'époque, comme un statut personnel, si elle devait être rangée dans la catégorie des lois coutumières réelles ou personnelles; elle est réelle, disait Dumoulin, parce qu'elle est une règle qui porte sur la chose; elle est personnelle, disait d'Argentré parce que son effet est extra-territorial, puisque c'est la loi du domicile qui règle le sort de la personne.

Cette controverse n'a plus qu'un intérêt historique. Cependant, beaucoup d'auteurs actuels s'y attachent, encore qu'elle n'ait plus aucun intérêt, puisque la distinction des statuts réels et personnels a tout au moins disparu de nos textes eux-mêmes. Il faut remarquer simplement que la règle est recueillie et sanctionnée traditionnellement par notre jurisprudence. La chambre civile de la cour de cassation l'a appliquée dès le lendemain du code et dans le silence des textes, le 7 Novembre 1926 (S. 1826. I. p. 250.) A la suite d'arrêts importants du tribunal de la Seine et de la Cour de Paris, la jurisprudence a appliqué la règle, telle qu'elle existait dans l'ancien droit, à la succession d'un anglais décédé en France, la succession du Colonel Thomson, admis à domicile en France en 1817 et décédé en 1823. Si l'on se reporte au Sirey de l'époque, on constate que les commentateurs de l'arrêt n'ont pas hésité à rattacher la solution à la règle de l'ancien droit et à citer à cet égard Pothier, Dumoulin, Bophier, Lebrun, les auteurs étrangers même, les Hollandais, comme Voet, les Pandates, etc...

Depuis lors, la jurisprudence a persévéré. C'est ainsi que la Cour de cassation, chambre civile, dans un arrêt du 22 Mars 1865 (S. 1865. I. p. 175, succession du Prince Ghyka), a appliqué la règle, mais, à la différence du cas du colonel Thomson, qui domicilié en France avait vu par conséquent sa succession réglée par la loi française, le prince Ghyka étant domicilié à l'étranger, la règle de la cour de cassation a eu donc pour conséquence d'appliquer la loi étrangère à la succession de Ghyka. "Attendu, quant aux meubles, que d'après l'ancienne règle toujours subsistante, il suivent la personne de leur propriétaire et sont réputés exister au lieu de l'ouverture de la succession..." Tel est l'attendu de la cour de cassation.

Son application par la jurisprudence.

Ainsi la Cour de cassation n'hésite pas à rattacher la règle actuelle à l'ancienne règle toujours subsistante. Un arrêt de la même année du 21 Juin 1865 se retrouve également dans la même recueil à la page 313, mais c'est surtout dans la très célèbre affaire Forgo, que le principe a été proclamé. On retrouvera l'affaire Forgo à propos du renvoi, dont elle constitue l'arrêt directeur. Il s'agissait d'un étranger décédé dans le midi de la France, ayant habité la France pendant toute sa vie, mais n'y ayant pas acquis le domicile autorisé en vertu de l'art. 13 du code civil français. Il n'était donc pas domicilié légalement en France, il n'y était domicilié qu'en fait. Il mourut laissant une succession mobilière importante, et la question se posa tout d'abord - ce fut la première question, celle sur laquelle s'édifia toute l'affaire - de savoir et de déterminer quelle était la loi applicable à la succession mobilière d'un étranger décédé en France. Sur ce point, les premiers arrêts de l'affaire Forgo - car il n'y a pas moins de trois arrêts de la cour de cassation, - n'ont pas hésité à proclamer le principe que l'étranger qui décède en France doit avoir une succession réglée par la loi de son domicile, en ce qui concerne la succession mobilière. C'est ce qu'a dit notamment l'arrêt de la cour de Pau du 11 mars 1874, le premier arrêt d'appel ayant statué sur l'affaire Forgo. (V. cet arrêt sous l'arrêt de la cour de cassation, chambre civile, 5 Mai 1875, S. 1875 I. p. 409 D. 1875 I. p. 343). "Attendu qu'il suit de là que c'est le domicile du défunt qui détermine la législation applicable à la dévolution de sa succession mobilière, et non sa nationalité. Attendu que sans doute il arrivera le plus souvent que la nationalité et le domicile se confondent, mais qu'en droit la distinction n'en doit pas moins être maintenue et avec elle le principe d'après lequel le domicile seul détermine le statut qui régit la succession mobilière..." Les motifs sur lesquels est basé l'arrêt de Pau, sont d'abord, comme à l'époque, des raisons tirées des textes, mais très faiblement, des arguments tirés de l'art. 3 encore plus subtils que ceux qui sont mis en batterie à propos du statut personnel, mais surtout l'argument principal employé était le suivant : "Attendu que tels étaient du reste les principes généraux admis dans l'ancien droit, et que rien ne porte à croire que le législateur moderne ait entendu les modifier...."

Après un premier arrêt de la cour de cassation, la cour de Bordeaux est saisie à nouveau de l'affaire le 24 Mai 1876 (S. 1877. I. p. 109) et proclame : "Attendu qu'il est généralement admis que la succession mobilière d'un étranger est régie par la loi du domi-

cile...." Tel est le principe en matière de succession mobilière.

Observations.

Il convient, à cet égard, de faire deux observations. La première, c'est que cette matière, jusqu'à la loi de 1927, a été compliquée par le fait qu'il était nécessaire, pour qu'un étranger ait son domicile de droit en France (art. 13 du code civil) qu'il ait obtenu l'autorisation à domicile. Il en résulte que, lorsqu'un étranger n'avait pas obtenu l'autorisation à domicile, son domicile n'était pas en France, si bien qu'alors il fallait rechercher son domicile à l'étranger, et la plupart du temps ce domicile était dans son pays, de sorte qu'en fait, sinon en droit, la jurisprudence s'est trouvée amenée à appliquer très souvent à la succession mobilière de l'étranger sa loi nationale, mais elle ne l'a pas appliquée à titre de loi nationale, elle l'a appliquée à titre de loi du domicile. Il ne faut pas s'y tromper. C'est pourquoi on doit critiquer les arrêts qui, depuis la loi du 10 Août 1927 sur la nationalité en France, ont cru devoir exceptionnellement - il y en a - appliquer la loi nationale à la succession mobilière. Ce sont des arrêts exceptionnels qui ne brisent pas l'unité de la jurisprudence, mais qui font tache dans cette jurisprudence. (V. notamment un arrêt de la première chambre de la cour d'appel de Paris, 12 Avril 1929, S. 1930 II. p. 129). C'est une exception, qui ne détruit pas la force de la jurisprudence séculaire.

La deuxième observation, c'est qu'il ne s'agit que de la succession mobilière. Notre droit successoral en matière de conflit de lois se trouve morcelé. L'unité de la succession n'est point connue. Pour les immeubles, on applique la lex rei sitae. La jurisprudence y est constamment fidèle. On retrouvera l'arrêt de la cour de cassation du 21 Avril 1931. Les successions mixtes, c'est-à-dire comprenant des meubles et des immeubles sont donc régies par deux lois différentes : la succession immobilière par la loi du lieu de l'endroit où se trouvent situés les immeubles et la succession mobilière par la loi du domicile. Telle est la deuxième observation.

La troisième règle qu'il convient d'étudier est la célèbre règle : locus regit actum.

On devrait plutôt dire : lex loci regit actum. Le mot locus est là pour indiquer la loi locale, la loi locale regit l'acte. Ce brocard présente par ses termes, au premier abord, un sens extrêmement général. A le prendre à la lettre, il semblerait qu'il veuille dire qu'un acte juridique quelconque est toujours dominé par la loi du lieu où il a été passé. Littéra-

La règle locus
regit actum.

lement donc, on pourrait croire que les actes juridiques, sans exception, sans aucune restriction, à tous égards, sont régis par la loi du lieu où ils sont survenus. Tel n'est certainement pas le sens de cet adage. Il est arrivé à la règle *locus regit actum* ce qui est arrivé à la règle "*mobilia sequuntur personam*". Dans les pays de formation coutumiére, les adages latins, par leur concision, ont tendance à s'implanter, et bien que parfois ils aient un sens général, il arrive qu'on les invoque à l'appui d'une règle particulière et qu'ils se maintiennent ainsi sous la forme générale mais visant une règle infiniment plus restreinte. Néanmoins, il est certain que la forme générale de cet adage a beaucoup influé sur l'esprit des juristes et particulièrement sur les praticiens. Il ne manque pas de praticiens pour dire que tout le D.I.P. tient dans la règle *locus regit actum*, de même qu'il ne manque pas également de praticiens pour dire que tout le droit civil tient dans l'article 1382. Il est certain que la règle, que l'on ne doit pas faire de tort à autrui, est à la base du droit tout entier, mais ce n'est pas une raison pour supprimer tous les autres articles du code civil. Le fond même de la signification de la règle *locus regit actum* trouve sa traduction dans une formule infiniment plus restreinte. La traduction technique exacte, juridique de la règle *locus regit actum*, c'est : la forme des actes est régie par la loi du lieu où ils sont passés ou rédigés. C'est celle qu'emploie couramment la cour de cassation.

Sa significa-
tion exacte.

La règle signifie donc que la loi du lieu où un acte juridique est passé (acte juridique, *negotium juris*, non pas seulement *l'instrumentum*, mais *le negotium*), a compétence pour régir la forme de laquelle il doit être revêtu. En d'autres termes, si l'acte a obéi aux prescriptions de forme de la loi locale, il doit être partout considéré et tenu pour valable. En conséquence, en France, un acte passé à l'étranger devra être jugé comme valable par les tribunaux français, s'il est conforme à la loi en vigueur au lieu où il est survenu.

Son origine.

La règle, sous sa forme latine, remonte au début du XVIII^e siècle en France. Mais envisagée quant au fond, on la rencontre déjà, sinon à la fin du XII^e siècle, tout au moins certainement au commencement du XIII^e siècle dans la Haute-Italie et même peut-être en France. Elle a été conservée avec beaucoup d'esprit traditionaliste par la jurisprudence de nos Parlements. Les travaux préparatoires du code montrent qu'on a voulu la consacrer. Elle faisait l'objet d'un article particulier dans certains projets. Si elle a

été écartée, c'est parce que le Code n'a voulu statuer que sur l'application de la loi française, et que, insérer une règle de ce genre dans le code, c'était statuer sur l'application de la loi étrangère et les auteurs de l'art. 3 du Code Civil ne le voulaient pas en principe. Mais, notamment au Tribunat, à la séance du 12 Frimaire de l'an X, le tribun Andrieu s'exprima ainsi dans la discussion préparatoire, au sujet de cet adage : "C'est une maxime de droit qui n'a jamais été contestée". (Locré t. 1, p. 433). Au surplus, le code civil l'a consacrée, sinon dans la forme du principe, du moins par ses principales applications. On en retrouve la substance dans l'article 47 à propos des actes de l'état civil, dans l'article 170, complété par l'article 171, pour le mariage du Français à l'étranger, dans l'article 999 concernant le testament holographique et le testament public du Français à l'étranger, le testament public pouvant être fait dans les formes du pays, et même dans l'article 2.188, en matière d'hypothèque. Au surplus, dès l'apparition du code, les cours françaises rejoignirent l'ancienne jurisprudence. Dès l'an XIII, sous l'autorité du procureur général Merlin, la cour de cassation reprenait l'adage et l'appliquait sans aucune espèce de résistance. Dès le XIX^e siècle, on rencontra la règle recueillie par les tribunaux français et dans un certain nombre d'espèces anciennes elle fut affirmée avec beaucoup d'énergie et de solennité. Examinons les principales décisions du milieu du XIX^e siècle qui l'ont affirmée et l'ont définitivement implantée dans notre jurisprudence.

Ce sont, tout d'abord, deux décisions relatives à la validité du testament holographique, fait par un étranger en France, en la forme française, décisions qui datent de 1847 et de 1853, l'une de la chambre civile, l'autre de la chambre des requêtes de la Cour de cassation, qui ont admis sur le fondement de cet adage la validité du testament. L'arrêt de 1847 est un arrêt de la chambre civile du 25 août (D. 1847.I. p. 275). Il débute ainsi : "Attendu que la forme extérieure des actes et la solennité des actes sont déterminées par la loi du pays où ces actes sont passés...". De même, l'arrêt de la chambre des requêtes du 9 Mars 1853 sur la même question du testament anglais en France (D. 1853. I. p. 217), sur le moyen unique tiré de la fausse application de la règle *locus regit actum*, débute ainsi : "Attendu qu'il est de principe de D.I. que la forme extérieure des actes est essentiellement soumise aux lois, aux usages et aux coutumes du pays où ils sont passés". Ces deux arrêts

Principaux arrêts qui consacrent la règle
XIX^e s.

ont admis par conséquent le principe de la règle locus, et l'ont admis dans un cas où il s'agissait de l'application de la loi française à un acte passé par un étranger en France.

Un autre arrêt de la chambre civile, rendu sous la présidence de Troplong, du 23 Février 1864 (S. 1865 I. p. 385) statue sur l'admission de la règle se référant à l'application en France de la loi étrangère. Il s'agissait d'un transport de voyageurs, et la Cour de Cassation décide : "Attendu que le voyageur en question s'étant embarqué à Hong-Kong, possession anglaise, en contractant avec la compagnie anglaise pé-ninsulaire orientale cette convention, relevait de la législation anglaise, en vertu de la règle qui fait régir l'acte par la loi du lieu où il a été passé quant à sa forme, à ses conditions fondamentales et à son mode de preuve". Quant à sa forme, c'est là l'affirmation principale, qu'il convient de mettre ici en relief, le reste se référant à la question de l'autonomie de la volonté, qui sera étudiée ultérieurement. Tels sont les premiers arrêts : ils sanctionnent la règle et ils permettent de faire apparaître en France l'application de la loi étrangère.

Quelle est la raison donnée à l'appui de cette solution ? C'est une raison d'ordre pratique, une raison d'ordre utilitaire. L'arrêt de 1847 ajoute le considérant suivant :... "Q'autrement l'étranger pourrait, lorsqu'il est hors de son pays, se trouver empêché de tester par l'impossibilité de recourir aux formes exigées par la loi de son domicile". Si un étranger se trouve en France, et si on lui imposait les formes en usage dans son pays, pour tester notamment, il pourrait à certains égards se trouver empêché d'effectuer, suivant des formes déterminées, l'acte juridique qu'il avait dessein de formaliser. Mais à côté de cette raison d'utilité pratique qui est incontestable et qui est à la base de la règle locus, il faut y joindre également la force de la tradition, d'une tradition constante. On peut dire que la règle locus regit actum constitue le type de la règle coutumière internationale, le type même de la règle empruntée à la coutume internationale du XVIII^e siècle et recueillie sous des formes variées, avec des extensions différentes, mais recueillie, on peut le dire, dans tous les pays du monde. Tous connaissent et sanctionnent, sinon la règle sous la forme de l'adage latin recueilli en France au XVIII^e siècle, tout au moins la règle dans sa substance.

Cette règle a été proclamée d'ailleurs comme telle par l'Institut de Droit International à sa session de Lausanne, en 1927. La jurisprudence française par conséquent est fixée depuis l'époque des arrêts

du XIXème siècle.

Etat actuel de la règle.

A l'heure actuelle, tous les arrêts sont favorables à la règle. Il suffit d'indiquer comme ayant imposé en France l'application de la loi étrangère, deux arrêts : d'une part, l'arrêt de la chambre civile du 29 Juin 1922 (S. 1923. I. p. 249, avec une note de M. le professeur Audinet.) Il s'agissait dans cette affaire d'une cassation pour violation des formes prescrites par une loi du Canada, par une loi de Québec. La cour même va assez loin, puisqu'elle dit qu'en violant la règle locus regit actum, on a violé l'article 3 du code civil, et que la règle locus regit actum ne figure en aucune manière dans l'article 3. D'autre part, on peut se reporter encore, au sujet du testament de l'Anglais en France, à l'arrêt de la cour de cassation, chambre civile, du 28 Juillet 1909 (S. 1910 I. p. 165), relatif au testament de Mme de Metterville.

Une dernière observation sur cette jurisprudence : les arrêts du XIXème siècle font bien ressortir qu'en pareille matière, non seulement on observe pour la forme la règle locale, mais on écarte volontairement la règle nationale, la règle du statut personnel. On avait essayé, quant au testament, de dire que ce n'était pas aux formes du testament que la règle locus s'appliquait mais à la règle concernant l'état et la capacité des personnes. Les arrêts de 1847 et de 1853 font obstacle à cette application et écartent expressément les principes du statut personnel en la matière. "Attendu que les lois qui déterminent les formes, dans lesquelles doit être rédigé le testament, dit l'arrêt de 1847, ne touchent pas à la capacité du testateur, mais seulement aux solennités extérieures qui doivent accompagner l'expression de sa volonté". On écarte les principes de l'état, et on applique la règle locus. De même l'arrêt de 1853 dit : "Attendu que si tout ce qui touche à l'état du testateur et à l'étendue et à la limite de ses droits et de sa capacité, est régi par le statut personnel qui suit la personne partout où elle se trouve, il en est autrement de la solennité de l'acte et de sa forme extérieure, qui sont réglées par la loi du pays où le testateur dispose". Par conséquent, la forme est réglée par la loi du lieu où l'acte est passé, et l'on écarte, lorsqu'il s'agit de la forme, la loi nationale, la loi de statut personnel.

La formule de la règle est donc, d'après les arrêts : la forme des actes est régie par la loi du lieu où ils sont passés et, de même, la forme des actes est régie par la loi du pays où ils sont passés ou rédigés.

1 - Portée
de la règle.

On a ainsi exposé la règle. On n'a pas achevé d'éduiter les conditions dans lesquelles elle s'applique, sa portée et son caractère. En effet, autour du principe, tel qu'il vient d'être recueilli, la jurisprudence française a accumulé, groupé - on peut tout au moins les grouper systématiquement - un certain nombre de règles auxiliaires, qui sont classiques, et que l'on doit y ajouter.

Tout d'abord une distinction fondamentale, en ce qui concerne la forme des actes. Que faut-il entendre par la "forme des actes" ? La règle indique que la forme des actes est régie par la loi du lieu où ils sont passés. Quid juris pour le mot forme des actes, qui présente un aspect général, lui aussi, et que la jurisprudence a été amenée à préciser. C'est la première sous-règle, qui vient à l'appui de la règle locus : la question de la portée de la règle locus regit actum.

Sur ce point notre ancienne jurisprudence avait déjà donné des directives, et l'auteur qui a le plus influé sur l'admission de la règle locus regit actum, Merlin, dans son Répertoire, au mot loi, avait très savamment distingué plusieurs catégories de formes, de manière à montrer quel est exactement le champ et le domaine restreint, même sur ce point, de la règle locus regit actum. Merlin distinguait - et sa distinction a en grande partie passé dans le droit français moderne - 4 catégories de formes auxquelles respectant la tradition du Palais, en homme de pratique, il donnait les noms suivants : les formes habilitantes, les formes intrinsèques ou, ajoutait-il, les formes viscérales, les formes extrinsèques ou probantes, et les formalités d'exécution.

1^e/ Les formes habilitantes sont, d'après Merlin, celles qui rendent capables d'agir les personnes qui sont incapables par état. Par exemple, les formes de l'autorisation maritale, ou encore, sous l'empire du code civil, les formes des autorisations requises pour les mineurs, conseil de famille, etc...

2^e/ Les formes intrinsèques ou viscérales sont celles qui donnent son essence à l'acte, par exemple le consentement des personnes qui sont engagées dans l'acte. C'est la substance de l'acte, d'où le nom de formes intrinsèques ou viscérales.

3^e/ Les formes extrinsèques ou probantes sont, disait Merlin, celles qui servent à constater l'accomplissement des autres, et auxquelles va s'appliquer strictement et exclusivement la règle locus regit actum.

Qu'entendre
par forme ?

Distinction
proposée par
Merlin.

1^e Formes ha-
bilitantes.

2^e Formes in-
trinsèques.

3^e Formes ex-
trinsèques.

4° Formes d' exécution.

4° Les formes d'exécution sont les formes de procédure et de jugement et d'exécution des jugements les formalités qui amènent à prononcer le droit et à le mettre à exécution, notamment les règles sur l'ordonnatio litis.

Voilà ce que l'on entend par les formes. Si l'on en était resté à la règle, telle qu'elle a été indiquée, à savoir que la forme des actes est régie par la loi du lieu où ils sont passés, on devrait dire que la loi locale s'applique à ces quatre catégories de formes. Or il n'en était rien, même du temps de Merlin. Merlin indique, en effet, les solutions suivantes : la compétence législative n'appartient à la règle locus regit actum que pour la troisième catégorie. Les formes habilitantes sont régies par la loi du statut personnel dirions-nous aujourd'hui, par les statuts personnels, disait-on à l'époque, qui était alors la loi du domicile, et qui est devenue, en France, la loi nationale. Les formes intrinsèques, la substance même des actes, étaient régies, du temps de Merlin, et aujourd'hui encore, par le principe de l'autonomie de la volonté. Cela peut être la loi locale; c'est souvent même la loi locale; cela peut être une loi différente. Quant aux formalités d'exécution, elles sont soumises, d'après Merlin, à la loi du lieu où l'acte doit être mis à exécution. Il ne reste donc par conséquent, que la troisième catégorie, les formes extrinsèques ou probantes, celles qui servent à constater l'accomplissement des autres; c'est à cette seule catégorie que s'applique la règle locus regit actum, et, ceci, dit Merlin, dans un but de commodité pratique.

La distinction de Merlin a été conservée sous diverses formes par la doctrine française. On y a ajouté simplement les formalités de publicité qui du temps de Merlin n'étaient point très connues, et qui, au contraire, se sont multipliées avec les nécessités du crédit au cours du XIX^e siècle et au XX^e siècle. Mais le fond de la distinction de Merlin est resté. C'est alors un premier principe, que l'on rencontre pour l'application de la règle locus regit actum que celui qui consiste à distinguer les formes extérieures, extrinsèques, de toutes les autres formes, notamment des formes habilitantes. Pour les formes habilitantes (ou les formalités habilitantes, comme dit la Cour de cassation) une jurisprudence importante est née. La Cour de Cassation, dans des arrêts très importants, certains même retentissants, a affirmé que les formes habilitantes ne sont pas réglées par la loi locale, mais dépendent de la loi personnelle, savoir

Distinction actuelle des formes extérieures avec toutes les autres.

Règles relatives aux Formes habilitantes : compétence de la loi personnelle.

la loi nationale de l'étranger. La Cour de cassation l'a affirmé notamment dans un arrêt du 2 Juin 1908, (S. 1911, I. p. 385) à propos de la tutelle des mineurs. La tutelle des mineurs, suivant la Cour de cassation, doit être organisée conformément à la loi nationale du mineur. (V. la note de M. Audinet). Donc les formes habilitantes, c'est-à-dire les formes qui doivent être employées pour qu'un incapable ou son représentant puisse valablement accomplir un acte juridique, dépendent, non pas de la règle *locus regit actum*, mais de la loi nationale.

C'est ce qu'a encore affirmé la cour de cassation dans un arrêt très important, et beaucoup plus récent, à propos de la fameuse affaire du château de Chambord. Le procès est né du partage de la succession du duc de Parme, succession disputée entre les princes de la maison de Bourbon, succession dans laquelle était compris le domaine de Chambord. La succession comprenait des biens en divers pays, mais les formalités du partage à observer étaient des règles spéciales établies pour les successions mobilières, et sous la surveillance d'une autorité particulière, le grand maréchalat de la cour d'Autriche. Il y avait des mineurs impliqués dans le partage. Le partage avait eu lieu sous la sanction de cette autorité, et l'on se demandait si, étant donné qu'il s'agissait d'un immeuble sis en France, lequel était un monument historique, on pouvait admettre que son sort fût ainsi réglé en vertu de l'application d'une loi réglant les successions mobilières sous la haute tutelle du grand maréchalat de la cour d'Autriche ? Il y eut sur ce point un certain nombre de décisions (Tribunal civil de Blois, 30 Avril 1925, cour d'appel d'Orléans, 2 Février 1928. V. ces arrêts avec des notes très importantes dans le S. 1929. II. p. 33 et dans le D. 1926. II p. 27). Finalement, et avec des conclusions de M. le procureur général Matter, l'affaire fut réglée par la chambre civile de la Cour de cassation, 13 Avril 1932, D. 1932. I. p. 89. Un passage de l'arrêt concerne les mineurs et les formes habilitantes : "Attendu, dit l'arrêt (page 101) que les intéressés gardent la liberté de disposer personnellement des droits indivis attribués par la loi française, et de procéder par convention amiable à la formation et la distribution des biens, sous la seule condition que leur loi nationale leur donne capacité pour ce faire ou que, en cas d'incapacité de certains d'entre eux, toutes les formalités habilitantes prescrites pour pareil cas par leur loi nationale, soient exactement remplies". C'est l'affirmation du principe. Ainsi, il en résulte que les formalités habilitantes échappent à l'application

Comment distinguer les formes habilitantes ?

tion de la règle *locus regit actum*.

Mais il n'est pas facile toujours de distinguer les formes habilitantes. Celles-ci sont des formes de protection; elles se présentent parfois sous la forme de formalités de procédure, par exemple, lorsqu'il s'agit du partage judiciaire ou de la vente des biens de mineur, dans ce cas les tribunaux sont amenés à intervenir. Doit-on considérer, dans ce cas, les formes comme des formes habilitantes ou comme des formes d'exécution ? La question est importante au point de vue de la loi compétente, puisque pour les formes habilitantes, c'est la loi nationale, et pour les formes de procédure, c'est la *lex fori*. La question est délicate. Elle se pose presque journellement dans la pratique des pays du Nord de la France, à raison du fait que les formalités du partage judiciaire des articles 466 du code civil français et 984 du code de procédure ont été de très bonne heure abandonnées par la Belgique et très notablement simplifiées par une loi du 12 Juin 1816 donnant compétence au juge de paix avec l'assistance du notaire pour passer les formalités de ce genre. Si bien qu'il est parfois très difficile de savoir dans les pays du Nord, où les familles possèdent des biens des deux côtés de la frontière, si ce sont les formalités du partage judiciaire françaises ou belges qu'il y a lieu d'observer. Mais ce n'est pas la question la plus délicate qui soulève la distinction des formes habilitantes ou de protection d'avec les formes extrinsèques.

La question la plus délicate qui se pose est de savoir comment on doit discriminer les formes extérieures et les formes habilitantes, lorsque l'appréciation faite par les diverses lois en cause est différente. C'est au sujet du testament olographe qu'est née la discussion, et les décisions de 1847 et de 1853 n'hésitaient pas à placer les formes du testament, et notamment du testament olographe, dans les formes extérieures, et à leur appliquer dès lors la règle *locus*. Mais il se peut que d'autres législations - il en est ainsi de la Hollande - considèrent que les formes en matière testamentaire sont des formes de protection. Le droit hollandais repousse le testament olographe et n'admet que le testament par acte public, pour qu'un officier ministériel soit là présent pour guider le testateur dans son acte de dernière volonté. Ce sont donc des formes de protection, et la question se pose alors de savoir quelle est l'appréciation qui doit dominer, si c'est l'appréciation française, formalités extérieures, ou si c'est l'appréciation hollandaise, règles de protection. Ceci entraîne l'

discrimina-
tion se heurte
au problème
de la quali-
fication.

I - Conditions
d'application
de la règle.

application d'une loi différente : la règle locus pour un testament rédigé en France, entraînant l'application de la loi française ; la règle de protection entraînant, au contraire, l'application de la loi étrangère. C'est là l'un des aspects du problème de la qualification, que l'on retrouvera plus tard. Le conflit de systèmes de qualification se pose en particulier d'une façon précise pour le mariage (C. Civ. art. 170). En effet, cet article déclare que des formes extérieures étrangères peuvent être employées pour le mariage à la condition de respecter les conditions de fond, les conditions intrinsèques, les conditions de capacité du mariage ; et le point de savoir si une formalité déterminée est intrinsèque ou extrinsèque est particulièrement épiqueux notamment en ce qui concerne l'autorisation des parents. Certains pays, l'Angleterre notamment, tiennent l'autorisation des parents pour une formalité extérieure du mariage, alors que le droit français la tient pour une formalité de protection. Voilà la première question qui se pose relativement à la règle locus regit actum, la question de sa portée.

D'autres encore surgissent, d'où sont sorties des règles complémentaires sur les conditions d'application de la règle et sur son caractère.

Tout d'abord, sur les conditions dans lesquelles doit s'appliquer la règle locus regit actum. Pour que la règle s'applique, il faut, dit la jurisprudence, et avec raison, que l'acte passé à l'étranger ou en France, le soit valablement dans les formes locales. Si la forme locale n'est pas respectée, la règle locus regit actum ne peut point recevoir son application. Tel a été le sens de plusieurs décisions très connues, récentes, de la 1^{re} chambre de la Cour d'appel de Paris, notamment pour un mariage passé à l'étranger, Cour de Paris, 1^{re} chambre, 24 Avril 1926 (D. 1927. II. p. 9) affaire Bouli de Lesdain. Il s'agissait d'un mariage contracté au fond de la Chine, en Mongolie, entre un jeune Français et une Américaine, devant des missionnaires belges. C'est le type du cas international. Le mariage avait été passé sous la forme purement religieuse, et la question se posa en France de savoir si les époux pouvaient être considérés comme valablement mariés, dans des conditions de ce genre. La cour statua en faveur de la négative, pour la raison que les formes locales n'avaient pas été observées. En effet (V. sur ce point la note de M. Escarra au Dalloz) en Mongolie, on ne connaît pas de mariage religieux, et par conséquent le mariage a été tenu pour non valable, on n'a pas pu appliquer la règle locus, parce que l'acte n'avait pas été passé

valablement dans les formes locales.

Même décision, moins lointaine, mais non moins pittoresque, pour un mariage passé à Paris, et que l'on prétendait passé dans la forme diplomatique. Deux ressortissants d'un pays, où le mariage n'a de validité que lorsqu'il est religieux, avaient passé en France un mariage religieux à l'Eglise du rite grec à Paris. On prétendait que ce mariage devait être considéré comme un mariage passé à l'étranger dans les formes valables, parce que l'article 170 aliéna 2, admettant la validité du mariage diplomatique pour les Français à l'étranger, admet par réciprocité la validité d'un mariage passé en la forme diplomatique des étrangers en France. Mais il s'agissait, dans l'espèce, d'un mariage passé en dehors de l'hôtel de l'ambassade, l'Eglise grecque n'étant pas rattachée à l'hôtel où siège la mission diplomatique de ce pays. C'est pour cette raison que la première chambre de la cour de Paris déclara que les formes locales n'avaient pas été observées et annula le mariage (affaire Basi-liadis, cour de Paris, 1ère chambre, 1er mars 1922, D. 1923. II. p. 59 D. 1924, I. p. 65). Telle est la première règle complémentaire concernant les conditions dans lesquelles s'applique la règle locus regit actum.

Quelles sont, d'autre part, les conséquences que la règle peut avoir, quant à l'application de la loi étrangère en France ?

Autrement dit, quel est le caractère de la règle locus regit actum ? Ceci revient à se demander si la règle locus regit actum a un caractère impératif obligatoire ou facultatif. La règle locus est-elle obligatoire ou facultative ? Pratiquement, en France, les étrangers sont-ils obligés de suivre les formalités extérieures françaises, et à l'étranger les Français sont-ils obligés de suivre la forme locale ? A cet égard, la doctrine et la jurisprudence font prévaloir une distinction. On distingue les actes authentiques les actes publics et les actes privés. Pour les actes authentiques, lorsque l'on veut passer un acte authentique, en dehors des réciprocités diplomatiques, le principe est très clair : il n'est pas possible de s'adresser à une autre forme qu'à la forme locale, et la forme locale est obligatoire. On ne concevrait pas que, lorsqu'un Etat a appointé des officiers ministériels, par exemple des notaires, à l'effet de formaliser certains actes, on puisse s'adresser à des autorités étrangères pour formaliser ces actes. Par conséquent, par exemple, pour constituer une hypothèque, on ne saurait concevoir d'autres interventions que

III - Caractère de la règle.

Distinction des actes authentiques, publics et privés.

Actes authentiques : la règle est obligatoire.

celle du notaire français.

Actes privés : la règle est facultative.

Pour les actes privés, au contraire, il y a de grandes divergences. Il s'est produit, au cours du XIX^e siècle, des fluctuations dans la jurisprudence, la jurisprudence inclinant tantôt pour la faculté, tantôt pour l'obligation. D'une manière générale, la doctrine est favorable au caractère obligatoire de la règle locus. On retrouvera toutes les opinions indiquées très savamment dans le répertoire de D.I.P. au mot : Règle locus regit actum, par M. Audinet. La jurisprudence de la Cour de cassation, jusqu'à la fin du XIX^e siècle, inclinait vers l'obligation (V. notamment un arrêt de la chambre civile de la cour de cassation, 14 Juin 1899, S. 1900. I. p. 225, avec une note critique de Pillet). Depuis lors, la Cour de cassation semble avoir fléchi, et elle s'est fixée dans le sens de la faculté en ce qui concerne les testaments privés, et plus particulièrement le testament olographe. Un arrêt rendu le 20 Juillet 1909 sur les conclusions du procureur général Baudoin (S. 1915 I. p. 165) est venu proclamer que la règle locus est simplement facultative en ce qui concerne les testaments privés. Cette solution avait été rendue sur une très savante consultation du professeur Lainé. L'arrêt visait un testament passé par une Anglaise en France, mais à la différence des arrêts de 1847 et de 1853 déjà cités, la testatrice avait pris la forme du testament anglais, c'est-à-dire que, à la différence du testament olographe français, il n'est pas nécessaire que le testament soit écrit et daté de la main du testateur. Il faut simplement que le testament soit confectionné en présence de deux témoins et signé en présence de deux témoins par la testatrice, ce qui avait été fait. Les arrêts et jugements inférieurs avaient cassé le testament, parce qu'il n'était pas valable au regard de l'article 970 du code civil français. La Cour de cassation a estimé, au contraire, que le testament de Mme de Metterville était valable : "Attendu que cette règle - la règle locus regit actum - est simplement facultative en ce qui concerne les testaments privés, pour les étrangers en France elle n'a d'autre effet que d'accorder au testateur un droit d'option entre les formes admises par leur loi nationale et celles qui sont exigées par la loi du lieu où ils se trouvent". Ensuite, la cour de cassation indique qu'elle puise une argumentation d'analogie dans l'article 999 du code civil, qui donne cette option aux Français à l'étranger, et par conséquent, ajoute-t-elle, "par identité de raison l'étranger qui se trouve en France peut y tester en adoptant soit l'un des modes établis par la loi française

soit l'une des formes reconnues par son pays." Par conséquent, la Cour de cassation, sans s'être prononcée d'une manière systématique pour le caractère facultatif, a, tout au moins en ce qui concerne les testaments privés, adopté le caractère facultatif de la règle, ce qui est une atténuation à la rigueur de la doctrine antérieure.

Le principe de l'autonomie de la volonté.

Définition de l'autonomie de la volonté.

L'expression "autonomie de la volonté" désigne en général la situation de quiconque ne dépend que d'une loi émanant de lui-même. Le sens de l'expression est dicté par l'étymologie du mot "*autre*" et "*Voluntas*", c'est la loi que l'on s'est donnée. Appliquée au D.L. et ajouté au mot volonté, le terme d'autonomie désigne la liberté reconnue aux intéressés de choisir la loi applicable au rapport de droit établi par eux.

L'expression est assez ancienne. Elle était déjà connue du temps de Savigny, qui la critiquait, bien que lui-même ait bâti toute une partie de son système sur l'indépendance de la volonté au regard du principe de rattachement. La règle sous-entendue derrière l'expression aujourd'hui consacrée d'autonomie de la volonté, c'est celle en vertu de laquelle, dans certains cas, la compétence législative doit appartenir à la loi choisie par les intéressés, désignée expressément par eux, ou ressortant tacitement de leurs rapports. Il y a donc des cas, où en dehors de tout principe, les parties ont le droit de désigner, d'une façon expresse ou tacite, la loi compétente. Il en résulte par conséquent que dans beaucoup de ces cas, en France, la loi étrangère peut être applicable. Bien entendu, la règle n'est pas générale. Ce n'est pas dans tous les cas possibles et imaginables que les parties ont le droit de choisir la loi qui sera compétente; il y a certaines matières, où le principe joue plus particulièrement.

Ce principe de l'autonomie de la volonté remonte principalement à Dumoulin, qui en a été le grand initiateur dans son Consilium 53, au cours qu'il professait à Tubingue, à propos des conventions matrimoniales du régime légal des époux mariés sans contrat, et de la loi présomptivement applicable à ce cas : "jus est in tacita et vere simili mente contrahensum". La jurisprudence de l'ancien droit s'empara de la règle. Les auteurs l'approuvèrent et la consacrèrent : Burghundus, puis Boullenois et Merlin. Elle est devenue tradi-

Origine du principe.

En matière de contrat, car c'est dans cette ma

Son application, particulièrement en matière de convention matrimoniale.

tière que joue principalement le principe, la jurisprudence française l'a admise sans texte, sur le fondement de la tradition. C'est principalement et avant tout, en matière de conventions matrimoniales que, depuis plus de 100 ans, la jurisprudence a consacré le principe de Dumoulin. Il y a eu un premier arrêt en 1833, un autre en 1836, etc... L'évolution de la jurisprudence est décrite par Pillet dans une note sur la portée de la naturalisation anglaise (Cour de Paris, 24 Novembre 1891, S. 1893. I. p. 273).

L'espèce classique, sur laquelle on a toujours raisonnable et que les manuels mentionnent toujours, c'est l'arrêt Favier. Un Français fixé à Palerme épouse une italienne et ne fait pas de contrat de mariage. La Cour de cassation a estimé que d'après les circonstances souverainement appréciées par les juges du fait, le sieur et la dame Favier avaient eu l'intention de se marier sous le régime de la loi italienne et que, par suite, les règles de la communauté ne pouvaient leur être appliquées en vertu de l'art. 1393 du code civil (Chambre des Requêtes, 9 Mars 1891, S. 1893. I. p. 457).

Comme arrêt plus récent sur la question, on peut se reporter à un arrêt de la chambre des Requêtes, 7 Avril 1925, (S. 1925. I. p. II7). Sur ce point, la jurisprudence est absolument courante et consacrée. Toutes les critiques que certains auteurs ont essayé d'élèver contre le principe de l'autonomie appliquée en matière de convention matrimoniale, particulièrement pour faire prévaloir sur la loi d'autonomie la loi nationale, se sont brisées contre la constance de la jurisprudence. Déjà dans l'ancien droit, tant était marqué l'attachement des tribunaux en Hollande, en France et en Belgique, au principe, un auteur ancien pouvait écrire "que l'on ferait plutôt tomber la massue des mains d'Hercule et la foudre de celles de Jupiter, que d'arracher à la jurisprudence le principe de l'autonomie en matière de conventions matrimoniales". Mais le principe posé, quelle est la loi que l'on appliquera en cette matière ?

Assurément ce sont les circonstances, comme le dit la Cour de cassation, qui gouvernent chaque cas particulier, il y a lieu d'interpréter la volonté des parties. Mais lorsque les parties ne se sont pas exprimées et n'ont pas manifesté expressément leur volonté d'appliquer telle ou telle loi, il faut alors rechercher, dans les circonstances et dans ce que Dumoulin appelait l'intention présumptive des parties, la loi qui régira leur régime matrimonial. Dans l'ancien

droit, on faisait prévaloir la loi du lieu du domicile matrimonial. Pendant un certain temps, on y a substitué la loi nationale du mari au moment du mariage, et ceci avant la loi de 1927, la loi de 1927 ayant autorisé la dualité de nationalité dans le ménage. D'une façon générale, on peut dire, et surtout eu égard à l'arrêt de 1925, que ce qui prime principalement, c'est la tendance des tribunaux français à appliquer la loi française plutôt qu'une autre. Dans l'arrêt de 1925, on avait appliqué à deux italiens, mariés en France sans contrat, la loi française. (V. également l'évolution de cette jurisprudence décrite dans une thèse de 1927 de Strasbourg, de M. Caleb "Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en D.I.P., notamment p. 302 et s. et étude plus récente de M. Kasser, "l'autonomie de la volonté en D.I.P. devant la jurisprudence française" Clunet 1931 p. 32 et ss.)

Autre application : en matière de louage.

Ainsi, en matière de contrats, le contrat qui se présente comme celui dans lequel on applique le plus fréquemment, et de la manière la plus classique, l'autonomie de la volonté, c'est le contrat de mariage. Mais ce n'est point le seul. Ce principe apparaît encore dans une matière différente, dans le contrat de louage (V. à cet égard, l'arrêt de la chambre civile, 31 Mai 1932, procès de l'Etat français avec Mme Cara-Theodori, D. 1933, I. p. 169 S. 1933. I. p. 17), et en note, sous cet arrêt, les développements sur le principe de l'autonomie de la volonté et particulièrement sur l'application à la matière du louage.

En dehors de ces deux cas : convention matrimoniale et louage, il y a trois jurisprudences classiques parmi beaucoup d'autres, mais c'est surtout dans ces trois matières que l'on a fait intervenir d'une manière particulièrement importante le principe du choix par les parties de la loi applicable à leur rapport.

Tout d'abord, antérieurement à la loi du 31 Décembre 1925 qui a autorisé la clause compromissoire dans les rapports internationaux, la dévolution anticipée d'un litige à naître à des arbitres et non pas aux tribunaux ordinaires était interdite en France mais elle était permise par un grand nombre de législations étrangères, particulièrement par le droit anglais. Alors que la clause compromissoire était nulle en France antérieurement à la loi du 31 Décembre 1925, un très grand nombre de décisions judiciaires permettaient aux parties de se placer conventionnellement sous l'empire d'une loi étrangère, de manière à pouvoir régler éventuellement leur litige devant arbitrage et sans aller devant les tribunaux. Il en était ainsi notamment, même entre Français, - cela a été jugé ré-

En matière de clause compromissoire avant la loi de 1925.

comment - des contrats types en matière de vente de céréales, passés suivant les formules établies dans ce genre de commerce, qui est un commerce essentiellement international, par la grande association qui a son siège à Londres et qui groupe tous les intéressés dans le commerce mondial des céréales, la "London corn trade association", l'association de Londres pour le commerce des céréales. Des décisions récentes montrent à quel point la jurisprudence française avait eu le souci de permettre, dans cette matière des contrats de ce genre, et même entre Français, la facilité du choix de la loi anglaise, ce qui permettait avant la loi de 1925 de soumettre le litige à naître à des arbitres et non pas à des tribunaux (V. notamment comme dernière décision sur ce point, Cassation, Chambre civile, 19 Février 1930, et 27 Janvier 1931, S. 1933, 1. p. 41. D. Heb. 1930 p. 248). Telle est la première matière à laquelle la jurisprudence française a appliqué le principe de l'autonomie de la volonté.

Une autre matière également très pratique, où les tribunaux ont appliqué le principe, c'est la matière des connaissances maritimes, et notamment la matière des clauses des connaissances. Le connaissance est le document délivré au capitaine contenant un état des marchandises chargées sur son navire. Il sert en matière courante aux opérations commerciales très importantes, notamment aux opérations de crédit. Les clauses des connaissances ont été plus ou moins réglementées par les diverses législations, et notamment en ce qui concerne la responsabilité, ou plutôt la non-responsabilité, il y a eu dans certains pays des lois importantes, des lois assez restrictives, telles que le célèbre "Harter Act" en Amérique, sur les clauses de non-responsabilité à introduire dans les connaissances pour le transport maritime des marchandises. La validité de ces clauses relevait donc de la loi compétente, de la loi qui s'appliquait aux connaissances. C'est pourquoi on a reconnu en jurisprudence française la possibilité pour les parties d'indiquer plus ou moins explicitement la loi à laquelle elles avaient l'intention de se soumettre, et si elles ne l'avaient pas explicitement indiquée, la possibilité pour le juge, en vertu du principe de l'autonomie, de dégager l'intention des parties de la loi présumptivement adoptée par elles. L'arrêt classique sur ce point est l'arrêt du 5 Décembre 1910, S. 1911, I.p. 129 note de M. Lyon-Caen, arrêt reproduisant d'ailleurs une formule d'un arrêt de 1864, sur la règle locus regit actum et conçue dans des termes à peu près identiques.

Enfin, la troisième matière très actuelle, dans

laquelle on a fait intervenir au cours des dernières

En matière de connaissances.

En matière de clauses relatives.

Source : BIU Cujas

tives à la monnaie de paiement.

années, le principe de l'autonomie de la volonté, que au choix de la loi applicable, de la loi compétente, c'est la célèbre question de la validité des clauses relatives à la monnaie de paiement dans les contrats. Une jurisprudence consacrée par la loi du 25 Juin 1928, art. 2. § 4, qui a stabilisé la monnaie française, avait établi une distinction au sujet de la validité ou de la nullité des clauses tendant à parer à la dépréciation monétaire. La jurisprudence avait fait échapper à la nullité ce qu'elle appelait les paiements internationaux, c'est-à-dire les paiements intervenus entre créancier français et débiteurs étrangers, ou, inversement, les paiements intervenus entre créanciers étrangers et débiteurs français à l'exception des contrats relatifs aux immeubles. Cette jurisprudence était expressément une application du principe de l'autonomie de la volonté. En effet, la loi normalement applicable aurait dû être celle du lieu de paiement, déterminant la monnaie possédant une valeur libératoire, pour les paiements accomplis sur le territoire où elle est en vigueur. La jurisprudence a reconnu aux parties le droit d'écartier, par leur volonté, la compétence de cette loi en n'attribuant alors au lieu de paiement que la valeur d'un indice de la volonté des parties concernant la monnaie en laquelle elles avaient entendu stipuler à défaut de manifestation formelle contraire de leur volonté. Le lieu de paiement n'a donc par conséquent que la valeur d'un indice de volonté, le principe d'autonomie de la volonté dominant toute la question.

Les arrêts les plus importants ont été rendus en 1930 et 1931 dans les affaires retentissantes du Crédit Foncier Franco-Canadien, de la Société du Port de Rosario et des obligations émises par la ville de Tokio. Cassation, chambre civile, 3 Juin 1930, 9 Juillet 1930, 14 Janvier 1931 (V. ces arrêts groupés au D. 1931, 1. p. 5 avec les conclusions de M. le procureur général Matter). Depuis lors la question s'est présentée à maintes reprises devant les tribunaux. La jurisprudence a été amenée à établir et à développer ce qu'elle appelait le caractère international du paiement, notamment en matière de paiement d'obligations. Sur le caractère international des paiements internationaux, les derniers arrêts sont les suivants : Cassation, chambre civile, 6 Décembre 1933, D. Heb. 1934. p. 34. Obligations de la Cie Internationale des wagons-lits. 2 arrêts de la même chambre civile 24 Janvier 1934, D. Heb. 1934. p. II5. Affaire des obligations de la Cie des chemins de fer de São-Polo. Enfin, deux autres arrêts encore de la chambre civile

I4 Février 1934. D. Heb. p. 1934. p. 177, deux espèces, obligations de la banque franco-argentine.

Ce sont là des jurisprudences importantes, touchant à des questions pratiques et à des intérêts matériels considérables, qui illustrent le principe de l'autonomie de la volonté, et d'où peut résulter l'application de la loi étrangère.

Portée de la règle : elle est générale.

Quelle est exactement, les espèces étant précisées, la portée de la règle ? Dans l'esprit de la jurisprudence et d'après les arrêts, il semble que la portée de la règle soit générale et que la jurisprudence accepte l'application du principe d'une manière générale à tous les contrats. Les exceptions, que l'on rencontre, tiennent d'abord, à l'application à cette matière, comme en toute autre, du principe de l'ordre public, principe qui, on le verra, est l'exception généralis, exception qui s'oppose d'une manière générale à l'application sans limite des règles, qui permettent en France l'introduction de la loi étrangère. Mais le principe de l'ordre public étant mis de côté, si l'on essaie de dégager quelques listes d'exceptions, on voit que la jurisprudence a une tendance à repousser l'application du principe de l'autonomie de la volonté dans les cas suivants : d'une part, les contrats dits de droit public, c'est-à-dire ceux qui touchent, dans une certaine matière, au droit public, tels que le contrat de travail, les contrats d'assurance maritime ou terrestre, les contrats en bourse; - d'autre part, les donations et notamment les donations de biens à venir, les pactes successoraux, et le partage, notamment dans l'affaire de Chambord. Il a été spécifié que le partage échappait au principe de l'autonomie de la volonté.

Mais ceci posé, la jurisprudence applique le principe de l'autonomie de la volonté à tous les autres contrats et à toutes les parties du contrat, à tous les éléments de validité, à tous les effets du contrat, à la formation, aux conditions de formation, aux conditions de validité et aux effets. L'arrêt de 1910 est formel : "La loi applicable aux contrats, soit en ce qui concerne leur formation, soit quant à leurs effets et conditions, est celle que les parties ont adoptée". C'est là une formule, que l'on rencontre dans les arrêts relatifs à la règle *locus regit actum*.

Cette généralité de la jurisprudence est critiquée par la plupart des auteurs, qui sont de tendances plus sévères. La plupart des auteurs ont introduit ici une théorie importante qu'on appelle la théorie des règles dites impératives. La jurisprudence n'admet pas que le principe de l'autonomie de la volonté puisse jouer, lorsqu'on est en présence de dispositions, qui

Appréciation de cette jurisprudence.

Distinction proposée : rè-

les impératives.

Source : BNU Tujas

ves et suppléti-
ves.

Rejet de cette
distinction
par la juris-
prudence.

ont le caractère impératif, et par conséquent elle limite, dans les cas où il y a des règles impératives, la liberté des parties de choisir la loi applicable.

Le défaut de cette formule, c'est qu'elle prête à l'arbitraire. Quelles sont exactement, en effet, les dispositions impératives ? Quelles sont exactement les dispositions qui n'ont qu'un caractère permissif ou supplétif et qui autorisent l'autonomie de la volonté, quant à la loi compétente ? Chaque auteur présente son catalogue; d'autre part, on a une tendance à discriminer dans le contrat les conditions d'existence, les effets; la question des vices du consentement soulève des controverses très graves, et l'on est arrivé à ce que certains auteurs ont appelé le dépeçage du contrat, chaque élément du contrat avec des analyses subtiles finissant pas dépendre d'une loi différente. C'est pourquoi la jurisprudence, avec beaucoup de prudence, n'a jamais voulu s'engager dans cette voie de la distinction des règles impératives et des règles qui ne sont pas impératives; notamment le 12 Mai 1931 la chambre civile de la Cour de cassation a refusé d'entrer dans cette distinction, à propos d'un conflit entre le code civil et le droit local d'Alsace-Lorraine, sur l'art. 1184 (S. 1931. I. p. 122, note critique). Il s'agissait dans l'espèce de parties qui, volontairement, s'étaient placées sous l'empire de l'article 1184 du code civil, alors que le droit local d'Alsace-Lorraine n'admet pas le cumul entre le droit de résiliation du contrat et l'allocation de dommages et intérêts. On a prétendu que cette matière était une matière réglée impérativement par la loi et que l'art. 1184 avait le caractère impératif; la Cour de cassation n'a tenu compte que de la volonté des parties. (V. la note sous l'arrêt de ce point).

Telles sont les données générales de notre jurisprudence sur l'autonomie de la volonté. Le dernier des principes fondamentaux en vertu desquels s'applique en France la loi étrangère, est le principe du respect international des droits acquis.

Principe du respect international des droits acquis.

Le principe du respect des droits acquis, en droit interne, est la condition essentielle de la stabilité et de la sécurité sociales. Le droit obtenu par les intéressés, en France, sous l'empire de la loi française, et en conformité avec ses dispositions doit être nécessairement, obligatoirement, sanctionné.

Signification
de ce principe

par les tribunaux. C'est là une donnée absolument élémentaire. Un mariage formé en France, valablement passé, quant aux règles de fond, aux règles de forme et aux formalités extérieures, engendre et doit engendrer tous ses effets légaux, sous la sanction de nos tribunaux. Un contrat, valablement passé quant au fond et quant à la forme, valable quant à ses conditions d'existence et de validité, quant à toutes les conditions qu'il comporte, obligatoirement, doit engendrer tous ses effets sous la sanction des tribunaux français. En droit international, en principe, il doit en être de même, et il devrait en être de même. Pourquoi donc un mariage valablement passé quant aux règles de fond et quant aux règles de forme dans un pays étranger n'engendrerait-il pas, dans tous les pays sans exception, tous les effets légaux qu'il comporte, et sous la sanction de tous les tribunaux de tous les pays. De même un contrat valablement formé, quant au fond et quant à la forme, devrait également être respecté par tous et les tribunaux devraient prêter main forte à son exécution, au développement normal et juridique de ses effets. C'est bien en effet le principe. Le principe est que les droits acquis doivent être respectés aussi bien internationalement que nationalement. La formule du respect international des droits acquis se traduit donc par l'obligation pour les tribunaux d'un pays de sanctionner les effets juridiques légalement engendrés par des faits survenus ou des actes accomplis dans un autre pays, c'est-à-dire engendrés sous l'empire des lois de ce pays et en conformité avec elles.

Origine et développement.

Le principe est très ancien. On le retrouve déjà dans l'un des axiomes du jurisconsulte hollandais Huber, dans le troisième axiome, "Rectores imperiorum..". 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 tous lieux (c'est là le principe du respect des droits acquis), pourvu que ni les autres Etats ni leurs sujets n'en reçoivent aucune atteinte dans leur pouvoir ou dans leurs droits". Ceci vise notamment l'exception tirée de l'ordre public.

Cependant, bien que ce principe soit ancien, et qu'il ait été appliqué, non seulement par les tribunaux, mais par les intéressés eux-mêmes et sans discussion, qu'il ait été en quelque sorte dans l'atmosphère du D.I.P. depuis sa naissance, ce n'est qu'à une époque très récente que le principe a été doctrinalement dégagé et exposé. C'est dans les ouvrages fondamentaux de Pillet que le principe du respect international des droits acquis a été particulièrement

développé. Quoi qu'il en soit, c'est un principe acquis aujourd'hui dans notre jurisprudence et dans notre doctrine. Il en résulte la plupart du temps que, lorsqu'un droit a été ainsi obtenu légalement dans un pays étranger sous l'empire de la loi étrangère, lorsque les tribunaux en sanctionnent l'application sur notre territoire français, ils sanctionnent par conséquent l'application de la loi étrangère, puisqu'il s'agit d'un droit né sous une loi étrangère et qui peut être d'ailleurs différente de la loi française.

Application par la jurisprudence.

Si le principe a été reconnu par notre jurisprudence de bonne heure, il n'a été formulé en propres termes que de nos jours. Cependant il a été appliqué par la jurisprudence française dans des circonstances bien connues. L'exemple le plus souvent cité du respect des droits acquis par les étrangers en France est emprunté à une affaire qui fit grand bruit en 1860 (Chambre civile, 28 Février 1860, S. 1860. I. p. 210. D. 1860. I. p. 57). C'est sur les conclusions du procureur général Dupin que fut rendu cet arrêt qui marquait un revirement sur une question très importante dans la jurisprudence de la chambre civile de la Cour de Cassation. Il s'agissait de l'affaire Bulkley. La question était de savoir si en France, à une époque où le divorce était interdit, un étranger légalement divorcé dans son propre pays, pouvait se remarier. Le cas était le suivant : il s'agissait d'une Anglaise légalement divorcée en Angleterre et la question était de savoir si une Anglaise légalement divorcée en Angleterre pouvait, en France, contracter une union valable. Pendant un certain temps, les tribunaux français s'y étaient refusés ; le revirement fut marqué sous l'influence de Dupin et de M. le Président Troplong par l'arrêt de 1860. Voici quel était l'attendu principal : "Attendu que c'est par les lois de son pays, par les faits accomplis dans ce pays conformément à ces lois, que doit être appréciée la capacité de l'étranger pour contracter mariage en France, que l'étranger, dont le premier mariage a été légalement dissous dans son pays, a acquis définitivement sa liberté et porte avec lui cette liberté partout où il lui plaira de résider."

Plus récemment, dans l'affaire du mariage du prince de Wrède en Allemagne, (Chambre civile cour de cassation, 9 Mai 1900 S. 1901. I. 185). Le tribunal supérieur de Munich ayant prononcé l'annulation du mariage, la Cour de Cassation décida : "Attendu que la capacité de l'étranger en pareille matière étant régie par son statut personnel, la liberté qu'il a acquise de se remarier par suite de l'annulation de son premier mariage, le suit en France, et que le fait ju-

La formule se trouve dans les décisions récentes.

ridique qui la lui a rendue ne saurait être méconnu". Voilà le principe tel qu'il a été recueilli d'assez bonne heure par la Cour de cassation.

La formule des droits acquis se retrouve aujourd'hui dans des décisions judiciaires. Voici deux décisions récentes où on la retrouve. 1er exemple : cour de Besançon, 28 Juillet 1930, Revue de D.I.P., 1931, p. 127. Il s'agissait de deux citoyens suisses, mariés en Suisse, sans contrat. On a fait intervenir plus ou moins inutilement le principe de l'autonomie de la volonté. Ces deux Suisses mariés dans leur propre pays sans contrat devaient par le principe des droits acquis, et en dehors de toute question de conflit de lois, être soumis au régime matrimonial de droit commun, de même que deux Français se mariant sans contrat en France sous soumis ipso jure au régime de la communauté légale. La Cour de Cassation a jugé d'une manière formelle que le régime matrimonial suisse leur était applicable et qu'à la liquidation de leurs biens, devaient être appliquées, nonobstant le domicile et le divorce en France, les règles de liquidation du régime matrimonial suisse, et ceci en vertu du respect des droits acquis : "Attendu que c'est au régime matrimonial suisse que les époux doivent être soumis, parce que à l'époque de leur mariage aucun autre régime ne pouvait avoir le moindre titre à les régir, que dès ce moment ils avaient un droit acquis, que les circonstances postérieures, et notamment leur établissement en France, où ils ont leur domicile et où se trouve le centre de leurs affaires, ne pouvait modifier un droit acquis". Voilà un premier arrêt qui tient compte des droits acquis.

En voici un autre, de la Cour de Cassation. Dans ce cas, on applique la loi française; ce n'est plus un cas d'application de la loi étrangère, mais le principe des droits acquis est reconnu. (Cassation 28 Juin 1932, S. 1933. I. p. 241). Il s'agissait, dans l'espèce, de savoir si une personne qui avait perdu la nationalité française pour acquérir la nationalité anglaise par mariage pouvait avoir un droit acquis à exercer une recherche de paternité dans les termes de la loi française. La recherche de paternité est interdite en Angleterre, avec les fins de la loi française. Si s'agissait de savoir si l'ex-Française, anglaise par son mariage, conservait cependant le droit acquis à exercer la recherche de paternité. C'est ce qu'a jugé la chambre civile dans l'arrêt du 8 Juin 1932 : "Attendu que le Français devenant étranger, s'il est désormais régi par la nouvelle loi nationale

en ce qui concerne l'état et la capacité, demeure au moins recevable à exhiber des droits acquis par lui en vertu de la loi française, avant son changement de nationalité". Ainsi, bien qu'on ait jugé que l'état et la capacité de l'Anglais étaient désormais régis, en vertu de sa naturalisation, par la loi anglaise, aux yeux de la loi Française tout au moins, l'ex-Français ou l'ex-Française devenant étranger ne conserve pas moins le droit acquis à la recherche de paternité. Cette solution est d'autant plus importante qu'elle est en contradiction avec toute une série de décisions considérables rendues par les tribunaux Français et en tête desquelles celles de la chambre civile de la cour de cassation, à la suite de changement de nationalité en matière de divorce et de séparation de corps.

L'arrêt le plus retentissant en la matière et qui figure parmi les 4 ou 5 espèces de D.I. vraiment classiques en France, est l'arrêt Ferrari, ou plutôt les deux arrêts Ferrari, chambre civile de la cour de cassation : du 6 Juillet 1922. D. 1922. p. 137 S. 1923. I. p. 5. (V. dans ces deux recueils le rapport de M. Le Conseiller Ambroise Colin, qui créa cette jurisprudence), et du 14 Mars 1928, S. 1928. I. p. 92. D. HEB. p. 253. L'espèce était la suivante : En 1893, un mariage était survenu entre le marquis de Ferrari sujet italien et une Française, Mlle Génouillet qui était devenue ainsi italienne par son mariage. La loi italienne, par une tradition constante, refuse de consacrer l'institution du divorce; elle connaît une séparation de corps, et même elle connaît une institution, qui est inconnue en France, la séparation de corps conventionnelle, c'est-à-dire non la séparation judiciaire, mais la séparation par la volonté des parties, sans forme judiciaire, simplement homologuée par la justice. Or il se trouve précisément que les époux en 1899 avaient passé une séparation de corps conventionnelle homologuée par le tribunal de Gênes. Mme de Ferrari, un peu avant la guerre, en 1913, se fit réintégrer dans la nationalité française et au cours de la guerre demanda, - tribunal civil de Lyon, 1916, - la conversion de sa séparation de corps en divorce, conformément à la loi française, celle qu'il avait obtenu, mais la Cour de cassation cassa les décisions du Tribunal et de la Cour de Lyon, le 6 Juillet 1922, parce que - et c'est là la nuance - il s'agissait d'une séparation de corps conventionnelle, et notre droit français ne connaît pas la séparation de corps conventionnelle. Il aurait fallu après la cour de cassation une séparation de corps

judiciaire pour permettre la conversion en divorce. Mais dans les attendus de la cour de Cassation, ce n'est pas dit expressément. Cependant les motifs laissent entendre que l'état et la capacité de Mme de Ferrari étant désormais régis par la loi française, c'est en contradiction avec l'arrêt de 1932. Madame de Ferrari pouvait puiser dans la législation française le droit de demander la séparation de corps judiciaire ou le divorce. Si bien qu'à la suite de cet arrêt, Mme de Ferrari demanda le divorce et sollicita une enquête afin de démontrer qu'elle avait droit au divorce pour injure grave. La question se posa donc de savoir si l'enquête était recevable. La Cour de cassation sollicitée par le marquis de Ferrari d'intervenir sur la question rendit le 14 Mars 1928 un arrêt sanctionnant la jurisprudence du tribunal de Lyon repoussant le pourvoi contre les deux arrêts de Lyon : "Attendu que l'arrêt attaqué a déclaré à bon droit l'action en divorce recevable, les lois françaises sur l'état et la capacité des personnes régissant le Français qui recouvre sa qualité comme ceux qui ne l'ont jamais perdue..."

Cette jurisprudence de la Cour de Cassation a été de nouveau confirmée dans un autre arrêt important, rendu à propos de l'affaire Giglio (Cass. Civ. 7 Mai 1928 D. 1929. I. p. 65. S. 1929. I. p. 9 avec la note critique de M. Niboyet). En effet, il semblerait que le respect soit dû aux conséquences du mariage passé sous l'empire de la loi italienne. Si le mariage est régi par une loi donnée, celle-ci devrait continuer à le régir tant que les deux époux n'ont pas cessé de lui être soumis.

Il y a, en outre, d'autres décisions pour les mariages italiens comme pour des mariages d'autres nationalités, notamment celle relative à l'affaire Stewart. Dans cette affaire, la femme avait recouvré la nationalité française, comme dans l'affaire Ferrari, et elle a obtenu de demander la séparation de corps pour injure grave, en vertu de la loi française.

Tel est le principe du respect international des droits acquis. Il comporte certaines limitations, en vertu de la jurisprudence, qu'il convient d'analyser maintenant et qui limite l'application de la loi étrangère en territoire français.

Pour terminer l'étude de la jurisprudence française en matière de conflit de lois, il convient maintenant d'examiner le troisième groupe d'arrêts, ceux qui dégagent des principes restrictifs, des principes ayant pour effet de limiter en France l'application de la loi étrangère, qui aurait pu être désignée comme compétente, en vertu notamment des règles d'exten-

Troisième
groupe d'arrêts
qui limitent
en France l'ap-
plication de la
loi étrangère.

sion, qui ont déjà été examinées.

A cet égard, les quatre principes suivants seront étudiés :

- 1°/ Le principe de l'ordre public,
- 2°/ - - - l'intérêt national ou de l'intérêt général.
- 3°/ - - - la fraude à la loi.
- 4°/ - - - la révision en matière d'ex quatur.

1°- Principe de l'ordre public.

Précision de l'expression : ordre public, sans l'additif : international.

M. Lévy-Ullmann emploie l'expression : ordre public, sans y ajouter le terme que beaucoup d'auteurs jusqu'à une certaine époque ont pris coutume d'y ajouter, le terme international. Ce qui fait qu'il y a lieu d'hésiter à adopter cette addition, c'est que la plupart des auteurs lui donnent un sens différent : les uns l'emploient comme désignant une catégorie spéciale d'ordre public, qui s'opposerait à l'ordre public interne, les autres, au contraire, emploient l'expression, ordre public international, comme synonyme de l'ordre public interne, mais l'emploient simplement pour désigner l'ordre public interne, dans la mesure où il entraîne des conséquences dans la matière du conflit des lois, et plus particulièrement en écartant l'application des lois étrangères. Ce sont là des sens variés de l'expression, et à raison de la confusion qui s'y attache, il est préférable, comme le fait la jurisprudence, d'employer l'expression d'ordre public tout court.

A l'heure actuelle, le moyen tiré de l'ordre public présente une importance exceptionnelle. On peut dire que ce moyen est devenu dans le D.I.P. l'équivalent de ce qu'a pu être dans le droit romain l'exception de dol. C'est l'exceptio generalis par excellence, c'est le moyen classique le plus énergique, le plus efficace, pour repousser, lorsque son intervention est justifiée, l'application du droit étranger sur notre territoire. Ce moyen a fourni la matière de très nombreuses études doctrinales, notamment les études classiques de Pillet et de M. Bartin.

L'origine du moyen tiré du principe de l'ordre public est récente. On a vu, à propos de la discussion de l'article 3, lors de la confection du code civil, que l'on pouvait rattacher le premier paragraphe de l'article 3 à certains passages du Président Bouvier; d'autre part, que l'expression, ordre public, s'était trouvée dans la bouche d'un certain nombre d'auteurs du code civil. Mais il n'est pas dit que ce moyen d'

Origine récente du moyen tiré du principe de l'ordre public :

ordre public se confond avec les lois de police et de sûreté, dont parle l'article 3. Tandis que la jurisprudence, dans quelques arrêts, a une tendance à assimiler les deux moyens, principe de la territorialité des lois de police et de sûreté et principe de l'ordre public, les auteurs pour la plupart protestent contre cette confusion estimant qu'il s'agit d'un principe différent reposant sur des bases différentes. Comme l'a très bien montré Lainé, dans son Introduction au D.I.P. (tome II. p. 195) la notion d'ordre public s'est formée au XIX^e siècle, avec le sentiment des nationalités. C'est une des manifestations du développement du principe des nationalités. Ainsi, donc, l'origine en est récente.

La doctrine en est récente également; elle fait ressortir la portée de ce moyen et son caractère. La portée du moyen tiré de l'ordre public, peut être de deux sortes : c'est ce que les auteurs appellent, d'une terminologie qui, là aussi, varie suivant de l'un à l'autre, l'effet négatif et l'effet positif de l'ordre public.

Le principe de l'ordre public a pour premier effet d'écartier l'application de la loi étrangère dans des cas où, d'après les règles du conflit des lois, d'après les règles de rattachement, elle serait normalement compétente. Voilà l'effet négatif : la loi étrangère ne s'applique pas.

Quant à l'effet positif, qui est le second effet, engendré par le moyen d'ordre public, il demande à être analysé d'un peu près. Évidemment, lorsqu'on écarte l'application de la loi étrangère, c'est la loi française qui s'impose. Par conséquent, derrière tout effet négatif, en matière d'ordre public, il y a l'effet positif. L'effet négatif consiste à écarter l'application de la loi étrangère, l'effet positif consiste à y substituer l'application de la loi française, mais cet effet positif peut avoir des conséquences plus énergiques encore.

Non seulement la loi française peut être imposée, parce que la loi étrangère est écartée, mais même il peut arriver que la loi française s'impose de telle sorte qu'elle écarte même la loi étrangère sur des points où elle aurait dû être normalement compétente, même en présence du principe d'ordre public. Par exemple, dans une matière touchant au statut personnel, lorsque non seulement la loi étrangère est écartée pour imposer une règle de la loi française, mais encore lorsque la loi française impose à un individu un principe de statut personnel qui ne serait pas le sien. On verra dans quelques décisions judiciaires cet effet positif renforcé. Voilà pourquoi les auteurs par-

Examen par la doctrine de la portée et du caractère du moyen.

Portée : effet négatif et positif.

lent d'effet absolu et d'effet relatif, d'effet positif absolu et d'effet positif relatif, d'effet d'ordre public absolu et d'effet d'ordre public relatif. On verra, ici encore, que la jurisprudence n'est pas entrée, tout au moins par la terminologie, dans cette distinction. Il fallait cependant la connaître, eu égard à l'importance qu'elle prend dans certains ouvrages et chez certains auteurs.

De même, -on le verra dans les arrêts -, les auteurs insistent sur un caractère particulier du moyen d'ordre public : c'est sa variabilité. En effet suivant les époques, suivant les moments où un procès est intenté, telle règle de droit français à laquelle les tribunaux avaient attaché la sanction d'ordre public pour l'imposer à la place de la règle de la loi étrangère, a été modifiée par le législateur. Cette modification dans notre législation a entraîné nécessairement une conséquence diamétrale opposée puisque l'ancienne règle remplacée par une nouvelle a fait varier en la matière la conception que l'on pouvait avoir de la règle française par rapport à l'ordre social français. On verra en matière de divorce de légitimation, de recherche de paternité, les modifications survenues dans la législation française sur ces trois importantes matières. Elles ont eu pour effet de faire varier la conception de l'ordre public relativement à ces matières, et c'est pourquoi l'on parle de la variabilité de l'ordre public. A travers les arrêts qui seront analysés, les expressions effet négatif et effet positif, et variabilité, seront employés à titre d'exemple.

Il convient de remarquer enfin que ce principe, sous des noms différents, n'est pas spécial au droit français. On verra, par quelques exemples, que dans la plupart des pays, sous des vocables divers, sous des formes variées, le moyen se rencontre. Il est naturel, il ressort de la législation et de la jurisprudence dans tous les pays. Il est en effet rationnel que des règles inspirées en France par les nécessités sociales l'emportent, malgré le désir que l'on puisse avoir d'assurer à des principes juridiques traditionnels dégagés par la jurisprudence un effet sur notre territoire. Il est rationnel, il est conforme à l'ordre social de limiter en ces matières l'application en France des lois étrangères. Toute la question est de savoir quelle est la portée, que l'on donnera à ce moyen, qui, si on l'exagérait, pourrait être appliqué dans toutes les matières et conduire à des conséquences choquantes. On pourrait dire

Caractère de variabilité.

Il n'est pas spécial au droit français.

toujours qu'une règle de droit français est d'ordre public, et on aboutirait alors à abolir radicalement tous les principes jurisprudentiels dont l'effet est d'assurer en France l'application des lois étrangères, et ce serait retourner à la territorialité complète. C'est donc une question de limite, la jurisprudence se refusant à établir un principe, une règle stricte, permettant de discriminer les cas où il y a et où il n'y a pas l'ordre public en cause.

Exposé de l'arrêt fondamental en cette matière.

L'arrêt fondamental en cette matière est relativement récent. C'est un arrêt de la chambre des Requêtes de la Cour de Cassation, du 21 Avril 1931 (D. 1931. I. p. 52. S. 1931. I. p. 377 avec un rapport du conseiller rapporteur, M. Pilon). C'est une affaire relative à un procès colonial, qui se passait en Indochine, et qui mettait en jeu le point de savoir dans quelle mesure il fallait attacher l'effet d'ordre public à une règle du Code civil français (art. 344 du code civil) en matière d'adoption. Les parties étaient d'origine hindoue et portaient des noms hindous. C'est l'affaire Bonoucanamal contre Nadimoutoupou. Il s'agissait de savoir si, conformément à la loi hindoue, une personne adoptée par le de cujus, alors que le de cujus avait des enfants légitimes, pouvait valablement réclamer dans l'hérité sur des immeubles sis en Indochine la part revenant à un enfant légitime. La question était complexe. Il s'agissait tout d'abord de savoir - c'est un point qui ne sera pas examiné ici - si on allait faire jouer le statut réel ou le statut personnel; mais ce qui nous intéresse, c'est qu'on mettait en jeu le point de savoir si la règle de l'article 344 du code civil, applicable par hypothèse puisqu'il s'agissait d'immeubles soumis à la loi française, devait être considérée comme un principe d'ordre public, l'article 344 prohibant l'adoption, lorsque l'adoptant a un ou plusieurs enfants légitimes vivants. La Cour de cassation s'est prononcée en faveur de l'acceptation en cette matière de l'intervention du principe d'ordre public, estimant que l'adoption survenue du vivant d'un enfant légitime était contraire à l'article 344, lequel contenait une disposition d'ordre public. L'arrêt déclare expressément "qu'une telle adoption est en effet contraire aux prescriptions de l'article 344 du code civil, lequel concernant l'état des personnes intéresse l'ordre public". Voilà donc l'expression dans un arrêt récent et très important, et le principe adopté par la Cour de cassation. Le principe d'ailleurs est affirmé d'une manière expresse dans le rapport du conseiller (V. au Dalloz P. 55 et p. 56).

En affirmant le principe d'ordre public et en

lant de l'arrêt. L'appliquant à l'espèce, on peut faire les remarques suivantes. D'abord, le conseiller rapporteur repousse expressément le qualificatif international, estimant que, eu égard à ce que les auteurs emploient ce qualificatif en sens divers, il n'en peut résulter que de la confusion. De même, le conseiller rapporteur repousse toutes les autres distinctions, notamment les distinctions entre l'ordre public absolu et l'ordre public relatif. Il a engagé la cour suprême, qui s'est rangée à ses vues, à ne point se laisser perdre dans ce qu'il appelait "des sables mouvants", et il a été jusqu'à comparer la distinction entre l'ordre public absolu et l'ordre public relatif, aux distinctions subtiles de l'école de Bologne entre les statuts favorables et les statuts odieux. D'autre part, le conseiller rapporteur s'est refusé à formuler un critérium, une définition de l'ordre public. En effet, la définition de l'ordre public est très variée dans les livres de doctrine. Elle dépend essentiellement du système adopté à la base du conflit des lois par chacun des auteurs. On examinera tout prochainement les systèmes soutenus en France, et suivant que l'on adopte tel ou tel système, on est conduit à formuler, relativement à l'ordre public, une définition d'un caractère différent. Comme l'a montré le conseiller rapporteur, il y a l'ordre public selon Weiss, l'ordre public selon Pillet, l'ordre public selon M. Bartin, et c'est pourquoi il a prié la Cour de cassation de ne point formuler à cet égard d'autre expression que celle d'ordre public.

Enfin, il est à remarquer que la Cour de cassation dans l'espèce a poussé très loin les conséquences de la notion d'ordre public, car si l'on examine l'espèce dans laquelle l'arrêt est intervenu, on s'aperçoit que la cour de cassation a tenu pour non avue une adoption qui avait eu lieu antérieurement, et légalement, en pays hindou, sous l'empire de la loi compétente, la loi hindoue, et conformément à cette loi. C'était donc une adoption, non pas à réaliser sur l'empire de la loi française, mais une adoption régulièrement passée sous l'empire de la loi personnelle qui était la loi hindoue. Autrement dit, la cour de cassation a fait brèche, en la matière, à un principe déjà étudié, le principe des droits acquis, et c'est là un des premiers exemples de la limitation apportée par le moyen de l'ordre public aux divers principes qui ont été étudiés et qui devaient assurer en France l'application de la loi étrangère.

Tel est l'arrêt fondamental de la cour de cassation. Il en résulte, comme le conseiller l'a encore

spécifié, que c'est une question à examiner cas par cas, espèce par espèce, que, la jurisprudence se refusant à formuler un criterium général permettant de distinguer à priori le cas où l'ordre public est intéressé et celui où il ne l'est pas, la conséquence en est que l'on doit examiner les matières espèces par espèces, matières par matière, et que c'est dans chaque cas particulier, eu égard au caractère de chaque règle du droit français, que l'on peut dire si cette règle est d'ordre public ou si elle ne l'est pas. Cela impose donc pour l'étude de la matière de l'ordre public, dans la jurisprudence comme dans la doctrine, un travail très minutieux et considérable, dans le détail duquel il est difficile de s'engager. M. Lévy-Ullmann se bornera à montrer quelles ont été en matière de rapports de famille ou encore de succession et de contrat, les principales applications faites par la jurisprudence du principe d'ordre public; seuls, seront cités, les arrêts les plus importants, ceux qu'il faut connaître.

Etude des principales applications :

1) en matière de rapports de famille.

Quant au mariage.

Prenons d'abord, dans les rapports de famille, la question où le problème de l'ordre public s'est posé le plus fréquemment et de la façon la plus retentissante, la matière du mariage et celle du divorce. En ce qui concerne le mariage, il est des principes, auxquels le législateur français a paru très attaché et que la jurisprudence a sanctionnés par le moyen de l'ordre public. La formalité du mariage présente en France un double caractère, de sécularisation et de solennité, auquel la jurisprudence française a attaché le caractère d'ordre public. Il en a été ainsi notamment du principe de sécularisation du mariage. Le mariage est un acte d'état civil. En France, le mariage religieux coïncide avec le mariage civil dans les usages. Aux yeux de la loi, le mariage civil est le seul qui engendre des effets civils. Ce principe entraîne en conflit avec le principe contraire adopté dans certains pays, soit des pays où le mariage religieux coexiste avec le mariage civil, soit même des pays où le mariage est essentiellement religieux, où il n'existe pas de mariage civil et où le mariage n'a aucune existence valable s'il n'a pas été consacré par l'autorité religieuse. Il en est ainsi notamment dans les pays d'Orient, où certaines confessions ont conservé, de par le statut personnel, le mariage religieux comme base de la famille. La question s'est très fréquemment posée devant les tribunaux français de savoir quelle pourrait être la validité du mariage passé en France sous la forme religieuse et exclusivement religieuse

Affaire Abramovitch.

La sécularisation du mariage est d'ordre public : deux aspects de ce principe.

par des ressortissants d'un pays où le mariage religieux seul est requis, et on s'est même demandé quelle pourrait être la valeur d'un mariage français passé devant l'autorité civile et sans intervention ultérieure même d'une cérémonie religieuse, pour deux ressortissants d'un de ces pays qui exigent la formalité religieuse. Il y a eu de très nombreux arrêts. L'un des derniers arrêts est un arrêt rendu par la Cour de Paris, 1ère chambre, le 17 Novembre 1922 (D. 1923 II. p. 59. S. 1924. II. p. 65). C'est l'affaire Abramovitch. Il s'agissait dans l'espèce, qui intéresse à la fois le statut personnel et la règle locus regit actum, du cas de deux personnes de nationalité serbe. Le mariage, à cette époque, devait être, en Serbie, passé exclusivement sous la forme religieuse, et ces deux ressortissants serbes avaient passé en France mariage exclusivement civil. La validité du mariage fut attaquée par la femme, qui plaida la nullité du mariage, parce que contracté contrairement aux principes du statut personnel de la loi serbe. La cour de Paris lui donna tort. Elle maintint la validité du mariage civil passé en France par ces deux ressortissants, malgré les principes de la loi du statut personnel, et conformément au principe alors absolu de règle locus regit actum. Deux motifs ont été donnés par la Cour : en premier lieu : "l'application de la loi serbe conduirait à reconnaître que seul le mariage religieux serait valable entre Serbes en France à l'exclusion du mariage civil, ce qui serait contraire l'ordre public français". Voilà le moyen d'ordre public qui apparaît à la base de cette règle de la sécularisation du mariage. D'autre part, "que 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". La Cour de Paris n'assimile donc pas complètement le moyen d'ordre public à celui tiré de l'article 3, puisqu'elle les emploie couramment. Il en résulte, aux termes de cet arrêt, et de toute la jurisprudence ultérieure, avec des alternatives, mais qui finalement s'était fixée dans ce sens, que 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. Ce sont encore les termes mêmes de l'arrêt. Tel est le premier aspect du principe.

Inversement, la jurisprudence a refusé de reconnaître pour valable le mariage simplement religieux passé en territoire français conformément cependant à leur loi nationale par les étrangers. L'arrêt de

la cour de Paris du 17 Mai 1902, que l'on retrouvera à propos du divorce (S. 1906. I. p. 161) dispose que le principe de sécularisation du mariage est d'ordre public.

la règle de la
solemnité du
mariage est d'
ordre public.

Il en est de même de la solennité du mariage, qui doit être en principe passé devant l'officier de l'état civil français. On a vu à propos des articles I70 et I71 que, en ce qui concerne les Français à l'étranger, on avait réservé la possibilité d'intervention des autorités diplomatiques, des consuls et des ambassades, pour célébrer dans certains cas le mariage de Français à l'étranger. Par réciprocité, on a admis également les étrangers à contracter mariage en France devant leurs autorités diplomatiques, à la condition - affaire Basiliadis - que le mariage soit véritablement passé devant les autorités et au lieu où les mariages doivent être célébrés. La jurisprudence n'a pas admis la validité du mariage diplomatique en France, quand l'un des conjoints est Français, et l'ordre public en ce cas intervient pour interdire la validité du mariage. Il en a été jugé ainsi dans une affaire soumise à la cour de cassation le 30 Juillet 1900 (D. 1901. I. p. 317.S. 1902. I. p. 225) au sujet d'une Française qui avait épousé en France un Anglais devant le consul britannique de Nantes. Il a été décidé que le mariage était sans valeur. C'est même un des cas où la jurisprudence a parlé de mariage inexistant. Le mariage était inexistant, parce qu'il n'avait pas été célébré devant l'officier public compétent. Ainsi est sanctionnée par le moyen d'ordre public la règle de la solennité du mariage comme la règle de la sécularisation.

Mais la juris-prudence ne donne aux principes de sécularisation et de solennité un effet extra-territorial.

Mais il ne faut pas croire que notre jurisprudence a été jusqu'à donner au principe de sécularisation ou même de solennité du mariage un effet extra-territorial tel qu'elle impose aux tribunaux l'obligation de ne pas reconnaître pour valables les mariages régulièrement passés à l'étranger devant l'autorité religieuse exclusivement. Sur ce point, de très nombreuses décisions, très importantes et très connues, ont, devant les tribunaux, consacré la validité, en vertu des principes, de la règle locus regit actum et du principe des droits acquis, du mariage régulièrement passé à l'étranger dans les formes que prescrivait la loi compétente sous l'empire de laquelle le mariage a été célébré.

Il en a été d'abord ainsi des mariages exclusivement religieux célébrés à l'étranger. De quelque rite religieux qu'il s'agisse, la cour de cassation et les tribunaux inférieurs ont toujours proclamé la validité du mariage religieux passé entre ressortissants d'un

pays, où la loi impose ou autorise légalement ce mariage, et conformément à cette loi. C'est ainsi qu'il a été jugé récemment par la cour de cassation, qu'un mariage canonique régulièrement contracté en Espagne entre personnes de la religion catholique conformément aux formalités de la loi religieuse était valable (Cassation, chambre des requêtes, 31 Janvier 1927. S. 1927. I. p. 143, affaire d'Ardiglon). De même, un récent jugement du tribunal civil de la Seine, 1ère chambre, 11 mai 1933 (Revue Critique de droit international, 1934. p. 129) : il s'agissait d'un mariage valablement passé en Argentine, entre catholiques romains, conformément à l'article 167 du code civil argentin. Autre exemple : validité du mariage religieux contracté par deux russes orthodoxes en Yougo-Slavie, devant un prêtre russe orthodoxe compétent (tribunal civil de la Seine, 1ère chambre, 2 Juin 1930, Revue de D.I.P. 1930. p. 456). Enfin, pour le mariage entre ressortissants de la religion musulmane, un mariage contracté en Tunisie entre un naturalisé Français et une tunisienne, alors que le droit local valide le mariage par simple bénédiction religieuse (Cour d'Alger, 3 Février 1930, 31 Mars 1930, affaire Ali-soiri). Voilà les décisions récentes de la jurisprudence concernant le mariage religieux. On voit que le principe de sécularisation du mariage n'empêche pas la jurisprudence française de reconnaître la validité du mariage religieux régulièrement passé conformément au principe de la règle locus regit actum et du respect des droits acquis dans un pays qui comporte cette règle.

De même, en ce qui concerne le principe de la solennité du mariage, la jurisprudence française a admis, à maintes reprises, la validité de certaines unions contractées dans des pays qui ne connaissent pas le principe de la solennité du mariage. Il en a été ainsi de mariages passés au milieu du XIXème siècle dans les Etats-Unis d'Amérique, qui, conformément au principe de liberté proclamé lors de l'Indépendance des Etats-Unis, avaient dans certains Etats donné au mariage un statut de liberté particulièrement élargi. Dans les Etats de la Nouvelle Angleterre, notamment à New-York, les mariages se faisaient solo consensu, le mariage était consensuel, ou encore, comme à Rome, se consacrait par la communauté de vie et la réputation. La cour de cassation a été à plusieurs reprises, au milieu du XIXème siècle, appelée à statuer sur la validité de mariages contractés sous cette forme simplifiée et elle les a sanctionnés. Elle a considéré qu'il y avait là un respect

des droits acquis, un respect de la forme extérieure admise dans les pays qui l'avaient sanctionnés, notamment pour des mariages passés à Philadelphie (Cassation, chambre des requêtes, 20 Décembre 1841, S. 1842. I. p. 321). Il en est de même pour l'affaire de la succession de la duchesse de Plaisance, (cas. 13 Janvier 1857. S. 1857. I. p. 81 D. 1857. I. p. 106). Enfin pour des mariages passés à New-York, il y a eu de très nombreux arrêts, décidant que le mariage était considéré comme accompli dès que sont réunies les deux conditions de cohabitation et de réputation, (Cour de Paris, 30 Janvier 1873, S. 1873. II. p. 177 D. 1873. II. p. 59, et plus récemment, Tribunal de la Seine, 1ère chambre 7 Janvier 1924, Revue de D.I.P. 1925. p. 226). Voilà en ce qui concerne la formalité du mariage.

Quid pour les effets du mariage : au cas de puissance maritale, on reconnaît un effet absolu à l'ordre public.

Pour ce qui regarde les effets du mariage, deux questions ont attiré l'attention des tribunaux. C'est le point de savoir s'il fallait considérer comme d'ordre public la puissance maritale et l'incapacité de la femme mariée. En ce qui concerne la puissance maritale, une décision, qui a fait grand bruit, a été rendue récemment par la 3ème chambre du tribunal civil de la Seine, 8 Avril 1930 (Revue de D.I.P. 1930, p. 461 et suivantes, avec les conclusions du ministère public). C'est l'affaire qui mettait en présence les époux Nelson-Morris de Chicago et un directeur de Music-Hall, qui a trouvé la mort dans des circonstances encore inexpliquées. La personne intéressée dans l'affaire était l'épouse de M. Nelson-Morris de Chicago, une Française, qui, bien entendu, avait un nom de théâtre, et qui était restée Française malgré son mariage avec le citoyen des Etats-Unis. La loi américaine de cette époque, comme d'ailleurs notre loi française de 1927, n'imposait pas à la femme étrangère la nationalité américaine. La femme était donc restée française, le mari était sous le statut personnel américain. La femme ayant suivi son mari en Amérique revint en France au bout d'un certain temps pour reprendre son ancien métier, malgré l'interdiction du mari, qui alors, pour l'empêcher de reparater au théâtre, intenta une action, et notamment une action en dommages et intérêts contre le directeur du théâtre. Il invoquait les principes de la puissance maritale, les articles du code civil français 217 et 213, alors que les règles contenues dans ces articles sur l'état des personnes n'existent pas en Amérique. Le procès fut plaidé avec beaucoup de réclame et le résultat fut que si l'article 217 fut laissé de côté, au contraire, sur le fondement de l'article 213, reconnu comme application de l'article 3 du

code civil et en même temps comme dominé par le principe de l'ordre public, on considéra que la femme n'avait pas le droit, en présence de l'interdiction formulée par son mari, de paraître sur la scène d'un théâtre. La puissance maritale s'y opposait. Voici comment le tribunal avait motivé cette règle : "Attendu d'une part que le devoir d'obéissance de la femme à l'égard de son mari rentre dans la catégorie que l'article 3 du code civil dénommée lois de police et de sûreté, dont l'observation s'impose à tous ceux qui habitent le territoire", et la décision ajoute : "Attendu que Mme Morizs était restée Française malgré son mariage avec un ressortissant étranger". Voilà le premier attentu. Il est dit aussi : "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 d'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. 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 grave atteinte, non seulement à l'autorité personnelle de M. Morris sur sa femme, mais encore à celle de tous les maris français". Cette espèce montre bien l'effet positif du moyen d'ordre public. C'est l'espèce qui le montre de la manière la plus frappante : non seulement le principe de la loi américaine est écarté, puisque la loi américaine ne connaît pas la règle de subordination de la femme au mari, mais encore d'une façon positive on fait bénéficier le mari américain, dont le statut personnel ne connaît pas le bénéfice de la puissance maritale, d'un principe que son statut personnel ne comportait pas. C'est là le principe de l'effet absolu de l'ordre public.

Quant à l'incapacité de la femme mariée, il n'y a plus de doute; à cet égard, une récente décision du tribunal civil de Thonon rendue le 8 Décembre 1933 (D. Heb. 1934. p. I44), dispose que la femme mariée suisse qui est capable de par la loi suisse, reste capable en France et peut s'obliger valablement : "Attendu que le droit suisse reconnaît à la femme ma-

L'incapacité
de la femme ma-
riée ne met pas
en jeu l'ordre
public.

riée suisse la pleine capacité civile, attendu qu'à ce titre elle est capable d'acquérir, de s'obliger d'accomplir tous les actes juridiques, qu'elle peut par conséquent signer valablement des reconnaissances de dettes". Par conséquent, sur ce point, la jurisprudence dans cette dernière décision n'a pas fait intervenir la notion d'ordre public.

En matière de divorce.

A
Le droit au divorce.

Un étranger, dont le statut prohibe le divorce, ne peut divorcer en France.

Quid au cas où le statut de l'étranger admet le divorce?

La limitation des causes de divorce est

Dans la matière du divorce, la notion d'ordre public a été fréquemment invoquée devant les tribunaux. Tout d'abord, en ce qui concerne ce que l'on appelle le droit au divorce, la possibilité pour des étrangers de divorcer en France. Antérieurement à la loi de 1884, eu égard à la prohibition du divorce, la question était considérée comme d'ordre public, et les étrangers ne pouvaient divorcer en France. On a déjà vu que jusqu'en 1860, contrairement au principe des droits acquis, un étranger régulièrement divorcé dans son pays, ne pouvait se remarier en France. Depuis le rétablissement du divorce, depuis la loi de 1883, cette règle a disparu, mais le divorce tout en étant admis aujourd'hui, amène à se poser quelques questions relatives au droit du divorce.

Il y a d'abord la question de savoir si un étranger, dont le statut prohibe le divorce, peut divorcer en France. Sur ce point, la Chambre civile et la chambre des requêtes de la cour de cassation sont formelles : un étranger, dont le statut personnel ne permet pas le divorce, ne pourra pas, en France, invoquer le droit au divorce. Une personne de nationalité italienne - l'Italie prohibant le divorce - ne pourra divorcer en France. Ceci a été jugé, non pas pour des Italiens, mais pour d'autres cas (Cour de cassation, chambre civile, 30 Octobre 1905, D. 1906. I. p. 35). Antérieurement, l'arrêt classique sur la question est un arrêt de la chambre des requêtes du 12 Février 1885 (D. 1886. I. p. 377). Donc, sur ce point, la loi étrangère s'applique.

Mais vient alors, le droit au divorce étant admis pour un étranger par sa loi nationale, la double question de savoir si l'étranger peut divorcer en France pour des causes autres que celles qui sont admises par la loi française, et d'autre part, si, - la loi française connaissant des causes de divorce que ne connaît pas le statut personnel de l'étranger - l'étranger peut invoquer ces causes en France.

Sur la première question, il n'y a guère de jurisprudence. Les quelques décisions que l'on cite sur ce point sont peu précises, mais la doctrine est formelle. On attache en doctrine l'idée d'ordre public à la limitation des causes de divorce. L'énumération est limitative. On ne concevrait pas, par exemple, que

d'ordre public. deux belges viennent en France demander à divorcer par consentement mutuel, la Belgique ayant conservé le divorce par consentement mutuel du code Napoléon. C'est là une opinion très ancrée dans la doctrine. Que soit le statut personnel de l'étranger, les causes de divorce qu'il pourra invoquer ne peuvent être des causes qui ne figurent pas dans le code civil.

Mais, à l'inverse, est-ce qu'un étranger, dont le statut personnel autorise le divorce, mais pour des causes d'une limitation plus stricte que celles de l'énumération du code civil, pourra invoquer l'une des causes françaises de divorce ou de séparation, qui ne figure pas dans sa loi nationale ? On a rencontré cette question dès le début du cours dans l'arrêt de la 6ème chambre de la Cour de Paris, rendu le 1er mars 1933 (affaire Stewart) et qui n'admet pas qu'un Anglais puisse invoquer en France l'injure grave comme cause de divorce. La notion d'injure grave est, en effet, une notion inconnue du droit anglais. Antérieurement à l'arrêt de Paris, il y avait eu également un arrêt qui a suscité les mêmes discussions, à la cour de Douai, 1ère chambre, 26 Mars 1929, D. Heb. 1929. p. 290 affaire Dutnall. Ces deux affaires sont donc deux affaires où les cours françaises ont refusé de permettre à des anglais d'invoquer l'injure grave. On a déjà vu que cette jurisprudence ne pouvait pas être considérée comme une jurisprudence définitivement acquise, eu égard à ce que d'autres tribunaux ont accueilli la solution différemment. Il convient de citer notamment deux autres décisions (Revue de D.I.P., 1933, p. 630 et 632) de la 1ère chambre du tribunal civil de Marseille et du Tribunal civil de Fontainebleau qui, au contraire, ont permis à des sujets britanniques d'invoquer les causes de divorce du droit français. On ne peut donc pas dire qu'à l'heure actuelle la jurisprudence soit absolument fixée sur ce point.

Si donc on jette un coup d'œil sur ce qui vient d'être dit relativement au droit au divorce, on aperçoit tout d'abord le caractère de variabilité du moyen d'ordre public, puisque, jusqu'à 1884, le droit au divorce ne pouvait être invoqué par un étranger devant les tribunaux français et qu'aujourd'hui il le peut. Donc la notion d'ordre public a varié.

D'autre part, on aperçoit l'effet négatif : impossibilité de divorcer pour cause autre que celles de la loi française, dit la doctrine.

Quant à l'effet positif, il est contesté. Un étranger, tout au moins dont la loi nationale prohibe le divorce, ne peut divorcer en France. Par conséquent

l'effet positif absolu ne se rencontre pas là. De même, un étranger se voit restreint dans les causes du divorce : il ne peut invoquer les causes de sa loi nationale si elles ne sont pas admises dans le code civil français, d'après une certaine partie de la jurisprudence. Sur ce point encore, l'effet positif du moyen d'ordre public se trouve entravé.

B
La nature du divorce.

Le principe de la sécularisation du divorce est d'ordre public.

Ce n'est pas la seule série de questions que soulève la matière relativement au moyen d'ordre public : il en est une seconde, concernant la nature du divorce. A cet égard, on rencontre une jurisprudence parallèle à la jurisprudence en matière de mariage : c'est le principe de la sécularisation du divorce, analogue à celui de la sécularisation du mariage. Une décision récente du tribunal civil de la Seine (1^{re} chambre, 2 Juin 1930, Revue de D.I.P., 1930, p. 457) applique nettement ce principe. Il s'agissait de deux sujets slaves mariés religieusement, et dont le statut personnel correspondait à une législation d'ordre confessionnel, où le divorce ne pouvait être acquis qu'avec l'assentiment des autorités religieuses. En l'espèce, le mari produisait un certificat de divorce délivré par l'administration diocésaine des Eglises Orthodoxes Russes en Europe Occidentale, constatant que le mariage célébré autrefois à l'Eglise Russe de Belgrade avait été dissous par arrêt du conseil diocésain de Paris en date du 6 Septembre 1926. Le tribunal civil a refusé d'examiner si les époux étaient valablement divorcés en disant : "qu'en ce qui concerne la dissolution de l'union par l'arrêt du conseil diocésain de Paris, cette dissolution ne saurait être considérée comme valable aux yeux de la loi française, qu'en effet il est contraire à l'ordre public français que l'autorité ecclésiastique exerce une juridiction civile et qu'en vertu de la règle locus regit actum le divorce en France n'est valable que s'il est prononcé par un tribunal civil". Ainsi, conformément à la règle locus, mais contrairement aux règles du statut personnel des étrangers intéressés, il a été considéré que le divorce en France repose sur un principe de sécularisation identique au mariage, et qu'un divorce obtenu devant des autorités religieuses n'a pas sur le territoire français, lorsque ce divorce est intervenu sur le territoire français par les soins d'une autorité religieuse, d'effet en France, eu égard à l'ordre public français.

Cette décision du tribunal civil de la Seine est conforme à une jurisprudence classique, car il y a eu sur ce point un arrêt de la chambre civile de la

cour de cassation, sur lequel M. Bartin a longuement disserté, car c'est un des arrêts qui posent le mieux la question des qualifications (Cassation, chambre civile, 29 Mai 1905. D. 1905. I. p. 363. S. 1906. I. p. 161, avec note de Pillet au Sirey, et une note de M. Bartin au Dalloz, sous l'arrêt de la cour de Paris sur lequel est intervenu l'arrêt de la chambre civil de Paris, 17 Mars 1902. D. 1903. II. p. 49, avec la note de M. Bartin). C'est la fameuse affaire Levinson au sujet du divorce de sujets russes, dont le statut personnel était régi par une législation à base confessionnelle. La cour de Paris et la cour de cassation ont proclamé que : "les tribunaux français se trouvent dans l'impossibilité d'en connaître, ces dispositions étant contraires à l'ordre public, attendu que la défense faite par nos lois à nos tribunaux de s'ingérer dans les matières religieuses élève une fin de non recevoir absolue contre l'action dont ils sont saisis." Il y a eu par la suite encore un autre arrêt de la cour de cassation (Chambre des requêtes 20 Juillet 1911, S. 1912. I. p. 132). Telle est la seconde série de questions soulevées par la matière du divorce, concernant l'intervention de la notion d'ordre public..

Affaire Levinçon.

C

Les effets du divorce.

Intervention de la notion d'ordre public.

La troisième série de questions est relative aux effets du divorce, quant à la possibilité du remariage des époux divorcés ou de l'un d'eux. On a déjà étudié précédemment l'arrêt célèbre de 1860 rendu aux conclusions de Dupin permettant par un revirement juridictionnel à des étrangers divorcés, en l'espèce à un Anglais divorcé, de se remarier en France, à l'époque où le divorce était encore prohibé dans notre pays. C'est l'affaire Bulkley, examinée en matière de droits acquis, celle qui a sanctionné, sur le territoire français, le droit acquis d'une personne ayant divorcé légalement dans son pays d'origine à se remarier en France.

La question du remariage des divorcés se pose sous divers aspects dans notre jurisprudence française. Encore se pose, tout d'abord, la question de la sécularisation du divorce. Il convient de citer un jugement du tribunal civil de Marseille, 25 Novembre 1925, (Revue de D.I.P. 1926. p. 537). Le tribunal a refusé de prendre en considération la nécessité d'une autorisation préalable d'une autorité ecclésiastique pour contracter une nouvelle union. Il s'agissait encore d'un divorce effectué sous l'empire des lois orthodoxes russes. La nécessité d'une autorisation préalable d'autorité ecclésiastique compétente pour contracter une nouvelle union, après un mariage annulé, se heurte,

dit le jugement, à la souveraineté de l'Etat français. Mais c'est surtout lorsque les deux époux étant de nationalités différentes, l'un des époux invoque sa loi personnelle pour faire annuler son mariage avec un Français ou avec une Française divorcés, que le moyen d'ordre public a été soulevé. L'affaire généralement citée est l'affaire Montoriol. (Tribunal civil de la Seine, 5 Mai 1919, S. 1921. II. p. 9). Il s'agissait d'un Espagnol qui invoquait la loi espagnole de l'époque prohibant le divorce. Le droit espagnol s'est modifié depuis. Cet Espagnol invoquait sa loi personnelle pour faire annuler le mariage qu'il avait contracté en France avec une Française divorcée, prétendant trouver dans sa loi personnelle le droit de faire annuler son mariage avec une personne divorcée sous l'empire d'une loi étrangère. L'ordre public français a été considéré comme s'opposant à l'admission de cette prétention. Il y a eu d'autres décisions dans le même sens. Il y en a eu en sens contraire, notamment une décision du tribunal de Montpellier (1^{ère} chambre 18 Mars 1920. S. 1921 III. p. 11., l'affaire Arnero, dont la solution est approuvée par M. Bartin, au tome II, § 263 de ses Principes. M. Bartin estimant, dans l'espèce, que, au cas où les deux époux sont de nationalité différente, c'est la loi du mari qui doit l'emporter.

Il y a donc de très nombreuses questions qui se posent, concernant l'intervention de la notion d'ordre public en matière de divorce.

Dans le droit de famille, il y aurait encore à citer d'autres cas où on a fait intervenir le moyen d'ordre public : la puissance paternelle, l'obligation alimentaire (V. Cassation, 27 Mars 1922, Revue de D.I.P., 1924. p. 401).

Il convient d'insister, en ce qui concerne les droits de famille, sur deux questions qui agitent la jurisprudence, sur lesquelles elle n'est point encore fixée, et sur lesquelles les auteurs discutent longuement : la recherche de paternité, et la légitimation des enfants adultérins.

En ce qui concerne la recherche de paternité, des conflits fréquents sont soulevés, particulièrement en Alsace-Lorraine, entre le droit français et la législation allemande, qui admet pour la recherche de paternité dans les articles 1708 et suivants du code civil allemand des règles plus larges que celles de la loi française du 16 Novembre 1912, modifiant l'article 340. En particulier, la loi allemande admet des moyens de preuve simplifiés pour permettre à l'enfant qui recherche la paternité d'obtenir du père supposé une pension alimentaire. La cour de Colmar, dans deux

n matière de recherche de paternité.

La jurisprudence est divisée quant à l'intervention de la notion d'ordre public.

décisions récentes, a estimé que le statut personnel d'un enfant qui se réclame de la législation allemande est tenu en échec par le principe de l'ordre public que les causes pour lesquelles la recherche de paternité est autorisée ne sauraient être celles qui figurent dans la loi de 1912, et qu'il est interdit d'invoquer devant les tribunaux français les textes allemands et de recourir aux moyens de preuve prévus par le code civil allemand. Il y a eu notamment deux décisions, 27 Janvier 1931, D. 1931, II. p. 137 et 8 Juillet 1933, Revue de D.I.P. 1933, p. 645. Cette dernière décision notamment, qui est très judicieusement et très minutieusement motivée, a déclaré qu'il s'agit d'un principe d'ordre public : "Eu égard à la facilité des preuves qu'il autorise en la matière, l'application du code civil allemand est ici incompatible avec le principe d'ordre public, qui domine en France les textes qui réglementent la constatation judiciaire de la paternité hors mariage". Mais, d'autres décisions récentes, qui n'émanent pas de la cour de Colmar, sont en sens contraire. (Notamment, tribunal civil de la Seine, 1ère chambre, 3 Février 1932. S. 1933. II. p. 145 et Revue de D.I.P. dans le même fascicule 1933, p. 641. Dans le même sens, tribunal civil de Lille, 4 Mai 1933, Revue, 1933, p. 644, toujours sur l'article 1717 du code civil allemand).

Voici l'attendu du tribunal civil de la Seine, contraire à l'arrêt de la Cour de Colmar : "Attendu que l'on ne doit pas considérer cette loi (la loi de 1912) comme une mesure de protection des seules familles françaises, l'ordre public doit d'autant moins être réputé intéressé à ce que l'on applique cette limitation, s'agissant d'un mineur étranger dont la loi nationale est différente, que l'application du statut personnel domine toute la matière de la filiation, et que pour y faire échec, il faut une disposition dont le caractère d'ordre public international (on rencontre ici l'expression d'ordre public international) soit incontestable". Ainsi donc, les deux décisions s'opposent. Il faut attendre que la cour de Cassation, qui en sera saisie, statue pour unifier la jurisprudence sur la question.

Sur cette question de la recherche de paternité, on aperçoit encore les caractères divers du moyen d'ordre public. Tout d'abord, sa variété. En effet, antérieurement à la loi de 1912, il avait été décidé, par des décisions fameuses, que la prohibition de la recherche de paternité est d'ordre public (affaire de la succession du Duc de Brunswick, 1868, Chambre des requêtes, 25 Mai 1868. S. 1868. I.

Caractères du moyen d'ordre public en cette matière.

p. 376. P. 1868 p. 939). Aujourd'hui l'idée d'ordre public ne s'attache plus au droit de rechercher la paternité, de même qu'aux diverses causes et aux modalités, aux conditions d'admission de l'action.

D'autre part, on aperçoit l'effet négatif du moyen d'ordre public dans les décisions de la Cour de Colmar qui s'opposent à l'application du statut personnel des étrangers en France. L'on ne peut encore dire si l'effet positif est attaché dans cette question par la jurisprudence au moyen d'ordre public. Il y a eu un arrêt de la Chambre civile (20 Janvier 1925, D. 1925. I. p. 177), d'où il semble bien résulter que la jurisprudence n'admet pas que le moyen d'ordre public, en matière de recherche de paternité, puisse permettre à un étranger, malgré son statut personnel, de bénéficier des causes de recherche de paternité, et même du droit de rechercher la paternité si son statut personnel s'y oppose. En l'espèce, il s'agissait d'un enfant italien; le code civil italien (art. 189) interdit encore la recherche de paternité. La cour de cassation n'a pas permis à l'enfant italien d'agir contre un préteudu père français en recherche de paternité.

Une discussion du même genre - mais la jurisprudence est moins divisée sur la question et les arrêts sont plus rares - se présente à propos de la légitimation de l'enfant adultérin. (V. notamment, cassation chambre civile, 31 Mars 1930. S. 1931 affaire Rewollioty, I. p. 9 et 177, note Gény). Il s'agissait des dispositions de la loi russe actuelle, qui permettaient la légitimation des enfants adultérins reconnus pendant le mariage de l'un des époux, et même lorsqu'il s'agit d'un mariage précédent d'où il existait un enfant actuellement vivant. Les articles 331 à 335 du code civil français, repoussent la légitimation, en pareille matière, alors que la loi russe, au contraire, en cause, l'autorise. La chambre civile de la cour de cassation a estimé que l'ordre public français s'opposait à ce que, en France, on puisse considérer cette légitimation comme valable. Ainsi le moyen d'ordre public jouait dans cette décision sous sa forme négative.

On pourrait allonger certainement les citations, les exemples de l'introduction et de la mise en application du principe de l'ordre public, en matière de droit de famille.

Dans les autres matières du droit, l'exception d'ordre public a été également très fréquemment invoquée. Par exemple, en matière de succession, et pour faire échec au principe "mobilia sequuntur personam" : la jurisprudence relative à la condition des

En matière de légitimation d'enfant adultérin.

Effet négatif de l'ordre public.

En matière successorale.

étrangers sur le prélèvement successoral, considère le prélèvement comme la sanction du principe de l'égalité des partages prévue au code civil, et le rattache à l'ordre public par une décision déjà très ancienne de 1859; (Chambre des requêtes, 18 Juillet 1859, S. 1859. I. p. 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". C'est une application très nette du principe d'ordre public.

De même, en matière de contrat, la notion d'ordre public a été très souvent invoquée. Une des espèces où récemment la notion d'ordre public a été mise en cause, et où elle a donné lieu d'ailleurs à de décisions contradictoires, est relative à la matière des conventions matrimoniales : il s'agit des questions soulevées par le régime matrimonial anglais concernant le régime matrimonial des anglaises qui viennent habiter en France et s'y livrer à des achats, particulièrement chez les couturiers français. Il y a eu deux affaires soulevées par un même ménage, le ménage Bett brown avec deux des couturiers des plus achalandés de la place de Paris. La question était de savoir si la femme mariée anglaise pouvait invoquer les dispositions de son contrat de mariage lesquelles comportaient des clauses correspondant à notre régime dotal, les clauses d'indisponibilité, d'aliénabilité des biens, qui faisaient alors obstacle au règlement des dettes importantes qu'elle avait contractées dans ces deux maisons. L'Angleterre, en effet, connaît un régime matrimonial très différent du nôtre. C'est par des moyens infiniment détournés le même régime matrimonial qu'en Italie, mais sous une forme très différente. Le régime matrimonial anglais est un régime de séparation de biens. La femme est maîtresse de ses biens, et beaucoup plus librement que la femme mariée française sous le régime de la séparation de biens, puisque l'Angleterre ne connaît pas l'incapacité de la femme mariée. Mais, depuis le XVIII^e siècle, dès qu'une femme anglaise possède des biens qui lui sont propres, tout d'abord ses biens sont placés sous le régime du trust institution inconnue du droit français. D'autre part, dans le contrat de mariage, "marriage settlement", se trouve une clause singulière qui porte le nom de restriction d'anticipation "restraint of anticipation" et cette clause qui a l'air de viser et qui visait originellement, simplement une anticipation de revenus, est une clause correspondant à notre régime dotal, une clause d'indisponibilité et d'inaliénabilité.

de sorte que le régime anglais est un régime de séparation de biens légal, avec dotalité conventionnelle, dotalité qui se retrouve partout où une femme possède des biens. C'est le régime italien, mais le régime italien aboutit au même résultat par des procédés techniques et juridiques tout à fait différents. La question s'est donc posée de savoir si la femme anglaise pouvait invoquer la mise sous trust de ses biens et surtout le restraint of anticipation. Sur ce point, la jurisprudence est divisée : le tribunal civil de la Seine, relative au même ménage, Bettsbrown, a rendu deux décisions en sens contraire. La 2^e chambre (22 Décembre 1926, Revue, 1927, I. p. 70) a estimé que l'ordre public français n'avait pas à souffrir de l'application de la clause du restraint, de la clause d'indisponibilité, puisque nous connaissons le régime dotal, lequel régime comporte l'inaliénabilité des biens ; par conséquent, la femme anglaise était bien fondée à invoquer en France sa restriction d'anticipation, sauf les questions de publicité. Au contraire, la 5^e chambre du même tribunal, le 23 Février 1927, (Revue, 1927, p. 263) a estimé que la mise sous trust avec la clause de restriction d'anticipation est contraire à la liberté de circulation des biens, surtout lorsqu'elle s'accompagne d'une absence de formalité et de publicité en faveur des tiers, et par conséquent ne peut pas être invoquée en France à l'encontre d'un fournisseur français. Cette jurisprudence d'ailleurs rejoint, quant à ses conclusions, une jurisprudence qui va être examinée.

Pour en finir avec ces principes restrictifs, il faut maintenant passer très rapidement en revue les autres moyens par lesquels on peut faire échec en France à l'application de la loi étrangère, moyens infiniment moins larges, malgré leur titre, que le moyen d'ordre public.

Le principe de l'intérêt national ou de l'intérêt général, malgré cette rubrique doctrinale très large, est un principe beaucoup plus étroit que le principe de l'ordre public, dans lequel d'ailleurs on pourrait le faire rentrer. Il serait préférable de l'appeler le principe de l'ignorance juridique excusable. C'est un principe exceptionnel, qui ferait exception à la règle que personne n'est censé ignorer la loi. La jurisprudence a eu l'occasion de formuler ce principe dans la célèbre affaire Lizardi, déjà étudiée. C'est l'affaire dans laquelle un mexicain de 23 ans, mineur aux yeux de la loi mexicaine, car la majorité mexicaine était à l'époque 25 ans, avait en France souscrit des traites et passé des achats. Sur sa demande en nullité des traites souscrites, alors

Décisions contradictoires de la jurisprudence quant au principe d'ordre public.

Le principe de l'intérêt national.

que la majorité en France est de 21 ans, les défendeurs français et ceux qui avaient fait crédit au mineur pouvaient légitimement prétendre à s'abriter derrière la loi française. La chambre des requêtes le 16 Janvier 1861 donna raison aux Français contre le mineur mexicain. (S. 1861, l. p. 305. D. 1861. I. p. 193).

Il y avait déjà quelques précédents dans cette jurisprudence, si l'on remonte en 1834. La chambre des requêtes motiva sa décision dans les termes suivants : "Attendu que dans ce cas le Français ne peut être tenu de connaître les lois des diverses nations et leurs dispositions concernant notamment la minorité, et qu'il suffit alors pour la validité du contrat que le Français ait traité sans légèreté, sans imprudence et avec bonne foi". Il en résulte que la jurisprudence à cette époque a tenu compte de l'élément non seulement objectif, mais subjectif. Elle a fait intervenir l'état d'esprit de ceux qui ont traité avec l'étranger. Elle a montré que si leur bonne foi était reconnue, que si l'on peut établir qu'ils ont traité sans légèreté et sans imprudence, sans connaître la loi étrangère et sans qu'on la leur ait signalée, sans que l'état de minorité soit apparent, ils pourraient être considérés comme à l'abri de la loi française. Depuis lors, la même solution a été appliquée par la jurisprudence, notamment pour un mineur hollandais, la majorité hollandaise étant de 23 ans (Paris, 8 Février 1883, S. 1883. II. p. 169. D. 1884. II. p. 25). "Attendu que les défendeurs ont toujours cru traiter avec un citoyen majeur, et n'ont point commis de faute ou d'imprudence qui leur soient imputables". Cette jurisprudence a été étendue à des espèces voisines, notamment en cas de prodigalité, d'interdiction judiciaire, pour lesquelles les Français, qui ont traité avec des étrangers, peuvent être mis en défaut, les questions d'autorisation maritale et de mandat tacite de la femme mariée. C'est ici que la jurisprudence sur l'intérêt national rejoint la jurisprudence sur l'ordre public, car c'est précisément dans des achats par des femmes mariées étrangères aux fournisseurs français que la jurisprudence en question a trouvé les cas les plus fréquents d'application.

La doctrine discute le bien fondé de cette jurisprudence, car on pourrait admettre que cette jurisprudence reposse sur un principe doctrinal un peu différent. En effet, dans la recherche à laquelle se livrent les tribunaux français, sur l'état d'esprit des fournisseurs français traitant avec l'étranger,

invocant sa loi nationale, on retrouve les éléments qui interviennent dans une autre matière, la matière de l'enrichissement sans cause, les éléments à la fois subjectifs et objectifs, que l'on fait valoir pour l'admission ou le rejet du moyen d'équité. Et suivant certains auteurs, la jurisprudence de l'intérêt national ne serait autre et ne devrait pas être autre chose que l'application d'une jurisprudence nationale, celle de l'enrichissement sans cause. (V. notamment dans ce sens la thèse de M. Aubry, "l'in incapacité de la femme mariée en droit international privé français", thèse de Paris, 1933).

la fraude à
la loi.

A côté de ce moyen tiré de l'intérêt général, et après ce moyen, il convient d'étudier le principe plus large de la fraude à la loi. Le principe de la fraude à la loi a été très minutieusement analysé en France par une thèse de doctorat, la thèse de M. Desbois, thèse de Paris, 1927, "La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française". Cette jurisprudence trouve son point d'appui principal dans l'affaire célèbre de la naturalisation de la princesse de Bauffremont, (arrêt de la chambre civile de la cour de cassation, 18 Mars 1878, S. 1878. I. p. 193. D. 1878. I. p. 201). Mme de Beauffremont née de Caraman-Chimay, avait sollicité sa naturalisation dans la principauté allemande de Saxe-Altenbourg à l'effet de bénéficier de la possibilité de divorcer, que lui offrait la naturalisation, alors que la France n'avait pas encore rétabli le divorce. Il fut jugé par la cour de cassation que cette naturalisation était frauduleuse, qu'elle était intervenue en fraude de la loi française, dans le seul but d'échapper, grâce à cette nouvelle nationalité, aux prohibitions de la loi française et que par conséquent la naturalisation n'était pas opposable au prince de Bauffremont. C'est principalement sur les naturalisations frauduleuses ou à d'autres fins que s'est développé surtout le principe de la fraude à la loi.

C'est sur cette affaire de Bauffremont, que s'est, non pas édifiée la jurisprudence qui est beaucoup plus ancienne, mais que s'est surtout exercée la critique et que se sont exercés les développements de la doctrine.

L'idée de la fraude à la loi est ancienne, elle remonte à l'ancien droit. On parlait de rebellion contre la loi, à propos des intéressés qui, pour se soustraire à certaines décisions d'une coutume fixaient leur domicile dans le ressort d'une autre coutume afin d'éviter certaines dispositions restric-

Origine de la
notion de frau-
de à la loi.

Ses applications anciennes en matière de naturalisation.

et en matière de divorce.

Applications récentes dans la question de l'annulation du mariage.

tives. Notamment, deux époux domiciliés en Normandie se fixaient fréquemment à Paris pour éviter le régime dotal du droit normand, la Normandie ayant toujours été attachée traditionnellement au régime dotal, et ils adoptaient le régime de communauté qui était en usage dans la coutume de Paris. L'idée était ancien Il était naturel que la jurisprudence la reprenne, et dès le milieu du XIXème siècle, on rencontre la question notamment en matière de naturalisation. La naturalisation frauduleuse n'a pas eu simplement pour but, comme dans l'affaire de Bauffremont, d'éviter la loi française pour permettre uniquement l'usage du divorce dans un autre pays en vertu d'une autre nationalité. En dehors du divorce, les naturalisations frauduleuses ont poursuivi bien d'autres objets. Elles avaient pour but d'éviter une nomination de conseil judiciaire ou d'obtenir une mainlevée, d'éviter la compétence des tribunaux, le service militaire, droits de douane, l'extradition, l'expulsion.

En dehors de la naturalisation, la jurisprudence a eu très fréquemment à intervenir et à invoquer la notion de fraude à la loi, là également de très bonne heure, en matière de mariage. On a souvent recours à une loi étrangère pour éviter les autorisations requises par le droit français, ou encore pour éviter les publications prescrites par le code civil. De très bonne heure, la jurisprudence française a proclamé qu'il y avait lieu d'annuler le mariage, quand l'absence de publicité notamment a eu pour but de frauder la loi française. C'est ainsi que dans un arrêt de la Chambre des Requêtes du 28 Mars 1854 (S. 1854. I. p. 295. D. I. p. 201) on rencontre déjà l'expression "fraude à la loi" appliquée à cette espèce. Il y avait eu d'ailleurs, antérieurement, des annulations de mariage de ce genre, mais on n'avait pas employé d'une façon expresse la formule de "fraude à la loi" que l'on rencontre dans l'arrêt de 1854.

Cette question a donné lieu à un très grand nombre de décisions. Examinons la jurisprudence la plus récente, et, en premier lieu, des cas où le mariage a été annulé. Voici le cas d'un mariage contracté à Londres en fraude d'une opposition faite au mariage par la mère du futur époux. Il y a annulation du mariage pour fraude à la loi. (Requêtes, 5 Juillet 1905, S. 1906. I. p. 141). Voici une autre espèce plus pittoresque. Il s'agissait d'un mariage clandestin passé entre un homme âgé de 50 ans et une femme âgée de 68 ans. Pour cacher le mariage à l'entourage, le mariage était resté secret, et les époux vivaient

à part. Le mariage n'a été connu qu'après la mort de l'un des conjoints (Chambre des requêtes, 3 Janvier 1906, S. 1906. I...p. 142). Voilà des cas où le mariage a été annulé pour fraude à la loi.

Voici au contraire maintenant des cas où, bien que l'on ait pas rempli toutes les conditions légales, le mariage n'a pas été annulé (Cour de Paris, 1^{re} chambre, 11 février 1920. D. 1920. II. p. 50. S. 1921. II. p. 160). C'est le mariage du condamné Bolot qui a été validé. Son premier mariage a été considéré comme valable, malgré l'absence de publicité. Les époux avaient mené une vie assez mouvementée, assez aventureuse, et le fait qu'il n'y avait pas eu de publicité n'avait pas été considéré comme un fait de fraude, mais comme le résultat normal de cette vie aventureuse. Enfin il y a eu un mariage validé par l'un des derniers arrêts de la cour de cassation sur la matière (Chambre civile, 13 Juillet 1926, affaire Bernard, S. 1926. I. p. 263). Bernard, français émigré dans des pays étrangers, à Londres d'abord, et ensuite au Pérou, était décédé au Pérou ayant perdu tout domicile et toute attaché en France. Il avait contracté un mariage in extremis, et on a considéré que le fait de ne pas s'être livré aux publications françaises à cette époque ne pouvait pas entacher le mariage de nullité pour fraude à la loi dans les circonstances où il était intervenu; la cour de cassation a proclamé dans cet arrêt que les juges du fond doivent souverainement apprécier si les parties ont entendu, en n'observant pas les articles 170 et 171, faire fraude à la loi française, - l'expression s'y trouve - et éluder la publicité exigée par celle-ci.

Au surplus, sur cette question du mariage, il existe en doctrine une controverse dans le détail de laquelle M. Lévy-Ullmann n'entre pas, certains auteurs estimant que, en ce qui concerne la question des publications tout au moins, on confond la notion de fraude à la loi et la notion de clandestinité du mariage. On verra, étudié, notamment dans la thèse de M. Desbois, le point de savoir si, en dehors de la naturalisation et en dehors du mariage, il y a vraiment une intervention importante de la notion de fraude à la loi dans d'autres matières. Les auteurs qui ont écrit sur la question le prétendent, notamment M. Desbois. (V. également du tome VIII du Répertoire de D.I.P. le mot de "fraude à la loi"). M. Lévy Ullmann n'est pas trèsconvaincu que, en dehors de ces deux matières, la fraude à la loi possède un très grand domaine. C'est encore un des multiples exemples d'une rubrique coutumière, jurisprudentielle, très large, qui n'abritent en réalité qu'un con-

La notion de
fraude à la loi
s'étend-elle à
d'autres domaines ?

Principe de la révision en matière d'exequatur.

Tout jugement emporte autorité de la chose jugée et force exécutoire.

Le jugement étranger n'a force exécutoire qu'en vertu de l'exequatur.

tenu assez restreint, et toutes les autres hypothèses que l'on retrouve dans les arrêts sont expliquées par les auteurs intéressés à la question par la notion de fraude à la loi, alors que, pour la plupart du temps, les arrêts n'invoquent pas cette notion.

Reste pour en finir, avec les principes restrictifs adoptés par la jurisprudence pour limiter en France l'application de la loi étrangère, le principe de la révision en matière d'exequatur.

Sans entrer dans le détail, car la matière intéresse plutôt la partie de la question des conflits de juridictions, il est important de connaître les principes de cette jurisprudence, surtout au point de vue pratique, au sujet des effets internationaux des jugements étrangers. Ces jugements appliquant la plupart du temps des lois étrangères, il en résulte que la pratique de l'exequatur met entre les mains des tribunaux français une possibilité de plus de s'opposer à l'application de la loi étrangère sur le territoire français. Il s'agit de l'application de la formalité, prescrite par l'article 546 du code de procédure, appuyé sur les articles 2.123 et 2.128 du code civil. Tout jugement rendu dans un pays comporte dans le pays où il est rendu deux avantages pour celui qui l'a obtenu : l'autorité de la chose jugée et la force exécutoire. L'autorité de la chose jugée, c'est-à-dire une présomption de vérité, qui procure au plaigneur le droit d'invoquer la vérité juridique proclamée par l'arrêt, et si la question revenait devant les tribunaux, si l'on essayait de la débattre à nouveau, d'invoquer l'exception de la chose jugée. La force exécutoire, qu'il ne faut pas confondre avec l'autorité de la chose jugée, c'est la possibilité pour le gagnant d'obtenir l'exécution des condamnations par le perdant, "etiam manu militari", c'est-à-dire avec l'assistance de la force publique. Or, un jugement rendu dans un pays étranger peut-il être considéré en France comme étant muni de ces deux avantages pour celui qui s'en réclame ? Pour la force exécutoire on ne saurait de plano la reconnaître à un jugement rendu hors du pays où il a été rendu. Il y a là, comme l'ont dit quelquefois, une question d'imperium, et l'article 546 du code de procédure dispose que "les jugements rendus par les tribunaux étrangers et les actes reçus par les officiers étrangers ne sont susceptibles d'exécution en France que de la manière et dans les cas prévus par les articles 2.123 et 2.128 du code civil, c'est-à-dire qu'autant qu'ils auront été déclarés exécutoires par un tribunal français; ces deux articles exceptent les dispositions contraires qui peuvent

vent se trouver dans les lois politiques ou dans les traités. Voilà en ce qui concerne la forme exécutoire.

Il en est sorti une pratique qui porte le nom d'exequatur : l'ordonnance d'exécution prononcée par un tribunal français, qui est un véritable jugement, en vertu duquel la force exécutoire française accompagnera le jugement étranger.

Mais s'il en est ainsi de la force exécutoire, il n'y a pas de raison apparente, au premier abord, pour qu'il en soit ainsi de l'autorité de la chose jugée, la doctrine admet le contrôle de la régularité. Là ce n'est plus l'imperium qui est en cause, mais cette notion différente, que l'on appelle en procédure la juridiction ; la vérité juridique proclamée devrait constituer un droit acquis, de façon à ce que le gagnant puisse s'en prévaloir en tout pays. On observe simplement qu'il y aurait lieu de réserver pour les tribunaux un contrôle, que l'on appelle parfois, le contrôle de régularité. Les tribunaux pourraient être amenés en France à examiner si le jugeant étranger, dont se réclame une personne, a été rendu à l'étranger suivant les formes de la loi du pays, dont il émane, est correct quant à la forme, a été rendu par des juges compétents. On pourrait ajouter même que le contrôle de régularité pourrait porter sur les notions d'ordre public, à la fois l'ordre public français et l'ordre public du pays où le jugement a été rendu, et enfin les plus difficiles pourraient exiger que ce contrôle de régularité porte sur les règles de rattachement, et que s'il y a eu une question de D.I.P., une question de conflit de lois, la solution du conflit soit réglée suivant les règles de rattachement admises par le droit français. Voilà ce que l'on appelle le contrôle de régularité dans toute son étendue. Mais ce contrôle ne va pas jusqu'au fond du procès. On ne révise pas le procès d'après cette conception. Telle n'est pas la jurisprudence ; sa longue et complexe évolution, en cette matière, remonte à un arrêt de cassation de 1819. La jurisprudence a de plus en plus admis un système, auquel elle a donné pendant quelque temps, et auquel la doctrine donne encore, le nom de système de la révision du fond. Des controverses célèbres, des consultations émanant des plus grands maîtres du droit français, au cours du XIX^e siècle, sur cette question, ont fini par implanter dans la jurisprudence la pratique de la révision au fond en matière d'exequatur. Les tribunaux français, saisis du point de savoir si un jugement étranger peut comporter la force exécutoire, révisent le procès au fond. Les tribunaux révisent les questions de droit et les questions de fait. C'est une jurisprudence constante, sur laquelle le nombre des arrêts est

Quant à l'autorité de la chose jugée, la doctrine admet le contrôle de la régularité.

Mais la jurisprudence va plus loin et consacre le système de la révision du fond.

considérable. Voici les deux derniers de la cour de cassation de la chambre des requêtes les plus importants et les plus marquants. Requêtes, 11 avril 1933 D. 1933. I. p. 161. S. 1933. I. p. 181, et les nombreuses références en note. Requêtes, 29 Juin 1933. 1933. I. p. 307. D. Heb. 1933. p. 444. Dans la dernière de ces décisions, 29 Juin 1933, la Cour de cassation proclame en termes formels le droit pour le juge français de réviser les motifs de la sentence étrangère et de modifier le jugement étranger. Il s'agissait dans l'affaire de la Société des Pelleteries de Roubaix, d'une société française qui avait été condamnée, par une décision de la division du banc du roi la Haute Cour d'Angleterre, à des dommages et intérêt pour livraison de fourrures avariées. La cour de Douai 15 Juillet 1930, avait estimé que la responsabilité de la Société de Roubaix n'était pas établie, que les preuves prises en considération par les juges anglais n'étaient pas convaincantes, et avait refusé l'exequatur. Par conséquent, il y avait renversement complet de la sentence anglaise par le tribunal français. Et sur ce point la cour de cassation, chambre des Requêtes, a approuvé la cour de Douai : "Attendu que la cour d'Appel n'a fait qu'user à la fois de son pouvoir souverain d'appréciation et du droit qui appartient aux tribunaux français, sous réserve de conventions diplomatiques contraires inexistantes en l'espèce, d'accorder ou de refuser l'exequatur, en se fondant sur des motifs tirés soit du fait, soit du droit, aux sentences étrangères qui leur sont soumises". Cette décision n'a pas été sans provoquer en Angleterre une grande émotion. Une loi, en Angleterre, établit le principe de l'autorité des sentences étrangères moyennant l'exequatur, et une convention est en cours de négociations entre la France et l'Angleterre sur la question. La jurisprudence, par conséquent, sans prononcer le mot de révision, - elle l'a fait autrefois - aujourd'hui elle l'évite - proclame la règle que le juge français est muni du droit de refuser ou d'accorder l'exequatur en se fondant sur des motifs tirés, soit du fait, soit du droit.

Premier tempérament de cette jurisprudence : c'est un système de "révision limitée".

Cette jurisprudence comporte deux tempéraments classiques. Le premier, qui apparaît d'ailleurs dans les termes de l'arrêt analysé, et qui est encore beaucoup plus marqué dans l'arrêt du 11 avril 1933, est que la liberté du juge français n'est pas absolument illimitée. C'est pourquoi la doctrine, qui aime les distinctions, a donné à ce système le nom de système de la révision limitée. En effet, la cour de cassation ne dit pas que les tribunaux français ont le droit de mo-

difier entièrement, à leur gré, la sentence étrangère. L'arrêt cité, dit que les tribunaux français ont le droit d'accorder ou de refuser l'exequatur, c'est-à-dire de conférer à la sentence la force exécutoire, ou de la lui refuser, mais ils n'ont nullement le droit de modifier la sentence étrangère. On acceptera d'accorder l'exequatur ou on le refusera. Dans l'espèce des pelleteries de Roubaix, on l'avait refusée. On n'aurait pas pu introduire dans la sentence des modifications. Par exemple, on n'aurait pas pu modérer les dommages intérêts, etc...

Ceci a été marqué d'une façon plus nette encore par l'arrêt du 11 avril 1933, qui spécifie bien ce qu'il faut entendre par la révision limitée. Il s'agissait encore d'une décision anglaise et du même tribunal de la division du banc du roi de la Haute Cour d'Angleterre, qui avait condamné une société de navigation russe, la société Dobrofrott, à des dommages intérêts considérables en faveur du demandeur. Le gagnant, qui voulait se prévaloir en France de cette décision à l'encontre de la société de navigation russe, demanda aux tribunaux français l'exequatur, mais il le demanda, non seulement contre la société Dobrofrott, mais aussi contre l'union des républiques russes en qualité d'ayant cause à titre universel de la société Dobrofrott, qu'elles avaient absorbée, dont elles avaient assumé l'actif et dont elles devaient supporter le passif. Il y avait là une addition à la sentence obtenue en Angleterre, et la cour de Paris s'était refusée à cette extension par arrêt du 19 Février 1931. Elle avait bien accordé l'exequatur contre la société Dobrofrott, mais elle s'était refusée à étendre la force exécutoire de la sentence anglaise à l'encontre de la république russe. La Cour de Cassation, chambre des requêtes l'approuve en ces termes : "Attendu que les juges français, à qui est demandé l'exequatur d'un jugement étranger, n'ont à trancher aucun litige entre les parties, qu'ils ont seulement à donner au jugement étranger la force exécutoire, qui lui manque en France, que si l'on admet qu'ils ont le pouvoir d'examiner le jugement au fond (c'est là le principe de la révision) cet examen ne permet que d'accorder ou de refuser l'exequatur, qu'ils n'ont pas le pouvoir d'ajouter une condamnation à celle qui a été prononcée ni de décider que la personne condamnée a été absorbée par une autre qui serait tenue d'exécuter la condamnation, etc... Il y a là un tempérament important : le juge français ne peut qu'accorder ou refuser l'exequatur. Il n'a pas à refaire le jugement.

L'autre tempérament est le suivant : l'exequatur

rament : pas d'exequatur pour les jugements portant sur l'état et la capacité des personnes.

Cette jurisprudence a été étendue aux actes publics.

n'est pas nécessaire pour les jugements portant sur l'état et la capacité des personnes (Chambre des Requêtes, 3 Mars 1930. S. 1930. I. p. 377). Voici également un arrêt déjà cité, l'arrêt Sloutzki, chambre civile, 21 Février 1933, S. 1933, I. p. 361. Les raisons pour lesquelles la cour de cassation estime qu'il n'y a pas lieu à exequatur, en matière d'état et de capacité, sont déduites tout au long dans certains arrêts.

Tels sont les principes de la cour de cassation en ce qui concerne l'exequatur. Cette jurisprudence a pour effet, dans une certaine mesure, de limiter l'application de la loi étrangère en territoire français. Elle a entraîné la jurisprudence plus loin que les limites qui viennent d'être imiquées. En effet, la pratique de l'exequatur n'est pas seulement requise par l'article 546, en ce qui concerne les jugements des tribunaux étrangers; elle est également attachée aux actes reçus par les officiers étrangers, c'est-à-dire aux actes publics. Dans cette voie, la jurisprudence a été assez loin, et alors que là encore l'exequatur devait se borner à l'examen de la forme et à l'octroi de la force exécutoire, les tribunaux français en sont venus à une véritable révision des actes publics étrangers, ce qui constitue une violation de l'article 47 du code civil français. Il en a été ainsi en particulier dans l'arrêt Sloutzky, 21 Février 1933. La cour de cassation et la cour de Paris se sont livrées à une véritable révision de l'affaire réglée à l'étranger, et d'un acte public étranger, émanant d'un officier de l'état civil russe, d'une appréciation de fond, contraire aux termes de l'article 47 du code civil. Si la jurisprudence française s'engageait plus loin dans cette voie, elle risquerait d'exposer les actes publics français à l'étranger à des représailles, à une révision identique, ce qui serait absolument contraire au principe des droits acquis, qui est attaché aussi bien à l'autorité au fond des actes qu'à l'autorité au fond des jugements. Ce sont là les dangers de limiter à l'extrême l'application des lois étrangères sur le territoire français.

L'examen de la jurisprudence française est ainsi terminée. Pour finir l'étude des destinées de la coutume internationale en France devant la loi, la jurisprudence et la doctrine français, il ne reste plus qu'à examiner l'œuvre complémentaire de la doctrine.

On vient de voir que la jurisprudence, en présence d'une très grande largeur d'interprétation, qui lui était laissée par la brièveté des textes, a fourni une œuvre complémentaire. La doctrine, en France,

Examen de l'œuvre complémentaire de la doctrine.

Source : BIU Cujas

Le triple objectif de la doctrine.

joué également en cette matière un rôle considérable. C'est pour le jurisconsulte privé une bonne fortune que de se trouver en présence d'une matière où les textes sont rares, où il peut librement critiquer la jurisprudence, où il peut, non moins librement, faire son œuvre de construction doctrinale, logique, rationnelle, exercer son imagination juridique. En général, la doctrine poursuit en tout pays un triple objectif ; tout d'abord, objet didactique : enseigner la matière instruire ceux qui veulent s'initier et les chercheurs. Dans ce but la doctrine classe, répartit les questions dans des catégories aussi claires et simples que possible, expose les principes et explique les solutions. La doctrine en second lieu poursuit un but pratique : elle désire guider l'interprète, le praticien, pour l'aider à exercer sa profession, lui donner le fil directeur, le principe d'une solution d'espèce, la méthode pour aborder une difficulté pratique, la méthode également pour critiquer dans les divers cas les solutions qui lui sont opposées. Enfin, en troisième lieu, la doctrine poursuit partout le désir d'éclairer le législateur. C'est le point de vue de la réformation, le point de vue législatif, éventuel, le point de vue de la lex ferenda opposé à celui de la lex lata. Ce dernier point de vue n'a point retenu longtemps la doctrine française. Les auteurs français ont infiniment préféré la tâche didactique et la tâche pratique. Au point de vue législatif, le législateur a d'autres préoccupations que celle d'intervenir dans la matière des conflits de lois, qui est une matière particulièrement abstraite. Depuis le code civil, les législateurs se méfient de ces questions et ont préféré de beaucoup les laisser, comme elles l'ont toujours été, à l'appréciation de la coutume et des sources coutumières, doctrine et jurisprudence. Toutefois, il convient de noter qu'une société qui poursuit la réforme de la législation, la société d'Etudes Législatives Française, a de 1928 à 1930 étudié dans une question générale un certain nombre de points particuliers de la matière des conflits de lois, à propos du statut des Français en pays étranger et des étrangers en France. (Bulletin de la Société d'Etudes Législatives de 1928 et de 1930). Notamment le projet qui a été établi par la Société d'Etudes Législatives marquerait un pas important vers le retour à la loi du domicile, substituée à la loi nationale pour le statut personnel. Mais ce point de vue législatif mis de côté, c'est plus particulièrement au point de vue didactique et au point de vue du droit appliqué que la doctrine

Oeuvre de la doctrine au point de vue didactique.

française s'est développée.

Au point de vue didactique tout d'abord. Les auteurs français ont fini par rendre classique chez nous une méthode d'exposition, la matière analogue à celle qui prévaut en droit pénal, c'est-à-dire la distinction de ce que l'on appelle la partie générale et la partie spéciale du D.I.P. ou encore les principes et les applications. Les principes, c'est l'histoire des doctrines, les principes généraux et les théories générales complémentaires admises notamment par les tribunaux, celles qui viennent d'être étudiées. Les applications - partie spéciale - c'est l'étude successive des principaux conflits de lois par matière : droit civil, droit pénal, procédure, en suivant la plupart du temps l'ordre des codes, et en voyant à propos de chaque question, mariage, divorce, puissance paternelle, propriété, etc... le jeu combiné d'une part des principes qui imposent l'application de la loi française en France, et d'autre part de ceux qui permettent l'application de la loi étrangère. Cette division a eu de l'influence sur l'enseignement, la partie générale étant celle à laquelle se consacre exclusivement d'ailleurs le programme du cours de licence, les parties d'application étant laissées à l'étude personnelle de ceux qui veulent approfondir les questions.

Mais ce n'est pas le seul effort que la doctrine ait fait, ou puisse encore faire, car il n'est pas nécessaire d'étudier les applications des principes suivant l'ordre des codes par matière. C'est ainsi que M. Bartin a inauguré une étude consistant à examiner par une méthode nouvelle le champ d'application de chaque loi, de la loi territoriale, de la loi personnelle, de la loi locale, qu'il appelle la loi d'autonomie. C'est du point de vue de la méthode analytique que M. Bartin a été conduit à adopter ce procédé. On pourrait, du point de vue comparatif, songer à un autre mode d'exposition du droit, considérant l'universalisation de certaines solutions, suivant une méthode de comparative et d'évolution historique, dont les principes seront précisés ultérieurement.

Oeuvre de la doctrine au point de vue du droit appliqué.

Mais c'est surtout au point de vue du droit appliqué, pour guider l'interprète, et pour faire œuvre de juriste indépendant, que les auteurs du droit français ont écrit des ouvrages qui sont restés fondamentaux. Ils ont eu d'autant plus l'occasion de le faire, dans la seconde partie du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle, que le premier effort de la doctrine dans cette matière avait été un effort de libération. Dans la seconde moitié du XIX^e siècle,

les juristes français s'occupant de D.I.P., se sont préoccupés de se libérer de la théorie des statuts. On a déjà vu comment, par quel raisonnement exégétique les auteurs français, par l'interprétation du code civil, ont fini par faire admettre l'idée que le code civil s'était dégagé de la théorie des statuts. Il en est résulté que l'interprète avait le champ libre et pouvait substituer par conséquent à la théorie des statuts tel procédé, telle méthode que bon lui paraît. Et dès lors, pour remplacer la théorie des statuts, et pour aboutir à donner à l'interprète un guide sûr, lui permettant de dégager en face du cas concret, dont il était saisi, la solution la meilleure, la véritable solution juridique, deux tendances ont divisé les auteurs français.

Une première tendance où les auteurs, comme l'a fait d'Argentré dans l'ancien droit, ont recherché à guider le praticien au moyen d'un système, au moyen d'une formule générale, claire, simple, applicable à tous les cas concrets. Ce sont les systématiques.

D'autres, au contraire, estimant qu'aucun système n'est susceptible de conférer à l'interprète la clé de toutes les solutions, de tous les cas concrets qui se présentent à lui, professent que chaque cas doit être examiné à part, au moyen d'une analyse rationnelle faisant jouer tour à tour les principes généraux dégagés par le D.I.P. Ce sont les analytiques.

Tendance analytique, tendant systématique, ce sont les deux tendances principales entre lesquelles, jusqu'à ces dernières années, les auteurs s'étaient exclusivement partagés.

Voyons d'abord les auteurs de la tendance systématique. M. Lévy-Ullmann ne retiendra que deux des systèmes préconisés en France : le système dit de la personnalité du droit, dont le plus brillant représentant a été André Weiss, et le système de la considération du but social du droit, qui est le système proposé et développé exclusivement, - il a bien eu des disciples - par Pillet.

La théorie de la personnalité du droit, dont André Weiss a été le plus brillant représentant, a groupé en France, à un moment donné, la presque unanimous de la doctrine. Il convient d'étudier les origines de cette doctrine et son caractère.

Cette doctrine n'est que la traduction dans le D.I.P. du grand principe des nationalités proclamé au XIX^e siècle, par le grand patriote italien, Mancini, et son contemporain et rival Maniani. Mancini, professeur, exilé de Naples pour raisons politiques, nommé professeur de droit international à Turin, où

Les deux tendances de la doctrine systématique et analytique.

Tendance systématique.

a) théorie de la personnalité du droit.

Origine de cette doctrine.

il avait été recueilli, ouvrit son cours de droit international en 1851 par une leçon publiée en 1854, qui fit grand bruit, intitulée : "De la nationalité comme fondement du droit des gens", et où il proclamait le principe que la nationalité est la base rationnelle du droit des gens, qui a pour but de faire coexister les nationalités selon la loi du droit. Maniani, professeur d'histoire de la philosophie à la même Université de Turin, en 1859 fit paraître ses leçons sur le principe de la nationalité. Ce principe proclamait que dans une nation on rencontre une unité morale, une volonté commune de ceux qu'il s'agit de grouper dans un même Etat. Dès que cette volonté générale, disait-il, s'est greffée sur la communauté d'origine et d'intérêt, la nation existe, et c'est pour elle un droit imprescriptible et sacré que de s'organiser en Etat. Ce droit est pour elle ce qu'est pour l'homme le droit à la liberté individuelle, et le principe des nationalités, espoir suprême des Etats démembrés ou conquis, a pour objet de le proclamer et d'assurer son triomphe". Si l'on se reporte par le souvenir aux évènements politiques, auxquels correspondent en Italie les dates de 1851 et de 1859, on aperçoit que cette revendication, tendant à organiser en Etat l'unité morale, la volonté commune de personnes groupées dans une communauté d'origine et d'intérêts, a formé l'unité italienne réalisée dans les années qui ont suivi. Le succès de la doctrine des nationalités, appuyée d'ailleurs par l'opinion publique et par les armes françaises, se répandit en France. La doctrine des nationalités devint une doctrine européenne, et il s'en est suivi dans l'ordre du droit des gens des conséquences qui ont été exposées au cours de droit international public. Mais ces conséquences ne se sont pas bornées au droit international public. Les Italiens avec une très grande exaltation manifestée par les disciples de Mancini ont réussi à édifier un système de D.I.P. basé sur le principe des nationalités, sur la doctrine de Mancini, et c'est à ce principe et à ce système de D.I.P. que l'on a donné le nom de système de la personnalité du droit.

Quant au droit international privé, des conséquences du principe des nationalités, sous la forme de la théorie de la personnalité du droit, se retrouvent principalement dans les ouvrages d'André Weiss, né en 1858, mort en 1928, professeur de D.I.P. à la faculté de Droit de Paris. (V. traité D.I.P. et Manuel, ed. 1925). Néanmoins il convient de signaler que dans les dernières années de son existence, il a penché vers l'uniformité et l'universalité. D'après l'exposé que

Exposé de la doctrine de la personnalité des lois par A. Weiss.

Position du problème : conciliation de la souveraineté personnelle et de la souveraineté territoriale de la loi.

Formule de la théorie : application à tout individu dans le domaine des intérêts privés de sa loi personnelle sauf 3 exceptions.

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

trouve dans son Manuel (p. 383 et ss.) le but du D.I.P. est de rechercher et de dégager un criterium permettant de résoudre le problème, dont le D.I.P. en matière de conflit de lois poursuit la solution, et que ni la théorie des statuts, ni la théorie allemande de Savigny ne permettaient de résoudre à l'époque où apparut la doctrine de Mancini. Ce but, qu'il ne faut pas perdre de vue, est celui qui consiste à rechercher dans quelle mesure les droits qui appartiennent à tout homme, même en dehors du territoire de sa patrie, sont compatibles avec ceux de l'Etat sur le sol duquel il en demande l'exercice. Tel est le but approprié du D.I.P. Le problème se pose alors de la façon suivante : dans quelle mesure la souveraineté personnelle peut-elle se concilier avec la souveraineté territoriale de la loi ? Pour résoudre ce problème, l'école de la personnalité du droit pose dans les termes suivants la formule de sa 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 et dans tous leurs rapports juridiques". (V. Weiss, Manuel, dern. édit. p. 383). A cette formule les tenants de la théorie ajoutent : "sauf les exceptions ou les atténuations qui résultent de l'ordre public international, de la règle locus regit actum et de l'autonomie de la volonté". Ainsi il y a un principe et trois exceptions. Le principe : en tout lieu l'individu est régi par la loi qui lui est personnelle, elle le suit partout où il se déplace, elle le régit en tout lieu dans ses rapports juridiques ; à cette règle, trois exceptions : ordre public international, règle locus regit actum, autonomie de la volonté.

Avant de développer la démonstration de la formule et du système, il convient de faire deux observations. Dans la formule de la doctrine de la personnalité du droit, on trouve à la fois une chose nouvelle et une chose ancienne. Une chose nouvelle, l'apparition pour la première fois dans l'examen, auquel nous nous livrons ici de l'idée de la souveraineté. Cette idée apparaît, on l'a déjà dit, comme la conséquence du principe des nationalités, la reconnaissance et l'indépendance de chaque nationalité étant selon Mancini la garantie réelle du droit des gens. C'est donc l'apparition d'un principe nouveau dans l'examen des systèmes et dans le développement du système général du D.I.P. que la considération de la souveraineté de chaque nation. Mais dans la formule se trouve, au contraire, une chose très ancienne, aussi ancienne que le D.I.P., aussi ancienne que les conflits de lois,

puisque nous retrouvons dans la formule le point de départ bolonais, le point de départ de la glose sur la loi Cunctos populos, à savoir l'analyse de la loi et cette considération que les lois ne s'appliquent qu'à ceux pour qui elles ont été faites : c'est la glose d'Accurse sur la loi Cunctos populos. La loi ne peut pas lier l'habitant de Modène, qui va à Bologne, ou réciproquement, puisque les lois applicables aux habitants de Modène ne le sont pas à ceux de Bologne. C'est donc, sous une forme très nouvelle, un retour en arrière, et la seconde doctrine italienne rejette ainsi à travers les siècles la première doctrine italienne. Comment l'école de la personnalité des lois présente-t-elle la démonstration de sa doctrine ?

Les différentes propositions de la doctrine :

a) la souveraineté personnelle, élément essentiel de l'état.

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

On peut résumer cette démonstration en trois positions :

1ère proposition : "C'est par les sujets qu'un Etat existe. La souveraineté personnelle est l'essence même d'un Etat, la souveraineté territoriale n'en est que l'accessoire. Avant tout, un Etat, c'est un agrégat de personnes réunies par un lien contractuel de sujétion commune. Sans doute le territoire est nécessaire à l'Etat pour lui permettre de remplir sa mission de protection, mais il n'y a là qu'un accessoire. D'après l'école, le point important est la sujétion. Il n'y a pas d'Etat sans sujétion. L'imagination et l'observation, notamment l'ethnographie, permettent de concevoir une société organisée sans territoire lui appartenant. Tel était le cas des nomades, tel est le cas dans certains pays à certaines époques, dans l'Inde, en Afrique, des tribus qui constituent une société organisée. Le territoire est à l'Etat ce que le domicile est à la personne. Il est nécessaire, il est indispensable, mais la personnalité peut exister sans domicile, l'Etat peut exister sans territoire.

Deuxième proposition : La souveraineté personnelle se traduit par le droit de donner des lois aux nationaux, et ce droit de légiférer ne connaît pas de frontière. L'Etat a droit au gouvernement exclusif de la condition juridique de tous ses nationaux, aussi bien ceux qui sont sur son territoire que ceux qui sont expatriés. Renoncer à ce droit de légiférer pour les nationaux expatriés et de les obliger à observer cette législation, c'est renoncer à la souveraineté. Reconnaître ce droit aux autres Etats, c'est reconnaître leur souveraineté. Le droit de donner des lois fait partie de la souveraineté personnelle et s'impose comme étant le caractère essentiel de la souveraineté.

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 qui traduit la souveraineté personnelle, celle qui est la plus appropriée aux intérêts et aux besoins de la personne, est la loi nationale. Sur ce point, les auteurs de l'école tirent argument du chapitre bien connu de "L'esprit des Lois" de Montesquieu, montrant que les lois sont en rapport direct avec la race, avec le tempérament naturel de ceux qu'elles régissent. Le jurisconsulte italien Fiore, dans son grand traité de D.I.P., ne manque pas d'invoquer cet argument. La base même de cette proposition, c'est la critique de la loi du domicile comme loi personnelle. La révolution opérée dans le D.I.P. par l'école de la personnalité du droit, son résultat juridique le plus important, le plus grave consiste en la substitution de la loi nationale à la loi du domicile comme base du statut personnel. Le domicile est critiqué d'une façon acerbe même, comme élément du statut personnel. C'est, dit-on, un élément absolument insuffisant comme base de la souveraineté personnelle de l'Etat. Il est sans doute le centre actuel des intérêts et des affaires de l'individu, mais pour être le siège de la souveraineté de l'Etat sur l'individu, le domicile tout d'abord manque de précision. Il est difficile parfois de savoir exactement où il se trouve. En tout cas, il n'a aucune fixité, aucune stabilité. Il changera par la volonté autonome de l'individu. Enfin, on ne peut considérer que le domicile rend compte de l'état intellectuel et moral de l'individu, dont au contraire doit se soucier la souveraineté personnelle de l'Etat. On repousse par conséquent pour ces raisons la tradition de l'ancien droit, la solution de la coutume internationale qui rattachait le statut personnel au domicile; la tradition statutaire, dit-on, est sans autorité; il n'y avait pas de loi nationale dans l'ancienne France, parce qu'il y avait une diversité de coutumes, il n'y avait pas l'unité de législation. On était donc obligé de s'en référer au domicile pour rattacher l'individu à sa coutume, mais le domicile était le seul critérium applicable à cette époque aux conflits de coutumes; depuis l'unification du droit en France, depuis le code civil, la loi nationale doit remplacer la loi du domicile.

Telles sont les trois propositions que l'on trouve développées dans les ouvrages de Weiss et dans les ouvrages des auteurs qui ont partagé cette opinion et les termes dans lesquels se présente cette doctrine de la personnalité du droit.

On doit ajouter, pour en compléter la notion, qu'elle a eu lors de son apparition en France un très

Expansion de
la théorie de
Mancini, son
influence en
législation
et en doc-
trine.

grand succès. On peut dire que vers la fin du XIX^e siècle, à part la dissidence de Lainé et les protestations de Pillet, elle était, pour ainsi dire, la doctrine classique. Les ouvrages répandus dans les écoles, au Palais, les ouvrages de D.I.P., les manuels, les précis de Audinet, de Surville, d'Arthuis, avaient adopté cette doctrine. Au surplus, il est incontestable que l'article 3 du code civil, et notamment l'article 3, § 3, lui donnait la base indiquée précédemment.

A l'étranger, elle fut également accueillie avec faveur dans un certain nombre de codes, dans le code civil saxon de 1853, dans le code civil espagnol de 1889, dans le code civil allemand de 1900, qui, à l'exemple du C. Civ. italien de 1865, ont adopté la loi nationale comme principe de rattachement. Dans l'Amérique latine même quelques codes adoptèrent ce point de vue, notamment le code brésilien, qui a adopté sur ce point les théories du code civil allemand. Dans les congrès internationaux, dans les conférences internationales, dans les réunions de savants, la doctrine de la personnalité du droit fit des progrès constants. En 1869 fut fondée à Gand une revue, la Revue de Droit international et de Législation comparée, qui soutenait les principes de la doctrine. Le jurisconsulte Laurent, le célèbre civiliste lui donnait son adhésion. En 1873 fut fondé l'Institut de D.I., en 1874 fut créé le Journal de D.I.P. de Clunet. Toutes ces publications développaient avec beaucoup d'ardeur le principe de la personnalité du droit, et enfin les conférences de La Haye, qui aboutirent aux conventions que nous étudierons prochainement, et dont les premières datent de cette époque, avaient voulu et ont eu pour objet consciemment et volontairement de tâcher de faire adopter partout les solutions dictées par la théorie de la personnalité du droit. Telle est la doctrine. Elle est présentée avec une très grande autorité scientifique, avec un appareil d'arguments impressionnant. On conçoit qu'elle ait pendant un temps très appréciable entraîné l'adhésion des jurisconsultes les plus considérables du D.I.P.

Les critiques.

Néanmoins, de très bonne heure, la critique s'est élevée. Le nom de Lainé a été mentionné; il fut à la Faculté de Paris l'adversaire intraitable et redoutable de l'école de la personnalité du droit. Les critiques qui ont été présentées aux systèmes et les raisons pour lesquelles de plus en plus on s'en écartera sont nombreuses.

Elles s'attaquent d'une part au principe et, d'autre

1^o sur le principe : Il aboutit à la négation du principe de la souveraineté respective des législateurs.

tre part aux exceptions admises par les auteurs.

En ce qui concerne le principe, on trouve la critique classique de Lainé, dans un article paru dans le premier volume de la Revue de D.I.P. de 1905, sur la rédaction du Code civil et le D.I.P. Lainé s'élève avec une très grande vigueur contre la théorie de la personnalité du droit. Sans doute, dit-il, la théorie des statuts a commis des erreurs. Il y a à la base de la théorie de la territorialité du droit de d'Argentré une erreur fondamentale, celle qui consistait à croire que le législateur abdiquerait en tout ou en partie sa souveraineté en faisant place à la loi étrangère. Au contraire, un Etat agit en souverain, lorsqu'il donne ainsi sur son territoire la préférence à la loi étrangère en vue d'organiser sur ce territoire une meilleure justice. Mais, ajoute-t-il, l'erreur dans laquelle tombe à l'inverse la théorie de la personnalité du droit, est infiniment plus grave. La doctrine de la personnalité du droit, telle que la comprennent les successeurs de Mancini aboutit à la négation du principe de la souveraineté respective des législateurs. C'est, dans un pays, la substitution de l'autorité du législateur étranger à celle du législateur du pays même. Le législateur qui accepte sur son territoire l'autorité incontestée du législateur d'un autre pays sur ses ressortissants est un législateur qui abdique, de sorte que, et par la nécessité de la réciproque, "chacun serait maître chez les autres et ne le serait pas chez soi". Telle est la critique du principe.

D'autre part, dans les propositions développées pour appuyer la formule de la doctrine, que de choses contestées ! On vient dire tout d'abord - c'est la première proposition - que l'Etat n'existe que par les sujets, que le territoire n'est qu'un accessoire. Ce n'est là qu'une vue théorique de l'esprit; de nos jours, il n'y a pas d'Etat sans territoire. Les cas que l'on invoque sont exceptionnels. Il faut aller les rechercher, soit dans l'histoire et même dans la préhistoire, soit dans les pays les plus lointains et les plus arriérés étudiés par l'ethnographie. La réalité est évidente, c'est que l'Etat et le territoire sont deux notions indissolublement liées. La deuxième proposition n'est pas moins contestable. L'idée que la souveraineté personnelle se traduit par le droit de donner des lois, qui suivent les personnes partout où elles se trouvent, nous ramène encore à des périodes de civilisation très reculées, à l'époque des invasions barbares, où le régime de la personnalité

) L'Etat et
e territoire
ont deux no-
ions indisso-
ublement
liées.

) archaïsme
e la deuxième
position.

c) Valeur incontestable de la notion du domicile comme point de rattachement de l'individu.

des lois était né dans la confusion engendrée par les invasions germaniques. Le régime de la personnalité se rencontre encore dans certains pays d'Orient et d'Extrême-Orient. Ce ne sont peut-être pas, au point de vue de l'ordre juridique, les pays qu'il convient de prendre pour modèle. Enfin la troisième proposition, suivant laquelle la loi nationale doit remplacer la loi du domicile, est contraire à la coutume internationale, contraire à la tradition française de l'ancien droit. Elle n'a peut-être pas soulevé autant de critiques que les deux premières propositions à l'époque où le manifeste de Mancini s'est présenté, mais de plus en plus on fait remarquer que le domicile peut aussi bien que la nationalité et au même titre servir d'élément à l'application de la loi personnelle. On prétend que le domicile manque de précision. On verra, en étudiant la nationalité, combien dans beaucoup de cas il est difficile de déterminer la nationalité d'un individu. On dit que le domicile manque de fixité, de stabilité. On verra encore que les grandes facilités accordées de nos jours à la naturalisation dans les divers pays permettent de changer très rapidement de nationalité. On dit que le domicile ne rend pas compte de l'état intellectuel et moral de l'individu et cependant, le lieu où il va fixer, non seulement le centre de ses intérêts et de ses affaires, mais aussi le centre de ses affections familiales, son foyer, tout ce qui attache l'individu à un point déterminé du territoire, à un pays, est aussi fort que celui du lien du sang ou celui des liens que nous verrons établis parfois très précairement et pris en considération par les lois sur la nationalité.

Par conséquent, quant au principe lui-même, et quant aux propositions qui constituent la charpente de sa démonstration, la critique s'est exercée dans un sens aussi impressionnant que les arguments de l'école elle-même.

Mais c'est surtout aux exceptions que s'est attaché, et c'est par les exceptions que l'on a tenté, assez victorieusement, de ruiner l'autorité de la théorie de la personnalité du droit. On a fait remarquer tout d'abord, et ceci frappe immédiatement lorsqu'on lit le catalogue des trois exceptions admises par l'école : ordre public international, la règle locus regit actum, et le principe de l'autonomie de la volonté, que les exceptions sont si importantes qu'elles réduisent le principe de la souveraineté à l'étendue de son application, presque à la seule matière de l'état et de la capacité, et encore étant

2^e Critiques au point de vue des exceptions apportées au principe de la nationalité.

mitée par l'ordre public; c'est en réalité les exceptions qui seraient les règles et la règle qui serait l'exception.

Au surplus, quand on prend les exceptions en elles-mêmes, on s'aperçoit que l'on y fait rentrer de véritables principes. Si l'on considère par exemple la règle suivant laquelle les choses immobilières, notamment d'une façon générale les choses corporelles, sont soumises à la lex rei sitae, on constate que l'école de la personnalité du droit la justifie en la faisant rentrer dans le principe de l'ordre public international. Ceci est proprement inadmissible. Le principe que les choses sont soumises à la lex rei sitae est un véritable principe général. On ne peut pas en faire l'application d'un principe très différent, qui est le principe de l'ordre public international. Enfin, quand on examine les principes admis par l'école, notamment le principe de l'ordre public international, on s'aperçoit que là aussi s'est exercée également avec beaucoup de succès la critique des adversaires. D'après l'école de Mancini, comme l'expose Weiss, l'ordre public international, et l'on appuie sur ce qualificatif, se distinguerait de l'ordre public interne. Il y a, écrit Weiss, deux ordres publics, qui ne sont pas identiques : l'ordre public interne exerce son influence personnellement dans les rapports du souverain et des sujets, que la nationalité soumet à son autorité, et l'ordre public international, au contraire, apparaît dans les rapports d'un individu et d'un Etat, auquel il n'appartient pas par son origine et tout l'objet de l'ordre public international n'est point de faire régner dans une société un ordre abstrait déterminé, mais simplement que l'hospitalité accordée à un étranger ne soit pas pour l'Etat qui accorde l'hospitalité une cause de désorganisation. Ainsi dans la conception de Weiss, on distingue l'ordre public interne et l'ordre public international et le premier a plus d'exigence que l'autre. Si on considère, par exemple, l'âge de la minorité et de la majorité, on voit que l'article 6 du code civil ne permet pas de déroger par des conventions particulières aux lois qui concernent l'ordre public. Si deux personnes en France s'entendaient, à l'occasion d'un contrat, pour qu'un mineur soit considéré comme majeur, il y aurait incontestablement une convention contraire à l'ordre public interne français. Mais, ajoute Weiss, rien ne s'oppose à ce que dans les limites de l'intérêt national un mineur hollandais, dont la majorité n'est fixée qu'à 23 ans soit considéré en France comme mineur jusqu'à 23 ans, eu égard à son statut personnel. Il y a donc deux ordres publics : l'ordre

a) Théorie de la dualité des ordres publics internes et international de la doctrine de la personnalité des lois.

public interne gouverné par l'article 6 du code civil et l'ordre public international qui est gouverné simplement par cette considération que l'intérêt général de l'Etat, sur le territoire duquel se trouve l'étranger, ne soit pas compromis par l'application de la loi étrangère sur le territoire.

b) Critique de cette théorie.

Cette conception de l'ordre public international a été très vivement critiquée. Elle a été notamment critiquée par Pillet. Le qualificatif international, dit Pillet, est à rejeter, car c'est une erreur fondamentale que de dire qu'un ordre public dans un Etat est international. L'ordre public est essentiellement national. Il est gouverné, réglementé, dominé par les lois du pays. Et ici, la terminologie trompe évidemment sur le contenu. D'autre part, l'ordre public n'a plus de signification précise, s'il doit désigner deux catégories de lois distinctes "L'idée de deux ordres publics, écrivait Pillet, ferait un peu penser à une place publique sur laquelle la police organiserait deux services d'ordre : l'un très strict à l'usage des nationaux, et l'autre plus réduit à l'usage des étrangers. Il n'y a qu'un seul ordre public. Là où l'ordre doit régner, tout le monde doit s'y plier" et comme conclusion, ajoute-t-il, une bonne doctrine doit pouvoir mettre hors de doute ses principes et nettement limiter les exceptions qu'ils comportent. C'est à quoi ne réussit pas la théorie italienne. On voit ainsi combien la théorie de Mancini, bien que se présentant avec une autorité considérable, a pu rencontrer d'objections, de critiques.

Est-ce à dire que le second système, que l'on va examiner, et qui est justement présenté par Pillet lui-même, soit plus satisfaisant ? L'effort rationnel du grand maître Pillet a-t-il abouti à doter la science du D.I.P. d'un principe général, suffisamment établi, clair et conduisant à des conséquences indiscutables ?

La théorie de Pillet :

Détermination de l'effet inter-à la Faculté de Paris. Il avait en 1884 et dans les années suivantes exposé son système dans le Journal Clunet, "Essai d'un système général de solution des conflits des lois". Il a développé par la suite ce système dans son classique traité pratique en deux volumes et dans son manuel, 1ère édition, 1924. Il a donné lui-même comme titre à son école ce titre de l'école de la détermination de l'effet international des lois par la considération de leur but. La considération du but des lois, du but social, c'est là le principe à suivre, et c'est pourquoi certains auteurs ont qualifié le système de Pillet de théorie téléologique.

parce qu'elle considère le but des lois pour déterminer leur effet international.

A certains égards Pillet, il le professait lui-même, se rattache à Savigny. En effet, sa théorie est internationale. Il ne la présente pas comme une application du principe des nationalités, quoiqu'il faille intervenir l'idée de souveraineté, mais il la situe dans la communauté de droit des Etats civilisés. Sur ce point, il se rattache à Savigny. De même que Savigny, rejetant la théorie de la courtoisie, il estime que c'est le droit qui impose à chaque Etat dans certaines circonstances de faire respecter sur son territoire les lois d'un autre Etat. A cet égard donc, et sur ces deux points, il se présente comme le continuateur de Savigny, mais à beaucoup d'égard, au contraire, et notamment par ses vues systématiques et par son point de départ, il s'est écarté des précédents du maître allemand.

Le but des règles de D.I.P., dit Pillet, c'est d'élaborer un corps de D.I.P. qui soit vraiment international, c'est-à-dire non pas une branche du droit interne, sans liaison avec le droit des pays étrangers, mais qui se situe dans l'ensemble de la communauté civilisée. Pour cela, il est nécessaire de partir d'un principe du droit des gens. Et c'est là le premier élément de sa théorie : partir du principe du maximum de respect des souverainetés, principe, disait Pillet, qui est l'un des axiomes fondamentaux du droit des gens. Voici comment il l'exposait : "Toute question de conflit de lois met en jeu l'étendue 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, on recherche fatalement auquel des législateurs, c'est-à-dire des souverains, il appartient de réglementer. Par suite, à la base des conflits de lois, on trouve toujours un conflit de souveraineté, conflit qui ne peut être rationnellement résolu qu'en conservant aux souverainetés en présence leur maximum d'autorité". C'est là ce que l'on appelle le principe du maximum de respect des souverainetés, qui compte parmi les axiomes fondamentaux du droit des gens. Tel est le point de départ.

Et voici le corollaire. En présence de plusieurs souverainetés en cause et en conflit, la préférence doit être donnée à celle des souverainetés qui a le plus d'intérêt à ce que sa loi s'applique. La méthode va donc consister à analyser le caractère des lois, afin de déterminer parmi les diverses souverainetés en présence celle précisément qui a le plus d'intérêt à l'application de la loi, et on le déterminera.

Points par les-
quels il se
rattache à
Savigny.

En quoi il s'
en écarte.

Caractère in-
ternational
du D.I.P.

Le conflit des
lois (par con-
séquent de sou-
veraineté) et
le principe du
maximum de
respect des
souverainetés.

Analyse des
caractères des
lois.

précisément en prenant en considération le but social de la loi.

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

Dès maintenant, il faut noter deux observations très semblables à celles qui ont été faites pour l'école de Mancini, mais se présentant en des termes un peu différents. On rencontre encore ici une chose très ancienne et une chose nouvelle.

Une chose nouvelle : de même que pour l'école de Mancini, on trouve à la base même du problème et de la méthode, l'idée de souveraineté, dégagée non pas du principe des nationalités, mais d'un autre principe du droit des gens, le principe du maximum de respect des souveraineté.

D'autre part, le point de départ de Pillet nous ramène à un point de départ ancien. Sans doute, n'est ce pas tout à fait le point de départ de l'école de Bologne, mais c'est toujours l'analyse du caractère de la loi. Ce n'est plus le point de départ de Savigny, qui analysait le rapport de droit, ce n'est plus tout à fait l'analyse bolonaise, on ne considère pas les sujets à qui la loi s'applique, mais on va considérer le but social du droit, le but social de la loi c'est donc en somme l'analyse du caractère de la loi, un peu comme le faisait d'Argentré, qui dégageait sa méthode d'un point de départ portant sur les objets auxquels s'appliquait la loi. Pillet envisage et analyse le but de la loi, mais c'est toujours l'analyse du caractère de la loi. Comment se développe la formule de Pillet ?

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

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

Nécessité pour résoudre la
Source : BIO Cujas

La méthode consiste à rechercher le caractère de la loi dans son but et voici alors comment il développe et présente sa théorie. En droit interne, dit-il c'est une théorie classique, la loi a un double caractère : le caractère de permanence et le caractère de généralité. La permanence, c'est la constance de l'application dans le temps. La généralité, c'est son étendue dans l'espace, à tous les rapports juridiques sur un même territoire. Ces deux caractères, en droit interne, appartiennent à la loi et toute loi les possède, qu'il s'agisse de loi personnelle ou de loi sur les choses, de lois sur les personnes ou sur les objets. En droit international, c'est là le postulat de la doctrine, il faut choisir. Les lois ne peuvent avoir en même temps en D.I.P. les deux caractères de permanence et de généralité. Par exemple, disait Pillet, en ce qui concerne la capacité matrimoniale d'un Français à l'étranger, le pouvoir de se marier librement d'un Français en Angleterre, deux lois sont en présence : la loi française, loi nationale et la loi étrangère : la loi permanente, c'est la loi

conflit de déterminer lequel des deux caractères est prépondérant.

Détermination du caractère prépondérant de la loi par le but social de celle-ci.

Recherche du but social de la loi.

Premier examen : à qui la loi est-elle destinée à profiter ?

française, la loi générale, c'est la loi étrangère. L'on ne peut appliquer simultanément l'une et l'autre. Il faut donc choisir entre les deux. Le problème consiste donc à rechercher, puisque la loi ne peut produire en D.I.P. qu'un seul de ses effets, les cas où il faut sacrifier le caractère de permanence à la généralité, ou à l'inverse, les cas où il faut sacrifier la généralité à la permanence. Le but du droit international est donc de rechercher des deux caractères celui qui suivant les cas doit être prépondérant, et de répartir dès lors les lois en deux groupes : les lois qui sont plutôt permanentes que générales et alors qui auront l'effet extraterritorial, et les lois qui sont plutôt générales que permanentes, et qui auront alors l'effet purement territorial.

Comment établira-t-on la prépondérance des éléments ? Ce sera, dit Pillet, et c'est là le fond de sa doctrine, par le but social de la loi. "Le but social 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, sinon elle serait une suppression de liberté irraisonnée. L'autorité compétente n'édicte une loi qu'en vue d'une certaine fin qu'elle proposait. 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 sera pas atteint". Tels sont les principes et telle est la base de la méthode de Pillet.

Par quel procédé peut-on rechercher le but social de la loi ?

Avant tout, dit Pillet, il faut se demander à qui la loi est destinée à profiter. C'est la première question qu'il y a lieu de se poser. Si la loi est destinée, par son but, à profiter à un particulier, c'est une loi dont les effets doivent être permanents, ils sont attachés à la personne, et par conséquent, les effets doivent être extraterritoriaux. Ils doivent suivre la personne partout où elle se déplace. Si, au contraire, par son but, la loi est destinée à profiter surtout à la collectivité, et si l'on n'a pas envisagé l'intérêt plus particulier des individus, c'est une loi plus générale que permanente, le caractère de généralité l'emporte sur l'idée de permanence et les effets doivent en être territoriaux. S'il en était autrement, si la loi destinée à profiter à un particulier, loi plutôt permanente que générale, n'avait pas d'effet extraterritorial, si la loi destinée à la collectivité n'avait pas d'effet territorial, l'une et l'autre manqueraient leur but. Et voici alors les exemples par lesquels Pillet illustre cette première étape de sa méthode.

Prenons pour exemple, tout d'abord, disait-il, la loi sur la propriété immobilière. Une loi visant la propriété immobilière doit régir tous les biens sis dans le pays, qu'il que soit le propriétaire, parce que la réglementation de ces biens fait partie de l'organisation foncière et que toute organisation foncière doit être uniforme, quels que soient les individus qu'elle touche. Il en résulte qu'une loi de ce genre est destinée avant tout à être strictement territoriale.

Deuxième exemple : à l'inverse, prenons les dispositions légales sur les conditions de validité du mariage, l'âge, le consentement des parties, etc... Les dispositions législatives de ce genre sont dictées par le souci de protéger les futurs époux. Une loi visant les conditions de validité du mariage ne produira donc son effet que si elle s'applique à l'individu dans le temps d'une manière permanente. Ce qui importe à la loi française ayant cet objet, ce n'est pas du tout de régir tous les Français en France, c'est au contraire de suivre les Français partout où ils se trouvent, sinon il leur serait trop facile d'échapper à ses dispositions. Par conséquent, il faut commerçer par se demander à qui la loi est destinée à profiter pour dégager ensuite le caractère prépondérant de la loi.

Deuxième examen : à qui nuirait sa non application ?

Un deuxième examen s'impose dans les mêmes conditions : il faut se demander à qui nuirait la non application de la loi. Par exemple, dans le cas de la propriété immobilière, à qui nuirait la non application de la loi foncière à tous les biens fonciers ? La sécurité des transactions, la sécurité des affaires en souffriraient certainement, si l'on admettait par exemple que certains biens soient soumis à la transcription et que certains autres ne le soient pas. L'intérêt général serait atteint.

A l'inverse, si les lois sur les conditions de validité du mariage n'étaient point applicables extraterritorialement, l'intérêt individuel en souffrirait ; ces lois étant considérées comme des lois de protection de l'individu, on nuirait à l'incapable en ne les appliquant pas au-delà du territoire.

Telle est la méthode préconisée par Pillet pour dégager le but social de chaque loi, c'est-à-dire le caractère prépondérant, celui qu'il n'y a pas lieu de sacrifier et qui doit l'emporter dans un conflit de lois. Par conséquent, dans un conflit de lois, l'essentiel est d'analyser le caractère des lois en présence, de déterminer le caractère prépondérant, eu égard au but social, caractère général ou caractère

permanent et de faire prévaloir la solution extraterritoriale ou territoriale résultant de cette analyse. Le système est cohérent, logique, rationnel; il est appliqué par Pillet dans l'ensemble de sa doctrine.

théorie du respect international des droits acquis dans l'œuvre Pillet.

Pillet estime que ce principe est en dehors du domaine des conflits de lois.

Pour en finir avec les théories de Pillet, on ne peut pas ne pas mentionner la part qu'il a faite et la place qu'il a assignée à la théorie du respect international des droits acquis. En effet, Pillet est aussi réputé pour cette partie de sa doctrine que pour la partie relative à la création du système de la considération du but social. Pillet, en effet, a été le premier dans toute la doctrine, - non seulement en France, mais dans la doctrine continentale, le point de vue au contraire étant très étudié en Angleterre - à faire ressortir le principe du respect international des droits acquis. C'est lui qui, le premier sur le continent, l'a mis en lumière d'une façon très heureuse, par des expressions et par une méthode d'exposition particulièrement claires. Toutefois, un point doit être relevé. Pillet présente le principe du respect international des droits acquis en dehors du domaine des conflits de lois; c'est là un des points fondamentaux de sa doctrine. C'est un principe séparé du D.I.P., qui ne rentre pas, selon lui, dans la catégorie des conflits de lois parce qu'il estime que dans l'application du principe du respect international des droits acquis il n'y a pas de conflit de lois. Il faut distinguer, dit-il, deux moments dans la solution des difficultés engendrées par la différence des législations. Premier moment : il peut s'agir de l'acquisition d'un droit ou encore de la modification, de la transformation, de la destruction d'un droit. Dans un cas de ce genre, le principe qui consiste à rechercher la loi applicable à l'acquisition de ce droit ou à la modification, à la transformation, etc... est un principe de rattachement, un principe de conflit de lois. Lorsqu'une matière de ce genre se rencontre à l'occasion d'un rapport de droit présentant des éléments d'étrangeté, incontestablement les deux lois qui sont mises en présence dans la collision appellent un principe de rattachement, elles appellent une solution de conflit de lois. Mais, au contraire, lorsqu'un droit est né conformément aux dispositions de la loi compétente, et qu'il ne s'agit plus que de déterminer les effets qu'il produira dans les différents pays, il n'y a pas de conflit de lois, et le D.I.P. intervient sous la forme du principe de reconnaissance et de respect des droits acquis, mais ce principe n'est pas un principe de conflit de lois,

Démonstration pratique de cette thèse.

c'est un principe de D.I.P. indépendant, et voici les exemples, sur lesquels Pillet raisonnait pour démontrer sa proposition.

Supposons tout d'abord que deux étrangers veulent divorcer dans un pays, auquel ils n'appartiennent pas par leur nationalité. Il y a conflit de lois portant sur l'état et la capacité. La question est de savoir quelle est la loi à laquelle il y a lieu de s'adresser pour leur reconnaître la possibilité de divorcer, c'est-à-dire d'acquérir une situation juridique. C'est une question d'acquisition des droits : premier moment. Mais deuxième exemple : deux étrangers sont divorcés dans leur pays d'origine, légalement, juridiquement. L'un d'eux va à l'étranger, veut s'y remarier. (C'était le cas, antérieurement au rétablissement du divorce en France, des Anglais qui voulaient se remarier en France). Quelle est la question ? Ils ne demandent pas à obtenir un divorce, ce qui est une question d'acquisition de droits, ils sont divorcés. Celui qui veut se remarier entend simplement se prévaloir d'un droit acquis existant déjà antérieurement à son profit de par sa loi personnelle pour légitimer une nouvelle union. Il n'y a pas, dit Pillet, dans un pareille hypothèse de conflit de lois, il y a simplement la question de savoir si l'on doit ou non respecter le droit acquis, déjà né au profit de l'étranger, et par lequel il profitera de sa liberté acquise légitimement, pour contracter une nouvelle union. Il est indispensable, dit Pillet, en D.I.P. d'isoler l'une de l'autre les questions de naissance et les questions de respect des droits.

Et alors, après avoir ainsi dégagé le principe du respect international des droits acquis de la matière des conflits de lois, Pillet en fait une exposition magistrale, et il est le premier à avoir fait ressortir dans les divers cas les plus importants le principe du respect international des droits acquis.

Telle est cette doctrine, une des plus récentes produites en France, qui a eu, il faut le reconnaître, une bien moins grande force d'expansion que la théorie de la personnalité du droit, non pas en raison du manque d'autorité de celui qui l'a émise, mais par le fait qu'elle n'était point appuyée comme l'était la théorie de la personnalité du droit sur une doctrine politique comme la doctrine de Mancini, qu'elle était purement rationnelle, de caractère purement scientifique, et s'adressant simplement à l'effort des jurisconsultes privés. Elle a cependant été accueillie avec beaucoup de sympathie, examinée, cri-

Appréciation de la doctrine de Pillet.

tiquée, quelquefois adoptée. A l'heure qu'il est, les adeptes de la doctrine de Pillet sont assez peu nombreux. On verra qu'en Belgique notamment, le plus réputé des jurisconsultes belges à l'heure actuelle a admis cette doctrine et l'a combinée avec celle de Savigny. Malgré tout, en France, la doctrine de Pillet a surtout rencontré des critiques. Et voici les principaux points sur lesquels la critique a porté.

On lui a tout d'abord reproché de fournir un critérium souvent en défaut, parce que si l'on doit rechercher le but social de la loi pour en dégager le caractère prépondérant, on ne saura pas toujours à quelle loi on doit appliquer la méthode et la recherche. M. le Doyen Valery, au numéro 364 de son Manuel de D.I.P. a donné l'exemple suivant. Voici le cas de la faillite. Plusieurs lois sont en concurrence : la loi du pays d'établissement, la loi nationale, la loi de l'ensemble des créanciers. Il se peut que les créanciers ne soient tous situés dans un même pays, notamment dans un cas d'emprunt international, émis à l'étranger, quelle est la loi à laquelle on doit appliquer la méthode de recherche du caractère prépondérant ? Quelle est la loi que l'on doit considérer, de ces lois qui sont en concurrence, pour faire porter la recherche ? Si l'on choisit l'une de ces lois plutôt que l'autre, on exerce un choix en dehors du principe et on tranche la question par la question. Telie est la première critique présentée.

M. Valéry ajoute qu'il est très difficile, malgré les principes d'application de la méthode, de dégager d'une façon très nette quel est, par exemple, le caractère exact et prépondérant des lois sur la nationalité, sur l'obligation alimentaire entre parents, etc...

M. Lerebours-Pigeonnière présente une critique du même genre. Tout en s'inclinant comme tous les auteurs français devant l'ingéniosité du système et reconnaissant que la notion de recherche du but social des lois est très importante dans l'analyse juridique, M. Lerebours-Pigeonnière critique surtout la classification bipartite qui aboutit à des résultats arbitraires et discutables. Il en donne pour exemple, au numéro 230 de son Précis, la question de la responsabilité des accidents du travail. Cette question est en général soumise, d'après l'opinion admise, à la loi du contrat d'embauchage, loi de caractère général et qui devrait être territoriale. Or il est admis dans la plupart des pays, et notamment dans le nôtre; que la loi sur les accidents du travail engendre des effets, même si l'accident a eu lieu à l'étranger, ce qui est en contradiction avec

le principe territorial et de généralité de la loi.

Telles sont les deux critiques, qui ont été adressées notamment à la doctrine elle-même. En voici plusieurs autres que l'on pourrait y ajouter.

• D'abord, toujours en présence de la doctrine, il est remarquable que même des auteurs qui admettent le système de Pillet donnent, par leurs hésitations sur certaines questions, la preuve que le criterium n'est pas sans défaut et n'est pas absolument déterminant. Voici un exemple : la question des lois successorales. Dans la première édition du Manuel de Pillet, N° 632, l'auteur a estimé que les lois successorales sont des lois familiales, que, par elles, le législateur protège la famille et l'individu. Ce sont donc des lois permanentes avec des effets extraterritoriaux. En quelque lieu que les biens soient situés, une seule loi devrait s'appliquer toujours la même, sinon le but social qu'elle se propose ne serait point atteint, et en conséquence la famille étant régie par la loi nationale, la compétence devrait appartenir à la loi nationale du défunt. Mais dans la 2ème édition du même Manuel, la loi nationale est rejetée en faveur de la loi du domicile. "L'examen de la question aboutissant à commander des réflexions différentes, aboutissant à appliquer la loi française aux immeubles sis en France, la loi du domicile pour les meubles, avec cette constatation que dans les conflits de lois de ce genre les aspects sont variables et que la solution du problème peut changer". Il y a donc là une variation du système, qui est de nature à faire douter de l'excellence du criterium.

2) Variation du système, d'après l'auteur lui-même.

3) Critique relative à la notion d'ordre public.

D'autre part, autre critique que l'on peut adresser : c'est au sujet de la notion de l'ordre public. Un des grands avantages du système préconisé par Pillet était, à l'origine, que ce système donnait de l'ordre public une notion très claire. Dans ses Principes de D.I.P., Pillet avait en effet attaché le caractère d'ordre public aux lois qui sont générales, pour ne pas manquer à leur but social. C'était un criterium très clair. Toutes les lois plus générales que permanentes étaient des lois d'ordre public. Mais cette conception a été abandonnée par Pillet dès 1924 dans la première édition de son Manuel. Il déclare, aux n° 329 et ss., que les lois d'ordre public ne peuvent pas être déterminées à l'avance, qu'elles ne se confondent pas avec les lois générales, que la notion d'ordre public est une notion qui ne se plie à aucune classification à priori. Il devrait appartenir aux tribunaux des divers pays de décider, pour chaque espèce, si l'ordre public est en jeu, et Pillet termine par cette

formule : "La notion d'ordre public fait partie des choses que l'on sent bien mieux qu'on ne les exprime". Or cet aveu sous la plume d'un auteur rationnaliste est un appel à l'impressionnisme. Et lorsqu'on édifie ainsi une théorie rationnelle, soumettre un des principes les plus importants de la théorie au sentiment du juge, au sentiment du jurisconsulte, c'est un aveu de faiblesse du système.

4) Critique relative au principe du respect international des droits acquis.

En dehors de ces critiques, on a alors plus spécialement adressé des objections à la manière dont Pillet a classé le principe du respect international des droits acquis. M. Bartin notamment a fait remarquer avec très juste raison que dans le principe des droits acquis et dans son application, il y a un véritable conflit de lois. Seulement c'est un conflit de lois spécial: un conflit de lois avec complication de temps. Deux lois sont toujours en présence : la loi sous le régime duquel le droit a été acquis et la loi sous le régime duquel l'acte passé droit produire ses effets. Il y a toujours deux lois en présence, seulement la seconde loi intervient après la première. Il y a, ce que M. Bartin appelle un conflit mobile. "Le principe de la reconnaissance internationale des droits acquis n'est pas autre chose, écrit M. Bartin, que la traduction dans le temps du principe fondamental qui détermine la loi applicable à un rapport de droit quelconque" (Principes de M. Bartin, T. 1 n° 78).

5) Critique relative à la distinction des droits acquis et des droits à acquérir.

Quant à la distinction entre les droits acquis et les droits à acquérir, point sur lequel Pillet insistait le plus, est-ce qu'il n'y a pas, même dans l'exemple pris par Pillet pour montrer l'hypothèse où il n'y a pas droit à acquérir mais droit acquis, une véritable situation à acquérir ? Pillet vient dire par exemple que, lorsqu'un époux déjà divorcé dans son pays d'origine et légalement divorcé, veut contracter un mariage dans un pays qui ne reconnaît pas le divorce, il ne demande pas à acquérir une situation nouvelle, un droit nouveau, mais il demande à se prévaloir d'un droit ancien, il demande à se prévaloir de la liberté qu'il a acquise dans son pays d'origine. Mais s'il a acquis la liberté de se remarier, que veut-il donc acquérir dans le pays qui n'est pas le sien ? Il veut acquérir la situation d'époux, il demande à modifier son état et à devenir, d'époux divorcé à époux marié. Donc, il n'y a pas seulement une question de droit acquis, il y a aussi une question de droit à acquérir, de contracter une nouvelle union et d'engendrer la qualité d'époux marié. C'est l'acquisition d'un droit nouveau.

Voilà les principales critiques, que l'on peut faire au système de Pillet. On constate ainsi, par ces

critiques que le système de la personnalité du droit comme le système de la détermination du but social des lois, ne sont pas exempts de reproches, et l'on peut se demander dès lors si ce n'est pas du côté des auteurs qui repoussant tout système veulent rechercher la solution des conflits de lois dans une analyse séparée des cas, que se trouve la vérité juridique.

La tendance analytique.

La tendance analytique domine à l'heure actuelle dans la doctrine française; c'est à elle que se rattachent la plupart des auteurs contemporains en France. Voici quelques exemples pris à des dates différentes.

Doctrine de Lainé.

Tout d'abord, à l'époque même où le système de la personnalité du droit conquérait le plus de suffrages dans notre pays. Lainé, notamment dans son article de 1905 sur la rédaction du code civil et le D.I.P. a préconisé la nécessité d'une analyse et proclamé l'inanité de tout principe général. Selon lui, il n'y a que des solutions fragmentaires contenues dans un certain nombre de règles diverses. La diversité des règles tient à la diversité des lois, lesquelles sont le résultat de la diversité des rapports et des matières juridiques. Voici comment il s'exprime : "Je crois que la solution du conflit des lois ne doit dépendre d'aucun principe, ni 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". Et Lainé ajoutait que "cette méthode n'était pas autre chose qu'un retour à la méthode suivie instinctivement par Bartole et par Dumoulin. Cette méthode fut autrefois, dans une première période de la théorie des statuts, celle que suivirent, instinctivement guidés par le simple bon sens, de nombreux juristes italiens ou français, dont les plus illustres sont Bartole et Dumoulin". Elle fut malheureusement, à la fin du XVI^e siècle, répudiée par d'Argentré, de là en France une nouvelle théorie des statuts. Les auteurs du code civil, après s'y être attachés dans les divers projets, l'ont en dernier lieu abandonnée. Finalement, ils sont revenus à la première méthode, celle de Bartole et de Dumoulin.

Il faut ajouter quelque chose, car s'il est exact que Bartole et Dumoulin aient recherché, à travers les matières différentes, par une méthode analytique des solutions fragmentaires, le principe même de la recherche analytique donné par Lainé est un principe différent, c'est le principe de Savigny, et c'est à juste raison que l'on range Lainé parmi les disci-

ples de Savigny. En effet, qu'est-ce donc que l'analyse à laquelle Lainé se livre ? Qu'est-ce donc que cette recherche analytique, dans chaque cas particulier, de la nature du rapport juridique ? C'est purement et simplement l'analyse de Savigny : étant donné un rapport juridique présentant des points de contact avec plusieurs législations, déterminer celle qui lui est applicable, en raison de la nature du rapport de droit.

En réalité, le système de Lainé, la méthode analytique, est, si l'on veut, une combinaison de la méthode bolonaise et de la méthode de Savigny.

A la veille de la guerre, dans son Manuel paru en 1914, M. le Doyen Valéry proclamait également la supériorité de la méthode analytique sur la méthode systématique. Ayant critiqué les divers systèmes préconisés avant lui, M. Valéry fait l'éloge de la doctrine de Savigny, de son point de départ et de sa méthode. Sans doute, y a-t-il, dans la doctrine de M. Valéry, une prépondérance donnée autant qu'il est possible à la loi écrite, à l'intention du législateur, et avant tout il y a lieu, suivant l'auteur, de rechercher autant qu'il est possible la volonté expresse ou présumée du législateur dans les lois, les traités, etc. Mais M. Valéry reconnaît que, dans bien des cas, la loi étant muette, il y a lieu à une recherche complémentaire. Cette recherche doit être faite par l'analyse du rapport de droit. Au n° 377 et au n° 378 de son manuel, M. Valéry pose le principe que tout rapport de D.I.P. doit être régi à chacun des points de vue sous lequel il peut être envisagé par la loi qui convient le mieux à sa nature. (L'analyse des éléments du rapport de droit est faite au n° 378 du manuel de M. Valéry). Il exprime la règle que pour trouver le principe de rattachement, il faut rechercher si l'élément étranger a l'importance suffisante pour attirer l'application de la loi étrangère et constituer l'élément de rattachement. Voilà donc par conséquent une adhésion très nette et très formelle à la doctrine de Savigny.

Mais l'auteur qui, à l'heure actuelle, représente avec le plus d'autorité la conception analytique, est incontestablement M. Bartin. Dans ses Principes, en particulier, dont les deux premiers volumes ont paru en 1930 et en 1933, et surtout dans le tome 1er, M. Bartin s'affirme comme la personnalité la plus représentative de la tendance analytique contemporaine, et sur ce point il est le véritable continuateur de Savigny dans notre pays, dont il a adopté, non le système, car il l'a critiqué, mais la méthode. Comme tous

Doctrine de
M. Valéry.

Doctrine de
M. Bartin.

la base du conflit des lois la notion de souveraineté. Il identifie le conflit des lois avec un conflit de souveraineté. Dans le conflit des lois, écrit-il, deux Etats sont en lutte pour trancher le litige; le conflit de deux législations sur un point donné, le conflit de deux groupes de juridictions relativement à un litige donné, écrit-il, ne sont au fond que des conflits entre Etats, en matière de droit privé. Ce sont des litiges internationaux de droit privé, il y a conflit de souveraineté sur le terrain du droit privé. Ceci posé, il retient comme fondamentale la méthode de Savigny, qui fait dépendre dans ce conflit la détermination de la loi applicable de la nature du rapport de droit litigieux.

M. Bartin applique la méthode de Savigny avec deux différences. Comme Savigny, en premier lieu, il admet la distinction et la classification de tous les rapports de droit, idée féconde suivant lui et rationnelle, aboutissant à des conséquences fécondes. Mais la classification des rapports de droit, que préconise M. Bartin, est très différente de celle que préconisait Savigny. (V. notamment les pages 174 et ss. de son tome 1er). Voilà la première différence.

La seconde différence est plus importante. Sans doute, M. Bartin emprunte à Savigny l'idée que c'est la nature des rapports qui fixe la loi applicable, mais ce n'est pas tant le rapport de droit que l'institution juridique à laquelle ce rapport appartient, dont il faut analyser la nature, et au § 77, p. 191 de son tome 1er, dans un passage sous la rubrique du principe du système, M. Bartin précise la nuance. En D.I.P. ou plus précisément dans le D.I.P. 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. C'est la nature de l'institution correspondant à ce rapport de droit qui détermine la loi applicable. Par exemple, lorsqu'il s'agit, dans un contrat de mariage, d'une institution contractuelle : au lieu de rechercher purement et simplement dans le rapport de droit soulevé par le régime matrimonial la solution de la question, il faut analyser la nature juridique de l'institution contractuelle, et pour dégager la loi applicable, c'est l'institution elle-même beaucoup plus encore que le rapport de droit engendré qu'il faut analyser. On comprend alors quelle est l'essence du système de M. Bartin. Il l'a d'ailleurs indiqué dans les cinq premières lignes de la première phrase de son tome premier. "Le D.I.P. n'est selon moi que la classification

Appréciation critique de la doctrine de M. Bartin.

des institutions civiles fixées par les conséquences internationales différentes de chacune d'elles". C'est la projection du droit interne sur le plan international.

Ce système, comme le système de Pillet, appelle et a appelé en France un grand nombre d'adhésions, et en tout cas l'attention de tous les juristes. Il a pour effet de mettre au premier plan la question fondamentale de la qualification, car en réalité la recherche de la nature d'une institution juridique à l'effet d'en dégager la loi compétente, c'est ce que l'on appelle la qualification, et c'est une notion qui intervient essentiellement, non pas tant à proprement parler dans le conflit des lois que dans le conflit des règles de rattachement, car la qualification est à la base du rattachement. Le fondement de la théorie de M. Bartin à propos des qualifications, sera examiné ultérieurement. Voici simplement l'une des critiques qui ont pu être adressées au système de M. Bartin.

L'analyse pénétrante à laquelle on se livre suivant la méthode même qui consiste, non pas seulement comme Savigny a scruter le rapport de droit, mais aussi à scruter l'institution, est-elle suffisante dans tous les cas pour faire reculer l'impressionnisme et faire prédominer le rationalisme, ce qui est évidemment le but aussi bien des analytiques que des systématiques ? La question de l'ordre public montre encore aussi l'analyse en défaut. M. Bartin s'est attaché dans son tome Ier à une analyse très pénétrante de la notion d'ordre public. Comment résout-il le problème ?

Il fait d'abord appel, non pas au droit interne, mais à l'ensemble des droits des divers pays pour essayer de dégager cette notion. Il y a atteinte à l'ordre public quand on applique, en France, la loi d'un pays étranger, qui ne présente pas pour nous une communauté de droit découlant de son degré de civilisation. M. Bartin se place comme Savigny, son prédecesseur, dans le cadre de la communauté de droit et il est obligé de faire intervenir une notion extérieure de communauté de droit entre notre droit et les droits étrangers pour aboutir à sa solution. Mais il y a plus, l'analyse stricte amène-t-elle à donner de la notion de l'ordre public une définition acceptable ? Ici encore procès-verbal de carence. M. Bartin dit au § 101 in fine, p. 467 de ses Principes : "Tout espoir s'évanouit de rattacher la notion d'ordre public international à une catégorie prédéterminée de dispositions légales essentiellement variables et mobiles

dans ses applications. Cette notion ne comporte même pas la définition approximative, qui en limite les manifestations du domaine encore trop large des dispositions impératives ou prohibitives".

En vérité, la doctrine française, tant analytique que systématique, aboutit au résultat suivant : on a donné à juste titre la prédominance à l'élément rationnel, mais malgré toutes les recherches, l'élément rationnel ne fournit point de solution qui ne soit susceptible d'être critiquée. L'élément rationnel est encore en défaut sur un certain nombre de points. D'autre part, la multiplicité des analyses individuelles a engendré sur chaque question des solutions différentes, qui n'ont pas été sans soulever les critiques de ceux qui regardent de plus en plus à raison de ces querelles le D.I.P. avec un certain scepticisme. Enfin, l'introduction de l'idée de souveraineté à laquelle tant les analytiques que les systématiques souscrivent aujourd'hui, a aggravé les conflits de lois en présentant les conflits de lois comme des conflits entre Etats, dans une discipline juridique où l'on tend à rechercher au contraire la conciliation et la concordance. Dès lors, on a tendu à accentuer dans chaque pays le particularisme du D.I.P. C'est pour toutes ces raisons que M. Levy-Ullmann se rattache à une conception qui n'est ni la conception analytique, ni la conception systématique.

Cette nouvelle conception a été présentée, notamment, tout à fait à la fin de sa vie, par André Weiss, qui, s'apercevant des difficultés de faire prevaloir définitivement le système de la personnalité des lois, recherchait dans une autre voie la conciliation des lois. Dans un article intitulé : "Existe-t-il un D.I.P. ?" publié en 1926 dans les Mémoires de l'Académie internationale de Droit comparé, p. 17 et ss. André Weiss indiquait le principe de solution dans une voie un peu différente. André Weiss étant nourri de l'étude du droit comparé, celle-ci couvre un grand nombre de pages dans son traité et dans son Manuel. Weiss avait reconnu lui-même qu'il existait dans tous les pays civilisés à l'heure actuelle un fond commun de règles identiques.

Abstraction faite de tout esprit systématique ou analytique, par la force de l'histoire, par la force de la tradition, par la permanence de la coutume internationale, par dessus la divergence des codifications, il y a une parenté certaine entre les législations dans la matière des conflits de lois, et abstraction faite de tout esprit de système, en

Rejet des doctrines analytique et systématique.

La tendance universaliste.

recherchant par la méthode d'observation, de rapprochement, et en y appliquant l'analyse rationnelle à titre subsidiaire, et en recherchant avant tout les règles communes, on pourrait arriver à dégager universellement un certain nombre de principes communs auxquels on se rattacherait. Les pays auraient intérêt à rechercher pratiquement les règles en vigueur dans chacun d'eux, à tâcher de faire le sacrifice de quelques systèmes ou de quelques idées systématisques au profit du bien commun, qui résulterait de règles uniformes. C'est à cette tendance dégagée de tout esprit systématique, mais souscrivant à l'effort rationnel, que l'on a donné, et que l'on peut donner le nom de tendance ou de conception universaliste, qui a pour objet de se rattacher par l'histoire à la coutume internationale, de rejeter les analyses trop subtiles, tant dans l'ordre systématique que dans l'ordre analytique, de faire prédominer avant tout l'intérêt de l'uniformité de la règle, de manière à ce que dans tous les pays on sache que, uniformément, les lois sont conciliées suivant des règles de rattachement identiques. Ceci supposerait et tend à supposer qu'il existe un fond commun dans les législations.

Chapitre Troisième.

LES SYSTEMES ETRANGERS - LES CONFLITS DE SYSTEMES

LES CONVENTIONS ENTRE ETATS

Dans les deux premiers chapitres, on a étudié la formation de la coutume internationale, et en second lieu sa destinée dans notre pays. Il est indispensable d'ajouter à ces données quelques notions complémentaires concernant les systèmes étrangers parce que les conflits de système entre les systèmes étrangers et le système français engendrent des questions importantes et classiques, notamment celles du renvoi et de la qualification. Enfin, il est indispensable de savoir que, pour sortir de la confusion engendrée par l'abandon de la coutume internationale dans certains pays, il a fallu recourir à des conventions entre Etats, dont les plus importantes sont celles de La Haye et la convention panaméricaine, qui porte le nom de Bustamante.

Il convient donc de s'attacher à ces trois ordres de questions très rapidement : d'une part, les systèmes étrangers, deuxièmement, les conflits de systèmes, et troisièmement, les conventions entre

Etats.

§ 1 - Les systèmes étrangers.

Cette question jusqu'à présent n'a pas fait l'objet, non seulement d'une étude d'ensemble, mais même d'une étude par pays. Chez nous on n'a jamais eu l'idée de confectionner des monographies, concernant les systèmes de rattachement dans les différents pays. C'est à peine si l'on trouve quelques éléments de la question réunis dans deux volumes parus il y a quelques années du répertoire de Droit International de MM. La Pradelle et Niboyet, sous le titre D.I.P. comparé, qui couvrent deux volumes du répertoire, volume 6 et volume 7.

Il est impossible de jeter, même par les lignes générales, un coup d'oeil sur l'ensemble des règles de rattachement admises à l'étranger. M. Lévy Ullmann veut simplement condenser les quelques données indispensables à connaître dans cette matière sous deux observations générales.

Tout d'abord, le fait le plus grave pour les destinées de la coutume internationale dans le monde contemporain, c'est la grande scission, le grand schisme pourrait-on dire, inauguré dans la matière des conflits de lois, d'abord peut-être inconsciemment par le code civil, et ensuite sciemment par d'autres textes, par d'autres pays, au moyen de la substitution de la loi nationale à la loi du domicile, pour régler les questions de statut personnel. On a vu que dans l'ancienne coutume internationale, dans le droit coutumier français comme dans tout le reste du monde, à la fin du XVIII^e siècle et au comment du XIX^e siècle, les questions d'état et de capacité étaient réglées par la loi du domicile. L'article 3, § 3 C. civ. pour les Français a substitué à la loi du domicile la loi nationale; certaines codifications l'ont imité et d'autres l'ont dépassé. Il en est résulté entre les législations une opposition fondamentale concernant ce point : les unes réglant le statut personnel par la loi nationale, les autres réglant le statut personnel par la loi du domicile, et comme c'est là la source principale du renvoi, il convient d'insister quelque peu sur cette première observation.

Comment se répartissent les législations dans ces deux catégories ? Quels sont, en général, les pays qui ont admis comme le code civil français la loi nationale ? Quels sont ceux qui sont restés fidèles à la loi du domicile comme base du statut personnel ?

Première observation générale : la divergence des législations quant à la loi régissant le statut personnel.

Pays admettant la loi nationale.

Ont suivi le code civil français, d'abord dans l'Europe occidentale, les codifications qui en sont les filiales, c'est-à-dire le code civil italien de 1866, le code civil portugais, le code civil espagnol, 1889. La Belgique et le Luxembourg ont adopté le code Napoléon. Dans l'Europe centrale et septentrionale, au lendemain du code civil, en 1811, le code civil autrichien a imité l'article 3 du code civil français, la Hongrie, 1876, l'Allemagne, code civil de 1900, les Pays-Bas depuis fort longtemps, loi de 1829, et enfin dans une certaine mesure, seule parmi les trois Etats Scandinaves, la Suède a marqué un mouvement en 1880 et en 1904 en faveur de la loi nationale, mais ce mouvement se trouve aujourd'hui enrayer et il est remplacé au contraire par un mouvement inverse. Dans l'Europe orientale, la Serbie, 1844, la Roumanie, code de 1864, issu du code français; la Grèce loi de 1856, la jurisprudence bulgare, la Turquie, loi de 1915. Enfin il faut joindre à tout ce bloc européen continental, qui couvre certainement une grande partie de l'Europe, les Etats nouveaux issus de la guerre, et qui naturellement se sont rattachés au principe des nationalités et à ses conséquences, la Pologne, loi de 1926, la Tchécoslovaquie, la Finlande. En dehors de l'Europe continentale, on peut citer en Asie, le Japon, loi de 1898, en Afrique, l'Egypte, et dans l'Amérique latine quelques pays influencés surtout par l'exemple allemand, comme le Brésil, article 8 Titre Préliminaire du code civil de 1916, révisé en 1919, qui n'est qu'une copie très intéressante sans doute du code civil allemand, et également le Chili. Tels sont les pays qui sont passés de la loi du domicile à la loi nationale.

Pays admettant la loi du domicile.

Ceux au contraire qui sont restés fidèles à la loi du domicile, ce sont surtout et avant tout les pays anglo-saxons, qui avaient des raisons pour continuer à suivre la coutume internationale : l'Angleterre, ses dominions, les Etats-Unis d'Amérique, dont le droit des conflits de lois est copié sur la coutume internationale d'après Story, ainsi tous les pays de langue anglaise en définitive, et dans l'Europe les pays scandinaves, c'est-à-dire le Danemark, jurisprudence constante, la Norvège, droit coutumier, dont la base est la loi du domicile, et la Suède - qui avait marqué à la fin du dernier siècle une tendance à adopter une loi nationale revient pour unifier sa législation et la mettre en uniformité avec celles des autres Etats scandinaves - sont attachés à la loi du domicile. Un pas dans cette voie a été fait lors de la grande convention des pays

auxquels se sont jointes l'Islande et la Finlande, lors de la convention de Stockholm du 6 Février 1931 (Revue de D.I.P. 1933, p. 561). C'est une convention sur les conflits de lois en matière de mariage, de divorce, d'adoption et de tutelle, où les cinq Etats intéressés ont signé en faveur de la loi du domicile. Dans l'amérique latine, la plupart des pays sont attachés à la loi du domicile, et d'une façon irréductible, notamment la république Argentine, l'Uruguay, la Colombie et Costa-Rica, qui lors de l'adoption du code Bustamante, protestèrent dans les termes les plus énergiques en faveur de la loi du domicile. On comprend d'ailleurs pourquoi : ce sont des pays d'immigration, et ils ne tiennent pas à voir se constituer au sein de leur population des îlots ethniques échappant à leur propre législation.

Tels sont les deux blocs qui s'affrontent, et on peut dire qu'ils sont à peu près de force numérique égale. Les Anglais, qui sont grands statisticiens, ont estimé à cinq cents millions de personnes celles qui vivent sous l'empire de la loi du domicile, alors qu'ils chiffrent seulement à quatre cent cinquante millions ceux qui vivent sous l'empire de la loi nationale. Ils en déduisent cette conséquence que, étant restés fidèles à la tradition historique, par conséquent ayant maintenu l'état de chose antérieur, et se trouvant dans la majorité, ce sont les pays qui ont changé, qui ont adopté la loi nationale, qui ont le devoir de revenir à la loi du domicile. C'est une des raisons pour lesquelles ils ont toujours résisté aux conférences et aux conventions de La Haye et qu'ils ont toujours refusé d'y adhérer. Telle est la première donnée fondamentale, dont il convient de garder le souvenir, en ce qui concerne les systèmes adoptés dans les pays étrangers.

Voici maintenant une autre observation, qui entraînera des développements plus longs : elle a trait à la manière dont on peut classer les divers systèmes, à la classification que l'on peut proposer des divers systèmes entre lesquels se répartissent les législations concernant les règles de rattachement.

On peut prendre, comme base de comparaison, le système français, et établir alors par comparaison avec le système français trois catégories, dans lesquelles on peut répartir tous les systèmes actuellement existants,

La première catégorie, la plus rapprochée du code français, c'est celle qui admet à peu de chose près les mêmes règles que le droit français, ce sont les pays qui ont adopté le Code Napoléon : la Belgique le Luxembourg.

Deuxième observations générale relative à la classification des systèmes de législations concernant les règles de rattachement.

Classification en trois catégories par comparaison avec le système français.

Une deuxième catégorie peut être consacrée aux pays qui s'éloignent le plus du système français, par le fait qu'ils ont adopté une codification plus ou moins étendue de la matière. Alors que le droit français ne contient que quelques textes et que pour la plupart des règles il n'a fait que reprendre les règles de l'ancienne coutume internationale, il y a certains pays qui ont, dans leurs textes écrits, développé, d'une façon importante même, la matière des conflits de lois et l'ont réglementée, certaines même s'écartant beaucoup de la coutume internationale.

Une troisième catégorie peut être consacrée aux pays restés fidèles à la coutume internationale, aux pays qui ont continué la tradition de la coutume du XVIII^e siècle, et qui marquent aujourd'hui ce qu'aurait été chez nous en France la coutume internationale, si le code civil n'était point survenu.

M. Lévy-Ullmann envisagera exclusivement les pays qui nous entourent, c'est-à-dire ceux avec lesquels les conflits de lois sont le plus fréquents et répartira dans ces trois catégories les pays qui nous avoisinent. Ils se répartissent très facilement.

Dans la première catégorie, on trouve la Belgique et le Luxembourg. Dans la deuxième catégorie, en prenant un ordre géographique : l'Allemagne, la Suisse, l'Italie, l'Espagne. Dans la troisième catégorie, l'Angleterre.

Ainsi, les pays qui nous environnent directement se répartissent dans les trois catégories. On pourrait par la suite répartir les autres pays par une même méthode dans les diverses catégories.

Dans la première catégorie, on prendra comme exemple la Belgique, pour étudier comment un pays qui a, au commencement du XIX^e siècle, reconnu notre législation, l'a développée. Dans l'ensemble, la Belgique donne comme un aperçu réduit, on pourrait presque dire une photographie en réduction, du système français. En effet, si l'on ouvre les ouvrages spéciaux de D.I.P. pour la Belgique, notamment l'excellent manuel du professeur de Louvain, le Vicomte Pouillet, Ministre d'Etat (Manuel de D.I.P. belge, 2^e édition, 1928, ouvrage très bien fait et très clair) on croit voir le droit français, sauf quelques nuances. Evidemment notre jurisprudence a eu de l'influence comme elle en a eu en droit civil sur le droit belge, mais les Belges ont, dans le D.I.P. comme dans le droit civil, apporté à l'interprétation cette note stricte d'interprétation, qui est la caractéristique du droit de la Belgique et de la jurisprudence belge, et ceci sous l'influence du plus grand de leurs juristes de droit civil et de D.I.P., du

Première catégorie : la plus rapprochée du code français.
Exemple : la Belgique.

célèbre juriste flamand Laurent. Laurent, dans son traité de droit civil et dans ses principes de D.I.P. a toujours préconisé et appliqué avec une très grande énergie une interprétation très stricte. Les Belges par conséquent, sur différents points où la jurisprudence française s'est montrée large, se sont montrés très stricts et ont même une tendance à réglementer par écrit, étant très amateurs de la loi écrite, ce que nous avons laissé à la jurisprudence. Voici quelques exemples de cette interprétation stricte.

Toutefois, on se rattache à une interprétation stricte.

a) quant à l'admission du pourvoi pour inexactitude dans la détermination de la loi compétente.

D'abord en ce qui concerne la première question - déjà envisagée dans le droit français - les pouvoirs de la cour de cassation concernant l'application de la loi étrangère, la jurisprudence de la cour de cassation belge est analogue à la jurisprudence française. On y rencontre la même distinction concernant l'admission nécessaire du pourvoi en cas d'inexactitude de la détermination de la loi compétente. C'est une jurisprudence constante. On trouve, à l'inverse, le refus par la cour de cassation belge de connaître de l'interprétation de la loi étrangère. C'est une décision constante de la cour de cassation belge depuis un arrêt de 1855. Il y a eu sur ce point un arrêt de principe du 25 Mars 1926 (Passicrisie Belge, 1926. p. 317). Mais voici où la Belgique a manifesté son sentiment d'interprétation stricte sur le premier de ces points : l'admission du pourvoi pour inexactitude dans la détermination de la loi compétente. On a vu que la cour de cassation française ne faisait pas de distinction, suivant que la règle de rattachement, qui avait été violée dans la décision, avait méconnu ou non un texte écrit ou une règle coutumière, notamment la règle *locus regit actum*, notamment la règle de l'autonomie de la volonté. On en trouve un exemple dans l'arrêt Cara Théodori à propos de l'autonomie de la volonté. Au contraire, en Belgique, la cour de cassation n'admet le pourvoi que lorsque la règle de rattachement est expressément formulée dans un texte. La jurisprudence belge hésite à admettre le pourvoi quand la règle de rattachement n'est pas expressément formulée dans un texte. (On retrouvera l'indication de cette position prise par la Belgique dans le manuel du professeur Pouillet, n° 339). Voilà un premier exemple de restriction de l'esprit d'interprétation des Belges.

b) dans l'application de la loi étrangère.

En ce qui concerne les règles imposant l'application de la loi étrangère en Belgique, on rencontre des jurisprudences absolument identiques au fond aux jurisprudences analysées dans le droit français. Pour le statut personnel, on applique à l'étranger sa loi nationale. Il y a sur ce point des arrêts formels de

la jurisprudence de la cour de cassation belge. La succession mobilière est régie par la règle *mobilia sequuntur personam*. On trouve la règle *locus regit actum*, l'autonomie de la volonté, les droits acquis. Il n'y a que quelques points, sur lesquels la jurisprudence belge s'est trouvée plus restreinte, plus stricte que la jurisprudence française dans l'application de ces principes; notamment en ce qui concerne l'adage *mobilia sequuntur personam*, on a bien admis la règle ancienne et son application à la loi du domicile, mais avec ce procédé d'interprétation très libéral qui est la caractéristique des Belges. Les Belges ont une tendance à interpréter aujourd'hui l'adage *mobilia sequuntur personam* dans le sens de la loi nationale. En ce qui concerne notamment l'interprétation de cet adage, ils l'interprètent comme signifiant que les meubles n'ont pas de situation, et que par conséquent on ne peut pas dire qu'ils sont situés au domicile; c'est la personne, c'est-à-dire l'individu même avec ses qualités et son état, qui leur confère une sorte d'existence fictive dans le droit. Par conséquent, c'est la loi nationale qui doit s'appliquer.

) en matière
d'ordre public
et de fraude
à la loi.

Dans le cadre des principes restrictifs, la jurisprudence belge s'est montrée plus stricte que la jurisprudence française. L'ordre public international belge a dicté des règles très sévères. Les Belges ont une tendance à appliquer la notion d'ordre public dans bien des cas où en France elle fait difficulté, en matière de droit de famille, en matière d'autorisation maritale. En particulier l'autorisation maritale est reconnue depuis longtemps comme un cas important où joue l'ordre public belge.

D'autre part, si les tribunaux belges ont admis la fraude à la loi, ils ne sont pas entrés dans la voie de la jurisprudence française, en ce qui concerne l'intérêt national. Ceci ne leur a pas paru conforme à une saine interprétation des textes. Ils ont rejeté la jurisprudence de l'arrêt Lizardi.

Quant au
principe de l'
exequatur.

En ce qui concerne le principe de l'*exequatur* et de ses conséquences, les Belges n'ont pas voulu rester, quant au principe, dans l'état de jurisprudence engendrée en France par l'interprétation de l'article 548 du code de procédure. Une loi du 25 Mars 1876, introduite dans l'article 10 du titre préliminaire du code de procédure a, on ne peut pas dire codifié la matière, mais établi le double principe suivant : dans les pays liés avec la Belgique par un traité international concernant l'exécution des ju-

gements, comme la France, c'est le principe du contrôle de régularité de la décision. Ainsi pour les pays qui ne sont pas liés diplomatiquement avec la Belgique, c'est le principe de la vérification du fond qui est écrit dans la loi. Mais la loi n'est pas entrée dans le détail. Et on trouve alors dans la jurisprudence belge les deux tempéraments, que connaît la jurisprudence française : à savoir, d'une part, que la révision ne peut conduire en aucune façon à la modification de la sentence étrangère - (il faut accorder ou rejeter l'exequatur) - et d'autre part, l'exception relative à l'état des personnes. Toute cette matière est très bien traitée à la page 642 du Manuel de M. Poulet.

La doctrine belge n'a guère fait que suivre les directives de la doctrine française. Pendant très longtemps, en Belgique, le principe de la personnalité du droit a été incontesté. Laurent et Rollin, qui sont les deux autorités dans le pays sur la question du D.I.P., ont accepté et répandu le système d'André Weiss. Mais, comme en France, on marque certains égards vis-à-vis de la doctrine qui admet un système combinant à la fois les principes de Savigny et ceux de Pillet. En ce qui concerne notamment les droits acquis, le Professeur Poulet repousse l'idée que la théorie des droits acquis serait en dehors de la question des conflits de lois. Il l'encadre, au contraire d'une façon très heureuse dans la théorie des conflits de lois.

En somme, à peu de chose près, et suivant les indications qui se réfèrent au système général d'interprétation admis dans le pays, le droit belge est très proche du droit français, et c'est ce qui explique la facilité avec laquelle des conventions internationales ont pu se négocier entre les deux pays.

Passons maintenant, par divers exemples, aux systèmes qui s'écartent le plus du droit français, parce qu'ils ont admis des règles dans des textes écrits, et des règles qui divergent de nos règles françaises. On a vu, par ordre géographique, quels étaient les pays qui rentrent dans cette catégorie. Par ordre chronologique, il faut mettre en tête le code italien. C'est dans les articles 6 à 12 des Dispositions préliminaires au code civil de 1866, que l'on rencontre alors les textes traduisant la doctrine de Mancini. Dans l'ordre chronologique, on rencontre ensuite le code civil espagnol de 1889, articles 8 à 11. Dans ces 4 articles, l'Espagne a condensé un système qui est à peu près à mi-chemin entre le système italien et le système français. Puis vient la

Suisse, Loi Fédérale du 25 Juin 1891, sur les rapport

Deuxième catégorie : systèmes qui s'éloignent le plus du système français.

de droit civil des citoyens établis ou en séjour, complété par l'article 59 au titre préliminaire au code civil. Enfin, la célèbre Loi d'Introduction au Code civil allemand de 1900 dans les articles 7 à 31 contient, on peut le dire, tout un petit code de D.I.P M. Lévy-Ullmann n'examinera pas ces quatre législations; il s'attachera à dégager simplement les points fondamentaux qu'il y a lieu de retenir dans le système italien qui est la traduction législative de la pure doctrine Mancinienne, et ensuite les points fondamentaux de la Loi d'Introduction au code civil allemand, qui contient les règles les plus célèbres après celles du code civil français.

1 - Les points fondamentaux du système italien.

D'abord, les dispositions préliminaires au code civil italien de 1866, les articles 6 à 12. La loi italienne a fait à la loi nationale, en vertu du principe des nationalités, la part la plus large possible. Les textes italiens adoptent, non seulement la loi nationale à la base du statut personnel et dans les termes les plus larges, mais encore dans bien d'autres matières, où la coutume internationale permettrait l'introduction d'une autre loi.

D'abord le principe fondamental, article 6 : "L'état et la capacité des personnes et les rapports de famille sont régis par la loi de la nation à laquelle elles appartiennent". Il ne s'agit pas de l'Italien à l'étranger comme dans notre article 3, § 3, du Français à l'étranger; la loi préliminaire italienne statue, non pas pour l'Italien à l'étranger, mais d'une façon générale statue sur l'application de la loi étrangère en Italie, comme sur l'application de la loi italienne à l'étranger. C'est un texte général et fondamental.

Mais, en dehors de ce principe sur la loi nationale à la base du statut personnel, voici les cas où encore on rencontre la loi nationale étendue à des cas où, en droit français, on aurait adopté une loi différente.

En suivant toujours l'ordre des développements, suivis à propos de la loi française, on rencontre la règle "mobilia sequuntur personam", règle qui traditionnellement appelle la loi du domicile en France et, avec quelques hésitations, en Belgique. Sans hésitation, les dispositions préliminaires au code civil italien appellent en cette matière autant qu'il est possible la loi nationale. Article 8 : "les successions légitimes et testamentaires, tant en ce qui concerne l'ordre de succession que en ce qui concerne la quotité des droits successoraux et la validité intrinsèque des dispositions, sont régies par la loi nationale de la personne, dont la succession

Consécration de la loi nationale dans des matières où le droit français aurait consacré une autre loi.

est ouverte, quelle que soit la nature des biens et quel que soit le pays où ils sont situés". Ainsi, non seulement ce sont les meubles qui sont touchés par cette règle, mais aussi les immeubles. Pour la règle locus regit actum, bien entendu la tradition ne pouvait pas en être écartée et l'article 9 dispose d'une façon générale que les formes intrinsèques des actes sont déterminées par la loi du lieu où ils sont faits. L'Italie ne pouvait pas biffer d'un trait de plume une tradition qu'elle avait elle-même créée, mais elle ajoute : "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". Par conséquent, les Italiens ont consacré le caractère purement facultatif de la règle locus regit actum et son remplacement dans la plupart des cas, lorsqu'il s'agit de deux nationaux, par la loi nationale.

De même pour l'autonomie de la volonté, plus encore d'ailleurs, car l'autonomie de la volonté ne sera recueillie par le même article 9, alinéa 2, que d'une façon très subsidiaire. En principe, on mettra en avant la loi nationale. "La substance et les effets des donations et des dispositions de dernière volonté sont régis par la loi nationale des disposants". "La substance et les effets des obligations sont réputés régis par la loi du lieu où les actes ont été passés et par la loi nationale des contractants, s'ils ont étrangers et s'ils appartiennent tous deux à une même nation". Et voici alors les exceptions pour l'autonomie de la volonté, "sauf en tout cas la preuve d'une intention contraire". C'est toujours la loi nationale qui apparaît.

Voici quelques généralités concernant l'application du système italien. Pour les détails, on consultera notamment l'excellent article du professeur Udina, au tome VI du Répertoire de D.I.

Le système allemand présente des particularités qu'il convient de signaler tout d'abord, avant d'examiner les solutions positives. En effet, la codification des règles de D.I.P. a passé par un certain nombre de stades très intéressants, dont l'historique a été maintes fois tracé, et qui a fini par aboutir, peut-être dans des proportions plus modestes que ne l'avait voulu originaiement le législateur allemand, à cette série d'articles 7 à 31, qui figurent dans la loi l'Introduction au code.

La méthode doit être remarquée. Bien que les articles soient nombreux, il y a des matières qui ont échappé encore à la codification. Il y a des lacunes volontaires d'ailleurs, notamment pour le droit des

B - Système allemand.

Particularités de ce système

quant à la méthode.

biens et pour le droit des obligations. Les Allemands ont préféré laisser subsister encore la libre recherche scientifique. D'autre part, le législateur allemand n'a pas, d'une façon absolue, tranché la question de savoir s'il devait traiter uniquement, comme le code civil français, de l'application de la règle allemande, ou s'il devait au contraire statuer à la fois sur l'application de la règle allemande et sur l'application des règles étrangères. Il y a donc, comme le font remarquer les auteurs allemands, dans cette série d'articles 7 à 31, des cas où l'on a simplement délimité le champ d'application de la loi allemande. C'est ce que les Allemands appellent les "règles de collision unilatérales". Au contraire, il y a des cas où l'on a désigné la loi étrangère applicable, il y a des cas où parmi les lois à appliquer on a désigné celle qui était compétente. Les Allemands parlent alors des "règles de rattachement bilatérales". Il y a même, avec le raffinement d'analyse auquel se complaisaient les Allemands, des règles qui sont "incomplètement bilatérales", c'est-à-dire qui statuent sur l'application de la loi allemande et de la loi étrangère, sous certaines conditions.

On peut remarquer encore qu'en Allemagne on a laissé une grande place à l'interprétation. D'abord, contrairement à la jurisprudence belge et à la jurisprudence française, la cour suprême allemande, qui remplit le rôle de cour de cassation, se proclame le droit de statuer, non seulement sur l'application de la loi étrangère, mais sur les données de la loi étrangère elle-même, c'est-à-dire de statuer, non seulement sur la question de conflit de lois, mais encore sur le conflit d'interprétation de la loi étrangère : *jura novit curia*, la cour connaît tous les droits. La cour suprême allemande devant connaître de l'interprétation des lois, elle peut et elle doit connaître aussi bien de l'interprétation des lois étrangères que de l'interprétation des lois allemandes.

Encore une particularité : l'intervention fréquente des corps de juristes allemands. Les juristes allemands se réunissent tous les ans en congrès, appelé le Juristentag, le jour des juristes, et c'est de ces réunions en congrès qu'était sortie d'ailleurs toute la codification allemande. Les réunions des juristes ont une grande importance pour le D.I.P., elles marquent des tendances. C'est ainsi, par exemple, que la préférence donnée à la *lex loci solutionis*, à la loi du pays, à laquelle appartient l'exécution de la règle juridique, et plus généralement

quant au rôle
de la Cour su-
prière dans l'
interprétation
des lois é-
trangères.

quant à l'in-
tervention des
corps de juris-
tes,

l'exécution d'une obligation, a été proclamée par la 24ème session de 1897. L'autorité doctrinale des juristes réunis en corporation s'est exercée dans un certain nombre de cas pour les questions importantes de D.I.P.

quant à la position de l'Allemagne eu égard aux conventions internationales.

Une dernière remarque pour le système allemand : l'Allemagne est encore liée par la plupart des conventions de La Haye. Elle a souscrit aux conventions de La Haye. Elle ne s'en est dégagée que très tard, et relativement à une seule de ces conventions. Elle est restée fidèle aux autres conventions alors que la France et la Belgique s'en sont dégagées, et que certains Etats, l'Angleterre et les Etats-Unis n'y ont jamais adhéré.

Ceci marque un certain nombre de règles générales, et cela rend le D.I.P. allemand difficile. En effet, il est assez singulier que c'est le droit qui a codifié le plus son D.I.P. qui donne lieu au plus grand nombre d'incertitudes sur la législation applicable, ce qui est un argument en faveur de la coutume internationale.

Ceci dit, voici quels sont les points marquants, soit dans l'application de la loi étrangère, soit dans les principes restrictifs, qu'il y a lieu de dégager.

Principales solutions admises quant à l'application de la loi étrangère.

D'abord, en ce qui concerne le statut personnel : l'admission de la nationalité comme règle de rattachement. Ici, il faut marquer que c'est une grande innovation, car, du temps de Savigny, on était très attaché à la loi du domicile en Allemagne, et d'ailleurs jusqu'à la codification, cela était nécessaire. L'Allemagne était divisée en un très grand nombre de législations privées, et dans des pays de ce genre comme encore aujourd'hui dans les Etats-Unis d'Amérique, comme dans l'ancienne France avec la divergence des coutumes, la loi du domicile s'impose comme nécessité. Le principe des nationalités, déjà admis avant 1870, l'influence de Mancini sur Bismarck à travers le parti national libéral et son action dans les diètes allemandes, avait amené, en 1870, la loi allemande sur la nationalité, et d'autre part, a dicté par imitation de certains autres droits, notamment le code civil saxon de 1863, l'admission de la loi nationale comme base du statut personnel. D'ailleurs, les pays Rhénans, qui avaient admis notre code civil français, y étaient tout préparés.

En matière de succession mobilière, comme pour le droit italien, on rencontre la substitution de la loi nationale à la loi du domicile.

J'indique pour le statut personnel le principe écrit dans l'article 7, alinéa 1, de la loi d'Intro-

duction au code civil allemand : "La capacité de contracter d'une personne s'apprécie conformément aux lois du pays, auquel elles appartiennent". Pour les successions mobilières, c'est la loi nationale qui s'est substituée à la loi du domicile, article 25 de la loi d'Introduction. Ainsi l'adage "mobilia sequuntur personam" a été repoussé.

La règle *locus regit actum* est recueillie. Là encore, par la force de la tradition, on ne pourra jamais lutter : c'est une règle universelle. Cependant, elle n'est admise qu'avec le caractère facultatif, et sous une forme subsidiaire (V. l'article 11 alinéa 2, de la loi d'Introduction).

L'autonomie de la volonté est reconnue, non pas par le code, mais par la jurisprudence.

Quant aux principes restrictifs, les Allemands n'ont pas accepté l'expression d'ordre public. La doctrine allemande y est réfractaire, mais le principe de l'ordre public existe cependant et est reconnu comme le principe de limitation de la loi étrangère dans l'article 30 de la loi d'Introduction. 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. C'est là appliquer, sans le dire, le principe de l'ordre public. Mais l'expression a toujours été repoussée par la doctrine allemande.

Le principe de l'intérêt général a été recueilli dans l'article 7, alinéa 3, de la loi l'Introduction. Ainsi, à la différence de la Belgique et à l'imitation de la France, l'Allemagne admet le principe de l'intérêt général.

Enfin on trouve, règle importante, un principe restrictif très grave écrit dans le dernier article de la codification, l'article 31 : c'est le principe de la rétorsion. Le Chancelier de l'Empire peut, avec l'assentiment du Conseil fédéral, décider par voie d'ordonnance, c'est-à-dire par voie de décret, qu'un droit de rétorsion sera exercé à l'égard de tel Etat étranger et de ses ressortissants ou de leurs ayants droit. C'est pour éviter que, lorsque la loi allemande est mise en échec sur un territoire étranger, les allemands se trouvent obligés par leur propre principe d'appliquer la loi du pays qui ne veut pas appliquer la loi allemande. Ce principe de rétorsion est très grave. Il a été très rarement appliqué (On le retrouvera quand on étudiera la dernière loi sur l'exécution des jugements étrangers en Angleterre) Il est tout à fait fâcheux d'ailleurs de voir les lois étrangères adopter des principes de représailles aussi graves que les principes de ré-

Solutions relatives aux principes restrictifs.

torsion; il serait à désirer que des règles plus douces figurent, sinon dans les textes, du moins dans les usages entre pays.

Tendance de la doctrine allemande, et plus particulièrement de la doctrine la plus récente.

Il convient, en terminant, d'indiquer la tendance de la doctrine allemande. C'est un fait bien connu dans l'ordre scientifique, que les systèmes ont toujours eu sur l'esprit des juristes allemands une emprise considérable. Il aurait donc été très surprenant que dans une matière où l'on peut librement systématiser, les juristes allemands ne se soient pas exercés avec beaucoup de subtilité et de finesse. Leurs systèmes sont très curieux. Pour s'en convaincre, il convient de se reporter aux livres qui ont traité de ces questions.

D'une manière pratique d'abord, on trouvera les solutions positives du D.I.P. allemand, qui ont été analysées, dans le tome VII du répertoire, "Le D.I.P. de l'Allemagne", article très savant, rédigé par le professeur Lewald, qui est aujourd'hui professeur de droit privé à l'Université de Berlin. On trouvera également un excellent exposé des systèmes et du D.I.P. allemand dans un Recueil des cours de La Haye, de 1926, tome V de la collection : "La conception du D.I.P. d'après la doctrine et la pratique allemandes", par M. Walter Simons. Mais il convient de se reporter surtout au dernier système, qui a été présenté en Allemagne par un juriste praticien et non pas par un professeur, le docteur Frankenstein. Ce système a fait l'objet de publications en France et en français. C'est le contact le plus récent et le plus clair que l'on puisse prendre avec la science du D.I.P. allemande (On retrouvera ce système exposé dans la Revue de D.I.P. de 1932, p. 47 et ss. Une doctrine moderne du D.I.P., dans des cours de La Haye, de 1931, et dans le Bulletin de la Société de Législation Comparée de 1932. Toutes ces publications sont en français).

Le point de départ du système a été emprunté par l'auteur à l'un de ses prédecesseurs, le professeur Zitelmann. Voici en quoi il consiste. Il consiste à se placer en présence de l'ordre juridique et à dire que tous les droits relevant de l'ordre juridique n'ont d'efficacité que par la sanction, et par conséquent la clé de l'ordre juridique, c'est l'exécution de la règle à laquelle est soumis l'obligé. Donc, dans le rapport de droit, c'est le côté passif et l'exécution de l'obligation qui importe. Par conséquent, d'une façon uniforme, la loi applicable, ce sera la loi du pays qui assure l'exécution de l'obligation. Voilà un point de vue qui est très curieux et très nouveau.

Par quel moyen ce principe du professeur Zitelmann a-t-il été appliqué par le docteur Frankenstein et aboutit-il alors en matière de personnes à la loi nationale, en matière de biens à la loi du lieu où est située la chose ? Les écrits du docteur Frankenstein répondent à ces questions. Mais, ce qu'il y a de remarquable, c'est que ce point de vue nouveau et cette manière de raisonner trop nouvelle aboutit à une chose très ancienne : c'est la dualité des statuts, les statuts réels et les statuts personnels.

Troisième catégorie : les pays restés fidèles à la coutume internationale.

Exemple choisi : l'Angleterre.

Bibliographie.

La troisième catégorie des systèmes étrangers comprend notamment le droit anglais et le système anglo-américain ; ce sont les pays qui ont continué à maintenir et à développer, naturellement, par une évolution où la codification n'a aucun rôle, la coutume internationale. Ce sont des législations qui se rapprochent du système français à raison de l'auteur commun, de la coutume internationale, et l'on pourrait dire, en forçant un peu la comparaison, que si la première catégorie établit un lien de filiation entre le système français et les autres systèmes, par la voie du Code Napoléon, ici on se trouve en présence d'une parenté collatérale, puisqu'il y a un auteur commun, qui est la coutume internationale. Voyons donc, en prenant l'exemple de l'Angleterre, comment l'Angleterre aujourd'hui a appliqué et développé la coutume internationale du XVIII^e siècle. C'est un spectacle assez curieux pour des juristes français, car il consiste à remarquer que le système anglais est aujourd'hui ce que serait le système français, ou en grande partie, si le code civil n'avait pas édicté les règles de l'article 3.

Il est assez difficile de prendre contact avec les règles de rattachement admises dans le droit anglais. Il y a assez peu de publications en langue française sur la matière. Il y a là une étude approfondie qui serait particulièrement attrayante. En langue française, il y a d'abord un cours assez sommaire publié à l'Académie de La Haye, en 1924, dans le Recueil des cours de l'Académie de La Haye, 1924, "La théorie anglo-saxonne des conflits de lois" par M. Bellot, un des auteurs réputés en Angleterre, lequel est le continuateur de Foote, auteur d'un ouvrage classique à l'usage des étudiants. On pourra également se reporter dans le Répertoire de droit international, au tome VI, à l'article sur le "D.I.P. de l'Angleterre" par M. Goulé, et enfin à la traduction de M. Goulé également de l'ouvrage anglais de Westlake de D.I.P., traduction de la 5^e édition de 1912.

Si l'on veut consulter les ouvrages classiques anglais, il convient de se reporter aux dernières éditions de Westlake et aussi à l'ouvrage de Dicey, "the conflict of laws". Dicey est l'auteur le plus autorisé du D.I.P. anglais en matière de conflit de lois. On trouvera également un recueil des principales décisions anglaises en matière de conflit de lois par M. Hibbert.

Utilité de la connaissance des décisions anglaises.

En effet, la connaissance des décisions anglaises est particulièrement importante, puisque c'est par la voie de la jurisprudence que progresse normalement le droit anglais, et plus particulièrement dans la matière du conflit des lois. Dans toutes les matières du droit anglais, c'est par la voie de la jurisprudence que progresse le droit. Il y a évidemment des lois écrites très importantes, mais il y a au contraire des matières où les lois sont très rares, même presque absentes; dans la matière des conflits de lois en Angleterre on ne trouve guère que quelques textes isolés, sur le mariage, la légitimation, l'adoption, fixant les cas où la loi anglaise s'applique et où elle ne s'applique pas, mais il n'y a rien de comparable à notre article 3, rien de comparable à plus forte raison avec les textes italiens ou allemands. C'est par la voie des décisions judiciaires et de la doctrine des auteurs, qui en cette matière a plus d'autorité que dans les autres, que le droit anglais a d'une part reçu la coutume internationale, et d'autre part l'a fait progresser.

Physionomie générale du système anglais.

L'Angleterre a reçu la coutume internationale par l'intermédiaire de la Hollande, et ensuite par le retour de l'ouvrage de Story qui a été immédiatement repris en Angleterre et développé par ses continuateurs. Une modification cependant a été faite, au cours du XIX^e siècle, au principe, que l'on rencontrait dans l'ouvrage de Story. On a finalement substitué l'idée de droit à l'idée de courtoisie internationale. C'est une erreur qui est encore commise assez couramment consistant à dire que le droit anglais fait reposer le droit international, aussi bien public que privé, sur une idée de courtoisie. La doctrine de la courtoisie internationale est abandonnée depuis longtemps en Angleterre. L'Angleterre admet des règles de droit. Les règles du droit international privé sont des principes de droit positif. Les règles en vertu desquelles s'applique en Angleterre une loi étrangère sont des règles juridiques munies de sanction. Le droit anglais ne les considère pas comme des règles internationales, mais les considère comme faisant partie de la "common law", comme faisant partie du droit anglais, comme d'ailleurs les règles du droit des

Etude de quelques règles positives.

I) Règles relatives au pourvoi concernant l'application de la loi étrangère.

La Cour suprême s'estime compétente quant à cette interprétation, pour deux raisons.

gens.

Ces données rappelées, en ce qui concerne la physionomie générale et les caractéristiques du système anglais, il convient d'étudier maintenant quelques règles positives.

Tout d'abord, on rencontre une particularité concernant la question du pourvoi en cour suprême, concernant la loi étrangère. Il y a en Angleterre deux cours suprêmes ; celle qui a statué sur les questions de ce genre, c'est la chambre des Lords, plutôt le nombre restreint des Lords qui composent la chambre des Lords, opérant judiciairement. Celle-ci remplace pour les décisions anglaises notre cour de Cassation. Mais il y a, dans le droit anglais, des données différentes du droit continental, et qui expliquent comment et pourquoi la cour suprême d'Angleterre, à la différence de la cour de cassation, accepte de connaître l'interprétation de la loi étrangère et peut modifier les décisions, lorsque la loi étrangère n'a pas été, suivant elle, bien appliquée. Cela tient à deux données particulières.

La première, c'est que la Chambre des Lords peut connaître de toutes les questions, en principe, aussi bien des questions de fait que des questions de droit. La plupart du temps, elle ne connaît que des questions de droit, mais elle peut connaître des questions de fait, et alors une des argumentations fournies par la cour de cassation, consistant à considérer la question de l'interprétation de la loi étrangère comme une question de fait, ne se pose pas dans la Chambre des Lords. Que ce soit une question de fait, que ce soit une question de droit, la Chambre des Lords doit en connaître. D'ailleurs, même considérée comme une question de fait, la chambre des Lords a d'autres raisons d'en connaître. Pendant très longtemps, le système anglais a connu, d'une façon très étendue, le jury en matière civile. Le jury fonctionnait en matière civile comme en matière criminelle. C'était le jury civil. Il s'est trouvé restreint aujourd'hui, et réservé de plus en plus, traditionnellement, à certaines matières seulement. Toutefois, pendant très longtemps on avait confié au jury, parmi les questions de fait, la question de la loi étrangère, la loi étrangère étant considérée comme un fait, que le jury devait apprécier, dégager, connaître et interpréter. Cette confiance faite au jury sur les questions de droit étranger était un peu exagérée. Etant donné qu'il est difficile au jury, même de connaître le droit anglais, c'était leur demander beaucoup que de connaître le droit étranger, tout au moins de se renseigner sur le droit étranger.

au moyen de certificat de coutume ou des usages. Aussi la loi de 1920 sur l'administration de la justice a-t-elle retiré au jury dans son article 15 la connaissance de la loi étrangère pour la confier au seul juge, "judge allowed", réforme qui avait déjà été faite au XVIII^e siècle pour le droit commercial. Ainsi, pour toutes les matières de droit étranger, c'est le juge seul qui en connaît. En réalité la loi étrangère est redevenue une question de droit, et c'est la seconde raison pour laquelle la Chambre des Lords s'estime compétente. Par conséquent, on trouve le principe anglais "jura novit curia", comme en droit allemand, la cour suprême connaît de la loi étrangère.

D'autre part,
la cour anglaise peut s'en remettre à la cour étrangère.

Mais d'autre part, une autre curiosité du droit anglais, en ce qui concerne l'interprétation des lois étrangères, c'est qu'un texte déjà ancien, une loi de 1859, modifiée en 1861, permet à une cour anglaise, lorsqu'il se présente devant elle une question mettant en jeu une loi étrangère, de s'en remettre pour la solution de la législation intéressée à la cour étrangère elle-même. La solution paraît étrange au premier abord, mais il faut comprendre qu'il s'agit du droit anglais et qu'on entend par droit étranger, au sens anglais, aussi bien le droit de l'Ecosse, de l'Irlande, des îles anglo-normandes, de tous les dominions et de toutes les colonies anglaises, si bien que la loi qui consiste à remettre à une cour étrangère la solution du litige qui paraît au premier abord singulière, se comprend lorsque l'on sait qu'il s'agit en réalité de s'adresser, la plupart du temps, pour la solution de la question, à une juridiction qui fait partie de l'Empire Britannique. Quoi qu'il en soit, le texte, s'il vise l'intérieur de l'Empire n'est pas limitatif, et la loi permettrait à la rigueur, ce qui ne s'est jamais fait, à une cour anglaise de s'en remettre par exemple à une cour française de la solution d'une question de droit français. Evidemment, il faudrait qu'il y ait, à la base d'une remise de ce genre, une convention internationale, et c'est pour aboutir à des conventions internationales de ce genre qu'avait été rendue la loi de 1859 et de 1861. C'est un procédé très anglais, -on le retrouvera dans la loi de 1863 sur l'exequatur,-que celui qui consiste à écrire une loi pour faciliter des conventions internationales. Il y a là, quoi qu'il en soit, une indication intéressante et peut-être d'avenir. Peut-être, en réalité, la question de l'application de la loi étrangère remise à un tribunal de ce pays par la bonne entente des cours suprêmes est-elle une vue d'avenir qui verra une réalisation.

2) Règles qui imposent ou qui limitent l'application de la loi étrangère.

Principes extensifs :

a) en ce qui concerne le statut personnel.

b) Règle : Mobia sequuntur personam.

c) Principe exprimé par la règle : locus regit actum.

Ayant étudié la question du pourvoi, concernant l'application de la loi étrangère, il convient d'examiner maintenant les règles qui imposent cette application ou celles qui la limitent, les principes extensifs ou les principes restrictifs.

Les principes extensifs sont ceux de la coutume internationale, c'est-à-dire, en ce qui concerne le statut personnel, la loi du domicile. L'Angleterre est fortement attachée à la loi du domicile comme loi de base du statut personnel. Il y a de très nombreuses décisions judiciaires anglaises, de leading cases, que l'on trouvera notamment dans le livre de Hibbert. L'arrêt directeur est de 1877. C'est une affaire relative aux empêchements à mariage entre cousins germains. C'est l'affaire Sottomayor contre de Barros, établissant le principe de la lex domicilii à la base du statut personnel. (Leading Cases de Hibbert, p. 209 et 271). C'est là le cas classique. On verra d'ailleurs cette règle fondamentale à propos du renvoi dans les rapports franco-anglais.

La deuxième règle de la coutume internationale, "mobilia sequuntur personam", est reçue par les auteurs anglais et par les tribunaux anglais. Elle est citée sous cette forme par les auteurs et même par les tribunaux, et elle est appliquée comme donnant compétence à la loi du domicile. C'est là une application absolue de la règle coutumière de la coutume internationale. Le cas directeur est celui de l'affaire de 1854 de la chambre des Lords, affaire Lasley c. Hog (Hibbert p. 775).

La troisième règle coutumière internationale c'est le principe exprimé par la règle locus regit actu. M. Lévy-Ullmann dit : le principe exprimé par la règle locus regit actu, car - et c'est bien la preuve que c'est la France qui a inventé le brocard - il n'est pas en usage en Angleterre. Les Anglais appliquent la règle que la forme des actes est gouvernée par la lex loci, mais ils ne l'appliquent pas sous la forme de l'adage locus regit actu. Ils estiment que ce sont les pays continentaux qui ont adopté la règle sous cette forme, ce qui est exact. La règle est apparue en France vers le milieu du XVIII^e siècle sous cette forme, mais le fond de la règle est très ancien, puisqu'il remonte à l'école de Bologne. Les Anglais appliquent donc ce qu'ils appellent la lex loci celebrationis, la loi du lieu de célébration de l'acte, la lex loci contractus celebrati. Ils ont des formules juridiques latines variées, et on trouve même, chose curieuse, dans une décision de 1851, reproduit en latin un adage concernant la règle, qui n'est autre que le troisième axiome du juriste allemand Hert. En effet,

dans une affaire de 1851, l'affaire Gueprat contre Young, (Hibbert, p. 208,) on trouve citée en latin la maxime : "Si lex actui formam dat, inspiciendum est locus acti, non domicilii", si la loi donne forme à l'acte, il faut rechercher la loi du lieu de l'acte et non celle du domicile. On étudiera ultérieurement la manière dont les Anglais interprètent la forme des actes ; on verra que cette appréciation est différente dans le droit anglais et dans le droit français. C'est ce qui a soulevé également une question grave de conflit de qualification entre l'Angleterre et la France concernant l'autorisation à mariage.

d) liberté du choix de la loi applicable.

Quatrième principe : la liberté du choix de la loi applicable, notamment en matière de contrat. C'est le principe de l'autonomie de la volonté. Les Anglais n'ont pas la formule ; autonomie de la volonté est une formule du XIXème et du XXème siècle, de la doctrine continentale, trop abstraite pour les Anglais. Les Anglais disent : la propre loi du contrat "the proper law of contract", la loi qui convient le mieux au contrat, et la loi qui convient le mieux au contrat est laissée en principe au choix des parties. C'est bien, en somme, le principe de l'autonomie de la volonté. Les décisions récentes et anciennes d'ailleurs ont confirmé cette règle. On la retrouve notamment dans les Leading Cases de Hibbert, p. 224, affaire de 1865. Et par l'interprétation de la volonté des parties, les Anglais ont une tendance à appliquer au contrat la lex loci contractus.

e) Le principe des droits acquis.

Le dernier des principes extensifs, est le principe des droits acquis. Non seulement il est connu en Angleterre, mais il est considéré comme fondamental, au point que, comme le faisait d'ailleurs Hibbert, et à l'imitation de Hibbert, c'est la première règle que le grand auteur anglais Dicey place en tête de ses Principes généraux sur les conflits de lois, c'est la règle n° I. C'est une règle qui n'est pas autre chose que la règle du respect des droits acquis, dont Dicey, d'ailleurs, par esprit systématique - c'est le seul point où l'on voit l'esprit systématique manifesté en la matière des conflits de lois - a fait la base pour ainsi dire de presque toutes les règles avec exagération. Tels sont les principes extensifs.

Principes restrictifs.

a) l'idée d'ordre public.

Quant aux principes restrictifs, ils sont peu nombreux en Angleterre. L'Angleterre applique très libéralement la loi étrangère. Elle pratique, vis à vis des principes de la coutume internationale imposant l'application en Angleterre de la loi étrangère, un très grand libéralisme, un esprit de "fair-play".

C'est ainsi que l'ordre public, qui joue un grand rôle dans nos législations continentales, et notamment en France, a un rôle beaucoup moindre en Angleterre. L'expression d'ailleurs n'apparaît pas souvent. On trouve parfois l'expression "public policy", police publique, "police of english law", la police du droit anglais, ou encore "moral rules", règles morales, ou bien encore "English moral principles", principes moraux anglais, mais l'expression "public order" n'existe pas. On trouve dans les livres anglais quelques applications de ce principe. Il y a des cas où on a limité le champ de la loi étrangère en Angleterre pour des raisons "d'English moral principles". La décision la plus connue est une décision de 1856, l'affaire Hyde contre Hyde. Il s'agissait d'une question qui touchait de près à la morale publique. Il s'agissait de la valeur à reconnaître au mariage mormon, c'est-à-dire au mariage polygamique. Le point était de savoir si la polygamie pouvait être reconnue en Angleterre, ce qui a soulevé toute la morale anglaise, et on a reconnu que ce mariage était contraire aux principes moraux du peuple anglais. Mais ce sont des cas relativement rares, et cette jurisprudence ne supporte point de comparaison avec notre jurisprudence française.

Il en a été de même des autres jurisprudences restrictives. Pour l'intérêt national on trouve peut-être une ou deux décisions qui se rapprochent de notre arrêt Lizardi.

Le seul point, sur lequel il soit nécessaire de s'arrêter, car il est très actuel, c'est la manière dont les Anglais accueillent sur leur territoire l'autorité de la chose jugée des décisions étrangères. Ici le système anglais, qui est très libéral, a toujours respecté les droits acquis, en vertu de l'autorité de la chose jugée à l'étranger. Sans doute l'Angleterre a-t-elle admis, pour la force exécutoire, la nécessité d'une décision d'une cour anglaise pour mettre en jeu l'impérium, mais la *jurisdictio*, la faculté de dire souverainement le droit, a toujours été respectée par la jurisprudence anglaise, estimant par le grand respect de l'autorité des décisions judiciaires, qui est une maxime de la pratique du droit anglais, que, lorsqu'une cour a souverainement statué, une autre cour, même étrangère, ne peut pas réviser sa décision. Elle est souveraine. L'autorité de la chose jugée s'y applique d'une façon absolue. On reconnaît là le grand scrupule avec lequel le droit anglais respecte le principe des droits acquis.

La jurisprudence anglaise n'a jamais admis autre

chose qu'un contrôle de régularité. Bien entendu, la sentence étrangère n'avait en Angleterre d'autorité qu'à la condition d'être régulière dans le pays où elle avait été rendue, et rendue par un tribunal compétent, ayant tranché définitivement le litige, et la jurisprudence des cours anglaises ajoutait cette constatation qu'il fallait que le jugement n'ait pas été obtenu par fraude et n'ait pas été contraire à la justice naturelle. C'est la restriction de l'ordre public, tel qu'il est envisagé en Angleterre ; notamment les garanties de la défense, le point de savoir si le défendeur a été bien et dûment convoqué, sont rentrées dans le contrôle de régularité de la cour anglaise. Mais il n'y avait rien de comparable à notre révision au fond. Or, les Anglais ont été particulièrement touchés de voir que dans les pays, et notamment dans le nôtre, on pratiquait, à l'égard des décisions des plus hautes cours anglaises, la révision au fond, et une des décisions qui les ont le plus choqués, c'est l'affaire des Pelleteries de Roubaix, (chambre des Requêtes, 29 juin 1933,) qui avait en somme cassé par la cour de cassation une décision de la haute cour d'Angleterre. Il ne faut donc pas s'étonner que, très émue, l'Angleterre ait songé depuis un certain temps à rendre nécessaire une convention internationale, et pour aboutir à une convention internationale, le système anglais a procédé par son moyen préféré : il a rendu une loi, d'abord fixant la matière, de manière à ce que l'on ne puisse pas dire dans les pays étrangers, qui se méprennent sur la portée de la jurisprudence anglaise, que les règles anglaises ne sont fixées que par les tribunaux et ne sont pas fixées par une loi. Il a donc voulu enchaîner exceptionnellement dans une loi écrite les principes anglais relatifs au contrôle de régularité, de manière à ce que les étrangers ne puissent pas dire que les Anglais pratiquent la révision. C'est là le premier objet de la loi anglaise : enchaîner dans la loi écrite le principe du contrôle de régularité et permettre ainsi des conventions internationales à base de réciprocité.

Alors l'Angleterre, à la suite de longues enquêtes et des travaux d'une commission, a étendu, en 1933, aux jugements étrangers une règle et un système étendus précédemment aux décisions rendus à l'intérieur de l'Empire Britannique. Une loi antérieure, une loi de 1920 sur l'administration de la justice, avait réglé cette question en ce qui concerne les décisions des cours de l'Empire Britannique. La règle a été étendue par la loi anglaise du 13 avril 1933.

Loi du 13 avril 1933 sur les exécutions des jugements étrangers.

Voici en quoi consiste le système de l'Act de 1933. Il est très important à connaître, car il vient de donner lieu à la signature d'une convention franco-anglaise, sur l'exécution réciproque des jugements français en Angleterre, et anglais en France. Cette convention n'a pas encore vu le jour, elle n'est pas encore publiée, mais elle a été signée il y a quelque temps, et elle sera publiée, puisqu'elle est déposée pour ratification sur le bureau des chambres. La loi anglaise déclare que la réciprocité sera accordée aux divers pays liés à l'Angleterre par une convention internationale. Cette réciprocité sera accordée au moyen d'un décret d'un ordre en conseil, autrement dit l'Angleterre étendra à ces pays le système du contrôle. Ainsi l'Angleterre repousse la révision. Elle essaie d'obtenir, des pays qui contractent avec elle, qu'ils remplacent leur système de révision par un système de contrôle, si bien que si la France s'engage dans la voie où la convention l'a amenée et la liera définitivement, si la ratification des chambres est donnée, on aura quant à l'Angleterre, supprimé le système de la révision, et on l'aura remplacé par le système du contrôle de régularité, portant notamment sur les divers points déjà indiqués et qui sont les points dégagés par la common law anglaise.

Mais voici alors où le système est assez curieux. Afin de garantir aux étrangers qu'il ne s'agit pas d'une révision mais d'un simple contrôle de régularité, les Anglais ont étendu aux jugements étrangers le système inauguré en 1920 pour des décisions rendues dans l'intérieur de l'Empire. Ce n'est pas à proprement parler un jugement rendu par le tribunal qui contrôle la régularité. Il s'agit d'un simple enregistrement. On remplacera le jugement d'executatur par un simple enregistrement à la haute cour, et c'est le fonctionnaire chargé de l'enregistrement qui pratiquera le contrôle, contrôle qui offre des garanties d'ailleurs à la personne, qui pourrait s'opposer à l'enregistrement et faire valoir des raisons comprises dans le contrôle. Tel est le système de l'Acte de 1933, complété, à titre de sanction, par des mesures de rétorsion éventuelles analogues à celles signalées dans l'article 31 du Code Civil allemand. (Il est exposé dans la Revue du D.I.P. de 1933 très clairement, p. 541 et ss. "La loi anglaise du 13 avril 1933 sur l'exécution des jugements étrangers" par M. Marc Ancel, Secrétaire général de l'Institut de Droit comparé).

Par conséquent, par cette loi l'Angleterre tend à faire maintenir dans son pays et à faire respecter l'autorité de la chose jugée rendue à l'étranger, autorité maintenue par la procédure de l'exequatur, qui ne porte absolument que sur le contrôle de régularité. Il y a là une loi très importante au point de vue internationale et très intéressante, dont l'étude est encore à faire.

Tels sont les points les plus intéressants qu'il y avait lieu de retenir du système anglais.

En ce qui concerne la doctrine, il faut remarquer qu'à l'inverse de la doctrine allemande, la doctrine anglaise n'est point systématique. Autant l'esprit des juristes allemands est systématique, autant les juristes anglo-saxons sont rebelles à l'esprit de système. On a vu l'essai de système de Dicey; ce n'est qu'un essai. Dans tous les autres livres, on trouve une méthode qui n'est autre que celle de Savigny, et qui n'est autre d'ailleurs que la méthode traditionnelle du droit anglais. Dans toutes les matières, on pratique une casuistique, une méthode rationnelle, fondée sur l'interprétation des décisions antérieures, lesquelles d'ailleurs ont, en Angleterre, une force particulière puisque le cas jugé s'impose à la cour suprême qui rendu et s'impose à toutes les décisions des cours inférieures.

Telles sont très brièvement résumées, les deux principales qu'il y a lieu de retenir des systèmes étrangers, et celles qu'il fallait à tout prix connaître, si l'on veut comprendre maintenant dans quel termes se posent les plus redoutables questions du D.I.P. : les questions qui mettent en jeu le conflit des systèmes.

§ 2. Le conflit des systèmes.

M. Lévy-Ullmann emploie l'expression, conflit des systèmes, faute de mieux. Il s'agit en réalité des conséquences engendrées par la diversité des règles de rattachement, et la diversité de l'application de ces règles de rattachement dans les divers pays. On vit de voir que les systèmes divergent, que les règles sont pas les mêmes. Les conditions de leur application ne sont pas les mêmes non plus. Il en résulte des conflits, auxquels on n'a pas encore jusqu'à présent trouvé de nom générique. La cour de cassation parle des conflits entre les lois de D.I.P., par opposition aux conflits des lois internes. On a parlé aussi de conflit de règles de rattachement, conflit au deuxième degré. Ce ne sont que des expressions figuratives, qui n'ont pas encore trouvé droit de cité dans les divers pays. Le terme est encore à trouver,

Observation relative à la doctrine.
absence de systématisation.

Observation terminologique.

si le terme est à trouver, la chose existe, et elle existe notamment dans deux ordres de questions : dans la question du renvoi et dans la question dite des qualifications.

La question du renvoi, on l'a dit, et avec juste raison, est la question la plus célèbre du D.I.P., "famosissima quaestio" disent les étrangers. On a donné d'ailleurs à cette question des noms divers. Elle porte dans la plupart des pays le nom français de question du renvoi. Les anglo-saxons, les Anglais même ont adopté le mot français "renvoi", qu'ils mettent en italique. En Allemagne, ce sont surtout les comparatifs que l'on a mis en avant pour caractériser cette célèbre question ; c'est ainsi qu'un jurisconsulte allemand l'a appelée le "cabinet aux miroirs", "Siegel Kabinet", à raison des reflets qui semblent être le jeu d'une série de glaces. Définissons d'abord la question.

Définition.

Qu'est-ce que le renvoi ? Le renvoi peut être défini, comme le résultat juridique engendré dans un conflit de lois par la divergence entre les règles de rattachement en vigueur dans deux pays, lorsque ces règles ont pour effet dans chacun des pays considérés d'attribuer la compétence législative aux lois de l'autre, ou même éventuellement aux lois d'un troisième Etat. Telle est la définition. Le problème du renvoi, consiste à rechercher si ce résultat - la compétence législative - doit ou non être acceptée par le pays saisi du litige et dont la loi a été ainsi reconnue compétente.

Prenons un exemple : l'affaire Stewart, au sujet d'un divorce. On connaît les faits. Un Anglais demande à bénéficier en France de la loi française sur le divorce, en invoquant comme cause de divorce l'injure grave. Il est domicilié en France, il est de nationalité anglaise. Il y a d'abord conflit de lois, et voici en quoi. La loi française admet l'injure grave comme cause de divorce, la loi anglaise ne l'admet pas. Voilà le conflit de lois. Mais au dessus de ce conflit de lois se dresse, au second degré, le conflit de système, et voici en quoi il consiste. D'après le système français, l'état et la capacité de la personne sont régis par la loi nationale. Par conséquent, d'après le système français, c'est le droit anglais qui doit s'appliquer. Conséquence : le divorce ne peut pas être admis. D'après la loi anglaise, l'état et la capacité des personnes sont régis par la loi du domicile. Le sujet britannique étant domicilié en France, c'est la loi française qui devrait s'appliquer. Conséquence : l'injure grave cause de divorce, d'après la loi française, pourrait être aux yeux de la loi britannique

invoquée par le citoyen britannique domicilié en France. Ainsi donc, la loi française désigne la loi anglaise comme compétente, et c'est là ce que l'on appelle l'envoi. La loi anglaise désigne la loi française comme compétente, et c'est là ce que l'on appelle le renvoi. Alors le problème se pose : c'est la question même de savoir si ce résultat final, c'est-à-dire l'application de la loi française, doit ou non être accepté par la France saisie du litige et dont la loi a été ainsi reconnue compétente, on pourrait dire malgré elle, puisque d'après la loi française c'était la loi anglaise qui devait s'appliquer. La cour de Paris, dans l'affaire Stewart, a repoussé le renvoi ; elle n'a pas admis l'application du renvoi en cette matière, et par conséquent a admis que c'était le droit anglais et non pas le droit français qui régissait le cas ; le droit anglais ne comportant pas l'injure grave comme cause de divorce, la cour de Paris a repoussé la demande l'époux anglais invoquant l'injure grave. On a vu que cette jurisprudence n'est pas la jurisprudence française ; ce n'est qu'une décision, non pas isolée, mais une décision rare dans la jurisprudence française.

La jurisprudence française, en dehors de l'affaire Stewart, admet le renvoi. mais les décisions de la cour de cassation sont favorables au contraire au renvoi. Dans le sens de la cour de cassation, et d'ailleurs reprenant tous ses attendus, nous trouvons dans la Revue de D.I.P., (dernier numéro, p. 630 et ss.) deux autres décisions, où la question était de savoir si un sujet britannique ou américain, dont la loi personnelle ne comporte pas l'injure grave, domicilié en France, peut invoquer l'injure grave. Les autres décisions ont répondu par l'affirmative et ont admis le renvoi, par conséquent ont admis l'application de la loi française. Affaire Setgwich contre Setgwitch, tribunal civil de Marseille 21 Octobre 1931 : il s'agissait de deux époux anglais domiciliés en France, dont l'un invoquait l'injure grave. Affaire du divorce de Dyer, tribunal civil de Fontainebleau, le 24 juin 1932 : il s'agissait, non pas de sujets britanniques, mais de citoyens américains, de l'état de New-Jersey, domiciliés en France, l'état de New-Jersey ne connaissant pas l'injure grave comme cause de divorce. Il y a eu admission du renvoi, admission de la demande pour injure grave.

La jurisprudence de la cour de cassation est favorable au renvoi. Elle s'est en effet prononcée dans deux affaires mémorables, classiques. C'est d'abord l'affaire la plus connue du D.I.P. l'affaire Forgo et c'est ensuite l'affaire Soulié.

Pour l'affaire Forgo, que l'on a déjà rencontrée à propos de la règle "mobilia sequuntur personam", la cour de cassation, après la cour de Pau, a été amenée

à sanctionner l'application de la loi du domicile aux successions mobilières. Trois arrêts de cassation sont intervenus dans cette affaire, qui a traîné une douzaine d'années devant les tribunaux. L'arrêt qui a sanctionné le renvoi est d'abord le deuxième, chambre civile, 24 juin 1878, S. 1878. I. p. 429. D. 1879. I. p. 56. Par la suite du procès, intervint une deuxième décision, (qui est la troisième dans le procès mais la deuxième sur le renvoi) de la cour de cassation, (chambre des Requêtes, 22 février 1882, S. 1882. I. p. 393. D. 1882. I. p. 301).

Les faits sont très connus, ils sont très clairs et posent très nettement la question du renvoi.

Forgo était un enfant naturel, né en Bavière, venu en France avec sa mère lorsqu'il avait 5 ans, ayant vécu toute sa vie en France et ayant même fait du service militaire, mais n'ayant jamais demandé la nationalité française et n'ayant jamais demandé son admission à domicile, en vertu de l'article 13 du code civil alors en vigueur. Forgo établi dans le midi de la France, marié et veuf avec une grosse fortune, laissa cette fortune à sa mort n'ayant pas d'héritier connu, en France tout au moins, car il laissait dans le pays qu'il avait abandonné à l'âge de 5 ans, des arrière-cousins naturels. La succession fut alors disputée entre l'Etat français, qui se réclamait des articles 713 et 768 du code, l'Etat venant comme héritier en l'absence de successibles au regard de la loi française, et les cousins naturels, qui n'étaient point successibles au regard de l'article 766 du code civil, qui limite dans la parenté naturelle le droit de successibilité. Au contraire, la loi bavaroise, plus étendue sur ce point, admettait ses cousins comme héritiers, et ses cousins naturels réclamaient l'héritité au nom de la loi bavaroise. Le conflit de lois se posait donc ainsi : aux yeux de la loi française, l'Etat français était héritier; aux yeux de la loi bavaroise, les cousins naturels bavarois venaient à la succession. Mais il y avait ainsi conflit au deuxième degré, et là la question du renvoi se posait. On connaît la règle "mobilia sequuntur personam". La succession importante laissée par Forgo, succession mobilière, devait être régie par la loi du domicile. (Cour de Pau, cour de Cassation). Mais quel était le domicile de Forgo ? Forgo n'avait pas demandé l'admission à domicile, en vertu de l'article 13 du code civil. Il avait donc aux yeux du droit français un simple domicile de fait en France. Aux yeux de la loi française et de la jurisprudence française, ce domicile de fait était insuffisant. Par conséquent aux yeux de la loi française, Forgo était décédé domicilié de droit en Bavière, et

aux yeux de la loi française, la loi bavaroise était donc applicable. Il en résultait cette conséquence curieuse qu'aux yeux de la loi française c'était les cousins bavarois qui étaient héritiers. Mais la loi bavaroise possédait comme règle de conflit un principe en vertu duquel "mobilia sequuntur personam" visait bien l'application de la loi du domicile à la succession mobilière, mais ce domicile étant ce que nous appelons le domicile de fait, le droit bavarois ne possédant pas de règle analogue à l'article I3 du code civil français. Si bien qu'aux yeux de la loi bavaroise la loi applicable était la loi française et qu'aux yeux de la loi bavaroise c'était donc l'Etat français qui était héritier. La loi française désignait les bavarois comme héritiers ; la loi bavaroise désignait l'Etat français comme héritier. Cette ambiguïté ne pouvait pas passer inaperçue. Le fisc français, avait d'excellents avocats qui firent triompher la thèse de l'Etat français, thèse consistant à dire que puisque la loi bavaroise renvoyait la solution à la loi française et puisque la loi française faisait de l'Etat français l'héritier, c'eut été véritablement un défi au bon sens et un défi au droit d'aller proclamer héritier des ressortissants d'un pays qui leur refusait cette qualité.

Affaire Soulié : (Cassation, chambre des Requêtes, 1er mars 1910, S. 1913, I. p. 105. D. 1912. I. p. 262., avec le rapport du conseiller rapporteur, M. le conseiller Denis.) Les faits étaient les suivants : une originaire de la Louisiane, Mme Soulié Coralie, peu de temps après qu'elle avait cessé d'être française, en 1811, vint en France, y vécut très longuement et mourut domiciliée de fait en France, n'ayant jamais demandé l'autorisation à domicile. Elle mourut à Paris à l'âge de 92 ans. Son grand âge avait atteint ses facultés mentales. Elle avait été interdite pour faiblesse d'esprit, et le testament qu'elle avait laissé instituant une légataire universelle fut attaqué par son neveu naturel, car Mme Soulié avait eu dans la Louisiane un frère et le fils légitime de ce frère réclamait l'hérédité, pour cause d'vice de consentement, pour la raison que le testament avait été fait par une personne interdite. Il convient de préciser les rapports de parenté qui existaient entre la dame Soulié et son neveu Emile. Mme Soulié était née d'une union entre un Français, résidant à la Louisiane à l'époque où celle-ci était française, et une femme de couleur. Ce détail doit être retenu car il conditionne le conflit de lois qui apparaît dans la matière. Il y avait, en effet, un conflit de lois sur lequel s'est greffé le conflit de système. Le

Affaire
Soulié.

conflict de lois est difficile à apercevoir. Il portait, d'après ce qui résulte des données de l'arrêt, sur la valeur de la vocation héréditaire du neveu naturel, Emile Soulié. Il se réclamait de l'article 766 du code civil, qui organise la succession ab intestat en faveur des frères et soeurs naturels et descendants d'eux. Il pouvait donc, au terme de la loi française, réclamer l'hérédité et attaquer valablement le testament. La cour de Paris appliquant la loi française avait admis ce neveu à faire la preuve de l'état de sénilité de Me Soulié. Mais, aux yeux de la loi américaine, et c'est là le conflit de lois, au premier degré, l'union entre une femme de couleur et un blanc, ou réciproquement, ne pouvait être reconnue par la loi, et la reconnaissance des enfants provenant de cette union était interdite par la loi. Si bien qu'aux yeux de la loi américaine, le neveu naturel n'étant point reconnu ne pouvait pas réclamer l'hérédité et n'aurait pas pu valablement attaquer le testament. Telle est, à la base de cet arrêt, le conflit de lois.

Vint alors, au second degré, le conflit de système, le conflit des règles de rattachement, et là encore il n'est pas très clair dans l'arrêt. Comme la dame Soulié n'était pas domiciliée de droit en France, -elle n'y avait qu'un domicile de fait-, et comme elle laissait des biens mobiliers, de même que dans l'affaire Forgo, la loi française (règle : *mobilia sequuntur personam*) désignait comme loi compétente la loi américaine. La législation américaine, de par le droit français, avait donc compétence législative. Mais à l'inverse, dans le droit américain comme dans le droit anglais, ce qui compte, ce n'est pas le domicile acquis par une admission à domicile, c'est le domicile effectif, le domicile avec l'*animus manendi*, le domicile résultant de l'installation sur le territoire avec l'intention d'y résider en permanence, ce que l'on appelait en France le domicile de fait ; c'était donc la loi française qui devait conditionner l'application des règles juridiques. On aperçoit par conséquent l'envoi et le renvoi. La loi française envoie la solution à la loi américaine, loi du domicile de droit aux yeux de la loi française. La loi américaine renvoie la solution à la loi française, loi du domicile de fait aux yeux de la loi américaine.

Toute fois, ce n'était pas tout à fait comme cela que le pourvoi a été présenté et que le rapporteur a discuté de la question. Le rapporteur est parti de l'hypothèse, inexacte d'ailleurs au point de vue de la jurisprudence de la cour de cassation, que c'était aux yeux de la loi française la loi nationale qui s'appliquait au règlement de l'hérédité. C'est là l'er-

reur concernant le droit, une erreur même concernant la jurisprudence de la cour de cassation, puisque dans l'affaire Forgo, elle avait affirmé en pareille matière la compétence de la loi du domicile.

Or, l'arrêt a été formel en faveur du renvoi, il a même été encore plus formel que l'arrêt Forgo. Le renvoi a été accepté expressis verbis, en qualifiant même de renvoi l'opération en question. Telle est la position prise par la jurisprudence française et par la cour de cassation sur le problème du renvoi.

Depuis lors la plupart des jugements et des arrêts se sont conformés à la jurisprudence de la cour de cassation. Quelques uns s'en sont écartés, tel l'arrêt Dutnall (cour de Douai, 26 mars 1929, D. Heb. 1929. p. 290.). Cet arrêt avait refusé le renvoi, en n'acceptant pas de procéder au divorce d'un Anglais pour des causes propres au droit français. Mais ces décisions sont isolées, et d'une façon générale les cours d'appel et les tribunaux de 1^{re} instance suivent la doctrine de la cour de cassation.

Comment la cour de cassation a-t-elle motivé ses arrêts ?

Le premier arrêt, - l'arrêt Forgo, ou plus exactement les deux arrêts Forgo, l'arrêt de 1878 et l'arrêt de 1882, - sanctionnent l'opération du renvoi, mais sans la nommer, et en quelque sorte presque inconsciemment. L'arrêt de 1878 est ainsi motivé : "Attendu que suivant le droit bavarois 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 la dévolution héréditaire des biens meubles que Forgo possédait en France où il s'était fixé, doit être régie par la loi française. Il y a donc simplement une affirmation d'accepter la solution du droit bavarois sur la compétence législative dans la question.

L'arrêt de 1882 est rédigé un peu plus longuement quant aux attendus, mais la doctrine en est la même : "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, en matière de statut réel, la loi de la situation des biens meubles ou immeubles, qu'ainsi dans l'espèce la loi française était seule applicable, etc...". Par conséquent, dans les deux arrêts, on tient compte de l'indication du droit bava-

Les motifs du renvoi d'après la cour de cassation.

rois, qui désigne la loi française comme compétente et on applique le droit français.

Dans l'affaire Soulié, qui bien longtemps après, en 1910, statue sur la même question, en raison des nombreuses controverses soulevées dans la doctrine par l'arrêt Forgo, controverses qui avaient fait progresser la manière d'envisager le problème, devenu classique, sous le nom de renvoi, c'est sous ce nom que la cour de cassation en 1910 tranche et accepte le renvoi. Voici les termes très brefs de l'arrêt de la chambre des Requêtes du 1er mars 1910 répondant aux griefs du pourvoi : "Attendu que ce grief n'est pas fondé, que la loi française du D.I.P. ne souffre daucune manière du renvoi qui est fait à la loi interne française par la loi de droit international étranger, 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". C'est non seulement affirmer la doctrine, mais ramasser dans des formules très condensées les principaux arguments en faveur de la thèse du renvoi.

Au surplus ces arguments ne sont que le résumé des observations très complètes présentées dans l'espèce par le conseiller rapporteur, M. le Conseiller Denis. En termes très énergiques, il répond aux attaques passionnées de la doctrine concernant l'admission du renvoi et la jurisprudence de la cour de cassation. "Quand la loi étrangère, disait le conseiller rapporteur, accepte pour ses nationaux la loi française, de quoi cette loi française souffre-t-elle ? Nous ne le comprenons pas. C'est la voie du progrès, le conflit est écarté. Pourquoi, ajoutait-il dans un autre passage, la loi française refuserait elle le cadeau que lui fait la loi étrangère en lui confiant la compétence législative ? Le conflit est écarté, le conflit est éteint, ce ne serait pas un progrès que d'en rallumer l'ardeur". La solution du renvoi est simple. Au contraire, la situation où se mettent les adversaires du renvoi complique le conflit et ne lui donne aucune solution. Il vaut mieux adopter une décision qui donne au conflit une solution que celle qui le maintient en permanence. Voilà l'ensemble des arguments que l'on rencontre dans le rapport du conseiller.

Les attendus de l'affaire Soulié sont devenus des attendus de style ; on les retrouve reproduits presque d'une façon expresse, littérale, notamment dans les décisions de Marseille et de Fontainebleau, précédemment indiquées et d'ailleurs les arrêts de la cour de cassation sont expressément cités dans l'une des dé-

cisions.

Etat de la doctrine sur la question du renvoi.

La doctrine est loin en France d'avoir adopté unanimement le renvoi; elle est aujourd'hui partagée. Mais lorsque la question s'est présentée, ce fut une véritable levée de boucliers. Les plus grands auteurs les plus grandes autorités contestèrent le renvoi. Labbé dans une note, sous l'affaire Forgo, S. I 1882, dans un article du Clunet, 1885, Lainé surtout très violemment dans des articles de la Revue de D.I.P. de 1906 et des années suivantes, Pillet, notamment dans ses Principes, M. Bartin, dans ses Etudes et de puis lors dans ses livres, M. le Doyen Valéry, presque toutes les autorités du D.I.P. étaient contre le renvoi. On citait à l'époque en faveur du renvoi André Weiss, après quelques hésitations, notamment dans son Traité et dans la dernière édition de son Manuel, le Professeur Ambroise Collin dans des articles de la Revue de D.I.P. de 1906, D. 1907. II. p. I. Depuis lors la doctrine a un peu évolué. De plus en plus les auteurs tendent à admettre la jurisprudence de la cour de cassation en apportant d'ailleurs d'autres arguments. Il en est ainsi en particulier des livres les plus récents de M. Lerebours-Pigeonnier et de Arminjon. Voilà sur la question la position prise en France par la doctrine et par la jurisprudence.

Avant d'entrer dans l'examen de la controverse il convient de préciser encore la position de la question par quelques observations, de manière à bien cerner le sujet.

I^{ère} observation : Il faut considérer, tout d'abord, que le conflit spécial qui s'appelle le renvoi peut exister, - et il faut bien le remarquer -, lorsqu'il y a divergence dans l'élément de rattachement, auquel deux lois se réfèrent, au sujet d'un même rapport de droit. Cela a l'air tout naturel, mais comme dans le conflit de qualification, il en est autrement, il fallait le spécifier. Par exemple, voici la question de savoir quelle est en France la capacité de la femme mariée allemande ? question qui se pose aujourd'hui d'une façon fréquente. Il y a conflit de lois : l'Allemagne donne à la femme mariée la capacité, le droit français en fait une incapable. Il y a conflit de lois, mais il n'y a pas conflit dans les règles de rattachement, car la jurisprudence française fait régir l'état et la capacité des étrangers en France par leur loi nationale, et d'autre part, le droit civil allemand, article 7, fait également régir la condition de ses nationaux par la loi nationale. Par conséquent, en principe, abstraction faite des questions d'ordre public ou d'intérêt national, la règle de rattachement est la même dans les deux pays. Il

Observations destinées à préciser la position de la question du renvoi.

I) pour qu'il y ait renvoi, il faut une divergence dans les règles de rattachement .

peut pas y avoir de renvoi. Il y a conflit de lois, conflit au premier degré, il n'y a pas dans cette hypothèse de conflit au second degré.

Au contraire, il y aurait conflit au second degré si, au lieu de s'agir d'une femme mariée allemande, il s'agissait d'une femme mariée anglaise ou d'une femme mariée américaine. La question s'est présentée. Le point de savoir si en France la femme mariée anglaise ou américaine peut invoquer sa capacité soulève la question du renvoi, puisque le droit français tranche la question par la loi nationale, tandis que le droit anglais et le droit américain la font trancher par la loi du domicile, et si la femme mariée anglaise ou américaine est domiciliée en France, le conflit au second degré vient doubler le conflit de lois. Voilà la première observation. On verra qu'en matière de conflit de qualification, l'observation est, au contraire, différente.

2) il y a deux sortes de renvois : le renvoi de retour et le renvoi de prolongation.

Deuxième observation : La définition du renvoi qui a été donnée montre que le renvoi a pour effet d'aboutir à attribuer la compétence législative aux lois du pays qui a fait l'envoi, ou même, éventuellement, aux lois d'un troisième pays. C'est ici que se place la deuxième observation nécessaire. C'est le moment de préciser qu'il y a théoriquement, plus théoriquement même que pratiquement, deux variétés de renvoi. Il n'y a pas, en France, de termes consacrés pour les désigner. On peut dire le renvoi de retour et le renvoi de prolongation. Ce n'est que la traduction des termes allemands consacrés dans la matière. Les Allemands ont analysé d'une façon très pénétrante ce conflit et ont de bonne heure distingué les deux variétés, "Rückverweisung" renvoi de retour et "Weiterverweisung" renvoi de prolongation.

Voici en quoi consiste le renvoi de retour : c'est le cas où il y a deux législations seulement intéressées, où elles s'envoient et se renvoient la compétence législative.

Le renvoi de prolongation au contraire existe lorsque, l'envoi étant fait par une législation, le renvoi est fait, non pas à la législation qui a fait l'envoi, mais à une troisième législation. L'espèce, sur laquelle on raisonne en général, est tirée plus ou moins d'une décision devant le tribunal de la Seine, en 1894 : un sujet britannique domicilié aux Etats-Unis et résidant momentanément en France, au sujet duquel se pose par hypothèse une question de capacité : on veut lui donner un conseil judiciaire. Quelle loi doit être consultée sur la matière ? Le conseil judiciaire étant une institution française et n'existant pas en Angleterre et aux Etats-Unis. Question de capacité dira le juge Français. C'est donc la loi nationa-

Exemples de
renvoi de pro-
longation,
dans la juris-
prudence
anglaise .

et dans la ju-
risprudence
française .

le qui doit s'appliquer, c'est donc la loi anglaise. Voilà l'envoi. Que dit la loi anglaise ? Question de capacité ? Cette question doit être résolue par la loi du domicile. Le domicile de cet anglais étant, par hypothèse, aux Etats-Unis, c'est la loi américaine qui est compétente. En définitive, à la suite de renvoi, le renvoi n'est pas fait à la loi française, le renvoi est fait à la loi américaine, et par conséquent dans la rigueur des principes du renvoi, le juge français devrait appliquer la loi américaine. Les exemples de renvoi de prolongation ne sont pas fréquents. Il faut s'adresser à la jurisprudence internationale pour en trouver qui soient de véritables exemples de renvoi de prolongation. En voici deux exemples, l'un tiré de la jurisprudence anglaise, 1887, l'affaire Trufort. (Comme l'arrêt n'est pas rapporté dans les livres français, il convient de consulter à cet égard le livre de M. Wigny, sur le D. aux Etats-Unis, livre récent d'il y a deux ans, p. 223 et ss.) Voici quelle était l'affaire. Un Anglais naturalisé suisse meurt domicilié en France. Il laisse une succession un peu épars et notamment des meubles en Angleterre. Quelle est la loi compétente pour régir les meubles laissés en Angleterre ? Tel est la question qui se posait devant le juge anglais. D'après le droit anglais, mobilia sequuntur personam anglo naturalisé suisse, domicilié en France au moment de sa mort, la loi du domicile doit s'appliquer, c'est donc la loi française. Le juge anglais était donc disposé à appliquer la loi française, lorsqu'il lui fit observer qu'il y avait entre la France et la Suisse un traité, aux termes duquel la succession bilière du sujet suisse domicilié en France relève la juridiction helvétique. En somme, il y avait dans le droit français une indication, tirée du conflit de juridiction, que pour un sujet suisse domicilié en France, c'était la loi suisse qui était applicable. En égard au traité franco-helvétique, le juge anglais a donc appliqué la loi suisse au règlement de la succession de cet anglais naturalisé suisse, mourant domicilié en France et laissant des meubles en Angleterre. L'hypothèse est un peu compliquée, mais la solution est très nette. Il y a eu renvoi du droit français au droit français et renvoi, non pas du droit français au droit anglais, mais renvoi du droit français au droit suisse.

Dans notre jurisprudence, une hypothèse de ce genre s'est rencontrée récemment dans une affaire très curieuse jugée par la cour d'Alger le 12 janvier 1933. (D. 1933, II, p. 101,); c'est l'affaire Guez contre Ben Attar. Il s'agissait d'une succession ouverte

puis fort longtemps et sur le règlement de laquelle, après de très nombreuses années, les intéressés ont cru devoir revenir. Il s'agissait d'une succession, ouverte à Tunis en 1850, de personnes ayant la qualité de sujets britanniques, nées à Gibraltar sous le pavillon anglais et décédées à Tunis. A l'époque, la Tunisie était un pays sous le régime des capitulations, comme beaucoup de pays de ce genre. D'autre part, les habitants de la Tunisie, qui différaient par race et par confession religieuse, avaient des statuts personnels différents, ce qui fait la grande complication de l'espèce. Le conflit de lois était le suivant : la question était de savoir si les filles pouvaient venir à la succession, y avait-il privilège de masculinité ? D'après le droit anglais, qui a connu et qui connaît encore à l'époque le privilège de masculinité, dans l'espèce les filles pouvaient être reconnues comme ayant la qualité de successibles dans le cas particulier. Au contraire, d'après la loi du statut personnel indiquée par le droit tunisien en vigueur, la loi en question exclut les filles de la succession. La loi du statut personnel établissait un principe de masculinité absolu. Voilà le conflit de lois. Devait-on appliquer par conséquent la loi anglaise ou la loi désignée par la législation tunisienne ? Et voici alors le conflit de système. Le juge saisi, c'est le juge français, la cour d'Alger. Il consulte la lex fori, et en vertu de la lex fori, il estime que c'est la loi anglaise qui doit trancher la question. Par conséquent, il envoyait la solution à la loi anglaise reconue compétente de par les principes de la compétence législative. Voilà l'envoi. Le droit anglais, déterminé par une consultation très savante de Sir Thomas Barclay, indiquée en note au Dalloz, estimait au contraire qu'en pareille matière, pour les immeubles, la loi compétente était la lex rei sitae et pour les meubles la loi du domicile ; mais il s'agissait de la loi du domicile animo manendi, la loi désignée non pas par une autorisation à domicile, mais par le domicile effectif et juridique, le domicile de fait. Par conséquent la loi anglaise renvoyait au droit tunisien. C'était donc la loi du statut personnel désignée par le droit tunisien qui était compétente. C'est ainsi que la cour d'Alger a accepté ce renvoi à une troisième législation. Ce n'était pas le droit français, ce n'était pas le droit anglais, c'est le statut personnel désigné par la législation tunisienne qui a goulé la solution.

Voilà deux exemples du renvoi de prolongation. Il faut rechercher très minutieusement dans les décisions judiciaires pour en trouver des exemples.

3) la question du renvoi est une question internationale au premier chef.

Troisième observation : la question du renvoi est une question internationale au premier chef. Elle est commune à toutes les nations. Elle s'est sans doute posée en France avec le plus d'éclat, avec le plus de solennité, eu égard aux deux arrêts de la cour de cassation et au retentissement qu'ils ont eu ; c'est pourquoi la question porte le nom français dans les pays anglo-saxons, mais elle s'est présentée devant de très nombreuses juridictions. Elle a sollicité les législateurs dans beaucoup de pays, et il est nécessaire avant d'entrer dans le détail de la controverse de jeter un rapide coup d'œil sur ce qu'on fait les pays étrangers en cette matière. (On trouvera d'ailleurs des détails assez sommaires, mais enfin quelques éléments de détails dans un cours fait à l'Académie de La Haye sur la théorie du renvoi par le professeur Lewald, actuellement professeur de D.I.P. à l'Université de Berlin, Cours de l'Académie de La Haye, 1929, tome IV.)

Dans l'ensemble on peut dire que la jurisprudence et quelquefois la législation des pays étrangers se prononcent en faveur du renvoi. Il en est ainsi du droit belge, (Cassation, 29 mars 1882, Fasicrisie belge, 1882 I. p. 62. S. 1882. IV. 17). Les auteurs belges, au contraire, se divisent sur la question. Laurut était l'adversaire du renvoi. Au contraire le vicomte Poulet, le professeur de Louvain, se prononce en faveur du renvoi au numéro 256 de son Manuel déjà cité. Dans l'affaire qui s'est présentée à la cour de cassation belge en 1882, il s'agissait d'un divorce d'Anglais domiciliés en Belgique. La cour de cassation belge a admis le renvoi et a prononcé le divorce des Anglais pour des causes non connues par la loi anglaise et connues par la loi belge.

De même, le droit allemand admet le renvoi et l'admet d'abord dans un article de lois, l'article 27 de la loi d'Introduction au code civil allemand, en matière d'état et de capacité. Le renvoi est admis ici d'après les lois de l'état étranger, dont les lois sont déclarées compétentes par les articles 7, etc.. c'est-à-dire les articles qui visent l'état et la capacité des personnes. Il y a lieu d'appliquer les lois allemandes. Si, par conséquent, de par la loi étrangère déclarée compétente par les règles de rattachement du droit allemand dans les matières en question, il y a lieu d'appliquer les lois allemandes, c'est le renvoi, on doit faire application de ces dernières, on doit accepter le renvoi. Telle est la manière dont cet article un peu compliqué dégage la question. La jurisprudence allemande a étendu le renvoi en dehors des simples questions de conflit de statut personnel

En Belgique

En Allemagne

par un arrêt de la cour de cassation allemande du 15 février 1912 : (v. notamment l'étude du professeur Lewald à la page 546.) "La matière de l'état des personnes n'est pas la seule dans laquelle il y ait lieu en appliquant strictement l'article 7 de la loi d'Introduction d'admettre le renvoi".

La jurisprudence italienne, quoique avec plus d'hésitation, admet le renvoi.

La jurisprudence espagnole ne compte qu'une décision de la cour suprême espagnole favorable au renvoi.

Quant aux pays anglo-saxons, la jurisprudence des Etats-Unis d'Amérique le repousse. La jurisprudence anglaise accepte le renvoi. Elle a même une tendance exagérée à parler du renvoi où il n'en est pas question. Si l'on consulte les livres anglais sur la question, et notamment les recueils d'arrêts, on voit qu'à l'occasion de beaucoup de procès, on a parlé du renvoi dans les cours anglaises. Mais lorsqu'on examine les arrêts un par un, on s'aperçoit que souvent ce que les Anglais ont appelé renvoi n'est pas le renvoi à proprement parler. Cela aurait été le renvoi si le droit français notamment avait statué mais comme il s'agissait de la cour anglaise, ce n'était pas un renvoi, c'était purement et simplement l'application de la loi anglaise. Il en est ainsi notamment d'une décision récente, que l'on donne toujours comme étant une décision en matière de renvoi. C'est l'affaire de la succession Annesley, 1926, qui a été rapportée dans certains journaux judiciaires français, mais dans des textes assez imprécis et qu'il vaudrait mieux revoir dans le rapport anglais. Cette affaire mettait en cause une succession couverte en France par une anglaise qui avait son domicile de fait en France, et qui très agée, laissant un testament. La question était de savoir quelle était la loi applicable à sa succession mobilière ? La cour d'Angleterre a déclaré que c'était la loi française. Or, du moment que la cour d'Angleterre appliquant sa propre règle de conflit de lois, sa propre règle de rattachement, désignait la loi française comme compétente, c'était peut-être en vertu des principes français, et encore on pouvait en discuter, mais c'était sûrement en vertu des principes anglais, par conséquent il était inutile de faire intervenir la question du renvoi en la matière. C'était purement et simplement l'application du droit anglais et de ses principes de rattachement.

Au contraire, dans une décision plus récente encore, on peut dire qu'il y a eu véritablement renvoi. C'est la décision la plus caractéristique du droit anglais sur ce point et elle est formellement en faveur du renvoi. C'est une décision de 1929. C'est l'affaire

La jurisprudence italienne et espagnole.
Dans les pays anglo-saxons :
a) la jurisprudence anglaise a une tendance exagérée à parler du renvoi.

de la succession Ross. Il y a eu plusieurs affaires de ce nom, c'est la dernière, année 1929. (La référence anglaise sur l'arrêt, car il n'y a pas de référence française, se trouve dans le Digeste des décisions p. 154.). Voici quelle était l'espèce et voici quelle est la solution anglaise. Un sujet britannique décède domicilié en Italie. Il laisse une succession. Par quelle loi doit être régie cette succession ? Aux yeux de la loi anglaise, *envoi, mobilia sequuntur personam*, la succession est régie par la loi du domicile. Par conséquent aux yeux de la loi anglaise, c'était le droit italien qui devait régler la question, qui était compétente. Mais l'article 8 du code italien dit qu'en matière de succession, c'est la loi nationale qui est compétente. Le de *cujus* étant la nationalité britannique, c'était donc le renvoi au droit anglais. Par conséquent, la cour anglaise se trouvait dans le cas classique du renvoi. La règle de rattachement anglaise désignait la compétence législative du droit italien, la règle de rattachement italienne renvoyait la question par la loi nationale au droit anglais. Alors, en vertu de ce renvoi, la cour anglaise a déclaré que c'était la loi anglaise qui allait s'appliquer au règlement de la succession de son sujet décédé en Italie. Elle a accepté le renvoi. Elle l'a accepté par des motifs qu'il faut remarquer, car elle déclare qu'ayant envoyé la solution à la loi italienne, la loi italienne prise dans son tout, c'est-à-dire non seulement dans ses règles de fond, mais aussi dans ses règles de compétence, dans ses règles de rattachement, en renvoyant la question à la loi anglaise, la loi anglaise était compétente. C'est l'acceptation formelle du renvoi.

b) la jurisprudence américaine est hostile au renvoi.

Quant à la jurisprudence américaine, elle ne compte peut-être pas de nombreuses décisions, mais il en est une retentissante, mais qui a fixé l'Amérique à l'encontre du renvoi. C'est l'affaire Tallemadge (1919). La question était de savoir comment devait être réglé un legs fait par un Américain décédé domicilié en France. La question qui se posait était une question d'accroissement en matière de legs, une question d'application de l'article I.044 du code civil français. Il a été jugé que le droit français envoyant la question au droit américain, le droit américain n'avait pas lieu d'admettre le renvoi, et ce renvoi a été repoussé, l'article I.044 français a été appliqué par les tribunaux américains. (V. sur cette affaire notamment le livre de M. Wigny, "Essai sur le D.I.P. américain", 1932, p. 240).

Voilà comment se présente la question du renvoi. Il convenait d'y insister parce que c'est la question

la plus importante, du moins dans les préoccupations actuelles des auteurs, en matière de D.I.P.

Le problème du renvoi étant ainsi posé, il faut examiner maintenant le point de savoir si, comme la cour de cassation, l'on doit accepter le renvoi ou si au contraire on doit le rejeter.

Dans l'arrêt de 1910 de la chambre des requêtes, arrêt Soulié, on rencontre les principaux arguments massés en termes très serrés, que l'on a présentés en faveur du renvoi. Si, en effet, on se reporte aux termes de cet arrêt, on aperçoit trois arguments : un argument d'ordre rationnel, deux autres prenant pour base l'utilité pratique.

I) d'ordre rationnel

Argument rationnel tout d'abord : "Attendu que la loi français et 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 étranger". Voilà l'attendu. Les termes en avaient été pesés. En effet, on voit comment dans l'esprit de la cour de cassation se présente le mécanisme du renvoi. La loi de D.I.P. française se trouve en face de la loi de droit international étrangère, autrement dit les règles de rattachement françaises se trouvent en face des règles de rattachement étrangères. Or, la loi française constate que les règles de rattachement étrangères renvoient à la loi interne française. La loi de D.I.P. étrangère renvoie à la loi interne française, c'est-à-dire aux dispositions de fond. Alors logiquement, rationnellement, on ne peut pas dire que la loi française ait à souffrir de ce renvoi, qui est fait aux dispositions internes qu'elle contient. Voilà l'argument de raison.

2) d'ordre pratique

A côté de cet argument rationnel, la cour de cassation fait intervenir des arguments tirés de l'avantage, de l'utilité pratique : d'une part le conflit est supprimé, le conflit reçoit sa solution, et il n'y a qu'avantage à ce que tout conflit soit supprimé ; en effet, le renvoi est une solution qui met fin à toute espèce de conflit. Et d'autre part, deuxième avantage, la loi française régit d'après ses propres vues des intérêts qui naissent sur son territoire. En effet, dans l'affaire Forgo, dans l'affaire Soulié, il s'agissait de biens successoraux, meubles non seulement situés sur le territoire français, mais dont l'accumulation sous forme de fortune individuelle s'était faite sous l'empire de la loi française et sur le territoire français. Il est donc tout naturel, il y avait avantage à ce que la loi française régisse, d'après ses propres vues, d'après ses propres règles internes de dévolution de succession, une fortune qui s'était formée sur son territoire, des intérêts qui étaient nés sur le sol français. Voilà les trois arguments fondamentaux.

3) d'ordre doctrinal et scientifique.

Arguments présentés contre le renvoi.

I) ce serait un retour à la théorie de la courtoisie internationale.

2) ce serait une solution paresseuse.

On retrouvera dans les livres d'autres arguments notamment, le seul qui sera retenu ici, un argument d'ordre doctrinal et scientifique. On allègue, non sans apparence de raison, que admettre le renvoi, c'est une solution de nature à faciliter l'exécution internationale des jugements. En assurant l'uniformité des solutions du D.I.P., on est certain de rencontrer l'assentiment des deux pays intéressés dans le conflit du renvoi. Tels sont les arguments en faveur de la doctrine du renvoi.

Cette doctrine a subi de la part des auteurs français, en particulier, des critiques très vives. Un très grand nombre d'arguments ont été exposés. Les principaux sont au nombre de cinq. Trois d'entre eux ne sont pas d'une importance exceptionnelle et peuvent être écartés assez aisément. Deux autres, au contraire, sont infiniment plus sérieux et méritent une attention plus soutenue.

Voici d'abord les arguments spéciels. On a commencé par dire que la doctrine du renvoi était un retour à la vieille théorie de la courtoisie internationale, et l'on s'est basé pour admettre cet argument sur les passages un peu vifs du rapport du conseiller Denis à la cour de cassation, (chambre des Requêtes 1910) lorsqu'il dit : "Pourquoi refuser le cadeau que fait la loi étrangère ?" Le mot cadeau a semblé mettre en présence, non pas des questions de droit, mais des questions de courtoisie entre les législations. Ce n'est pas un argument, c'est une querelle de mots, querelle d'expression, prise dans un rapport judiciaire. La vérité, c'est que c'est sur le terrain du droit et non sur le terrain de la courtoisie que se placent très nettement et très explicitement les partisans du renvoi. Ce premier argument n'est pas de nature à être retenu.

Le deuxième argument est un peu du même genre. Il consiste à dire que le renvoi constitue une solution trop facile, trop aisée. C'est, dit-on, la solution paresseuse. Au lieu de chercher à résoudre le conflit par des principes, on accepte la situation telle qu'elle se présente. Elle a, d'ailleurs pour effet de donner la préférence à la lex fori, et cette préférence pour la lex fori peut toujours être considérée comme une tendance au moindre effort de la part des tribunaux tels qu'ils soient. Ici encore, c'est un argument susceptible d'être aisément mis de côté. Il est exact que le renvoi aboutit à donner la préférence à la loi du juge saisi la plupart du temps. Il n'en est pas ainsi dans l'hypothèse plus théorique que pratique du renvoi de prolongation, du renvoi à une tierce loi. L'on n'applique pas là la loi nationale. Il n'est pas prouvé

que dans toutes les espèces où le juge saisi fait prévaloir la loi du for, il n'a pas eu pour en venir à cette solution à examiner le cas avec beaucoup d'attention, et la question a pu lui donner un gros effort pour aboutir à l'application de sa propre loi ce qui est le cas d'ailleurs dans la matière du renvoi, où la question est très épineuse, car elle a donné beaucoup de travail à ceux qui ont abouti à appliquer la loi du for.

3) argument dit de la raquette.

Le troisième argument est très célèbre, c'est ce que l'on a appelé l'argument dit de la raquette, à cause de la comparaison trop facile et qui est classique avec certain sport où l'on se renvoie la balle. Voici en quoi consiste l'argument. Il consiste à dire : le procédé rationnel admis dans le premier attendu de la cour de cassation constitue une brèche à la logique. En effet, il pourrait être exact, disent les adversaires, de dire que la loi française de D.I.P. envoie la question à la loi étrangère de D.I.P., que les règles de rattachement français conduisent à envoyer la question aux règles de rattachement étrangères. Voilà l'envoi. Mais, ajoutent-ils, le renvoi doit être similaire. Logiquement, qu'est-ce que l'on trouve dans la loi étrangère ? Une règle de rattachement qui renvoie la solution à la loi française. Mais à quelle loi française ? La cour de cassation vient dire à la loi interne. C'est arbitraire. La loi française est indivisible aussi bien que la loi étrangère. Le renvoi qui est fait par la loi étrangère à la loi française vise autant les règles de rattachement françaises que sa loi interne. Il est arbitraire de limiter le renvoi à la loi interne. Il faut donc étendre le renvoi, non seulement à la loi interne française, mais aussi aux règles de rattachement. Comme les règles de rattachement françaises envoient à la loi étrangère, il y a donc un nouveau renvoi. C'est la balle qui va d'une raquette à l'autre, sans jamais tomber, sans que l'on puisse jamais apercevoir de fin au jeu. La logique voudrait donc par conséquent que si l'on accepte le renvoi, il conduise à une absence complète de solution parce qu'on se trouve en présence d'un cercle vicieux d'où l'on ne peut sortir. Cet argument de la chaîne sans fin, de la raquette, on ne le rencontre pas seulement dans notre droit français à propos du renvoi. C'est un argument que l'on a mis en valeur, assez heureusement d'ailleurs et là très justement, dans la célèbre controverse des contrats par correspondance, des contrats entre absents, au sujet du système de l'information. C'est le système extrême qui veut que lorsque deux contractants contractent par correspondance séparés par la distance, chacun d'entre eux soit avisé

Cet argument se retrouve en matière de contrats par correspondance, au système de l'information.

de ce que l'autre a adhéré au contrat. Le pollicitant envoie son offre à l'acceptant, l'acceptant envoie son acceptation au pollicitant. Voilà dit-on, le système de l'information. Le contrat est formé lorsque le pollicitant a connaissance personnelle de l'acceptation de l'offre. Oui, disent les adversaires, mais il faut alors que l'acceptant sache que le pollicitant a reçu son acceptation. Il faut donc que le pollicitant fasse savoir à son tour à l'acceptant qu'il a eu connaissance de son acceptation, et ainsi de suite indéfiniment donc. C'est là la raison pour laquelle d'ailleurs les Anglais ont repoussé le système de l'information pour s'en tenir à des systèmes différents, notamment le système de l'envoi par la poste. Si cet argument de la chaîne sans fin est justifié dans les contrats par correspondance et permet d'accepter un autre système, il est cependant contesté en ce qui concerne la controverse du renvoi.

Examen critique de cet argument.

Les partisans du renvoi contestent d'abord la comparaison. Comparaison n'est pas raison. La comparaison avec le jeu de la raquette n'est pas à sa place. Les jeux de la logique sont un sport sans doute, mais il est nécessaire d'y mettre un terme, lorsque le jeu et la plaisanterie sont excessifs. Or, dans l'espèce, venir adhérer à cette idée d'un envoi et d'un renvoi qui ne se terminent pas est peut-être un jeu de l'esprit. Cela ne peut pas être une solution judiciaire. Le juge français, disent les partisans du renvoi, est parfaitement maître de faire cesser le jeu, quand et comme il lui plaît, et s'il lui plaît de dire que le renvoi est fait à la loi interne française et non pas aux règles de D.I.P., il limite comme il lui convient la portée du renvoi, et s'il y a peut-être une brèche à la logique, c'est l'utilité pratique qui l'emporte dans la controverse et dans la solution admise.

Mais il y a deux raisons plus importantes données à l'encontre de la solution du renvoi.

Le premier argument qui met en jeu l'analyse assez pénétrante, consiste à discriminer les règles, comme d'ailleurs on le fait dans l'argument précité. Il faut distinguer, dans la question, les règles de fond et les règles de conflit de lois, les dispositions du droit interne et les dispositions de droit international. Il y a dans le droit français comme dans le droit étranger deux catégories de règles : les règles de fond, les règles de rattachement. Lorsque le droit français dispose par exemple en matière de capacité et d'état que c'est la loi nationale étrangère qui sera compétente pour régler les questions relativement à un étranger sis en territoire français, la loi française ne vise pas la loi étrangère comme un tout indi-

4) Argument tiré de la divisibilité du droit français et du droit étranger.

visible. Le droit français dans ses règles de rattachement vise les dispositions de droit interne de la loi étrangère et non pas ses dispositions de droit international privé. En d'autres termes, par exemple dans l'affaire Forgo, le droit français renvoyait au droit bavarois quelle question et quelle solution ? Non pas la question du conflit des lois et de sa solution, le droit français a sa solution. L'envoi a eu lieu simplement aux dispositions internes de la loi bavaroise concernant les règles de succession, les règles de fond, et par conséquent cette divisibilité empêche le renvoi. Il n'y a pas de renvoi possible, puisque le droit français n'a pas envoyé la question aux règles de D.I.P. étrangères, mais aux règles de fond, aux règles d'état et de capacité, ou règles encore de dévolution successorale, etc... C'est l'argument tiré de la discrimination ou de la divisibilité du droit français et du droit étranger. C'est précisément cette divisibilité qu'invoquaient les partisans du renvoi pour mettre fin au jeu de la raquette. Seulement, au lieu de l'invoquer d'une façon générale, ils l'invoquaient simplement au moment du renvoi et non pas au moment de l'envoi.

L'argument est important, il est frappant même par sa logique. Cependant, si on l'examine d'un peu près, il se pose une question, et on s'aperçoit qu'il repose sur une pétition de principe. On aperçoit en effet la discrimination. Distinguer les règles de rattachement et les règles de fond, c'est une distinction normale, aisée à saisir et frappante. Mais pourquoi cette discrimination et quelle justification en donne-t-on ? Pourquoi donc y a-t-il lieu dans la matière de distinguer dans l'envoi les règles de fond et les règles de conflit, alors que les adversaires du renvoi ne permettaient pas cette discrimination dans l'opération du renvoi ? Pourquoi l'admettre dans l'opération du renvoi ? C'est alors qu'on aperçoit que ce premier argument très curieux doit être appuyé sur un autre. C'est maintenant qu'apparaît le dernier argument des adversaires du renvoi : l'argument suprême, l'argument en vertu duquel d'ailleurs tous les adversaires du renvoi l'ont repoussé, c'est l'argument tiré du principe de la souveraineté.

Les règles de conflit de lois, dit-on, sont des règles de souveraineté, des règles de droit public, des règles de distribution et de limitation des souverainetés. Le conflit né du renvoi n'est pas autre chose qu'un conflit de souverainetés. Or, si les règles de rattachement mettent en jeu la souveraineté de l'état qui les édicte, il ne peut admettre sur son territoire l'autorité des règles de rattachement

Examen critique
de cet argu-
ment.

Argument ti-
s du principe
e la souverai-
té.

étrangères. Que fait-on dans le renvoi? On abaisse la règle de rattachement française devant la règle de rattachement étrangère, et si dans l'affaire Forgo on a appliqué le droit français, ce n'est pas en vertu des règles de rattachement françaises qui conduisaient à l'application de la loi étrangère, mais c'est en vertu des règles de rattachement bavaroises qui conduisaient à l'application de la loi française. Il n'est pas concevable que la souveraineté française accepte d'appliquer son propre droit par l'autorité de la loi étrangère. C'est une question de souveraineté, c'est une question d'orgueil et d'amour propre national.

Y a-t-il un système de conciliation entre partisans et adversaires du renvoi ?

Quand on en arrive à cet argument, on s'aperçoit que, peut-être, il n'est pas de conciliation possible entre les partisans et les adversaires du renvoi. Dès l'instant où la question de souveraineté est en jeu, c'est une question d'ordre personnel, presque d'ordre sentimental, où il est très difficile de pouvoir concilier les opinions. Cependant des auteurs s'y sont efforcés, notamment en France M. Lerebours-Pigeonnière, qui, dans un article du journal de Droit international de Clunet, (1924, P. 877 et ss. "Observations sur la question du renvoi") a suggéré tout au moins pour les questions d'état et de capacité le système de conciliation suivant. Lorsque les règles de D.I.P. françaises ont désigné comme compétente la loi étrangère et que celle-ci décline la solution, il n'y a pas à proprement parler de renvoi. Ce n'est pas parce que l'autorité étrangère fait que la loi française soit applicable sur le territoire français que l'on appliquera la loi française. Il y a carence de la loi étrangère, le système étranger est effacé, la place reste libre, et dès lors en l'absence d'une autre solution, la lex fori s'oppose. On appliquera la loi française, parce qu'il faut bien appliquer une loi, et comme la loi étrangère fait défaut, qu'elle s'efface d'elle-même, la loi française s'appliquera. Il y a donc en quelque sorte une règle de rattachement subsidiaire dans le droit français. La loi française sera toujours subsidiairement compétente, là où la loi étrangère s'efface. Cette règle de rattachement subsidiaire est une règle française, une règle nationale et non pas une règle de l'étranger. C'est ce que dans un système, en Allemagne, le docteur Frankenstein a soutenu sous la forme la plus abstraite du principe de rattachement secondaire qui existe derrière le rattachement primaire. Les règles de rattachement peuvent être caractérisées par une force respective : il y a des règles de premier plan, il y a des règles de second plan, les rè-

gles primaires et les règles secondaires. La règle primaire, c'est l'envoi à l'étranger, la règle subsidiaire, la règle secondaire, c'est l'application de la loi du juge de la lex fori, d'une seconde loi, lorsque le rattachement primaire vient à faire défaut.

Conclusion :
il faut accepter ou rejeter le renvoi.
M. Lévy-Ullmann l'accepte.

Cette solution, préconisée en France et en Allemagne, a été admise par certains auteurs, contestée par d'autres. La vérité c'est qu'il faut, en dehors de toute espèce de recherche de conciliation ou de contradiction, accepter ou refuser le renvoi, dire comme le fait André Weiss, comme l'ont fait les auteurs anglais, que le renvoi ne porte aucune atteinte à la dignité nationale, dire comme l'a fait la cour de cassation "qu'en définitive la loi française ne souffre d'aucune manière du renvoi". Si chatouilleux que l'on puisse être sur le point d'honneur, il est incontestable que l'on n'aperçoit pas que la France soit offensée par le fait que les règles de rattachement étrangères s'inclinent devant la loi française. Et comme, d'autre part, le système du renvoi concilie le conflit au lieu de le perpétuer, qu'il supprime le conflit comme le dit la cour de cassation, et qu'il permet à la loi française de régir d'après ses propres vues des intérêts qui sont nés sur son territoire, M. Lévy-Ullmann, eu égard aux nécessités de la vie juridique internationale, accepte, avec la Cour de cassation, la solution du renvoi.

La question du conflit des qualifications.

Définition du terme : qualification.

Son origine.

C'est une question qui met en jeu, et d'une manière particulièrement tendue, l'attention du juriste. Le terme de qualification dans les sciences juridiques est un terme emprunté au langage canonique; il est entré dans le droit civil par la voie de l'instruction criminelle. C'est la qualification, c'est l'opération de l'esprit consistant à discerner et à préciser par un effort d'analyse la nature, au regard du droit, d'un fait ou d'un acte, à l'effet de déterminer les règles positives qui lui sont applicables.

Cette opération intervient en droit pénal, c'est là son origine, dans l'instruction criminelle, lorsqu'on recherche si dans un acte se retrouvent les éléments constitutifs d'un crime ou d'un délit. L'opération de la qualification se retrouve également en droit civil, lorsqu'il s'agit de déterminer si un contrat envisagé est une vente, un louage, un acte à titre gratuit ou à titre onéreux, etc... A tout instant, le droit civil se pose la question. Dans le D.I.P., la qualification apparaît à plusieurs endroits. On la

Définition de la qualification en matière de conflit de lois.

Exemple : l'affaire de l'Etat français contre Carathéodori.

retrouve à propos de la nationalité. Il y a une qualification en nationalité : c'est l'attribution de la qualité de français ou de la qualité d'étranger. Dans le conflit de lois, qu'est-ce que la qualification ? La qualification, c'est l'effort d'analyse portant sur un rapport de droit, envisagé dans ses divers éléments, à l'effet de déterminer la règle de rattachement qui lui est applicable.

Ici encore, comme exemple, il suffit de se reporter à l'un des deux arrêts cités au début même du cours, l'affaire de l'Etat français contre Vve Carathéodori. Le point était de savoir si l'on devait appliquer les règles du droit français ou les règles du droit ottoman, au sujet d'un incendie survenu au cours de l'occupation par l'Etat français d'un immeuble sis à Constantinople. La cour d'appel avait appliqué le droit français, prenant en considération la nature de l'opération intervenue, et disant, "que toute personne privée qui traite avec un Etat souverain se soumet par le seul fait qu'elle traite avec lui aux lois de cet Etat". On aurait pu voir également, dans l'acte analysé, de la part de l'Etat français occupant pour des besoins de guerre un immeuble à Constantinople, un acte d'autorité assimilable à la réquisition, au sequestre ou à toute mesure consécutive à l'état de guerre. On aurait pu dire, par conséquent, qu'il y avait, dans ce cas, un acte de droit public ou un contrat de droit public, et que, pour des actes ou contrats de ce genre, c'était le droit français qui devait être appliqué. Mais la cour de cassation, prenant en considération que, dans l'espèce, les parties avaient procédé comme le font les particuliers, que l'arrêt attaqué déclarait lui-même que ce bail n'avait procédé en rien d'un acte d'autorité de l'Etat français assimilable à la réquisition, au sequestre ou à toute mesure consécutive à l'état de guerre, a décidé qu'il y avait un contrat de droit privé, et non pas un acte ou contrat de droit public ; elle en a conclu que la règle qui s'appliquait c'était la règle de l'autonomie de la volonté, laquelle avait désigné le droit ottoman comme loi compétente. On n'était donc pas, par conséquent, en présence d'un acte de droit public, d'un acte de souveraineté ou encore d'un contrat où l'on se soumet aux lois d'un Etat parce qu'on traite avec lui, mais on était en présence d'un acte privé..

L'opération par laquelle la cour de cassation en est venue à déclarer comme compétente la loi ottomane et non pas la loi française, c'est la qualification. On a donné à l'acte en question la qualification de contrat de droit privé et non pas d'acte ou

de contrat de puissance publique. Voilà un exemple.

L'exemple des époux Maltais. Un autre exemple, classique également, c'est celui sur lequel, pendant de longues années, M. Bartin a raisonné; le célèbre exemple des époux Maltais. Deux époux mariés à Malte étaient venus se fixer en Algérie. Le mari avait acquis un immeuble, et à son décès il laissait par conséquent une succession immobilière. On était à une époque antérieure à la loi de 1891, qui a assuré à la femme, en France, l'usufruit sur les biens de son mari. La veuve réclama un usufruit sur l'immeuble, mais elle le réclama, non pas du chef de la loi française applicable aux immeubles en Algérie, mais du chef de la loi maltaise. Elle réclama sur l'immeuble un gain de survie très ancien, la fameuse quarte du conjoint pauvre admise en droit maltais et prétendit ainsi obtenir l'usufruit de cet immeuble. La question qui se posait soulevait le problème de la qualification. En effet, on pouvait hésiter sur la nature juridique de l'avantage réclamé par la veuve. On pouvait se demander si c'était un droit matrimonial ou un droit héréditaire. Dans le premier cas, il s'agissait d'un gain de survie dépendant des avantages que s'étaient assurés les époux dans le contrat de mariage. La règle de rattachement en matière de convention matrimoniale, c'est le principe de l'autonomie de la volonté, qui conduisait à l'application de la loi maltaise, loi présomptivement admise par les parties et sous l'empire de laquelle ils avaient passé leurs conventions matrimoniales. A l'inverse, si l'on y voyait un droit héréditaire, droit de succession, comme la succession était immobilière, en vertu des principes des règles de rattachement françaises, la lex rei sitae était applicable, la loi française par conséquent, et comme à l'époque cette loi ne contenait pas d'usufruit en faveur du conjoint survivant, la veuve n'avait pas droit à l'usufruit. C'est d'ailleurs ce qui fut jugé par la cour d'Alger, le 24 Décembre 1889. (L'arrêt figure dans le livre de M. Bartin, p. 221 du premier volume de ses Principes). L'arrêt de la cour d'Alger fit prévaloir la qualification droit héréditaire, sur la qualification droit matrimonial. Voilà deux exemples très clairs qui font apercevoir en quoi consiste exactement l'opération de la qualification.

C'est donc une analyse qui porte sur le rapport de droit envisagé dans ses divers éléments à l'effet de déterminer la règle de rattachement qui lui est applicable. Mais il faut insister quelque peu, car cette analyse peut être plus ou moins poussée,

plus ou moins pénétrante. Prenons, par exemple, la question de l'incapacité de la femme mariée étrangère en territoire français. Voilà une femme mariée anglaise ou américaine, qui, en France, contracte; la question se pose de savoir si elle peut ou non être considérée comme capable et si les actes qu'elle a passés seule peuvent être tenus pour valables. Comment raisonnera-t-on ? Aux yeux de sa loi nationale, elle est capable. Aux yeux de la loi française, elle est incapable. Voilà le conflit de lois. Pour le ré-soudre, à quelle loi a-t-on recours ? On analyse le rapport de droit. Au premier abord, grossso modo, on s'aperçoit qu'il s'agit d'une question de capacité dépendant d'un rapport de famille. Le rapport de droit c'est le rapport matrimonial, le rapport de mariage, c'est donc une question d'état et de capacité; la loi compétente est la loi nationale, loi anglaise, loi américaine.

La qualification peut-elle être l'analyse, non pas seulement du rapport de droit, mais de l'institution juridique impliquée dans le rapport de droit ?

Mais on peut être tenté, et c'est là le fond du système de M. Bartin, de pousser plus à fond l'analyse et de dire : l'incapacité de la femme mariée est une institution juridique d'une nature assez délicate à préciser. Son fondement est controversé. Certains viennent dire que l'incapacité de la femme mariée n'est pas autre chose, en France, qu'une mesure de protection de la femme. D'autres, au contraire, se fondant sur la tradition coutumière, disent que l'incapacité de la femme mariée est une institution dépendant de la puissance maritale, qui met en jeu l'intérêt familial, l'ordre social français tout entier. Si bien que si l'on admet l'un ou l'autre de ces points de vue, avec le point de vue de la protection on est amené à confirmer la compétence de la loi nationale, avec le point de vue au contraire social on fait apparaître l'intérêt français, l'intérêt national, l'ordre public et alors on imposera la solution française à la femme anglaise ou américaine, soit sous la forme de la jurisprudence de l'ordre public, soit sous la forme plus atténuée de celle de l'intérêt national. C'est ce qui explique que M. Bartin dans la dernière forme de sa théorie, ait présenté la qualification comme étant l'analyse, non pas seulement du rapport de droit, mais l'analyse de l'institution juridique impliquée dans le rapport de droit. "La qualification, écrit M. Bartin au § 85 de ses Principes, c'est l'indice national de classification d'une institution, marquant la place qu'elle occupe dans les cadres de la classification nationale." Cette classification de l'institution juridique, cette classification des rapports de droit dans la législation de chaque pays, c'est ce qu'il y a de plus national

en elle". On trouve dans les livres une définition devenue classique de la qualification : "la qualification, c'est la détermination de la nature juridique d'une institution". Telle est la définition que l'on rencontre au mot "qualification" du tome 10 du répertoire de D.I.P. de MM. de La Pradelle et Niboyet, 1931, n° 1. Telle est encore la définition que l'on rencontre dans le Précis de M. Lerebours-Pigeonnière : "la qualification, c'est la décision classant une institution dans un groupe de matières juridiques en vue du règlement d'un conflit de lois".

Ceci posé, qu'est-ce que le conflit de qualifications ? Lato sensu, on peut donner à toute question de qualification le terme générique de conflit de qualification. Mais il y a, stricto sensu, des conflits spécifiques de qualification, et il y a à proprement parler conflits de qualification lorsque, dans les deux pays, dont on a à considérer les lois, il existe une divergence quant à la qualification du rapport de droit ou de l'institution juridique, sur laquelle l'espèce implique que porte la règle de rattachement.

Des conflits de ce genre se posent notamment au sujet de l'application de la règle locus regit actu et de la distinction entre les formes extrinsecques et les formes habilitantes, les unes attirant, les autres au contraire faisant repousser l'application de la règle locus. Voici deux séries d'espèces où l'on aperçoit le problème du conflit strict de qualification.

1^{re} question, la question classique, le testament du Hollandais en France. Un conflit de lois existe entre le droit français et le droit hollandais relativement à la possibilité de tester en France sous la forme olographe. Alors que la France admet pour tout le monde, par argument de l'article 999, la faculté de tester sous la forme olographe, l'article 992 du code civil hollandais, lequel code n'accepte pas l'institution du testament olographe, interdit au sujet néerlandais de tester à l'étranger sous la forme olographe. Il y a donc ici un conflit de lois interne, française et étrangère, doublé d'un conflit de qualification concernant l'institution du testament olographe et l'opinion que l'on se fait des formes du testament. Dans la pensée du droit hollandais, les formes du testament, la faculté de tester dans des formes déterminées, relève de principes de protection individuelle, par conséquent relève du statut personnel et appelle en définitive comme règle de rattachement la loi nationale visant l'état et la capcité. Au contraire, en France, la

Définition du conflit de qualifications.

Exemples : le testament du Hollandais en France.

faculté de tester en la forme olographe n'est considérée que sous l'angle de la formalité extérieure; ce sont des règles de formes, formes qui peuvent être prises par les étrangers en France librement et indépendamment de toute question de statut personnel et de protection. La règle *locus regit actum* s'y applique de la manière la plus appropriée. Par conséquent, dans un conflit de ce genre, il y a conflit non seulement de lois mais de qualification, parce que pour l'application de la règle de rattachement admise en Hollande et en France, la règle *locus*, suivant la loi française, s'applique parce que ce ne sont que des formes extrinsèques, et que suivant la qualification hollandaise la règle *locus* ne s'applique pas parce que ce sont des formes habilitantes.

Exemple concernant le consentement des parents au mariage.

Autre exemple du même genre concernant le consentement des parents au mariage. Ici on peut prendre comme exemple typique un arrêt rendu par la cour d'appel d'Angleterre en 1908, l'affaire Ogden contre Ogden, dans les Leading Cases de droit international de Hibbert, p. 276. Le cas était le suivant. Un jeune Français avait été se marier en Angleterre sans le consentement de ses parents. Il avait épousé une Anglaise à Londres. Revenu en France, les parents attaquent le mariage, le font annuler pour défaut de consentement des parents. Le Français se remarie, en conséquence de cette annulation du premier mariage et son ancienne femme anglaise se remarie dans les mêmes conditions en Angleterre. Mais un dissensément étant survenu entre la femme anglaise et son nouveau mari, le nouveau mari plaide la nullité de son mariage, parce que, disait-il, aux yeux de la loi anglaise le premier mariage n'avait pas été dissous valablement. En effet, il était indiqué que les autorisations nécessaires au mariage aux yeux de la loi française ne l'étaient pas aux yeux de la loi anglaise, et le mariage avait été célébré en Angleterre. Par conséquent, le second mariage anglais n'était pas valable et devait être annulé. C'est ce que jugea la cour d'Angleterre. Voici alors le conflit de qualification. Pourquoi est-ce que la loi anglaise a appliqué à la validité du premier mariage la règle anglaise sur les autorisations et non pas la règle française ? C'est parce que, d'après le droit anglais les autorisations à mariage font partie des règles de forme, font partie de la célébration du mariage, sont des règles de forme extrinsèques, et que par conséquent on doit appliquer le principe *locus regit actum*, la loi du lieu de célébration. C'est la raison pour laquelle la cour anglais a appliqué la qualification anglaise et a tenu pour valable le premier mariage.

riage. Tandis qu'en France, on avait considéré qu'il s'agissait de règles de protection, que la loi applicable à l'autorisation maritale était la loi française, parce que c'était la loi nationale du Français et que, par conséquent, on était en présence de formes habilitantes, faisant repousser l'application du droit anglais à la matière, et y substituant la loi nationale. Par conséquent, à la base de cette question, il y avait un conflit de qualification : le droit anglais qualifiant forme ce que le droit français qualifiait de fond, de formalité habilitante.

Voilà deux exemples qui montrent ce qu'est le conflit de qualification.

Avant d'en venir à la question consistant à savoir à quelle loi on doit s'adresser en matière de qualification, il convient de faire quelques observations.

Première observation : on appelle parfois conflit de qualification des conflits où la qualification joue un rôle prépondérant sans qu'il y ait divergence dans les règles de rattachement.

Tout d'abord, il faut remarquer que l'on donne parfois le nom de conflit de qualification à des conflits de lois qui, en réalité, ne conduisent pas à un conflit de qualification stricto sensu, mais qui soulèvent d'une façon particulièrement délicate la question de qualification, si bien que l'on a été amené à employer l'expression de conflit de qualification parce que ce sont des conflits qui posent la question de qualification d'une manière plus particulièrement délicate que dans les autres cas. Dans tout conflit de lois, il y a une question de qualification, mais bien souvent, et la plupart du temps, d'ailleurs fort heureusement, la question de qualification n'arrête pas. Les questions de mariage, de paternité, de biens, sont facilement susceptibles d'être rangées dans les catégories auxquelles l'institution juridique répond. La règle de rattachement s'en suit sans difficulté, tout au moins la nature de la règle de rattachement. Mais il y a parfois des institutions hybrides ou encore des cas qui appellent le doute. Dans l'affaire de l'Etat français, le doute était possible, eu égard au bail passé. Était-ce un bail de souveraineté, était-ce un bail de droit public, était-ce un bail de droit privé ? Mais il y a des cas où la question est plus délicate encore : tel, pour les époux maltais, le cas de l'usufruit de la veuve. Voici encore d'autres exemples, et dans le livre de M. Bartin on les trouve multipliés. Un exemple récent en matière de convention matrimoniale, un arrêt de la cour de Pau du 17 Novembre 1932 S. 1933, II. p. 161, arrêt qui se rapporte également à la question de l'autonomie de la volonté en matière de convention matrimoniale. On s'est posé à cette occasion la question de savoir si l'immutabilité des conven-

tions matrimoniales, principe français, mais qui n'est pas observé à l'étranger, notamment en Suisse, est une règle qui dépend du régime matrimonial ou au contraire qui met en jeu la capacité des époux de modifier leurs conventions. Si c'est une disposition de régime matrimonial, l'autonomie de la volonté peut faire désigner la loi applicable, si au contraire c'est une question de capacité, c'est la loi du statut personnel qui doit s'appliquer. Voilà un exemple, il en est d'autres. M. Bartin a discuté très longuement sur les institutions un peu hybrides, telles que le retrait successoral, sur lequel il y a des décisions judiciaires, (Chambre civile 8 Mars 1909, Revue de D.I. 1909, p. 896), ou encore l'institution contractuelle, institution à double sens par excellence (Chambre des requêtes, 7 Mai 1924, Revue, 1924, p. 407). Dans tous ces cas, la question de qualification est importante, essentielle; elle domine le choix de la règle de rattachement. C'est pourquoi, on a parfois nommé conflit de qualification ces conflits particuliers où la question de qualification joue un rôle prépondérant. Mais ce n'est pas, au sens strict, un conflit de qualification, c'est à dire un conflit où deux pays divergent, non seulement sur la règle de fond, mais encore sur l'application de la règle de rattachement.

Deuxième observation : derrière le conflit de lois apparent, il y a parfois un conflit de qualification.

Deuxième observation. Il y a parfois des conflits de lois apparents qui, lorsqu'on y regarde de près, ne sont que des conflits de qualification. Derrière une divergence de lois de fond, on aperçoit une divergence d'appréciation sur l'institution juridique. Il pourrait en être ainsi notamment dans l'espèce de l'arrêt déjà cité, de la Cour de Paris, 2ème chambre, 9 Février 1931, D. 1931, II. p. 33. C'est l'affaire de la vente d'un immeuble sis en Rhénanie, alors que la vente a été passée en France, entre parties françaises et domiciliées en France; la cour de Paris, saisie d'une question de rescission pour cause de lésion, article 1674 du code civil, avait estimé qu'on était en présence d'une question de droit immobilier; l'article 1674 visant la rescission pour lésion en matière immobilière, elle avait appliqué la qualification française. Mais la loi allemande contient des dispositions sur la lésion, contrairement d'ailleurs à l'appréciation de la cour de Paris. Mais ses dispositions ont un tout autre caractère. Elles rentrent très évidemment, article 138 alinéa 2 du code civil allemand, dans la catégorie juridique des vices du consentement. Par conséquent, d'après la qualification allemande, on serait en présence d'une mesure ayant un caractère de protection;

ce ne serait donc pas une matière immobilière, mais une matière où l'on fait intervenir la loi du statut personnel, c'est-à-dire la loi nationale; d'après l'article 7 de la loi d'Introduction au Code civil allemand. Il en résulte que les deux pays adoptaient la lésion, mais ce qui était divergent dans l'espèce, ce n'était pas les règles de fond, mais l'appréciation de cette institution juridique; d'après la qualification française, tout au moins dans l'estimation de la cour de Paris, car cela a été discuté par les annotateurs, c'était une disposition immobilière, *lex rei sitae*; d'après la loi allemande, c'était une disposition de protection, loi nationale. Cet exemple montre que parfois derrière le conflit de lois, il y a un conflit de qualification.

Troisième observation : le conflit de qualification n'implique pas un conflit des règles de rattachement.

Troisième observation, très importante. On a vu qu'il n'y a renvoi que lorsqu'il y a un conflit portant sur les règles de rattachement. C'est parce que les règles de rattachement sont différentes qu'on aboutit à cette espèce de conflit négatif, à cette carence de loi applicable qui, à l'analyse, manifeste la question du renvoi. A l'inverse, - et c'est là la remarque importante, - la plupart du temps les conflits de qualification ne mettent pas en présence d'un conflit de règles de rattachement. La règle de rattachement est la même dans les deux pays. Prenons les deux exemples déjà cités : l'affaire du testament photographe et l'affaire du consentement des parents au mariage. La France, la Hollande, l'Angleterre, admettent également la règle *locus regit actum*. Ces trois pays admettent également l'application de la règle dans le cas de formalité extérieure, et le rejet dans le cas de formalité habilitante. On est donc, par conséquent, en présence d'une communauté de règles de rattachement, et, ce qui fait le conflit, - c'est cela qu'il faut bien apercevoir - c'est l'appréciation que l'on porte sur la qualification à donner à un rapport de droit ou à une institution juridique pour l'application de cette règle et de la distinction qu'elle comporte. Ainsi des pays peuvent admettre des règles de rattachement identiques et se trouver en divergence pour l'application de ces règles à raison de la qualification.

Exemple relatif à l'hypothèse où il survient à l'occasion d'une convention internationale.

Mais ceci est encore bien plus frappant lorsque le conflit de qualification surgit à propos d'une convention internationale, grâce à laquelle les deux pays ont adopté une règle commune pour la solution du conflit de lois. C'est précisément l'exemple fourni par l'application de la convention de La Haye du 12 Juin 1902, exemple relatif à la fameuse divergence qui s'est produite en 1913 entre la France et l'Alle-

magne pour l'application de l'article 1er de la 1ère convention sur le mariage de La Haye, qui avait pour objet de tarir les conflits de lois en matière de formation du mariage. Cet article 1er était ainsi conçu dans sa teneur : "Le droit de contracter mariage est réglé par la loi nationale de chacun des futurs époux, à moins que....." Or, il est arrivé que des Alsaciens-Lorrains en Belgique ayant voulu se marier, ces Alsaciens-Lorrains étant à l'époque insoumis aux lois militaires allemandes ne pouvaient rapporter l'autorisation des supérieurs hiérarchiques militaires requise pour la validité du mariage par les lois allemandes. La question se posait devant les tribunaux belges de savoir si l'absence de cette autorisation pouvait permettre ou non de formaliser le mariage. La cour de cassation belge, le 11 juin 1914, a approuvé les décisions inférieures du tribunal de Bruxelles et de la cour de Bruxelles, qui avaient refusé la possibilité de contracter mariage. C'était une question de qualification qui se posait. "Le droit de contracter mariage....disait la France, ne visait que les questions de droit privé, tandis que l'autorisation des supérieurs hiérarchiques était une question de droit public, n'entrant pas dans le sens de l'expression "le droit de contracter mariage" écrit dans l'article 1er de la convention de La Haye. Tandis qu'au contraire l'Allemagne, qui a eu gain de cause devant les tribunaux belges, soutenait qu'il s'agissait dans l'expression "le droit de contracter mariage de toutes les conditions intrinsèques du mariage, de toutes les autorisations de droit public ou de droit privé. Ainsi, une règle étant la même dans une convention internationale, il peut y avoir une divergence d'interprétation sur le sens de la disposition incluse, divergence portant sur la qualification. Cette divergence a eu pour effet la dénonciation par la France en 1913 des conventions de La Haye.

Voilà la troisième observation. Elle est importante, car elle montre exactement comment se présente le conflit de qualification. C'est donc un conflit très spécial, le conflit né de l'application des règles de rattachement.

Enfin, une dernière observation, c'est que la question des qualifications a un caractère beaucoup moins accentué dans beaucoup d'autres pays qu'en France. M. Bartin en 1897, Despagnet en 1898, l'avaient posée devant l'opinion Française. Mais pour beaucoup de pays, la question est restée sans intérêt. La Belgique a suivi la France sur ce point, dans sa doctrine, quoique le Professeur de Louvain, M. Pouillet observe qu'il existe chez certains auteurs une tendance à exagérer le nombre des conflits de qualification.

Quatrième observation : le conflit de qualification se pose surtout en France.

Mais les pays anglo-saxons restent réfractaires à la question. Les Etats-Unis d'Amérique y sont venus un peu. L'Angleterre y est restée rebelle jusqu'à ces derniers mois où la question vient d'être posée par une conférence retentissante qui n'a pas été publiée.

On aboutit ainsi à la question finale, de même que pour le renvoi : Etant donné un conflit de qualification, quelle est la loi compétente pour trancher la question ? A quelle loi doit-on s'attacher pour trancher la question de qualification et trancher également le conflit né de la qualification ? D'après la plupart des auteurs, et notamment d'après M. Bartin, la loi applicable, c'est la lex fori, et en France on ne saurait accepter en principe d'autre qualification que celle de la loi française. Ici encore, dans la doctrine de M. Bartin, c'est la question de souveraineté qui est mise en jeu et en avant. 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. "Tout le monde est d'accord inconsciemment sur cette proposition type", écrit M. Bartin (§ 26, p. 227, tome 1er de ses Principes). "La question de savoir si telle ou telle règle dépend ou ne dépend pas du statut personnel, qu'est-ce autre chose, écrit-il, que la question même de savoir si le législateur et le juge entendent se réservé la maîtrise de cette règle ou l'abandonner à la loi étrangère ? L'impératif territorial de cette qualification, c'est l'autonomie législative de l'Etat, c'est-à-dire le principe même de la solution des conflits de lois". Ainsi, comme pour le renvoi, c'est la notion de souveraineté que l'on met en avant.

On joint encore à ces arguments d'autres arguments, que l'on retrouve dans les livres. M. Lerebours-Pigeonnière y ajoute des considérations tirées de la formation intellectuelle du juriste dans chaque pays, la qualification dépendant de la formation intellectuelle du juge. M. Arminjon (dans son Précis, tome 1er, p. 62) y ajoute un argument de logique. Il n'est pas admissible que le juge français soit amené à modifier la qualification d'un rapport de droit ou d'une institution juridique, suivant que telle ou telle loi serait applicable. Il faut que la qualification soit la même et toujours la même dans le même pays.

Malgré tout, des objections ont été présentées contre cette solution, notamment par M. Despagnet, (dans le Journal Clunet de 1898). Le professeur Des-

Détermination de la loi compétente pour trancher le conflit de qualification.

Arguments présentés en faveur de la compétence de la lex fori.

Objections soulevées contre ce système.

pagnet discute l'argument de souveraineté dans les mêmes termes qu'on l'a fait pour le renvoi; il discute l'extension de la lex fori, mais surtout fait observer très judicieusement que le juge français peut se trouver en présence d'institutions inconnues du droit français, d'institutions purement étrangères et que véritablement appliquer à ces institutions une qualification française, c'est un véritable contresens. Il cite l'exemple du douaire qui existe dans certains pays, mais qui n'existe plus dans le droit français. Parmi les institutions modernes, on pourrait donner comme exemple celui du "trust", institution anglaise et américaine qui joue un rôle considérable dans l'économie et dans la vie juridique du peuple anglais et américain et qui n'est pas connue en France. Il y aurait véritablement un contresens à interpréter en France l'institution du trust, par une qualification française, alors que l'on ignore cette institution.

Tempérament admis par M. Bartin; ses conséquences.

Des observations de ce genre ont frappé M. Bartin, et avec une très grande probité scientifique il est revenu sur son opinion première, et dans ses Principes, (§ 87, p. 231) il admet un tempérament à sa doctrine; il accepte l'idée que, lorsque l'institution sur laquelle on raisonne dépend de par la loi française, de par la lex fori, d'une loi étrangère ou la règle de rattachement, on peut admettre notamment dans les questions d'état et de capacité, que l'Etat Français s'en remet également pour la qualification à la loi étrangère. Lorsque la règle de rattachement désigne la loi étrangère comme ayant la compétence législative, on peut, dit M. Bartin, admettre par extension que la loi française a accepté la qualification étrangère.

D'après les auteurs qui ont raisonnable au sujet de ce tempérament, il est manifeste qu'il ruine le système. Il est évident que s'en remettre de la qualification à la règle désignée par la loi française comme loi compétente, c'est admettre toujours la qualification étrangère, puisqu'on n'applique la loi étrangère que dans ces cas.

D'autre part, avec la concession de M. Bartin, on arrive à quelque chose de curieux qu'il importe de noter. On arrive à un renvoi de qualification, on arrive à combiner à la fois les deux difficultés : le renvoi et la question de qualification. Il en est ainsi notamment dans l'exemple déjà cité de l'arrêt de la Cour de Paris du 9 Février 1931. La loi française qualifie la question de lésion en matière d'immeuble, de question immobilière, et applique la règle de la lex rei sitae, par conséquent la loi allemande. On est

donc renvoyé à la loi allemande, applicable au fond, et applicable quant à la qualification. Or, la qualification allemande de la lésion c'est d'être une règle de protection et d'appeler par conséquent l'application de la loi nationale. Ainsi donc, de par la doctrine de M. Bartin, adversaire irréductible du renvoi, on est conduit à cette belle complication du renvoi et des qualifications, qui enrichit les difficultés du D.I.P., déjà suffisantes, de la question du renvoi de qualification.

Position prise
par M. Lévy
Ullmann.

M. Lévy-Ullmann estime que peut-être il eût été préférable de s'en tenir rigoureusement à l'application de la lex fori, sans admettre la moindre concession, qui ruine le système tout entier. C'est d'ailleurs à la lex fori que semble se rattacher la jurisprudence française, dans une très ancienne décision de 1836 l'affaire de la succession du Duc de Brunswick, dans des décisions plus récentes, (Cour de Douai, 29 Janvier 1924, S. 1924. II. p. 113). Il y a eu sans doute un arrêt divergent dans l'affaire déjà examinée d'un divorce russe entaché d'une question d'ordre professionnel (29 Mai 1905. S. 1906. I. p. 161, affaire Levinçon) sur laquelle M. Bartin a longuement raisonné. Mais cela n'entame pas le principe qui est admis d'ailleurs par la plupart des auteurs français et étrangers : l'application de la qualification par la lex fori.

Bien entendu, on pourrait faire une exception dans le cas signalé par M. Despagnet d'une institution étrangère inconnue de la lex fori. Mais ce serait la seule exception raisonnable que l'on pourrait admettre à un système d'ordre général.

§ 2 - Question des conventions entre Etats

et de la coopération internationale.

On vient d'étudier la divergence des systèmes et les complications auxquelles conduit la diversité des règles de rattachement admises dans les différents pays. Ce sont des situations qui ne peuvent se prolonger. On conçoit que de très bonne heure les Etats-Unis aient mûri le dessein de se rapprocher, soit entre Etats voisins, soit plus généralement par des conventions englobant un très grand nombre de pays, de se lier par des conventions bilatérales ou collectives à certaines règles de rattachement admises d'un consentement commun.

On connaît, par conséquent, dans le domaine des conflits de lois un certain nombre de conventions bilatérales et un certain nombre de conventions géné-

Conventions bilatérales.

rales.

Pour se borner à la France, la tableau des conventions bilatérales passées par elle se trouve d'abord dans les textes de MM. Niboyet et Goulé, Textes de droit usuel de D.I., et aussi plus récemment dans la Revue critique de D.I., 1934, p. 216 et ss. Parmi les conventions de ce genre, on cite, d'une manière classique, les deux conventions passées entre la France et la Suisse, et entre la France et la Belgique, concernant la compétence judiciaire et l'exécution des jugements en matière civile, en matière commerciale, convention franco-helvétique, 15 Juin 1889 convention franco-belge, 8 Juillet 1899. Ces conventions classiques sont très commentées dans les livres de D.I. à propos des conflits de juridiction. (On en trouve le texte dans le recueil Niboyet et Goulé, tome 1. p. 379 et p. 736). Sur cette matière des conventions bilatérales concernant l'exécution des jugements, il existe des conventions beaucoup plus récentes que ces deux conventions classiques : la convention franco-italienne du 3 Juin 1930 sur l'exécution des jugements en matières civile et commerciale le texte se trouve dans la Revue de D.I.P., 1931, p. 193; notamment dans l'article 1er, on trouve très bien posée et très bien définie, la question des conditions de contrôle de régularité, auquel est soumis l'autorité de la chose jugée en France et en Italie. Enfin il existe une toute récente convention entre la France et la Grande Bretagne en application de la loi anglaise sur l'exécution des jugements étrangers le 8 Janvier 1934, la France et la Grande Bretagne ont conclu une convention pour l'exécution des jugements. Cette convention a été posée sur le bureau des chambres et n'a pas encore été publiée. Elle paraîtra prochainement, et elle contient des précisions encore plus grandes, eu égard à la méthode anglaise qui est très minutieuse sur le contrôle de régularité.

Conventions internationales.
1) à objet spécialisé.

En dehors de ces conventions bilatérales, il existe de nombreuses conventions internationales englobant un très grand nombre de pays : ce sont les conventions générales, collectives. Ces conventions peuvent avoir un objet spécialisé, et à l'occasion cet objet contenir des règles concernant les conflits de lois. Parmi les plus récentes, il faut citer la convention pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères, 26 Septembre 1927, qui a réuni 50 adhésions en outre, la convention sur la lettre de change et billets à ordre, n° 2 du 7 Juin 1930 et la convention sur le chèque, 19 Mars 1931.

Parmi les conventions collectives plus anciennes les plus classiques sont celles qui ont jeté la base

de ce que l'on a appelé, notamment en matière de propriété industrielle et d'œuvre littéraire et artistique, conventions d'union de Paris, 20 Mars 1883, sur la protection de la propriété industrielle, révisée pour la dernière fois à La Haye en 1925, et la convention de Berne du 9 Septembre 1886, entrée en vigueur en 1887, sur la protection des œuvres littéraires et artistiques, révisée pour la dernière fois à Rome le 2 Juin 1928. La ratification de la France ne date que du mois de décembre 1933. Voilà les exemples de conventions collectives à objets spécialisé.

?) d'ordre général.

Mais il convient de s'arrêter sur les conventions collectives englobant un très grand nombre d'Etats visant directement des conflits portant sur diverses matières, même sur toutes les matières du droit privé. Dans cet ordre d'idées, il existe de très célèbres séries de conventions : d'une part les conventions de D.I.P. de La Haye, et, d'autre part, la convention passée entre Etats Américains qui porte le nom de Bustamante.

Les conventions de La Haye.

Les conventions de La Haye sont très célèbres. Elles sont au nombre de 6 actuellement en vigueur. (On trouve dans tous les livres de D.I.P., sinon leurs textes, du moins leurs commentaires, et plus particulièrement dans les textes de MM. Niboyet et Goulé, au tome II et dans le répertoire de D.I., au mot "conférences de D.I.P. de La Haye et traités de D.I.P. de La Haye").

La première convention, aujourd'hui abrogée, était du 14 Novembre 1896, pour régler plusieurs matières de D.I.P. en matière de procédure civile, et avait été remplacée par une convention du 17 Juillet 1905. En outre, avaient été adoptées et mises en vigueur, d'une part les trois conventions du 12 Juin 1902, pour régler les conflits de lois en matière de mariage, divorce et séparation de corps, tutelle des mineurs, et enfin les deux autres conventions du 17 Juillet 1905, sur les effets du mariage, les droits et devoirs des époux dans leurs rapports personnels et sur leurs biens, l'interdiction et les mesures de protection analogues. Voilà l'ensemble des conventions qui portent le nom de conventions de D.I.P. de La Haye : la convention de 1896, révisée en 1905, la convention de 1902, et la convention de 1905.

Elles n'ont plus pour la France qu'un intérêt doctrinal.

Des conférences ont eu lieu depuis la guerre, depuis 1925, des projets de convention ont été arrêtés, mais aucune n'a encore été signée. L'intérêt pour la France de l'étude de ces conventions n'est plus qu'un intérêt doctrinal, car à l'exception de la convention sur la procédure, la France a dénoncé les conventions de La Haye. Elle a dénoncé le 12 Novembre

1913 les trois conventions et 1902, et elle a dénoncé le 5 Décembre 1916 les conventions un et deux de 1905. C'est à la suite des procès concernant la divergence quant à la qualification des autorisations à mariage, que la France a été amenée à dénoncer les conventions de La Haye. D'autre part, la Belgique s'est également dégagée des conventions de La Haye par la dénonciation du 30 Octobre 1918, à la fin de la guerre. Enfin ces conventions ont été notablement affectées par les traités de paix, en particulier par le traité de Versailles, articles 282 et 287, qui ont limité la portée de ces conventions. Si bien qu'aujourd'hui, sauf une exception, la France n'est plus liée par ces conventions, et leur étude n'a plus qu'un intérêt doctrinal chez nous, intérêt doctrinal très puissant. Observons notamment par exemple que l'article 1er de la convention sur le mariage a, dans sa partie finale, sanctionné le renvoi. Le renvoi a été admis par les conventions de La Haye, article 1er, in fine, "à moins qu'une disposition de cette loi ne se réfère expressément à une disposition d'une autre loi". Mais tout ceci n'a plus qu'un intérêt doctrinal. D'ailleurs d'autres Etats ont modifié leur position relativement aux conventions de La Haye, et même l'Allemagne qui était restée jusqu'alors très strictement fidèle a, paraît-il, dans ces dernières années, dénoncé certaines de ces conventions. Ces conventions ne lient plus par conséquent qu'un nombre restreint de pays. Il y en avait une quinzaine qui avaient adhéré au début. (L'énumération des pays qui adhèrent encore à ces conventions se trouve dans le Recueil de MM. Niboyet et Goulé, et également dans le tableau des conventions qui figure dans la Revue critique de droit international, N° 1934, 1er fascicule). En dehors des Pays-Bas, de l'Italie, très attachés à la loi nationale, et de quelques autres pays, les conventions de La Haye sont à peu près abandonnées.

Pourquoi ?

Causes de leur décadence.

Pour une raison très nette. Ces conventions ont été passées à une époque où la doctrine de Mancini et le système de la personnalité du droit étaient à leur apogée, et incontestablement les partisans de ces théories se sont faits des conventions de La Haye une arme pour faire pénétrer leurs conceptions dans les pays qui jusqu'alors y étaient réfractaires. C'est ce qui explique que, dès le début, les pays anglo-saxons ont refusé leur concours à cette œuvre, et que lors de la reprise des pourparlers en 1925 ils ont persisté dans leur refus. C'est une méthode regrettable que celle qui consiste à vouloir faire servir des conventions internationales pour des fins

doctrinaires déterminées, alors que l'on sait qu'on se trouve en présence d'un camp adverse déterminé à défendre ses positions. Telle est la cause de l'échec des conventions de La Haye. On peut dire aujourd'hui que le mouvement en faveur de ces conventions est tarri et ne reprendra plus.

Le Code Bustamante.

Son élaboration.

Solutions utilisées qui sont adoptées.

Au contraire, dans l'Amérique, une méthode infiniment plus séduisante, plus ingénieuse, a obtenu un plein succès. Après une étude très minutieuse des règles de rattachement admises dans les pays de l'Amérique du Nord, du centre et du sud, des juristes privés par un travail considérable et par des associations puissantes ont fini par mettre sur pied un véritable code de D.I.P. La négociation a été très longue, puisque les premières conférences datent de 1874 et de 1875. Elles ont nécessité un très grand nombre de congrès, de conférences, et finalement, notamment sous l'empire de l'impulsion donnée par les conférences panaméricaines à la 6ème conférence panaméricaine à La Havane en février 1928, a été adopté un code de D.I.P. en 437 articles couvrant toutes les matières du D.I.P. Il comprend un titre préliminaire en 8 articles et trois livres consacrés respectivement, livre Ier, droit civil international, aux matières de droit civil, livre II, droit commercial international, livre III, droit pénal international. Pour rendre hommage aux efforts méritoires de celui qui a été la cheville ouvrière de tout ce travail, le professeur de Bustamante, professeur de D.I.P. à l'université de La Havane, à Cuba, juge à la Cour Permanente de Justice internationale de La Haye, la 6ème conférence panaméricaine par décision du 13 Février 1928 a pris la résolution d'attacher au code de D.I.P. le nom de son rédacteur et d'appeler ce code le code Bustamante. Le code Bustamante a été admis par les 21 Etats à la conférence et 15 ont actuellement ratifié. La dernière ratification est celle de la République de l'Equateur en 1933. Les Etats-Unis d'Amérique sont signataires de la conférence, mais ils n'ont pas encore ratifié. Mais ce code est l'objet d'études minutieuses, suivies dans tous les pays. Il serait à désirer que les dispositions très sages qu'il contient soient sinon adoptées, dans les pays continentaux, du moins prises en considération et étudiées de près. Si l'on jette un coup d'œil sur les 8 articles du titre préliminaire, on y aperçoit des solutions infiniment heureuses, qui tranchent, tout au moins par la convention, diverses questions compliquées. C'est ainsi qu'à l'article 6 du titre préliminaire, on confie à la lex fori la question des qualifications. La question des quali-

fications est donc tranchée et ne fait plus l'objet d'un doute. C'est ainsi qu'à l'article 7, après de très laborieuses négociations, le code Bustamante a fini par faire adopter un modus vivendi entre les pays qui pratiquent la loi nationale et ceux qui pratiquent la loi du domicile à la base du statut personnel. C'était la question la plus épineuse, celle sur laquelle ont porté les délibérations les plus délicates, notamment celles des commissions des juriconsultes de Rio de Janeiro. Le modus vivendi figure à l'article 7 du code Bustamante, et en vertu de ce modus vivendi le renvoi a disparu. Enfin, l'article 8 sanctionne une disposition générale, le principe du respect international des droits acquis.

L'Académie de droit comparé, qui siège à La Haye, dans sa session de 1925 a recommandé à la Société des Nations l'adoption du code Bustamante. Ce serait évidemment pour tous les Etats la solution la plus simple de la question du D.I.P., si des objections à l'encontre de la codification générale du D.I.P. ne se présentaient pas.

Cette question de la codification générale du D.I.P. est particulièrement épineuse et a donné lieu à un très grand nombre de discussions. (V. notamment une discussion sur la question à la Société Française de législation comparée en 1931 dans le Bulletin de la Société, p. 331 et ss., p. 479 et ss.). En effet, les objections contre la codification générale sont assez puissantes. C'est pourquoi il y a lieu peut-être de rechercher dans d'autres formules que celle d'une codification internationale une coopération entre Etats pour régler les questions de conflits de lois. On a songé à des coopérations d'ordre judiciaire, par exemple à la création de tribunaux spéciaux pour juger les conflits de lois, ou encore on a songé à confier l'interprétation des conventions, sinon de toutes les questions de conflits de lois, à la Cour permanente de justice internationale de La Haye. Toutes ces solutions présentent des avantages et des inconvénients. Les arguments pro et contra semblent s'être jusqu'à présent balancés, au point que les solutions n'apparaissent pas comme prochaines.

Quant à M. Lévy-Ullmann, il a préconisé l'adoption, par les pays européens, d'un système pratiqué à l'heure actuelle aux Etats-Unis d'Amérique avec un grand succès pour régler, d'abord les divergences de lois intérieures dans les Etats Américains, et aussi les divergences en matière de conflits de lois. Ce procédé est un procédé de coopération qui ne s'adresse pas directement au législateur, qui s'adresse

La question de
la codification
générale du
D.I.P.

Solution pré-
conisée par
M. Lévy-Ull-
mann.

plus directement au juge par la voie doctrinale professionnelle. C'est ce que l'on appelle le procédé du "restatement", le rétablissement. Le restatement consiste dans une série de recommandations adressées à la jurisprudence des tribunaux par les jurisconsultes, par la coopération des juristes privés, qui s'occupent des questions. C'est ainsi que les Etats-Unis d'Amérique ont rédigé d'abord un restatement concernant la matière des contrats pour unifier, sinon le droit des contrats, du moins la jurisprudence en matière des contrats dans tous les Etats de l'Amérique du nord, et ont ensuite adopté un restatement en matière de conflit de lois. (L'étude du restatement américain est faite dans le livre de M. Wigny, déjà cité, "Essai sur le D.I.P. Américain", 1932, où il y a l'analyse des dispositions générales du restatement américain). Ce n'est pas pour dire que l'on devrait adopter les dispositions du restatement américain. C'est de la méthode qu'il s'agit. Il serait possible aux divers Etats, Américains ou continentaux, de se mettre aujourd'hui d'accord sur un certain nombre de propositions universellement admises dans nos pays. Il y a des règles fondamentales que tous les pays reconnaissent : le principe du respect international des droits acquis, la règle *locus regit actuum*, le principe de l'autonomie de la volonté, un certain nombre de règles sur le principe desquels les Etats pourraient se mettre d'accord, non pas par voie de convention internationale, non pas même en confiant à des juges spécialisés la solution du conflit, mais simplement si, dans tous les pays, les juristes, dans des conférences analogues à ce qui s'est passé en Amérique avec les conférences panaméricaines, se mettaient d'accord sur un certain nombre de propositions à recommander à l'adoption des jurisconsultes et des doctrines nationales. Le problème pourrait être, sinon promptement, du moins assez promptement et clairement résolu.

La conclusion de cette étude des conflits de lois, c'est qu'il est indispensable aujourd'hui, après des siècles et des siècles de discussion, de sortir de la difficulté dans laquelle on se débat depuis le Moyen-Age. Il est indispensable de mettre fin à ces questions sans doute très intéressantes en soi, mais qui exigent une solution prompte et uniforme autant que possible. L'humanité ne peut pas continuer à tourner éternellement dans ce cercle vicieux contraire aux nécessités de la vie juridique. M. Levy-Ullmann estime, - et c'est sa conclusion - que tous les juris-

Conclusion de
l'étude rela-
tive aux con-
flits de
lois.

tes qui s'occupent des conflits de lois, devraient méditer longuement ces deux axiomes clef de la solution de tous les problèmes : à question internationale, solution internationale; à solution internationale, esprit international. La solution viendra très vite le jour où les juristes auront compris que, dans l'ordre collectif comme dans l'ordre individuel, il faut faire des sacrifices, et que la vie en communauté, qu'il s'agisse de la communauté familiale, conjugale, nationale et internationale, dont le droit n'est que l'armature, est fondée sur des concessions réciproques et sur la bienveillance mutuelle.

.....

DEUXIÈME PARTIE DU COURS

LA CONDITION CIVILE

DES ÉTRANGERS.

Position du problème.

D'une façon générale, on entend en France dans les ouvrages de D.I.P. traiter sous le titre, la condition des étrangers, une matière complexe dont l'objet peut être indiqué de la manière suivante : "la détermination de la mesure dans laquelle les ressortissants d'un pays ont, au point de vue du droit privé, dans un autre pays, la jouissance des droits dont jouissent les nationaux de ce dernier pays". Par exemple, en France, les étrangers jouissent-ils, au point de vue du droit privé, des droits qui sont accordés aux Français ? Y a-t-il ou non assimilation ? Tel est le problème.

Délimitation du problème.

1) Exclusion des matières touchant au droit public et au droit pénal.

On remarque dans cette définition les termes suivants : d'abord, "au point de vue du droit privé": c'est signifier qu'il va s'agir de la condition civile des étrangers; ce qualificatif a pour but d'exclure de cette étude les matières qui se réfèrent à la condition des étrangers au point de vue du droit public ou du droit pénal, au point de vue constitutionnel et administratif. De très nombreuses questions se présentent sur la condition des étrangers au point de vue administratif : police des étrangers, accès, admission, séjour, sortie, expulsion. Au point de vue constitutionnel, également des questions se posent : celles des droits politiques, celles des libertés publiques. Enfin, au point de vue pénal, il existe relativement aux étrangers une institution qui ne s'applique pas aux nationaux : l'extradition. Ce sont là des matières très importantes, qui se réfèrent d'une façon générale à la condition des étrangers en France mais qui ne rentrent pas dans la condition civile des étrangers, c'est-à-dire dans la matière du droit privé, où dans une certaine mesure le D.I.P. est intéressé.

2) Distinction avec la question du conflit de lois.

D'autre part, il s'agit de la "jouissance" des droits, et non pas de "l'exercice" des droits. C'est précisément par cette différence de mots que l'on tend à exprimer la distinction entre la matière de

la condition civile des étrangers et celle du conflit des lois. En effet, la question de la condition des étrangers répond à l'interrogation suivante : L'étranger a-t-il la jouissance de tel droit ? Par exemple l'étranger a-t-il le droit de se marier en France ? tandis que la question du conflit des lois répond, dit-on, à une autre interrogation : celle de savoir quelle est la loi qui réglemente l'exercice de ce droit ? Par exemple, l'étranger pouvant se marier en France, à quelle loi doit-on s'adresser pour savoir quelles sont les conditions intrinsèques de la validité de son mariage ? quelles sont les formalités extérieures, auxquelles il doit se conformer ? Par conséquent, en apparence tout au moins, la question de condition des étrangers se distingue de la question du conflit des lois. La plupart des auteurs même ajoutent que la question de la condition des étrangers est préjudiciable à celle du conflit des lois. En effet, à quoi bon discuter sur les modalités d'exercice et la loi applicable, si l'étranger n'a pas en France, par exemple, la jouissance du droit ?

La question de la condition des étrangers est subsidiaire à celle du conflit de lois, et non préjudiciable.

Il serait peut-être plus juste de dire que la question de la condition des étrangers, au lieu d'être préjudiciale à celle du conflit des lois, y est au contraire subsidiaire. En effet, comme l'a montré M. André Weiss, il s'agit, non pas seulement de savoir si l'étranger jouira en France d'un droit déterminé, dont jouissent les Français, mais il s'agit de savoir aussi si, dans son pays d'origine, il jouit de ce droit. Par exemple, voilà la question du divorce. Un Italien en France peut-il divorcer ? Le droit au divorce lui est interdit, non pas parce que les Français ne peuvent pas divorcer - c'est le contraire - mais parce que sa loi nationale le lui interdit. Il faut donc supposer, tout d'abord, que la loi nationale de l'étranger et la loi française sont d'accord pour admettre le principe du droit, et par conséquent il y a une question de conflit de lois à la base, ou plutôt de conciliation des lois, qui doit être examinée avant celle de la condition des étrangers. Il serait donc plus logique, et c'est le sentiment de M. Lévy-Ullmann, de considérer le conflit des lois comme préjudiciel ou préalable à la question de la condition des étrangers.

Il y a bien conflit de lois dans la question de la condition des étrangers.

Quant à dire, comme le font certains auteurs avec beaucoup d'énergie, qu'il n'y a pas de conflit de lois dans la question de la condition des étrangers, ceci est beaucoup plus contestable. Sans doute il ne faut pas, dans ces matières, approfondir d'une manière trop aigüe et trop pénétrante ; il ne faut pas raffiner la subtilité, mais on ne peut pas cependant

ne pas observer que, lorsqu'il s'agit de savoir si un étranger jouissant d'un droit dans son pays ne jouit pas de ce droit dans un autre pays où il s'est transporté, c'est tout de même la question de savoir quelle est la loi qui sera applicable : si c'est sa loi nationale, ou si c'est la loi du pays où il se trouve, qu'il s'agisse de jouissance ou qu'il s'agisse d'exercice. Il y a toujours dans ces cas un conflit de lois, avec cette restriction, cependant, que ce conflit de lois est tranché dès qu'il est posé, car les lois qui concernent les étrangers rentrent incontestablement dans la catégorie des lois de police et de sûreté, de celles notamment, considérant le droit français, qui sont visées à l'article 3 : "Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire". Par conséquent, la loi territoriale s'impose aux étrangers. La question du conflit est résolue aussitôt qu'elle est posée. C'est pourquoi le conflit des lois n'apparaît pas à la première apparence. Le problème étant ainsi posé et délimité, il convient d'examiner, réduites aux questions de pur droit privé, les questions concernant la condition des étrangers, c'est-à-dire la condition civile des étrangers.

D'après la méthode qui a été suivie jusqu'ici, on examinera d'abord, dans un premier paragraphe, les textes du droit français. En effet, à la base les textes sont en nombre un peu plus fort que pour la matière du conflit des lois, bien que, ces textes ne soient pas à proprement parler des textes du code civil, mais des textes complémentaires. On verra ensuite, dans un deuxième paragraphe, l'œuvre complémentaire de la doctrine et de la jurisprudence, car, comme pour la matière du conflit des lois, à raison de nombreuses lacunes laissées par les textes qui se sont occupés de la matière, jurisprudence et doctrine, la doctrine d'une façon particulièrement marquée, ont pris leur place et comblé les lacunes. Enfin, dans un troisième paragraphe très restreint, on examinera les systèmes étrangers et les conventions internationales en la matière.

§ 1 - L'étude des textes législatifs du droit français.

M. Lévy-Ullmann dit : les textes législatifs du droit français, bien que cette matière soit dominée par un texte fondamental, très célèbre par des discussions classiques, auxquelles il a donné lieu, dans la doctrine, l'article 11 du code civil. La question a déjà été indiquée : Y a-t-il assimilation ou non de

l'étranger au national, dans notre espèce de l'étranger au Français, quant à la jouissance des droits ? Le code civil y répond par la négative. Il n'y a pas assimilation. On ne met pas en France l'étranger, quant à la jouissance des droits civils, sur un pied d'absolue égalité avec le Français. Quel sort lui fait-on ?

L'article 11 est ainsi conçu : "L'étranger jouira en France des mêmes droits civils qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra". A la question posée, le code civil apporte donc la réponse suivante : la condition de l'étranger en France sera essentiellement dominée par la réciprocité, et ce que l'on appelle la réciprocité diplomatique. Pour savoir si un étranger, par exemple un Espagnol, jouira en France des droits civils, il faudra regarder la manière dont, en vertu des accords diplomatiques, un Français jouira en Espagne des droits civils, et il aura exactement la même quantité de droits que ceux qui sont ainsi par réciprocité accordés aux Français dans son pays.

Il apparaît, à contrario de l'article 11, une lacune voulue, mais considérable. Quelle est la situation de ceux qui appartiennent à des pays qui ne sont pas liés avec la France par des accords diplomatiques ? L'article 11 n'en dit rien.

Ce texte venait à la suite d'une longue évolution historique concernant la condition des étrangers en France. Au Moyen-Age l'étranger était soumis à un nombre important de restrictions; en particulier en matière civile, l'étranger avait été maltraité par les principes féodaux, par des droits fiscaux, repris par le privilège régalien de la couronne, au nombre desquels figurait et a figuré pendant des siècles le célèbre droit d'aubaine. L'étymologie du nom d'aubain est incertaine : ou bien on peut considérer que aubain vient du bas latin "alibanus", de "alibi", ailleurs, ou bien on peut considérer que aubain vient d'un mot écossais, "l'albanus". Stricto sensu, l'aubain était soumis à de très nombreuses vexations; en particulier, il était frappé d'une incapacité de transmettre et de recevoir à cause de mort en France, soit par testament, soit par succession ab intestat. Sans doute, avec le cours des siècles, a-t-on apporté à sa situation un certain nombre d'atténuations. Des exceptions, très nombreuses, furent accordées : la dispense du droit d'aubaine fut accordée là où on avait intérêt à faire venir des étrangers. Dans certaines villes notamment, on donna l'exemption du droit d'aubaine, principalement aux

A - Examen du texte fondamental : l'art. 11 du code civil.

Evolution historique concernant la condition des étrangers en France.

Les diverses atténuations apportées à la condition de l'aubaine sur
Source : BIU Cujas

le territoire
français.

souverains, aux princes étrangers, aux diplomates, aux étudiants d'université. Plus tard, certaines villes, certaines provinces désireuses d'attirer les étrangers obtinrent des seigneurs ou de ceux qui exerçaient les droits fiscaux des atténuations nombreuses, si bien qu'à la fin de l'ancien régime, le droit d'aubaine avait été remplacé par un droit de détraction, qui est du dizième du droit d'aubaine, en compensation pour le trésor royal de la suppression du droit d'aubaine et des exceptions telles que celle dont bénéficiaient ceux qui avaient, sur le territoire français, des enfants légitimes, les régnicoles, comme on les appelait alors. Telles sont les modifications qui ont été apportées à la condition des aubaines sur le territoire français.

Il est une autre atténuation, à laquelle il faut s'attacher quelque peu, car on verra l'importance qu'elle a prise dans l'interprétation du code civil. C'est une doctrine tirée plus ou moins heureusement des textes romains par les romanistes, notamment par les légistes de Philippe le Bel et les commentateurs du droit romain. Les légistes de Philippe le Bel mirent en avant cette doctrine pour arracher le droit d'aubaine notamment et les autres droits seigneuriaux aux seigneurs et pour les confier au roi. Par la suite, la doctrine se retourna contre la fiscalité royale. C'est la célèbre discussion entre les facultés dites du droit des gens et les facultés dites du droit civil. Les civilistes firent prévaloir, quant à la condition de l'étranger, une distinction demeurée célèbre, celle en vertu de laquelle certaines facultés ne pouvaient pas être refusées aux étrangers, comme celle de se marier par exemple sur le territoire français. "Ce sont, disait-il, des facultés inhérentes à la personnalité humaine et dont il y aurait barbarie à priver des êtres vivant sur le territoire français". Au contraire, certaines autres facultés qui mettent en jeu la puissance seigneuriale, la puissance royale, l'autorité du souverain, sont de droit civil, et ne peuvent être considérées comme ipso jure conférées à l'étranger sur le sol français, dans la matière du mariage par exemple le droit de se marier avec une française sans l'autorisation du roi, car il pouvait s'en suivre de par les principes de la nationalité, dans certains cas, que la progéniture née de ce mariage allait échapper à l'allégeance royale. De même les principes de la garde, de la tutelle; la garde noble ou bourgeoise a toujours été considérée comme un jus publicum, la tutelle par conséquent de droit civil et le droit d'héritage également.

Dans cette catégorie, rentraient les facultés de trans-

mettre ou de recevoir à cause de mort. Ainsi se trouvait justifié le droit de détraction. Dans l'ancien droit, Verrière notamment dans ses Nouvelles Institutes coutumières, écrivait "que les étrangers sont capables de tous actes, contrats ou conventions, du droit des gens, mais incapables des effets civils". Telle était la doctrine à la veille de la révolution.

L'œuvre de la révolution française.

La révolution française, par ses principes mêmes, sous l'impulsion du mouvement philosophique du XVIII^e siècle, et aussi sous l'impulsion des doctrines économiques, était favorable à l'assimilation des étrangers; elle était en particulier hostile au droit d'aubaine, que Montesquieu avait traité de "droit sauvage". D'autre part, les économistes, comme Necker, avaient indiqué dès 1785 que les avantages fiscaux obtenus par le droit de détraction étaient minimes, en comparaison des inconvénients qu'il pouvait y avoir en écartant les étrangers du sol français. Dès le 6 Août 1790, la révolution proclama la suppression des droits d'aubaine et de détraction. Enfin la constitution de 1791 consacra le principe de l'assimilation des étrangers aux Français. La révolution prétendait poser des principes communs à toute l'humanité. C'est pourquoi la constitution de 1791, titre 6, contenait cette déclaration : "La Constitution n'admet pas le droit d'aubaine. Les étrangers, établis ou non en France, succèdent à leurs parents étrangers ou Français, ils peuvent contracter, acquérir et recevoir des biens situés en France et en disposer, de même que tout citoyen Français, par tous les moyens autorisés par la loi". La constitution de 1793, de l'an III, article 335, avait repris la formule.

C'est dans ces conditions que la question se posait devant les rédacteurs du code civil. Sans doute, y avait-il eu par la suite quelques atténuations au principe. Ainsi, par exemple, en ce qui concerne la caution judicatum solvi et la contrainte par corps en matière civile, on avait déjà établi des différences entre l'étranger et le Français. Mais à l'époque du Consulat, on était dans une période de guerre. Les étrangers n'avaient pas imité la révolution française, bien au contraire. S'ils avaient reçu sur leur sol des émigrés, ils étaient loin de traiter les Français à l'étranger avec un principe d'assimilation aussi large que celui qu'avait préconisé la révolution française. C'est pourquoi le projet présenté devant les Chambres délibérantes de l'époque exigeait pour que l'étranger jouisse en France des droits civils une double réciprocité, ce que l'on appelle la réciprocité législative et la réciprocité diplomatique. "Les

Les travaux préparatoires relatifs à l'art. 11 du code civil.

étrangers jouissaient en France des droits reconnus, dans le pays auquel ils appartenaient, aux Français, par les lois ou les traités". Il y avait là une alternative. La réciprocité législative, qui en apparence semblait comme une condition plus sévère que la réciprocité diplomatique, en réalité l'était moins, parce qu'elle consiste à subordonner la condition de l'étranger en France à l'existence et à la mesure des règles législatives établies en faveur des Français dans le pays auquel ils appartiennent; pour faire bénéficier ses ressortissants en France de tous les droits, un pays n'a qu'à accorder tous les droits aux Français sur son territoire. Si c'est un pays d'émigration, un pays dont les ressortissants viennent en France en beaucoup plus grand nombre que les Français ne vont dans ce pays, il n'hésitera pas à le faire. Par conséquent, la condition des étrangers en France se trouvait par cette formule abandonnée à la volonté du pays étranger, contrairement, disait-on, à la dignité de la législation française, qui se soumettait ainsi aux fluctuations des législations étrangères; et des considérations d'utilité pratique survenaient, car il dépendait ainsi de l'étranger, sans recourir à la voie diplomatique, de faire bénéficier ses ressortissants en France de droits considérables.

L'intervention
de Bonaparte.

Résultat : mutisme du code sur la situation de l'étranger qui n'est pas lié par des instruments diplomatiques.

B - Atténuation de cette lacune

Bonaparte intervint personnellement dans la discussion, entendant se réservier l'arme diplomatique de la réciprocité. Il fit biffer dans le projet la réciprocité législative pour laisser subsister exclusivement la réciprocité diplomatique. On changea la formule. Au lieu de mettre "par les lois ou traités", on se borna simplement à la formule qui figure dans l'article 11 : "L'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle l'étranger appartiendra". La question de savoir quelle était la situation des étrangers, qui n'étaient pas liés à la France par des instruments diplomatiques, n'était pas soulevée. Cela était voulu. Bonaparte entendait que les étrangers soient obligés de traiter avec la France pour établir une réciprocité par la voie diplomatique. Si la réciprocité n'était pas établie par la voie diplomatique, la question restait en suspens, et le point de savoir si les étrangers pouvaient ou non jouir en France de droits, en dehors du traité diplomatique, semblait rester en suspens.

La question semblait rester en suspens, parce que, dans l'article 13, du code, les auteurs adoptè-

ne : l'admission à domicile prévue par l'art. I3., c.civ.

rent une institution de nature à atténuer la lacune ainsi laissée dans le code par le mutisme gardé sur la condition de l'étranger appartenant à un pays non lié à la France par un instrument diplomatique. L'article I3 implanté en France une institution anglaise, née de la pratique administrative de l'Angleterre, qui portait le nom assez curieux et dont l'étymologie est également assez difficile à trouver de "denization". Cette institution avait été admise dans la pratique anglaise pour pallier aux inconvénients de la règle qui voulait et qui a voulu très longtemps en Angleterre, qu'un étranger ne puisse pas y être propriétaire immobilier, qu'un étranger ne puisse pas y posséder de la terre. En effet, le roi d'Angleterre est encore à l'heure actuelle le souverain fief du royaume. Toute la terre lui appartient. Il n'y a pas de propriétaire, il n'y a que des tenanciers. Il n'y a, en Angleterre, que la tenure et la propriété y porte le nom de tenure, si modeste soit-elle, qu'il s'agisse d'une toute petite maison ou d'un lopin de terre. On ne pouvait donc être tenancier du roi d'Angleterre que si on était un de ses sujets. Pour atténuer cette règle qui en particulier était sévère pour certaines grandes familles aristocratiques de France possédant en Angleterre ou désirant posséder en Angleterre des domaines de chasse, et dans certains autres cas, on a adopté l'institution consistant à permettre à certaines personnes d'obtenir un domicile autorisé en territoire anglais. Cette autorisation à domicile valait, non pas comme une naturalisation, mais tout au moins comme une situation privilégiée permettant l'acquisition des droits immobiliers. Cette institution fut copiée par les auteurs du code civil dans l'article I3, dans l'institution de ce que l'on a appelé l'autorisation à domicile ou l'admission à domicile. Dans le texte de 1804, on a parlé d'admission à domicile. Par la suite, on a parlé d'autorisation à domicile parce que l'admission à domicile était prononcée par décret de la république, par ordonnance du roi; c'était, par conséquent, une institution particulièrement privilégiée, dont les effets étaient proprement de conférer à l'étranger en France la jouissance des droits civils. En effet, dans le texte de 1804, l'article 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".

Cette institution s'est perpétuée jusqu'à la loi de 1927. La loi du 10 Août 1927 sur la nationalité a abrogé l'admission à domicile. En effet, l'ad-

mission à domicile avait au premier abord l'aspect d'une institution ayant pour objet de conférer à l'étranger les droits civils. A la suite du mouvement de jurisprudence et de doctrine qui avait donné à l'étranger en France un statut infiniment plus large que celui qui lui avait été réservé par l'article 11, en dehors des instruments diplomatiques, l'admission à domicile, sans avoir perdu toute signification, fut utilisée par les lois sur la nationalité comme moyen de la faciliter. C'était donc, comme on l'a dit, l'antichambre ou le vestibule de la naturalisation. L'admission à domicile pouvait conférer dans le dernier état du droit, - loi de 1889 - une naturalisation plus rapide, si bien qu'on en avait limité les effets à 5 années. Si, au bout de 5 années, la naturalisation n'était pas demandée, l'autorisation de domicile voyait ses effets expirer. Aussi dans le nouveau système de 1927, l'admission à domicile, n'ayant plus place eu égard à la manière très large dont était octroyée la naturalisation en France de par la loi de 1927, a disparu. Il n'en reste pas moins que, pendant un peu plus d'un siècle, l'admission à domicile est apparue comme une situation intermédiaire entre celle des étrangers qu'on appelait privilégiés, c'est-à-dire couverts par des traités diplomatiques, et les étrangers ordinaires, c'est-à-dire les étrangers soumis au droit commun.

Telle était, de par l'article 11, la situation faite aux étrangers en France. Ainsi donc, il subsistait une lacune importante que la jurisprudence et la doctrine avaient à combler : c'était la situation de l'étranger ordinaire, de l'étranger soumis au droit commun, celui qui n'avait pas la possibilité de bénéficier d'une réciprocité diplomatique ou de l'admission à domicile.

Mais ce n'est pas tout avec les textes. L'article 11 et l'article 13 une fois connus, on doit ajouter que dans le code civil d'abord, et ensuite dans de nombreux textes postérieurs au code civil, la condition de l'étranger s'est trouvée dans une certaine mesure précisée par des textes complémentaires, non pas d'ordre général, mais sur des points fragmentaires du droit ayant leur importance.

Dans le code civil lui-même, on trouve certains articles importants et intéressants pour la condition de l'étranger. Il faut, d'abord et immédiatement, s'adresser aux articles 14 et 15, qui concernent une matière dans le détail de laquelle M. Lévy-Ullmann ne peut entrer, la matière des conflits de compétence et de juridiction, lorsqu'un litige a lieu entre un étranger et un Français.

II - Textes complémentaires.
A - Dans le code civil de 1804.

Les art. I4, I5
et I6 C. Civ.
relatifs à des
question de
compétence
et de juridic-
tion.

L'article I4 tout d'abord envisage le cas où les étrangers sont débiteurs des Français, où c'est l'étranger qui est engagé dans des obligations envers le Français, obligations contractées soit en France, soit en pays étranger. Une formule aurait pu suffire pour trancher la question, et si l'article I4 en contient deux, cela tient à des incidents de rédaction, dont les travaux préparatoires marquent la trace, et qui ne sont plus intéressants pour nous : "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", il pourra être traduit devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français". Ces deux propositions aboutissent en somme à cette règle : l'étranger, même non résidant en France, débiteur d'un Français pour des obligations contractées, soit en France, soit à l'étranger, pourra toujours être cité par le Français devant les tribunaux français. C'est là une brèche à la règle "actor sequitur forum rei", suivant laquelle, en principe, le demandeur devait se transporter au tribunal du défendeur pour l'accionner en justice.

L'article I5, au contraire, déclare que lorsque le Français est débiteur d'un étranger, et même pour des dettes contractées à l'étranger, le Français pourra être traduit devant un tribunal de France.

Un français pourra être traduit devant un tribunal de France pour des obligations par lui contractées en pays étranger, même avec des étrangers, c'est en somme proclamer dans les deux articles la compétence des tribunaux français dans les obligations contractées entre Français et étrangers indifféremment à l'étranger ou en France, et que l'étranger ou le Français soit indifféremment débiteur ou créancier.

Enfin, l'article I6 est relatif à la caution dite "judicatum solvi"; cette caution qui était seulement exigée du demandeur étranger en matière civile par le texte de 1804, a été étendue aux matières de commerce par la loi du 5 Mars 1895 (Renvoi au cours de procédure civile).

Voilà les trois principaux articles qui tranchent de nos jours des questions de détails figurant encore dans le code civil.

On peut y joindre l'article 980 sur l'incapacité d'être témoin dans les actes testamentaires, incapacité qui se rattache à celle de la loi du 25 ventose an XI (article 9 et 11) qui interdit aux étrangers d'être témoins dans les actes notariés. Mais il faut noter, au contraire, l'article 37 du code ci

Les art. 980
et 37 c. civ.

vil qui ne refuse pas aux étrangers la faculté d'être témoins pour les actes de l'état civil. L'article 905 du code de procédure civile, qui excluait et qui exclut encore les étrangers du bénéfice de cession, qui a cessé d'être en usage en France depuis la disparition de la contrainte par corps. Mais les deux articles les plus importants qui visaient, en dehors des articles I3, I4 et I5, la condition des étrangers dans le code civil ont promptement disparu : c'étaient les articles 726 et 912, de l'édition primitive de 1804. Ces deux articles spécifiaient d'une manière formelle, l'un en ce qui concerne la succession ab intestat, le second en ce qui concerne les dispositions testamentaires et les donations entre vifs, l'application formelle de la réciprocité diplomatique visée à l'article II. On avait tenu, dans les cas précisément où intervenaient autrefois le droit d'aubaine et le droit de détraction, à affirmer, par un texte précis, la nécessité de la réciprocité diplomatique. Il faut même observer, par rapport à l'ancien droit d'aubaine, que l'article 912 allait beaucoup plus loin que l'ancien droit, puisqu'il ne visait pas seulement les dispositions testamentaires, mais qu'il englobait les donations entre vifs, dont ne s'occupait pas l'ancien droit d'aubaine. Il y a là une différence qui a été longtemps marquée par les commentateurs du code civil. Mais ce texte ne survécut pas aux circonstances qui leur avaient donné naissance. Si la Restauration n'osa pas modifier l'article II lui-même, du moins prit-elle à coeur, dès le début, de supprimer les articles 726 et 912. La loi du 14 Juillet 1819, dite un peu par exagération loi sur l'abolition des droits d'aubaine et de détraction, avait en réalité pour effet de supprimer le système de l'article II en matière de succession ab intestat et de succession testamentaire, et de le remplacer par le système du prélevement successoral (article 2 de la loi du 14 Juillet 1819).

En dehors de ces textes, on peut citer comme textes à peu près contemporains du code civil ou très rapprochés, le décret sur la constitution de la Banque de France, décret du 16 Janvier 1808, qui permettait aux étrangers d'être titulaires d'actions nominatives à la Banque de France, mais qui ne leur permettait pas de figurer à l'assemblée générale.

On peut citer également la loi sur les concessions de mines de 1810, qui exclut les étrangers du droit d'obtenir une concession de mines, exclusion confirmée par les dernières lois sur les mines du 9 Septembre 1919. Voilà un certain nombre de détails contemporains du code civil.

rt. 905 c.
cc. civile.

extes qui ont
sparu : les
ciens art.
6 et 912 c.
v.

extes contem-
porains du
de civil.

B - Depuis la rédaction du code civil.

Depuis lors, de très nombreux textes, dans le détail desquels M. Lévy-Ullmann n'entrera pas, sont venus sur des matières spéciales donner ou, au contraire, refuser aux étrangers certains droits. L'essentiel, c'est de connaître la matière, de grouper ces textes. On pourra facilement retenir ces détails en établissant 5 groupes principaux de textes

- 1°/ Droit de famille et propriété.
- 2°/ Droit de propriété intellectuelle.
- 3°/ Navigation, maritime, fluviale et aérienne
- 4°/ Travail et prévoyance sociale.
- 5°/ Droit des collectivités.

C'est sous ces rubriques que ce classent les textes les plus importants donnant ou refusant aux étrangers le sort français des droits privés. Voici quelques exemples.

Dans les droits de famille, la loi du 19 Juin 1923, dans l'article 345 nouveau du code civil, permet l'adoption entre étrangers et Français. Un Français peut adopter un étranger ou être adopté par un étranger. L'adoption n'entraîne pas pour l'adopté un changement de nationalité. C'est là une modification à l'état de la jurisprudence antérieure, c'est donc un texte qui étend les droits de l'étranger. A l'inverse, la loi du 12 Juillet 1919, sur le bien de famille insaisissable, comme il s'agit de propriété immobilière, réserve aux Français ou aux étrangers ayant obtenu l'autorisation de domicile la possibilité de créer un bien de famille insaisissable. Il a là au contraire une restriction au droit de l'étranger.

On verra, d'autre part, à propos de l'étranger privilégié, la grave controverse qui s'est institué sur nos lois sur les loyers civils et commerciaux. C'est une question considérable, qui a donné lieu à une jurisprudence très grave, que celle de savoir si de connaître la portée des articles compris dans les lois du 1er avril 1926 et du 29 Juin 1929 sur les loyers civils, et dans les lois du 30 Juin 1926 et du 22 Avril 1927 sur les loyers commerciaux. Il y a là des formules d'exclusion directe ou indirecte, de reciprocité législative ou diplomatique. Les pouvoirs publics se sont inquiétés, après la guerre, à la quantité d'étrangers acquérant des immeubles en France. Il a été question de limiter pour les étrangers l'accès à la propriété immobilière. Notamment un projet de loi gouvernemental du 23 Janvier 1920 avait été déposé sur la question et étudié par la Société d'Etudes législatives (Bulletin de la Société d'Etudes Législatives de 1924). M. Lévy-Ullmann avait été le rapporteur de la question. Mais

celle-ci n'a pas abouti à un vote devant le Parlement, la situation s'étant améliorée, et la propriété immobilière ayant cessé d'être menacée par l'envahissement de capitaux étrangers.

2) En matière de droits intellectuels.

Dans l'ordre des droits intellectuels, on peut établir deux catégories : il y a des cas où les lois établissent l'assimilation entre étrangers et Français. Tels sont les cas en matière de brevet d'invention et de droits d'auteur. Au contraire, il en est différemment en matière de marque de fabrique et de commerce, de dessins et modèles industriels, et de nom commercial, où, sous des réserves et avec des nuances, on exige la réciprocité législative ou diplomatique.

3) En matière de navigation.

En matière de navigation, on a une tendance de plus en plus marquée à réserver la propriété des instruments de navigation, maritime, intérieure ou aérienne, aux seuls Français. En ce qui concerne la navigation maritime, pour être Français, un navire doit être la propriété pour moitié de Français; pour la navigation intérieure, dans le cas de bateaux employés à la navigation rhénane, ils doivent en totalité appartenir à des Français. Il a été proposé pour protéger les bateliers Français d'étendre à toute la navigation intérieure ce texte. En tout cas, les lois sur la navigation aérienne l'ont établi pour tous les aéronefs. Un aéronef n'est français qu'à la condition d'appartenir à des Français.

4) En matière de travail et de prévoyance sociale.

Pour les lois de travail et de prévoyance sociale, toute une politique a dû être adoptée. En effet, écarter de ces lois la main d'œuvre étrangère, c'était lui donner dans une certaine mesure une prime. C'était une prime à l'embauchage d'ouvriers étrangers. C'est pourquoi la loi sur les accidents du travail avait prévu que les accidents seraient réglés de la même manière par les indemnités, qu'il s'agisse d'ouvriers étrangers ou d'ouvriers Français, et il n'y avait, dans l'article 3 de la loi de 1898, qu'une restriction relative au paiement de la rente, lorsque l'ouvrier étranger n'habitait plus le territoire Français. Mais lorsqu'il s'est agi, non plus de réparer des accidents, mais de conférer des bénéfices, lorsqu'il s'est agi de véritables lois de prévoyance sociale, on a établi des distinctions entre les salariés étrangers et les salariés Français; en particulier, les lois du 5 Avril 1928 et 30 Avril 1930 sur les assurances sociales donnent aux étrangers la possibilité d'obtenir certaines allocations, mais les excluent, au contraire, de certains autres droits, tels que les droits des commerciaux à l'assurance. Il convient de se reporter à

ces textes, ainsi qu'aux textes sur les retraites ouvrières, sur les décrets sur la protection de la main d'œuvre.

5) Dans le droit des collectivités.

Dans le droit des collectivités, on rencontre la loi du 30 Mai 1857 sur les sociétés étrangères, et l'article 12 de la loi de 1901 sur les associations. Ces textes seront étudiés ultérieurement. On verra dans les lois sur les syndicats professionnels sur les centres d'agriculture, qu'en ce qui concerne les organismes de direction de ces organes, il est réservé dans certains cas que les étrangers n'en pourront pas faire partie.

§ 2 - Oeuvre complémentaire de la doctrine et de la jurisprudence.

Cette œuvre peut être envisagée à trois points de vue : d'une part, en ce qui concerne les étrangers relevant du droit commun, ceux dont il n'a pas été question dans l'article 11 ; en second lieu, en ce qui concerne les étrangers privilégiés, ceux qui sont visés dans l'article 11 ; et, en troisième lieu, la question du droit des collectivités, la question des personnes morales dites étrangères. Voilà les trois chefs sous lesquels on peut tenter de résumer l'œuvre de la doctrine et de la jurisprudence. En cette matière, la doctrine a eu un rôle considérable et les controverses sont nombreuses.

1 - En ce qui concerne les étrangers relevant du droit commun.

Prenons d'abord le premier aspect du sujet : les étrangers relevant du droit commun, ceux dont l'article 11 n'a pas parlé. Il y avait, en effet, une lacune considérable. L'article 11 parlait des droits civils qui sont ou seront accordés à un étranger, par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartenait. Il était alors l'objet d'un traitement analogue à celui qu'on accordait par voie diplomatique aux étrangers dans leur pays. Mais l'article 11 gardait le silence, quant à l'étranger appartenant à un pays, qui n'était pas lié avec la France par un traité diplomatique.

A - Les controverses doctrinales.

Première système : Principe de l'assimilation.

Une controverse célèbre s'est engagée sur les termes de l'article 11. Elle a duré pendant tout le XIX^e siècle. Elle a réparti entre plusieurs systèmes les juristes les plus considérables. Il n'y a pas eu moins de 4 systèmes présentés sur la matière.

Tout d'abord, deux systèmes extrêmes : l'un qui accorde presque tout aux étrangers relevant du droit commun, l'autre, au contraire, beaucoup trop restrictif. Le premier système a été soutenu par des premiers commentateurs du code civil, celui au

Aubry et Rau ont emprunté leur méthode, *Zacchariae*, (tome 1. § 76 de son cours de Droit civil, professé pour les pays rhénans soumis alors au droit civil). Plus tard, il fut adopté par Demangeat (*Histoire de la condition civile des étrangers dans l'ancien et le nouveau droit, 1844*), et par Vallette, (dans son *Explication sommaire du code civil en 1869*). Depuis lors, il avait été suivi par un certain nombre d'auteurs.

Ce système consistait à dire que l'étranger qui n'est pas l'objet d'un traitement spécial en vertu d'un traité diplomatique jouit en France de tous les droits privés qui appartiennent aux Français et qui ne lui ont pas été expressément ou implicitement refusés par des textes spéciaux du droit français. Ainsi, c'est le principe de l'assimilation. Certains droits civils, par exception, sont propres aux Français d'après les textes et ne peuvent être attribués aux étrangers qu'en vertu d'un traité. C'est le principe de l'assimilation, sauf exception dans le cas de textes absolument explicites, sur la base de la réciprocité des traités conclus entre la France et le gouvernement du pays considéré.

Les arguments à l'appui de ce système très large sont d'abord des arguments d'ordre humanitaire et philanthropique; et d'autre part, des arguments d'ordre logique : on expliquait que l'article 11 avait exclusivement pour but d'indiquer la manière de faire disparaître les inégalités établies par les textes restrictifs, par exemple par les articles 14, 16 et ss. Ce système était infiniment large. Il était peut-être apte à servir de base à une modification législative : c'était un système de *lege ferenda*, mais il ne s'appliquait pas à la loi en vigueur, à la *lex lata*. On a critiqué ce système comme infiniment trop lâche. Il n'avait pas uniquement pour effet d'annihiler l'article 11; son contenu ne s'expliquait plus.

A l'inverse, Demolombe, (tome 1er de son droit civil) soutenait un système complètement restrictif, absolument opposé à celui de Demangeat. Ce système consistait à dire que l'étranger ne jouit en France que des droits qui lui ont été expressément concédés par un traité. Il faut un texte, si l'étranger ne bénéficie pas d'un traité, pour lui permettre de jouir d'un droit privé déterminé. L'exclusion est la règle, la capacité l'exception. Demolombe appuyait son système sur des interprétations de textes, conformément à la méthode exégétique, alors en honneur,

xième système
l'exclu-
n'est la rè-
la capacité
exception.

notamment sur l'opposition entre l'ancien article 8 du code civil et l'article 11. L'article 8 disait : "Tout Français jouira des droits civils", ce qui a contrario excluait les étrangers. L'article 11 disait : "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". Il y avait là une condition très restrictive.

On pouvait objecter à ce système qu'il n'y a pas de texte ou à peu près pas de textes qui accordent expressément dans le code civil ou dans le code de commerce des droits aux étrangers. Si bien que s'il est indispensable de trouver un texte conférant le droit privé aux étrangers de se marier, de posséder des immeubles, etc., ce serait le refus complet de tout droit aux étrangers en France. Mais on était sous l'empire de la méthode exégétique, et voici comment raisonnait Demolombe à titre d'exemple : Les articles I2 et I9 sont d'anciens articles qui ont été modifiés dans le code. Ils parlent de la nationalité de la femme étrangère qui épouse un Français, de la femme française qui épouse un étranger. Le texte a donc envisagé la possibilité pour un étranger ou une étrangère de se marier en France. Il est donc possible de baser le droit de mariage des étrangers en France sur les articles I2 et I9. De même, l'article 3, § 2, du code civil, dit : "Les immeubles même ceux possédés par les étrangers sont régis par la loi française". C'est donc que les étrangers peuvent posséder en France des immeubles. Les articles I4 et I5 visent la compétence dans des procès entre Français et étrangers, l'étranger étant demandeur ou défendeur. C'est donc que l'étranger est virtuellement capable d'être débiteur ou créancier en France, etc... On aperçoit la subtilité du système. Le système ne pouvait se soutenir que dans un temps où la méthode exégétique était en honneur. Il a cessé d'ailleurs d'être admis, à raison de sa base trop restrictive, et à raison de son procédé désuet.

Si bien que l'on arrive à un troisième système professé de très bonne heure par les commentateurs du code civil, le système de Merlin et de Proudhon. Aubry et Rau lui ont donné leur adhésion; au § 78, tome 1er de leur cours de droit civil. C'est un système basé sur l'ancien droit, sur la tradition, et reprenant la distinction de Ferrière et des anciens auteurs entre les droits privés qui dérivent du droit naturel et ceux qui dérivent du droit civil, la distinction des facultés du droit des gens, et des droits civils stricto sensu. Pour les premiers, les étranger-

Troisième système : distinction des facultés du droit des gens et des droits stricto sensu (système actuel).

dissent ces auteurs, en ont la jouissance de plein droit. Les facultés qui dérivent du droit naturel, du jus gentium, sont de celles dont on ne peut priver les étrangers. Au contraire, les droits civils stricto sensu ne sont pas de plano accordés aux étrangers en France, cela se comprend. Pour les leur accorder, il faut, soit un traité, soit, en vertu de l'article 13 ancien du code civil, l'admission à domicile. Ce système est basé sur l'ancien droit, sur les travaux préparatoires du code. (V. la note 6, § 78, d'Aubry et Rau, et dans le Manuel de Weiss la dernière édition, p. 254 et ss., les explications et les motifs de Portalis ou du rapport au Tribunat du tribun Simon). Ce système a été admis par la plupart des auteurs. La jurisprudence l'adopte et le fait sien.

Ce système n'est peut-être pas à l'abri de tout reproche. On a dit que le code civil ne s'était pas entièrement conformé à la tradition de l'ancien droit. La preuve en est dans l'article 912, qui surenchérisait sur le droit d'aubaine. On a dit également qu'il aboutissait à des solutions arbitraires, car qu'est-ce qui sera de droit naturel ? Qu'est-ce qui sera de droit des gens ? C'est évidemment une question d'interprétation, qui laisse la place à beaucoup d'impressionnisme. Quoi qu'il en soit, c'est le système qui a fini par être adopté.

Le quatrième système, qui est un système électique, n'a fait en somme que reprendre le 3^e système. Le quatrième système, développé par Weiss et Pillet, emprunte les motifs du troisième système, c'est-à-dire s'appuie sur l'ancien droit, pour aboutir à des conclusions analogues à celles de Demangeat, c'est-à-dire à des conclusions très larges. C'est le système le plus libéral. Aujourd'hui avec le déclin de la controverse et le déclin de la méthode exégétique, ce système ne présente plus un grand intérêt, eu égard à ce que d'ailleurs on se concentre surtout sur les décisions de la jurisprudence.

La jurisprudence, en effet, a été de bonne heure amenée, elle aussi, à prendre parti sur des cas concrets. C'est précisément lorsqu'en envisage le catalogue des questions auxquelles la jurisprudence a eu à s'attacher, que l'on s'aperçoit que la question, qui au point de vue doctrinal présentait une très grande importance, en réalité s'est trouvée restreinte par les décisions de la jurisprudence et réduite à quelques rares controverses. Au surplus, sur certains cas au sujet desquels on discutait, au sujet desquels la jurisprudence avait même refusé aux étrangers l'accès au droit civil, la loi est intervenue. Il en est ainsi, notamment de deux ques-

Quatrième sys-
ème : systè-
me électique.

La portée
pratique du
problème.

réduite : à
raison de l'in-
troduction de
certains tex-
tes :

à raison de ce
que l'on est
parfois rame-
né au problè-
me du conflit
des lois.

La jurispruden-
ce a eu à se
prononcer sur
4 catégories
de questions :

1) En ce qui
concerne la
tutelle.

tions, qui ont même pendant très longtemps attiré l'attention des auteurs : la question de l'adoption et la question de la protection du nom commercial.

L'adoption avait été considérée par la jurisprudence, depuis 1823, comme une question de droit civil, de jus civile stricto sensu. La loi de 1923 a modifié l'article 345 et a permis l'adoption entre Français et étrangers. Voilà un des points de la controverse qui tombe.

De même, la question de la protection du nom commercial, qui avait donné lieu à un arrêt des Chambres réunies de 1848, proclamant qu'il y avait là un droit civil stricto sensu, a amené la loi du 26 Novembre 1873, article 9, qui a transformé ce droit en un droit accessible aux étrangers. Dans ces conditions, la controverse se restreint. Elle se restreint quant au nombre de questions qui se présentent, elle se restreint aussi sur un autre point. En effet, quelquesunes des questions que l'on discute sur le terrain du droit de jouissance accordé aux étrangers ramènent d'une façon tout à fait expresse et topique à la question du conflit de lois, ce qui prouve qu'il n'y a pas de cloison étanche entre les deux questions.

Voici les quatre catégories de questions sur lesquelles la jurisprudence a eu à se prononcer. Tout d'abord en matière de droit de famille, deux questions surtout ont arrêté les auteurs et la jurisprudence a eu à statuer : la question de la tutelle et la question de l'hypothèque légale.

En ce qui concerne la tutelle, c'est une matière qui avait toujours été considérée comme rentrant dans une certaine mesure dans le droit public. La fonction de tuteur est un "manus publicum", rentrant dans la catégorie de droits qui se rattachent à la souveraineté, à celle du seigneur, la garde noble, la garde royale. La jurisprudence, pendant très longtemps, eu égard à ces précédents, conformément d'ailleurs à l'ancien droit, avait admis qu'un étranger ne pourrait être tuteur ou membre d'un conseil de famille pour un mineur français. C'est ce qui a été jugé dans un arrêt de 1861 de la Cour de Paris, (21 Mars 1861. S. 181. II. p. 209).

Depuis lors, il s'est produit une évolution dans la jurisprudence. On a trouvé, par exemple, qu'il pouvait être trop rigoureux d'exclure un ascendant étranger de la tutelle d'un de ses descendants, par exemple d'un petit-fils mineur et de nationalité française. Il y a dans la tutelle de l'ascendant, d'après les tribunaux, une sorte de droit naturel, de paternité, de surveillance; aussi la chambre civile

de la cour de cassation, le 16 Février 1875 (S. 1875 I. P. 193, avec une note de Labbé, D. 1876. I. p. 49), a admis que pour l'ascendant étranger d'un mineur français la tutelle pourrait être octroyée. Au surplus, de nos jours dans la pratique, nos justices de paix organisent, en dehors de tout texte, et par une pratique bienveillante, la tutelle de mineurs étrangers, lorsque ces mineurs relèvent d'une législation appartenant à un système juridique analogue au système français, notamment pour les mineurs belges, dont la tutelle s'ouvre en France, et ils n'hésitent pas à confier la tutelle aux étrangers, au père ou à un parent. Cette première question se trouve déjà assez restreinte dans son application rigoureuse à l'encontre de l'étranger.

t l'hypothèque légale.

La question de l'hypothèque légale de la femme mariée, du mineur, est de celles qui, également, ont été très débattues devant les tribunaux. Il y a eu de très nombreux arrêts sur la question, notamment celui auquel on se réfère généralement, un arrêt de la cour de cassation du 4 Mars 1884, (S. 1884, I. p. 213. D. 1884. I. p. 205). Il y a eu également un très grand nombre de décisions des cours d'appel, et plus récemment une espèce de la chambre des Requêtes du 27 Janvier 1903, (S. 1904. I. p. 81. D. 1903. I. p. 249). C'est dans cette espèce que les motifs sont les plus explicites, mais il était question d'un traité d'établissement franco-suisse du 23 Février 1882, sur lequel on discutait. Quoi qu'il en soit, la jurisprudence a proclamé que l'hypothèque légale ne relève pas du droit des gens mais du droit civil. C'est ce que dit expressément l'arrêt de 1903 : "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, destinée à régler dans les pays où elle est instituée la condition et les attributs des femmes investies de cette garantie et leur confère ainsi un droit civil". L'arrêt a statué sur une question de réciprocité diplomatique. Or, il y avait une institution identique à celle de l'hypothèque légale dans le canton suisse de Vaud, vis à vis duquel on examinait la question de réciprocité. Aussi, bien qu'il s'agisse d'un étranger privilégié, la chambre des Requêtes a introduit la distinction entre le droit des gens et le droit civil.

Il convient de remarquer que les motifs donnés à l'appui de la solution ne sont pas les seuls qui ont été exposés par la doctrine. Il en est un autre, peut-être plus exact, à l'appui de la solution qui ramène à la matière des conflits de lois. Comme l'a fait observer judicieusement Pillet, l'hypothèque

légale est un droit immobilier frappant les immeubles en France. Or l'article 3, § 2 du code civil soumet à la loi française, et à la loi française seule, les immeubles possédés par les étrangers. Cela indique qu'une loi étrangère ne peut conférer d'hypothèque sur les immeubles sis en France. On a vu le principe pour les hypothèques conventionnelles. Ces deux principes conjugués indiquent simplement que, pour les droits immobiliers la loi française seule doit pouvoir frapper un immeuble français; d'où la conséquence qu'un étranger se prévalant de sa capacité étrangère en terre française ne pourrait invoquer l'hypothèque légale sur un immeuble français. Le raisonnement vaut ce qu'il vaut. Si on l'admettait, on serait transporté de la matière de la condition des étrangers à la matière du conflit des lois.

Telle est en matière de droit de famille la première catégorie de questions. La somme des droits refusés à l'étranger ordinaire est donc très minime, et encore à la condition que cet étranger n'appartienne pas à un pays lié avec la France par un traité diplomatique conférant une identité de situation aux Français à l'étranger.

2) En ce qui concerne le droit de l'étranger au domicile.

a) avant la loi de 1927.

La doctrine enseigne tout d'abord que l'étranger ne peut pas avoir de domicile en France s'il n'a pas sollicité l'autorisation à domicile.

Deuxième point : il y a eu également une longue controverse, au cours de tout le XIX^e siècle et dans les premières années du XX^e siècle, à propos du droit de l'étranger au domicile, controverse qui s'est élevée en marge de l'article 13 du code civil, ancien article 13 supprimé par la loi de 1927. Avant la loi de 1927, l'étranger qui n'avait pas sollicité l'autorisation de domicile, comme disaient les textes plus récents, et ne l'avait pas obtenue par un décret du gouvernement français, pouvait-il alléguer qu'il avait en France un domicile déterminé ? La négative semble, au premier abord, s'imposer. C'est là une théorie qui en doctrine, dès le début et au cours de presque tout le XIX^e siècle, avait fini par l'emporter. Non, disait-on, l'étranger ne peut pas avoir de domicile en France, s'il n'a pas sollicité l'autorisation à domicile. On invoquait divers articles : d'abord au titre domicile, l'article 102 interprété selon la méthode exégétique, à contrario. L'article 102 du code, en effet, porte : "le domicile de tout Français, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son principal établissement". A contrario, cela veut dire que l'étranger, quant au domicile, est régi par des règles différentes. D'autre part, on s'appuyait sur l'article 13 disant que l'étranger qui aura été autorisé par décret à fixer son domicile en France y jouira de tous les droits civils. L'argument à contrario était le sui-

vant : si l'étranger n'a pas sollicité l'admission à domicile, il ne jouit pas des droits civils. Pour jouir des droits civils, il n'a qu'à demander l'admission à domicile. Par conséquent, ce serait lui conférer indirectement les droits civils que lui reconnaître un domicile, lorsqu'il n'a pas sollicité cette autorisation. Enfin, ajoutait-on, c'est un argument de logique, le domicile est le résultat d'une fiction légale, c'est l'attache d'une personne à un point du territoire, une abstraction. C'est donc une institution qui doit être interprétée stricto sensu. Comme toutes les fictions, elle n'est pas susceptible d'extension.

Ces arguments ont été fortement combattus, même en doctrine. Le premier argument était facile à réfuter. L'article 102 dit : le domicile de tout Français; sans doute il emploie cette expression, mais c'est "quant à l'exercice des droits civils". C'est pour opposer le domicile quant à l'exercice des droits civils au domicile politique, au domicile quant à l'exercice des droits politiques. C'est pourquoi, les travaux préparatoires avaient ainsi rédigé l'article 102.

Pour l'argument tiré de l'article 13, on est en présence d'un cercle vicieux. L'article 13 était ainsi conçu : "L'étranger qui aura été autorisé par décret à fixer son domicile en France y jouira de tous les droits civils". Cela ne veut pas dire que l'étranger n'a pas de domicile en France. Il peut avoir un domicile, mais qui n'est pas autorisé. La question est de savoir dans quelle mesure il peut en posséder un, et quelles sont les conséquences juridiques qui s'y rattachent éventuellement.

On répond à l'argument tiré de la fiction que le droit au domicile est un droit naturel, admis par toutes les législations, et que par conséquent on ne saurait en priver les étrangers sur le sol français.

C'est pourquoi, vers la fin du XIXème siècle, la doctrine tendant à reconnaître à l'étranger la possibilité d'avoir un domicile sans autorisation se répand de plus en plus chez les auteurs. On tirait argument d'un article 4 de la loi du 23 Août 1871 qui parlait de l'étranger domicilié en France avec ou sans autorisation. On visait également certains articles de la loi de 1889 sur la nationalité, article 8, 4^e, qui visait le cas de l'étranger domicilié en France à l'époque de sa majorité.

Tout ceci, c'était pour satisfaire aux arguments de l'école exégétique. La vérité, c'est que l'on était emporté par la jurisprudence, laquelle, depuis

endance à reconnaître le droit au domicile sans autorisation, sous l'influence de la jurisprudence.

l'arrêt Forgo surtout, avait admis ce que l'on a appelé le domicile de fait par opposition au domicile de droit. En effet, dans l'arrêt Forgo, en fin de compte, la Cour de cassation avait fini par reconnaître la valeur juridique de la fixation d'un étranger en France, alors qu'il n'avait pas sollicité l'admission à domicile. Forgo n'avait pas, en France, sollicité l'autorisation de domicile, mais la loi bavaroise renvoyait à la loi française, lorsqu'il y avait résidence, domicile effectif, disait la loi bavaroise, domicile de fait a dit la cour de cassation qui a accepté le renvoi, précisément en considération de ce que Forgo avait, sur le territoire français un domicile de fait : "Attendu que si devant le droit bavarois 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". Comme Forgo avait eu en France un domicile de fait ou résidence habituelle, l'institution s'est trouvée ainsi sanctionnée par la jurisprudence de la Cour de cassation. Par la suite, dans de très nombreux arrêts, ainsi que Pillet l'a fort bien montré, dans des cas où il s'agissait surtout de procédure, d'administration de la justice, la Cour de cassation a admis cette institution du domicile de fait en faveur des étrangers. Cette admission a été largement étendue par la Cour de cassation. Pillet notamment, dans son *Précis*, tome 1, n° 143, décrit cette jurisprudence et la justifie en disant que c'était une faveur sans doute faite aux étrangers, mais une faveur qui se justifie à raison des nécessités judiciaires, de l'intérêt bien entendu de l'administration de la justice. Cela visait surtout la signification des actes judiciaires, la compétence des tribunaux, etc... Avant la loi de 1927, cette jurisprudence est analysée d'une façon très copieuse dans les notes sous les arrêts récents, Requêtes 23 Avril 1925 (S. 1927. I. p. 57) : il s'agissait du domicile du domestique français d'un étranger en France, par conséquent de la question du domicile légal venant se greffer sur la question du domicile de l'étranger. Ou encore, Requêtes 11 avril 1927 (S. 1927. I. p. 216) : il s'agissait de la compétence du tribunal de commerce, du lieu du domicile de fait d'un étranger, afin de prononcer la faillite. Les notes de ces arrêts reflètent le dernier état de la jurisprudence avant la loi de 1927. Mais la loi de 1927 est venue apporter dans la controverse un élément nouveau. En effet, elle supprime l'institution de l'admission à domicile. L'article 13 du code civil est abrogé. Il n'y a plus pour l'étranger de faculté de

demandeur l'autorisation de domicile par décret du gouvernement. Il en résulte qu'on ne veut plus faire de différence, comme le faisait la jurisprudence, entre le domicile de droit et le domicile de fait. La question se pose entière de savoir si l'étranger peut ou non avoir un domicile en France ?

La question est résolue aujourd'hui par l'affirmative par tous les auteurs qui ont écrit depuis la loi de 1927. Les décisions de jurisprudence sont rares. On voit, dans les motifs de quelques arrêts, l'allusion faite encore, par tradition, au domicile de fait. La vérité, c'est que la suppression de l'article 13 semble implicitement, car le législateur ne s'est pas expliqué, conférer autorité à ces deux auteurs qui estimaient que le domicile est une institution de droit naturel et non pas de droit civil, et que par conséquent on ne peut en priver l'étranger en France sans un texte spécial. Au surplus, on ne manque pas de faire observer qu'un très grand nombre d'articles dans la nouvelle loi sur la nationalité supposent l'étranger domicilié en France, article 3, alinéa 1, article 4, alinéa 1, etc... Par conséquent, on peut en déduire que l'étranger a un domicile en France. Il serait préférable de le dire dans un texte. C'est pourquoi le projet de la Société d'Etudes législatives, élaboré en 1930, a établi des textes particuliers, et notamment a spécifié dans un nouvel article 12 le principe du domicile de l'étranger en France, (Bulletin de la Société d'Etudes législatives, 1928, p. 326 et 1930, p. 92).

Le troisième point, sur lequel la jurisprudence a eu à statuer, est également célèbre, en marge des articles 14 et 16 du code civil : c'est la question de savoir si les tribunaux français sont compétents dans les litiges entre étrangers, la question de savoir si les étrangers ont accès aux tribunaux français. On a vu que les articles 14 à 16 du code civil règlent la question lorsque le procès est pendant entre un Français et un étranger. Mais quid juris, lorsque le procès se présente entre étrangers ? Ce sont des questions très fréquentes, questions pécuniaires, mais aussi questions de famille, notamment la célèbre question du divorce des étrangers en France.

Le droit d'ester en justice a été considéré de très bonne heure par la jurisprudence française comme un droit relevant du droit civil stricto sensu. Ce n'est pas une faculté du droit des gens, c'est un droit civil stricto sensu, affirmait la jurisprudence dès 1806, et elle a continué à l'affirmer depuis,

1) depuis la loi de 1927 : tendance à admettre que l'étranger a un domicile en France.

2) En ce qui concerne la compétence des tribunaux français dans les litiges entre étrangers.

Solution ancienne : incompétence des tribunaux français.

(v. notamment un arrêt du 5 Juin 1905 S. 1905 I. p. 305); et elle a été approuvée par M. Bartin sur le terrain de l'article 14 du code civil, du privilège de juridiction. Autrefois, on déclarait que les tribunaux français doivent se déclarer incompétents dans les litiges entre étrangers. Cette règle était traditionnelle dans l'ancien droit, sauf la juridiction des consuls établie précisément à cet effet, et les étrangers n'avaient pas l'accès des tribunaux pour les litiges qui les séparaient.

Solution actuelle : compétence des tribunaux français.

Aujourd'hui, on peut l'affirmer, la règle est renversée. La jurisprudence, après un siècle, tout en proclamant toujours que le droit de ester en justice est un droit du droit civil, a admis de si nombreuses exceptions successivement que, aujourd'hui, on peut dire que les exceptions ont entièrement changé la règle et qu'il convient de la retourner : les tribunaux sont compétents pour les litiges entre étrangers, sauf certaines exceptions seulement très restrictives. En effet, par une série d'exceptions, que l'on trouve présentées chronologiquement et logiquement dans les livres de Pillet et de M. Bartin, d'abord pour les actions immobilières, ensuite pour les délits civils commis en France, pour les obligations légales, pour les opérations commerciales, localisées en France, enfin pour les interventions en justice, la Cour de cassation et les cours d'appel ont admis de telles exceptions qu'il ne reste presque plus rien de la règle. En principe, on peut dire que l'incompétence n'existe plus aujourd'hui que dans deux cas, et encore dans deux cas auxquels il faut apporter des tempéraments.

Le premier cas, article 420 du code de procédure, et il ne s'agit pas seulement des étrangers mais aussi des Français, c'est le cas du procès commercial, dont les éléments conduisent à donner la compétence à un tribunal situé hors de France, parce que le lieu de la promesse, le lieu de la livraison, le lieu du paiement du prix sont hors de France. Voilà une première exception, qui n'est pas spéciale aux étrangers.

Le seconde exception est relative aux questions d'état. La jurisprudence proclame que les questions d'état, dans les procès entre étrangers, ne peuvent pas être jugées par les tribunaux français qui ne doivent pas connaître de la loi étrangère concernant l'état des personnes, puisque c'est la loi nationale qui s'applique en France. On voit apparaître là la question du conflit de lois derrière le conflit de compétence. Mais cette exception concernant les questions d'état est elle-même rongée par une exception,

D'une part lorsque l'ordre public est en jeu, les tribunaux français se reconnaissent le droit de connaître du litige entre étrangers; par exemple dans une action en divorce, lorsqu'il s'est agi de sévices, lorsqu'il y a eu des mauvais traitements infligés, notamment par le mari à la femme, le tribunal français au nom de l'ordre public, n'admet pas qu'il ne connaisse pas du divorce, et le prononce régulièrement. (Chambre des Requêtes de la cour de cassation, 20 Juillet 1911, S. 1912. I. p. 132).

Mais de plus en plus, et c'est là que se trouve surtout amenuisée l'exception, les tribunaux français connaîtront du litige entre étrangers, même dans les questions d'état, lorsque les étrangers ont en France un domicile de fait, et n'ont pas de domicile à l'étranger. Cette jurisprudence est antérieure à la loi de 1927. Elle tend, en somme, à s'appuyer sur la question précédente avec une solution favorable aux étrangers et à dire que, lorsque l'étranger a un domicile de fait en France et n'a pas de domicile à l'étranger, les tribunaux français sont compétents. C'est ainsi, sur cette base, que les tribunaux français connaissent notamment du divorce des étrangers, et plus particulièrement du divorce des Américains en France, question qui fit grand bruit il y a quelque temps, parce que le domicile de fait ne semblait pas avoir été suffisamment pesé par les tribunaux qui ont admis trop à la légère les divorces entre étrangers. (Cassation, chambre civile, 30 Avril 1927, S. 1927 I. p. 208 avec les renvois, Paris, 15 Mai 1931, D. Heb. 1931, p. 402; sur la compétence des tribunaux français en matière d'état, v. une note de M. Audinet au S. 1933. 4^e partie, p. 9 sous un arrêt de la cour de Monaco du 21 Mars 1932.)

La dernière question sur laquelle les tribunaux ont eu à se prononcer est relative au prélèvement successoral. On a vu que la loi du 14 Juillet 1819 avait abrogé les articles 726 et 912 du code civil pour les remplacer par une institution curieuse, l'institution du prélèvement successoral. Cette institution était visée à l'art. 2 de la loi du 14 Juillet 1819 : "dans le cas de partage d'une même succession entre les cohéritiers étrangers et Français, les cohéritiers Français pourront prélever sur les biens situés en France une portion égale à la valeur des biens situés en pays étrangers, dont ils seraient exclus à quelque titre que ce soit, en vertu des lois et coutumes locales". Cet article visait notamment l'Angleterre où les étrangers étant privés d'accéder à la tenure, à la propriété immobilière, lorsque des Français étaient appelés à un partage de biens à l'

¹⁰) En ce qui concerne le prélèvement successoral.

Cette institution était une règle relative à l'étranger.

étranger ils étaient privés de leur part dans un immeuble, si la succession comprenait un ou plusieurs immeubles. Le système est un système de compensation. Si l'étranger décédé en Angleterre laissait des biens en France, on donnait au Français sur ces biens une part égale à celle dont il devait être privé, au profit d'un co-héritier étranger, de par la loi étrangère, sur les biens sis en Angleterre. Telle est la solution, elle semble claire.

La jurisprudence en a fait une règle relative à la loi étrangère, transportant la règle dans le domaine du conflit des lois.

La jurisprudence, d'une façon très curieuse, a assigné à l'institution du prélèvement un tout autre fondement. Elle la considère comme la sanction du principe de l'égalité des partages. Elle vient dire que partout où, en vertu d'une cause d'égalité établie par la loi étrangère, le Français n'aura pas obtenu une part égale à celle que lui aurait assurée le droit français, il pourra, sur les biens sis en France, prélever des biens pour compenser cette inégalité. Le principe d'égalité des partages va jouer, dans cette hypothèse de la manière suivante : si, de par la loi étrangère, on n'attribue pas au Français la part qu'il aurait dû avoir en vertu de la loi française, en vertu du principe de l'égalité des partages entre Français, le prélèvement successoral jouera. Par exemple, si ce n'est pas pour la raison que c'est en tant qu'étranger qu'il est privé du droit de propriété de la terre, mais si c'est en vertu du droit d'affranchissement, ou du principe de masculinité, que le Français est exclu à l'étranger du droit égal aux autres cohéritiers, on rétablit l'égalité en France, au nom de la loi française.

Ainsi, le point de départ s'est modifié. Le droit de prélèvement sera accordé, quelle que soit la cause de l'exclusion du Français, et, chose curieuse, même à l'encontre d'un cohéritier français. C'est ce qui s'est présenté dans la jurisprudence, notamment pour le droit d'affranchissement dans le canton de Tessin, notamment pour le privilège de masculinité dans les anciens Etats pontificaux. Ce sont des espèces de 1859 et de 1868; une espèce plus récente de 1910 (cour d'Aix 7 Mars 1910, S. 1912. II. p. 153) concerne l'ancienne loi excluant les femmes des successions. De la sorte, le point de départ est transformé. Ce n'est plus une règle relative à l'étranger, faisant à l'étranger un sort particulier en France; c'est une règle relative à la loi étrangère, c'est une sorte de droit de rétorsion, une sorte de revanche donnée à la loi française sur des biens situés en France, par rapport à l'application de la loi étrangère sur des biens situés à l'étranger. En définitive, on a transporté ici encore la question

tion de condition des étrangers dans le domaine du conflit des lois, et on donne compétence à la loi successorale française sur des biens sis en France, alors qu'en réalité, c'est la loi étrangère qui devrait s'appliquer et qui s'était appliquée à la succession à l'étranger.

Telles sont les différentes catégories de questions sur lesquelles ont eu à trancher la doctrine et la jurisprudence pour l'étranger relevant du droit commun.

L'œuvre complémentaire de la doctrine et de la jurisprudence ne porte pas seulement sur la condition de l'étranger soumis au droit commun; elle est exercée également sur la condition de l'étranger privilégié.

Au premier abord, la matière de la condition de l'étranger privilégié paraît simple. Étant donné que l'article 11 prévoit pour lui la réciprocité diplomatique, on devrait toujours avoir recours, en présence d'un étranger appartenant à une nation déterminée, à l'instrument qui le lie avec la France. D'autre part, lorsque la réciprocité législative est exigée, il semble bien que la question encore se traduise par une simple comparaison entre deux ou plusieurs textes de lois respectivement votés dans les deux pays intéressés.

Mais si la simplicité est apparente, dès que l'on creuse un peu la matière, on s'aperçoit qu'elle est très complexe et pour plusieurs raisons. Tout d'abord les instruments diplomatiques sont variés et il est difficile d'en tirer exactement des règles précises : on constatera ultérieurement cette difficulté en étudiant les conventions internationales. Mais en dehors de cette cause générale de complexité, deux graves problèmes de principe sont soulevés par la matière. D'une part, la question des rapports entre les traités diplomatiques et la loi interne d'un pays, entre les rapports établis par conventions entre Etats et la loi interne qui gouverne le droit public d'un pays déterminé, en particulier les rapports entre les traités diplomatiques passés par la France et le droit interne de la France. D'autre part, cette question étant résolue, se pose le problème de l'interprétation des traités : Qui a la possibilité d'interpréter les traités ? Est-ce seulement le gouvernement ? ou est-ce que l'autorité judiciaire bénéficie également de ce droit ? Ce sont les deux problèmes de principe, qui ont encore rendu la matière beaucoup plus complexe qu'elle ne l'apparaît au premier abord.

II - Condition de l'étranger privilégié.

Causes de la complexité de cette matière.

posée en matière de loyers civils et commerciaux.

Les textes ;
a) en matière de loyers civils.

depuis plusieurs années sur un terrain d'une très grande actualité : la question des loyers civils et commerciaux, le point de savoir dans quelle mesure les étrangers peuvent, pour les loyers civils, bénéficier, s'ils sont locataires, des prorogations, s'ils sont propriétaires, du droit de reprise; et pour les loyers commerciaux, la question de savoir dans quelle mesure les étrangers peuvent bénéficier de la propriété commerciale. C'est là le terrain sur lequel la controverse a porté et porte encore.

Les textes à cet égard sont assez compliqués. Tout d'abord, en ce qui concerne les loyers civils, pour le bénéfice de la prorogation, l'article 4 de la loi de 1926, 1er avril, modifié par la loi du 29 Juin 1929, établit une règle précise et très claire : les étrangers, en principe, n'ont pas droit à la prorogation. Il convient de dire : en principe, parce que l'article contient quelques réserves pour les étrangers qui ont combattu et servi, dont les enfants ont combattu et servi, pour les sujets des protectorats et de mandats, et ceux dont les enfants ont acquis la nationalité française; mais, en dehors de quelques exceptions, les étrangers n'ont pas droit au bénéfice de la prorogation sous réserve des conventions diplomatiques existant au jour de la présentation de la présente loi.

En ce qui concerne le droit de reprise du propriétaire, lorsque le propriétaire est étranger, l'article 5 contient des formules différentes de l'article 4. On aperçoit ainsi les imperfections nombreuses des lois sur les loyers. Tandis que l'article 4 a exclu, en principe, les étrangers, sauf réserve des conventions diplomatiques, l'article 5 ne parle plus pour le droit de reprise que du propriétaire de nationalité française. Il n'est tout le temps question dans l'article 5 et dans l'article 21, pour le droit de reprise en particulier, que du propriétaire de nationalité française. Cette exception revient 5 fois dans l'article 5; elle revient encore dans l'article 21. On ne parle pas directement du propriétaire de nationalité étrangère, et on ne fait plus allusions aux conventions diplomatiques.

Enfin, en ce qui concerne la propriété commerciale, troisième système, loi des 30 Juin 1926 et 22 Avril 1927, article 11, la règle est formelle, mais elle est différente de celle qui vient d'être énoncée. La présente loi ne pourra être invoquée par les commerçants ou industriels de nationalité étrangère appartenant à des pays où n'existe au profit des Français une législation analogue protégeant la propriété commerciale. La règle est donc ainsi for-

b) en matière de propriété commerciale.

mulée : l'étranger n'a pas droit à la propriété commerciale, sauf s'il appartient à un pays qui possède dans sa législation un droit analogue, dont les Français peuvent bénéficier.

Voilà les textes.

Leur application a été des plus délicates; elle a même créé des difficultés entre le gouvernement français et certains gouvernements étrangers; en effet, la jurisprudence, se fondant sur les textes, refusait le plus souvent aux étrangers prorogation et droit de reprise, ainsi que propriété commerciale. Le gouvernement français, en 1929, déclarait aux Chambres qu'il avait reçu 42 réclamations de gouvernements étrangers. La question se complique d'échanges de lettres entre représentants diplomatiques et gouvernement français. Il y eut notamment un échange de lettres des 21 et 25 Mai 1929 entre l'ambassadeur de Grande Bretagne et le ministre des affaires étrangères de France portant sur l'interprétation de la convention franco-britannique du 25 Février 1882; de même un échange de lettres entre le ministre des affaires étrangères français des 11 juillet et 26 Juillet 1929 sur l'interprétation de la convention franco-helvétique du 23 Février 1882.

Après ces échanges de lettres, qui figurent au Journal officiel, le ministre des affaires étrangères appela l'attention du garde des Sceaux, le 22 Juillet 1929, lui demandant de signaler au Parquet et aux tribunaux l'interprétation donnée par les instruments diplomatiques aux deux conventions sus visées notamment à la convention franco-britannique, déclaration interprétative qui dans la pensée du ministre des affaires étrangères, - il l'exprimait en termes formels - liait les tribunaux français, le ministre des affaires étrangères et le gouvernement français ayant le pouvoir exclusif d'interpréter les dispositions des conventions internationales. A la suite de cette lettre du ministre des affaires étrangères, le 22 Juillet 1929, le garde des Sceaux envoyait une circulaire au premier Président sur l'interprétation des conventions diplomatiques, en matière de législation sur les loyers.

Tels sont les textes de provenances diverses, en face desquels se sont trouvés les tribunaux depuis plusieurs années sur une question d'une actualité brûlante.

L'affaire, sur laquelle la cour de cassation a statué avec le plus grand éclat, et qui est la décision directrice de la matière, est une décision rendue par la Chambre civile de la Cour de cassation,

le 22 Décembre 1931 (affaire Sanchez, D. 1932. I. p.

Position de la
jurisprudence.

L'arrêt de la
Cour de cassa-

Source : BIU Cujas

tion du 22 déc. 1931, refusant à un Espagnol le droit d'invoquer le bénéfice de la propriété commerciale.

I3I. S. 1932. I. p. I3I Revue de D.I.P. 1932, p. 83; il convient de consulter dans ces divers Recueils, les très importantes conclusions de M. le procureur général Matter, qui occupait le siège du ministère public dans cette très importante affaire). Il s'agissait de l'interprétation de l'article 1er de la convention franco-espagnole du 7 Juin 1862, et les rapports entre cette convention et l'article 19 de la loi sur la propriété commerciale. Le texte de la convention franco-espagnole de 1862 est rappelé d'ailleurs dans l'arrêt de la Cour de cassation. Il impliquait que les sujets de l'un des pays contractants établis dans l'autre pays pourraient y acquérir et y posséder toutes espèces de biens, y exercer tout commerce et toute industrie, y louer à cet effet les maisons, magasins et boutiques, qui leur seront nécessaires, sous réserve de l'observation des conditions imposées dans chaque pays aux nationaux par les lois et par les textes et règlements. Quant aux faits, ils étaient très simples. Sanchez, le demandeur, était sujet espagnol et avait pris à bail pour 9 années en 1919 une boutique dans un immeuble situé en Algérie à Constantine. La propriété originaire était passée au consort Goziant; quant au demandeur, pour améliorer sa situation il avait cru bon de faire, en 1926, une demande de naturalisation, mais la question fut écartée. La question se posait, par conséquent, entre un étranger demandeur espagnol bénéficiant et demandant à bénéficier de la convention du 7 Juin 1900 et d'un Français défendeur. La question était simple : l'Espagnol pouvait-il demander la propriété commerciale ? Le procureur général Matter répondit par la négative, (V. les conclusions dans la Revue de D.I.P. 1932, p. 88 et ss.) et ce sont ses arguments qui l'ont emporté et qui sont passés dans l'arrêt. Étudions cet arrêt.

Arguments présentés en faveur de cette solution :
a) les textes.

Tout d'abord les textes. Il semble bien, en effet, que les textes visés dans l'affaire sont catégoriques. D'une part, l'article de la loi sur la propriété commerciale est formel : il exclut tout commerçant de nationalité étrangère appartenant à un pays où il n'existe pas au profit des Français une législation analogue, c'est-à-dire la réciprocité législative. Il ne parle pas de la réciprocité diplomatique. En admettant même que la convention franco-espagnole établisse une réciprocité en matière commerciale, d'une manière générale, dès l'instant où il n'exista pas en Espagne une loi analogue à notre loi sur la propriété commerciale, analogue au droit de propriété créé par nos lois récentes, on n'était

On invoquait aussi les termes de l'article 11 du code civil qui dans la matière, d'une façon générale, sont stricts et limités quant au droit des étrangers. Voilà les textes.

les travaux préparatoires aussi étaient formels. En effet, dans les pages 106 et 107 de la Rev. D.I.P. le procureur général Matter montre bien par diverses citations comment dès la préparation de l'article 17 les auteurs ont toujours déclarés qu'ils entendaient se réserver le bénéfice de la loi nouvelle comme un privilège accordé exclusivement aux locataires français, et à leurs alliés comme une compensation à la situation que leur avait faite la guerre.

Enfin, le procureur général présentait deux arguments rationnels d'une très grande force. D'une part, disait-il, comment peut-on contraindre un pays comme la France à accorder à des nationaux étrangers, à des espagnols en particulier, un droit que l'Espagne elle-même refuse à ses propres nationaux ? N'est-il pas illogique de forcer la France à concéder à des Espagnols en France un droit, dont en Espagne les Espagnols ne jouissent pas ? D'autre part, deuxième argument rationnel, le procureur général faisait remarquer qu'on ne privait pas les étrangers d'un droit déjà existant. Ce qui a amené les lois sur la propriété commerciale de 1926 et de 1927, c'est la création d'un droit nouveau, d'un droit inédit, d'une sorte de propriété spéciale et nouvelle. Par conséquent, la loi de 1926, faisait remarquer le procureur général Matter, ne prive pas les étrangers d'un avantage, qu'ils puisaient dans les conventions diplomatiques déjà existantes, elle ne diminuait nullement les droits qu'ils possédaient avant 1926; elle les a empêchés simplement de jouir d'un droit nouveau, que le législateur a voulu en principe réservé aux seuls Français. Tels sont les principaux arguments donnés aux conclusions du procureur général. Ces conclusions ont emporté la décision de la Chambre civile.

Les attendus de l'arrêt sont formel; en ce sens, le premier attendu rappelle, comme le procureur général, que l'article 19 a voulu créer au bénéfice du Français un nouveau droit civil stricto sensu.

D'autre part, le deuxième attendu statue en face de la convention diplomatique : il estime qu'elle n'embrasse pas tous les droits, mais simplement les aptitudes qui ne relèvent que du droit des gens. L'arrêt est formel à cet égard : les conventions diplomatiques n'accordent pas, en principe, aux étrangers et aux ressortissants des pays contractants en

les travaux préparatoires.

arguments rationnels.

Examen des attendus de l'arrêt.

France, la jouissance de tous les droits civils, mais seulement, des aptitudes qui ne relèvent que du droit des gens, et - sous entendu - un texte spécial est voire même nécessaire pour accorder les droits civils stricto sensu.

Enfin, dernier attendu, la Cour de Cassation prem partit sur le droit pour l'autorité judiciaire d'interpréter les traités, sur le droit pour les tribunaux judiciaires de donner et de déterminer le sens et la portée des conventions internationales.

Cette solution très retentissante a engendré les conséquences suivantes et appelle les observations que voici.

Tout d'abord, par rapport à la jurisprudence antérieure, l'arrêt de 1931 avait été précédé d'autres décisions du même genre. La Cour de Cassation, chambre civile, se range d'abord à l'opinion de la chambre des requêtes qui, dans l'arrêt de la Remington du 12 Mai 1931, avait statué dans ce sens et avait refusé la propriété commerciale à une société américaine, (S. 1932. I. p. 57). La Cour de Paris elle-même, dont les décisions étaient connues dans la chambre civile et dans la chambre des requêtes avait dans de très nombreuses décisions - il en était beaucoup question dans les journaux de l'époque - statué dans le même sens, pour diverses affaires visant des ressortissants de divers pays : Tchécoslovaquie, affaire Svingka; Etats-Unis, affaire Shell; Angleterre affaire Kean. (Revue de D. I. P. 1930, p. 70 et ss. avec les conclusions de l'avocat général Lagarde).

Si ces décisions de la chambre civile étaient conformes à la jurisprudence précédente des tribunaux concernant la propriété commerciale, elles se mettaient alors en conflit avec la Commission supérieure de cassation en matière de loyers, qui sur le terrain de la loi sur les loyers civils, et non plus sur le terrain de la propriété commerciale, avait conclu en faveur des étrangers, et notamment en faveur d'un Espagnol, au vu de la convention diplomatique de 1862, (affaire Cavallero, 21 Novembre 1929. D. 1930, 2. p. 161 D. 1932. I.p. II8).

Tel était le tracé si divisé de la jurisprudence à l'époque.

Il convient d'observer d'autre part, que la Cour de cassation tranchait en faveur des tribunaux judiciaires la question de l'interprétation des traités, se basant sur une très ancienne jurisprudence remontant à l'affaire de la succession du duc de Richemond en 1839. Les conclusions du Procureur général Mattier affirmaient le droit pour les tribunaux de l'ordre judiciaire de connaître et d'interpréter les con-

Observations relatives à cet arrêt de la Chambre Civile.

Première observation ayant trait à la jurisprudence antérieure.

Deuxième observation relative aux pouvoirs des tribunaux judiciaires pour l'interprétation des traités.

ventions diplomatiques, tout au moins dans les litiges d'intérêts privés, réservant simplement la connaissance exclusive de l'interprétation des traités aux autorités diplomatiques, lorsqu'il s'agissait de l'interprétation concernant les dispositions de droit public, la compétence diplomatique étant alors réservée.

Troisième observation relative aux rapports des traités diplomatiques avec la loi.

Quatrième observation relative à la distinction des droits civils stricto sensu et des facultés du droit des gens.

Estat actuel de la jurisprudence.

Troisième observation : la jurisprudence nouvelle tranchait en faveur de la loi interne la controverse sur les rapports des traités diplomatiques avec la loi; elle estimait que, dans l'espèce, les lois françaises, sur les loyers commerciaux, de 1926 et de 1927, avaient valablement dérogé à la convention franco-espagnole de 1862 et à toutes les autres conventions du même genre en établissant la réciprocité législative et non la réciprocité diplomatique.

Enfin quatrième et dernière observation d'ordre doctrinal, la Cour de cassation transpose ici dans le domaine des étrangers privilégiés la distinction qui n'avait jamais alors antérieurement été faite que pour la catégorie de l'étranger ordinaire, la distinction entre les droits civils stricto sensu et les facultés du droit des gens, cette distinction qui avait été mise en avant par la doctrine et la jurisprudence pour établir le statut en France de l'étranger soumis au droit commun.

Ces quatre points ont donné lieu, depuis lors, à des discussions doctrinales très importantes, dans le détail desquelles M. Lévy-Ullmann ne peut entrer. Il se bornera, pour terminer cette question, à signaler l'état actuel de la jurisprudence et le fait nouveau d'ordre législatif et diplomatique créé par le gouvernement.

D'abord, en ce qui concerne la jurisprudence, pour la propriété commerciale, la cour de cassation et les cours d'appel ont maintenu formellement la position prise dans l'affaire Sanchez, c'est-à-dire qu'en l'absence d'une disposition législative accordant aux Français à l'étranger une propriété commerciale dans les termes analogues à ceux de la loi française, l'étranger en France ne peut bénéficier de la propriété commerciale, quel que soit le traité dont il se réclame, notamment lorsqu'il y a dans le traité, dont il se réclame, la clause de la nation la plus favorisée. Ceci a été proclamé une nouvelle fois par la cour de cassation, 24 Février 1932 dans l'affaire Reynez, ici encore sur le terrain du traité franco-espagnol (S. 1932. I. p. 249). Il y a eu d'autres décisions : Chambre civile le 30 Juin 1932 (S. 1932. I. p. 293. D. Heb. 1932. p. 426) : il s'agissait d'un sujet tchécoslovaque,

Swingka, c'est dans cette affaire que l'on a invoqué la clause de la nation la plus favorisée renvoyée à l'article 1er du traité franco-danois. Chambre des Requêtes, 8 Février 1932 (D. Heb. 1932 p. 146) : il s'agissait de la convention franco-belge du 10 Octobre 1927 jugée par la cour de cassation insuffisante faute de réciprocité législative; on verra qu'à la suite de ces décisions la Belgique a modifié sa législation; - c'est l'affaire Desme. Enfin, dans le ressort des cours d'appel une toute récente décision de la 1ère chambre de la cour de Nancy, 7 Mars 1934 (D. Heb. 1934. p. 175) : il s'agissait d'un commerçant de nationalité polonaise, qui se réclamait de la loi sur la propriété commerciale, qui lui a été refusée.

Dans l'ordre des décisions qui accordent au contraire le bénéfice de la propriété commerciale pour des raisons diplomatiques ou législatives à l'étranger, il suffit de se reporter au jugement du tribunal civil de Marseille, 6 Mai 1931. (S. 1933. 2. p. 225). Il s'agissait de l'accord diplomatique du 30 Juin 1928 concernant les réfugiés russes et arméniens. Dans la note, qui accompagne l'arrêt, M. le professeur Audinet indique les raisons de la distinction introduite par la jurisprudence sur cette question.

Dans l'ordre maintenant de la loi sur les loyers civils, sur les baux civils, droit à la prorogation et droit de reprise du propriétaire, la commission supérieure des loyers, influencée par la jurisprudence de la Cour de cassation, a refusé dès lors la prorogation aux locataires étrangers dans diverses décisions, notamment, 24 Novembre 1932, (D. Heb. 1933. p. 8) : il s'agissait d'un sujet russe ; et 1er Décembre 1932, (D. Heb. 1933. p. 7) : il s'agissait d'un ressortissant du Chili. Dans ces deux cas, on n'était plus en présence de la réciprocité législative, il s'agissait de la réciprocité diplomatique. La commission a estimé que la réciprocité diplomatique n'était point obtenue dans ces deux cas. Mais elle a reconnu, à l'inverse, que la réciprocité diplomatique était prouvée dans le cas du traité franco-suisse du 23 Février 1882, dans un arrêt du 22 Décembre 1932 (D. Heb. 1933, p. 39). Voilà pour le droit à prorogation. Par conséquent, c'est une question d'interprétation diplomatique.

Quant au droit de reprise du propriétaire, en face du même traité franco-suisse, la commission supérieure, 19 Janvier 1933, D. Heb. 1933. p. 119, a accordé au propriétaire suisse le droit de reprise par interprétation de la convention. D'autres décisions ont été classées pour défaut de motifs. (V. *la 1^e Hebdomadaire*, notamment Commission supérieure de

cassation, 2 Mars 1933 et 30 Mars 1933. D. Heb. 1933 p. 265 et 286). Comme dernière décision digne d'être remarquée, il faut noter une décision de la commission supérieure du 6 Avril 1933 dans le cas où les époux sont propriétaires d'un immeuble. Il s'agissait dans l'espèce d'un mari étranger et d'une femme française - on verra que la loi sur la nationalité engendre souvent cette conséquence-. Le mari était Belge, la femme était restée Française. Les époux étaient séparés de biens. Les époux étant copropriétaires, la commission supérieure a permis à la femme d'invoquer le droit de reprise du propriétaire. C'est l'affaire Asbach contre Barbier (D. Heb. 1933. p. 336). Tel est le dernier état de la question quant à l'ordre diplomatique et législatif.

Le gouvernement français a introduit un élément nouveau pour donner plus de force à la déclaration interprétative sur laquelle il demandait au Garde des Sceaux de s'appuyer pour influencer la jurisprudence des tribunaux. Le gouvernement français a décidé d'inclure dans des décrets l'approbation des accords contenus dans des échanges de lettres antérieures, ceux qui ont été cités et un autre ultérieur sur l'accord franco-espagnol. C'est ainsi que l'on trouve les décrets du 16 Avril 1933, accord franco-espagnol, (D. 1933. 4ème partie, p. 150); du 16 Juin 1933 accord franco-britannique et accord franco-suisse. (le texte de ces décrets se trouve dans la Revue critique de Droit international de 1934, p. 263 et ss.). Ces décrets apportent un fait nouveau dans la matière. On ne peut plus dire que les textes français ne contiennent pas la solution interprétative, si bien qu'ils s'imposent aux tribunaux avec la même force qu'une loi puisque la constitution donne au président de la République, au pouvoir exécutif, le droit de traiter les conventions diplomatiques directement passées par les chambres en principe. Voilà les faits nouveaux qui dans une question qui est loin d'être épuisée établissent l'état actuel de la question.

Pour en finir avec l'œuvre complémentaire importante de la doctrine et de la jurisprudence concernant le régime de l'étranger en France, voici quelques aperçus sur une troisième matière également considérable, celle du droit des collectivités, c'est-à-dire la question célèbre des personnes morales dites étrangères. Là encore, au premier abord, la question paraît simple. En effet, dans un pays qui ne pratique pas l'assimilation entre nationaux et étrangers, comme la France, il n'y a pas lieu de faire un régime de faveur aux collectivités étran-

le fait nouveau
d'ordre légis-
latif créé
par le gouver-
nement.

III - Le droit
des collectivi-
tés.

Simplicité ap-
parente de la
question.

gères. On les traitera donc en principe comme étrangers ordinaires ou privilégiés, suivant le cas, suivant la nationalité à laquelle ils se rattachent. On leur appliquera les textes restrictifs, plus certains autres textes spéciaux qui les visent alors en tant que personnes morales étrangères, par exemple, lorsqu'il s'agira de l'état d'un étranger, un texte spécial va exiger en France l'autorisation préalable; sauf lorsqu'il s'agira de société anonyme, l'application de la loi du 30 Mai 1857, qui exige pour les sociétés anonymes en général une reconnaissance légale par décret collectif ou convention internationale, art. 2 de la loi, l'art. 1er visant un régime pour les sociétés belges; sauf lorsqu'il s'agit d'association, application de l'art. 12 de la loi sur les associations du 1er juillet 1900. En dehors de ces textes spéciaux, le principe par conséquent paraît simple et clair, il est mis sur le même pied des collectivités étrangères et des étrangers personnes physiques.

Seulement cette formule suppose résolues deux questions préjudiciales d'une très grande importance et qui soulèvent des problèmes de conflits de lois : le premier est le problème de la reconnaissance légale, le second est le problème de l'attache légale. Qu'est-ce à dire ?

Première question : la reconnaissance légale : c'est le point de savoir si des personnes morales, de personnes civiles, peuvent avoir, en tant que telles, une existence juridique au delà des limites géographiques où s'exerce la puissance publique à laquelle elles doivent leur naissance. Autrement dit, une personne morale existe-t-elle en dehors du pays où elle a été reconnue comme telle. C'est le problème de la reconnaissance légale ou de la reconnaissance internationale. On conçoit aisément pourquoi il se pose. Alors que la personnalité physique s'impose au droit, la personnalité morale est de création juridique. Qu'elle ait été reconnue comme un fait, comme une institution par les auteurs partisans de la théorie dite de la réalité des personnes morales ou de la théorie institutionnelle, ou qu'elles soient l'effet d'une fiction, le bénéfice d'un octroi par bienveillance de la loi nationale, la question se pose au delà des frontières. Dès l'instant où chaque pays surveille avec beaucoup de jalouse ses propres personnes morales, va-t-il admettre sur son propre sol l'existence des personnes morales reconnues chez le voisin ? Voilà la question.

Pratiquement elle s'est posée en France sur le terrain suivant : les dons et legs accordés aux as-

Première question préjudiciale :
le problème de la reconnaissance légale.

Etat de la ju-
risprudence
Source : BUCUJAS

) en matière
associations.

sociations philanthropiques, à des corps savants étrangers, ou même à des pays ou souverains étrangers. Voici un exemple cité à la Société d'Etudes législatives 1930, Séance du 9 Mai 1930 (Bulletin de la Société d'Etudes législatives, 1930; p. 160). Il s'agissait d'un legs fait en France par un financier de nationalité roumaine à l'Académie roumaine de Bucarest et intéressant des biens situés en France. L'académie roumaine, aux termes de la loi roumaine, est personne morale; la loi de 1919 qui la vise déclare expressément que l'Académie est et demeure personne morale. Cette régularité de constatation d'une personnalité morale et sa reconnaissance par la loi étrangère s'imposait-elle en France à la loi française ? Le conseil d'état pouvait-il en pareil cas donner l'autorisation d'accepter les legs en vertu de l'article 910 du code civil ? Le conseil d'état l'a admis, et il l'a admis en vertu d'une jurisprudence très ancienne, que l'on appelle la jurisprudence Debussière, fondée sur un avis Debussière du 12 Janvier 1854 (S. 1855. 2. p. 800; la jurisprudence Debussière est rappelée dans la discussion de la Société d'Etudes Législatives, de 1930). Le conseil d'Etat a toujours admis que la reconnaissance à l'étranger d'une personne morale de droit public permettait en France l'autorisation d'accepter un don, un legs. La jurisprudence judiciaire a été beaucoup plus stricte et dans des affaires bien connues s'est refusée à reconnaître la personnalité civile de sociétés ou associations étrangères. L'arrêt le plus connu sur la matière vise la question des associations; cassation, chambre civile, 7 Février 1912, (S. 1914. I..p. 305. D. 1912 I. p. 433). C'est l'affaire de la société de la "Peace Association", de l'association de la Paix, anglaise, qui a été privée du legs qui avait été fait par testament à son président par un de ses membres, Narcisse Thibault. Aux yeux de la loi française, cette association n'avait pas la qualité susceptible de recueillir des dons et legs, en vertu des articles 10 et 11 de la loi du 1er juillet sur les associations, qui n'avait pas été reconnue d'utilité publique.

) en matière
sociétés.

Pour les sociétés, deux anciennes décisions en sens opposé de la cour de cassation; Chambre des requêtes, 1er août 1860, (S. 1860. I. p. 865. D. 1860 I. p. 444) : une société anonyme suisse étant demandeur, on lui refuse l'accès des tribunaux parce qu'on lui dénie la nationalité. A l'inverse, c'est le cas d'une société étrangère défenderesse, une société anglaise, cassation chambre civile, 19 Mai 1863 (S. 1863. I.p. 363) : on reconnaît à la société une existence de fait susceptible d'engager sa responsabilité

Etat de la doctrine.

et la nécessité de répondre de ses engagements envers des Français.

Dans l'ensemble on s'accorde en doctrine à reconnaître l'existence légale des Etats et des souverains étrangers, existence imposée par les principes du droit international public. De même on s'accorde à reconnaître en France les personnes morales du droit public étrangères à base territoriale : provinces, départements, communes. Ce sont là des annexes du territoire national et des divisions administratives qui s'imposent même à l'étranger; pour les sociétés, on s'accorde à reconnaître l'existence légale au delà des frontières des sociétés de personnes, c'est là un des cas où la coutume internationale intervient. Jurisprudence et doctrine sont coutumières. (Weiss, Manuel, p. 336). Pour les sociétés de capitaux, au contraire, la loi de 1857 en France impose une solution d'ordre interne. Il faut une reconnaissance par décret. Enfin pour les associations, il y a une très grave controverse qui se pose sur les termes de l'article 12 de la loi de 1901 sur les associations, permettant au gouvernement français de dissoudre par décret rendu au conseil des ministres les associations qui sont composées en majeure partie d'étrangers, celles qui ont des administrations étrangères ou leur siège à l'étranger, les administrations dont les agissements seraient de nature à fausser les conditions normales du marché des valeurs, des marchandises ou à menacer la sûreté de l'état. (art. 12 de la loi de 1901).

Sur le terrain de cet article une controverse existe : les-uns soutenant que, en permettant au gouvernement de dissoudre des associations, il les reconnaît; les autres soutenant au contraire qu'on est en matière stricte et qu'il faut une reconnaissance spéciale en France, une déclaration ou des formalités spéciales analogues à celles imposées aux associations françaises par la loi de 1901. Voilà la première des questions préjudiciales.

Quant à la seconde, M. Lévy-Ullmann ne fait que l'indiquer, elle nécessiterait des développements beaucoup trop importants. La question est celle de l'attache légale, question qui porte d'ailleurs un autre nom, la question de la nationalité des personnes morales étrangères. Puisque l'on fait un sort particulier aux personnes morales étrangères dans certains cas, quand peut-on dire qu'elles sont étrangères, quand peut-on dire, au contraire, qu'elles sont françaises ? La question qui se présente pour toutes les personnes morales en général, tant du droit public que du droit privé, offre un intérêt tout par-

Deuxième question préjudiciale : le problème de l'attache légale.

ticulier pour les sociétés de commerce et spécialement pour les sociétés de capitaux. C'est là que la controverse se présente avec le plus d'acuité et le plus d'actualité. D'une manière générale, pour les personnes morales du droit public, la question ne lève pas de difficultés. Comment admettre qu'un Etat comment admettre que des membres de l'Etat, des divisions de l'Etat, soit les personnes morales du droit public à base territoriale, qui ne sont que des divisions, soit les personnes morales du droit privé, qui sont des services publics, puissent avoir une autre nationalité que celle de cet Etat lui-même ? La question par conséquent ne fait pas de doute.

La question ne fait pas de doute non plus pour les associations, notamment pour les associations qui ont obtenu la reconnaissance d'utilité publique dans un pays déterminé. C'est donc pour les sociétés seulement que la question présente de l'importance et surtout pour les sociétés commerciales. Tout d'abord, on discute sur le point de savoir si une société peut avoir une nationalité, si les deux mots : société et nationalité, peuvent se rencontrer, si ce n'est pas un abus de langage de venir parler de la nationalité d'une société. C'est une première question.

Cette première question étant tranchée, il y a un second problème très redoutable, celui de déterminer à quel élément on s'attachera pour octroyer à une société, particulièrement à une société de capitaux, telle ou telle nationalité. Les éléments auxquels on peut s'attacher pour déterminer cette nationalité sont très variés. Ce sont, soit des éléments d'ordre personnel, la nationalité des actionnaires, ou des membres du conseil d'administration, soit des éléments d'ordre objectif et réel, tel que le lieu de constitution de la société, le siège social, le centre d'exploitation. Ce sont là entre autres systèmes, car il n'y en a pas moins de neuf, ceux entre lesquels se répartissent les auteurs et la jurisprudence.

Quelle est, sur ce point, la position prise par la jurisprudence française ? Elle a évolué. Dès le début, elle s'est attachée au centre d'exploitation, puis avant la guerre au siège social. La jurisprudence du siège social a été toujours considérée comme celle des tribunaux français. Sous l'empire des nécessités de la guerre, on a cependant considéré la nationalité des personnes qui composent les associations, notamment pour l'application des mesures

position prise
la juris-
prudence fran-
çaise.

évolution.

Opposition de la chambre des requêtes et de la chambre civile de la Cour de cassation.

res de séquestrés prises pendant la guerre à l'égard des biens ennemis. Mais depuis lors, la jurisprudence française semble revenue, sinon à son point de départ, tout au moins à un système de distinction. La chambre des requêtes de la cour de cassation dans l'affaire de la Remington du 12 Mai 1931 (S. 1932. I. p. 57) admet un système éclectique, faisant appel sans doute à la considération du centre d'exploitation, mais aussi à celle de la nationalité des dirigeants qui possèdent des capitaux dans l'affaire. Quant à la Chambre civile, dans une décision toute récente, portant sur une question de dommages de guerre et relative à une société en nom collectif, elle a, le 25 Juillet 1933, établi un système complet (D. Heb. 1933 P. 489. Revue de D.I.P. 1933 p. 648). Dans les attendus de cet arrêt, la Chambre civile fait une distinction entre les matières qui relèvent du droit public, comme celles des dommages de guerre où l'on fait intervenir la considération des personnes, et les matières qui ne visent que du droit privé, où alors, en vertu du système de la fiction, on accorde à la personnalité fictive de la société une nationalité déterminée par le lieu de son siège social. Les deux chambres de la cour de cassation n'ont pas le même système. Ici encore on est en présence d'une matière qui évolue singulièrement, dont les principes ne sont pas encore absolument déterminés.

§ 3 - Aperçu du droit étranger et indication des principaux types de conventions entre Etats réglant la condition des étrangers.

1 - Aperçu du droit étranger.

a) Législation, doctrine et jurisprudence Belge : Leur libéralisme à l'égard des étrangers.

On signalera simplement les tendances de quelquesunes de ces législations. Tout d'abord, la Belgique, qui en cette matière, comme dans la matière du conflit des lois, possède à la base de sa législation les mêmes textes que le droit français, c'est-à-dire les articles 11, 13, 14, etc... du code civil. Sur ces articles s'est greffée, en Belgique comme en France, toute une floraison de textes législatifs, puis l'œuvre complémentaire de la doctrine et de la jurisprudence, les deux systèmes coïncident. Malgré tout une différence notable est à observer entre le droit belge et le droit français sur la matière : le droit belge s'est montré à beaucoup d'égards beaucoup plus libéral vis-à-vis des étrangers que le droit français, tant dans la législation que dans la doctrine et dans la jurisprudence.

Tout d'abord, en ce qui concerne la législation

en matière d'
hypothèque lé-
gale.

d'associations
et de sociétés

de propriété
commerciale

de domicile

La législation belge à l'inverse du droit français a sanctionné la règle de l'hypothèque légale du mineur et de la femme mariée, lorsque le mineur est étranger pour une tutelle ouverte à l'étranger, ou lorsque la femme mariée étrangère est mariée en pays étranger. Cette hypothèque légale est acceptée en Belgique en vertu de la loi du 16 Décembre 1851, loi hypothécaire belge, art. 2 additionnel.

Dans l'ordre du droit des collectivités également, les lois belges se sont montrées beaucoup plus larges que les lois françaises. En ce qui concerne les sociétés, l'art. 171 de l'arrêté de consolidation, loi sur les sociétés en Belgique du 22 Juillet 1913, décide que les sociétés anonymes et autres associations commerciales, industrielles ou financières constituées et ayant leur siège en pays étranger, pourront faire leurs opérations, ester en justice en Belgique. De même en ce qui concerne les associations. La loi du 25 Octobre 1919 autorise le gouvernement à accorder la personnalification civile, c'est le nom que porte en Belgique la personnalité, aux associations internationales qui ont leur siège en Belgique et qui poursuivent un but scientifique sans esprit de lucratif. Pour les associations similaires à l'étranger, l'art. 8 de la même loi prévoit que les associations internationales qui ont leur siège à l'étranger et qui sont régie par une loi étrangère peuvent exercer en Belgique les droits qui résultent de leur statut national. Il y a là une marque très nette de libéralisme à l'égard de toutes les collectivités désintéressées ou à but lucratif.

Enfin, et eu égard à la jurisprudence et à la loi françaises, sur la propriété commerciale, la Belgique, récemment, par une loi du 30 Mai 1931 a complété sa législation de manière à établir une réciprocité complète législative entre le droit français et le droit belge. On relève également cet esprit libéral dans la doctrine et la jurisprudence. C'est ainsi, par exemple, qu'en ce qui concerne le domicile, et bien qu'ayant conservé l'article 13 du code civil sur l'autorisation à domicile, les Belges n'ont jamais conçu la différence faite par la jurisprudence française entre le domicile de droit et le domicile de fait. Pour eux, il n'y a qu'un seul domicile, c'est le domicile légal, qu'il ait été acquis ou non au moyen de l'autorisation à domicile qui en Belgique comme en France est tombé en désuétude. Les Belges ont admis de très bonne heure la compétence de leurs tribunaux dans les litiges entre étrangers. Enfin, en matière de collectivités, la jurisprudence et la pratique administratives belges ont complété par des

interprétations très libérales des textes l'œuvre du législateur. C'est ainsi par exemple que la pratique administrative belge octroie très largement les approbations données aux liberalités accordées par testament ou par donations entre vifs à des entités étrangères, par exemple approbation de legs à des sociétés de secours mutuels, d'artistes dramatiques français, à des sociétés des Arts, Sciences et agricoles du nord de la France, etc... La caractéristique de la Belgique est donc son esprit très libéral à l'égard des étrangers.

b) Doctrine allemande.

Il en est de même et antérieurement au nouveau régime, en Allemagne, où, chose curieuse, la condition des étrangers n'a jamais fourni à la doctrine allemande une rubrique scientifique différente de celle du conflit des lois, très rationnellement d'ailleurs. C'est avec un principe général très libéral qu'est gouverné le principe d'assimilation, considéré comme allant de soi par les auteurs allemands.

c) Droit anglais.

Pour terminer, un aperçu du droit anglais qui, en la matière, est curieux. Parti de principes très rigoureux, le droit anglais aboutit à des solutions très libérales. Il y a là une contradiction fréquent dans le droit anglais. A l'encontre des autres droit le droit anglais professe à l'égard de l'étranger des principes particulièrement hostiles. Ceci se marque tout d'abord dans le nom donné par la langue juridique à l'étranger conçu sous l'aspect de sa condition civile. Alors que dans le langage courant un étranger se désigne par le mot "foreigner", lorsque l'on parle de l'étranger au point de vue du droit et de la loi applicable et de la condition qui lui est faite, la langue juridique emploie une expression qui correspond étymologiquement et logiquement à notre expression aubain, c'est l'expression de "alien" qu'il faut se garder de traduire par aliéné. On a fait à travers l'histoire du droit anglais à l'alien une condition en principe déplorable, ceci à la suite d'un certain nombre de faits qui ont amené les Anglais à prendre des mesures, non seulement de défiance, mais aussi rigoureuses à l'égard des étrangers que ce soit au moment de la confiscation du Duché de Normandie par la France, à l'égard des nobles d'origine française, pour répondre aux confiscations françaises, que ce fut à la fin du Moyen Âge un mouvement de rejet à l'égard des marchands alors qu'au fois ils avaient été attirés sur les marchés d'Angleterre, soit au moment de la Réforme, soit au moment de la révolution française, par défiance à la fois contre les révolutionnaires et contre les émigrés, que ce soit à une époque plus rapprochée de nous,

Législation rigoureuse à l'égard de l'"alien".

moment de la guerre de 1914, où actuellement sous l'empire du chômage, les mesures à l'encontre des étrangers se sont succédées en Angleterre et plus particulièrement dès 1793 s'est ouverte la série des "Alien's Acts", des lois sur les étrangers. C'est en 1793 que fut appliquée à l'ambassadeur de France Chauvelin la première de ces lois qui entraîna la guerre entre la France et l'Angleterre. La dernière loi relative à la matière est celle du 7 Août 1914 "British nationality and statute of aliens'Act", loi sur la nationalité britannique et le statut des étrangers. La législation apparaît donc sous des aspects rigoureux, mais son application, dans la doctrine et dans la jurisprudence, par des principes curieux féodaux d'ailleurs, aboutit à faire à l'étranger en Angleterre, une fois qu'il y est admis, une situation presque identique à celle du national, ceci en vertu de deux principes d'ordre féodal, qui se rattachent au territorialisme anglais. Le territorialisme anglais veut que tout ce qui se trouve sur le sol de l'Angleterre dépende du souverain et de ses lois. Dès lors, c'est au moyen de ce que les Anglais ont appelé la "local allegiance", l'allégeance locale d'une part, et d'autre part, le principe du domicile, que l'étranger en Angleterre se trouve quasiment assimilé aux sujets britanniques. Que les Anglais appellent l'allégeance locale temporaire "temporary allegiance" ou "local allegiance" ils veulent que quiconque résidant d'une façon permanente sur le sol anglais, même s'il n'est pas sujet britannique, soit lié au roi d'Angleterre. Ainsi il y a une sorte d'assimilation entre l'étranger résidant d'une façon suivie en Angleterre et le sujet britannique. D'autre part, le principe du domicile qui est à la base du statut personnel, impose en matière de conflit de lois la loi britannique à quiconque est domicilié en Angleterre. Son domicile s'acquiert, non pas par une autorisation de domicile comme en vertu de l'article 13 du code français, mais simplement par les deux éléments qui composent le domicile, l'élément matériel de situation sur le territoire, et l'élément intentionnel, l'animus manendi, l'esprit de maintien sur le sol de résidence, qui est observé d'une façon particulièrement serrée par la jurisprudence anglaise. Ce sont donc ces deux principes qui aboutissent à faire à l'étranger en Angleterre une situation presque identique à celle du "British subject". En regard à la règle féodale, le souverain d'Angleterre est le propriétaire de tous les biens territoriaux : l'étranger pendant longtemps n'avait donc pas pu être propriétaire ou tenancier de terres en Angleterre.

C'est la loi de 1870 sur la naturalisation qui après une première étape en 1844 est venue abroger cette ancienne différence entre l'étranger en Angleterre et le sujet britannique. De même la loi de 1927 sur les rapports entre le seigneur et le tenancier "Landlord and tenant's Act", ce qui veut dire entre le propriétaire et le locataire, qui établit un principe analogue à notre propriété commerciale, s'est étendue aux étrangers comme aux sujets britanniques et a servi de base précisément à l'échange de lettres entre l'ambassadeur de Grande Bretagne et le gouvernement français lors de l'affaire des loyers déjà signalée.

Enfin, le territorialisme anglais aboutit à des règles d'assimilation dans d'autres domaines encore, dans le domaine de la propriété intellectuelle où l'on ne considère exclusivement que le droit intellectuel né sur le territoire anglais, brevet pris, modèle déposé, marque enregistrée, nom utilisé et tout ce qui se passe sur le sol anglais appartient à la loi anglaise, quel qu'en soit le bénéficiaire, et par conséquent les étrangers comme les Anglais. Le droit d'ester en justice, les tribunaux anglais embrassent dans leur juridiction quiconque occupe une place sur le sol anglais. Enfin pour le droit des collectivités c'est encore le territorialisme qui domine, les Anglais connaissant et ne voulant connaître comme loi applicable aux collectivités que la loi de création, et si une société s'est créée sur le territoire anglais, notamment une "company", une société par actions et si elle s'est faite enregistrée en Angleterre, en vertu du "Company's Act" de 1929, peu importe les personnes qui la composent, c'est la loi de création qui l'emporte, et malgré les textes de la guerre, malgré la jurisprudence de la guerre, le principe de la création a fini par persévétrer dans le droit anglais.

Telles sont les principales dominantes de quelquesunes des législations qui nous entourent qui, vous le voyez, aboutissent à des régimes plus libéraux dans une certaine mesure que le régime français et qui soulignent l'intérêt pris dans la matière par les conventions internationales.

II - Les conventions internationales.

Les conventions internationales concernant les étrangers en France et les Français à l'étranger présentent une très grande complexité. Les instruments diplomatiques sont très variés quant à la forme et quant au fond. La terminologie en est riche : traité, convention, protocole, arrangement, déclaration, échan-

2) quant au fond.

3) quant au mode de cession des droits.

Distinction des conventions bilatérales et plurilatérales.

Exemples de conventions bilatérales : Convention d'Etablissement

ge de lettres, etc... Tout le vocabulaire diplomatique y passe. Quant au fond, ces conventions ne sont pas moins variées. Tout d'abord quant à la matière traitée. Quelquefois ce sont de simples matières économiques, comme des accords douaniers, traités d'amitié, de commerce, de navigation, d'établissement; quelquefois ce sont des matières juridiques qui sont mises à part : admission, séjour de ressortissants; enfin surtout, il y a une très grande variété quant aux modes de concession des droits. Les traités sont à portée générale ou à portée limitée. On trouve parfois des clauses directes, ce qui est alors relativement clair et simple, telles que la dispense de caution judicatum solvi, des dispositions sur la compétence des tribunaux, l'octroi du bénéfice de l'assistance judiciaire, etc. Les questions se compliquent lorsqu'on est en présence de clauses générales, clauses attribuant d'une façon générale aux étrangers la jouissance des divers droits civils. La clause la plus générale qui se rencontre, la plus libérale, est celle du traité franco-danois, du 9 Février 1910, où il y a une assimilation réciproque complète des ressortissants des deux pays quant aux droits, priviléges, libertés, faveurs, immunités, exceptions. Mais la matière devient plus compliquée si on se trouve en présence de clause de renvoi, par exemple lorsque dans un traité on renvoie à un autre traité nommément désigné et surtout la célèbre clause de la nation la plus favorisée. La clause de la nation la plus favorisée insérée dans un traité automatiquement renvoie à l'accord franco-danois que je viens d'indiquer. Ainsi grande complexité à raison des instruments diplomatiques. Ici encore dans l'ordre des conventions internationales il faut distinguer, comme on l'a fait en matière de conflit des lois, les conventions bilatérales : conventions entre la France et un autre Etat; et les conventions plurilatérales : conventions qui sont passées avec un certain nombre d'Etats et la France, ou encore les conventions entre plusieurs Etats non compris la France. On ne peut donner l'énumération de ces conventions que l'on trouve dans le Recueil des Textes de D.I.P. de MM. Niboyet et Goulé, conventions bilatérales, tome 1. p. 339 à 774, et également dans le dernier numéro de la Revue Critique de D.I., n° 1, 1934. Indiquons seulement quelques conventions bilatérales et quelques conventions générales.

On peut prendre comme type de conventions bilatérales, la convention d'Etablissement avec la Belgique, la dernière signée, qui est datée du 6 Octobre 1927, (Recueil Niboyet et Goulé, tome 1, p. 394). La contexture donnera le prototype de ce qu'est un tra-

Franco-Belge

té d'établissement général. L'accord commercial entre la France et l'Allemagne, 17 Août 1927 (Recueil Niboyet et Goulé, tome 1. p. 343 et ss.); entre la France et la Grande Bretagne, la convention commerciale du 28 Février 1882, celle-là même qu'on a interprétée dans les déclarations interprétatives ayant donné lieu à l'échange de lettres, déjà cité. (Recueil Niboyet, et Goulé, tome 1 p. 493). Ces trois conventions donnent les modèles classiques et courants des conventions d'établissement ou des accords commerciaux.

Exemples de conventions plurilatérales à portée générale et à portée spécialisée.

Il y a peu de conventions plurilatérales à portée générale en matière de condition des étrangers.

Dans l'ordre des conventions plurilatérales, les conventions englobant un nombre important de pays, il faut établir une sous-distinction : celles qui sont à portée générale et celles qui sont à portée spécialisée. Celles qui sont à portée spécialisée, on les connaît déjà, elles sont intervenues à propos du conflit des lois, et elles interviennent également à propos de la condition des étrangers. Ce sont les célèbres conventions d'union, en matière de propriété intellectuelle, la convention sur la propriété industrielle du 29 Mars 1883, la convention de Berne, pour la propriété littéraire et artistique, 9 Septembre 1886, et pour l'Amérique, les conventions de Montevideo de 1889 et de La Havane de 1928, sur la propriété littéraire et artistique. Quant à des conventions à portée générale, l'œuvre internationale sur ce point a été inférieure aux tentatives et à leur réalisation que nous avons rencontrés en matière de conflit de lois. En matière de conflit des lois, il y avait deux grandes réalisations : les conventions de La Haye, qui englobaient surtout les Etats européens, et le code Bustamante pour les Etats américains. Or, si nous rencontrons encore le code Bustamante qui en matière de condition des étrangers entre Etats adhérents et signataires a établi des règles intéressantes, nous ne rencontrons rien de réalisé en ce qui concerne les Etats européens. Le Code Bustamante dans ses articles 1 et 2 a réglé la condition des étrangers par un principe d'assimilation aux nationaux écrit dans l'article 1er, sauf la réserve de l'article 2 pour les raisons d'ordre public, le refus de certains droits, mais qui n'entame pas le principe. Dans d'autres articles du code, art. 31 et ss. sur les personnes civiles, art. 318 sur les règles de compétence générale, art. 382 et ss. sur le droit d'ester en justice, notamment art. 383 supprimant la caution judicatum solvi. On rencontre dans le code Bustamante des règles très libérales qui correspondent aux droits libéraux esquissés dans notre droit européen. Mais en Europe toutes les tentatives ayant pour objet de régler par une convention générale

Tentative in-
fructueuse de
la Société des
Nations.

le la condition des étrangers ont jusqu'à présent échoué. La Société des Nations depuis 1923 avait créé des comités avec l'aide de la chambre de commerce internationale, d'autres comités économiques, à l'effet de régler par une convention générale la condition civile des étrangers dans les pays adhérant à la Société des Nations. Un projet de convention avait été rédigé et soumis le 5 Novembre 1929 à une grande conférence tenue ici même à Paris où 27 Etats avaient été représentés, conférence tenue sous la présidence du Ministre d'Etat de Belgique, M. le Président Deveze, actuellement ministre de la guerre en Belgique. Après un mois de délibération la conférence aboutit à la rédaction d'un projet de convention de Paris, du 5 Décembre 1929 (Revue de D.I.P. 1930, p. 218 et ss. et p. 236), mais aucune signature ne fut apposée sur ce projet. Ce furent les questions d'ordre fiscal qui firent échouer la conférence. La conférence se sépara en envoyant le projet et tous ses travaux préparatoires à titre de documentation à l'appréciation des gouvernements et aucun texte ne fut voté. Là encore il faut reconnaître que c'est grand dommage, car il y avait des textes intéressants qui réglaient d'une façon définitive certains points actuellement en litige : les garanties civiles et judiciaires, art. 9, le droit de propriété, art. 10, le traitement des sociétés étrangères, art. 15, consacrant l'recognition légale de plein droit des entités étrangères, bref tout un ensemble de principes qu'il serait désirable et souhaitable de voir mis en vigueur aussitôt que les circonstances le permettront.

TROISIÈME PARTIE.

LA NATIONALITÉ.

I - Notions générales.

A - Définition.

Sens courant du terme nationalité.

Sens juridique identique

avec ce correctif qu'on doit se placer non seulement à un point de vue
Source : BIU Cujas

Cette expression de nationalité présente dans notre langue juridique deux sens : un sens individuel, qui convient ici, un sens collectif, déjà rencontré. Dans le sens individuel, le seul à retenir ici, le terme de nationalité est l'expression employée dans la langue courante pour désigner le fait pour une personne d'appartenir à une nationalité déterminée. Dans la langue courante, la nationalité est toujours rangée parmi les qualités de la personne. Lorsque l'on demande à quelqu'un de décliner ses noms et qualités - c'est là l'expression - parmi elles figurera toujours avec le domicile, la résidence, la profession, l'indication de la nationalité. C'est ainsi par exemple que dans les formules délivrées par l'administration des contributions directes pour les déclarations d'impôts sur le revenu en tête de la déclaration on voit figurer le nom du déclarant, ses prénoms, sa nationalité, adresse, profession. C'est donc une qualité de la personne. Le sens juridique à ce premier point de vue individuel est-il différent dans la langue des juristes de celui qui est attaché dans la langue courante ? Nulllement. La loi française du 10 Août 1927 intitulée : "loi sur la nationalité qui codifie la matière et qui va servir de base à mes explications", ne donne pas au mot nationalité un autre sens. C'est pourquoi dès lors la définition juridique de la nationalité admise par les auteurs, notamment par Weiss, p. 1 de son Manuel est celle qui vient tout naturellement à l'esprit : "La nationalité, c'est le lien qui rattache une personne à une nation déterminée". Telle est, au premier aspect, la définition normale et naturelle dans le langage juridique du terme nationalité.

Tout au plus pourrait-on à priori tenter un correctif. Définir la nationalité comme un lien, c'est se placer à un point de vue abstrait et objectif. Au point de vue concret et subjectif, la nationalité est une qualité de la personne; définir la nationalité

abstrait et objectif mais aussi à un point de vue concret et subjectif.

introduction du mot nationalité dans le langage juridique.

Pendant longtemps on a parlé de "qualité de Français".

du terme nationalité"

Source: BIU Cujas

té comme un lien, c'est se placer en dehors de l'individu et se placer dans l'abstraction. Définir la nationalité comme une qualité de la personne, c'est envisager la même notion sous un aspect un peu différent, sous l'aspect concret et subjectif. C'est pourquoi sous ce nouvel aspect on pourrait et on peut encore définir la nationalité comme la qualité qui résulte pour une personne du lien qui la rattache à une nation déterminée. Si on insiste sur ce mot qualité, c'est que tel est précisément le langage du code civil. Le code civil ne parlait pas de nationalité en 1804, époque où le mot nationalité n'était pas encore entré dans notre langue. Il exprimait l'idée à laquelle ce mot répond aujourd'hui par la formule de "la qualité de Français", expression conservée dans la loi de 1927. C'était précisément sous les aspects de cette qualité que les articles 9 et ss. du code civil traitaient la matière, car on l'a vu, dans l'art. II l'étranger était l'objet d'un traitement péjoratif; c'était donc au regard de la jouissance des droits civils, sous l'angle duquel se plaçait le livre I, titre Ier du code, où figurent nos articles, c'était donc une qualité que celle de Français.

Pendant fort longtemps on n'a pas parlé de nationalité et les auteurs n'ont jamais employé que les expressions du code, la qualité de Français. L'expression nationalité prise dans le sens individuel ne paraît pas dans les livres de droit français de la première moitié du XIXème siècle. Dans Toullié notamment, un des premiers commentateurs du code, le mot nationalité ne figure pas, ni dans la table générale alphabétique, analytique, ni même dans le corps du livre, dans la jurisprudence générale du Dalloz, édition de 1855; si le mot nationalité est employé, il n'est employé que d'une façon passagère. La matière est traitée sous la rubrique, au tome I, droit civil. Quand donc est-ce que le mot nationalité est apparu ? et sous l'influence de quel travail ?

C'est par un effort d'abstraction et de généralisation bien connu dans la formation du droit. Il a existé un lien entre le père et le fils, un lien juridique, avant que le droit ne parle de puissance paternelle ; il a existé un lien entre le tuteur et le pupille, avant que les auteurs romains n'aient parlé de la tutelle ; il a de même existé un lien entre le ressortissant et la nation, entre le Français et la nation française avant qu'il y ait une nationalité, avant qu'on ait abouti à l'institution juridique, pour l'appeler par son nom, de la nationalité.

Le terme nationalité a d'abord été employé au sens collectif du mot et l'on a fini par extension par l'

a été employé dans un sens collectif.

De là on l'a étendu à son sens individuel.

admettre dans le sens individuel. Qu'est-ce donc que la nationalité dans le sens collectif ? On l'a vu apparaître au milieu du XIXème siècle dans la formule célèbre du principe des nationalités. Dans cette expression, le mot nationalité indique non pas le lien entre un individu et une nation, mais exprime l'idée de la nation elle-même considérée dans sa vie propre et individuelle, c'est-à-dire la collectivité sociale, le peuple, avec les caractères qui distinguent cette collectivité des autres collectivités de même nature et marquent sa place particulière dans la civilisation générale. C'est sous cet aspect que le mot nationalité est apparu. Dans la deuxième moitié du XIXème siècle, et par une extension toute naturelle, le terme de nationalité employé pour désigner la nation elle-même, a été appliqué dans le sens individuel, à la qualité appartenant à l'individu, rattaché à la nation. Tels sont les deux sens du mot. Il pourrait paraître désirable que dans une langue juridique bien faite deux termes différents correspondent au sens individuel et au sens collectif à la nationalité prise dans le sens collectif, la nation considérée comme un tout tendant à se former en Etat, à constituer une entité juridique, suivant le principe des nationalités, et la nation étant prise dans le sens individuel. Malheureusement il n'en est point ainsi dans notre langue. Nous employons le terme nationalité aussi bien pour le sens collectif que pour le sens individuel. D'autres langues juridiques ont pris soin de distinguer les deux sens, notamment la langue allemande, où le mot nationalité correspond au sens collectif, principe des nationalités, ou alors on a forgé un mot technique pour désigner la nationalité prise dans le sens individuel "appartenance d'une personne à un Etat", c'est-à-dire le fait d'appartenir à un Etat déterminé. Si cette nuance n'a pas engendré dans notre langage juridique de différence, elle a pourtant eu des conséquences en ce qui concerne la définition de la nationalité. À la suite du principe des nationalités et de revendications nationales, la définition de la nationalité prise au sens individuel s'est transformée. Une nuance nouvelle a été introduite. On a substitué dans la formule de la définition au mot nation, le mot Etat. On définit alors la nationalité aujourd'hui comme le lien qui rattache un individu à un Etat déterminé et non pas à une nation déterminée. L'Etat, c'est là la formule de revendication du principe des nationalités, c'est la nation constituée en communauté juridique organisée. En Droit international public, on étudie la distinction entre nation et Etat.

Il y a des nations qui n'étaient pas encore arrivées à se réaliser comme Etats avant la guerre et qui le sont depuis, la Pologne, la Tchécoslovaquie, etc... On peut encore trouver à l'heure actuelle des nations qui ne sont pas des Etats, par conséquent la nuance doit être maintenue. La définition de la nationalité à la suite de ces observations, dans le sens individuel où nous allons la prendre maintenant, c'est donc le lien qui rattache un individu à un Etat, la nationalité française, c'est le lien qui rattache un individu à l'Etat français.

Distinction
de la nationalité
et de la citoyenneté.

Deux observations terminologiques doivent compléter cette définition. On a eu tendance, à un moment donné, et on a encore tendance aujourd'hui dans certains livres, à assimiler à la nationalité deux nations qui en sont très différentes, ce que l'on appelle la citoyenneté, ou la qualité de citoyen, et ce que l'on appelle l'allégeance. La qualité de citoyen, c'est aux yeux du droit français celle en vertu de laquelle on exerce les droits politiques. C'était déjà la distinction faite par l'article 7 du code civil, qui opposait l'exercice des droits civils à la qualité de citoyen. On peut jouir de ses droits civils et ne point avoir les droits politiques. Tel est le cas des mineurs, tel est le cas des femmes en France. Or beaucoup d'auteurs ont une tendance à raison du vocabulaire adopté par les pays étrangers à employer l'expression de citoyenneté pour désigner la nationalité. En italien le mot Cittadinanza, droit de cité, signifie la nationalité. En France, on ne peut pas transporter cette expression sans engendrer un contresens. Il faut distinguer la qualité de citoyen, qui vise les droits politiques et la nationalité qui vise la jouissance et la privation des droits civils. Voilà la première observation.

Distinction de
la nationalité
et de l'allé-
geance.

Deuxième observation du même genre, concernant le terme d'allégeance. On parle souvent de l'allégeance française, et même la chancellerie, ministère de la justice, a dans certains cas tendance à employer cette expression dans les formules délivrées par l'administration.

L'allégeance, c'est le lien de sujétion ; c'est un vestige de l'hommage féodal dû par le vassal au suzerain et de l'hommage le plus énergique, l'hommage lige engendrant le lien de dépendance, de sujétion absolue. C'est celui que l'on observe en Angleterre, c'est celui qui fonde la qualité de sujet britannique, mais l'allégeance a disparu en France avec l'ancien régime et a été remplacée par le lien abstrait entre la nation et le citoyen entre la nation et le Français, qui constitue justement la na-

B - Principaux textes législatifs français sur la matière:
Loi du 1er Août 1927

tionalité. L'allégeance, c'est la sujexion, la nationalité, c'est le lien civil qui unit le Français à l'Etat Français, l'indication des textes sur lesquels nous allons avoir à disserter en ce qui concerne le droit français.

Ces textes sont des textes récents. C'est la loi du 10 Août 1927 et les textes complémentaires qui l'accompagnent, c'est-à-dire le décret de même date, 10 Août 1927, et la circulaire, instruction ministérielle du 14 Août, instruction du ministre de la justice au préfet, constituant le commentaire de cette loi, (Recueil des Textes usuels de D.I.P. de MM. Niboyet et Goulé, tome 1, p. 29 et ss.) Ces textes sont appelés à recevoir prochainement une modification; depuis leur apparition les faits ont laissé ressortir des rectifications désirables. Un projet rectificatif a été déposé le 6 Mars 1934 (débats parlementaires de la Chambre des Députés, séance du 6 Mars, annexe n° 3.177) à l'effet de corriger la loi de 1927 et de la mettre en harmonie avec la Convention internationale de La Haye signée en 1930.

Ces textes viennent se substituer à toute une série de lois qui ont modifié le code civil depuis l'édition de 1804. En 1804 la matière était contenue dans les articles 9, 10, 12, 17 à 21, sur la jouissance et la privation des droits civils, pour la nationalité d'origine et la perte de la nationalité, et dans les textes constitutionnels concernant la naturalisation. Toute la matière, après un certain nombre de lois particulières, avait été refondue par la grande loi de 1889 du 26 Juin, qui avait fait rentrer la naturalisation dans le cadre du code civil, mais l'avait modifiée, au point que les articles devenaient pléthoriques. La loi de 1927 a extrait la matière du code civil, tandis que la loi de 1889 avait laissé la matière de la nationalité dans le code. La loi de 1927, à l'imitation du droit italien notamment, en a fait la matière d'une loi spéciale, avec des textes qui évidemment eux aussi sont d'une longueur regrettable, mais qui sont cependant moins compliqués que les textes de la loi de 1889.

Quant aux motifs qui ont dicté la loi de 1927, ils sont assez variables. La matière de la nationalité, comme on le verra, notamment à propos de la nationalité d'origine et de la naturalisation, a passé à travers le XIX^e siècle par des étapes diverses, tantôt on a voulu l'étendre, tantôt on a voulu la restreindre. C'est à une vue d'extension que finalement a répondu la loi de 1927; et pour la raison très nette et très explicite que la diminution de notre

population, à la suite de la guerre, avait entraîné en France une véritable immigration. Pour éviter que se constituent en France des îlots de minorité étrangère, on a jugé nécessaire de rendre le plus vite possible à la nationalité française l'accès, soit par la volonté de la loi, soit par les facilités données à la naturalisation. Pour fixer les idées sur ce point, la dernière statistique de la population française, dressée le 8 Mars 1931, accusait les chiffres ronds suivants : sur un total de 42 millions d'habitants en France, 39 millions de Français et 3 millions d'étrangers. Par rapport à la statistique antérieure, il y a eu une augmentation en chiffres ronds de 400.000 étrangers dans les années qui séparaient les deux statistiques. Ainsi il était nécessaire d'édicter des textes législatifs susceptibles d'aider l'accroissement du mouvement de la population française, et c'est à cette idée que répondent les textes qui vont être analysés.

Il convient donc de faire le commentaire de la loi sur la nationalité du 10 Août 1927, et à cette occasion, l'étude du projet de loi rectificatif que le gouvernement a déposé, le 6 Mars 1934, sur le bureau de la Chambre des Députés, projet rectificatif qui a pour objet d'une part de mettre au point un certain nombre de dispositions de l'ancienne loi et, d'autre part, de placer la loi française en harmonie avec les accords de La Haye à la suite de la conférence pour la codification du droit international. La bibliographie complète relative à la loi sur la nationalité se trouve dans le Répertoire de Droit international au mot nationalité, article de M. Maury, professeur à la Faculté de Droit de Toulouse. Quant aux travaux préparatoires de la loi, on en trouve une indication particulièrement annotée dans les lois de Sirey de 1927 (p. II3 et ss.) et dans le Dalloz de 1928, (4ème partie, p. 1). Pour la jurisprudence sur la loi de 1927 (les décisions sont peu abondantes, voir l'article de M. Marc Ancel dans la Revue critique de droit International, 1934, p. 77 et ss.).

Il convient de constater que le plan de la loi du 10 Août de 1927, comme d'ailleurs l'idée de faire sortir des cadres du Code civil la matière de la nationalité, pour en faire l'objet d'une loi à part, en dehors des textes du code, est une donnée du droit comparé, un emprunt par rapport à la loi étrangère, et cette loi est précisément la loi italienne du 13 Juin 1912 sur la "Cittadinanza", sur la nationalité, n° 545 de la Gazette officielle, 30 Juin 1912. C'est ce précédent qui a décidé, lors des travaux prépara-

Observation préliminaire :
on a fait un emprunt aux lois étrangères.

Objet des articles de la loi du 10 Août 1927

toires, la commission du Sénat; et le Sénat français a suivi sur ce point les principes, le plan, l'ordre des matières de la loi italienne du 13 Juin 1912. Cet ordre est le suivant. Tout d'abord, article 1er à article 5, la nationalité d'origine. En second lieu, articles 6 et 7, la naturalisation ou nationalité d'acquisition; en troisième lieu, article 8, l'influence du mariage sur la nationalité; articles 9 et 10, perte de la qualité de Français; articles 11 et 12, recouvrement de la qualité de Français; articles 13 à 15, textes abrogés et dispositions transitoires. Cette indication de l'objet des articles n'est pas absolument rigoureuse, car quelques articles sont communs à plusieurs matières, notamment les articles 5, 7 et 12.

§ 1 - La nationalité d'origine.

I - Premier ordre de matières : la nationalité d'origine.

Définition.

La première de ces matières, la nationalité d'origine, correspond sensiblement aux articles 1 à 5 de la loi.

Le sensu, on a défini la nationalité d'origine dans la formule suivante : c'est la nationalité qu'une personne prend en vertu d'une des circonstances dont sa naissance a été accompagnée, c'est-à-dire soit la nationalité de son père, ou de sa mère, soit le pays où elle a vu le jour. Cette définition est empruntée notamment à M. le Doyen Valéry, de Montpellier. Cette notion de la nationalité d'origine s'oppose à ce que l'on appelle la nationalité acquise ou la nationalité d'acquisition.

Le terme de nationalité d'origine est ainsi pris dans son sens large. Un certain nombre d'auteurs, notamment M. Lerebours-Pigeonnière, dans son Précis de D.I.F., adoptent ce terme dans un sens plus restreint, ne prenant qu'une partie de l'extension donnée au terme, l'autre partie étant réservée à ce que lui et certains commentateurs appellent la nationalité par le bienfait de la loi. M. Lévy-Ullman n'entrera pas dans cette distinction; il prendra toujours le terme de nationalité d'origine dans son sens large.

La définition qui a été proposée tient compte à la fois des deux éléments de la nationalité d'origine admis actuellement par le droit français : à savoir la nationalité des parents, et le pays de la naissance. En admettant cumulativement ces deux éléments, le droit français actuel a fait une part à chacun des deux grands systèmes, auxquels dans l'histoire et dans la législation actuelle on a eu et on a encore recours, pour déterminer l'autorité, prin-

Distinction du jus soli et du jus sanguinis

ou Etat, à laquelle l'individu est juridiquement rattaché. Ces deux systèmes ont été nommés par les auteurs modernes au moyen d'appellations classiques : le système dit du jus sanguinis et le système dit du jus soli. Dans le système du jus sanguinis, l'enfant suit la nationalité des parents. La nationalité est déterminée par les liens du sang, jure sanguinis. A l'inverse, dans le système du jus soli, l'enfant prend la nationalité du pays où il est né. Sa nationalité est déterminée par le lieu de sa naissance, par le sol, par le territoire, jure soli.

Historiquement, il semble qu'il y ait eu, grosso modo, une sorte d'alternance entre les deux systèmes, en ce qui concerne tout au moins les pays de civilisation greco-romaine du bassin méditerranéen. Dans l'antiquité, le jus sanguinis semble avoir prévalu. A l'époque féodale, au contraire, le jus soli.

Dans la cité antique, à Rome notamment, des textes nous montrent que l'enfant était, quant à sa nationalité, dans la mesure où l'on peut employer ce terme pour les temps anciens, pour son droit de cité, jus civitatis, dominé par la condition du père ou de la mère. En particulier à Rome, l'enfant né ex justis nuptiis était rattaché au status civitatis du père, et l'enfant que nous appelons naturel, l'enfant vulgo conceptus était rattaché au status civitatis de la mère. Nous avons sur ce point un texte bien connu du Digeste, conçu en la forme lapidaire, le fameux texte de Celsus, au titre "de statu hominum" (D. I. 5. 19). Lorsqu'il y a eu justes noces les enfants suivent la condition du père : "cum legitimae nuptiae factae sunt, patrem liberi sequuntur". Lorsqu'au contraire l'enfant est né en dehors des justes noces il suit la condition de la mère : "vulgo quae-situs, matrem sequitur". Tel est le principe.

Les raisons en ont été dégagées par les grands historiens de la critique moderne italienne et française. Dans la cité antique, et en particulier à Rome, la constitution politique n'était autre qu'une sorte d'association des familles. On l'appelait une confédération des pères de famille. Le Sénat romain était l'assemblée des patres, des pères, portés ainsi sur les registres, les patres conscripti. Les chefs donc étaient les pères de famille. Le sénat était leur assemblée, et chaque famille était groupée religieusement autour de l'auteur familial où l'on célébrait par les sacra le culte des ancêtres. Or il est évident que ce culte ne pouvait être légitimement entretenu et servi que par les descendants de l'

Historique :

a) Le Droit Romain : système du jus sanguinis appliqué dans les filiations légitimes et naturelles.

aféul défunt, et par conséquent le seul lien de filiation pouvait donner à l'enfant nouveau la qualité de membre de la cité, de citoyen romain, de *civis romanus*.

b) Epoque féodale : système du *jus soli*.

A l'époque féodale, au contraire, notamment vers le Xème siècle de notre ère, le système inverse finit par l'emporter. C'est le *jus soli*, et ici encore eu égard à la substance même du régime social qui s'étendait sur l'Europe méridionale et occidentale, le régime féodal. Dans ce régime, l'organisation étatique de l'empire romain avait été remplacée par une société où la Seigneurie représentait l'élément caractéristique; la seigneurie, c'est-à-dire avant tout un domaine territorial, un domaine dont le centre était le château, la castellennie, comme on disait dans les pays du nord de la France, le manoir comme on a dit en Angleterre sous la domination normande, un domaine plus ou moins étendu, dont le seigneur en même temps qu'il était le propriétaire foncier était socialement le souverain. Les notions de souveraineté et de propriété dégagées par la suite des siècles pour distinguer ces deux éléments différents : l'autorité et la liberté, se trouvaient confondues à l'époque féodale, rapprochées dans la seigneurie. Le seigneur représentait le bien commun de la terre, la condition des personnes était liée à celle des terres. Les individus étaient rattachés au sol. Les rapports de l'homme avec le sol dominaient toutes les relations sociales. Il s'en suivait que l'enfant né sur une terre déterminée, devenait le sujet du seigneur de cette terre. Ce qui représentait la nationalité à l'époque, c'était donc le lien de sujétion déterminé par le sol, sur lequel l'enfant avait vu le jour. Ce principe, apparu dès le Xème siècle en France, s'est perpétué jusqu'à la révolution française, jusqu'en 1789. Sans doute reçut-il quelques tempéraments, quelques modifications, et notamment les suivantes. Les progrès de la royauté finirent par substituer aux rapports entre l'enfant et le seigneur les rapports entre l'enfant et le roi de France. On rattacha tous les sujets au roi, on fit naître la notion d'allégeance royale. C'est ainsi que dans l'ouvrage classique sur la matière, dû à notre jurisconsulte français Jehan Bacquet (mort en 1587) dans son "Traité des droits d'aubaine" on trouve la définition suivante des sujets français : "Les vrais et naturels Français sont ceux qui sont nés dedans le royaume, pays, terres et seigneuries de la nation, domination et obéissance au roy", tome 1. chap. 1, n° 2. L'allégeance est ce lien de vassalité établi et perpétué par l'hommage, lige, l'hommage le plus

Deux tempéraments au système :

1) la notion d'allégeance qui rattache les sujets au roi.

fort qui existait dans la société féodale. L'allégeance dûe au roi de France, fait que tout enfant né sur les possessions du roi de France devenait sujet du roi de France, devenait Français.

Toutefois un deuxième tempérament aux principes féodaux, dès cette époque, et à raison même du lien d'allégeance, se forme. L'allégeance étant perpétuelle on considère la qualité de regnicole, d'habitant du royaume, comme indélébile. On considère que sans congé et sans autorisation du roi de France, le sujet Français, même à l'étranger, est reconnu comme regnicole. Dès lors la conséquence logique, avec la logique qui caractérise toujours les institutions des pays latins, devait conduire à cette conséquence, à laquelle furent conduits nos anciens auteurs, que l'enfant né à l'étranger d'un père sujet du roi de France est regnicole, par conséquent devait être censé né en France, et par conséquent être sujet du roi de France. Par ce moyen juridique le roi de France conservait le lien d'allégeance sur des enfants nés en dehors du sol de France, nés de ses sujets. C'était dans l'ancien droit français le germe du jus sanguinis, gouverné et défendu par des principes du jus soli. Si bien qu'à la veille de la révolution, notre grand jurisconsulte Pothier pouvait dans son Traité des personnes, édition posthume, p. 573, tome VI de l'édition de 1778, définir ainsi les Français : "Les citoyens, les vrais et naturels Français, (suivant la définition de Bacquet) sont ceux qui sont nés dans l'étendue de la domination française", et également dans les colonies". Dans le paragraphe suivant il ajoute : "Des enfants nés dans un 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". On trouve donc dans Pothier les deux solutions : l'enfant est Français quand il est né en France; l'enfant est Français quand il est né à l'étranger d'un père français, qui n'a pas établi son domicile dans ce pays ni perdu l'esprit de retour - avec l'autorisation du roi conformément aux institutions de l'époque. A contrario, Pothier, p. 575, définit l'étranger ainsi : "On appelle étrangers ceux qui sont nés de parents étrangers et hors des pays de la domination française". Tel était le principe à l'époque de la révolution. Au moment de la révolution tout ce qui était de caractère féodal étant critiqué, le jus soli fit l'objet de nombreuses critiques. Le jus sanguinis, au contraire, dépositaire de la tradition romaine, que firent revivre les auteurs de la révolution, avait joui à l'inverse d'une très grande popularité, la critique

c) Le droit Révolutionnaire :
la Constitution de 1791 : Confrontation de système du jus soli, ~~et~~ jus sanguinis et de la résidence en France.

historique n'ayant pas permis aux révolutionnaires de faire la part de ce qu'il pouvait y avoir d'aristocratique dans le jus sanguinis de la cité antique. Quoi qu'il en soit, jus soli, jus sanguinis, continuèrent à s'opposer dans les théories, dans les systèmes, mais pas dans les lois. C'est ainsi que dans la constitution des 3-14 Septembre 1791, titre 2, article 2, on trouve l'indication suivante de ceux qui sont citoyens Français. 4 cas sont à envisager. Mais on voit aussi une nouvelle notion, qui se fait jour et qui est due celle-là proprement à l'esprit de la révolution : c'est la notion de résidence ou de domicile en France. C'est à proprement parler la notion d'établissement en France et d'acceptation du nouveau régime, la notion de soumission aux lois républiques françaises. Sont citoyens Français, dit l'article.

1°/ ceux qui sont nés en France d'un père français - c'est le jus sanguinis.

2°/ ceux qui, nés en France d'un père étranger - c'est le jus soli - ont fixé leur résidence dans le royaume. On voit apparaître l'adhésion à l'ordre nouveau, créé par la révolution.

3°/ ceux qui, nés en pays étranger d'un père français - jus sanguinis - sont venus s'établir en France et ont prêté le serment civique.

4°/enfin ceux qui nés en pays étranger et descendant à quelque degré que ce soit d'un Français ou d'une Française, expatriés pour cause de religion, viennent demeurer en France et prêter le serment civique. C'est ce que l'on a appelé les religionnaires. Ce sont les descendants de ceux qui avaient quitté la France au moment de la révocation de l'Edit de Nantes. Tels étaient les principes possés par la première des constitutions républiques. Par la suite, jus soli, jus sanguinis, résidence en France, s'affrontèrent. On n'examinera pas les discussions qui eurent lieu lors des travaux préparatoires du code civil et on en arrive immédiatement à la transaction que marquent les articles 9 et 10 du code civil, qui ont dominé toute l'évolution de la matière au cours du XIXème siècle et du XXème siècle, admission conjointe des deux idées de jus soli et de jus sanguinis, avec intervention du principe de la résidence en France et de la soumission à l'ordre créé par le code civil.

L'article 9 est relatif au jus soli, l'article 10 est relatif au jus sanguinis. Les voici dans leur teneur de 1804, laquelle a beaucoup varié au cours du XIXème siècle.

Article 10 - c'est le plus court - concernant

sécration du
jus sanguinis.

le jus sanguinis : "Tout enfant né d'un Français en pays étranger est Français". Il semble curieux que l'on n'ait parlé que de l'enfant né en pays étranger d'un Français et que l'on ne commence pas par proclamer que l'enfant né en France d'un Français est Français. Mais il y a certainement un a fortiori, et c'est la tradition historique, analysée tout à l'heure, qui explique la singulière forme de l'article 10 ancien. Il est sous-entendu : tout enfant né en France d'un Français est Français. C'est le jus sanguinis pur, c'est là le vrai et fondamental principe du code civil.

Art. 9 : consé-
cration du jus
soli.

Quant au jus soli, il est présenté sous une forme un peu plus complexe dans l'ancien article 9, qui a été la cellule initiale de tout le développement ultérieur : "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 jus soli est donc établi de la manière suivante : un enfant d'étranger né en France, dans l'année suivant l'époque de sa majorité, peut réclamer la qualité de Français. Il peut par conséquent revendiquer cette qualité qui lui appartient, s'il le veut, mais ceci à la condition - voici le second membre de phrase, - que dans le cas où il résiderait en France il déclare que son intention est d'y fixer son domicile, c'est-à-dire son principal établissement, 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. Ainsi l'enfant né en France est Français jure soli, même s'il est né d'un étranger, à la condition qu'il réside en France, d'y fixer son domicile, et s'il n'y réside pas, de faire sa soumission, de venir fixer son domicile en France et de l'établir effectivement dans l'année de l'acte de soumission. On retrouve là amalgamés les différents éléments, dont l'évolution historique a montré l'apparition au cours du temps.

Ce sont ces deux articles, 9 et 10, qui ont servi de base à toute l'évolution du droit de la nationalité en France entre 1804 et la loi de 1927. En ce qui concerne le jus sanguinis, il n'y a eu que des textes complémentaires ou de mise au point, comme celui qui était nécessaire par cette omission curieuse de la situation de fils de Français nés en France. C'était donc de simples textes rectificatifs ou complémentaires. Au contraire, le jus soli a donné lieu au cours du XIX^e siècle à des textes très nombreux, jusqu'à la loi de 1927, textes inspirés suivant les époques, soit par un esprit d'extension, soit au con-

traire par un esprit de restriction. La tendance large ou la tendance étroite a dominé suivant les époques. Au lendemain de la guerre de 1870, l'opinion publique s'est irritée de voir que des enfants nés en France de parents étrangers, mais élevés en France et ayant reçu l'éducation française n'aient pas pris part à la défense nationale. A l'inverse, à la veille de la guerre de 1914, et au lendemain de la guerre, on a considéré que la nationalité française avait peut-être été octroyée trop largement et des textes et des projets ont eu tendance à restreindre le jus soli. On n'établira pas l'échelle successive de ces alternances législatives, on se plaira immédiatement en face du texte de la loi de 1927 et on examinera dès lors comment le jus sanguinis et comment le jus soli y ont été dosés et répartis, notamment pour le jus soli, on verra ce qui relève de la tendance restrictive et ce qui relève au contraire de la tendance extensive.

La loi française, comme la loi italienne, partait d'un point de vue législatif; elle avait abstraitemment à dresser le catalogue de ceux qui participent de la cittadinanza, de ceux qui participent de la nationalité. Le législateur a été ainsi amené à procéder par des énumérations souvent compliquées, en tenant compte d'un certain nombre d'hypothèses, et en donnant à ces hypothèses la solution appropriée. Il en est résulté que la loi nous met en présence de diverses catégories de Français, et notamment de 4 catégories qui sont réparties respectivement dans les articles 1, 2, 3 et 4 de la loi. Un premier procédé d'étude consisterait - et c'est celui qui est suivi par beaucoup d'auteurs - à suivre la progression de la loi elle-même, à examiner texte par texte le cas envisagé et la catégorie à laquelle correspond le cas envisagé. Si la méthode est bonne pour le législateur, elle est moins bonne pour le commentateur et pour l'interprète, et surtout elle est peu commode pour le praticien. Le praticien ne se trouve pas en face du texte, il se trouve en face du cas concret. C'est une personne qui se présente dans le cabinet de l'avocat, et qui lui demande de quelle nationalité est telle personne, qui lui demande notamment si telle personne peut être considérée comme Française ou comme étrangère. Prendre les articles 1 à 4 de la nouvelle loi de 1927 et les regarder numéro par numéro, expose à des recherches bien difficiles. Pour M. Lévy-Ullmann une méthode inverse s'impose pour le commentateur de la loi de 1927. On peut très clairement étudier posément la matière par une distinction qui, d'ailleurs, correspond à

La loi de 1927

Méthode à employer pour le commentateur.

peu près à celle du jus soli et du jus sanguinis. La première des choses à examiner dans un cas concret de nationalité considéré est la suivante : la personne en question est-elle enfant de Français ou non ? Voilà la question préliminaire, la question préjudiciable. Deux catégories d'hypothèses se rattachent à chacune de ces espèces. On va donc les examiner successivement, en se reportant ensuite aux textes. Première catégorie d'hypothèses : l'individu considéré est enfant de Français. Ce sont à peu de choses près les conséquences juridiques de la filiation, le jus sanguinis. Deuxième catégorie d'hypothèses : l'individu considéré n'est pas enfant de Français. Ce sont les conséquences juridiques directes de la naissance sur le sol, le jus soli. Jus sanguinis, jus soli, s'opposent ainsi principalement. Ce n'est pas à dire, on le verra, que dans la première catégorie d'hypothèses le jus soli n'apparaîtra pas, de même que dans la deuxième, le jus sanguinis, mais ce sera à titre subsidiaire, à titre auxiliaire. Ce que l'on va prendre pour considération nécessaire et immédiate dans la première catégorie d'hypothèses c'est la filiation, dans la seconde, c'est la naissance sur le sol.

A - Première catégorie d'hypothèses : l'individu considéré est enfant de français.

1) Enfant légitime art. 1er l° et 3° de la loi.

Si le père est français, l'enfant est français. S'il est étranger et si la mère est française l'enfant sera français
d'après la condition de la source : BIU en jas

Première catégorie d'hypothèses : l'individu considéré est enfant de Français. On dit catégorie d'hypothèses, car le jus sanguinis a fait l'objet de textes de plus en plus minutieux. A l'ancien article 10 ont succédé des précisions législatives. On est amené avec les textes à distinguer dans cette catégorie 4 hypothèses, principales, qui se réfèrent aux

4 types de filiation, en face desquels nous mettent les principes du code civil : filiation légitime, filiation naturelle, légitimation, adoption. 4 hypothèses : l'enfant est un enfant légitime, l'enfant est un enfant naturel, l'enfant est un légitimé, l'enfant est adopté.

Première hypothèse : l'enfant est un enfant légitime. Il s'agit d'un enfant légitime de Français. Les textes de la loi de 1927, qui visent cette hypothèse, sont les articles 1, 1° et 3°. Ce texte est ainsi conçu pour l'article 1er : "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". Quels sont les cas envisagés ? Quelle est la solution ?

Lorsque les deux parents sont Français ou lorsque le père seulement est Français l'enfant est Français, qu'il soit né en France ou à l'étranger, peu importe, c'est le principe fondamental, la consolidation absolue du jus sanguinis. Mais dans l'article 1er, 3°, lorsque le père est étranger et la mère

d'être né en France.

française, le jus sanguinis va jouer, mais à la condition que le jus soli lui apporte une force auxiliaire c'est-à-dire si l'enfant est né en France. Alors la règle est la suivante : l'enfant légitime d'un père étranger et d'une mère française, né en France, est Français. Il est Français, parce que à cette filiation française par la mère se joint l'attaché au sol, auxiliairement le jus soli. Sur cette deuxième hypothèse de l'enfant né d'une mère française en France, alors que le père est étranger, il y a eu au cours du XIXème siècle toute une évolution législative, et l'article 1er, 3^e, de la loi de 1927 n'en est que la dernière étape. On n'entrera pas dans le détail de cette évolution qu'on retrouve dans les livres. Elle n'a plus qu'un intérêt historique. Il faut simplement noter à titre d'observation pratique la règle suivante : l'enfant légitime sera toujours Français, s'il est né en France et si l'un de ses parents est Français.

Il y a eu sur cette règle quelques différences d'interprétation. A quelle date doit-on se placer pour l'attribution de la nationalité ? Celle de la conception ou celle de la naissance ? Il y a eu également des difficultés pour le cas de l'enfant posthume. On les retrouve dans les livres, notamment en ce qui concerne la date de l'attribution de la nationalité, la pratique du ministère de la justice, de la Chancellerie, est attachée à la date de naissance, la pratique pour l'attribution de la nationalité, quant à l'enfant posthume, est d'attribuer à l'enfant la nationalité du père au moment du décès.

Deuxième hypothèse, infiniment plus compliquée : l'enfant est naturel. En effet, dans le cas de l'enfant naturel, il n'y a pas seulement la naissance à considérer, il faut considérer, et c'est précisément l'hypothèse envisagée par la loi française de 1927, l'hypothèse où la filiation naturelle a été établie par reconnaissance ou par jugement, la filiation volontaire ou judiciaire. La loi, article 1er, 4^e, alinéa 1, ne prend en considération que la filiation naturelle établie par les deux procédés juridiques français de la reconnaissance volontaire ou du jugement, pendant la minorité de l'enfant. Ce sont les articles 1, 4^e, alinéas 1 et 2, et 1, 6^e, qu'il faut considérer. Pour bien comprendre ces textes, il faut se rappeler pratiquement ceci, c'est que la reconnaissance peut être successive ou simultanée. Elle peut avoir lieu successivement, le père reconnaissant d'abord ou la mère reconnaissant d'abord, ou encore un jugement étant intervenu soit vis à vis du père, soit vis à vis de la mère successivement,

2) Enfant naturel : art. 1er
4^e al. 1 et 2
de la loi.

ou bien au contraire la reconnaissance judiciaire ou volontaire, volontaire surtout, peut avoir eu lieu simultanément. Ceci va mener à des sous-dictincti ons à des sous-hypothèses, que vous allez retrouver dans les textes, dont voici la teneur.

Article 1er, 4°, alinéa 1 et alinéa 2 : "Tout enfant naturel, dont la filiation est établie, pendant la minorité, par reconnaissance ou par jugement est Français, lorsque celui des parents à l'égard duquel la preuve a d'abord été faite 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".

A ces deux textes s'ajoute l'article 1, 6°, : "Tout enfant naturel né en France, lorsque celui de ses parents, donc il ne doit pas suivre la nationalité, au terme de la disposition précitée.... est Français". Voici les cas envisagés.

Premier cas : la filiation de l'enfant naturel a été établie successivement, vis à vis du père et vis à vis de la mère. Si le premier reconnaissant est Français, l'enfant naturel est Français. C'est sous entendu, car la loi ne statue pas sur la nationalité des étrangers, ne statue que sur la nationalité française, si le premier reconnaissant est étranger et le second Français, l'enfant en principe devrait être étranger. Mais en principe seulement, comme on va le voir.

Deuxième cas : la reconnaissance est simultanée. Dans ce cas, si le père est Français, l'enfant est Français. A contrario, si le père est étranger et la mère française, l'enfant devrait être étranger.

Troisième cas : reconnaissance successive. Si le premier reconnaissant est étranger, si le deuxième est Français, l'enfant naturel sera néanmoins Français, s'il est né en France. C'est ici encore une fois le jus soli qui vient à l'appui du jus sanguinis.

Quatrième cas, qui n'a pas été envisagé par la loi, mais que les auteurs, la doctrine et la Chancellerie ajoutent, c'est le cas omis de la filiation établie simultanément, lorsque la mère est Française, et par identité de motif avec ce qui vient d'être dit dans le troisième cas, on admet que si l'enfant est né en France, malgré la reconnaissance simultanée, et malgré la nationalité étrangère du père, l'enfant sera français. Nous aboutissons pratiquement à cette formule beaucoup plus simple et qui permettra de retenir la règle, à savoir que, comme pour l'enfant légitime, l'enfant naturel sera toujours Fran-

çais s'il est né en France et si l'un de ses deux parents est Français. Vous voyez que derrière la distinction des textes et les subtilités de ces distinctions les règles sont en somme pratiquement simples. On n'insistera pas sur la jurisprudence.

On peut se reporter à une solution d'espèce très curieuse jugée par la chambre civile de la cour de cassation, 21 Juin 1933, S 1934. I. p. 69. Il s'agissait du cas d'un enfant naturel né à Londres d'une mère française, simplement indiquée dans l'acte de naissance; la mère n'avait pas reconnu l'enfant. La mère était divorcée d'un Français, mais l'enfant était né dans les 300 jours ayant suivi la transcription du divorce. Vous verrez comment la cour de cassation a été amenée à discuter et à trancher ce cas. De même, on renvoie à un arrêt de la chambre civile du 25 Janvier 1930, D. 1930. I. p. II3, S. 1930. I. p. 321, pour le point de savoir si en dehors des cas de reconnaissance volontaire ou par jugement, on pourrait tenir compte d'une filiation naturelle établie grâce à un système de reconnaissance des enfants plus libéral que le système français, par exemple, le droit comparé est en cause, l'art. 302 du code civil suisse, de même les dispositions des lois allemandes qui pendant très longtemps s'appliqueront encore en Alsace-Lorraine. On peut se demander s'il y a lieu de faire état de ce que dans ces législations la seule mention du nom de la mère dans l'acte de naissance établit la filiation. La cour de cassation ne l'a pas admis dans l'arrêt précité.

La troisième hypothèse, celle du cas de l'enfant légitimé, est visée par l'article 1, 4°, alinéa 3 de la loi de 1927 : "La légitimation d'un enfant mineur lui donne, s'il ne l'a déjà, la nationalité française de son père". Par conséquent lorsque le père français légitime l'enfant, l'enfant est Français.

Ici encore la question peut se poser de savoir, lorsque le père est étranger et légitime l'enfant, si l'a contrario s'impose. La question est délicate, car l'enfant peut avoir été reconnu antérieurement par une mère française. C'est ce qui s'est produit assez fréquemment au cours de la guerre et au lendemain de la guerre, lorsque de nombreux étrangers étaient sur le sol français et que des enfants naturels ont été reconnus par leur mère française. Ils étaient donc Français. Puis le père a épousé la mère et les enfants se sont trouvés légitimés. Allait-il perdre la nationalité française ? La jurisprudence antérieurement à la loi de 1927 ne l'a pas admis. Dans un certain nombre d'arrêts, et notamment dans une af-

3) Enfant légitimé : art. 1
4° al. 3 de la loi.

Controverse relative à la nationalité de l'enfant naturel reconnu par sa mère française et légitimé postérieurement par son père étranger.

faire très célèbre, l'affaire de Christofaro. La mère française avait reconnu l'enfant. Le père étranger par la suite l'a légitimé. La chambre civile de la cour de cassation, 17 Mars 1926, D. 1926. I. p. 137 S. 1926. I.p. 201, a estimé que l'enfant restait Français. La nationalité de l'enfant une fois acquise, a dit la cour de cassation, doit demeurer fixe. La loi de 1927 n'ayant pas tranché la question, la controverse demeure entière, mais la jurisprudence du ministère de la justice, de la chancellerie, est restée fidèle à la doctrine de la cour de cassation. Le Journal officiel du 11 janvier 1928 contient une réponse des Parlementaires, p. 20, datée du 29 Décembre 1927, statuant dans le sens que l'on vient d'indiquer. On trouvera d'ailleurs toute la question discutée dans une étude de M. Ancel, Secrétaire général de l'Institut de Droit comparé de Paris : la nationalité de l'enfant légitimé, Journal de D.I.P. 1933.

Enfin, dernière hypothèse, qui ici ne présente plus le moindre doute, c'est celle de l'enfant adoptif. Nous avons un texte sur ce point. Le nouvel article 345, alinéa 2 du code civil, né de la loi de 1923, déclare que l'adoption n'entraîne pas pour l'adopté un changement de nationalité. Le jus sanguinis se maintient, malgré l'adoption. L'enfant adopté en principe ne prend pas la nationalité de celui qui l'adopte, par conséquent l'enfant français adopté par un étranger reste Français.

Tels sont les principes du jus sanguinis. Ces principes, n'ont point été touchés par le projet de loi rectificatif du 6 Mars 1934. Il n'y a qu'un point sur lequel ces dispositions pourraient recevoir modification. Ce point a été retenu dans l'article 1er du projet rectificatif, parce que la convention de La Haye en harmonie de laquelle notre loi française doit être faite, en vue de la ratification des accords du 9 Avril 1930, en fait un devoir : c'est pour les enfants nés en France des agents diplomatiques et des consuls de carrière. Supposons, par exemple, le fils d'un diplomate étranger né en France d'une mère Française, le cas se présente fréquemment, les diplomates étrangers se mariant sur le sol français, l'enfant devrait être Français ipso jure, de par les textes que je viens d'analyser. Les dispositions nouvelles, en harmonie avec la convention de La Haye, déclarent que les dispositions de l'article 1er ne sont pas applicables aux enfants nés en France des agents diplomatiques et des consuls de carrière de nationalité étrangère, mais ils ont la faculté, à partir de l'âge de 16 ans jusqu'à l'âge de 22 ans, de réclamer la qualité de Français.

*) Enfant adoptif.

problème qui se pose au sujet des enfants des diplomates étrangers en France d'une mère française.

Deuxième catégorie d'hypothèses : l'individu qui n'est pas enfant de Français.

1er cas - Prise en considération du jus soli seul.

Raisons d'ordre national et international.

Deuxième catégorie d'hypothèses.

Cette seconde catégorie vise l'individu qui n'est pas enfant de Français. L'individu est enfant de parents étrangers ou de parents inconnus ou de nationalité inconnue. C'est le jus soli qui, dans certaines de ces hypothèses, va apparaître, et c'est à la naissance sur le sol que l'on va attacher des conséquences juridiques directes, quant à la nationalité de l'enfant considéré.

Le jus soli pur apparaît dans l'hypothèse visée dans l'article 1er, 7°, le dernier paragraphe, de la loi du 10 Août 1927. Cet article est ainsi conçu : "Sont Français.... 7° Tout individu né en France de parents inconnus ou dont la nationalité est inconnue". Ainsi lorsqu'un individu est né en France, que ses parents ne sont pas connus, - l'acte de naissance ne les mentionne pas, ou il n'y a pas eu d'acte de naissance, ou encore lorsque la nationalité des parents est inconnue, l'individu est Français. Il est Français de première catégorie, article 1er de la loi c'est-à-dire sans discussion, d'une façon irrévocable, ipso jure, sauf le cas où il quitterait la nationalité française. Cet article est une innovation de la loi de 1889 que la loi de 1927 a reprise. Les raisons sont à la fois d'ordre national et d'ordre international. Au point de vue international, on a voulu éviter autant qu'il est possible, le cas particulièrement fâcheux des individus qui n'ont pas de nationalité; on a voulu éviter l'apatriodie. Au point de vue interne, on a octroyé à l'enfant une nationalité de manière à permettre précisément de faire jouer en sa faveur les institutions de protection, notamment l'organisation d'une tutelle. Tels sont les motifs de l'article 1er, 7° de la loi de 1927.

Le projet rectificatif déposé récemment à la Chambre a comblé à cet égard une lacune. La loi parle de l'enfant né de parents inconnus ou dont la nationalité est inconnue. La Chancellerie s'est trouvée en présence du cas de parents dont la nationalité avait existé, mais avait été perdue sans qu'une autre nationalité ait été retrouvée. Bref, elle s'est trouvée en présence d'enfant de parents sans nationalité, d'enfant apatride. La Chancellerie n'a pas hésité à étendre le texte de l'article 1, 7°, à ce cas. Mais il serait préférable de le dire dans un texte de loi. C'est ce qui fait que le projet rectificatif modifie l'article 1er, 7°, ainsi : "Tout individu né en France de parents inconnus, de parents sans nationalité, ou de parents dont la nationalité est inconnue, est Français."

Une autre question s'était posée dans la prati-

fant trouvé.

que : c'est le cas de l'enfant trouvé. L'enfant trouvé devait-il être assimilé à l'enfant visé dans l'article 1er, 7° ? Dans le projet rectificatif, l'article 7 modifié par un nouvel alinéa, dit : "l'enfant nouveau-né trouvé en France est jusqu'à preuve du contraire présumé né sur le territoire français". Mais il faut observer que le projet parle de l'enfant "nouveau-né" trouvé en France. On aurait pu éviter ce terme de nouveau-né pour permettre de reconnaître la nationalité dans des cas évidemment rares, mais qui se sont présentés dans la pratique, le cas par exemple d'un enfant qui avait été trouvé à Nice à l'âge de 3 ans. Cet enfant avait été élevé en France par un italien et, à un moment donné - c'était une fille - elle avait réclamé la nationalité française. Comme elle avait été trouvée à l'âge de 3 ans et que le texte projeté ne viserait que l'enfant "nouveau-né" trouvé en France, on observera qu'à cet égard le projet est insuffisant et qu'il serait désirable qu'il contienne simplement l'expression : "Tout enfant trouvé en France est jusqu'à preuve du contraire présumé né sur le territoire français", sans parler de l'enfant nouveau-né.

Les modifications à l'article 1er, 7°, sont de nature à mettre la loi de 1927 en correspondance avec la convention de La Haye du 12 Avril 1930, dont les textes sont en ce sens.

Tel est le premier cas et le cas le plus net de l'influence de la naissance sur le sol français sur la nationalité. On voit que, dans ce cas, c'est le jus soli pur qui apparaît, sans aucune autre circonstance accompagnant la naissance sur le sol français.

Mais le jus soli jouera pour engendrer la nationalité française lorsqu'il sera accompagné de certaines circonstances manifestant que l'individu est rattaché à la France par certains liens. Ces liens actuellement sont au nombre de deux : d'une part, ce que l'on a appelé 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. Cette circonstance de deux naissances successives sur le sol français fortifie le lien et permet le jeu du jus soli. Ou bien, deuxième circonstance, la possession d'un domicile sur le sol français venant fortifier la naissance sur notre territoire. Telles sont les deux circonstances manifestant que l'individu considéré est rattaché à la France par certains liens et par conséquent fortifiant le lien créé par la naissance sur le sol français et engendrant la nationalité

2ème cas - Pri-
- de en considé-
- ration du jus
- soli accompa-
- gné de la dou-
- ble naissance
- sur le sol
- français.

seules que l'on puisse imaginer. Au cours de l'évolution de nos textes, dans le XIXème siècle, on a pris en considération, à certains moments, d'autres faits, par exemple, le fait d'avoir servi dans certaines circonstances dans les armées françaises, ou encore le fait d'être descendants d'anciens français ayant dans certaines conditions perdu la nationalité française. Des circonstances de ce genre se joignant à la naissance sur le sol français, avaient été prises en considération par le législateur. Il n'en est plus ainsi aujourd'hui, tout au moins en ce qui concerne la nationalité d'origine. On verra ces circonstances reparaître pour permettre dans certains cas une naturalisation de faveur, mais c'est de la nationalité d'acquisition, ce n'est plus la nationalité d'origine. Pour la nationalité d'origine, il n'y a donc qu'à se placer en face de deux circonstances jointes à la naissance sur le sol français : d'une part, la double naissance, et d'autre part, le domicile en France.

Prenons d'abord la célèbre question de la double naissance et de l'effet de la naissance sur le sol français d'un individu considéré, alors que l'un de ses parents est lui-même né sur le sol français. A l'extrême rigueur, on pourrait dire que dans une certaine mesure, le jus sanguinis intervient. On tient compte de la filiation et de l'endroit du territoire sur lequel est né le père ou la mère de l'individu considéré.

Historiquement, la considération du lieu de naissance de l'un des parents, alors que l'individu considéré était lui-même né en France, est une réforme qui avait été amorcée et étendue successivement, par diverses lois au cours du XIXème siècle : ce sont les lois qui ont progressivement étendu en France l'influence du jus soli, la loi du 7 Février 1851, la loi du 16 Décembre 1874, au lendemain de la guerre de 1870, et, précisément pour des raisons de recrutement, la loi du 26 Juin 1889, et, enfin dans un sens un peu restrictif, la loi du 22 Juillet 1893. Ainsi donc, 4 lois importantes sont venues créer et modifier les circonstances générales engendrant la nationalité par double naissance. Il y a lieu de s'y arrêter quelque peu. La question est classique.

Pour se borner à la loi de 1889, on constate qu'elle a attaché à la double naissance la conséquence suivante : Tout individu né en France d'un étranger, qui lui-même y était né, était Français, ipso jure, et définitivement. On abolissait toutes les distinctions, toutes les nuances, tous les tempéraments des lois antérieures, et on aboutissait à cette

Influence, au point de vue historique, de la considération du lieu de la naissance.

La loi de 1889.

formule très simple, qui était écrite dans le célèbre article 8, 3^e et 4^e, article 8, 3^e : "Sont Français... Tout individu né en France d'un étranger qui lui-même y est né. La disposition était claire, la formule était simple, et il y avait des avantages pratiques très nombreux par rapport aux systèmes antérieurs, qui permettaient à l'individu considéré de réclamer la nationalité des parents dans l'année de la majorité avec plus ou moins de restrictions qui encombraient la matière. Mais la disposition présentait des inconvénients très sérieux. D'abord, par sa simplicité même, elle excluait la distinction entre les enfants légitimes et les enfants naturels, d'où de nombreuses controverses qui surgirent dès le lendemain de l'apparition de l'article 8, 3^e de la loi de 1889. D'autre part, la loi ne faisait aucune distinction entre le père et la mère. Tout individu né en France d'un étranger, qui lui-même y est né. Est-ce que le législateur de 1889 avait voulu par ce mot "d'un étranger" viser simplement le père ? ou bien au contraire est-ce que la loi avait voulu sans distinction, comme le texte pourrait le laisser supposer aussi, viser à la fois le cas du père et le cas de la mère né en France comme l'enfant lui-même ? La question donna lieu à un procès fameux qui alla jusqu'en Cour de cassation : (7 décembre 1891, S. 1892 I. p. 81. D. 1892. I. p. 87) : celle-ci estima qu'aucune distinction ne devait être faite et que l'enfant né en France dont le père était né à l'étranger, mais dont la mère était née en France, était Français de plein droit et définitivement.

Cette jurisprudence donna lieu à l'époque à de nombreuses réclamations diplomatiques, et notamment de la part de la Suisse et de la Belgique, eu égard au fait que de très nombreux mariages dans les départements du nord et de l'est se font entre ressortissants de France, Belgique et Suisse, et que lorsque c'était la mère qui était née en France et le père qui était né en Belgique ou en Suisse, la disposition de l'article 8, 3^e, faisait perdre à la Suisse et à la Belgique, dont la population est moindre que celle de la France, des ressortissants auxquels ces pays tenaient. La Suisse et la Belgique offraient de reconnaître naturellement la disposition de l'article 8, 3^e, lorsque c'était le père qui était né lui-même sur le sol français, mais protestaient lorsqu'il s'agissait d'un individu né en France d'une mère qui était elle-même née en France, mais qui peut-être n'y était pas demeurée et qui avait épousé, soit en Belgique, soit en Suisse, des ressortissants de ces pays. C'est pourquoi la loi du 22 Juillet 1893 est

1) Distinction suivant que c'est le père ou la mère qui est né en France.
On la retrouve dans la loi de 1927.

2) Distinction entre l'enfant légitime et l'enfant naturel : cette distinction se retrouve dans la loi de 1927

Enfant légitime.

venue introduire une distinction, que l'on retrouve dans la loi de 1927. Voilà la raison pour laquelle il convient d'insister sur ces précédents historiques. La loi de 1893 rétablit la distinction antérieure entre le père et la mère, décidant que tout individu né en France d'un père qui lui-même était né en France serait Français de plein droit, mais que d'autre part, l'individu né en France d'un père étranger et d'une mère qui elle-même était née en France ne serait pas Français de plein droit, mais aurait le droit de décliner la nationalité française à l'époque de sa majorité. C'est là l'origine de la distinction que l'on retrouve quant à la double naissance, dans les articles 1 et 2 de notre loi du 10 Août 1927.

D'autre part, la loi de 1893 avait établi également des distinctions entre l'enfant légitime et l'enfant naturel, distinction que l'on retrouve également dans le texte de la loi de 1927. Evidemment cela complique la matière, il faut lire les textes de très près. Voici l'économie actuelle de notre loi.

1er cas : enfant légitime. Il faut supposer successivement, soit que le père étranger est né en France, soit que la mère étrangère est née également en France.

Si l'enfant légitime est issu de parents étrangers, né en France, dont le père est né en France, l'enfant est Français, de première catégorie, ipso jure et définitivement, sauf abandon de la nationalité française par naturalisation. Article 1er, 2^e : "Sont Français.... 2^e/ tout enfant légitime né en France d'un père qui est lui-même né en France". La règle est donc claire, c'est la règle de la loi de 1893.

Si l'enfant est né en France de parents étrangers, mais si la mère est née en France, on se trouve en présence d'un Français de la 2^e catégorie. Article 2 : "L'enfant est Français, mais il aura le droit de répudier la qualité de Français dans l'année qui suivra la majorité, telle qu'elle est réglée par notre loi. C'est ce que dit l'article 2 : "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 : 1^e Tout enfant légitime né en France d'une mère étrangère qui y est elle-même née". Par conséquent, l'enfant n'est pas Français définitivement. Il est Français ipso jure sans doute, mais pas définitivement. Il ne perdra pas seulement la qualité de Français par sa volonté, par la naturalisation étrangère; il peut répudier la qualité de Français, y renoncer par une déclaration dans l'an-

née de sa majorité, c'est-à-dire dans l'année qui suit ses 21 ans révolus. C'est ce que l'on a appelé antérieurement, sous le régime des lois de 1889 et de 1893, les Français sous condition résolutoire, parce qu'ils conservent la faculté de répudier. Mais il ne faut pas prendre cette expression juridiquement à la lettre, car la condition résolutoire dans notre droit civil opère avec rétroactivité, tandis que la loi de 1927 a bien spécifié, notamment article 5, dernier alinéa, que toutes les déclarations en question ne prennent d'effet qu'à partir du jour où elles sont faites, par conséquent sans rétroactivité. Si l'on emploie l'expression française, sous condition résolutoire, c'est donc par simple comparaison et non pas juridiquement, d'une manière expresse, et en terminologie stricte. Tel est le cas pour les enfants légitimes.

Il faut voir maintenant comment est réglée la question pour les enfants naturels. La question est encore beaucoup plus compliquée.

2ème cas : Enfant naturel.

Lorsque le premier des parents, qui a reconnu l'enfant ou vis-à-vis de qui la reconnaissance judiciaire est intervenue, (que ce soit le père ou la mère, peu importe) est lui-même ou elle-même, né en France, l'enfant est Français de plein droit de première catégorie, définitivement. Art. 1er, 5° : "Sont Français : tout enfant naturel né en France lorsque celui de ses père et mère dont il devrait suivre la nationalité, aux termes du § 4, 1er al., est lui-même né en France".

Au contraire, lorsque c'est celui dont l'enfant ne devrait pas suivre la nationalité, aux termes de l'article 1er, c'est-à-dire le second reconnaissant, qui est né en France, l'enfant naturel né en France est Français, mais seulement de la deuxième catégorie. Article 2, 2° : "Sont Français, sauf la faculté de répudier, 2°/ tout enfant naturel né en France de parents étrangers, lorsque celui dont il ne devrait pas suivre la nationalité, aux termes de l'article 1er, est lui-même né en France". Il est alors Français de la 2ème catégorie, c'est-à-dire Français avec faculté de renoncer.

Telles sont les conditions dans lesquelles opère la double naissance sur le territoire français. Le jus soli joue en faveur d'un individu né de parents étrangers en France, lorsque l'un de ses deux parents est né en France et dans des conditions telles que dans certains cas il est Français ipso jure et définitivement; dans certains autres, au contraire, il

Conditions de la répudiation lorsqu'elle joue.

Modalités.

Formalités.

Causes de refus.

est Français sauf la faculté de répudiation.

Dans quelles conditions la répudiation doit-elle intervenir. Cela est fixé par les articles 2 et 5 de la loi.

Les modalités de la répudiation sont fixées à l'article 2, alinéa 1. On a déjà vu qu'il fallait que cette répudiation soit intervenue dans l'année qui suit la majorité telle qu'elle est fixée par la loi française, c'est-à-dire à 21 ans accomplis, entre 21 et 22 ans. En fait, d'ailleurs, le délai est abrogé par les lois de recrutement. L'article 2, alinéa 4, ajoute une autre condition. Pour être admis à répudier la qualité de Français, l'intéressé devra prouver par une attestation en due forme de son gouvernement, annexée à sa déclaration, qu'il a conservé la nationalité de ses parents. En outre, le cas échéant, il devra produire un certificat constatant qu'il a satisfait à la loi militaire dans son pays, sauf les exceptions prévues au traité. La plupart du temps dans tous les cas même d'ailleurs, la Chancellerie exige un certificat concernant le service militaire. Telles sont les modalités de la répudiation.

Quant aux formalités de la répudiation, elles sont prévues en détail dans l'article 5. L'article 5 est commun aux 4 premiers articles qui visent toutes les déclarations, soit en vue d'acquérir, soit en vue de répudier la qualité de Français. Ici, on est en présence d'un cas de répudiation, et il faut lire l'article 5 dans ce sens. Il faut d'abord que la déclaration soit établie par écrit, suivant des formulaires qui sont indiqués dans la circulaire de la Chancellerie du 14 Août 1927. Pratiquement on trouve ces déclarations dans toutes les Justices de Paix. En effet, c'est chez le juge de paix que doit être reçue la déclaration souscrite. Toute déclaration souscrite, soit en vue d'acquérir, soit en vue de répudier la qualité de Français est reçue par le juge de paix du canton dans lequel le déclarant a son domicile ou à défaut sa résidence. En cas de résidence à l'étranger, elle est souscrite devant les agents diplomatiques, consulaires. Tel est l'article 5, 1er alinéa. En outre, - et c'est une formalité empruntée à la loi de 1889 - il doit y avoir lieu à enregistrement de la déclaration du ministère de la Justice.

Qu'est-ce que cette formalité d'enregistrement? C'est une formalité qui a été inaugurée par les lois antérieures pour permettre au ministre de la Justice d'exercer un droit de regard et même s'il le faut un droit de refus à l'encontre de la déclaration. L'enregistrement en effet peut être refusé par le minis-

Voies de recours contre le refus.

tère dans le cas de déclaration souscrite en vue de répudier parce que le déclarant n'est pas dans les conditions requises par la loi. Ce refus et les motifs sont, dans le délai de trois mois à partir de la déclaration, notifiés au déclarant, qui a le droit de se pourvoir devant les tribunaux. Si le déclarant conteste le refus d'enregistrement du Ministère, il peut se pourvoir, non pas devant la juridiction administrative, mais devant la juridiction civile. On a considéré que dans ce cas c'était un procès civil, procès de nationalité, qui doit se dérouler devant les tribunaux civils, conformément, dit l'article 5, aux articles 855 et ss. du code de procédure. Si, au contraire, l'enregistrement n'est pas refusé par le ministère, la déclaration sera acceptée. Elle doit être encore aujourd'hui, aux termes de l'article 5, insérée au Bulletin des lois. L'article ajoutait que l'omission de cette formalité ne peut préjudicier au droit du déclarant. En fait, le bulletin des lois a disparu des publications du ministère de la justice. C'est pourquoi d'ailleurs le projet rectificatif sur ce point fait disparaître l'alinéa 3 de l'article 5 de la loi qui est tombé en désuétude. En fait il n'y a plus de publicité. Elle ne correspondait plus à rien.

Telles sont les formes de la répudiation, les causes de refus, et les voies de recours contre le refus.

La loi a prévu que la faculté de répudiation cesse dans certains cas. On retourne à l'article 2. L'article 2, alinéa 6, 7 et 8, indique 3 cas où a disparu la faculté de répudiation. Ces cas sont les suivants : 1°) si au cours de la minorité de l'enfant, le père ou la mère survivant de l'enfant légitime, le parent survivant de l'enfant naturel ou le parent dont ce dernier suit la nationalité, ont été naturalisés ou réintégrés. Cette formule est trop compliquée, et le projet de rectification actuel dans son article 2 simplifie beaucoup. Bref, lorsque le parent, dont l'enfant doit suivre la nationalité, aux termes de l'article 1er, - tel est le texte rectificatif - est naturalisé ou réintégré, la faculté de répudiation disparaît. 2°) si une déclaration a été souscrite selon les formes prévues à l'article 5, en vue de renoncer à cette faculté par le mineur, âgé de plus de 16 ans régulièrement habilité, ou âgé de moins de 16 ans, par les représentants légaux du mineur, ou enfin lorsque le mineur a participé volontairement aux opérations de recrutement en conformité des dispositions et lois militaires - c'est le cas le plus fréquent à raison de l'âge du servi-

Disparition de la faculté de répudiation.

ce, la plupart du temps le mineur a participé volontairement aux opérations du recrutement antérieurement à ses 21 ans révolus -, dans ces conditions, il a perdu la faculté de répudiation.

Enfin, une dernière disposition exceptionnelle figure dans l'article 2. Les règles indiquées ne sont pas applicables aux enfants nés en France des agents diplomatiques et des consuls de carrière de nationalité étrangère. Ils auront simplement la faculté de réclamer la qualité de Français, conformément à l'article 3. Ils sont Français de troisième catégorie.

Voilà les principales règles qu'il y avait lieu de signaler, concernant la première distinction à faire dans une catégorie d'hypothèses, lorsque l'enfant considéré n'est pas enfant de Français : le jus soli accompagné de la circonstance de la double naissance.

3ème cas - Prise en considération du jus soli accompagné d'un domicile en France.

Origine de cette disposition.

Interprétation extensive de l'art. 9

L'autre circonstance qui fortifie le jus soli et permet à un enfant étranger, de parents inconnus ou de nationalité inconnue, d'invoquer la naissance sur le sol français pour en dégager sa qualité de Français, c'est la justification d'un domicile en France. Lorsqu'à la naissance sur le sol français s'adjoint cette circonstance que l'individu considéré peut se réclamer d'un domicile en France, le jus soli joue, et l'enfant, sous certaines conditions, est Français ou peut se réclamer de la qualité de Français. Cette deuxième série d'hypothèses provient par filiation législative de l'ancien article 9. Cet article inséré dans le code civil de 1804 permettait à un individu né en France d'un étranger de réclamer la qualité de Français, c'est-à-dire d'exiger d'être tenu pour tel. Lorsque, dans l'année suivant l'époque de sa majorité, il résidait en France et déclarait que son intention était d'y fixer son domicile, ou bien si résidant à l'étranger, il venait fixer son domicile en France et faisait soumission de l'y fixer dans l'année à compter de l'acte de soumission. Cet article 9 avait pour but de manifester à l'époque que l'individu considéré réclamait, avec la qualité de Français, le bénéfice des lois civiles et de toute l'organisation sociale inaugurée en France par la révolution française.

Cette disposition de l'article 9 a donné lieu au cours du XIX^e siècle à une évolution, également classique, à travers un certain nombre de lois. On avait donné à l'article 9 une réglementation ultérieure qui l'avait notamment modifié, à la fois extensive et restrictive. C'est ainsi que l'on avait considéré qu'il était trop rigoureux d'attendre la majorité et que si l'enfant né en France d'un étran-

ger pouvait au cours de sa minorité justifier des conditions spécifiées dans l'article 9, on ne voyait pas pourquoi il n'aurait pas la possibilité d'invoquer au cours de sa minorité ou de voir invoquer par ses représentants légaux la qualité de Français. C'est pourquoi l'article 8, 4^e, de la loi de 1889, aussi célèbre que l'article 8, 3^e, permit à l'enfant déjà domicilié en France avant sa majorité de bénéficier de l'ancienne disposition de l'article 9, dans des circonstances spécifiées par la loi de 1889. Telle était la tendance extensive.

Mais d'autre part, on avait considéré aussi que le fait de permettre à l'individu en question de réclamer la qualité de Français comme un droit, d'exiger du gouvernement d'être tenu toujours pour un Français, pouvait exposer la France à voir sa nationalité réclamée par des individus peu désirables. C'est pourquoi la loi de 1893 avait introduit la faculté pour le gouvernement de s'opposer à cette réclamation automatique de nationalité, par l'insertion de la formalité de l'enregistrement et du refus d'enregistrement pour cause d'indignité. On retrouve précisément cette restriction de la loi de 1893 dans le texte de la loi de 1927.

La loi de 1927 a modifié, dans ses articles 3 et 4, les règles admises en 1889 et en 1893 dans un sens restrictif. Ici c'est l'esprit restrictif qui a joué. On a notamment supprimé l'ancien article 9, vestige d'une époque très ancienne. On ne considère plus que le fait d'avoir fixé son domicile en France soit susceptible d'engendrer ipso jure la qualité de Français. On a transformé simplement l'hypothèse où jouait l'ancien article 9 en un cas de naturalisation de faveur. On rencontrera dans l'article 6, 2^e, l'ancien article 9 du code civil. La circonSTANCE visée dans l'article 9 du code civil de l'individu né en France n'étant pas domicilié en France, demandant à devenir Français en y fixant son domicile, n'engendre plus une nationalité de plein droit, elle ne fait plus qu'engendrer un cas de faveur de naturalisation.

D'après la loi de 1927, alinéa 3 et alinéa 4, voici maintenant comment joue la circonSTANCE du domicile en France doublant la naissance sur le sol français. On va rencontrer une troisième et une quatrième catégorie de Français d'origine. Les textes distinguent suivant que l'individu considéré, né en France et domicilié en France, est ou non mineur de 21 ans.

Premier cas : l'enfant est mineur (Art. 3). L'enfant né en France domicilié en France et mineur de 21 ans est apte à devenir Français. Il n'est pas Fran-

dance res-
ctive de
loi de
7.

ème de la
de 1927.

L'individu
mineur.

Sources BIUCU

21 ans est apte à devenir Français. Il n'est pas Fran-

de réclamer la qualité de Français (option)

çais jusqu'au moment où il déclare réclamer cette qualité. Ainsi l'enfant mineur né en France domicilié en France au cours de sa minorité n'est pas Français. Il est apte à devenir Français, il a la faculté de réclamer la qualité de Français. Cette réclamation sera faite, s'il a plus de 16 ans, par le déclarant lui-même aux autorités comme de droit, par le parent investi de la puissance paternelle, ou en cas de tutelle par le tuteur après avis conforme du conseil de famille. Si, au contraire, il est âgé de moins de 16 ans, la déclaration est souscrite par le représentant légal. La déclaration est faite dans les termes des déclarations visées à l'article 5. Le gouvernement a le droit de s'y opposer. Il a le droit de refuser l'enregistrement, mais il n'a pas seulement le droit de refuser l'enregistrement dans les conditions qui entraînent le pourvoi devant les tribunaux civils il peut aussi dans ce cas, comme il s'agit de la réclamation de la qualité de Français, s'y opposer pour cause d'indignité. L'enregistrement peut être refusé pour cause d'indignité, et, dans les 6 mois, la régularité ou la non régularité de la demande et du refus sont jugées cette fois par la juridiction administrative, par le conseil d'Etat. Il y a là une superposition de juridictions, qui provient de la différence des textes qui ont été mis à contribution dans la loi de 1927; et bien que sur ce point le projet rectificatif ne soit pas intervenu, il y aurait lieu à unifier la juridiction du tribunal civil ou du conseil d'Etat. La question d'indignité jouera fort peu, car si l'on conçoit l'indignité pour des majeurs, on conçoit beaucoup moins un refus d'enregistrement pour cause d'indignité, lorsqu'il s'agit de mineur, plus particulièrement lorsqu'il s'agit de mineur de moins de 16 ans.

C'est à cette faculté de réclamer la qualité de Français que, dans la pratique, on applique le terme d'option. Opter pour la nationalité française. Cette option a un sens très large et pourrait d'ailleurs jouer dans tous les autres cas prévus par la loi où il y a choix pour l'intéressé. On l'applique dans la pratique, on ne sait pourquoi, plus spécialement au cas de l'article 3, à la faculté de réclamer. Cette faculté de réclamation ne peut pas être invoquée dans certains cas, notamment lorsqu'il y a eu déjà option tacite par participation aux opérations de recrutement. On a également prévu le cas où il aurait été pris un arrêté d'expulsion, dont les effets n'ont pas été suspendus. Cette disposition est modifiée dans le texte rectificatif.

est ainsi
présence
une troisiè-
catégorie
Français
rigine.

L'individu
t majeur :
quisition
tomatique de
nationalité
ançaise.

est une qua-
ième catégo-
e de Fran-
ais d'origine.

Ainsi on se trouve en présence d'une troisième catégorie de Français d'origine : ce sont ceux qui sont nés en France, domiciliés en France à l'époque de leur minorité, et qui pendant leur minorité ont réclamé ou ont fait réclamer la qualité de Français avec l'autorisation ou par l'intermédiaire de leurs représentants légaux. Ils peuvent devenir Français, ils ne sont pas Français; ils sont restés pendant leur minorité aptes à devenir Français, et lorsqu'ils ont exercé la faculté de réclamer ils sont devenus Français sans rétroactivité. Ici encore la loi déclare que le point de départ de la qualité de Français prend date au jour où la déclaration a été souscrite.

Enfin, dernière catégorie : l'enfant né en France déjà domicilié en France et qui atteint ses 21 ans; c'est le cas de l'enfant qui vient d'être considéré, mais pendant sa minorité, il n'a rien réclamé, et personne n'a réclamé à sa place. Ici la loi déclare - c'est la quatrième catégorie - que ipso jure, automatiquement, l'individu considéré devient Français. L'article 4 de la loi débute par ces mots : "devient Français à l'âge de 21 ans s'il est domicilié en France, tout individu né en France d'un étranger". Tel est le principe. Par conséquent, acquisition automatique de la nationalité française.

"A moins que dans l'année qui suit sa majorité il n'ait décliné la qualité de Français, en se conformant aux prescriptions de l'article 2" Autrement dit, on est encore en présence d'un cas de Français sous condition résolutoire, mais la qualité de Français n'est pas octroyée à la naissance, elle est octroyée à la majorité. La règle est donc la suivante : un individu né en France, domicilié en France à l'époque de sa majorité, qui antérieurement n'a pas demandé à devenir Français le devient ipso jure, sauf pour lui, dans l'année de sa majorité, à décliner la qualité de Français, toutes ses attributions de nationalité étant d'ailleurs sans effet rétroactif. Il devient Français à 21 ans et pas avant, d'après l'art. 4. Il cesse d'être Français au moment de la déclaration, dit l'article 5, dernier alinéa.

Ce deuxième cas d'acquisition de la nationalité française de par le domicile est accompagné de certains tempéraments relatifs à l'expulsion, relatifs aux enfants d'agents diplomatiques ou consulaires qui sont envisagés dans les articles déjà analysés. Ainsi donc, le jus soli engendre 4 catégories de Français, suivant les circonstances de la double naissance ou du domicile en France qui doublent le jus soli: soit des Français en première catégorie, de plein droit et définitivement; soit des Français sous

faculté de renonciation, Français de 2ème catégorie; soit des individus aptes à devenir Français, et qui peuvent exercer la faculté de réclamation, troisième catégorie; soit enfin les personnes qui deviennent automatiquement françaises à leur majorité, sauf faculté de décliner la nationalité française, quatrième catégorie.

§ 2 - La naturalisation.

Cette matière fait l'objet des articles 6 et 7 de la loi de 1927, et également dans l'ancien code civil de l'article 8, 5°, tel qu'il résultait de la loi de 1889. Arrêtons-nous d'abord à la notion même de la naturalisation, à ses éléments, à son origine.

Notion de naturalisation.
La naturalisation apparaît dans la loi de 1927 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. C'est en effet la substance même de la notion que l'on peut retirer de l'article 6, alinéas 1 et 2. Article 6 : Acquièrent la qualité de Français les étrangers naturalisés. La naturalisation est accordée par décret rendu après enquête sur l'étranger". Il résulte donc de cette notion et de la définition donnée que deux éléments essentiels contribuent à la naturalisation. La naturalisation est l'effet d'une double volonté : la volonté de l'étranger qui désire devenir Français d'une part, la volonté de l'Etat qui accorde la naturalisation d'autre part. Cette double volonté aboutit à conférer à l'étranger la nationalité française. La nationalité ainsi obtenue par naturalisation constitue donc un cas de nationalité acquise ou d'acquisition s'opposant à la nationalité d'origine.

Son origine.
L'institution est ancienne. Il y a des précédents historiques qu'il est important de connaître, car ce sont eux qui, sous des formes rajeunies, modernes, se sont perpétués en France jusqu'à nos jours. Dès le XIV^e siècle, on rencontre dans les pratiques de la Chancellerie royale un usage, l'octroi de lettres de naturalité, par lesquelles on était assimilé aux vrais

a) Dans l'ancien droit.

et naturels Français, dont parlait Jehan Bacquêt. Cette institution s'est perpétuée et s'est régularisée au point que nous la trouvons décrite tout au long dans le Traité des personnes de Pothier, édition de 1778, p. 583 et ss. sous la rubrique : "comment les étrangers peuvent acquérir les droits de citoyen". Les points intéressants que l'on relève dans la doctrine telle qu'elle est résumée par Pothier dans la pratique acquise à son époque et que l'on retrouve de nos jours sont les suivants :

principe:
essité
obtenir des
tress de
aturalité.

principe:
roi peut
l natura-
br.

principe:
lettres s'ob-
ment en
de Chan-
erie.

principe:
lettres
tiennent
nnant un
t de fi-
e.

Tout d'abord, les étrangers ne peuvent acquérir le droit de citoyen Français que par les lettres de naturalité. C'est le seul moyen d'acquérir pour un étranger la nationalité française, la qualité de sujet du roi de France avant la révolution. Un étranger qui aurait demeuré pendant plusieurs années en France, qui s'y serait marié, qui y aurait eu des enfants, n'en serait pas moins considéré comme étranger, écrit Pothier, dans lequel on ne trouve pas le substantif, naturalisation, mais seulement le verbe, naturaliser. Tel est le premier principe.

Deuxième principe : le roi seul peut naturaliser les étrangers. Cet acte est un exercice de la puissance souveraine dont il est le seul dépositaire. C'est ce que l'on appelle aujourd'hui le pouvoir exécutif, représenté dans l'ancienne France par le roi et sa Chancellerie, qui peut transformer un étranger en sujet du roi.

Troisième principe : ces lettres de naturalité s'obtiennent en grande Chancellerie, c'est-à-dire la Chancellerie du roi, devenue le ministère de la Justice. Elles doivent être enregistrées à la Chambre des comptes, c'est le seul enregistrement nécessaire. Ainsi : une décision rendue par le roi et la Chancellerie, la Chancellerie délivre les lettres, et elles sont enregistrées. Pothier ajoute dans un paragraphe suivant "Ces lettres s'accordent moyennant une somme d'argent". Il y avait un droit fiscal. Ce droit s'est perpétué, mais il présentait alors un caractère spécial.

Ces lettres s'accordent moyennant une somme proportionnée à la fortune de celui qui les obtient. Ceci peut paraître étrange, on va voir pourquoi. Quelque fois le roi fait remise de cette somme d'argent, c'est ce qui arrive lorsque le roi accorde les lettres de naturalité en récompense des services qu'un étranger a rendus à la France. Le paiement de cette finance est comme une indemnité du droit d'aubaine, auquel le roi renonce en consentant à faire d'un étranger un naturel Français et le droit fiscal de la finance ainsi ré-

clamée de l'étranger naturalisé est proportionnée à sa fortune.

Voilà les quatre principes, que l'on retrouve au cours des âges et encore de nos jours bien que transformés dans notre naturalisation actuelle.

b) Le droit Révolutionnaire.

La révolution française n'a point grandement modifié les principes. On rencontre dans les textes même au début de la révolution française, des règles inscrites dans les lois du 30 Avril - 2 Mai 1790 et surtout dans la constitution de 1791, un titre deux, article 3. Cette constitution contient une idée nouvelle qui se rajoute à celles qu'a léguées l'ancienne monarchie, et qui va, elle aussi, sous des formes modifiées, se perpétuer dans la législation du XIX^e siècle. Il s'agit de l'importance que la constitution de 1791 accorde au domicile établi en France par les étrangers.

Introduction de la notion de domicile et de résidence dans la constitution de 1791.

Cette règle nouvelle était en harmonie avec le nouveau régime. On estimait qu'un étranger fixé sur le sol français, après la révolution, faisait adhésion au régime nouveau et à ses principes. On lui tenait compte du fait qu'il restait en France pendant la Révolution, qu'il y fixait son domicile, et même qu'il y prêtait le serment à l'ordre établi. En effet la constitution des 3-14 Septembre 1791, titre 2, article 3, est ainsi conçue : "Ceux qui nés hors du royaume de parents étrangers résident en France 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 commerce, ou s'ils ont prêté le serment civique". De ce texte, qui se ressentait des préoccupations de l'époque, il y a à écarter une institution qui ne s'est pas perpétuée : c'est cette naturalisation de droit qui apparaît ipso jure après 5 ans de domicile en France. Cette naturalisation en quelque sorte obligatoire, automatique, ne s'est plus retrouvée par la suite des temps en France. On la retrouve encore dans certains pays, en Amérique du Sud notamment, pays désireux de voir rendre la nationalité obligatoire à certains étrangers fixés dans ces républiques pour y faire des bénéfices commerciaux sans épouser les charges qui sont imposées aux naturels du pays. Mais en France cette institution de la naturalisation obligatoire n'a eu qu'un temps. Elle ne s'est pas perpétuée.

Au contraire la considération tirée des conséquences attachées au domicile fixé en France ou à la résidence d'un certain nombre d'années va se maintenir, transformée dans une certaine mesure, mais retenue par toutes les lois ultérieures.

En effet les textes qui suivirent, notamment la constitution du 22 Brumaire de l'an VIII, article 3, contenait la règle qu'un étranger devient citoyen Français, lorsque, après avoir atteint l'âge de 21 ans accomplis et avoir déclaré l'intention de fixer en France son domicile, il y a résidé pendant 10 ans consécutifs.

Le Code civil laisse de côté la question de la naturalisation.

De cet ensemble de précédents historiques résulte tout d'abord une première conséquence : c'est que le code civil en 1804 réglementait la matière de la nationalité et a laissé de côté la naturalisation. Le Code civil n'a réglementé que la nationalité d'origine et la perte de la nationalité, mais il a laissé aux textes constitutionnels le soin de régler la naturalisation. Pendant très longtemps cette pratique se maintint en France de régler la naturalisation par des lois spéciales de caractère constitutionnel. D'ailleurs dans beaucoup de pays à l'heure actuelle, dans la constitution espagnole, la matière de la naturalisation est réglée par la constitution et non pas par une loi spéciale.

C'est pourquoi on rencontre au cours du XIX^e siècle quelques lois rendues sous l'empire de préoccupations momentanées, soit pour étendre, soit pour restreindre la matière de la naturalisation.

Tout d'abord il convient de remarquer que le premier Empire lui-même est revenu à la pratique royale. C'est lui qui a rétabli et maintenu la pratique royale des anciennes lettres de nationalité, qui deviennent les lettres de naturalisation accordées par le ministère de la justice et organisées par le décret du 17 mars 1809. Le régime impérial va combiner alors ses principes avec l'institution organisée par lui dans l'article 13 du code civil sur l'autorisation à domicile. Nous allons voir le domicile autorisé intervenir dans les conditions de la naturalisation, y jouer un rôle important, notamment pour permettre dans certains cas des naturalisations de faveur.

En effet à certaines époques du XIX^e siècle, le gouvernement estimait qu'il y avait lieu de favoriser les naturalisations. En particulier - ce n'est qu'un exemple - il en a été ainsi sous le second Empire, au moment de la célèbre exposition universelle de 1867. Le mouvement de l'époque, le mouvement de libre échange, de rapprochement entre les peuples, a amené le gouvernement impérial à modifier le décret de 1852 du 22 Février par une loi du 29 Juin 1867 qui fixa le régime, qui dura jusqu'à la loi de 1889, sur la nationalité, régime favorable où nous rencontrons justement facilitées ces naturalisations de faveur, aux-

Ier Empire
tient à la
natique roya-

Second Em-
e favorise
naturalisa-
n.

La loi de 1889 fait rentrer la matière dans le cadre du Code civil.

Au moment de la guerre et après la guerre tendances restrictives.

La loi de 1927 est très libérale.
Source : BIU Cujas

quelles on fera allusion dans un instant.

On en arrive ainsi à la loi de 1889 qui mit fin au caractère constitutionnel ou quasi-constitutionnel de la naturalisation. La loi de 1889 fit rentrer la matière de la naturalisation dans le cadre du code civil, elle en fit le numéro 5 de l'article 8. C'est l'article 8, 5° qui fixe toutes les conditions de la naturalisation.

Que s'est-il donc passé entre 1889 et 1927 ? et en quoi les principes de la loi actuelle se ressentent-ils d'événements survenus entre ces deux lois ? Il y a eu en effet au moment de la guerre et depuis la guerre, dans la matière de la naturalisation, une tendance restrictive marquée, notamment au début de la guerre et lors des premières années, qui suivirent la guerre, tendance restrictive établie et sanctionnée par les lois des 7 Avril 1915 et du 18 Juin 1917 sur la retra de la naturalisation. On avait estimé que la loi de 1889 avait rendu trop facile la pratique de la naturalisation. On s'est aperçu au cours de la guerre qu'il y avait lieu de retirer la nationalité française à certains naturalisés, qui ne s'étaient point montrés dignes de la nationalité qui leur avait été accordée. Un projet gouvernemental du 21 Septembre 1916 sur la nationalité en général, contenant des règles restrictives, avait notamment en ce qui concerne la naturalisation établi des règles plus sévères. La Société d'Etudes législatives, qui étudia la proposition en 1918 et en 1919 avait en effet, dans le même sens, proposé de subordonner la naturalisation à un certain nombre de conditions assez rigides, notamment la publicité de la demande, notamment encore, de confier au conseil d'Etat et non pas seulement à la Chancellerie, c'est-à-dire au ministère de la Justice, l'instruction de la demande, enfin de limiter très strictement les effets de la naturalisation et ce qui concerne l'accès aux fonctions publiques des naturalisés. Ces vues restrictives, qui avaient inspiré ainsi les premiers projets, ne furent pas maintenues. Sous l'empire des préoccupations, dont on a déjà parlé dans la première leçon sur la nationalité et qui portèrent l'attention du législateur sur les groupements étrangers homogènes constitués en France dans certaines de nos régions, sur la nécessité d'assimiler très rapidement ces groupes pour ne pas voir se perpétuer dans notre pays devenu pays d'immigration des îlots de populations étrangères, des minorités ethniques, on est revenu au principe de la loi de 1889 et à une conception plus élargie de la naturalisation, tout au moins en 1927; projet actuel déposé sur le bureau de

la Chambre fait au contraire de nouveau machine en arrière et établit des règles plus restrictives. Quoi qu'il en soit, l'idée générale de la loi de 1927 fut de faire marcher de pair l'assimilation de fait et l'assimilation de droit de l'étranger sur le sol français. Généralement la législation - c'est la circulaire même du 14 Août 1927 qui l'indique - n'établit pas un parallélisme, elle établit une succession ; elle attend l'assimilation de fait pour réaliser l'assimilation de droit. L'objectif de la loi de 1927 a été d'établir un parallélisme, de réaliser un seul stade, de réaliser en même temps les deux assimilations, juridique et ethnique, afin de mettre fin aux groupements étrangers homogènes se perpétuant dans notre pays sous la surveillance d'une autorité ou d'un agent de la nation d'origine. La plupart du temps, il s'agit en majorité d'étrangers dont les éléments sont pris dans les nations voisines et qui sont particulièrement assimilables. Des îlots de ce genre existent en effet dans le Nord de la France, dans L'Est, dans le Sud-Est dans le Sud-Ouest, même, et la pratique nous a montré que ces éléments s'assimilèrent fort bien dans la population française, les statistiques le démontrent. En effet, dès l'apparition de la loi de 1927 les naturalisations furent très nombreuses. En 1927 il y en a eu 30.000, alors que la statistique de 1926 n'en accusait que 11.000. Plus tard la quantité se modifia, se ralentit progressivement de 20.000 à 15.000, mais le service des naturalisations a encore octroyé la naturalisation avec un grand libéralisme. Au surplus il a fallu des installations spéciales. Le service des naturalisations dépend du ministère de la Justice, il en a été en quelque sorte détaché et présente, sinon en droit, du moins en fait, un certain caractère autonome. Il est fixé rue de l'Université où l'on peut demander tous les renseignements pratiques désirables pour l'octroi de la naturalisation qui soulève un très grand nombre de problèmes pratiques, et qui notamment exige la production de pièces nombreuses, détaillées, et qu'il est parfois difficile de se procurer.

Tel est l'état de droit actuel.

Résumons d'abord sommairement les idées directrices, les principes fondamentaux de la loi de 1927 sur la question. Ces directives sont au nombre de 5.

En premier lieu, l'âge où l'on peut demander la naturalisation. Cet âge, après beaucoup de modifications, a été fixé par la loi de 1927 à 18 ans. On n'a pas pris l'âge de la majorité ordinaire de 21 ans.

Sous l'empire de la loi de 1889 on a discuté cette

Directives de
la loi de 1927.

- L'âge où
la naturalisa-
tion peut-être

demandée est fixé à 18 ans.

question. On se demandait si c'était la majorité française ou la majorité du pays auquel l'intéressé appartenait qu'il fallait consulter. La question est ainsi réglée. La circulaire ministérielle nous apprend que l'on s'est fixé à l'âge de 18 ans parce que cet âge est dans les conventions internationales considéré comme celui de la majorité en matière de nationalité. Dans les traités qui ont suivi la guerre cet âge de 18 ans a été considéré comme celui qui correspondait à la majorité en matière de nationalité. Les intéressés pourront ainsi participer au service militaire, et le cas échéant se présenter à l'âge requis dans les écoles du gouvernement. Tel est le premier principe.

2°- Réduction des délais de résidence ou domicile.

Deuxième principe : réduction de la durée du stage de résidence ou domicile. Sur ce point il s'est produit une évolution. La loi de 1889 contenait encore des délais assez longs, notamment le délai de 10 ans de résidence. La loi de 1927 a notablement abrégé les délais du stage.

3°- Rejet de toutes formalités autres que la demande et l'enquête, cette dernière conservant un caractère de sévérité accru par le projet de 1934.

Troisième principe concernant les formalités : rejet de toutes les formalités autres que celles de la demande et d'une enquête suivant la demande. On a voulu que la procédure fût simple. On a désiré écarter toutes les autres propositions qui avaient été mises en avant dans la discussion de la Société d'Etudes législatives : publicité de la demande, octroi par le conseil d'Etat. Il suffit d'une demande de l'intéressé et d'une enquête de l'administration. Mais ajoute la circulaire, la simplicité dans l'instruction de la demande n'exclut pas la sévérité dans leur examen. Il n'en reste pas moins que c'est sur ce point que le projet nouveau fait porter l'une de ses modifications. En effet le texte de la loi, nous le verrons, vise une enquête sur l'étranger, une enquête même portant sur tous les éléments de la vie de l'étranger, alors que la loi de 1889 ne visait qu'une enquête sur la moralité. Mais il se trouve que les pièces requises ou les attestations demandées à ce que les textes appellent l'impétrant, le candidat à la nationalité, sont quelquefois d'un caractère très général et vague, et il s'est rencontré que l'étranger a présenté des pièces fausses ou fait des déclarations mensongères ou employé des manœuvres frauduleuses à l'effet d'obtenir sa naturalisation. C'est pour éviter de semblables pratiques et y mettre fin que sur ce point spécial, le projet déposé sur le bureau de la Chambre dans le nouvel article 6 contient une disposition aux termes de laquelle l'étranger qui au bout de l'enquête préalable a présenté de fausses pièces, fait de fausses

déclarations ou employé des manœuvres frauduleuses à l'effet d'obtenir sa naturalisation ou sa réintégration, sera puni des peines prévues par l'article 405 du Code pénal, et en cas de condamnation, le décret accordant la naturalisation pourra être rapporté.

Il y a là une des directives libérales de la loi de 1927 qui reçoit dans une certaine mesure une restriction.

'- Assimilation du naturalisé aux naturels Français sauf en ce qui concerne les fonctions et les mandats électifs : le projet de 1934 accroît cette restriction.

La loi de 1927 a voulu et entendu donner à la naturalisation un effet complet, assimiler d'une façon générale le naturalisé aux naturels Français. Cependant les textes antérieurs avaient toujours réservé certaines fonctions à caractère particulier qui ne pouvaient être accordées à l'étranger que dans des conditions tout à fait spéciales. Il en a été ainsi en particulier de l'électorat et de l'éligibilité qui rentraient dans ce que l'on a appelé dans les régimes précédents la grande naturalisation. Si l'institution de la grande naturalisation a quasiment disparu de nos lois, cependant il est resté dans la loi de 1889 cette fameuse restriction écrite à l'article 3 de la loi de 1889 que le naturalisé ne pourrait faire partie pendant 10 ans des assemblées législatives. La loi de 1927 a été un peu plus loin dans la restriction et édicté, une disposition qui est encore la disposition en vigueur, aux termes de laquelle l'étranger sera assimilé aux Français de par la naturalisation, sauf en ce qui concerne les fonctions ou mandats électifs, dernier paragraphe de l'article 6, ce qui embrassait, non seulement les assemblées législatives, mais encore les assemblées départementales, les assemblées municipales et d'autres mandats électifs sur lesquels on peut discuter. Le projet toujours restrictif va plus loin. Le projet déposé sur le bureau de la Chambre, à la suite notamment d'une intervention devant le Sénat le 12 Mai 1933, au cours de la discussion du budget, avec intervention de M. Léon Bérard, et à la suite de ses observations, contient la disposition suivante : pendant 10 ans, à partir de la publication du décret qui lui a conféré la naturalisation, l'étranger naturalisé ne peut être nommé à des fonctions publiques rétribuées par l'Etat, inscrit à un barreau, ou nommé titulaire d'un office ministériel. Ceci se rajoute à l'interdiction d'être investi de fonctions ou mandats électifs, qui est conservée par ce nouveau texte. Par conséquent, les fonctions publiques rétribuées par l'Etat, la profession d'avocat, la possession d'un office ministériel, seraient de par ce texte projeté interdites à l'étranger naturalisé pendant une durée de 10 ans. Telle est la quatrième directive.

ve de la loi de 1927, qui ici encore, est restreinte par le projet.

Enfin, cinquième directive la loi de 1927 a maintenu les précédents des lois de 1915 et de 1917 : l'institution du retrait de naturalisation. On trouve alors le retrait de naturalisation qui figure dans les cas de perte de la nationalité de Français, que l'on examinera plus tard.

Telles sont les cinq grandes directives de la loi de 1927 qui reçoit en ce moment quelques amendements. Il reste maintenant à se rapprocher des textes et à voir le détail d'organisation et d'application de ces directives.

On peut classer sous trois chefs, sans entrer dans le détail, l'ensemble des matières qui figurent dans les articles 6 et 7 de la loi de 1927. 1° - Les conditions, 2° - les formalités de procédure, et 3° - les effets. On étudiera successivement chacun de ces points.

I- Conditions de la naturalisation.

Les conditions actuelles de la naturalisation sont au nombre de deux : la capacité et la résidence. La capacité est fixée à l'âge de 18 ans. En principe tout au moins, car il y a des cas où l'on peut obtenir la naturalisation exceptionnellement sans condition d'âge. En principe il résulte de l'article 6, 1° et de l'article 6, 2°, qu'il faut avoir 18 années révolues pour obtenir la naturalisation. Article 6 : Acquièrent la qualité de Français les étrangers naturalisés : 1° - Les étrangers âgés de 18 ans révolus, qui peuvent justifier etc.... 2° - les étrangers âgés de 18 ans révolus après une année de résidence etc.... en ce qui concerne les demandes faites ainsi par des mineurs, les formes habilitantes prévues à l'article 6, alinéa 3, ne sont autres que celles décrites précédemment et qui figurent aux articles 2 et 3 dans les conditions d'habilitation qui sont établies pour l'acquisition de la nationalité d'origine dans les cas de réclamation qui sont visés dans ces articles. En ce qui concerne ces conditions de résidence où nous allons voir exceptionnellement de domicile.

Sur ce point, les lois précédentes avaient établi des délais, qui avaient varié avec le temps. Dans le dernier état du droit, loi de 1889, ces délais étaient dans une certaine mesure assez restreints par rapport à la législation précédente, mais encore respectables, 10 années de résidence non interrompue, tel était le délai de droit commun. Un deuxième délai plus favorable de 3 années, lorsqu'il y avait

I- Conditions de la naturalisation.

I° - La capacité.

2° - La résidence.

2) Système de la loi de 1889.

autorisation de domicile de l'étranger, dans les conditions de l'article 13 du code civil. Enfin un délai d'une année, - naturalisation d'extrême faveur, lorsqu'au domicile autorisé se joignait un certain nombre de circonstances que notre article 6 d'ailleurs a maintenues dans la loi. A la place par conséquent des délais de 10 ans, de 3 ans et d'un an, nous trouvons dans la loi actuelle une triple échelle, trois catégories, mais ces trois catégories sont restreintes dans les conditions suivantes : à la place, pour le droit commun, du délai de 10 ans de résidence, on retrouve plus qu'un délai de 3 ans, à la place du délai de faveur de 3 ans, qui accompagnait le domicile autorisé, le domicile autorisé a disparu, et on ne trouve plus qu'un délai de résidence d'une année; enfin dans les cas d'extrême bienveillance on supprime les délais, "sans condition de délai, de stage et d'âge". Dans ces cas l'impétrant peut obtenir immédiatement la naturalisation, mais à la condition qu'il soit domicilié en France. C'est là que l'on voit apparaître le domicile, par opposition à la résidence qui figure dans les deux précédentes catégories.

Quelles sont ces catégories ? Ce sont là les dispositions les plus importantes de la loi.

1ère catégorie : droit commun : les étrangers âgés de 18 ans révolus, dit l'article 6, I°, qui peuvent justifier d'une résidence non interrompue pendant 3 années en France, peuvent être naturalisés". Par conséquent résidence et non pas domicile de trois années en France, et résidence non interrompue. Il faut qu'il y ait eu stage continu sur le sol français: un voyage à l'étranger, une absence interromprait la résidence et sur ce point la Chancellerie est très stricte et très sévère. La loi ajoute qu'on assimile à la résidence en France le séjour en pays étranger pour l'exercice d'une fonction conférée par le gouvernement français, ou le séjour dans un pays en union douanière avec la France, tel que la principauté de Monaco ou le territoire de la Sarre. Ajoutons que dans la pratique de la Chancellerie les trois années ne sont pas considérées généralement comme suffisantes. Ce n'est qu'un minimum. La plupart du temps la Chancellerie n'accorde la naturalisation qu'après 4 ou 5 ans de résidence. Il s'agit donc par conséquent d'un délai minimum prévu dans la loi .

Système
la loi de
7 :
catégories:

Droit
commun: rési-
dence non in-
terrompue de
ans.

2 - Résidence d'une année sous certaines conditions.

Deuxième catégorie : peuvent obtenir la naturalisation après une année de résidence seulement, les étrangers âgés de 18 ans révolus, dans les conditions suivantes : on retrouve là le maintien de conditions dont l'origine remonte aux textes du second empire, et à la loi de 1889, et là encore c'est un minimum - lorsque les étrangers ont rendu des services importants à la France ; ils ont apporté des talents distingués, les artistes, par exemple, ils ont introduit une industrie des inventions utiles, ils ont créé des établissements industriels ou autres, des exploitations agricoles et ici une considération qui touche plus spécialement les universités, s'ils ont acquis des diplômes délivrés par les Facultés françaises. Il faut entendre par ce membre de phrase les diplômes caractérisés par les circulaires de la Chancellerie. Cette proposition a été introduite dans l'art. 6, 2°, par voie d'amendement au Sénat par un des vices-présidents du Sénat, séance du 3 Décembre 1925. C'est intentionnellement, comme la loi était critiquée sur ce point, que le législateur n'a pas spécifié les diplômes dont il était question. Il a voulu laisser à la Chancellerie une certaine latitude d'appréciation et les circulaires de la Chancellerie prévoient qu'il doit s'agir de diplômes de licenciés ou de docteurs. Par conséquent, le simple diplôme de capacité ne suffirait pas. Autre considération : "s'ils ont épousé une personne de nationalité française, ou enfin si, nés en France, ils y ont établi leur domicile à une date postérieure à leur majorité". Dans ce dernier passage de l'art. 6 2°, on reconnaît les traces de l'ancien article 9 du Code civil. L'ancien article 9 qui attachait à cette circonstance la nationalité d'origine a été complètement biffé de nos lois et remplacé par une naturalisation de faveur. Par conséquent, l'individu né en France qui n'est pas domicilié en France à l'époque de sa majorité peut acquérir une nationalité française par la naturalisation en établissant son domicile à une date postérieure à la majorité. Telles sont les conditions dans lesquelles on peut obtenir la nationalité française par la naturalisation dans les deux cas que l'on vient d'indiquer.

3 - Naturalisation immédiate au cas où le jus sanguinis existant n'a pas été suffisant pour

Troisième catégorie : ceux qui peuvent obtenir la naturalisation immédiatement, sans condition de stage et d'ailleurs sans condition d'âge. Il s'agit de ce qu'on pourrait appeler le résidu du jus sanguinis, ce sont tous les cas où le jus sanguinis n'a pas été considéré par le législateur comme suffisant pour engendrer la nationalité d'origine. On trouve l'énumération dans l'article 6, 3° : "Tout individu né à l'étranger

faire ac-
quérir la na-
tionalité.

soit d'un Français, dont en conformité des dispositions de l'article Ier, § 4, alinéa I, il ne suit pas la nationalité, c'est-à-dire le cas de l'enfant naturel, fils de Français qui l'a réclamé en second, ou encore l'individu né à l'étranger d'une Française -jus sanguinis qui ne joue pas- ou encore l'individu né à l'étranger de parents dont l'un a perdu la qualité de Français, ou encore descendants des familles proscriites lors de la révocation de l'Edit de Nantes. Dans tous ces cas, il y a un jus sanguinis qui joue, mais qui n'a pas été considéré comme suffisamment puissant par le législateur pour engendrer la nationalité d'origine et on en fait un cas de naturalisation d'extrême faveur.

A ces textes, il faut joindre l'article 7, alinéa final. Il s'agit des cas où l'étranger est marié et a des enfants. La question de savoir si la naturalisation est individuelle ou collective a suggéré au législateur au cours du XIXème siècle des solutions variées. Aujourd'hui, on estime que si la naturalisation produit des effets vis-à-vis des enfants mineurs non mariés, elle n'en produit pas, en principe, vis-à-vis de la femme et vis-à-vis des enfants majeurs ou des enfants mineurs mariés. Dans ces conditions, on leur réserve une naturalisation sans condition de stage, par conséquent l'on doit par le jeu combiné des textes faire rentrer dans la troisième catégorie, que je viens d'analyser, le cas de la femme majeure ou mineure mariée à l'étranger qui acquiert postérieurement au mariage la nationalité française, celui des enfants majeurs d'étrangers et celui des enfants mineurs mariés.

II - Formalités de la naturalisation: elles sont simplifiées en vertu des directives de la loi de 1927 - l'article 6, alinéa 2 en donne la substance et surtout le décret du 10 Août 1927 qui complète la loi, titre Ier, article Ier et article 2.

Il y a deux éléments principaux de la procédure : d'une part, l'établissement de la demande, qui doit être adressée au Ministre de la justice sur papier timbré, mais déposée à la Préfecture, soit à la préfecture de police à Paris, soit à la préfecture du département, accompagnée des très nombreuses pièces qui justifient la demande de l'intéressé, pièces dont l'énumération figure dans les imprimés qui sont donnés gratuitement par le service des naturalisations rue de l'Université, listes des pièces à joindre au dossier concernant les demandes de naturalisation et qui sont remises à l'intéressé, dès qu'il en fait la demande. Par conséquent, une demande sur timbre accompagnée des pièces justificatives adressée au Ministre de la

I - Formali-
és de la na-
turalisation.

- La deman-
de.

2° - L'enquête.

Justice et déposée à la Préfecture. D'autre part, l'enquête administrative, l'enquête faite par l'administration compétente, en l'espèce l'administration de police, enquête qui doit être très sérieusement faite et qui, aujourd'hui, a nécessité de la part du législateur l'intervention du texte rectificatif destiné à augmenter encore la sévérité de cette enquête. L'examen de la demande a lieu à la Chancellerie, qui délivre alors un décret de naturalisation signé par le Ministre de la Justice. C'est la procédure héritée des lettres de Chancellerie; et la finance de l'ancien régime se trouve transformée aujourd'hui non plus pour des raisons du droit d'aubaine mais pour des raisons plus matériellement fiscales en un droit de sceau qui est fixé à 1300 francs par les lois de finances de 1927 et qui, jusqu'alors pouvait faire l'objet de certaines dispenses mais que le malheur des temps finit par imposer d'une façon absolue et sans dispense. A l'heure qu'il est, les dispenses ne sont plus accordées. A la suite de quoi le décret paraît au Journal Officiel et les effets de la naturalisation se déroulent à partir du point de départ fixé par la publication au Journal Officiel.

Des voies de recours sont susceptibles contre le décret, non pas de la part de celui dont la demande a été rejetée, mais on admet que pour vice de forme ou au contraire pour excès de pouvoir ou violation de délai de la loi, on pourrait faire un pourvoi au Conseil d'Etat.

III - Effets de la naturalisation. Ce qui a été dit précédemment sur les directives de la loi de 1927 permet de résumer très rapidement ce dernier point. Les effets sont individuels ou collectifs.

L'effet individuel est de conférer à l'intéressé la nationalité française et tous les droits du naturel français, sauf ceux indiqués, à savoir l'éligibilité à certaines fonctions. L'étranger n'en peut être investi que 10 ans après le décret de naturalisation. Élections, par conséquent, législatives, départementales, communales, élections où aussi il y a eu sur ce point des questions d'interprétation, élection dans les conseils d'administration de certains établissements publics, de certains services publics. Au contraire, il a été jugé que des fonctions électives dans des sociétés par exemple, bien qu'étant des fonctions électorales, nomination à des fonctions d'administrateurs, n'écartent pas des étrangers. On s'est, à l'heure actuelle, rendu compte que cependant il pourrait y avoir des exceptions désirables. L'institution de la grande naturalisation, qui avait été adoptée notamment sous les régimes antérieurs et sous l'empire, et qui

III - Effets de la naturalisation.

I° - Effets individuels.

Assimilation au Français sauf en ce qui concerne les fonctions et mandats électifs.

permettait de conférer l'éligibilité, l'électorat à des étrangers de fraîche naturalisation, a été maintenu en principe dans nos lois. La grande naturalisation avait joué dans les régimes antérieurs, notamment deux célèbres professeurs de la Faculté de Paris avaient ainsi obtenu la grande naturalisation : c'était Blondeau, professeur de droit civil et originaire de Belgique, et surtout Rossi, exilé d'Italie, professeur en cette Faculté. On a connu encore ce précédent dans un dernier alinéa de la loi de 1927, où il est spécifié dans l'article 6 que pour des motifs exceptionnels, le délai de 10 ans concernant les fonctions ou mandats électifs, peut être abrégé par décret rendu sur rapport motivé du garde des Sceaux. Tel est le dernier vestige de la grande naturalisation. Ajoutons, en dernier lieu, les effets du service militaire prévus dans la loi du 31 Mars 1928.

Quant aux effets collectifs, on vient d'y faire allusion en disant que si le décret de naturalisation n'engendre pas des effets vis-à-vis de la femme et des enfants majeurs et des enfants mineurs mariés, au contraire, les enfants mineurs non mariés sont compris dans le décret de naturalisation. On trouvera toutes les nuances dans l'article 7 de la loi qui précise à cet égard les effets collectifs de la naturalisation.

§ 3 - Influence du mariage sur la nationalité

Nous allons étudier l'influence du mariage sur la nationalité, ou d'une façon plus précise, l'influence de la survenance du mariage et non pas d'un mariage déjà accompli sur la nationalité de la femme. Cette question est visée dans l'art. 8 de la loi de 1927. Elle correspond aux anciens art. 12 et 19 du C.C. Quel est le principe écrit dans l'art. 8 et quels sont les motifs sur lesquels ce principe repose.

L'art. 8 contient une disposition considérée par beaucoup d'auteurs comme la plus importante des innovations de la loi de 1927. La circulaire, qui a accompagné la loi, contient à cet égard des indications très nettes. Elle déclare que c'est une innovation essentielle. Le principe est le suivant : le mariage n'engendre aucune influence sur la nationalité des parties : chaque époux conserve sa nationalité, et d'une manière plus précise, la femme ne prend pas la nationalité de son mari.

Cette règle constitue le renversement du principe écrit dans le Code civil, et la plupart des Codes du XIX^e siècle avaient sur ce point suivi notre Code. La loi de 1889 avait respecté les principes de 1804. En effet dans les deux articles, l'art. 12 et l'art. 19 le Code de 1804 s'était exprimé ainsi : "L'étrangère

2°- Effets collectifs.

Influence de la survenance du mariage sur la nationalité.

Le principe de l'art. 8 de la loi de 1927. Le mariage n'a pas d'influence sur la nationalité des parties.

Art. 19 & 19
du C.C.

qui aura épousé un Français suivra la condition de son mari". Donc l'étrangère qui avait épousé un Français devait française. C'est un premier cas visé par l'article 12 pour l'acquisition de la nationalité française. Une seconde règle était inscrite sous la rubrique des causes de la perte de la nationalité française, art. 19 : "Une femme française qui épousera un étranger suivra la condition de son mari". Cette double règle s'est perpétuée à travers les modifications survenues au cours du XIX^e siècle à la matière de la nationalité.

Correctif apporté Un seul correctif a été apporté par la loi de 1889 à l'art. 19, au cas de perte de la nationalité française, par la femme qui épousait un étranger, c'est le suivant : "La femme française qui épouse un étranger suit la condition de son mari, à moins que son mariage ne lui confère pas la nationalité de son mari, auquel cas, elle reste française". Il est en effet des pays, notamment les Etats-Unis d'Amérique, où le mariage à cette époque ne conférait pas la nationalité du mari. Dans ce cas pour éviter que la femme devienne apatride, pour éviter qu'elle soit sans nationalité, perdant la nationalité et n'acquérant pas la nationalité de son mari, la loi française estimait que dans ce cas, et dans ce seul cas, la femme restait française. Mais c'était un cas exceptionnel le principe était le changement de nationalité.

Le contre-pied du système de 1804 se trouve dans l'art. 8 de la loi de 1927. Les précédents des art. 12 et 19 expliquent dans une certaine mesure bien qu'il soit encore d'autres explications complémentaires le plan et le contexte de l'art. 8. Le 1er alinéa de l'art. 8 statue sur le cas de la femme étrangère qui épouse un Français, il correspond à l'ancien art. 12. Ensuite les deux alinéas, les al. 2 et 3, examinent le cas de la femme française qui épouse un étranger; il correspond à l'ancien art. 19. Les règles sont les suivantes : art. 8, al. 1 : La femme étrangère qui épouse un Français garde en principe sa nationalité étrangère - en principe - car on verra qu'il est des exceptions. Inversement la femme française qui épouse un étranger garde en principe la nationalité française et ne devient étrangère que par exception. Tel est le principe de la loi de 1927.

Motif de la loi de 1927

Quels sont les motifs de ce principe ? ce renversement total des principes n'a pas été voulu à l'origine aussi complètement, aussi directement, par le législateur. On se représente en général la règle de l'art. 8 comme une conquête du mouvement féministe. Quant aux résultats, cela est exact. La suppression de la prééminence de la nationalité du mari dans le mariage est incontestablement une brèche à la prééminence générale du mari dans le ménage. Mais quant

1° - le mariage
françaises et
étrangers pen-
ant la guerre

2° éviter la si-
uation pénible
de la femme fran-
çaise mariée à
des étrangers
devenus ennemis

3) accroissement
de la popula-
tion.

4) la législa-
tion belge.

aux intentions du législateur et quant aux origines et motifs principaux de la réforme, il serait inexact de la représenter comme ayant été voulue ab initio par le mouvement féministe et ayant eu pour objet d'y satisfaire dès le début. En effet la loi est sortie d'une proposition présentée au Sénat pendant la guerre, le 10 Février 1916, par M. le sénateur Louis Martin. L'objet immédiat de cette proposition reposant sur des considérations sentimentales et patriotiques était de permettre à la femme française pendant la guerre de conserver sa nationalité française, quand elle épouse un étranger. En 1916 après 2 ans de guerre, il commençait à devenir fréquent de voir contracter des mariages en France entre des femmes françaises et des soldats des armées alliées qui étaient en France, si bien que la femme risquait dans ces mariages de perdre sa nationalité française. D'autre part, et accessoirement on espérait par cette proposition pour l'avenir éviter des faits regrettables qui s'étaient observés au cours des deux années de guerre : des femmes mariées antérieurement à la déclaration de la guerre à des étrangers devenus par la suite ennemis risquant de se voir, à cause de la nationalité reléguées dans des camps de concentration. Tel a été incontestablement l'objet initial de la proposition d'où est sortie de la loi de 1927.

C'est par la suite, au fur et à mesure des événements, que se sont ajoutées à la considération initiale d'autres considérations, notamment des considérations utilitaires tirées de l'état de population de la France de genre de celles qui ont inspiré l'ensemble de la loi. C'est ainsi par exemple que le nombre croissant des mariages entre françaises et étrangers et l'intensité de l'immigration amenèrent le législateur à rechercher tous les moyens de conserver la nationalité française à la femme (art. I, 3° de la loi). On espérait qu'en maintenant à la femme sa nationalité française, en y gagnant les enfants, le mari serait entraîné à la naturalisation, naturalisation d'ailleurs que l'on favorisait dans la loi de 1927 comme elle était favorisée en 1889, en étendant par l'art. 6 2°, une naturalisation de faveur, après 1 an de résidence, à celui qui avait épousé une française. Tout ceci répondait à la politique générale d'assimilation qui était l'objet principal de la loi de 1927.

Une autre considération était intervenue : c'est que des lois étrangères de plus en plus nombreuses maintenaient à la femme dans une certaine mesure sa nationalité d'origine, indépendamment du mariage.

En particulier en Belgique la loi du 4 août 1926, art. I2 & I7, ne contenait pas sans doute un principe aussi radical que celui de l'art. 8 de la loi de 1927 mais était venu permettre à la femme belge de conserver sa qualité belge, si dans les 6 mois du mariage elle faisait sa déclaration. De même à la femme étrangère qui épousait un sujet belge ou renonçait à la nationalité belge, dans les 6 mois du mariage. Sans doute n'est-ce point de plein droit comme notre art. 8 , al . I & 2, mais les art. I2 et I7 de la loi belge ont dans cette mesure modifié cependant les principes du Code Napoléon qui étaient jusqu'alors les principes reçus en Belgique sur ce point.

Ce qui montre bien que ce sont ces trois données surtout qui ont influé à l'origine sur les intentions du législateur, c'est que pendant très longtemps il ne s'est agi dans le projet que de la femme française qui épousait un étranger. Ce n'est que par la suite au cours des travaux préparatoires de la loi en vue d'établir une règle de réciprocité satisfaisante, l'esprit logique, l'esprit juridique, l'esprit d'équité que l'on a été amené à modifier la règle de l'ancien art. I2 du C.C. La circulaire du I4 Août, qui accompagne la loi, souligne bien que l'absence d'une pareille réciprocité existe dans certaines lois étrangères.

5) le féminisme.

C'est dans l'intervalle des discussions de la loi qu'au milieu des arguments que l'on vient d'énumérer et qui engendrèrent le texte nouveau, apparut alors un argument en faveur de la femme : celui tiré notamment de la femme exerçant une profession déterminée ou une fonction publique, qui se mariant avec un étranger appartenant à une Nation amie ou alliée perdant la nationalité française perdait sa situation. La question se posa notamment à propos de femmes avocats, à propos de femmes chargées de fonction d'enseignement et ce sont ces considérations d'ordre féministe, qui ont déterminé finalement la réforme et la réforme complète, dans les termes où nous la voyons aujourd'hui.

Tels sont les motifs qui avaient inspiré la loi de 1927. Mais avant d'en venir aux textes, il faut signaler que la réforme n'a pas été admise sans susciter des objections au cours de la discussion qui, dans une certaine mesure, sont encore maintenues par certains auteurs. La principale objection, qui a été faite, se tire du principe de l'unité de nationalité dans la famille. On a estimé que jusqu'alors le principe d'unité de nationalité dans la famille avait été considéré comme un dogme intangible. C'est ce qu'envisageait dans son rapport au Sénat le rap-

objections soulevées: le

principe de l'unité de nationalité dans la famille avait été considéré comme un dogme intangible. C'est ce qu'envisageait dans son rapport au Sénat le rap-

porteur, M. Lhopiteau, qui ayant présidé l'objection avait tenu à y répondre. On trouvera le passage du rapport de M. Lhopiteau dans les lois annotées de Sirey de 1927, p. III8, à la séance du 24 Janvier 1922. Voici la manière dont le rapporteur répondait à l'objection : "L'unité de la famille n'a pas pour corollaire absolu l'unité de nationalité dans la famille, parce qu'elle n'est pas nécessairement le corollaire de la prééminence maritale dans le mariage. Juridiquement la prééminence du mari, disait le rapporteur, s'impose dans l'intérêt de la famille et pour le bon fonctionnement de l'association conjugale, dans les cas où il faut que l'un des époux ait voix prépondérante sans quoi aucune décision ne pourrait être prise, par exemple le choix du domicile, les mesures d'administration des biens, le règlement de l'instruction des enfants. Dès l'instant où une résolution doit être prise dans un sens ou dans un autre il faut une prééminence de décision. Mais il en est autrement, ajoutait le rapporteur, dans certaines matières, où la divergence dans l'opinion n'implique pas une décision dans un sens ou dans un autre permet aux conjoints de différer l'opinion et d'agir chacun de leur côté conformément à ses opinions. Il en est ainsi, disait le rapporteur, tout d'abord en matière de religion ou rien ne s'oppose à ce que mari et femme suivent chacun leur voie et obéissent chacun à leurs préférences particulières. Le rapporteur disait également : "Le choix d'une nationalité est déterminé moins par les intérêts matériels que dans certaines tendances de l'esprit, par certaines affinités, par certaines circonstances surtout, qui peuvent très bien ne pas revêtir la même importance chez les deux époux. La divergence de sentiment en pareil cas est essentiellement regrettable, mais elle n'apporte pas un obstacle absolu au fonctionnement de l'association conjugale". Telle est la matière dont le rapporteur avait à répondre. Il ajoutait d'ailleurs que le principe de l'unité de la nationalité dans la famille n'avait jamais été considéré comme un dogme intangible, puisque de par la loi de 1889 notamment la femme du naturalisé n'était pas naturalisée ipso facto par le décret de naturalisation de son mari. Il fallait qu'elle le demande, soit dans le décret du mari, soit dans une déclaration ultérieure, comme pour les enfants majeurs et par conséquent on avait déjà envisagé avant la loi de 1927 la possibilité d'une dualité de nationalité dans le ménage.

2) le principe n'est pas intangible puisque la nationalité dans la famille du point de vue sentimental, femme n'est pas naturalisée ipso facto par la naturalisation de son mari.

Les difficultés de la rédaction de l'art. 8

Le texte de l'art. 8

Ces objections ont triomphé devant le législateur. Les critiques doctrinales subsistent. L'unité de gible puisque la nationalité dans la famille du point de vue sentimental, même du point de vue privé, continue à alimenter des objections parmi les auteurs. Tels sont les principes et les motifs de la loi de la loi de 1927, article 8.

Quid de l'art. 8 de la loi ?

Pourquoi ce texte est-il rédigé d'une manière austére ? Non seulement, parce qu'il a envisagé plusieurs hypothèses qui auraient pu se réduire à un principe, mais encore parce que les exceptions s'entrecroisent au point qu'il est difficile même d'en comprendre toute la portée.

A un moment donné de la discussion, notamment à la séance du 3 décembre 1925, le Sénat avait abouti à une formule très simple, art. 8 : "Conservent leur nationalité : I^e - la femme étrangère qui épouse un Français ; toutefois (ici quelques exceptions 2^e) La femme française qui épouse un étranger, à moins que (ici encore quelques exceptions). Ce texte était clair, on a fait valoir que la loi française ne devait s'occuper que de la nationalité française et que déclarer in abstracto que "conservent leur nationalité la femme étrangère et la femme française", etc.... c'était statuer sur la nationalité étrangère. La loi française ne doit statuer que sur la nationalité française.. C'était une objection qui pouvait être assez facilement rétorquée. Malgré tout le législateur s'est rendu à cette objection. Il a donc fallu rédiger des textes qui statuent que sur la nationalité française, et comme on voulait en même temps conserver le cadre des anciens art. 12 et 19, l'un qui statuait sur le cas de l'étrangère qui épouse un Français, l'autre qui statuait sur le cas de la Française qui épouse un étranger il en est résulté le texte suivant :

"La femme étrangère qui épouse un Français n'acquiert la qualité 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". 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 leur premier domicile hors de France après la célébration du mariage, et si la femme acquiert nécessaire-

ment la nationalité du mari en vertu de la loi nationale "de ce dernier". C'est une méthode législative déplorable que celle qui consiste à accumuler ainsi les incidents, enchevêtrer les exceptions dans les règles et à adopter en de certaines hypothèses des tempérament inclus dans des termes dont il est difficile en principe d'abord de peser exactement la valeur.

Les difficultés de rédaction viennent des exceptions que le législateur a du apporter au principe admis en raison de ses considérations

1°- prise en considération de la volonté de la femme.

2°- Nécessité de tenir compte des législations étrangères : loi de la femme étrangère loi du mari étranger.

En réalité, après s'être mis d'accord sur le principe que le mariage ne modifiait pas la nationalité, c'est sur les exceptions que le législateur a été amené à rédiger ces textes alambiqués. Exceptionnellement, le législateur, en effet, a voulu que la femme étrangère devienne française et que la femme française devienne étrangère à la suite du mariage de la première avec un Français et la seconde avec un étranger, mais ces exceptions sont dominées par les trois considérations suivantes :

D'abord le législateur a décidé de prendre en considération la volonté individuelle. Il a entendu tenir compte de la volonté chez la femme de suivre la condition de son mari. Il n'a pas voulu édicter une règle obligatoire. En principe, le mariage respecte la nationalité, mais le législateur respecte aussi la volonté de la femme d'adopter la nationalité de son mari.

2ème circonstance : il fallait tenir compte aussi des dispositions positives de la loi étrangère.

Dans le premier cas, femme étrangère épousant un Français, des dispositions de la loi nationale de la femme étrangère, et dans le second cas, la femme française épousant un étranger, des dispositions de la loi nationale du mari. En effet, la loi étrangère peut être analogue ou différente de la loi française, - on verra que précisément c'est là une des sources de conflits de nationalités - La loi étrangère peut, conformément au principe du Code civil, avoir maintenu obligatoirement la règle de 1804; que la femme suit la condition de son mari, et la suit nécessairement. Au contraire, la loi étrangère peut strictement avoir adopté le principe inverse de la loi de 1927 sans aucun tempérament. Enfin la loi étrangère peut avoir également comme la loi de 1927, tenu compte de la volonté de la femme et par conséquent contenir des dispositions facultatives, permisives à l'égard du changement de nationalité. C'est là une source de nuances. Ces considérations devaient nécessairement dicter les distinctions que l'on trouve dans les trois alinéas de l'art. 8 qui obscurcissent singulièrement la matière.

3°- Prise en considération de l'élément domicile.

analyse de l'
art. 8

1ère hypothèse
femme étrangère épousant un Français.

Elle reste étrangère sauf 2 exceptions (demande expresse, loi nationale imposant la nationalité du mari).

2ème hypothèse femme française épousant un étrangère : elle reste française sauf :

Enfin dans le 3me alinéa de l'art. 8 de la loi de 1927 on trouve pris en considération un 3ème élément, l'élément du domicile, la fixation du domicile par les parties au lendemain du mariage. Tels sont les trois ordres de considérations dans lesquelles le législateur a dû entrer, c'est ce qui explique la difficulté de comprendre le texte. Et malheureusement le projet rectificatif a conservé - et même aggravé les difficultés de forme.

Traduites en langage clair, voici comment il faut entendre les règles de la loi.

Il y a deux hypothèses : 1ère hypothèse, art. 8 Al. I : la femme étrangère épousant un Français; 2ème hypothèse : art. 8, al. 2: et 3: la femme française épousant un étranger.

1ère hypothèse : principe : la femme étrangère reste étrangère, sauf deux cas exceptionnels où elle devient française :

1er cas : quand elle en fait la demande expresse;

2ème cas : lorsque en vertu des dispositions de sa loi nationale, elle doit suivre "nécessairement" la nationalité de son mari.

Par conséquent, principe : la femme étrangère reste étrangère, sauf :

1°- Lorsqu'elle déclare par une demande expresse qu'elle ne veut pas rester telle et qu'elle veut devenir française; et 2°- lorsque sa loi nationale lui impose la loi française, lorsque par exemple selon les principes des anciens art. 12 & 19 de la loi de 1804, la loi nationale de la femme déclare que la femme prendra obligatoirement la nationalité de son mari.

Il convient de remarquer dans cet art. 8 le mot "nécessairement" : "ou si en conformité des dispositions de sa loi nationale, elle suit nécessairement condition de son mari". Si la loi nationale est simplement facultative, contient des tempéraments analog à ceux que l'on rencontre dans la loi de 1927, tenant compte de la volonté de la femme, la première hypothèse ne joue pas.

2ème hypothèse : la femme française épouse un étranger. Ici, voici encore le principe : le mariage ne modifie pas la nationalité de la femme. La femme française reste française, sauf dans deux cas où elle devient étrangère.

1er cas : art. 8 al. 2 : lorsque la femme déclare expressément vouloir acquérir la nationalité de son mari, lorsqu'elle en fait la daclaration expresse.

a) lorsqu'elle réclame expressément la nationalité du mari et que la loi étrangère le permet.

b) lorsque les deux époux fixent leur domicile hors de France.

dans ces deux hypothèses les formalités à remplir sont prévues par les articles II du décret du 10 août 1914.

c) remise par la femme du certificat de coutume.

Mais ici la condition de la volonté de la femme est à elle seule insuffisante et une autre condition s'y ajoute cumulativement : il faut que la loi nationale du mari l'admette, contienne au moins des dispositions permissives à cet égard; sinon la femme perdrait la nationalité française sans en acquérir une autre; par conséquent le cas est le suivant : la femme française devient étrangère par son mariage :

I)- lorsqu'elle en fait la demande en expresse et que la loi étrangère le permet "la femme française qui épouse un étranger conserve la nationalité, à moins qu'elle ne déclare expressément vouloir acquérir en conformité des dispositions de la loi nationale de son mari, la nationalité de ce dernier". Voilà les deux considérations qui interviennent dans le premier cas exceptionnel où la femme perd la nationalité française.

2ème cas : la femme française devient étrangère : elle perd la qualité de française lorsque les deux époux, après la célébration du mariage, fixent leur domicile hors de France. A cette condition s'ajoute cumulativement une autre condition tirée des considérations de la loi étrangère, "et si la femme acquiert nécessairement" la nationalité du mari, en vertu de la loi nationale de ce dernier", c'est-à-dire si conformément aux principes du Code de 1804 (art. I2 & I9), le mariage dans la législation étrangère considérée entraîne le changement nécessaire de nationalité. Il y a donc encore deux conditions cumulativement exigées dans le second cas pour que la femme devienne étrangère : d'abord, que les époux, après le mariage, fixent leur premier domicile à l'étranger - la loi ne dit pas dans le pays du mari, elle dit, hors de France", peu importe le pays - et deuxièmement, si la femme acquiert de par la loi nationale nécessairement la nationalité du mari.

A l'art. 8 on doit joindre les dispositions du décret du 10 août 1914, art. 8 à II, qui indiquent les formalités à remplir, art. 8 et 10, lorsqu'on se trouve dans le cas de l'art. 8, 1er alinéa de la loi de 1927, lorsqu'il s'agit d'une femme étrangère qui épouse un Français, art. 9 et II, lorsqu'il s'agit de l'hypothèse de la femme française qui épouse un étranger. Il y a deux séries d'articles, suivant que le mariage a lieu en France ou au contraire qu'il se passe hors de France.

Le principe des ces formalités est qu'il doit y avoir tout d'abord remise par la femme d'un certificat établissant l'état de droit du pays auquel elle appartient, ou du pays auquel appartient son mari,

suivant le cas, pour montrer dans quelle mesure les dispositions de la loi nationale visées dans l'art. 8, aussi bien dans l'alinéa I qu'à l'al. 2 et à l'^{al.} 3, diffèrent ou non de celles de la loi de 1927, imposant nécessairement ou permettant le changement de nationalité de la femme en vertu du mariage. Ce certificat, c'est disent les art. 10 et ss du décret, un certificat de coutume; et par ces textes se trouve ainsi consacrée dans la réglementation française la pratique du certificat de coutume dont on a précédemment indiqué les défauts. Il est tout à fait facileux que le législateur et le pouvoir réglementaire n'aient point à cette occasion trouvé la possibilité de réglementer le certificat de coutume, car dans une matière de ce genre surtout où la législation est particulièrement ardue, on trouve souvent des certificats de coutume insuffisants ou inexacts. Quoi qu'il en soit, première formalité dans toutes les hypothèses il faut que la femme produise un certificat de coutume, s'il s'agit de la femme étrangère qui épouse un Français, 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, et inversement, mutatis, mutandis, art. 9, pour la Française qui épouse un étranger. Ce certificat de coutume doit être remis à l'officier de l'état civil que (là encore par une défaut de rédaction) le décret appelle "l'officier d'état civil".

2^e. Déclaration en plusieurs exemplaires

disposition transitoire et permise de l'^{art.} 14 faisant jouer la loi rétroactivement pour les femmes mariées pendant la guerre.

La seconde formalité exigée, si la femme désire changer de nationalité est la déclaration. Il doit être souscrit une déclaration en plusieurs exemplaires. Le nombre des exemplaires varie suivant qu'on se trouve à l'étranger ou en France. Cette déclaration doit être souscrite antérieurement au mariage, 8 jours avant le mariage, de manière à ce que la déclaration de la femme figure parmi les pièces nécessaires au mariage.

Une disposition transitoire sur la nationalité de la femme figurait dans l'^{art.} 14, lettre 2 de la loi de 1927. C'était une disposition de caractère rétroactif pour les femmes françaises qui avaient épousé des étrangers au cours de la guerre, et faisait jouer la réintégration. Cet art. 14 a cessé d'être appliqué

Indiquons qu'un très grand nombre de femmes anciennement françaises ont obtenu grâce à ce texte, leur réintégration, plus de 10.000 en 1927 et plus de 20.000 en 1928.

L'^{art.} 8 de la loi de 1927 a engendré certaines difficultés d'application. Il aurait été désirable que le projet rectificatif donne satisfaction à la

L'art. 8 a soulevé des difficultés d'application qui ont été en partie résolues par le projet rectificatif

a) la femme reste toujours obscure

) en ce qui concerne la 1ère hypothèse

1° on prévoit le cas de la femme apatride

impossibilité d'acquérir la nationalité française pour une femme objet d'un arrêté d'expulsion, et sur cause d'ignorance

solution de toutes les questions qui se sont présentées. Il aurait été désirable également que le projet revenant sur les erreurs de rédaction de l'art. 8, établisse un article mieux rédigé. Si au point de vue du fond, on peut dire que le projet rectificatif déposé à la séance du 6 Mars 1934 donne en partie satisfaction, si l'une des plus grandes difficultés qui s'étaient présentées a été réglée dans ce projet, il n'en est pas de même dans la forme. Non seulement on laisse subsister la forme imposée par la rédaction de 1904 : la distinction de l'étrangère qui épouse le Français et de la femme française qui épouse l'étranger, réglementée dans différents alinéas de l'article; mais encore toujours pour respecter le principe que la loi française ne statue pas sur la loi étrangère on a cru bon de maintenir le principe et de maintenir l'ordre de rédaction de l'art. 8, et on a même empiré la situation, car on a accumulé les exceptions, au point que le 1er alinéa de l'art. 8, tel qu'on le lit dans le projet rectificatif devient véritablement plus obscure encore qu'il ne l'est dans le texte de l'art. 8 de la loi de 1927. Cette critique faite, indiquons quant au fond, les modifications que le projet rectificatif apporterait à la loi et qui font connaître les difficultés qui se sont présentées sur l'application de l'art.

Tout d'abord, en ce qui concerne l'étrangère qui épouse un Français. Les conditions du changement de nationalité restent toujours les mêmes ; soit :
 1° - si la femme en fait la demande expresse; ou :
 2° - si elle perd nécessairement sa nationalité en vertu de la loi nationale à laquelle elle appartenait.
 On a ajouté à ces cas exceptionnels le cas où la femme ne possède aucune nationalité; si la femme est apatride (c'est un cas de plus en plus fréquent) on estime qu'elle doit prendre nécessairement la nationalité française.

D'autres additions ont été faites à cette première hypothèse et qui apportent alors des exceptions aux exceptions. Le mariage sera sans effet sur sa nationalité, c'est-à-dire que la femme étrangère ne pourra pas exceptionnellement prendre la nationalité française de son mari français : 1° - Si elle a fait l'objet d'un arrêt d'expulsion - c'est un cas qui s'est présenté dans la pratique; des femmes frappées par un arrêt d'expulsion ou sur le point de l'être, surveillées notamment par le service d'espionnage, avaient, pour éviter l'arrêt d'expulsion, épousé, pour la forme des Français. C'est là une hypothèse exceptionnelle, dans laquelle il avait été impossible de s'op-

poser au mariage et de s'opposer au changement de nationalité. Par conséquent le mariage sera sans effet sur la nationalité lorsqu'un arrêt d'expulsion sera intervenu.

2°- On permet au gouvernement de s'opposer pour cause d'indignité à ce que la femme acquiert de plein droit ou par réclamation la nationalité française; la déclaration refusant la qualité de française pour cause d'indignité doit être faite dans un délai de 6 mois à dater du jour de la célébration du mariage. Elle sera prise par décret rendu sur avis conforme Conseil d'Etat, l'intéressé étant dûment avisé et ayant faculté pour produire pièces et motifs. Telles sont les modifications inspirées par la pratique au premier cas et aux exceptions au premier cas de l'art. 8, al. I.

Quant à la deuxième hypothèse, la femme française épousant un étranger, les difficultés d'interprétation qui sont survenues au sujet de l'art. 8, al. 3, vont disparaître. On a fait disparaître l'exception tenant à ce que la femme perd la qualité de française si les époux fixent leur premier domicile hors de France après la célébration du mariage. Il s'est présenté une série de questions : quel est le premier domicile après la célébration du mariage ? Que faut-il entendre par domicile ? Toutes ces difficultés seront taries par la suppression pure et simple de l'al. 3 de l'art. 8 de la loi de 1927.

Une autre modification se rencontre dans le projet modificatif de la loi de 1927 à l'art. 4. En effet, quant aux conséquences de l'art. 8, il s'est présenté des difficultés d'interprétation sur la combinaison entre l'art. 8, al. I et l'art. 4 de la loi de 1927, lorsque la femme s'était mariée au cours de sa minorité. Le projet rectificatif apporte une modification à l'al. 2 de l'art. 4, qui fait intervenir une exception sous la lettre C qui vise certaines de ces hypothèses.

Ce ne sont pas seulement ces uniques questions qui se sont présentées pour l'application de l'art. Il en est d'autres au contraires auxquelles le projet n'a pas attaché. Il en est notamment en ce qui concerne la nationalité des enfants, l'application de l'art. 7 est-elle susceptible d'être étendue ou au contraire exclue ? On s'est demandé également si la femme devait être considérée comme naturalisée ; et cette question était de nature à influer sur la condition des enfants. On y a répondu en pratique par la négative. L'art. 8 n'engendre pas un cas de naturalisation lorsque la femme étrangère prend la qualité de

b) en ce qui concerne la 2ème hypothèse
I°-suppression de l'exception tenant à l'établissement du domicile hors de France

2°-Conclusion de l'art. 8 avec l'art. 4
C.Civ.

Questions non résolues par le projet rectificatif.

française. La conséquence c'est qu'elle jouit immédiatement des droits électifs appartenant aux femmes. Il en est quelques-uns, notamment l'élection au Conseil des Prud'hommes. D'autre part, les conséquences en ce qui concerne les enfants, en sont que l'on n'applique pas l'art. 7.

Mais la plus grave des questions soulevées par l'art. 8 et qui n'est pas tranchée par le projet rectificatif c'est celle des conséquences d'ordre privé engendrées par la dualité de nationalité dans le ménage. Sans doute, le rapporteur a indiqué que dans le cas où l'unité de décision n'engendre pas la nécessité de l'unité de nationalité il n'y a pas de difficulté, mais les difficultés se présentent lorsqu'on ne peut pas scinder les conséquences.

Quelle sera dans le sein du ménage la loi applicable dans les questions suivantes ? droits et devoirs réciproques du mari et de la femme, autorisation matdale, régimes matrimoniaux, divorce et séparation de corps, immutabilité des conventions matrimoniales, mandat tacite, irrévocabilité ou révocabilité des libéralités entre conjoints, droit successoral ab intestat, quotité disponible entre époux ? Sur toutes ces questions de la controverse, peut-on respectivement au mari appliquer la loi mari, à la femme appliquer la loi de la femme ? Cela peut se concevoir dans certaines de ces questions, notamment pour le divorce et pour la séparation de corps. Mais là où la question ne peut pas être scindée, il est difficile d'appliquer deux lois, il faut choisir la loi applicable. A cet égard on rencontre dans la doctrine plusieurs systèmes proposés : suivant les uns, là où une seule loi doit être applicable cela devrait toujours être la loi du mari; suivant d'autres, cela devrait toujours la loi française, dès que l'un des époux est français enfin un troisième système qui a séduit notamment la Société d'Etudes Législatives dans son étude du projet de loi sur la condition des étrangers (Bulletin de la Société d'Etudes Législatives, année 1928, p. 319 et ss), où la solution a été présentée, on tendrait à faire prédominer la loi du domicile du ménage, qui s'imposerait par dessus les lois nationales respectives. Ce serait un des cas où la loi du domicile serait préférée dans la législation française à la loi nationale.

Mais cette question ne paraît pas encore donner lieu à des difficultés pratiques, autres que la controverse doctrinale.

§ 4 - Perte et recouvrement
de la nationalité française.

I - Perte de la qualité de Français.

Influence des précédents de l'ancien régime et de la Révolution française sur la rédaction du Code civil.

La perte de la qualité de Français est visée dans les art. 9 et 10 de la loi du 10 août 1927. Ces articles remplacent les anciens articles du Code civil, 17, 19 et 21. Les principes de la matière ont évolué. Ils avaient été établis, dans le Code de 1804 sous la rubrique de la privation des droits civils, et la perte de la qualité de Français engendrant la privation des droits civils avaient été envisagée par le législateur de l'époque comme une sorte de peine.

Cette considération tenait aux précédents historiques de la matière. Sous l'ancien régime et sous la Révolution française, la perte des droits civils par suite de la perte de la qualité de Français apparaissait avec un caractère répressif. L'Ordonnance royale du 5 mai 1669 avait fait défense aux sujets du roi de s'établir en pays étranger sans esprit de retour, sans la permission du roi. C'était une sanction du principe de la perpétuité de l'allégeance qui liait le sujet du roi de France à son souverain. La sanction de cette défense était la confiscation de corps et de biens du sujet récalcitrant, et d'autre part, il était réputé étranger, et notamment sujet au droit d'aubaine. Pothier lui-même dans son traité des personnes discute d'une façon très sérieuse sur l'élément de perte de l'esprit de retour qui figurait déjà dans l'Ordonnance de 1669 et que de son temps on ne devait pas présumer à raison de la sévère sanction, dont il avait été autrefois accompagné.

Sous la Révolution française, les dispositions prises à l'encontre des émigrés et à l'encontre de ceux qui adhéraient encore à des organisations de l'ancien régime, notamment la constitution du 3 septembre 1791, art. 6, 4^e, visaient des affiliations de ce genre, elles s'accompagnaient de sanctions entraînant la perte de la qualité de Français. Ce son-

idées nouvelles qui ont été prises en considération.

ces deux précédents de l'ancien régime et de la Révolution française, qui ont influé sur la rédaction du Code civil, laquelle d'ailleurs a été modifiée, car on trouvait dans l'édition de 1804 quatre cas de perte de la qualité de Français, dont un a disparu dans l'édition de 1807, dans des conditions historiques qui n'ont pas encore été complètement élucidées.

Au cours du XIXème siècle, ces précédents historiques ont été plus ou moins perdus de vue et la perte de la qualité de Français a été rattachée à d'autres principes. Non seulement les lois plus récentes, la loi de 1889, avaient fait disparaître de l'ancien article 17, 3°, cette idée d'esprit de retour qui s'était perpétuée, engendrant une enquête psychologique jugée inutile et difficile à conduire, mais des idées nouvelles se sont fait jour.

En premier lieu, une idée utilitaire et pratique : éviter les conflits de nationalité qui résultent de la diversité ou même parfois de la similitude, car il est curieux de voir que la similitude peut engendrer des conflits des législations en matière de nationalité; éviter les cas de double nationalité, et pour ce faire, accompagner non pas d'une sanction pénale, mais avec des vues pratiques le conflit de nationalité de textes permettant de le résoudre par la résiliation de la qualité de Français. Le législateur n'envisage pas cette résiliation avec un caractère péjoratif, le législateur avait le devoir de la prévoir.

En second lieu, une autre idée nouvelle a été prise en considération : c'est l'idée d'incompatibilité des devoirs vis-à-vis de plusieurs pays qui peuvent réclamer le même individu. Lorsqu'une personne possède la qualité de Français et que pour certaines raisons il lui incombe des devoirs vis-à-vis d'un autre pays, cette incompatibilité de devoirs peut engendrer, dans de tels cas, la perte de la qualité de Français.

Pendant la guerre, une troisième idée nouvelle a pris corps et a engendré des textes, dont on rencontrera la suite dans l'art. 9 actuel : c'est qu'une sanction était nécessaire au manque de loyauté

observé chez les personnes qui avaient obtenu du gouvernement français la naturalisation. Le naturalisé a une obligation de gratitude, et s'il ne s'y conforme pas, il peut se voir atteint par la déchéance de la naturalisation, déchéance qui avait été envisagée par les lois de guerre de 1915 et de 1917, et dont on retrouve dans l'art. 9 actuel la suite historique.

Classification en deux catégories des cas de perte de la nationalité française.

Première catégorie : cas destinés à éviter les conflits positifs de nationalité ou leur résultat.

1) Acquisition d'une nationalité étrangère sur la demande du Français.

De ces idées nouvelles, il résulte que nos textes peuvent être d'une façon générale répartis en deux catégories : les cas de perte de la nationalité française peuvent être rapportés soit à l'idée utilitaire et pratique, le but poursuivi par le législateur est d'éviter les conflits de nationalité; d'autre part, les cas qui ont pour objet de sanctionner l'incompatibilité des devoirs, le manque au loyalisme chez les nouveaux Français, et enfin l'observation de certains principes supérieurs de droit public général qui s'impose à tout citoyen français. Donc deux catégories de cas.

1ère catégorie de cas de perte de la nationalité : les cas envisagés par le législateur pour éviter les conflits positifs de nationalité ou leur résultat. On trouve d'abord les trois premiers cas visés dans l'art. 9 : "Perdent la qualité de Français : 1°) le Français naturalisé à l'étranger ou celui qui acquiert sur sa demande une nationalité étrangère par l'effet de la loi après l'âge de 21 ans." Ainsi l'acquisition d'une nationalité étrangère, soit par la naturalisation, soit par l'effet de la loi, mais aussi la demande du Français, comme par exemple, la femme mariée française qui épouse un étranger et demande la nationalité de son mari, amène la perte de la qualité de Français. Cette perte est soumise à diverses conditions. Il faut qu'il y ait acquisition véritable, il faut qu'il y ait acquisition volontaire sur sa demande, il faut que l'acquisition ait lieu après l'âge de 21 ans. On peut ajouter qu'il faut que la naturalisation sollicitée ne l'ait pas été en fraude de la loi française, les naturalisations frauduleuses étant exceptées - affaire de Bauffremont, déjà citée -.

L'alinéa 2 de ce 1° de l'art. 9 établit un tempérament "Toutefois jusqu'à l'expiration d'un délai de dix 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." Au cours de ces 10 années, 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 mesure qui avait déjà été

prise par la loi de 1889 en vue d'éviter les naturalisations ayant pour objet de se soustraire aux charges militaires.

Critiques de cette disposition.

Toutefois cette disposition a été dans une certaine mesure critiquée, et le projet rectificatif a tenu compte de ces critiques. La sanction en apparence sévère, celle qui exige, à titre de précaution, l'autorisation du gouvernement français pour la perte de la nationalité, est en réalité assez trompeuse. L'absence d'autorisation du gouvernement français dans le cas où un individu solliciterait dans les délais visés dans le second alinéa du 1^o de l'art. 9, la naturalisation à l'étranger, engendre une conséquence curieuse : au bout de 15 ou de 20 ans, l'individu qui s'est ainsi soustrait par la naturalisation étrangère à la charge du service militaire dans une certaine mesure peut revenir en France, et comme le gouvernement ne lui a pas donné l'autorisation de naturalisation à l'étranger, il n'aura pas perdu la qualité de Français et il pourra se réclamer de la nationalité française; par exemple, un Français qui se fera naturaliser à l'étranger à 25 ans sans autorisation, revenant à 45 ans, reprendrait la qualité de Français et on serait obligé de l'accepter. En effet, aux termes de l'art. 9, 1^o, 2^o alinéa, il a acquis la nationalité étrangère, sans l'autorisation du gouvernement français, et il n'a pas perdu la qualité de Français. Des situations de ce genre se sont rencontrées au lendemain de la guerre. Beaucoup de Français fixés en Amérique avant la guerre et qui avaient été naturalisés là-bas, portés insoumis sur les listes du service militaire français, ont pu après un délai, revenir en France et se réclamer de leur qualité de Français. La Chancellerie a été dans l'impossibilité de leur opposer toute espèce de déchéance. C'est pourquoi le projet rectificatif de l'art. 9, 1^o, a établi dans son texte que l'autorisation du gouvernement ne sera nécessaire que si l'intéressé réside habituellement sur les territoires relevant de l'autorité ou de la souveraineté française. Mais si, au contraire, l'intéressé habite l'étranger, la perte de la qualité de Français s'ensuivra ipso jure par l'acquisition de la nationalité étrangère, art. 9, 1^o, sans que l'on établisse la condition d'autorisation du gouvernement français. Tel est le premier cas.

Améliorations apportées par le projet rectificatif.

2) Français qui a répudié la nationalité française

Le deuxième cas ne contient qu'un renvoi à une hypothèse déjà étudiée, la perte de la qualité de Français pour le Français qui a répudié la nationalité française dans le cas prévu à l'art. 2 de la

sous les termes de l'art. 2.

3) Français qui, possédant par l'effet de la loi une nationalité étrangère, demande à la conserver.

4) Cas visé par la convention franco-belge du 10 septembre 1928.

Deuxième catégorie : cas destinés à sanctionner l'incompatibilité des devoirs, le

loi. Il s'agit des Français sous condition résolutoire, les Français sauf faculté de répudier. La loi renvoie à l'art. 2 et ne renvoie pas à l'art. 4; en effet, dans le cas visé à l'art. 4, l'individu considéré n'a jamais été Français.

Troisième cas : c'est le cas qui marque le mieux le souci que le législateur a eu d'éviter les conflits de nationalités. 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. On verra qu'il résulte très souvent, des divers textes en présence sur la nationalité, des cas de plurinationalité. Par exemple, un enfant né en France d'une mère française et d'un père étranger. Si le pays de ce père étranger consacre le jus sanguinis, il sera à la fois Français et étranger : Français par sa mère, et étranger par son père. Dans ce cas, le Français conformément à la formule de l'art. 9, 3°, possède par l'effet de la loi, sans manifestation de volonté de sa part, une nationalité étrangère. Dans ce cas, le législateur a prévu qu'il pourrait demander au gouvernement français à conserver sa nationalité étrangère. Le gouvernement français l'autorise après connaissance de cause. Dans la pratique, cette autorisation n'est accordée qu'à l'individu ainsi muni de deux nationalités qui résidente à l'étranger. S'il réside en France, la Chancellerie lui refuse cette autorisation.

A ces trois cas, qui sont les trois premiers visés à l'art. 9, il y a lieu de joindre un cas qui résulte de la convention franco-belge du 10 septembre 1928. La loi française du 31 août 1929, portant approbation de la convention dans son art. 2, a déclaré que serait perdue automatiquement la nationalité française pour les Français dispensés de service militaire en France en vertu de la convention, parce qu'ils font leur service militaire en Belgique. C'est un cas de plurinationalité qui est visé par la convention franco-belge.

Tels sont les 4 cas de perte de la qualité de Français résultant de l'idée utilitaire consistant à éviter les conflits de lois.

Quant aux cas ayant pour but de sanctionner l'incompatibilité des devoirs, le manque au loyalisme, ou à certains principes supérieurs de droits reconnus par le droit français, ils sont au nombre de trois, dont deux sont visés à l'art. 9, Art. 9, 4° : "Perdent la qualité de Français, le Français qui remplissant à l'étranger un emploi dans un service

manque au
loyalisme ou
à certains
principes
de droit.

1) Cas du
Français qui
conserve l'emploi
dans une
fonction pu-
blique nonob-
stant l'injonction
du gouvernement
français de le
résilier.

public, le conserve nonobstant l'injonction de le résilier dans un délai déterminé qui lui aura été faite par le gouvernement français". Ce cas est la suite historique d'un certain nombre d'articles variés, depuis les articles du Code civil, qui se sont souvent modifiés et qui visaient séparément, soit les emplois d'ordre militaire, soit les emplois d'ordre civil, sans spécifier d'ailleurs par des formules très adéquates les fonctions dont il s'agissait. C'est ainsi que les fonctions militaires engendraient ipso facto de par l'ancien art. 17, 4°, la perte de la nationalité française. C'était là une sanction d'aspect rigoureux, mais qui en réalité se retournait contre la mesure que l'on avait voulu prendre, puisqu'il suffisait d'accepter dans un pays où le service militaire était réduit à quelques périodes, pour perdre la qualité de Français ipso jure et être dispensé du service militaire en France. D'autre part, les emplois dans les services non militaires, les fonctions publiques étaient visées par des formules trop vagues; notamment dans la loi de 1889, on visait les fonctions publiques conférées par un gouvernement étranger sans spécifier. La formule de 1927 est générale et en même temps précise : "Perd la qualité de Français le Français qui va remplir à l'étranger un emploi dans un service public." (service civil ou militaire). Quand on dit service public, on vise, non seulement des fonctions publiques, mais encore un service d'intérêt public tel que le service des chemins de fer, des transports, des postes et télégraphes, au sujet desquels antérieurement on avait discuté si l'on était en présence de fonctions publiques.

La perte n'est pas de plein droit. Le Français ne perdra sa nationalité française dans ces cas que lorsque engagé dans ce service il le conserve, nonobstant l'injonction par le gouvernement français de le résilier dans un délai déterminé. Dans la pratique, c'est un article qui joue peu. Il y a fort peu de cas d'injonction de ce genre.

Il faut noter que l'alinéa 2 de ce 4° indique que la mesure est d'ordre individuel. Elle ne s'applique pas, en principe, à la femme et aux enfants mineurs. Elle ne pourrait être étendue à ces individus que par décision des tribunaux civils, rendue dans les formes prévues à l'art. 10.

Le deuxième cas, art. 9, 5°, c'est le cas des lois sur la déchéance de naturalisation, lois du 7 avril 1915 et du 18 juin 1917, qui avaient organisé

2) Cas des
lois sur la
déchéance de

naturalisation.

pendant la guerre la déchéance de la nationalité française pour ingratitude du naturalisé. Le cas est maintenu dans l'art. 9, 5^e : "Perdent la qualité de Français... 5^e) le Français qui ayant acquis sur sa demande ou celle de ses représentants légaux la nationalité française, était déclaré déchu de cette nationalité par le jugement." Il n'y a pas à proprement parler que les naturalisés. La formule est un peu plus large, puisque l'on parle du Français qui a acquis, sur sa demande ou sur celle de ses représentants légaux, la nationalité française. Il pourrait en être ainsi par exemple de la femme mariée étrangère épousant un Français et demandant à devenir Française en vertu de l'art. 8, alinéa 1.

Les trois causes de cette déchéance.

Cette déchéance vise donc les Français devenus Français sur leur demande. Elle peut être prononcée pour trois causes : pour avoir accompli des actes contraires à la sûreté intérieure et extérieure de l'Etat français, 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, enfin pour s'être soustrait aux obligations résultant pour lui des lois de recrutement.

Au sujet de la première de ces causes, une question s'est posée devant les tribunaux : Fallait-il que les actes contraires à la sûreté intérieure ou extérieure de l'Etat français soient expressément visés par le Code pénal ? Il en a été jugé autrement par la Chambre civile de la Cour de cassation, 7 mars 1933, S. 1933. I. p. 152, 1er arrêt.

La déchéance de la qualité de Français n'est point encourue de plein droit. Elle doit être prononcée par une procédure visée à l'art. 10 de la loi de procédure qui rappelle d'ailleurs et renvoie au principe des lois de 1915 et de 1917. Le ministère public doit être entendu. Elle est prononcée par les tribunaux civils, avec toutes les garanties de la défense. Un deuxième arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation, 7 mars, 1933, dans la même affaire que celle précédemment indiquée, avait à se prononcer sur le point de savoir si l'affaire doit venir en audience publique ou devant la Chambre du conseil. La question pour des raisons de forme n'a pu être tranchée par la Chambre civile sur appel de la Cour de Douai. Ici encore, la mesure est individuelle. Elle n'atteint pas d'une façon directe les enfants ou la femme. (V. sur ce point l'art. 10 de la loi de 1927; v. également un autre arrêt de la Cour de cassation, 21 mars 1933, D.H. 1933. p. 266, sur les effets de cette déchéance sur l'ancienne nationalité.)

3) Cas où l'individu s'est mis en contradiction avec les principes du droit public français.

II - Recouvrement de la nationalité française.

Principe : Possibilité de recouvrer la nationalité française à tout âge par décret.

Conditions.

Un dernier cas est à ajouter rentrant dans cette catégorie et ne figurant pas expressément dans l'art. 9 de la loi de 1927, c'est un cas visé dans une loi ancienne, plutôt dans un décret-loi du 27 avril 1848, modifié par la suite par les lois ultérieures. Ce cas se rattache à la campagne antiesclavagiste, qui accompagna la Révolution de 1848. La possession d'esclaves engendre la perte de la nationalité française. C'est là un cas où l'individu s'est mis en contradiction avec les principes de droit public du droit français. Tels sont les cas de perte de la nationalité envisagés par la loi de 1927.

Quant au recouvrement de la qualité de Français, il est envisagé et tranché dans l'art. 11 et dans l'art. 12 partiellement. Il constituait, dans le Code civil une matière assez confuse, eu égard à ce que les textes très compliqués étaient obligés de faire intervenir le principe que la femme prend la nationalité de son mari. Depuis l'art. 8 de la loi de 1927, la matière est très simplifiée, et l'art. 11 dans son principe ne soulève pas de difficulté. L'art. 11, alinéa 1, contient le principe qui est ainsi conçu : "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 les conditions déterminées à l'art. 3, alinéa 2." Il résulte de ce texte que pour être réintégré dans la qualité de Français, il faut d'abord avoir été personnellement Français et avoir perdu personnellement cette qualité, ce qui exclut les descendants de Français pour lesquels il existe des cas de naturalisation de faveur, art. 6, 3°. Il faut avoir perdu la qualité de Français pour quelque cause que ce soit, même pour acceptation de service militaire à l'étranger. Cette récupération peut avoir lieu à tout âge. Elle s'opère par décret, si l'individu est mineur, et il faut qu'il soit autorisé conformément aux principes de la loi, art. 3, alinéa 3; si c'est une femme mariée, la jurisprudence estime que la femme doit être autorisée par son mari, l'autorisation de justice étant insuffisante. (Cour de Caen, 13 juin 1932, S. 1933. II. p. 79). Enfin une autre condition est nécessaire : il faut que l'individu intéressé réside en France. Le domicile n'est pas requis, mais la résidence est exigée. La procédure est simple. Elle a lieu par décret simple. Le gouvernement jouit d'un pouvoir discrétionnaire pour prononcer la réintégration. Il peut y avoir lieu à recours au Conseil d'Etat pour violation de la loi, mais non pas sur le fond de la demande.

Effets.

Quant aux effets, ils sont indiqués dans la suite de l'art. 11 et de l'art. 12. Le principe, c'est que en cas de réintégration l'individu réintégré acquiert immédiatement tous les droits civils et politiques. Il n'y a plus de stage exigé lors de la naturalisation. C'est une complète réintégration, une restitution in integrum, les droits électifs sont compris.

La réintégration, d'autre part, n'opère pas avec rétroactivité, art. 12 in fine. Et quant aux effets à l'égard de la femme, des enfants majeurs ou des enfants mineurs, des détails sont contenus sur ce point dans les art. 11, alinéas 3 et 4 à article 12.

L'examen des textes de la loi de 1927 est ainsi terminé. Pour en finir avec la matière de la nationalité, il n'y a plus qu'à examiner, conformément à la méthode déjà suivie, d'abord par un regard très rapide les législations étrangères, ensuite les conflits de nationalité, et en dernier lieu les conventions internationales, qui sont intervenues pour régler ces conflits.

§ 5 - Examen des législations étrangères.

En ce qui concerne le droit étranger, il convient de se reporter, pour en connaître les principales modalités, à un livre rédigé en collaboration à l'Institut de Droit comparé de l'Université de Paris, paru en 1933, intitulé "La nationalité dans la science sociale et dans le droit contemporain." Dans la seconde partie de ce livre, on trouve, tant sur la nationalité d'origine, que sur la naturalisation, la perte, la réintégration, la preuve de la nationalité, dont la loi de 1927 ne parle pas, des chapitres spéciaux indiquant comparativement les points les plus intéressants des législations étrangères. M. Lévy-Ullmann se bornera simplement à donner quelques aperçus des législations qui nous entourent, et plus particulièrement des points saillants, des particularités marquantes des pays voisins : les sources de la nationalité en Belgique, en Allemagne et en Angleterre, avec les particularités marquantes de ces trois pays.

I - La Belgique.

En Belgique, la législation a subi des alternatives, des vicissitudes, analogues à celles du droit français et pour les mêmes causes. Les lois actuelles qui sont venues modifier le Code Napoléon, siège de la matière comme en France, sont une loi du 15 mai 1922 sur l'acquisition et la perte de la nationa-

Sources de la nationalité.

lité, la loi du 4 août 1926, et plus récemment une coordination complète de ces textes dans la loi du 14 décembre 1932. Voici les particularités marquantes du droit belge :

Particularités marquantes du droit belge.

D'abord, le droit belge est resté beaucoup plus attaché à l'esprit du Code Napoléon que le droit français. Il a beaucoup moins modifié les principes généraux des textes de 1804, notamment en ce qui concerne l'attachement au jus sanguinis, qui l'a toujours emporté sur le jus soli en Belgique.

D'autre part, en ce qui concerne l'influence du mariage sur la nationalité, la loi belge n'a pas été aussi loin que la loi de 1927, en ce qui concerne la possibilité pour la femme de ne pas prendre la nationalité de son mari. Alors que c'est là le principe nouveau de la loi de 1927, en Belgique, le principe est différent, sauf si la femme fait déclaration contraire. "La femme suit la condition de son mari, sauf déclaration contraire." Le principe est différent, quoique, en pratique, on puisse arriver au même résultat.

Enfin, - dernière particularité -, la loi belge a réglementé d'une façon très pratique la question sur laquelle la loi de 1927 est entièrement muette, la question de la preuve de la nationalité qui a donné lieu et qui donne lieu en France à beaucoup d'égards à de nombreuses difficultés. Telles sont les quelques particularités qu'il y avait lieu de relever dans le droit belge. La matière est intéressante, elle n'a jamais été étudiée en France. Il pourrait être fait sur la nationalité en Belgique une thèse de Doctorat intéressante.

II - Le droit allemand.

Sources législatives.

Particularités du droit allemand.

En ce qui concerne le droit allemand, ici encore, on rencontre des particularités à noter. Les sources législatives de la matière sont tout d'abord la loi du 1er juin 1870, la grande loi fondamentale sur la nationalité d'Empire et d'Etat, modifiée le 22 juillet 1913, et enfin une loi beaucoup plus récente du 14 juillet 1933, sur la révocation des naturalisations et la déchéance de la nationalité. Comme particularités du droit allemand, il convient de noter tout d'abord un attachement marqué comme le droit belge pour le jus sanguinis. Ici ce n'est pas une permanence de l'esprit du Code Napoléon, c'est un maintien des principes du droit romain, l'enfant étant rattaché au père lorsqu'il est légitime, l'enfant étant rattaché à la mère lorsqu'il est naturel, conformément aux principes du droit romain.

Une deuxième particularité doit être notée;

elle consiste à remarquer que le droit allemand admet le principe absolu du mariage sur la nationalité. La femme prend la nationalité de son mari, et la femme allemande qui épouse un étranger perd la nationalité allemande.

D'autre part, la loi du 14 juillet 1933 organise toute une procédure de révocation des naturalisations et des déchéances de la nationalité allemande, analogue aux procédures de ce genre dans les lois françaises de guerre et d'après-guerre.

Il est une dernière particularité des lois allemandes, qui a fait grand bruit au cours de la guerre et au lendemain de la guerre et qu'il y a lieu de noter : c'est une particularité de la loi du 22 juillet 1913, loi qui portait le nom de son auteur et qui est devenue célèbre sous le nom de loi Delbrück. Une disposition de cette loi, alinéa 2 de l'art. 25, a rendu la loi célèbre et engendré des cumuls de nationalités. En effet, cette loi permettait à l'Allemand naturalisé à l'étranger de conserver la nationalité allemande avec l'autorisation du gouvernement allemand. De la sorte, l'individu considéré possédait deux nationalités. C'est là un cas de cumul de nationalités, qui a été dénoncé dans les conventions internationales et contre lequel les conventions internationales ont pris des mesures. Telles sont les particularités allemandes.

III - Le droit anglais.

Ici, on entre dans un régime juridique très différent du régime continental. On trouve un prolongement complet de l'esprit féodal. On a vu que la nationalité, en Angleterre, n'était autre que le lien de sujétion, l'allégeance du sujet britannique vis-à-vis du souverain de Grande-Bretagne, à travers tous les siècles et jusque dans les lois les plus récentes. Le principe féodal s'est maintenu et s'est traduit par les règles qui vont être sommairement rappelées.

Les Anglais n'ont pas voulu laisser cette matière simplement à la coutume. Des lois très importantes ont été votées, notamment la loi du 7 août 1914, promulguée au jour même de l'entrée en guerre de l'Angleterre; la loi du 4 août 1922, amendant la précédente. Ces deux lois ont remplacé la loi fondamentale du 12 mai 1870, qui avait été jusqu'alors la loi en vigueur; et enfin une loi du 17 novembre 1933 a statué sur la nationalité de la femme mariée.

Le principe anglais, contrairement au principe belge et au principe allemand, c'est celui du *jus soli*. En effet, le principe féodal étant le système du *jus soli*, l'Angleterre étant encore sous l'empire

Sources législatives.

Particularités relatives :

à la nationalité d'origine.

du principe féodal de l'allégeance, c'était le jus soli qui devait l'emporter. Il en résulte que tout individu né en Angleterre est sujet de Sa Majesté le roi de Grande-Bretagne. En principe, le jus sanguinis ne devrait pas être admis. Néanmoins, de très bonne heure, les Anglais ont été amenés par une circonstance historique curieuse à faire place au jus sanguinis. C'était à l'époque de la Guerre de Cent ans, sous le règne du roi Edouard III, en 1350. Une épidémie de peste ravagea l'Angleterre. Les familles nobles s'ex-patrièrent en Flandres, en particulier le roi fit passer le Détroit à sa femme. Un enfant vint à naître du couple royal en dehors de l'Angleterre. Ce fut le cas également de quelques autres enfants de la suite de la reine d'Angleterre. En ce qui concernait le fils du roi la question ne se posait pas. Il était évident que le fils du roi se trouvait en dehors de toute controverse, puisque c'était à lui que dans le serment d'allégeance est prêté l'hommage lige, l'hommage lige étant prêté au souverain et à tous ses descendants. Par conséquent, on ne pouvait discuter de sa qualité, puisqu'il était le fils du roi. Mais la controverse fut grande concernant les enfants nés dans les mêmes conditions. Il était difficile de leur refuser la nationalité britannique, et les rôles du Parlement de l'époque dans le langage du temps indiquant qu'il y eut "grand doute et difficultés entre les grands du royaume et des communes, aussi bien des gens de loy comme d'autres, et cette besogne demande grand avisement et bonne délibération." La délibération dure encore, car on a bien admis, avec les difficultés, qu'à la première génération le jus sanguinis jouerait, mais on a discuté pour la deuxième et surtout pour la troisième génération. Si bien qu'à travers les âges la controverse se perpétuant, la loi actuelle de 1922 a admis le système suivant : la première génération entraînera le jus sanguinis. Pour la deuxième génération, on ne sera sujet britannique qu'à la condition d'avoir été enregistré à un consulat britannique dans l'année de la naissance et au moment de sa majorité, d'avoir réclamé la qualité de sujet britannique en déclarant repousser, le cas échéant, tout autre nationalité, et en prêtant le serment d'allégeance. Ainsi à la deuxième génération, le jus sanguinis est déjà très limité, et à la troisième génération la controverse demeure.

A côté de ces spécialités relatives à la nationalité d'origine, on rencontre des principes spéciaux concernant la naturalisation; c'est l'institution curieuse de la "denization", dont notre Code civil,

A la naturalisation.

article 13 s'est inspiré dans l'autorisation à domicile. Il convient de signaler également dans la naturalisation l'obligation pour le naturalisé anglais de prêter le serment de l'allégeance au roi et à ses héritiers. On n'est naturalisé Anglais que lorsqu'on a prêté le serment d'allégeance féodal, dont la formule figure dans les annexes de la loi sur la naturalisation en Angleterre.

3) Aux effets du mariage sur la nationalité.

En ce qui concerne les effets du mariage sur la nationalité, il s'est produit en Angleterre une évolution curieuse. La common law posait la règle que la femme étrangère épousant un sujet britannique ne devenait point, de ce chef, sujette britannique et de même, réciproquement, que la femme anglaise se mariant avec un étranger ne perdait point sa qualité britannique. C'était donc le principe du maintien de la nationalité de la femme, malgré le mariage, (formule de notre loi de 1927), mais ceci pour des raisons féodales. La femme étrangère ne pouvait jouir de plein droit de la qualité de sujette britannique, puisque en principe le jus soli confère seul cette qualité. La femme anglaise ne pouvait perdre sa qualité de sujet britannique puisque l'allégeance au roi d'Angleterre, en principe, est perpétuelle. Mais il s'est produit un revirement. Tout d'abord, une première loi du règne de la reine Victoria, en 1844, permit de considérer comme sujette britannique la femme étrangère épousant un sujet britannique. C'était autant de gagné pour la nationalité anglaise. Ce fut l'une des premières lois votées sous l'inspiration directe de la reine Victoria en 1870, lors de la loi fondamentale sur la nationalité, bien que les Anglais ne soient pas sensibles à la force de la logique, on établit le principe réciproque que la femme anglaise épousant un étranger perdrait sa qualité d'Anglaise. Si bien que l'Angleterre avait subi l'évolution inverse de l'évolution française. Le Code civil français faisait prendre à la femme la qualité de son mari, la loi de 1927 lui a laissé sa nationalité. En Angleterre, la common law laissait à la femme sa nationalité; les lois de la reine Victoria de 1844 et de 1870, la lui ont fait perdre. A la suite d'une grande campagne menée par les associations féministes d'Angleterre, particulièrement à la suite de la loi américaine de 1922 aux Etats-Unis, loi dite "Cable Act" qui laisse à la femme américaine sa nationalité et qui permet en même temps à la femme étrangère épousant un Américain de conserver sa nationalité originale, les femmes anglaises ont demandé le retour à la common law. Elles ne l'ont pas encore obtenu.

entièrement, mais elles ont pu marquer un succès partiel avec la loi du 17 novembre 1933 (Revue de D.I.P. année 1933, p. 693). Ce n'est pas la réforme complète. Il ne s'agit dans ce cas que de la femme anglaise épousant un étranger. La femme anglaise épousant un étranger conserve, en principe, sa nationalité britannique, et ne la perd que si son mariage lui fait acquérir la nationalité de son mari. La raison pour laquelle le Parlement anglais a adopté cette mesure partielle tient à ce que le Parlement a pris pour prétexte occasionnel de la réforme la Convention de La Haye, laquelle n'a pas pris parti sur le changement de nationalité de la femme dans le mariage, mais qui, pour éviter les cas d'apatridie, a exigé que la femme conserve sa nationalité lorsque le mariage ne lui en confère pas une autre. C'est pour mettre la disposition des lois anglaises, dans la mesure nécessaire, en conformité avec la Convention de La Haye que l'art. 10 de la loi de 1870 a été modifié sur ce point et que l'on a rétabli partiellement l'une des règles de la common law. La femme anglaise épousant un étranger conserve donc, en principe, sa nationalité britannique. Au contraire, dans l'hypothèse inverse, la femme étrangère qui épouse un Anglais perd sa nationalité étrangère et devient sujet britannique. Sur ce point les principes de la loi de 1844 de la loi de la reine Victoria n'ont pas été touchés; et il ne semble pas d'ailleurs qu'une modification soit en voie de se réaliser.

En ce qui concerne la perte de la qualité de sujet britannique, il ne faudrait pas croire que l'allégeance perpétuelle ne permette pas l'abandon de la nationalité britannique. Cela est possible précisément dans les cas exceptionnels ci-dessus mentionnés où la femme anglaise qui épouse un étranger prend la nationalité de son mari. Mais ce ne sont que de très rares exceptions.

Remarque commune au droit allemand et au droit anglais. Il s'agit d'une particularité du droit de la nationalité, qui tend à s'effacer en Allemagne, et qui, au contraire, existe encore dans l'Empire britannique. Lorsque l'on parle de nationalité en France, on ne peut fixer qu'une seule sorte de nationalité : c'est le rattachement à l'Etat français lui-même, qui, de par les principes de la Révolution française, est un et indivisible. Au contraire, l'Empire britannique se compose d'un très grand nombre d'éléments, non seulement de la Grande-Bretagne à proprement parler, mais encore des possessions au delà des mers qui portent le titre de Dominions ou de colonies.

Remarque commune au droit allemand et au droit anglais.

Dans l'Empire britannique, l'indigénat exerce une influence sur la nationalité d'empire.

En Allemagne, avant le 5 février 1934, il y avait une nationalité des Etats.

Si bien que lorsque l'on parle de la loi d'empire et de la nationalité britannique, il s'agit bien de la nationalité d'empire; mais il existe des particularités locales qui engendrent des rapports du genre de ce que l'on appelle l'"indigénat", et qui ont une certaine importance en ce qui concerne l'acquisition de la nationalité britannique. On se demande, et c'est une question complexe, dans quelle mesure l'indigénat dans un dominion ou dans une colonie, influe sur la nationalité d'empire. On trouve des détails sur ce point particulier qui est tout à fait spécial à l'empire britannique dans une thèse de doctorat soutenue à Paris en 1926, "La nationalité des personnes dans l'empire britannique", par M. Kiéfé, 3ème partie.

D'autre part, pendant très longtemps l'Allemagne a été considérée comme une confédération d'Etats. Les Etats ont été remplacés par des pays "Länder" dans la constitution de Weimar, mais ces pays eux-mêmes ont été juridiquement abolis par une loi fondamentale du 30 janvier 1934 qui fait disparaître juridiquement les pays et ne les laisse subsister que comme des souvenirs historiques, (tels que nos anciennes provinces) pour fortifier et compléter l'unité du Reich allemand. C'est pour mettre la matière de la nationalité en harmonie avec la loi du 30 janvier 1934, qui supprime les "Länder" au point de vue juridique, qu'une ordonnance du 5 février 1934 est venue supprimer l'ancienne nationalité d'Etat, la nationalité qui était acquise dans certains Etats et qui posait alors des problèmes analogues à ceux qui se posent encore dans le sein de l'empire britannique sur les rapports entre la nationalité acquise dans les dominions et les colonies et la nationalité d'empire. Ces questions qui se posaient avant l'ordonnance du 5 février 1934 ne se posent plus aujourd'hui en Allemagne où il n'y a plus que la nationalité d'empire, du Reich, analogue à notre nationalité des Etats latins, et notamment de l'Etat français.

§ 5 - Les conflits de lois en matière de nationalité et les conventions entre Etats.

Certains auteurs disent "conflits de nationalité" et non conflits de lois, estimant qu'il ne peut pas avoir de conflit de lois en matière de nationalité, la nationalité étant une matière de droit public pour chaque Etat, le droit national s'y appliquant exclusivement. C'est là une discussion de terminologie dans laquelle M. Lévy-Ullmann n'entre pas.

Sources des conflits de nationalité.

L'existence de ces conflits résulte de deux défauts principaux qui se manifestent dans la combinaison des lois sur la nationalité. En effet, eu égard aux dispositions respectivement prises dans chaque Etat, il peut y avoir, de par la législation, soit des doubles emplois, soit des lacunes. Le cas d'un même individu peut avoir été visé par les lois de deux différents Etats qui le tranchent de telle sorte qu'elles produisent des dispositions cumulatives ou bien, au contraire, il se peut que le cas de cet individu ne soit visé ou atteint par aucune de ces lois, et, par conséquent, que la législation contienne une lacune. Ces défauts donnent donc naissance à deux catégories de conflits : les conflits positifs et les conflits négatifs.

I - Diverses sortes de conflits.

Le conflit positif, c'est celui qui résulte du fait que la divergence des lois conduit à attribuer à un même individu plusieurs nationalités. A l'inverse, le conflit négatif, c'est celui qui résulte du fait que la divergence des lois conduit à n'attribuer à un individu déterminé aucune nationalité.

Conflit positif.

Dans le premier cas on dit - c'est la terminologie consacrée - qu'il y a "double nationalité". En général, il n'y en a que deux, mais il peut y en avoir plus de deux. On parle alors de "plurinationalité" ou encore de "multinationalité". Certains auteurs parlent aussi de "cumul de nationalités". L'individu qui se trouve dans cette situation est appelé dans certains pays, notamment dans le langage de la doctrine allemande, un sujet mixte, il est sujet de plusieurs Etats.

Conflit négatif.
(Heimatlosat
u apatriodie)

Quant au cas inverse, une terminologie plus ancienne a donné au cours du XIXème siècle à l'individu sans nationalité dans le D.I. l'appellation - c'est un terme allemand - de "Heimatlos" qui veut dire sans foyer national, sans patrie. Cette expression est intervenue au cours du XIXème siècle notamment dans les pays de l'Europe centrale qui a conservé le jus sanguinis et où, par conséquent, les cas d'apatriodie sont fréquents. Cependant ce terme avait pris un sens péjoratif, alors que cette situation résulte souvent de conditions auxquelles la volonté de l'intéressé est étrangère. Si bien que l'on a recherché dans les divers pays à donner à la situation en question et à l'individu en question des termes différents de celui de "Heimatlos", et aussi de celui de "Heimatlosat", comme l'on dit parfois en France pour désigner la situation de l'individu qui se trouve sans nationalité. En France on s'est mis d'accord depuis la guerre pour donner à cette situation le

terme d'"apatriodie" - a, privatif - et pour appeler les "apatriides" ceux qui n'ont pas de nationalité. Ce terme qui a été mis en circulation au cours de la guerre, et notamment en 1918, a trouvé sa consécration officielle dans les conventions internationales, et notamment dans la convention internationale de La Haye de 1930, qui le consacre définitivement. En Angleterre, on emploie l'expression de "stateless". En Italie, on emploie l'expression de "apolidi", c'est-à-dire ceux qui n'ont pas de cité.

II - Causes de ces conflits.

Les causes de l'apatriodie et de la plurinationalité sont multiples, et théoriquement il est assez aisé de les imaginer. On peut apercevoir très facilement que lorsqu'un pays consacre exclusivement le jus sanguinis, et un autre exclusivement le jus soli, il peut arriver, suivant le hasard des naissances, qu'un enfant dans un de ces pays ait deux nationalités : celle qui vient du sol et celle qui vient du sang; au contraire, un enfant naissant dans l'autre de ces pays, ne pouvant se réclamer ni du lien du sang, ni du lien du sol, se trouve apatriide. De même il est facile d'imaginer des hypothèses où un individu est naturalisé dans un pays sans perdre sa nationalité dans l'autre pays. Tel est le cas de la loi de 1913 en Allemagne, la loi Delbrück. Toutefois ce n'est pas en face d'hypothèses théoriques qu'il faut se placer, mais en face des cas concrets résultant de la jurisprudence internationale, et étudier comment dans les divers pays on a pu tenter et réussir dans une certaine mesure à atténuer les conflits de nationalité positifs ou négatifs.

III - Moyens utilisés pour atténuer les conflits de nationalité.

La lutte contre la plurinationalité et l'apatriodie s'est exercée sous diverses formes. Il y a eu d'abord l'action individuelle des Etats, restreinte et assez limitée. Il y a eu ensuite un effort doctrinal et jurisprudentiel dans les divers pays, dans la doctrine et la jurisprudence internationales. C'est le point le plus important de l'effort qui s'est accompli. Enfin les Etats ont recouru à des conventions, soit conventions bilatérales, soit conventions collectives.

Il y a eu d'abord, l'action individuelle des Etats. On a vu que la loi française prend des précautions pour éviter les cas d'apatriodie ou de cumul de nationalités. C'est ainsi, par exemple, qu'en ce qui concerne le cas du cumul des nationalités on a rencontré les dispositions de l'art. 9 alinéa 3 de la loi de 1927, qui a pour objet de créer un cas de perte de la nationalité française en vue d'éviter précisément le cumul de nationalités. On a vu également,

A - L'action individuelle des Etats.

Elle est assez limitée.

en ce qui concerne l'enfant trouvé ou l'enfant qui n'a pas de parents connus ou de nationalité connue, les dispositions de la loi française et du projet rectificatif, qui ont pour objet de combattre l'apatridie. Néanmoins ces moyens restent limités. Sur le terrain législatif, les Etats sont assez désarmés. D'autre part, - on le verra à propos de l'affaire Carlier, - même deux Etats qui admettent les mêmes règles en ce qui concerne la nationalité, ne sont pas à l'abri, par cette identité de législation, du cumul de nationalités ou de l'apatridie. Sur le terrain administratif, les Etats ont également engagé une action. La mesure la plus efficace à l'encontre du cumul de nationalités, c'est l'absence de protection diplomatique apportée par les Etats en faveur des personnes qui peuvent se réclamer de deux nationalités. L'absence de protection diplomatique de l'un des Etats vis-à-vis du sujet mixte amène celui-ci à choisir et à sortir de la situation dans laquelle il se trouve, dans la mesure bien entendu où il le peut lui-même. Cette absence de protection diplomatique est recommandée par la convention de La Haye, et elle est pratiquée par beaucoup de pays, notamment par l'Angleterre. On peut imaginer aussi que par un effet indirect les règles sur l'expulsion des étrangers et sur le refoulement à la frontière des travailleurs, les règles sur les attributions de fond de chômage, les assurances sociales, sur la surveillance des étrangers, les règles également relatives à l'octroi de la naturalisation, peuvent aboutir à diminuer les cas d'apatridie et les cas de cumul de nationalités. Mais encore une fois, l'action des Etats se trouve assez limitée dans ce domaine.

B - L'effort doctrinal et jurisprudentiel.

a) Dans l'ordre des conflits positifs : Première solution : lorsque le litige est jugé devant une des nationalités en cause, on applique la

Plus efficaces sont les solutions qui ont été apportées par la voie judiciaire ou doctrinale aux conflits positifs ou négatifs. Sur ce point, la doctrine internationale a fait un effort assez couronné de succès.

En doctrine et en jurisprudence, dans la plupart des pays et devant les juridictions internationales, dans l'ordre des conflits positifs, on distingue essentiellement deux cas : le cas où le litige portant sur le cumul de nationalités est jugé devant les tribunaux d'une des nationalités en cause, dans l'un des Etats dont le droit est impliqué dans le conflit; ou, au contraire, le cas où le litige est jugé devant les tribunaux d'une tierce puissance ou d'un tribunal international. Dans le premier cas, dans tous les pays, les auteurs et la jurisprudence s'accordent à reconnaître que le litige doit être jugé

lex fori.

Exemple :
l'affaire
Carlier.

conformément à la loi du pays où le litige est jugé, ce qui donne compétence exclusive à la lex fori. Le tribunal devra appliquer exclusivement à la nationalité de l'individu, qui lui est déféré, la loi de l'Etat dont il dépend. Par conséquent, il devra le déclarer national ou ne pas le déclarer national, suivant les dispositions exactes de la loi qui est intéressée. C'est ce qui a été jugé en particulier dans l'affaire Carlier. (Cour de Douai, 14 décembre 1881. S. 1884. 2. p. 1.). L'hypothèse est intéressante, parce qu'il s'agissait du cumul de nationalités, belge et française, cumul engendré par l'identité des textes. En effet, en Belgique comme en France, on appliquait à cette époque l'art. 9 et l'art. 10 du Code civil, article 9 du Code Napoléon, article 10 du Code civil français. Carlier se trouvait pouvoir, aux yeux de chacun des pays être réclamé. Carlier, Emile était né le 30 mai 1860 en Belgique de parents français. Il était domicilié, à l'époque de sa majorité, chez ses parents en France. Inscrit sur la liste du tirage au sort de 1880, il prévint le préfet du Nord de son intention de réclamer la qualité de sujet belge en vertu de l'article 9 du Code Napoléon. Il actionna le préfet devant le tribunal civil de Valenciennes, en vue d'être déclaré étranger et d'être radié des listes de recrutement. Le tribunal de Valenciennes et la Cour de Douai repoussèrent cette demande pour la raison que sans doute Carlier était fondé à invoquer l'article 9 du Code civil, mais comme l'article 10 du même Code faisait de lui un Français jure sanguinis, le droit français n'avait aucune raison de s'incliner devant la solution du même Code qui était favorable à la Belgique, et par conséquent ont tenu Carlier comme né en pays étranger d'un père français, et l'ont considéré lui-même comme Français : "Attendu que si 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 de l'art. 10 du Code civil français, suivant cet article l'appelant a été à bon droit déclaré Français par les premiers juges". Par conséquent, avec deux textes identiques aboutissant à un cumul de nationalités, on avait fait prévaloir la lex fori. C'est ce qui a amené entre la Belgique et la France une convention internationale, peu de temps après, convention qui d'ailleurs, a été remplacée par des conventions ultérieures. Par conséquent, première solution, lorsque l'un des Etats, dont le droit est impliqué dans le conflit, est amené à juger le litige, le litige se juge conformément

à la lex fori; le tribunal applique la loi de l'Etat dont il dépend et déclare l'individu national lorsque l'on se trouve en présence d'un texte analogue à celui de l'art. 10 du Code civil français. Cette solution est admise d'une façon constante par la doctrine, par la jurisprudence de la plupart des pays et par la jurisprudence internationale. On verra d'ailleurs qu'elle est consacrée dans les conventions internationales.

Deuxième solution : le litige est jugé devant le tribunal d'une tierce puissance ou devant un tribunal international. Exemple : affaire Canevaro, où l'on a appliqué le système de la nationalité effective.

Mais à l'inverse, le cas où le litige est jugé devant les tribunaux d'une tierce puissance ou encore devant un tribunal international, ce cas soulève une difficulté et donne lieu à plusieurs systèmes de solutions. Le litige classique sur lequel on raisonne généralement, est l'affaire Canevaro, jugée par la Cour d'Arbitrage de La Haye, non pas par la Cour Permanente de Justice Internationale, qui n'existe pas à cette époque, mais par la Cour d'Arbitrage qui existait à cette époque, 3 mai 1912 (Revue de D.I.P., année 1912, p. 331). C'est un arbitrage entre le gouvernement du Pérou et le gouvernement italien. Il y avait un conflit entre le droit du Pérou, qui de par la constitution, article 34, consacre le jus soli, et l'article 4 du Code civil italien qui consacre le jus sanguinis. Le comte Raphaël Canevaro était né en territoire péruvien, de père italien. Par conséquent, cumul de nationalités : jure soli, il pouvait être considéré comme Péruvien; jure sanguinis, il pouvait être considéré comme Italien. Il revint au Pérou où des mesures financières et fiscales, qui, s'imposant aux ressortissants du pays, n'étaient point imposées aux étrangers, au sujet du règlement de la dette publique du Pérou. Le comte Canevaro demanda à être compris parmi les étrangers et à ne pas se voir opposer le traitement le plus défavorable. Le litige fut porté devant la Cour d'Arbitrage et il fut jugé que le comte Canevaro était non pas Italien mais Péruvien. A quel fait la Cour d'Arbitrage se rattache-t-elle pour établir cette solution ? Au fait que le comte Canevaro avait rempli au Pérou des fonctions consulaires avec l'autorisation du gouvernement péruvien, qu'il s'était mêlé aux luttes politiques du pays, qu'il avait même été candidat à des élections. Par conséquent, il avait par sa conduite montré et attesté qu'il se rattachait au Pérou plutôt qu'à l'Italie. Cette solution fait prévaloir ce que l'on appelle le système de la nationalité effective ou acquise, c'est-à-dire le système du choix de la détermination de la nationalité basé à la fois sur le choix de l'intéressé,

mais choix accompagné de circonstances objectives, choix corroboré par des circonstances de fait, système auquel la plupart des auteurs et la jurisprudence des différents pays tendent à se rattacher aujourd'hui. Ce n'est point cependant, le seul système qu'on puisse imaginer pour résoudre la question.

Quoi qu'il en soit, voici une autre solution internationale pour un litige du même genre, tribunal arbitral mixte franco-allemand du 10 juillet 1926, (S.1928, 2.p.49) affaire de Bartez de Montfort, à l'effet de décider si les mesures de séquestration des biens en Allemagne lui étaient applicables, eu égard à sa nationalité. L'espèce qui est assez compliquée et qui a été jugée ainsi : il a été décidé que Mme Bartez de Montfort, bien que les termes de l'art. 41 de la loi d'introduction au Code civil allemand et les principes de la nationalité allemande lui imposaient la nationalité de son mari, laquelle était allemande, le fait qu'elle était Française aux yeux de l'art. 17 du Code civil, le fait qu'elle n'avait jamais quitté la France, qu'elle avait toujours été considérée comme Française, tout cela l'emporta sur la loi allemande et Mme Bartez fut considérée comme Française. "Attendu que le principe de la nationalité active, dit l'arrêt, forme une base adéquate pour trancher le présent conflit de lois." Par conséquent, c'est bien sur la solution de la nationalité active, recommandée par l'Institut de D.I. dans sa session de Lausanne de 1888 que s'est appuyée cette décision internationale.

Ainsi le système de la nationalité active ou effective semble l'emporter sur les autres systèmes présentés, qui sont d'abord un système un peu absolu, qui consiste à ne pas trancher le litige, le système du refus de statuer, qui est préconisé par M. Jordan dans le Répertoire de D.I., système qui sanctionne la double nationalité sans apporter de solution, système basé sur les conséquences extrêmes du principe de la souveraineté.

Un autre système diamétralement opposé, c'est le système de l'option libre de l'individu; abstraction faite de toutes circonstance de fait. Ce système est également trop absolu. Comme on l'a dit très justement, s'il doit y avoir un élément d'option et de choix pour résoudre la question du cumul des nationalités, on doit cependant faire intervenir, pour éviter les fraudes et pour éviter l'instabilité et l'incertitude, pour éviter de sacrifier les intérêts des Etats, des éléments externes.

La nationalité voulue, c'est la nationalité

Affaire de
Bartez de
Montfort, où
l'on a appli-
qué encore le
système de la
nationalité
active.

Autres systè-
mes proposés.

Système du
refus de
statuer.

Système de
l'option libre
de l'individu.

En réalité,

c'est le système de la nationalité effective qui paraît l'emporter.

Tempéraments préconisés pour le système de la nationalité effective.

b) Dans l'ordre des conflits négatifs.

Question préalable : l'apatriodie

vécue. C'est donc à un système mixte analogue à celui de la nationalité effective que la plupart des auteurs se rattachent : certains font intervenir le domicile ou la résidence habituelle. C'est, en somme, dans une certaine mesure le système de la nationalité active sous l'apparence du système du domicile ou de la résidence; d'autres font prévaloir la loi la plus proche de la lex fori; d'autres ont égard à la place dans le temps des deux nationalités qui s'opposent. Mais ce système se subdivise : les uns tenant compte de la première, en vertu du principe des droits acquis, les autres tenant compte de la seconde, en vertu du principe de choix d'option, de liberté de nationalité. C'est donc en somme le système de la nationalité active ou effective qui paraît l'emporter.

Cependant ce système ne peut s'appliquer qu'avec certains tempéraments. Voici ceux qu'on préconise : la nationalité active ou effective ne vaudra pas lorsqu'on sera en présence d'un individu incapable : affaire de Bauffremont. Les tribunaux ont refusé de tenir compte, dans le cas de l'affaire de Bauffremont, du changement de nationalité, eu égard à ce que Mme de Bauffremont était incapable comme femme mariée. Telle a été la solution de la Cour de Bruxelles du 5 août 1880. D'autre part, on doit être en présence de cas de nationalité acquise et juridiquement valable. C'est par un examen très sérieux des espèces qu'il y a lieu de procéder. C'est ainsi que l'on trouve, dans diverses décisions de la Cour de cassation française, un examen très sérieux tendant à discriminer exactement si la nationalité, notamment en cas de naturalisation, a été véritablement acquise : Cassation, Chambre civile, 28 juin 1922, S. 1923. I. p. 125; Cassation, Chambre des requêtes, 17 décembre 1923. D. 1924. I. p. 9. Ce sont des décisions intervenues en matière de séquestre des biens ennemis, sur la distinction suivant que l'acquisition est réelle et juridiquement valable. Telles sont les solutions de la doctrine internationale et des doctrines nationales en matière de conflits positifs.

Pour ce qui concerne les conflits négatifs et l'apatriodie, une question préalable se pose. Est-ce que la situation d'apatriodie est une situation juridique ? Avant de savoir comment l'apatriote doit être traité, et s'il y a lieu de lui attribuer une loi nationale et une nationalité, est-ce que l'apatriodie est légale ou illégale ?

La question s'est posée devant les tribunaux français. La Chambre des requêtes, dans un arrêt du 15 mars 1922, a été amenée à déclarer que la situa-

est-elle léga-
le ou illégale?

C'est une si-
tuation légale.

Nécessité
d'une régle-
mentation in-
ternationale.

tion était une situation légale, que c'était une conséquence négative des conflits de lois en matière de nationalité, mais que l'individu en question se trouvait dans une situation juridique, la situation juridique d'apatrie, à laquelle il faut attacher des conséquences : dégager une loi applicable, par exemple celle du domicile, puisqu'il ne peut pas lui être appliquée de loi nationale. Cette situation a été envisagée dans le même sens, décision du tribunal civil de la Seine, 1ère chambre, 24 mai 1932 (S. 1933. 2. p. 145. D. 1934. 2. p. 5.). Il s'agissait, dans l'espèce, d'un cas où l'article 1er, 7° de la loi de 1927 ne pouvait pas être considéré comme applicable. Les jurisprudences étrangères sont dans le même sens. La jurisprudence anglaise, après avoir hésité, admet la validité de la condition de "stateless". Il en est de même de la jurisprudence belge. Il en est de même en Allemagne. Il y a donc une presque unanimité de la doctrine et de la jurisprudence des divers pays pour admettre que la situation d'apatrie est légale et qu'il y a lieu alors de dégager un statut juridique de l'apatrie.

Au surplus le système adverse présente des difficultés. Si l'apatrie est illégale, il faut alors donner une nationalité à l'apatrie, et l'on tombe dans l'arbitraire. Les uns proposent de lui maintenir son ancienne nationalité, mais comment maintenir la nationalité d'une personne qui est repoussée par son pays même ? Les autres lui donnent la nationalité de la résidence ou du domicile, mais si la législation du pays dans lequel il réside, où il a son domicile, ne lui attribue pas de nationalité, il est difficile de la lui attribuer arbitrairement. On voit donc, par conséquent, les conséquences inacceptables auxquelles conduirait le système inverse. Il faut donc admettre comme on l'admet généralement aujourd'hui que l'apatrie est une situation juridique admise et acceptable, qu'il y a lieu de réglementer, soit nationalement, soit internationalement.

C'est donc en somme à des réglementations internationales que l'on est amené fatigiquement dans cette matière. L'action individuelle et des Etats est limitée. La jurisprudence internationale peut aboutir dans certains cas pour les conflits positifs à des solutions acceptables comme discutées, mais n'aboutit dans les conflits négatifs qu'à établir une position juridique sans statut.

C. - Les conventions entre Etats.

C - Les conventions entre Etats.

1°) Les conventions bilatérales:
Peu nombreuses car elles engendrent des rapports assez délicats et leur portée est souvent restreinte.

Les conventions entre Etats qui sont intervenues dans la matière ne sont pas très anciennes. Tout au moins on rencontre quelques conventions bilatérales qui remontent au dernier siècle, mais elles sont rares et en réalité les conventions, tant bilatérales que générales ou collectives sont de la toute dernière époque. Certaines d'ailleurs, ne sont pas encore en vigueur, bien que signées par les Etats intéressés.

Dans l'ordre des conventions bilatérales, des conventions entre deux Etats, tendant à régler au fond des conflits de nationalité, on cite la convention franco-suisse du 23 juillet 1879, c'est une des plus anciennes. (V. texte de Niboyet et Goulé, tome I, p. 742, en vue de régulariser la situation des enfants nés français et naturalisés suisses.) Toutefois, cette convention n'a pas donné les résultats, auxquels on était en droit de s'attendre. La solution de la convention consistait à laisser une option jusqu'à l'âge de 22 ans entre les deux nationalités. Mais deux lois françaises, notamment la loi de 1889, qui ont fait intervenir dans ce cas l'autorisation du gouvernement français, ont troublé l'application de la convention; donné lieu à des négociations entre la France et la Suisse, qui n'ont jamais abouti. Si bien que la convention en somme ne joue que d'une façon très imparfaite. C'est à raison de ce que ces conventions engendrent des rapports assez délicats entre Etats que nous ne rencontrons sur les conflits de nationalité au fond que très peu de conventions bilatérales. On peut citer, à la dernière époque, la convention franco-belge du 10 septembre 1928; relative à la nationalité de la femme mariée, Recueil Niboyet et Goulé, supplément 1929, p. 33. Il y avait eu une convention entre la France et la Belgique, eu égard aux dispositions qui ne concordent pas, de la loi belge de 1926, et de la loi française de 1927. On verra en étudiant par comparaison le droit belge et le droit français, que suivant les hypothèses, la femme française épousant un Belge, ou la Belge épousant un Français, pouvait encourrir par le jeu combiné des articles respectifs des lois, française et belge, soit le cumul de nationalités, soit l'apatriodie. Pour trancher cette question la convention franco-belge admet un système très simple, le principe est le suivant : appliquer au mariage célébré en Belgique la loi belge, appliquer au mariage célébré en France la loi française. Ce système s'est révélé

très simple. Telles sont les principales conventions bilatérales destinées à résoudre le cumul de nationalités.

Il y a eu également des conventions d'un objet plus restreint, visant simplement les règles de recrutement militaire, ce que l'on appelle les conflits d'incorporation. Ici les conventions internationales d'un champ plus limité sont plus nombreuses. Il y a eu notamment la convention franco-belge du 12 septembre 1928, remplaçant justement la convention, dite convention Carlier, de 1891. Des conventions du même genre ont été passées avec l'Argentine, notamment en 1927, avec le Pérou et le Paraguay, à la même époque en vue d'établir un modus vivendi concernant les lois de recrutement, sans toucher d'ailleurs, comme le dit l'art. 3 de ces conventions, à la condition juridique des individus visée aux articles précédent en matière de nationalité.

L'œuvre des conventions bilatérales est donc assez limitée. C'est aux conventions collectives, qu'il appartient de trancher les graves questions qui se présentent du cumul des nationalités et de l'apartheid. A cet égard, un effort considérable a été fait au cours des dernières années, tant par les associations scientifiques, que par les organismes internationaux officiels, tels que la Société des Nations, l'Institut de D.I.P., "L'International Law Association", anglaise, l'école de droit de Harvard en Amérique, l'Association allemande pour le droit des gens. Toutes ces associations se sont attelées depuis une quinzaine d'années à des projets donnant des exemples, des modèles pour une convention internationale ou pour des conventions internationales. Le résultat de ces travaux collectifs a été mis à profit par les commissions créées dans le sein de la Société des Nations, a été également mis à profit par les associations panaméricaines, si bien que l'on peut faire état aujourd'hui tout d'abord de deux grandes conventions collectives. Par ordre de date, d'abord le Code Bustamante qui, en 1928, a été admis comme Code général de D.I.P. a dans certains de ses articles réglé la question, tout au moins des conflits de nationalité, articles 9, 10 et ss. Le Code Bustamante, en matière de cumul de nationalités, articles 9, 10 et ss. sanctionne la distinction admise par la jurisprudence internationale entre le cas où le litige est jugé dans l'un des Etats dont le droit est impliqué dans le conflit, ou au contraire est jugé dans les tribunaux d'une tierce puissance ou un tribunal international. Il a consacré également les

2°) Les conventions collectives.

De grands efforts sont tentés.

a) Le Code Bustamante.

solutions qui ont dominé dans la jurisprudence et la doctrine internationales, à savoir en ce qui concerne le premier cas l'application de la lex fori, dans le second cas, si le Code Bustamante n'admet pas expressis verbis le système de la nationalité active ou effective, tout au moins il sanctionne le système du domicile qui est la marque la plus frappante, la circonstance de fait que l'on prend la plupart du temps en considération dans le système de la nationalité active ou effective. Par conséquent il se rapproche beaucoup du système de la nationalité active qui domine la jurisprudence internationale. Voilà pour l'Amérique.

b) La Convention et les protocoles de La Haye.

En ce qui concerne les Etats continentaux, et certains Etats de l'Amérique, les travaux de la Société des Nations ont abouti à l'acceptation par un très grand nombre d'Etats des conclusions votées de la convention et de protocoles complémentaires adoptés à la conférence de La Haye tenue en 1930, où 48 Etats étaient représentés. Une convention et trois protocoles ont été admis le 12 avril 1930, et si la convention n'est pas encore en vigueur, tout au moins des ratifications sont déjà intervenues. D'autres pays, comme la France et l'Angleterre, par le projet rectificatif français et par la loi anglaise sur la nationalité de la femme mariée, se préparent à le faire. Par conséquent on peut espérer que dans un certain temps la convention et les protocoles seront en vigueur.

La Convention combat le cumul de nationalités.

Les accords de La Haye sur la nationalité contiennent une convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité, un protocole relatif aux obligations militaires dans certains cas de double nationalité, et deux protocoles relatifs à l'apatridie. On trouve ces textes, notamment dans la Revue de D.I.P., année 1930, pp. 337 et ss. Dans l'ordre du cumul de nationalités, la convention dans son préambule déclare que ce cumul est regrettable et que tout individu ne devrait posséder qu'une seule nationalité. Pour combattre le cumul de la nationalité, la convention contient certains articles sanctionnant notamment les solutions que j'ai indiquées tout à l'heure, à savoir, articles 2 et 3, lorsque la question de cumul se pose dans l'un des Etats impliqués dans le conflit, compétence exclusive de la lex fori; lorsqu'au contraire la question se pose devant un Etat tiers ou devant une juridiction internationale, on sanctionne le droit d'option ou la nationalité active, article 5 de la convention, auquel on renvoie. Par conséquent,

on se trouve en présence d'une consécration internationale des systèmes doctrinaux indiqués précédemment. La convention n'a pas osé prendre parti sur la question de la perte de la nationalité par mariage, mais elle a pris des dispositions, articles 8 et 9 et 10, pour que tout au moins de par le mariage la femme ne se trouve pas dans la condition d'apatriodie et que la nationalité ne lui soit pas imposée sans son consentement. Voilà l'ensemble des dispositions contenues dans la convention concernant le cumul de nationalités.

La Convention et les protocoles tendent à diminuer les cas d'apatriodie.

En ce qui concerne l'apatriodie, la convention et les protocoles ont été infiniment plus restreints, non pas dans leurs dispositions, mais dans leur portée. La convention et les protocoles ont tendu à diminuer les cas d'apatriodie. De même dans le protocole, on trouve des obligations réciproques mises à la charge des divers pays, soit de celui qui reçoit l'apatriodie, soit de celui auquel appartenait l'apatriote jusqu'à la perte de la nationalité. Mais ces modifications n'ont qu'un caractère supplétif et n'engendrent pas un statut international.

Au surplus, la convention et les protocoles n'ont pas encore reçu beaucoup de ratifications. En ce qui concerne la convention, le Brésil, la Norvège, la Suède, la Principauté de Monaco, seuls ont ratifié jusqu'à présent. Quant aux protocoles, ils ont reçu d'autres adhésions, et des adhésions diverses, notamment celle de l'Angleterre, qui a ratifié les protocoles relatifs à l'apatriodie. Toutefois, le dernier mot n'est pas resté à ces conventions. La convention de La Haye avait proclamé le principe qu'un individu ne peut pas avoir deux nationalités, et d'autre part le principe qu'un individu doit toujours avoir une nationalité. Tout en tâchant d'établir un statut des règles pour l'apatriodie, la convention de La Haye n'avait pas été jusqu'à admettre l'apatriodie comme une situation juridique, et à édicter un statut. Chose curieuse, peu de temps après que la convention de La Haye a proclamé ce double principe, qui était un principe proclamé notamment par l'Institut de D.I. depuis une cinquantaine d'années, des faits d'ordre international sont venus nous mettre en présence de deux principes, tout au moins de l'embryon de deux principes différents, qui montrent d'ailleurs par la rapidité avec laquelle ils se propagent que peut-être les deux principes mis en tête de la convention de La Haye ne contiendraient pas la vérité internationale, que d'une part on pourrait admettre qu'un individu puisse avoir plusieurs nationalités, et d'autre

Naissance de deux principes différents de ceux posés dans les accords de La Haye :

part, que l'apatriodie pourrait constituer un jour une condition juridique appelant un statut. Voici ces deux faits.

1°) Un individu peut avoir plusieurs nationalités: art. 24 de la Constitution espagnole.

D'abord, la Constitution espagnole contient un texte curieux. La Constitution espagnole du 9 décembre 1931, art. 24 in fine, contient un texte aux termes duquel les ressortissants des pays ibériques pourront obtenir la nationalité espagnole se cumulant avec leur propre nationalité, admettant d'autre part que la qualité d'Espagnol ne se perdra pas par l'acquisition volontaire de la nationalité d'un pays ibérique de langue espagnole ou portugaise, par exemple le Brésil, l'Argentine, etc... Il s'est créé un véritable "apparentement" dans l'ordre international; des apparentements de nationalités. Evidemment il faudra qu'à l'initiative de l'art. 24 de la Constitution espagnole correspondent des assentiments de l'Amérique latine, mais c'est déjà un fait considérable que l'insertion de ce texte dans la Constitution d'un grand pays comme l'Espagne. (V. les principes généraux de la nationalité en Espagne par comparaison avec ceux du droit français de M. Gonzalès de Andia, avocat au Barreau de Madrid, pp. 160 et ss., thèse Paris 1934).

2°) Le statut légal des apatrides : Convention du 28 octobre 1933 relative au statut international des réfugiés russes et arméniens.

Le second fait s'est manifesté à propos des émigrés russes et arméniens, émigrés dans divers pays et considérés comme n'ayant plus de nationalité, parce qu'ils l'avaient perdue aux termes des lois votées dans leur pays d'origine. Ils ont été finalement pris en tutelle par la Société des Nations qui leur a fait notamment obtenir le bénéfice d'un arrangement passé le 30 juin 1928, mis en vigueur en France par le décret du 1er février 1930. Il s'est créé un organisme au sein de la Société des Nations représentant un Haut Commissariat, pour s'occuper spécialement des émigrés russes et arméniens. Mais en 1933 le mouvement d'émigration a été tel à la suite des événements de l'Europe centrale que des commissions se sont réunies dans le sein de la Société des Nations et ont abouti rapidement à édifier un statut pour les émigrés. C'est la convention du 28 octobre 1933 relative au statut international des réfugiés, convention à laquelle ont adhéré 10 pays, dont la France et la Belgique, et qui établit pour les émigrés un véritable statut international, qui est l'ébauche et l'embryon du statut de l'apatride. On en trouvera le texte dans la Revue critique de D.I. p.p. 266 et ss., et le commentaire des efforts faits dans ce sens et des avant-projets de convention dans le cours professé à La Haye par un professeur russe émigré en France, M. le professeur Vichniac, intitulé

"Le statut international des apatrides". Ces cours professés en 1933 à l'Académie de D.I.P. viennent de paraître il y a quelques semaines, et ont été l'objet d'un tirage à part. On voit par conséquent que bien que les conventions internationales aient proclamé depuis une cinquantaine d'années la nécessité d'une nationalité, et d'autre part la nécessité de faire obstacle au cumul des nationalités, ces principes ne doivent pas être adoptés sans tempéraments, puisque nous voyons aujourd'hui, de par des textes récents, l'organisation internationale s'orienter, soit vers des apparentements de nationalités du genre de ceux imaginés en Espagne, soit vers la constitution d'un statut international des apatrides, dont la première ébauche se rencontre dans la convention d'octobre 1933, signée à Genève par 10 importantes puissances.

M. Lévy-Ullmann termine sur ces questions d'avvenir l'exposé trop bref, à son gré, des principes généraux de D.I.P. qu'impose un cours restreint en un si infime nombre de leçons. Sans doute, comme on a pu le voir, la matière du D.I.P. est-elle loin d'être aussi vaste que celle du D.I. public et que celle d'autres disciplines générales du droit. Mais on a pu se rendre compte également de la difficulté, de l'extrême complexité des questions que le D.I.P. soulève, tant dans la matière des conflits de lois, dont il n'a pu exposer que les principes généraux, que dans la matière de la condition des étrangers et de la nationalité, dont il n'a pu également indiquer que les grandes lignes.

F I N

Cours terminé d'imprimer le 14 juin 1934.