

BIBLIOTHÈQUE INTERNATIONALE & DIPLOMATIQUE

XXIV

---

LE

DROIT INTERNATIONAL

PRIVÉ

II



1956

# L'AUTORITÉ & L'APPLICATION DES LOIS ÉTRANGÈRES

D'APRÈS LE DROIT INTERNATIONAL

---

I. Lois civiles. — II. Lois commerciales. — III. Lois judiciaires  
et de procédure. — IV. Lois pénales.

---

TOME DEUXIÈME





Inscr. A. 12.205

27443

LE

# DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

OU

PRINCIPES POUR RÉSOUDRE LES CONFLITS ENTRE LES LOIS  
CIVILES, COMMERCIALES, JUDICIAIRES, PÉNALES  
DES DIFFÉRENTS ÉTATS

PAR PASQUALE FIORE

Professeur ordinaire de droit privé comparé à l'Université de Naples

DEUXIÈME ÉDITION

*Complètement refondue et considérablement augmentée*

TRADUITE

Par CHARLES ANTOINE

Docteur en droit, Président du tribunal civil de Doullens

LOIS CIVILES

TOME II

Donatione:

C. C. ARION

113459



A. DURAND ET PEDONE-LAURIEL, ÉDITEURS  
LIBRAIRES DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS  
G. PEDONE-LAURIEL, SUCCESSEUR  
13, RUE SOUFFLOT, 13

1891

CONTROL 1953

BIBLIOTECA CENTRALA UNIVERSITARA  
BUCURESTI  
COTA.....27443.....

**B.C.U. Bucuresti**



**C113459**

LE  
DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

---

LIVRE DEUXIÈME

DROITS QUI DÉRIVENT DES RAPPORTS DE FAMILLE.

509. Généralités. — 510. Ordre des matières.

509. — Les rapports de famille sont la conséquence de l'état de famille. Cet état résulte du mariage, par lequel la famille est constituée, et par lequel se trouve attribué à l'homme la qualité de mari, à la femme celle d'épouse, et aux personnes qui naissent de cette union la qualité d'enfants légitimes.

Le mariage, d'après le droit philosophique est une société permanente entre deux personnes de sexe différent, dont le but est d'imprimer à l'union sexuelle et aux conséquences qui en dérivent naturellement le caractère de la moralité. Toutefois, cette société ne constitue le mariage d'après le droit positif, que lorsqu'elle remplit toutes les conditions exigées par la loi pour l'existence et la validité de ce contrat. Par conséquent, l'état de famille et les rapports juridiques qui en résultent trouvent leur base fondamentale dans le mariage célébré conformément à la loi positive. Cette loi doit régir les droits et les obligations juridiques, qui dérivent de cet état, ou qui peuvent en être la conséquence à l'égard des époux, de leurs enfants, du patrimoine de la famille et des tiers.

Nous avons dit quelle devrait en général être la loi, qui

d'après nous devrait régir la constitution de la famille, ainsi que les droits et les obligations des personnes qui en font partie, dans leurs rapports personnels et dans leurs rapports avec le patrimoine de la famille, et nous avons cherché à démontrer, que le système le plus rationnel est celui, d'après lequel la loi applicable est celle de l'État dont les futurs sont respectivement citoyens, et celle de la patrie du mari après la célébration du mariage, pour tout ce qui concerne principalement la protection des intérêts privés des membres de la famille, sous la réserve que la loi territoriale doit régler la constitution de la famille et les rapports des membres de la famille pour ce qui concerne les intérêts sociaux et l'ordre public de l'État. Partant de là, nous en avons conclu, que la loi de chaque État doit régir les mariages célébrés à l'étranger par les citoyens, mais qu'elle ne peut pas être appliquée dans un pays étranger, toutes les fois qu'il en résulterait une atteinte à une loi territoriale de droit public ou d'ordre public, ou une dérogation à cette loi. Nous avons dit aussi comment certains auteurs sont d'avis que la compétence législative en cette matière doit être attribuée à la loi du domicile des personnes, ce qui est la conséquence logique du principe par eux admis, que la loi régulatrice de l'état et de la capacité des personnes devrait être celle de leur domicile.

510. — Nous ne saurions, dans ce livre, revenir sur cette question ; nous devons nous borner à dire comment la loi régulatrice de la famille et des rapports qui en résultent doit être appliquée. Comme c'est naturel, nous nous en référons toujours au système que nous avons admis : toutefois, nous indiquerons souvent la loi à laquelle l'autorité doit être attribuée, en la qualifiant de *loi personnelle*, et les principes que nous indiquerons à l'égard de l'application de cette loi pourront être applicables aussi bien dans l'un que dans l'autre système. Que ce soit, en effet, la loi de l'État ou celle du domicile qui doit être appliquée en ce qui concerne l'état

des personnes et des rapports juridiques qui en dérivent, il est clair que les conséquences résultant de l'application de ces lois doivent être dans bien des cas les mêmes.

Nous parlerons avant tout du mariage considéré en lui-même, en examinant les conditions qu'il doit remplir pour pouvoir être réputé tel d'après le droit positif. Nous exposerons dès lors ce qui concerne les formalités et les solennités requises pour sa célébration, la preuve de cette célébration, les causes de nullité et les actions qui peuvent être exercées utilement pour faire déclarer le mariage inexistant ou nul.

Nous examinerons ensuite quels sont les droits et les devoirs qui dérivent du mariage juridiquement célébré, tant entre époux qu'à l'égard des enfants et des parents. Nous dirons comment, en certains cas, le mariage peut être dissous par le divorce, ou comment l'union permanente des époux peut être seulement relâchée par la séparation de corps, et nous exposerons les conséquences qui résultent, tant du divorce que de la séparation de corps. Nous traiterons ensuite de la filiation, et nous dirons comment l'état de fils légitime peut être constitué de plein droit et *ope legis*, et comment on peut en faire la preuve. Comme le rapport de filiation peut dériver en certains cas d'une union sexuelle qui n'a pas le caractère du mariage, nous traiterons aussi des enfants naturels. Finalement, nous nous occuperons des rapports de filiation pouvant résulter de l'adoption.

---

## CHAPITRE PREMIER

### DES CONDITIONS REQUISES POUR LA CÉLÉBRATION JURIDIQUE DU MARIAGE.

511. Des conditions requises pour la célébration du mariage d'après la loi qui doit les régir. — 512. De la promesse de mariage. — 513. Objet de notre étude.

**511.** — Toutes les conditions requises d'après le droit positif pour célébrer le mariage concernent en général :

1° La capacité des parties qui veulent s'unir par le mariage ;

2° Le consentement réciproque de se prendre respectivement pour mari et femme, manifesté devant l'autorité compétente ;

3° Les conditions intrinsèques, objectives et subjectives requises d'après la nature des choses, afin que le mariage corresponde à sa propre fin ;

4° Les formes d'après lesquelles le mariage doit être célébré.

Chaque loi détermine ces conditions et particulièrement celles qui doivent être réputées essentielles pour l'existence juridique du mariage ; celles nécessaires pour sa validité, et celles requises seulement pour sa célébration régulière. Chaque législateur détermine en outre les conséquences juridiques, qui peuvent résulter de l'absence de l'une ou l'autre de ces conditions par eux requises, et édictent des règles certaines, pour décider si le mariage doit être réputé inexistant,



nul, ou seulement annulable sous certaines conditions déterminées, ou si l'irrégularité, tout en produisant certaines conséquences, ne peut en aucune manière influencer sur la validité de l'acte.

Avant d'exposer quelle est la loi, par laquelle dans chaque cas doivent être régies ces conditions, nous croyons utile de noter que, de la nature même des choses, résulte en général la nécessité de concilier le droit de la famille, qui, jusqu'à un certain point, doit partout rester soumis à l'autorité de la loi personnelle, avec la famille elle-même considérée comme une institution sociale, à l'égard de laquelle chaque souveraineté doit maintenir l'intégrité des principes, qu'elle a admis pour organiser et protéger ainsi le droit social et l'ordre public à l'intérieur de l'État.

Dès lors, il faut, en ce qui concerne les conditions requises pour la constitution de la famille, reconnaître à la fois l'autorité de la loi personnelle et l'autorité de la loi territoriale (à l'égard de certaines règles fondamentales et caractéristiques de cette institution qui intéressent directement le droit social).

Toute la difficulté consiste donc, à déterminer exactement les limites du domaine juridique, dans lesquelles chacune de ces lois doit être applicable.

512. — Il y a lieu en outre de considérer que, bien que le mariage soit un rapport personnel, qui résulte du consentement mutuel, il ne saurait néanmoins être confondu avec les autres actes civils. L'union personnelle peut, de plus, donner lieu à une convention *sui generis*, qui est appelée promesse de mariage. Nous avons dit *sui generis*, parce qu'elle ne saurait être assimilée à un contrat ordinaire.

La promesse de mariage est, en effet, considérée en principe comme sans valeur juridique obligatoire à l'égard du mariage à venir, parce que si elle avait une telle valeur, il en résulterait un attentat direct à la liberté du mariage, et partant une atteinte à l'ordre public. Elle peut cependant

avoir une valeur juridique, comme tout fait de l'homme, dont résulte un dommage pour autrui, et qui comporte l'obligation juridique, pour celui par la faute de qui ce dommage est produit, de le réparer. A ce point de vue, la promesse de mariage doit être considérée comme soumise aux mêmes règles, que les obligations personnelles dérivant du fait licite ou illicite de l'homme, et par conséquent il faudra toujours appliquer la loi du pays où cette promesse a été faite, pour décider sur la réparation du dommage, qui peut résulter de l'inexécution de cette promesse. Il ne saurait être question d'appliquer à la promesse de mariage les mêmes règles qu'au mariage lui-même, et de la soumettre à la loi personnelle de celui dont elle émane, à moins qu'elle n'ait été faite par une personne qui est citoyen du même État que celui dont elle émane, auquel cas l'obligation juridique devrait être considérée comme régie par la loi de leur patrie commune. En dehors de cette circonstance, il faudrait plutôt se reporter à la loi du pays où la promesse aurait été faite, pour décider si l'inexécution donnerait lieu à une action en dommages et intérêts, et pour déterminer le quantum de la réparation.<sup>1</sup>

513. — Nous devons nous borner à exposer les conditions, qui sont requises d'après chaque loi, pour que le mariage puisse exister comme acte de la vie civile, dont dérive la constitution de la famille, et à déterminer celles qui doivent être réputées essentielles pour l'existence juridique de

<sup>1</sup> Aux termes du Code civil italien, lorsque la promesse de mariage a été faite par acte public ou par acte sous seing privé par une personne majeure, ou par un mineur autorisé par les personnes dont le concours est nécessaire pour la célébration du mariage, ou résulte des publications ordonnées par l'officier de l'état civil, celui qui l'a faite et qui refuse, sans justes motifs, de l'exécuter est uniquement tenu d'indemniser l'autre partie des dépenses occasionnées par le mariage ainsi promis.

Compar. pour la France : Aix, 21 mai 1874 ; Caen, 24 avril 1850, Dalloz, 1855, 2, 177 ; — Rouen, 24 février 1865, Sirey, 1865, 2, 5 ; — Caen, 10 juillet 1862, Dalloz, 1862, 2, 129 ; — Code civil autrichien, art. 1328. — Pour l'Allemagne, Windscheid, *Lehrbuch des Pandekrechts*, II, § 489, note 3.



cet acte, celles qui doivent être considérées comme nécessaires pour qu'il remplisse tous les caractères requis pour être valable, celles qui sont exigées pour sa régularité et, en l'absence desquelles, le mariage est susceptible en certains cas d'être annulé, et en d'autres d'entraîner des conséquences onéreuses pour les personnes qui se sont unies sans se conformer aux dispositions de la loi.

Cette distinction est indispensable, pour décider quand le mariage doit être réputé inexistant, quand il doit être réputé affecté de nullité substantielle, quand il peut être seulement invalidé, et quand il peut donner lieu à l'application de certaines dispositions pénales, à la suite de l'inobservation d'un commandement ou d'une défense de la loi.

Nous examinerons chacune de ces quatre catégories de faits dans autant de paragraphes distincts.

## § I.

*De la capacité des parties.*

514. De la capacité pour contracter mariage. — 515. Principes qui ont prévalu en Angleterre et en Amérique relativement à la loi qui doit régir cette capacité. — 516. Notre opinion. — 517. La capacité pour la femme de se remarier doit être régie par la loi personnelle du mari. — 518. Application du principe en cas de divorce. — 519. En cas de veuvage. — 520. Condition juridique des protégés en Orient.

514. — L'homme et la femme qui veulent s'unir par le mariage, doivent être avant tout capables, et pour qu'ils le soient, il faut qu'ils soient en premier lieu des personnes dans le sens juridique du mot, et de sexe différent. Chacun d'eux doit en outre avoir la capacité juridique requise pour cet acte, c'est-à-dire, qu'outre la capacité générale, il doit posséder la capacité spéciale requise pour se marier. Cette capacité doit être régie en principe par la loi personnelle de chacun d'eux.

Il y a lieu à ce sujet, de noter que, bien que la femme acquière par le mariage la qualité de citoyen du pays du mari et le domicile du mari, néanmoins on doit statuer sur sa capacité de s'unir par le mariage d'après sa propre loi personnelle, et non d'après celle qui devient la loi régulatrice de la famille et qui doit régler dès lors la capacité de la femme après le mariage. C'est qu'en effet la femme ne perd sa propre qualité de citoyen et son propre domicile, qu'à la suite et comme conséquence du mariage. Par conséquent, pour ce qui est de sa capacité de contracter mariage, elle doit demeurer soumise à sa propre loi personnelle. Ce principe devra être appliqué, même pour ce qui concerne l'âge requis pour contracter mariage.

515. — Cette théorie n'est pas en principe contestée, par les auteurs, <sup>1</sup> si ce n'est par ceux qui sont d'avis que le mariage doit être soumis en tout aux lois du lieu où il est célébré, non seulement pour ce qui concerne les solennités, mais encore pour ce qui est de la capacité des parties. Telle est notamment, l'opinion de Meyer. <sup>2</sup> Tout le monde comprend facilement qu'en l'admettant, il serait facile de se soustraire à l'empire de la loi personnelle qui déclare une personne incapable de contracter mariage, en se rendant dans un pays étranger où une telle prohibition n'existerait pas, afin de s'y marier sans obstacle.

En Angleterre et en Amérique, on a admis cette doctrine, et on y a considéré comme valable le mariage de l'individu capable de le contracter d'après les lois en vigueur dans ces pays, même lorsque les parties s'y étaient rendues uniquement pour éluder les lois de leur patrie et n'avaient pas dans ces États un domicile *bona fide*.

Story fut l'un des partisans de cette théorie. <sup>3</sup> Pour décider, dit-il, si un mariage célébré à l'étranger entre deux personnes *sui juris* doit être réputé valable en Angleterre, il faut examiner si cette union est régulière d'après la loi du pays où elle a eu lieu. Dans le cas où elle serait régulière d'après la loi du pays étranger, elle devrait être telle également en Angleterre, et si elle n'avait aucune valeur dans ce pays, elle ne devrait en avoir aucune en Angleterre. <sup>4</sup> En admettant

<sup>1</sup> Duranton, I. I, tit. V, n° 232 et 233 ; Savigny, *Traité de Droit romain*, T. VIII, § 379 ; Rocco, 3<sup>e</sup> part., Ch. XVIII ; Zacchariæ, § 469 ; Demolombe, n° 217, 232, 234 (*Du mariage*) ; — Asser, *Droit internat. privé*, § 47 ; Brocher, *Cours du dr. internat. privé*, T. I, § 89 ; Wharton, *On the conflict of Laws*, Ch. IV, §§ 132 et suiv. ; Laurent, *Droit civ. internat.*, T. IV, § 287 ; Calvo, *Le dr. internat.*, 4<sup>e</sup> édit., *Dr. internat. privé*, §§ 750 et suiv. ; Pradier-Fodère, *Droit internat.*, T. III, §§ 1717 et suiv.

<sup>2</sup> *De conflictu legum*, p. 24.

<sup>3</sup> Story, *Conflict of Laws*, § 79 e et § 123 a ; voir aussi Calvo, *Droit internat.*, T. II, § 784 et suiv.

<sup>4</sup> Voir du reste comment la théorie de Story fut expliquée par Lord Cronworth dans l'affaire *Bacon Brook c. Brook*. Lawrence, *Comment. sur le dr. internat.*, T. III, 2<sup>e</sup> part. Ch. II, p. 344.

cette théorie, les tribunaux anglais et américains avaient décidé que la loi du lieu où le mariage avait été célébré devait être appliquée exclusivement, même pour déterminer la capacité des contractants.<sup>1</sup> De telles décisions ne pouvaient en réalité se justifier d'après les principes du droit international. Elles le pouvaient d'autant moins, que les tribunaux anglais avaient appliqué la loi anglaise, pour statuer sur la validité ou la non validité en Angleterre des mariages célébrés par les anglais à l'étranger, ou dans les autres parties du royaume-uni de Grande-Bretagne. De là résulta l'inconvénient très grave, que les mariages célébrés par les Anglais en Ecosse, conformément à la loi en vigueur dans ce pays, étaient réputés valables dans ce pays et non valables en Angleterre.<sup>2</sup>

C'est ainsi notamment qu'un mariage célébré en Ecosse, après la déclaration dans ce pays du divorce d'époux anglais dont la première union avait été célébrée en Angleterre, était réputé valable en Ecosse et nul en Angleterre, parce qu'aux termes de la loi en vigueur dans ce dernier pays, le citoyen anglais était incapable de se remarier du vivant de son conjoint, sauf dans le cas où son divorce aurait été prononcé par un acte du Parlement. Il en résultait, que les fils nés du second mariage étaient réputés légitimes en Ecosse et non légitimes en Angleterre. Il en est de même encore aujourd'hui à l'égard des mariages célébrés entre beau-frère et belle-sœur, qui sont réputés valables dans plusieurs colonies anglaises et principalement dans la Nouvelle-Zélande et dans toute l'Australie, et non valables en Angleterre; de telle sorte que les fils nés d'une telle union célébrée dans les colonies sont réputés bâtards en Angleterre et comme tels incapables de succéder.

<sup>1</sup> Voir, en ce qui concerne le mariage aux Etats-Unis d'Amérique l'important article de Wharton, dans le *Journal du droit international privé*, 1879, p. 229.

<sup>2</sup> Story, § 117 et Lawrence, *Comment. sur le dr. internat.*, T. III, 2<sup>e</sup> partie, Ch. II, p. 344.



Nous devons cependant faire remarquer, que l'ancienne théorie a été récemment modifiée par la jurisprudence, d'après laquelle on a admis que la question de capacité en matière de mariage devait être résolue d'après la loi personnelle, et non d'après celle du pays où le mariage a été célébré. Ce principe fut établi dans l'affaire *Sottemayer c. Barros*.<sup>1</sup> La cour d'appel, en effet, réforma la sentence prononcée en première instance, aux termes de laquelle le mariage célébré par une portugaise en Angleterre en conformité de la loi anglaise avait été déclaré valable, en décidant que la question de capacité devait être régie par la loi personnelle, et non par la *lex loci contractus*. Elle appliqua la loi du domicile, c'est-à-dire la loi portugaise, puisqu'il s'agissait d'un individu domicilié en Portugal, et qu'en Angleterre la théorie qui prévaut, c'est que la capacité des parties doit dépendre de la loi du domicile. Ce qui est important à noter, c'est que la Cour a exclu l'application de la loi anglaise, aux termes de laquelle le mariage du portugais aurait été valable, et l'a déclaré au contraire nul, parce qu'elle a admis que les incapacités personnelles relatives au mariage suivent la personne partout où l'union est célébrée.<sup>2</sup> Cette décision modifie complètement la jurisprudence antérieure et consacre le principe de droit international privé généralement admis, que les capacités ou les incapacités personnelles en matière de mariage doivent être régies par le statut personnel, et non par la loi du pays où le mariage est célébré.

<sup>1</sup> *Court of Probate*, 20 juillet et 12 novembre 1877, 37, L. T., Rép., p. 415, cit. dans le *Journal du droit international privé* de Clunet, 1878, p. 49.

<sup>2</sup> La Cour a discuté dans cette circonstance la doctrine de Story et surtout celle exposée par lui dans les §§ 111, 113, 116 et suiv., et a été d'avis qu'il fallait l'admettre telle qu'elle avait été expliquée par les lords Cranworth et Wensley dans l'affaire *Brook c. Brook*, c'est-à-dire que le mariage entre étrangers, valable d'après la loi anglaise, pouvait être considéré comme valable, lorsqu'il ne devait pas être considéré comme incestueux aux termes de la loi du domicile.

516. — Nous ne pouvons exclure l'application de la loi personnelle pour régler la capacité de se marier, que lorsqu'il en résulte une atteinte au droit public interne et à une loi d'ordre public. C'est ce qui aurait lieu, par exemple, dans l'hypothèse où la loi d'un État étranger reconnaîtrait la mort civile et déclarerait le conjoint du mort civil capable de se marier du vivant de ce dernier. Il est clair que l'application d'une telle loi porterait atteinte au droit territorial d'un État qui n'admettrait pas l'institution anormale de la mort civile. On devrait décider de même dans l'hypothèse d'un homme déclaré capable d'épouser une seconde ou une troisième femme du vivant de la première, aux termes de sa loi personnelle qui admettrait la polygamie. Il ne pourrait pas être permis à cet étranger d'invoquer sa loi personnelle, pour se faire considérer comme capable d'épouser une italienne ou une française en Italie ou en France, ou dans tout autre pays dont la loi défendrait la polygamie.

Nous pensons également que l'incapacité, aux termes de certaines lois, pour les personnes blanches de se marier avec des gens de couleur, ne peut pas être un motif pour considérer ces personnes comme incapables de s'unir avec de telles gens, dans un État dont la loi ne reconnaîtrait pas une telle incapacité.

L'article 489 du Code de l'Alabama de 1876, non seulement défend le mariage entre blanc et nègre, mais punit de la peine des travaux forcés les personnes de couleur différente qui vivent comme mari et femme. On ne saurait certes pas contester, que la loi des États de l'Union américaine puisse régler à sa propre manière le mariage en tant qu'institution sociale, et pour empêcher la fusion des races, déclarer certaines personnes incapables de s'unir par le mariage avec certaines autres. Toutefois, nous sommes d'avis que l'application de cette loi en Italie ou en France porterait atteinte au droit public territorial, qui n'admet aucune diversité de condition juridique entre les personnes de l'espèce humaine suivant leur couleur.

517. — De la règle par nous posée, que la capacité de se marier doit être régie en principe par la loi personnelle de chacun, on devrait conclure que, comme à la suite du mariage, la loi personnelle du mari devient la loi régulatrice de la famille et de la capacité de la femme, qui a acquis par le mariage la qualité de citoyen de l'État de son mari, la capacité pour cette femme de se remarier doit être déterminée d'après la loi personnelle du mari, et non d'après sa propre loi personnelle avant le mariage.

518. — Ce principe peut trouver son application dans l'hypothèse d'une femme originairement citoyenne d'un État, dont la loi défend le divorce et contient une règle conforme à celle de l'article 56 du Code civil italien, qui dispose qu'on ne peut contracter un autre mariage tant qu'on est lié par un mariage précédent. A supposer qu'une femme d'un pays, où se trouve en vigueur une telle loi, se soit mariée à un étranger d'un pays dont la loi permet le divorce, et que le divorce ait été prononcé par le magistrat compétent; lorsque cette femme devenue libre à la suite d'une sentence définitive de divorce, veut se remarier, elle ne peut être réputée incapable de le faire, parce que (si par exemple elle est italienne) le Code civil italien dispose dans l'article 148 que le mariage ne se dissout que par la mort d'un des conjoints, et que l'article 56 déclare incapable de contracter une nouvelle union l'individu lié par un mariage antérieur.

Il faut, en effet, considérer que la femme italienne, en se mariant à un étranger, devient étrangère; que sa loi personnelle, à compter du moment de la célébration du mariage, doit être la loi étrangère qui règle les rapports de la famille étrangère; que pour le seul motif que le législateur italien n'admet pas le divorce, on ne pourrait pas, par application de la loi italienne, déclarer non avenue la dissolution du mariage, à supposer que le mariage ait été légalement dissous d'après la loi à laquelle les époux étaient soumis; que la femme divorcée, ayant acquis définitivement sa liberté

et devant être réputée non mariée à l'égard de tout le monde, doit être réputée telle même dans notre pays. Dès lors, si cette femme demandait à contracter un nouveau mariage en Italie, on ne pourrait pas lui opposer l'incapacité prévue par l'article 56 de notre Code civil, parce qu'on ne pourrait pas admettre qu'elle fût liée par un mariage précédent, alors que nous avons supposé que le divorce aurait été prononcé par le tribunal compétent.

Il y a lieu de faire remarquer que, le point de départ de notre argumentation relative à la capacité pour l'époux divorcé de se remarier étant que la sentence de divorce a été prononcée par un tribunal compétent, il faudra surtout porter son attention sur ce point pour se prononcer sur cette question de capacité.

Étant donné, en effet, que nous supposons avant tout que le mariage a été dissous par la sentence de divorce, l'existence juridique et légale de cette sentence doit être considérée comme la condition *sine qua non* pour pouvoir considérer le conjoint divorcé comme libre. Ce n'est pas ici le lieu de discuter à fond cette question et d'exposer quand le divorce peut être légalement prononcé ;<sup>1</sup> néanmoins, nous dirons de nouveau qu'il faut porter son attention sur ce point, pour déterminer la capacité de l'époux divorcé. Même dans un pays où, le divorce étant reconnu par la loi, il serait admis en principe que l'époux divorcé posséderait la capacité de se marier, pour décider si un étranger divorcé pourrait contracter un nouveau mariage, il faudrait établir d'abord que le divorce aurait été prononcé d'après la loi qui devrait le régir et par le tribunal compétent.

Nous dirons plus loin, s'il est contraire à l'ordre public de reconnaître l'efficacité à cette fin d'une sentence étrangère et de permettre à l'époux divorcé de se remarier dans un pays où la loi défend le divorce.

519. — On devra résoudre de la même manière la ques-

<sup>1</sup> Voir *infra* le chapitre sur le divorce nos 658 et suiv.



tion de la capacité pour la veuve de contracter un nouveau mariage, eu égard au délai requis pour pouvoir le faire. Tout dépend de la loi régulatrice des rapports de famille.

Toutefois, si depuis la mort de son mari la veuve avait acquis de nouveau la qualité de citoyen dans son pays d'origine, on devrait lui appliquer la loi de cet Etat.

520. — Dans l'application du principe par nous établi à l'égard de la capacité, qu'elle doit être régie par la loi personnelle, il peut s'élever une difficulté relativement aux personnes qui habitent l'Orient et qui sont qualifiées *protégés*, ou qui en d'autres termes jouissent du protectorat d'un des États qui ont conclu des capitulations avec le gouvernement ottoman. Il y a trois catégories de protégés :

a) Citoyens ottomans attachés au service des consulats et des légations (drogmans, gardes) ;<sup>1</sup>

b) Étrangers appartenant à un État qui n'a ni représentants ni capitulations ;

c) Membres d'anciennes familles arméniennes, grecques, israélites, etc., qui, établies *ab antiquo* en Orient, ont obtenu le protectorat d'une des légations européennes.

Les *protégés* se trouvent placés dans une condition exceptionnelle d'exterritorialité ; ils sont en effet exempts de la juridiction locale et soumis à la juridiction consulaire. Ce privilège, fondé sur l'usage et non réglé par des conventions spéciales,<sup>2</sup> est personnel et temporaire pour les *protégés* de la première catégorie ; il s'étend aux familles et est transmissible aux descendants pour les *protégés* de la seconde ca-

<sup>1</sup> Les immunités dont jouissent les personnes attachées au service *effectif* des légations et des consulats, ont leur effet même hors du territoire ottoman, toutes les fois que ces personnes se trouvent en un lieu donné pour leur service. Elles ne s'étendent pas aux personnes attachées au service particulier du ministre ou du consul.

<sup>2</sup> Il n'existe aucune capitulation s'occupant des *protégés* : il y a seulement dans toutes les capitulations la prohibition de protéger les sujets ottomans qui ne sont pas attachés au service des consulats ou des légations. Le règlement de 1863 détermine la condition des *protégés* de la première catégorie.

tégorie et dure pour eux, tant que l'État dont ils sont citoyens n'établit pas un représentant près du gouvernement ottoman ; il est permanent et transmissible pour les *protégés* de la troisième catégorie, qui diminuent au fur et à mesure que s'éteignent les familles auxquelles ils appartiennent.

Il est indubitable, que les protégés de la première et de la deuxième catégorie n'acquièrent pas la qualité de citoyen de l'État qui les protège, mais conservent leur qualité originale de citoyen. On pourrait en douter pour ceux de la troisième catégorie, dont on ne connaît pas la qualité originale de citoyen. Néanmoins, il nous semble qu'on doit les considérer comme citoyens ottomans, d'autant plus que d'une part la Sublime-Porte, tout en tolérant la protection, ne cesse pas de les considérer comme des sujets, et que d'autre part les États européens, sans vouloir renoncer au droit de les protéger, n'ont jamais prétendu les considérer comme leurs propres citoyens.

Étant dès lors donné que la condition de citoyen des *protégés* ne saurait être considérée comme modifiée à raison du protectorat, il est naturel d'admettre que, non seulement les dispositions qui concernent la capacité de contracter mariage, mais même celles qui se rapportent à toutes les autres conditions requises à l'égard des citoyens qui veulent s'unir par le mariage à l'étranger doivent être réglées par la loi de leur patrie d'origine, et non par celle de l'État qui leur a accordé le protectorat.<sup>1</sup>

Les tribunaux français ont également appliqué la loi de Moïse aux Israélites indigènes d'Algérie pour déterminer leur capacité de contracter mariage.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Voir en ce sens : Cour de cassation de Turin, 29 novembre 1866, *Annali di giurisprudenza*, 1866, I, 200 ; — Cour de cassation française, 18 avril 1865, Dalloz, 1865, p. 318.

<sup>2</sup> Compar. Alger, 16 mars 1866 (Sportes), *Journ. du palais*, 1867, p. 813 ; — Alger, 19 janvier 1869 (Aboulker), *Journ. du palais*, 1869, p. 1121. Depuis le décret du 24 octobre 1870, les Israélites algériens sont soumis au droit commun français. On applique toutefois toujours la loi de Moïse aux Israélites étrangers et aux Israélites indigènes mariés avant 1870.

## § II.

*Du consentement en vue du mariage et de l'officier public  
compétent.*

521. Le consentement en vue du mariage doit être régi par la loi personnelle. — 522. Cette loi doit régler les conséquences des vices du consentement et l'existence juridique de ces vices. — 523. Du consentement des père et mère ou d'autres personnes, et des actes respectueux requis d'après la loi. — 524. Officier public compétent pour recevoir le consentement durant l'occupation militaire ou dans les districts consulaires. — 525. Compétence des agents diplomatiques. — 526. Jurisprudence en cette matière. — 527. Doutes qui peuvent s'élever dans l'hypothèse d'un mariage célébré devant un ministre ecclésiastique. — 528. Examen des cas où le mariage religieux est substantiel d'après la loi personnelle. — 529. Que doit-on décider lorsque la *lex loci actus* n'a pas été observée en ce qui concerne le rite religieux ? — 530. Cas de deux étrangers appartenant à la même patrie qui auraient contracté mariage devant un ministre ecclésiastique conformément à leur loi nationale dans un pays où ce ministre n'était pas compétent. — 531. Que doit-on décider, lorsqu'aux termes de la loi personnelle le mariage célébré à l'étranger devant un ministre ecclésiastique produit les effets civils ?

521. — Il est essentiel pour l'existence du mariage, d'après la loi de tous les pays, que ceux qui veulent le contracter y consentent respectivement. Dès lors, aux termes des principes généraux du droit, on admet que, lorsque deux personnes n'ont pas réciproquement consenti à s'unir comme époux, le mariage ne peut être considéré comme existant. Toutefois, comme, d'après le droit commun positif, le consentement doit être manifesté d'une façon juridique, et que chaque personne doit rester soumise à sa propre loi pour tout ce qui concerne cette manifestation de sa part, il faut admettre également en cette matière l'empire de la loi personnelle, et c'est d'après cette loi qu'il faut déterminer les conditions que doit remplir le consentement pour être con-

113459

sidéré comme réunissant les caractères juridiques requis pour le mariage, ainsi que les causes dont on peut induire les vices ou l'absence du consentement.

522. — On devra également reconnaître la compétence de la loi personnelle pour déterminer les conséquences juridiques des vices ou de l'absence du consentement, même en ce qui concerne l'exercice de l'action en nullité, et pour décider si la déclaration des futurs de se prendre pour mari et femme peut être valable, lorsqu'elle est subordonnée à un terme ou à une condition, si le consentement doit être manifesté personnellement par la partie ou s'il peut l'être par un mandataire dûment délégué par elle.

La *lex loci actus* peut exercer son empire seulement pour ce qui concerne la forme de la déclaration des parties ; la personne compétente pour recevoir le consentement exprès au moment où les parties le manifestent pour arriver à la célébration du mariage ; la rédaction de l'acte propre à constater l'expression du consentement ; la preuve de la manifestation du consentement. Ainsi, par exemple, si d'après la *lex loci actus*, il n'était pas absolument exigé que le consentement dût être exprimé de vive voix, mais s'il suffisait qu'il fût manifesté à l'aide de moyens non équivoques de nature à ne laisser aucun doute sur la volonté des parties de se prendre respectivement pour mari et pour femme, la déclaration ainsi faite devrait être considérée comme l'expression juridique du consentement.

On devra, au contraire, appliquer la loi personnelle, toutes les fois qu'il s'agira, non de la forme de la manifestation, mais de l'existence juridique du consentement, c'est-à-dire lorsqu'il s'agira d'établir s'il a tous les caractères requis par la loi pour être valable en vue du mariage. Ainsi, par exemple, c'est d'après cette loi qu'on devra décider si la personne judiciairement interdite peut valablement manifester son consentement en vue du mariage ; si la victime d'un rapt le peut également et dans quelles circonstances ; si le consen-



tement doit être considéré comme vicié par la violence morale, par l'erreur sur les qualités physiques, morales ou sociales de l'autre époux.

523. — D'après certaines lois, les personnes qui n'ont pas atteint un âge déterminé ne peuvent pas consentir au mariage sans être assistées de ceux à qui elles doivent demeurer soumises, c'est-à-dire de leur père ou de leur mère, de leur aïeul, ou de leur tuteur, ou de leur conseil de famille. Le consentement de ces personnes peut être requis pour compléter celui de la personne qui veut se marier. Tel est le cas du consentement, qui doit être donné par les père et mère ou l'un d'eux, au moment de la célébration du mariage de leur enfant. D'autres fois, au contraire, il peut être exigé sous la forme de simple conseil et comme conséquence des rapports de puissance paternelle. Tel est le cas de la disposition de l'article 151 du Code civil français, qui concerne l'acte respectueux de la part du fils qui veut se marier après avoir atteint la majorité relative au mariage.

De toute façon, on devra tenir compte de la loi personnelle, pour décider quelle est la nature du consentement des parents, des ascendants ou de toutes autres personnes, et quelles sont les conséquences résultant du manque du consentement de la part de ces personnes : on devra décider de même relativement à la nécessité des actes respectueux requis d'après certaines législations.

Par suite de ces principes, on doit admettre que les étrangers qui, par exemple, veulent contracter mariage en France où, d'après la loi, le conseil des parents est requis, ne peuvent pas être tenus de cette obligation lorsque la formalité de l'acte respectueux n'est pas exigée d'après leur loi personnelle, comme elle ne l'est pas notamment aux termes de la loi italienne. On ne pourrait, en effet, pas objecter qu'en France la disposition de l'article 151 devrait être considérée comme une loi de police obligatoire même pour les étrangers ; car cette disposition, ainsi que celles relatives au sta-

tut personnel et aux rapports de famille, est obligatoire à l'égard des seuls citoyens, à l'exclusion des étrangers.

524. — Le consentement en vue du mariage doit être manifesté par les futurs devant l'autorité compétente, aux termes de la loi territoriale. Il ne peut exister à cet égard aucun doute ; car on ne saurait contester qu'il appartient à l'autorité territoriale seule de fixer les juridictions et de déterminer les compétences sur tout le territoire soumis à son empire.

De là il résulte que, la partie du territoire d'un État occupée par une armée étrangère devant être regardée pendant toute la durée de l'occupation comme un territoire de l'État occupant, on doit reconnaître que cet État peut attribuer compétence à l'autorité militaire pour célébrer les mariages durant l'occupation. On devra, par conséquent, appliquer à ces mariages les règles consacrées par le souverain auquel appartient l'armée d'occupation, de même que les lois promulguées par un souverain doivent être appliquées sur tout le territoire soumis à son empire.

Dans les districts consulaires établis en Orient, on admet, en vertu des capitulations, et par suite d'une fiction juridique, le privilège d'exterritorialité en faveur des citoyens des États étrangers, et on attribue aux consuls la faculté d'exercer à l'égard de leurs nationaux la juridiction en matière civile et pénale, d'après la loi de leur patrie. On doit aussi admettre que ces districts, devant être considérés comme une dépendance du territoire de l'État étranger, la loi de cet État doit régir les mariages célébrés par ses citoyens dans le district consulaire.

525. — La difficulté la plus grave est celle relative aux légations établies à l'étranger, qui ont été aussi considérées comme jouissant du privilège de l'exterritorialité. On a dit, que les mariages célébrés à la légation devant, par suite de ce privilège, être considérés comme célébrés sur le territoire

de l'État auquel la légation appartient, on devrait aussi reconnaître que la loi qui les régit est celle de l'État étranger.

Ce n'est pas ici le lieu de démontrer que l'exterritorialité absolue de l'hôtel de la légation est un contre-sens juridique.<sup>1</sup> Nous dirons seulement que puisque, d'après le droit moderne, l'exterritorialité de cet hôtel ne repose sur aucun fondement, on doit considérer comme impossible que la loi étrangère puisse y exercer son empire, comme s'il était une dépendance du territoire de l'État où cette loi a été promulguée.

Même lorsque la loi d'un État étranger attribuerait à ses agents diplomatiques ou consulaires la compétence nécessaire pour célébrer le mariage à l'étranger, on pourrait seulement admettre que les dispositions à ce sujet seraient applicables, lorsque les deux époux seraient citoyens de cet État, et lorsqu'aux termes des conventions conclues avec l'autre État, cette faculté serait reconnue à titre de réciprocité aux agents diplomatiques et consulaires, ou qu'elle résulterait d'un usage constant. On ne doit dès lors jamais admettre que la loi étrangère puisse attribuer compétence aux agents diplomatiques ou consulaires, même lorsque les deux époux seraient étrangers, ou lorsque l'un d'eux serait étranger.

Aux termes de l'article 13 de la loi fédérale suisse du 24 décembre 1874, le conseil fédéral est autorisé à investir, s'il le juge utile, les agents diplomatiques ou consulaires à l'étranger du pouvoir de recevoir le consentement requis pour le mariage entre citoyens suisses et étrangers. Nous devons toutefois noter, que cette disposition peut être valable seulement en ce qui concerne la Confédération suisse et jamais en ce qui concerne les autres États, à l'égard desquels une loi interne étrangère ne peut modifier les principes de droit international, d'après lesquels la faculté d'attribuer juridic-

<sup>1</sup> Voir notre *Nouveau droit international public*, 2<sup>e</sup> édition, traduit par Ch. Antoine, T. I, Liv. I, Chap. IV. — *Digesto italiano*, v<sup>o</sup> *Agenti diplomatici*.

tion et compétence aux officiers publics est au pouvoir absolu et exclusif de la souveraineté territoriale.<sup>1</sup>

Nous devons dès lors admettre comme règle, que les agents diplomatiques et consulaires étrangers sont incompétents pour recevoir le consentement en vue du mariage entre citoyens d'États différents. Du reste, cette règle est consacrée par la jurisprudence la plus récente.

526. — Il est intéressant de mentionner la décision du tribunal de la Seine du 2 juillet 1874. Il s'agissait d'un mariage célébré à l'hôtel de l'ambassade d'Angleterre à Paris entre un citoyen anglais et une française. Le consentement respectif des époux avait été reçu par le chapelain de la légation en observant les formes de la loi anglaise. La question soulevée était celle de savoir, si ce mariage devait être considéré comme valable ou comme nul. Le tribunal décida de la façon suivante :

« Considérant que l'incompétence de l'officier qui a pro-  
 « cédé à la célébration du mariage constitue une nullité ra-  
 « dicale et absolue, qui a pour conséquence de vicier l'acte  
 « dans son principe, et que celui-ci doit être considéré  
 « comme s'il n'avait jamais eu d'existence légale ;

« Que cela dérive de ce que cet acte n'ayant pu produire

<sup>1</sup> De même en Angleterre, aux termes des statuts 12 et 13 Victoria, Chap. 68, qui règlent les mariages célébrés devant les agents diplomatiques anglais à l'étranger, on admet leur compétence, même lorsque l'un des époux n'est pas anglais. Toutefois, le gouvernement anglais a donné des instructions spéciales à ses agents diplomatiques, et leur a particulièrement recommandé d'avertir les parties, qu'un mariage entre anglais et étranger dans une ambassade britannique pouvait être considéré comme valable en Angleterre, mais que le gouvernement anglais ne prenait aucun engagement d'employer son influence pour faire considérer un tel mariage comme valable dans les autres États. Compar. la circulaire du *Foreign Office* du 28 février 1867, le *Report of Royal Commission of marriage*, où de nombreux faits et documents se trouvent rapportés; Westlake, *Private international Laws*, § 348; Lawrence, *Comment. al Wheaton*, T. III. — En Amérique, au contraire, prévaut l'opinion, que de tels mariages ne peuvent pas même être considérés comme valables aux États-Unis. Voir l'avis de Redfield, cité par Lawrence.



« aucun effet, on pourrait, malgré une possession d'état constante, faire naître contre celui qui en demande la nullité l'exception fondée sur l'article 196 ».<sup>1</sup>

La question a été résolue de même par les tribunaux autrichiens, notamment dans un arrêt de la cour suprême du 17 août 1880, aux termes duquel il fut décidé que le chapelain de l'ambassade anglaise à Vienne ne pouvait pas être considéré comme un fonctionnaire compétent pour recevoir le consentement des époux suivant la loi autrichienne.<sup>2</sup>

527. — Une controverse plus délicate, relativement au fonctionnaire compétent pour recevoir le consentement en vue du mariage, peut se présenter à l'égard des lois d'un État qui exigent la cérémonie religieuse pour l'existence juridique du mariage.

D'après certaines lois, le consentement en vue du mariage doit être manifesté devant un ministre ecclésiastique, auquel il appartient de sanctifier l'union par le sacrement.<sup>3</sup>

Par conséquent, l'union d'un homme et d'une femme ne peut être réputée mariage, que lorsque les deux futurs con-

<sup>1</sup> Tribunal civ. de la Seine, Clunet, *Journ. du droit international privé*, 1874, p. 71. Voir un autre jugement du 21 juin 1873 relatif à un mariage célébré dans l'hôtel de l'ambassade des États-Unis, *Id.*, p. 73.

<sup>2</sup> Clunet, *Journal cit.* 1881, p. 171.

<sup>3</sup> Aux termes des ordonnances en vigueur au Brésil, on refuse tout effet civil aux unions qui n'ont pas été célébrées par un ministre ecclésiastique en personne. Le décret brésilien du 3 novembre 1827 a, en effet, confirmé le décret du concile de Trente relatif à la célébration du mariage, qui est ainsi conçu : *Qui aliter, quam præsentè parochò vel alio sacerdote, de ipsius parochi seu ordinarii licentia, et duobus vel tribus testibus, matrimonium contrahere attentabunt, eos S. Synodus ad sic contrahendum omnino inhabile reddit, et hujus modì contractus irritos facit et annulat.* La loi du 11 décembre 1881 a disposé, que même les non catholiques doivent s'unir par le mariage en observant les formes de leur confession religieuse et se servir pour en faire la preuve des certificats délivrés par le pasteur de leurs églises respectives. Par conséquent, le mariage est considéré à l'égard de tous comme un acte religieux. — Voir Souza Bandera Filho, *Le mariage au Brésil*, dans le *Journ. du droit international privé*, 1881, p. 324.

sentent respectivement à s'unir dans les formes prévues par l'Église et devant un ministre ecclésiastique. <sup>1</sup>

Dans les lois de la majeure partie des États, civilisés on considère comme distinct le caractère religieux que peut avoir le mariage en tant que sacrement, de celui qu'il a comme acte de l'état civil, et on le regarde comme soumis à la loi ecclésiastique sous le premier point de vue, et comme soumis à la loi civile sous le second. <sup>2</sup>

Ce manque d'uniformité des législations peut donner lieu à de graves controverses en cas de mariage célébré à l'étranger. Il peut en effet arriver, que le citoyen d'un État, dont le législateur considère le rite religieux comme essentiel à l'existence juridique du mariage, l'ait célébré dans un pays étranger seulement devant l'officier de l'état civil, et dans les formes prescrites par la loi civile en vigueur dans ce pays. On peut alors se demander si une telle union peut avoir le caractère de mariage d'après la loi de la patrie, qui considère le rite religieux comme essentiel pour l'existence juridique du contrat.

Il peut aussi se faire que le citoyen d'un pays, dont la loi ne considère pas le ministre ecclésiastique comme compétent pour attribuer au mariage le caractère d'acte de l'état civil, l'ait célébré à l'étranger devant un ministre ecclésiastique, ou en observant uniquement le rite religieux suivant la loi de l'Église.

Il pourrait aussi arriver que deux personnes, citoyens du même pays, dont la loi déclarerait le mariage valable en droit civil lorsqu'il serait célébré d'après le rite religieux, se fus-

<sup>1</sup> D'après les lois des États-Unis d'Amérique, les ministres du culte peuvent procéder valablement à la célébration du mariage, et un ministre du culte protestant est compétent à ce sujet. Si toutefois un des époux est catholique, pour que le mariage soit valable, il faut une double cérémonie.

<sup>2</sup> Voir Glasson, *Le mariage civil et le divorce dans les principaux pays de l'Europe*; Lawrence, *Étude de législation comparée et de droit international sur le mariage*, *Revue de droit international*, 1870; Pic, *Mariage et Divorce en droit international*; Calvo, *Droit international*, T. II, 4<sup>e</sup> édition, §§ 796-797.

sent unies en observant seulement les solennités prescrites par l'Église, à l'exclusion de celles édictées en vertu de la loi civile en vigueur au lieu de la célébration. Tel serait le cas d'un mariage célébré en Italie devant le ministre ecclésiastique, par deux étrangers appartenant tous deux à un pays où le mariage religieux suffirait.

Pour bien résoudre ces difficultés, il faut distinguer la question de l'existence du mariage en tant qu'acte de l'état civil, de celle de la forme dans laquelle ce contrat considéré comme institution civile peut être célébré.

L'existence des conditions indispensables pour que le mariage puisse exister comme acte de l'état civil, est une question substantielle, de sorte que le manque de l'une d'elles entraînerait l'inexistence absolue de ce contrat. On ne pourrait du reste pas lui donner l'existence en invoquant la maxime *locus regit actum*, comme s'il s'agissait d'une question de forme ; car cette maxime peut être appliquée seulement à ce qui peut concerner les formalités extrinsèques requises pour la célébration du mariage. Il suffit, en effet, à l'égard de ces formalités, qu'on ait observé les règles prescrites par la loi du lieu de la célébration du mariage.

528. — Passant à l'examen de ces difficultés, nous dirons que, lorsqu'aux termes de la loi personnelle, le consentement nécessaire pour s'unir par le mariage ne pourrait être valablement formulé que devant un ministre ecclésiastique et deux témoins, le citoyen soumis à cette loi ne pourrait contracter à l'étranger un mariage valable dans sa patrie, en observant les seules solennités civiles. Il invoquerait vainement la règle *locus regit actum*, parce que, ne s'agissant pas d'une pure formalité extérieure de l'acte, mais d'une condition nécessaire pour la manifestation du consentement en vue de contracter mariage, l'acte manquerait d'un des éléments indispensables pour exister juridiquement. Du reste, étant donné le principe, que les citoyens restent partout soumis aux lois de leur patrie, il faudrait admettre que

le futur n'aurait pu se soustraire à l'autorité de ces lois en se rendant à l'étranger.<sup>1</sup>

Il ne semble pas toutefois qu'on puisse conclure de là, que le mariage doive être réputé nul à l'égard de la loi du pays où ont été accomplies les solennités civiles qui y sont obligatoires, à l'exclusion de tout rite religieux.

Nous sommes au contraire d'avis, que le mariage devrait être réputé valable dans ce pays, non par le motif que la loi du lieu de la célébration devrait régler les conditions essentielles pour l'existence juridique du mariage, mais par suite des considérations suivantes.

Supposons, pour bien mettre en lumière notre idée, que le mariage soit célébré en Italie devant l'officier de l'état civil dans les formes prescrites par le Code civil italien, et sans observer le rite religieux exigé par la loi étrangère. Indubitablement, cette union devrait être déclarée valable par les tribunaux italiens. En effet, si le mariage, en tant qu'acte constitutif de la famille, doit en principe dépendre de la loi nationale de chacun, et si c'est d'après cette loi qu'on doit déterminer les éléments essentiels pour l'existence juridique de ce contrat ; cependant comme le législateur italien, en consacrant les idées les plus raisonnables admises par la majeure partie des États civilisés, a considéré le mariage, en tant qu'institution civile, comme distinct de ce qu'il peut être en tant que sacrement, l'application d'une loi étrangère, qui ferait dépendre les effets civils du mariage du rite religieux, porterait atteinte à notre droit public territorial, en confondant, relativement au mariage considéré comme acte de l'état civil, la compétence de la puissance civile avec celle

<sup>1</sup> A l'appui de cette opinion, que nous avons déjà soutenue, nous dirons qu'au Brésil, où le droit canon est toujours en vigueur à l'égard des Brésiliens catholiques, les formalités religieuses étant réputées essentielles pour les effets civils du mariage dans l'empire, la jurisprudence a admis que les Brésiliens qui contractent mariage à l'étranger ne peuvent se considérer comme exempts de l'obligation de le célébrer avec le rite religieux, bien que ce rite ne soit pas requis d'après la loi du pays où ils se marient. — Voir l'article cité : *Le mariage au Brésil, loco cit.*, p. 337.



du pouvoir ecclésiastique. Par conséquent, comme ce ne peut être le cas de reconnaître l'autorité de la loi étrangère, il faudrait considérer comme valable pour tous les effets de la vie civile le mariage célébré en conformité de la loi italienne.

529. — En ce qui concerne la seconde question, d'après nous, lorsqu'aux termes de la loi étrangère, le mariage célébré d'après le rite religieux devant un ministre ecclésiastique serait considéré comme acte de l'état civil, on devrait le considérer comme tel partout, ainsi que nous l'avons déjà dit relativement aux actes de l'état civil reçus par des prêtres ou des ministres ecclésiastiques.<sup>1</sup> Nous noterons toutefois que, si d'après la loi étrangère, on admettait le rite religieux et les formes du droit civil, et si on enjoignait de faire précéder la solennité civile du rite religieux sous peine de nullité du mariage, cette disposition ne pourrait pas être opposable en Italie aux étrangers qui s'y seraient mariés uniquement devant l'officier de l'état civil, cela toujours pour le motif, que les lois qui concernent les formalités essentielles pour l'existence du mariage doivent avoir autorité à l'égard des seuls citoyens, et que pour les étrangers il doit suffire d'observer les formes prescrites par la loi locale pour l'existence de l'acte de l'état civil.

Nous dirons finalement que, lorsque la cérémonie religieuse serait considérée par elle-même comme un acte de l'état civil, les étrangers appartenant au même pays qui voudraient s'unir hors de leur patrie, pourraient se marier devant les agents consulaires ou diplomatiques de leur État, en observant les règles prescrites par leur loi nationale, et que leur union ainsi célébrée devrait être considérée partout comme valable, pour la raison déjà indiquée, que l'acte de mariage, en tant qu'acte constitutif de la famille, doit être régi par la loi personnelle de chacun, et doit être réputé valable à l'égard de tout le monde quand il a été célébré en conformité de cette loi.

<sup>1</sup> Voir dernier chapitre du 1<sup>er</sup> volume.

530. — A l'égard de la controverse, qui peut se présenter dans l'hypothèse où deux étrangers appartenant au même État se marieraient religieusement dans un pays, dont la loi exclurait la compétence de l'autorité ecclésiastique en ce qui concernerait le mariage civil, et admettrait seulement celle de l'autorité civile, nous dirons que, comme les conditions requises pour l'existence juridique du mariage ne peuvent pas être soumises aux-mêmes principes que la forme des actes contractuels, on ne pourrait pas décider que le mariage devrait être réputé valable en considération de la règle, que les citoyens du même État peuvent observer la loi de leur patrie relativement à la forme du contrat.

Telle a été cependant l'opinion de certains auteurs, et notamment le Filomusi-Guelfi<sup>1</sup>, qui a soutenu qu'on devait considérer comme valable le mariage célébré en Italie seulement à l'église par des étrangers appartenant au même pays, dont la loi déclare valable le mariage religieux, par le motif que notre loi permet aux étrangers appartenant à la même patrie d'observer les formes prescrites par leur loi nationale pour les actes accomplis en Italie.

Le législateur italien a réellement consacré, par l'article 9 des dispositions générales du Code civil, le principe généralement admis en doctrine et en jurisprudence<sup>2</sup>, que les contractants qui font un acte à l'étranger, ont la faculté de suivre les formes de leur loi nationale, pourvu que cette loi soit commune à toutes les parties.

Mais peut-on dire que les solennités civiles ou religieuses du mariage constituent une question de forme, rentrant dans l'application de la règle *locus regit actum*? Peut-on admettre que la faculté pour les contractants d'observer les formes prescrites par leur loi nationale dans les actes par eux accomplis à l'étranger puisse faire considérer comme valable en Italie un mariage célébré dans la forme religieuse, par la seule

<sup>1</sup> Voir sa monographie : *Locus regit actum* et la note sous l'arrêt de la Cour de Lucques, *Foro Italiano*, 1877, 1190.

<sup>2</sup> T. I, § 228.

raison que cette forme suffit d'après la loi nationale des époux étrangers ? Cela ne nous semble pas admissible, parce qu'on arriverait ainsi à confondre ce qui concerne les conditions requises pour l'existence juridique d'un acte avec la forme et les solennités extrinsèques de ce même acte. Le mariage ne peut exister en Italie comme acte de l'état civil, que lorsqu'il a lieu devant l'officier de l'état civil, qui est exclusivement compétent. Célébré uniquement devant un ministre ecclésiastique, il est inexistant comme acte de l'état civil, parce que la loi italienne considère ce ministre comme incompetent. Or, en admettant comme incontestable, que la détermination et l'attribution de la compétence aux officiers publics appartient seulement à la souveraineté territoriale; que la loi qui concerne cette détermination et cette attribution fait partie du droit public interne; que ce droit doit avoir une autorité territoriale absolue, et qu'on ne peut y déroger en vertu de la loi étrangère, il est évident que les étrangers qui se marient en Italie ne peuvent pas utilement invoquer leur loi personnelle, en tant qu'elle attribue compétence à l'autorité ecclésiastique à l'égard du mariage comme acte de l'état civil. C'est qu'en effet, il en résulterait une atteinte au droit public italien qui déclare cette autorité incompétente.

On ne saurait, pour soutenir l'opinion contraire, invoquer l'argument, dont se prévaut Filomusi, que d'après la jurisprudence généralement admise dans la pratique, on considère comme valables les mariages contractés devant leurs consuls nationaux par les étrangers appartenant au même État, en observant les formalités prescrites par leur loi personnelle, parce que cet argument n'est pas décisif. Autre chose, en effet, est la forme dans laquelle on peut procéder à la célébration du mariage civil, autre chose, la compétence juridique indispensable pour l'existence de l'acte et le point de savoir si elle doit être attribuée au pouvoir civil ou au pouvoir religieux.

En admettant que la compétence relative au mariage en tant qu'acte de l'état civil soit attribuée à la puissance civile

conformément à la loi territoriale, on peut sans inconvénient décider que, lorsqu'aux termes de la loi étrangère les consuls pourraient exercer les fonctions d'officier civil et assister à l'étranger à la célébration du mariage entre citoyens de l'État auquel ils appartiennent, en observant les formes prescrites par leur loi nationale, le mariage ainsi célébré devant eux devrait être regardé comme valable en Italie et partout. C'est la juste conséquence du principe communément admis, que les consuls étrangers peuvent exercer toutes les fonctions qui leur sont attribuées par leur loi nationale, y compris celles d'officier de l'état civil, et qui n'ont pas été exceptées dans la convention consulaire ou dans l'*exequatur* qui leur a été accordé. D'autre part, à supposer que le consul soit compétent, on doit toujours réserver la faculté pour les étrangers appartenant au même pays de suivre les formes prescrites par leur loi nationale pour les actes accomplis hors de leur patrie devant le consul. Mais on ne peut trouver là aucune raison, pour attribuer, en vertu d'une loi étrangère, la compétence à l'autorité ecclésiastique dans un pays, dont la loi déclare le pouvoir civil exclusivement compétent pour célébrer le mariage.

Nous concluons, dès lors, que, dans notre hypothèse, le mariage célébré uniquement devant l'autorité ecclésiastique doit être considéré comme juridiquement inexistant en ce qui concerne tous les effets civils de cet acte. Nous dirons plus loin, s'il peut avoir le caractère de mariage putatif.

La question que nous avons discutée peut présenter une importance toute spéciale, dans le cas où la loi personnelle disposerait que le mariage religieux produirait tous les effets civils, même s'il avait été célébré à l'étranger suivant le rite de la religion catholique.

531. — Nous trouvons une disposition de ce genre dans le Code civil de la République argentine, dont l'article 164 est ainsi conçu : « Le mariage célébré dans un pays étranger, où il ne produirait aucun effet civil, en produira néan-



« moins dans la République, s'il a été célébré selon les lois  
« de l'Église catholique. » Il est clair qu'en vertu de cette  
disposition, le mariage célébré en Italie devant un prêtre ca-  
tholique par deux Argentins est valable pour tous les effets  
civils dans leur pays ; mais nous ne saurions admettre, mê-  
me dans ce cas particulier, qu'il puisse l'être en Italie. On  
invoquerait vainement la disposition de l'article 6 des dis-  
positions préliminaires du Code civil italien, qui dit que les  
rapports de famille sont régis par la loi de la nation à la-  
quelle la famille appartient, et celle de l'article 9, qui laisse  
aux contractants qui appartiennent au même pays la faculté  
de suivre les formes de leur loi nationale pour tous les actes  
faits par eux en Italie. En effet, comme il s'agirait toujours  
de la compétence d'un officier public en Italie, et qu'en ce  
qui concerne l'attribution de cette compétence on doit con-  
sidérer comme absolue et exclusive l'autorité de la loi ter-  
ritoriale, on ne pourrait jamais reconnaître en cette matière  
l'autorité de la loi argentine.

Nous pensons qu'un tel mariage ne peut pas être réputé  
valable même dans les autres États, parce que tous admettent  
comme règle commune de droit international que le mariage  
doit être célébré d'après la loi du pays où les époux s'unis-  
sent. Or l'inobservation de cette règle serait un obstacle in-  
surmontable à ce que le mariage pût être réputé valable dans  
les autres États. Par conséquent, dans l'hypothèse que nous  
avons faite, il devrait être réputé valable uniquement à l'é-  
gard du droit argentin et pour les effets civils qu'il pourrait  
produire dans la République Argentine.

## § III.

*Des conditions intrinsèques du mariage.*

532. Le mariage doit remplir certaines conditions qui doivent être fixées par la loi. — 533. Principes généraux pour déterminer la loi qui doit régir ces conditions. — 534. Le délai pour se remarier doit dépendre de la loi personnelle. — 535. De cette loi doit dépendre aussi l'empêchement fondé sur la différence de condition religieuse. — 536. De l'empêchement de l'ordination et du vœu religieux. — 537. Autorité de la loi territoriale qui défend la polygamie. — 538. Empêchement fondé sur la parenté. — 539. Rapport de l'adoption. — 540. Principe général relatif à l'application de la loi territoriale.

532. — Le mariage, d'après les principes du droit rationnel, est par lui-même une institution qui a des rapports intimes avec l'ordre civil et avec l'ordre moral.<sup>1</sup> Il consiste en effet dans la société permanente de deux personnes de sexe différent, unis dans l'intention d'imprimer à leur union sexuelle et à toutes les relations qui en naissent naturellement, le caractère de la moralité. On peut, par conséquent, dire avec raison que le mariage est la base de l'ordre moral, de l'ordre public et des bonnes mœurs, et il est naturel que, pour que cette institution puisse répondre à son but, elle doive remplir certaines conditions intrinsèques, indépendamment des conditions extrinsèques, telles que les solennités et les formes, dont nous nous occuperons au paragraphe suivant.

Chaque loi détermine les conditions nécessaires pour contracter mariage et les caractères intrinsèques que l'union conjugale doit réunir. On ne saurait méconnaître que les dispositions de chaque loi, prises dans leur ensemble, et en ayant égard aux citoyens soumis à l'empire de cette loi,

<sup>1</sup> Pradier-Fodéré, *Droit international*, T. III, §§ 1729-1732.

doivent être, regardées comme des dispositions d'ordre public.

Elles pourvoient, en effet, à l'organisation de la famille, de façon à lui donner la base de moralité en harmonie avec les convictions juridiques, avec les sentiments moraux et avec les croyances du peuple qui forme l'État.

533. — Dès lors, la question qui s'offre à notre discussion est la suivante: la loi territoriale qui détermine les conditions intrinsèques du mariage doit-elle exercer son autorité sur les étrangers, qui entendent le contracter dans l'État, comme elle l'exerce indubitablement à l'égard des citoyens soumis à son empire?

Il faut avant tout considérer, que certaines de ces conditions sont requises par suite de l'impérieuse nécessité de maintenir intégralement le principe moral, que chaque souveraineté considère comme le fondement substantiel de la famille elle-même: tandis que d'autres sont exigées pour conserver l'organisation de la famille d'après les principes admis par le législateur, et pour maintenir les relations et les rapports de famille tels qu'ils ont été établis par la loi.

Or, il nous paraît clair qu'une différence doit être faite entre ces deux catégories de dispositions. Les premières doivent avoir une autorité absolue sur le territoire à l'égard de tout le monde, parce qu'on ne saurait admettre qu'une famille puisse être constituée dans un État en violation du principe, qui a été proclamé par le législateur comme le fondement substantiel de cette même famille, sans porter atteinte au droit public territorial et aux bonnes mœurs.

Les secondes, au contraire, ne peuvent pas avoir la même autorité à l'égard de tous; car, ayant pour but le maintien de l'organisation de la famille et des relations entre les membres de celle-ci, elles doivent avoir autorité seulement sur les personnes soumises à l'empire de la loi régulatrice des rapports de famille.

La distinction que nous avons faite doit nous guider pour

distinguer parmi les dispositions qui concernent les conditions intrinsèques du mariage, celles qui doivent avoir l'autorité de statut réel, et celles qui doivent avoir celle du statut personnel, c'est-à-dire celles que les étrangers qui entendent se marier dans l'État ne peuvent jamais enfreindre, aussi bien lorsqu'elles contiennent une injonction que lorsqu'elles renferment une défense, et celles qui sont obligatoires pour les seuls citoyens, soit qu'ils célèbrent leur mariage dans l'État, soit qu'ils le célèbrent à l'étranger.

534. — Etant admise cette distinction, nous pensons qu'on doit considérer comme soumises au statut personnel, non seulement les conditions qui concernent la capacité et celles qui subordonnent le consentement des futurs époux à celui des personnes appelées à consentir au mariage de chacun d'eux, mais encore celles qui ont pour but de pourvoir aux intérêts des membres de la famille. Telle est, par exemple, celle, d'après laquelle il est défendu à la veuve de se remarier avant l'expiration d'un terme fixé à partir de la dissolution ou de l'annulation du mariage précédent.

Cette disposition, ayant pour but de sauvegarder les droits des héritiers du premier mari en concurrence avec ceux du second, et de prévenir la confusion de part, fait partie du statut personnel. En effet, c'est à la loi personnelle de chacun qu'il appartient de pourvoir à ce que les droits patrimoniaux des membres de la famille soient convenablement protégés. Du reste, il est incontestable qu'on ne saurait admettre que l'ordre public territorial soit troublé, si le veuf ou la veuve étrangers ne peuvent pas se remarier avant l'expiration du deuil légal à eux imposé d'après la loi étrangère,<sup>1</sup> ou s'ils peu-

<sup>1</sup> D'après la loi suédoise, l'homme ne peut pas se remarier avant six mois à partir de la mort de sa femme, et la femme avant un an à partir de la mort de son mari. Cette loi exige, en outre, qu'auparavant ait eu lieu le partage légal des biens entre les enfants et les autres héritiers de l'époux prédécédé. — Voir Olivecrona, dans le *Journal du droit international privé*, 1883, p. 347.



vent le faire avant l'expiration du délai fixé par la loi territoriale, à supposer que la loi personnelle de la veuve ait statué d'une façon différente pour éviter la confusion de part.

535. — Nous pensons également que c'est de la loi personnelle, que doit dépendre la condition qu'il n'existe pas de différence de condition religieuse entre les époux. Par conséquent, si la loi personnelle de l'un disposait, par exemple, comme le Code civil autrichien dans l'article 64, qu'il ne peut être valablement contracté de mariage entre chrétien et non chrétien, cette prohibition pourrait frapper seulement les personnes soumises à l'autorité de cette loi, et non les étrangers, parce qu'en substance elle aurait pour but de régler la capacité ou d'assurer la prépondérance de la religion de l'État et ne devrait avoir d'autorité qu'à l'égard des personnes qui feraient partie de la même communauté politique.

536. — L'empêchement qui dérive de la condition religieuse de la personne, tel que celui en vertu duquel il est défendu au prêtre catholique et au moine profès de se marier doit dépendre aussi de leur loi personnelle.<sup>1</sup> Il faut toutefois entendre cela, en ce sens que dans les lieux où il serait expressément défendu par la loi au prêtre catholique et au moine profès de se marier, il ne pourrait leur être permis de contracter mariage s'ils voulaient le faire dans un autre pays où existerait une loi qui, inspirée par la liberté religieuse, ne contiendrait pas une telle prohibition. Nous avons

<sup>1</sup> Nous différons complètement d'avis sur ce point avec l'auteur. Pour nous, dans les pays où, aux termes du droit public, la liberté religieuse est la règle et où on ne reconnaît aucuns vœux religieux, on ne doit pas admettre l'application de la loi étrangère défendant à ses nationaux de se marier avec des personnes d'une croyance religieuse déterminée, ou de se marier d'une façon absolue s'ils sont prêtres ou moines. Cela serait contraire à l'ordre public et aux principes de liberté reconnue par le droit public territorial, au même titre que la polygamie (Note du traducteur Ch. A.).



dit qu'il était nécessaire qu'il existât une disposition expresse, parce qu'en l'absence de celle-ci, si la prohibition était établie uniquement par la jurisprudence, il ne serait pas nécessaire de l'admettre, par la considération qu'on ne saurait attribuer aux sentences des tribunaux étrangers la même autorité qu'aux lois.

Nous avons, en outre, ajouté que la loi personnelle étrangère doit avoir autorité en tant qu'elle défend au citoyen qui a la qualité de prêtre catholique de se marier, parce qu'on ne saurait se dispenser de considérer les citoyens comme soumis partout à l'empire de leur propre loi, et d'autre part nous sommes d'avis qu'aucun État ne devrait autoriser les étrangers à célébrer un mariage qui pourrait être annulé dans leur patrie.<sup>1</sup> Toutefois, si le mariage avait été célébré dans un lieu où il ne serait pas défendu au prêtre ou au moine de se marier, et s'il s'agissait de le faire déclarer nul, la solution, ainsi que nous le dirons plus bas, pourrait être différente.<sup>2</sup>

537. — Nous pensons, au contraire, que la loi territoriale doit régir le mariage, en tant qu'il s'agit des conditions requises pour l'existence juridique de l'union conjugale comme telle, et des caractères intrinsèques indispensables, que l'union sexuelle doit réunir pour pouvoir être réputée mariage en droit positif.

Telle est la loi qui défend la polygamie. Nous n'entendons pas discuter le fondement de cette loi, parce que cela ne rentre pas dans le champ de notre étude. Nous croyons cependant qu'il est évident que, dans tout État civilisé où on dé-

<sup>1</sup> Aux termes de la loi de la République argentine, il est défendu aux prêtres catholiques et à toute personne appartenant à un ordre reconnu par l'Église catholique et liée par des vœux solennels de chasteté, de se marier ; et cette loi, non-seulement déclare sacrilège une telle union et sacrilèges les fruits qui en proviennent, mais punit sévèrement ceux qui commettent un tel sacrilège. — Voir l'article de Dairea, dans le *Journal du droit international privé*, 1886, p. 292.

<sup>2</sup> Voir *infra*, n° 579.

fécond la polygamie et où par suite on la punit comme un délit, on ne saurait invoquer la loi personnelle pour être admis à épouser plusieurs femmes. En effet, aucun étranger qui habite le territoire d'un État ne peut utilement se prévaloir de la loi de son propre pays pour commettre un acte délictueux. Nous verrons par la suite quelles peuvent être les conséquences d'un mariage *polygamique*, célébré dans un État où il est permis, par des personnes soumises à la loi de cet État.

538. — On doit dire la même chose de la loi qui prohibe le mariage incestueux, c'est-à-dire celui entre personnes unies par les liens du sang. Il est évident qu'il ne peut, d'après le droit naturel lui-même, exister de société conjugale entre la mère et le fils, entre le père et la fille, entre les frères et les sœurs. Aucun doute n'est possible à ce sujet. Il ne peut se présenter de difficulté que relativement aux mariages prohibés entre parents au-delà du second degré et entre alliés, mariages qui ne peuvent être réputés tous immoraux d'après la loi de la nature, bien qu'ils le soient d'après la loi morale, telle qu'elle est entendue par chaque peuple, eu égard à ses convictions juridiques et aux bonnes mœurs.

Tel est, par exemple, le mariage entre beau-frère et belle-sœur, permis d'après certaines lois, défendu par d'autres, et qui même d'après celles qui l'interdisent, peut avoir lieu à la suite d'une dispense accordée par le roi ou le chef de l'État.

Nous pensons qu'il est indispensable à l'égard des lois qui défendent le mariage en considération des liens du sang et des rapports de famille, de faire une distinction entre elles, en tenant compte du motif de la disposition elle-même. L'union conjugale entre frères fait horreur, parce qu'elle est contre la loi de la nature, mais on ne peut pas dire la même chose de l'union entre cousins : aussi toutes les lois ne considèrent-elles pas ce rapport de parenté comme un obstacle au mariage. De même, on ne peut pas regarder comme contraire

au droit de la nature l'union conjugale entre alliés. En Allemagne, par exemple, la loi de 1875 a supprimé la défense de se marier entre cousins et entre tante et neveu, et dans l'empire britannique, on constate l'anomalie, que le mariage entre beau-frère et belle-sœur est permis dans les colonies (principalement dans la Nouvelle-Zélande et dans l'Australie), et défendu en Angleterre. En Italie, cette prohibition existe, mais elle est facilement écartée par la dispense royale.<sup>1</sup>

Dans cet état de fait, on ne saurait dire que le mariage entre alliés, aux degrés prévus par la loi civile, présente le même caractère honteux que celui entre parents en ligne directe et entre frère et sœur. Il suffit, en effet, de considérer que les lois des États, qui ont la même culture et les mêmes coutumes morales, sont ici plus, là moins sévères, pour défendre le mariage entre alliés en ligne collatérale et entre parents au-delà du second degré, et que toutes admettent généralement la faculté d'écarter l'empêchement au moyen d'une dispense, qui peut être accordée même aux termes du droit canon.

Le mariage entre beau-frère et belle-sœur n'est pas défendu dans la majeure partie des États.<sup>2</sup> Il faut dès lors reconnaître que la loi qui interdit le mariage entre beau-frère et belle-sœur est seulement motivée par la façon différente d'entendre les rapports de famille, et doit, par conséquent, faire partie du statut personnel, et qu'on doit décider, d'après ce statut, si les rapports d'alliance doivent ou non constituer un empêchement à la célébration du mariage.

<sup>1</sup> En 1885, d'après la statistique du ministre de la justice, il a été accordé en Italie 1508 dispenses : 167 entre oncles et nièces et 1341 entre beaux-frères et belles-sœurs. Les dispenses furent refusées dans 498 cas seulement : Dans 200 il s'agissait des oncles et des nièces, et dans 298 des beaux-frères et des belles-sœurs.

<sup>2</sup> En Angleterre, où le mariage entre beau-frère et belle-sœur est encore prohibé, différentes tentatives ont été faites pour écarter cet empêchement. En 1876, un projet de loi fut présenté pour faire déclarer valable en Angleterre le mariage célébré par des Anglais dans les colonies anglaises où une telle union n'est pas défendue.

Nous pouvons admettre que si deux étrangers domiciliés dans un pays voulaient s'unir par le mariage et étaient parents en ligne collatérale au-delà du second degré, et si l'empêchement n'existait pas d'après leur loi personnelle, mais d'après la loi territoriale, ils devraient se soumettre aux dispositions de cette loi pour ne pas porter atteinte aux bonnes mœurs ; mais il ne nous semble pas également qu'on pourrait considérer les bonnes mœurs comme atteintes par le fait que deux cousins étrangers domiciliés s'uniraient par le mariage, à supposer qu'il n'existât aucune prohibition d'après leur loi personnelle. Nous avons d'autant plus raison de soutenir cette idée, que presque toutes les lois admettent que l'empêchement peut être écarté au moyen de la dispense du chef de l'État. Or, si deux étrangers ne sont pas obligés de provoquer une telle dispense d'après leur loi personnelle, à quel titre pourraient-ils être contraints de la demander ?

539. — La loi, qui défend le mariage entre l'adoptant, l'adopté et ses descendants, et entre les fils adoptifs de la même personne, doit être considérée comme étant l'une de celles qui sont obligatoires, même à l'égard des étrangers. Les raisons de haute moralité, pour lesquelles est interdit le mariage entre les enfants adoptifs de la même personne, entre l'adoptant, l'adopté et le conjoint de l'adopté, viennent à l'appui de l'opinion que nous soutenons, que la loi qui consacre l'empêchement doit avoir l'autorité de statut réel, bien que, comme nous le démontrerons plus bas, les rapports qui dérivent de l'adoption doivent être régis par la loi personnelle.

540. — Nous sommes aussi d'avis qu'on doit attribuer l'autorité de statut réel à toutes les autres dispositions qui, pour des motifs de moralité et de police, consacrent une défense absolue de célébrer le mariage. Telle est, par exemple, la prohibition de l'article 62 du code civil italien, qui dispose que celui qui, dans une instance criminelle, a été reconnu

auteur ou complice d'un homicide volontaire commis, manqué ou tenté sur la personne d'un des conjoints, ne peut pas s'unir par le mariage avec l'autre conjoint. Les raisons d'ordre moral, qui ont motivé cette disposition, sont évidentes ; de même qu'il est évident, qu'une telle prohibition doit être opposable même aux étrangers d'un pays où on n'admet pas cet empêchement.

---



## § IV.

*Des formalités requises pour la célébration du mariage.*

541. Les formalités requises pour la célébration du mariage tombent sous l'application de la règle, *locus regit actum*. — 542. D'après le droit américain, il n'est requis aucune solennité. — 543. Droit en vigueur en Angleterre. — 544. Certaines formalités peuvent être rendues nécessaires par la loi personnelle. — 545. De la nécessité des publications dans la patrie. — 546. Comment peut-on, dans la pratique, prévenir l'inobservation de la loi de la patrie. — 547. Mariages célébrés devant les consuls. — 548. Mariages célébrés dans l'empire ottoman.

541. — On admet communément que les formes, qui doivent être observées pour la célébration du mariage, sont régies par la règle *locus regit actum*. Les juristes et les canonistes sont d'accord sur ce point. Sanchez lui-même s'exprime ainsi : *Peregrini teneantur legibus et consuetudinibus loci, per quem transeunt, quoad solemnitatem*,<sup>1</sup> et soutient qu'un mariage clandestin accompli dans un pays qui a admis les dispositions du concile de Trente, qui le défendent, n'est pas valable, bien qu'il soit permis par la loi des contractants. Les juristes sont tellement d'accord qu'on peut considérer cette doctrine comme une *communis opinio*.<sup>2</sup>

Par conséquent, on a décidé que dans les pays où est encore en vigueur le décret du concile de Trente, et où la loi considère le mariage comme un acte de l'état civil soumis à ce décret, ce contrat célébré conformément à ce texte quant

<sup>1</sup> Sanchez, *De matrimonio*, 1, 3, d. 18, p. 29.

<sup>2</sup> Voët, *De statut.*, § 9, c. 2, n. 9; Kent, *Comment.*, sect. 26, p. 91; Merlin, *Répert.*, v<sup>o</sup> *Mariage*; Boullenois, T. II, p. 458; Savigny, *Traité de droit romain*, T. VIII, § 279; Schœfner, *Droit privé international*, § 100; Fœlix, T. II, p. 417; Zachariæ, § 468, n<sup>o</sup> 2; Pradier-Fodéré, *Droit international*, T. III, § 1719.

à la forme doit être réputé valable même à l'égard de la patrie des contractants.<sup>1</sup>

De même, la loi russe disposant que le mariage peut être célébré en Russie d'après les règles et les rites de chacune des religions tolérées dans l'empire, et sans faire aucune exception à l'égard des musulmans, des israélites et des païens, le mariage entre israélites célébré en Russie dans la maison du père de la future suivant le rite de la religion hébraïque, en présence du rabin, doit être réputé valable.

On devra aussi admettre dans cette circonstance, que l'acte signé par le rabin devra tenir lieu d'acte de l'état civil et suffira pour constater la célébration du mariage.

542. — D'après le droit commun de l'État de New-York, pour qu'un mariage soit légal et valable, il n'est exigé aucune cérémonie, aucune célébration devant un magistrat, un ministre ou un prêtre : il suffit que les parties consentent réciproquement à s'unir comme mari et femme. L'essence du mariage est le consentement réciproque, et la manifestation valable de ce consentement n'est soumise à aucune forme, ni à aucune solennité.<sup>2</sup>

Comme la loi commune des États-Unis favorise plutôt la présomption du mariage et par conséquent la légitimité des enfants que celle des unions illégitimes, cette présomption est admise avec la plus grande facilité, lorsqu'il s'est écoulé un long intervalle depuis que deux personnes ont commencé à vivre publiquement comme mari et femme.

Quand on peut présumer que l'union de deux personnes est l'union conjugale, et que cette présomption résulte des cir-

<sup>1</sup> Compar. tribunal de la Seine, 14 mars 1879, Clunet, *Journal du droit international privé*, 1879, p. 281.

<sup>2</sup> Wharton défend le droit américain, parce que, suivant lui, il favorise le mariage. Toutefois il reconnaît les inconvénients qui peuvent résulter d'une loi qui autorise des unions clandestines. — Voir son article, *Du mariage aux États-Unis*, dans le *Journal du droit international*, 1879, p. 229, 509.

constances, on admet en principe que les personnes ont été unies plutôt par le mariage que par le rapport d'un concubinage illicite. Ainsi le fait qu'une femme a abandonné la maison paternelle sans opposition de la part de sa famille, le fait qu'elle a porté le nom de celui qui passait pour son mari, le fait que les individus vivant comme mari et femme ont fait baptiser leurs enfants sous leur nom en déclarant qu'ils étaient issus du mariage, sont des circonstances considérées comme suffisantes pour établir la présomption légale, que le père et la mère de ces enfants étaient unis en légitime mariage, et il faudrait les preuves les plus concluantes et les moins équivoques pour combattre une telle présomption. <sup>1</sup>

Or, il faut admettre que dans le cas d'un mariage célébré dans des États, où serait en vigueur un semblable droit, un acte de notoriété, dont résulterait l'état d'époux, devrait être considéré comme suffisant pour l'établir. Cela fut, du reste, admis par la Cour de cassation française à l'égard d'un mariage célébré en Pensilvanie. Elle décida que, comme il n'était exigé dans ce pays pour constater l'existence légale du mariage ni acte religieux, ni acte authentique, ni même aucun acte privé, et qu'il suffisait pour prouver le mariage de la cohabitation avec la réputation d'être uni comme mari et femme, un tel fait devait être considéré comme suffisant pour établir l'existence légale du mariage, même à l'égard du droit français et dès lors la légitimité des enfants qui en étaient issus ; et en outre, que l'arrêt qui, appréciant les faits et les circonstances, avait admis qu'on devait attribuer l'état de mari et femme légitime à deux personnes unies en Pensilvanie conformément à la loi de ce pays, ne pouvait pas, pour ce qui concernait l'appréciation des circonstances de fait, être sujet à cassation. Il appartient dès lors au tribunal de décider d'après sa prudente appréciation, si les trois éléments constitu-

<sup>1</sup> Voir sur le droit commun des États-Unis en matière de mariage Lawrence, *Commentaire sur les éléments du droit international de Henri Wheaton*, 2<sup>e</sup> partie, t. III, p. 323 et suiv. ; — Wharton, *On the conflict of Laws* § 173, Clunet, *Journal du droit international privé*, 1879, p. 316.

tifs de l'état d'époux (*nomen, tractatus, fama*) résultent des circonstances. <sup>1</sup>

543. — Nous croyons utile de dire que, d'après certaines législations, on exige aussi la résidence ou la demeure dans le pays, pour pouvoir utilement se prévaloir de la loi qui y est en vigueur et qui permet de célébrer le mariage dans une forme donnée.

En Angleterre, pour couper court aux mariages célébrés à Gretna-Green, <sup>2</sup> on édicta que la loi en vigueur en Écosse, aux termes de laquelle il est permis de célébrer le mariage sans aucune solennité ou par *verba de presenti*, ne pourrait être utilement invoquée, que par les personnes qui auraient leur résidence dans ce pays ou qui y auraient vécu au moins vingt-et-un jours avant de se marier. Cette loi sanctionnée le 31 décembre 1856 doit être considérée comme obligatoire à l'égard de tous. Il faut en effet admettre en principe, que la loi d'un État qui établit que le mariage célébré sur une partie de son territoire, dans certaines circonstances, doit être réputé clandestin, doit être réputée impérative même pour les étrangers, en vertu des principes *locus regit actum*.

544. — Il y a lieu ici de noter que, comme aux termes de la loi personnelle des époux, il peut leur être imposé de remplir certaines formalités dans leur patrie, pour pouvoir se marier valablement à l'étranger, les citoyens ne peuvent se soustraire à une telle disposition quand ils s'unissent hors de

<sup>1</sup> Cass. française, 13 janvier 1857 (De Palmy), *Journal du Palais*, 57, 398; — Paris, 20 janvier 1873 (Dussance), *id.*, 73, 721, voir sous cet arrêt la note de Massé; — voir aussi *Journal du droit international privé*, 1874, p. 243.

<sup>2</sup> D'après le droit en vigueur en Écosse et la jurisprudence de ce pays, il est admis que le consentement des contractants donne naissance au mariage. De là est dérivé l'usage de célébrer des mariages devant le maréchal ferrant de Gretna Green, qui délivre un certificat, que, lorsqu'il y a lieu, il est tenu de confirmer par serment, afin de constater que les époux ont consenti en sa présence à se prendre pour mari et femme.



leur pays. Par conséquent, il appartient aux tribunaux de la patrie de chacun de décider, si le mariage célébré à l'étranger par un citoyen peut ou non être regardé comme clandestin à raison de l'inaccomplissement dans la patrie des formalités exigées par la loi. <sup>1</sup>

545. — Les publications officielles, qui doivent être faites par les soins de l'officier de l'état civil, sont une des formalités, qui doivent précéder la célébration du mariage. Il est clair que, lorsqu'elles sont requises aux termes de la *lex loci actus*, elles doivent être faites en tout conformément à cette loi. Nous dirons toutefois que si, aux termes de cette loi, il était enjoint à l'officier de l'état civil de ne procéder aux publications, qu'après justification du consentement des ascendants et des autres personnes dont le consentement serait nécessaire, cette disposition ne serait pas applicable aux étrangers en vertu du principe *locus regit actum*, parce qu'à l'égard de la nécessité du consentement, il faut se reporter aux principes exposés plus haut, d'après lesquels elle est régie par le statut personnel et non par le statut applicable aux formes.

Certaines lois imposent en outre aux citoyens qui veulent contracter mariage à l'étranger, de le faire précéder de publications dans leur patrie. C'est ce que disposent notamment, les Codes civils français (art. 170), italien (art. 100), autrichien (art. 4), et néerlandais (art. 138 et suiv.).

La loi italienne, la loi française et d'autres législations imposent aussi aux citoyens l'obligation de faire transcrire dans un certain délai, sur les registres de la commune à laquelle ils appartiennent, l'acte de mariage reçu à l'étranger.

Incontestablement les citoyens doivent obéir à ces prescriptions, lorsqu'ils se marient à l'étranger. Nous verrons par

<sup>1</sup> Voir tribunal de la Seine, 29 décembre 1876, 20 janvier 1877, *Journal du droit international privé*, 1877, p. 43, 1878, p. 164; 12 juin 1879, *id.*, 1879, p. 486.



la suite, quelles peuvent être les conséquences de l'inobservation de ces formalités.<sup>1</sup>

546. — Il peut être utile, pour prévenir tout inconvénient à l'égard des formalités, qui doivent être remplies dans la patrie des contractants, que chaque gouvernement enjoigne à ses officiers de l'état civil de ne pas procéder à la célébration du mariage entre étrangers avant que ceux-ci n'aient présenté un certificat de l'autorité compétente, dont il résulte que chacun d'eux a rempli les prescriptions de la loi de sa patrie.

En Italie, une telle disposition se trouve dans l'article 103 du Code civil, qui est ainsi conçu : « L'étranger qui veut contracter mariage dans le royaume doit présenter à l'officier de l'état civil une déclaration de l'autorité compétente du pays auquel il appartient, de laquelle il résulte, qu'aux termes de la loi dont il dépend, rien ne fait obstacle au mariage proposé. »

En France, des mesures du même genre ont aussi été prescrites par le ministre de la Justice dans ses circulaires du 26 janvier 1876 et du 10 mars 1883. La loi fédérale suisse de 1874 dispose aussi, par les articles 31 et 37, que les officiers proposés à la célébration du mariage ne peuvent le célébrer qu'à la suite d'une déclaration de l'autorité compétente étrangère, qui constate que le mariage conclu par l'étranger sera reconnu valable et efficace dans sa patrie. Toutefois, les difficultés, qui se sont présentées dans la pratique à propos de l'application de cette disposition, ont contribué en grande partie à la rendre illusoire.

547. — Il faut noter que dans les cas où il peut être permis aux étrangers de se marier devant les agents diplomatiques ou consulaires de l'État auquel ils appartiennent (ce qui, comme nous l'avons dit, peut avoir lieu seulement lorsque les deux contractants sont citoyens de l'État que repré-

<sup>1</sup> Voir *infra*, n° 569.

sente l'agent), il doit être également permis aux futurs époux d'observer, à l'égard de la forme, la loi de leur patrie. Cela doit avoir lieu, non pas en vertu du principe de l'extraterritorialité de l'hôtel de l'ambassade ou de la maison du consul, mais en vertu du principe général, d'après lequel il est facultatif pour les citoyens de la même patrie d'observer leur loi personnelle relativement à la forme des actes. De là il s'en suit, que les citoyens du même État qui veulent se marier à l'étranger doivent observer, en ce qui concerne les formalités extrinsèques, la loi de leur pays, s'ils s'unissent devant leur agent diplomatique ou consulaire, ou la loi territoriale, s'ils préfèrent se marier devant l'officier de l'état civil de pays étranger.

548. — Cette règle est applicable même aux mariages célébrés en Turquie. On ne peut, en effet, refuser aux étrangers qui y résident la faculté de se marier en observant les formes établies par la loi territoriale. Certaines Cours, et notamment celle de Naples, avaient jugé que, comme en vertu des capitulations, les districts consulaires étrangers jouissent du privilège de l'extraterritorialité, les citoyens ressortissant de l'un de ces districts devaient être nécessairement tenus d'observer la loi de leur propre pays relativement à la forme du mariage.<sup>1</sup>

Il est plus conforme aux justes principes d'admettre, que ni les capitulations qui existent entre la Turquie et les États européens, ni la prétendue fiction de l'extraterritorialité ne peuvent modifier l'application de la règle *locus regit actum* dans l'Empire Ottoman. Par conséquent, on doit regarder comme valable quant à la forme, le mariage célébré avec les solennités prescrites par la loi territoriale.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> 7 février 1870 (Del Balzo), *Gazetta del Procuratore*, 1870, p. 8.

<sup>2</sup> Voir en ce sens Cour de cassation de Turin, 29 juillet 1870, *Monitore dei tribunali*, 1870, p. 749, et Cour de cassation française, 18 avril 1865, Dalloz, 1865, p. 348.

## CHAPITRE II

### PREUVE DE LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE.

549. Principe général relatif à la preuve de la célébration du mariage. — 550. La possession d'état peut-elle tenir lieu d'acte de célébration. — 551. Observations sur l'opinion de Brocher. — 552. Comment l'acte signé par un rabin peut servir de preuve de la célébration du mariage. — 553. Preuve du mariage administrée par les enfants. — 554. La loi qui admet la possession d'état en faveur des fils, qui entendent établir leur légitimité peut-elle être invoquée par les étrangers.

549. — Le mariage doit être, en principe, établi à l'aide d'un acte quelconque, qui en constate la célébration. Ainsi, il faudra consulter la loi du pays où il a été célébré, pour savoir quelle est l'efficacité d'un acte produit pour en prouver l'existence. On devra, en effet, appliquer dans ce cas la règle générale, d'après laquelle la preuve de tout acte juridique créé sous l'empire d'une loi donnée doit être régie par cette même loi. Par conséquent, dans les pays où les registres des mariages sont conservés dans la paroisse, comme cela a lieu en Angleterre, le certificat du pasteur signé par lui et revêtu des légalisations nécessaires pour les actes destinés à faire foi à l'étranger, doit être considéré comme une preuve authentique du mariage.<sup>1</sup>

550. — Nous ne saurions cependant pas admettre, que la même règle puisse être appliquée, pour décider en principe

<sup>1</sup> Compar. Bruxelles, 26 novembre 1875 (Câbert), *Pasicrisie belge*, 1876, 2, 54 ; Pradier-Fodéré, *Droit international*, T. III, § 1736.

si la possession d'état alléguée par les deux conjoints peut tenir lieu d'acte de célébration du mariage, de façon à les dispenser de l'obligation de représenter l'acte lui-même. Il ne nous paraît pas, en effet, que cette question puisse être résolue par application de la règle *locus regit actum*, car le point de décider, que celui qui réclame le titre de conjoint peut valablement le faire sans présenter l'acte de célébration du mariage et que la possession d'état peut tenir lieu de l'acte, est une question qui doit rester soumise à l'empire du statut personnel<sup>1</sup>. Certainement, si dans le pays où a eu lieu le mariage il n'était tenu ni registres de l'état civil, ni registres de paroisse, et si on admettait comme preuve efficace de la célébration du mariage l'acte de notoriété constatant que deux personnes auraient vécu comme mari et femme, cet acte devrait être considéré comme une preuve suffisante de la célébration du mariage, et cela a été admis par la Cour de cassation française.<sup>2</sup> Les tribunaux dans cette hypothèse ne devraient pas rejeter l'admissibilité de l'acte de notoriété comme moyen de preuve; mais devraient se borner à apprécier en fait, si la cohabitation constatée au moyen de cet acte remplirait les caractères requis pour établir la renommée publique, que deux personnes ont vécu comme mari et femme.

On ne pourrait pas alors objecter sérieusement, que, d'après la loi personnelle des époux, la possession d'état, bien qu'alléguée par chacun d'eux, ne pourrait pas les dispenser de représenter l'acte de célébration. En effet, même si la loi personnelle contenait une telle disposition, elle viserait évidemment les mariages célébrés dans un pays où il existerait des registres de l'état civil conservés par le pouvoir civil ou par l'autorité religieuse, et qui par suite pourraient être établis par la production de l'acte de célébration, mais elle ne contemplerait pas le cas du mariage célébré dans un

<sup>1</sup> Compar. Cour de Lyon, 28 février 1880 (Desaye) *Journal du droit international privé*, 1880, p. 479.

<sup>2</sup> Cass., 13 janvier 1857, (de Valmy), *Journal du Palais*, 1857, p. 398.



pays où l'existence légale de ce contrat pourrait être constatée par l'acte de notoriété de la cohabitation postérieure à la déclaration publique de vouloir vivre en commun comme mari et femme. Dans ce second cas, sans infirmer la règle générale, que la question de savoir, si la possession d'état suffit pour établir l'état des personnes, doit être considérée en principe comme sous l'empire du statut personnel, le mariage devrait être considéré comme prouvé en vertu de l'autre règle, que la preuve de tout rapport juridique quelconque né sous l'empire d'une loi donnée doit être administrée en conformité du principe *locus regit actum*.

551. — Nous ne pouvons dès lors pas partager l'opinion de Brocher, qui soutient que la simple possession d'état doit être considérée comme suffisante, quand elle est admise par la loi du pays où le mariage a eu lieu et qui, partant de là, dit que la disposition des articles 194 et 195 du Code civil français, auxquels sont conformes les articles 117 et 118 du Code civil italien, sont applicables seulement aux mariages célébrés dans l'État. Nous pensons au contraire que ces articles sont aussi applicables aux mariages célébrés à l'étranger par des français ou des italiens, toutes les fois qu'ils se sont mariés dans un pays où la preuve de la célébration pouvait être constatée par des actes de l'état civil. Toutefois, la disposition de l'article 195 du Code civil français et de l'article 118 du Code civil italien ne fait pas obstacle à ce que la loi du lieu de célébration puisse être appliquée pour ce qui concerne la forme et la preuve de l'acte civil, preuve qui pourrait résulter de documents, d'écrits ou de témoignages, si cela suffisait d'après la loi locale. Par conséquent, on devrait aussi admettre l'acte de notoriété dans le cas indiqué plus haut.

552. — Aux termes de la loi russe du 25 juin 1836, qui règle la matière du mariage dans la Pologne russe, il est disposé à l'article 179, que les mariages entre personnes ap-



partenant au culte israélite sont soumis sous tout rapport aux prescriptions de la religion de Moïse. L'article 185 dispose dès lors, que le mariage entre ces personnes doit être célébré par le ministre de leur culte et selon les rites de leur religion. Toutefois, il est prescrit au rabin (art. 187) de se rendre avec les témoins et les futurs près de l'officier de l'état civil et de faire inscrire par celui-ci l'acte de mariage conformément à l'article 58 relatif au mariage des catholiques.

L'article 232 dispose en outre, que lorsqu'il n'a été rédigé aucun acte de mariage, et qu'il ne se trouve aucune trace de cet acte dans les registres de l'état civil, ni dans ceux de l'église, la preuve de la célébration peut se faire à l'aide de documents ou de témoignages.

Or, nous n'hésitons pas à affirmer, que le mariage célébré en Pologne par deux Israélites italiens pourrait être établi par un document signé par le rabin, ou par témoins, et qu'un tel document ou une telle preuve testimoniale jointe à la possession d'état devraient être considérés comme une preuve concluante de la célébration du mariage. La raison de décider ainsi est pour nous toujours la même, c'est que la forme de l'acte de célébration doit être régie par la règle *locus regit actum*, et que puisque d'après la loi en vigueur dans la Pologne russe cet acte peut résulter de documents ou de la preuve testimoniale, le document ou la preuve testimoniale devront, même à notre égard, tenir lieu d'acte de célébration. <sup>1</sup> Par conséquent, si les parties présentaient, par exemple, le contrat fait devant le rabin et connu sous le nom de *Kroubé* ou de *Kétoubah*, cet acte devrait être considéré comme suffisant pour établir la célébration du mariage, bien que le mariage n'eût pas été inscrit sur les registres de l'état civil russe. Nous disons cela par application de la règle, que la preuve des faits juridiques doit être administrée en conformité de la *lex loci actus*.

<sup>1</sup> Compar. Tribunal de la Seine, 14 mars 1879, Clunet, *Journal*, 1879, p. 547.

553. — L'existence du mariage peut en certains cas être établie par les fils, qui réclament l'état d'enfants légitimes; mais alors les règles que nous venons d'exposer ne sont plus applicables. Nous constatons, en effet, que, même dans le droit canon, il a été fait une distinction entre la preuve du mariage *quoad substantiam* et celle *quoad legitimitatem et successionem filiorum*, et que tandis que dans le premier cas on exigeait la *probatio plenior*, dans le second on considérait comme suffisante celle par simples conjectures.<sup>1</sup> Les mêmes principes ont prévalu dans le droit moderne et plusieurs lois ont considéré la présomption de l'existence du mariage, quand il doit être établi dans l'intérêt des enfants qui réclament la légitimité, comme plus étendu et plus large qu'à l'égard de tout autre fait juridique.

554. — D'après le Code civil français, qui ne considère pas la possession d'état à l'égard des époux comme suffisante pour remplacer l'acte de mariage (art. 195), on admet néanmoins qu'en cas d'existence d'enfants issus de deux personnes, qui ont vécu publiquement comme mari et femme et qui sont toutes deux décédées, la légitimité de ces enfants ne peut être attaquée par le seul motif du manque de preuve de la célébration du mariage, toutes les fois que cette légitimité est prouvée par une possession d'état qui ne se trouve pas en opposition avec l'acte de naissance (art. 197). Il en est de même pour les Codes modelés sur le Code français; d'après le Code civil italien (art. 120) et d'après le droit anglais.<sup>2</sup>

A première vue, il pourrait sembler qu'en admettant qu'il s'agit d'établir l'état de légitimité, tout devrait dépendre exclusivement du statut personnel, par lequel devraient être également régis les rapports de filiation; et que par consé-

<sup>1</sup> Patianus, *De probationibus*, lib. II, cap. XVI, § 44.

<sup>2</sup> Stephen, *A Digest of the Law of evidence*, art. 53; Hubback, *A treatise of evidence*, p. 249, lequel rapporte beaucoup de décisions des Cours anglaises.

quent on devrait dire que la disposition de l'article 197 du Code civil français et celles des autres lois semblables pourraient être utilement invoquées seulement par les citoyens de l'État et non par les étrangers.

Nous devons néanmoins faire observer, qu'en admettant en principe que la question de l'efficacité de la possession d'état doit être gouvernée par le statut personnel, la disposition d'une loi territoriale qui consacre la prescription résultant de la possession d'état dans notre cas doit être appliquée même aux étrangers, parce qu'elle a pour véritable objet de suppléer à la présentation de l'acte de mariage dans l'hypothèse où cet acte doit être représenté pour servir de preuve de la célébration de ce contrat, et qu'à ce point de vue elle doit être regardée comme une disposition de droit social.

Il suffit de considérer, que les articles 197 et 120 ont pour objet le mode de preuve du mariage lorsque, par suite d'absence d'acte de célébration, la légitimité de l'enfant est contestée. Il s'agit en effet de quelqu'un qui doit être considéré comme enfant en vertu de son acte de naissance, mais dont la légitimité est douteuse, parce qu'il ne peut présenter l'acte de mariage de ses parents. Le législateur, voulant venir en aide à celui qui est dans l'impossibilité de fournir la preuve de la célébration du mariage de ses parents, et tenant compte de la grande difficulté où il se trouve de produire l'acte constatant ce mariage, quand ses parents sont morts, dispose que l'absence de cette pièce ne doit pas être par elle-même un motif pour contester la légitimité de quelqu'un qui a la possession d'état d'enfant légitime, quand elle ne se trouve pas en opposition avec l'acte de naissance. Il nous paraît évident qu'on doit considérer une telle disposition comme une disposition de droit social, applicable à la fois aux citoyens et aux étrangers. Il ne s'agit pas en vérité de possession d'état pour établir le rapport de filiation, comme cela a lieu en cas d'absence de l'acte de naissance, lequel rapport doit dépendre exclusivement du statut personnel, d'après lequel on doit décider toute question relative aux rapports

de filiation ; mais il s'agit au contraire d'une possession d'état relative à la preuve du mariage. Or on peut avant tout soutenir, que les présomptions en matière de preuve doivent être régies par la loi territoriale ; on peut dire en outre que, puisque dans notre hypothèse le lieu où le mariage a été célébré pourrait demeurer incertain, on ne pourrait pas exclure la présomption que cette union a été célébrée dans l'État même où est en vigueur la loi relativement à laquelle nous discutons, c'est-à-dire qu'elle ait été célébrée par exemple en France ou en Italie, ce qui rendrait plus certainement applicable la disposition de l'art. 197 du Code civil français et de l'article 120 du Code civil italien, en vertu du principe *locus regit actum*, qui régit les moyens de preuve. On pourrait du reste, en tout cas, soutenir que comme les dispositions en question doivent être considérées comme d'ordre public, parce qu'elles tendent à favoriser la légitimité des enfants nés de personnes qui ont vécu publiquement comme mari et femme, et qui se trouvent dans l'impossibilité de produire l'acte de mariage de leurs père et mère, et qu'on peut dire qu'on accepte généralement le principe de droit commun reconnu par le droit canon, qu'il faut être plus large pour admettre l'existence du mariage toutes les fois qu'elle est contestée *quoad legitimitatem et successionem filiorum*, l'application de la loi territoriale dont nous parlons, à l'égard des étrangers qui se trouveraient dans le cas visé par cette loi, devrait incontestablement être admise.

---



## CHAPITRE III

### DES OPPOSITIONS AU MARIAGE ET DES ACTIONS EN NULLITÉ ET EN ANNULATION DU MARIAGE.

555. Le droit d'opposition au mariage doit être régi par le statut personnel. — 556. Quand doit-on appliquer la loi territoriale. — 557. Gravité des questions relatives à la nullité du mariage, surtout par suite de l'absence d'un droit uniforme à l'égard de la loi qui doit le régir. — 558. Propositions faites pour écarter les inconvénients résultant de cette diversité. — 559. Principes généraux pour résoudre les questions de nullité du mariage célébré à l'étranger. — 560. On doit appliquer des règles différentes au mariage juridiquement inexistant. — 561. Action en nullité fondée sur le défaut d'âge requis. — 562. Nullité fondée sur l'absence du consentement. — 563. Loi qui doit régir l'action fondée sur la fraude, sur les artifices et le dol. — 564. Autres causes qui peuvent vicier le consentement. — 565. Action fondée sur l'absence du consentement des personnes autres que les époux appelées à le donner. — 566. Observations sur la jurisprudence française relative à l'absence du consentement des ascendants ou à l'absence des actes respectueux. — 567. De la clandestinité volontaire en cas de mariage célébré à l'étranger. — 568. Conséquences de l'absence du consentement des ascendants ou des autres personnes appelées à le donner. — 569. Conséquences pouvant résulter de l'omission des publications : droit français, droit italien. — 570. Règle générale en cette matière. — 571. De la transcription du mariage célébré à l'étranger. — 572. Nullité pour inobservation des formalités requises. — 573. Examen de la question de savoir si le mariage célébré suivant le rite religieux et irrégulier d'après le droit canon, au point de vue de la forme, doit être réputé tel d'après le droit civil. — 574. Action en nullité fondée sur l'absence de capacité. — 575. De l'empêchement pour différence de religion. — 576. La loi qui défend le mariage entre personnes de couleur différente ne peut avoir aucune autorité extraterritoriale. — 577. Il doit en être de même de celle qui défend le mariage entre personnes appartenant à des classes différentes. — 578. De l'empêchement fondé sur l'ordination et les vœux religieux. — 579. Examen du cas dans lequel la loi personnelle relative à l'empêchement à raison de l'ordination peut n'avoir aucune autorité extraterritoriale. — 580. Action en nullité à raison de l'impuissance. — 581. Action en nullité résultant de la loi territoriale. — 582. Existence d'un mariage précédent. — 583. Questions relatives au mariage *polygamique*. —



584. Comment doit être établie l'existence d'un mariage précédent. — 585. Du mariage entre époux catholiques annulé par le tribunal ecclésiastique. — 586. Du droit d'attaquer le mariage contracté par le conjoint d'un absent : principe de droit positif. — 587. Loi qui doit régir la nullité du second mariage contracté par le conjoint d'un absent. — 588. De la charge de la preuve du mariage précédent. — 589. De l'action en nullité fondée sur l'existence de la parenté naturelle ou de l'alliance. — 590. Empêchement résultant des rapports d'adoption. — 591. La nullité à raison de l'*impedimentum criminis* doit être régie par la loi territoriale. — 592. Principes généraux relatifs à l'exercice de l'action en nullité.

555. — La faculté de faire opposition au mariage est édictée par chaque législation pour protéger les droits des personnes dont le consentement est requis, ou qui ont un intérêt actuel à empêcher la célébration d'un mariage, soit parce qu'il en existe un autre, soit parce qu'après la dissolution d'une union précédente, il n'a pas été pourvu, conformément à la loi, à la protection des intérêts patrimoniaux des enfants issus de cette union, soit parce qu'un empêchement absolu et dirimant s'oppose à la célébration du mariage.

Il nous paraît clair que le droit d'opposition, dans les cas où il est motivé par la protection des rapports existant entre les membres de la famille et celle de leurs intérêts patrimoniaux, doit être régi par la loi à laquelle la famille doit demeurer partout soumise. Dans un seul cas, ce droit peut être régi par la loi territoriale, quand elle l'accorde dans le but de sauvegarder le droit social et l'ordre public, ce qui a lieu lorsqu'elle attribue au ministère public la faculté de s'opposer à la célébration du mariage à raison de l'existence d'un empêchement absolu.

Non seulement, on doit reconnaître la compétence de la loi personnelle en ce qui concerne le droit d'opposition, mais pour ce qui est de l'admissibilité de cette même opposition, et comme l'officier de l'état civil ne peut pas juger du bien-fondé de l'opposition faite par un étranger, quand elle semble basée sur le droit, il doit surseoir à la célébration du mariage, tant que le magistrat compétent n'a pas décidé si l'opposition doit être admise, ou si au contraire, elle doit être déclarée non avenue. On devra également appliquer la

loi étrangère pour déterminer les personnes, qui ont le droit de demander la main-levée de l'opposition, et pour préciser à l'égard des opposants les conséquences juridiques de l'opposition, qui a été déclarée inadmissible.

556. — La loi territoriale doit être appliquée pour ce qui concerne la forme dans laquelle l'opposition doit être faite. C'est d'après cette loi notamment, qu'on décidera si l'étranger opposant est tenu de faire une élection de domicile. Il faut toutefois noter, que lorsque l'étranger, se conformant à la loi territoriale pour la régularité de l'opposition, fait élection de domicile dans l'acte d'opposition, cette circonstance ne pourrait pas modifier les règles générales de la compétence à l'égard des contestations relatives aux questions d'état entre étrangers.

557. — Les questions qui concernent la nullité des actes juridiques sont par elles-mêmes graves et complexes. Quant à celles relatives à la nullité du mariage, elles sont encore plus délicates et plus graves que toutes les autres, en raison des conséquences qui dérivent de la dissolution de ce contrat et par suite de celle de la famille qui avait été ainsi constituée. La difficulté est rendue plus grande par suite de l'absence d'un droit uniforme en cette matière.

Certains législateurs admettent en effet que la nullité doit être fondée sur la loi personnelle, qui doit régir le mariage célébré à l'étranger par les citoyens. C'est ainsi notamment que dispose le législateur italien qui, en consacrant la règle que les rapports de famille doivent être régis par la loi de la nation à laquelle les personnes appartiennent, a ainsi expressément disposé que les questions relatives aux causes de nullité du mariage et les actions qui y ont trait doivent être régies par la loi nationale de la famille, sauf dans les cas où on doit appliquer la loi territoriale pour pouvoir contracter un mariage valable, et dans lesquels l'action en nullité peut être fondée sur la loi italienne qui sanctionne les



ÉDIT  
UNIVERSITÉ  
CAROLI  
UNIVERSITÉ

conditions requises pour le contracter valablement. <sup>1</sup> D'autres législateurs, au contraire, considèrent à tous points de vue décisive la loi du lieu de la célébration du mariage, et c'est là la théorie qui prévaut en Angleterre et aux États-Unis d'Amérique. D'autres législateurs finalement admettent que l'action en nullité peut être reçue seulement quand elle repose sur la *lex loci actus* et sur la loi personnelle.

L'article 54 de la loi fédérale suisse du 24 décembre 1874 dispose de la façon suivante : « Un mariage célébré à l'étranger sous l'empire de la législation qui y est en vigueur ne peut être déclaré nul, que lorsque la nullité résulte en même temps de la législation étrangère et des dispositions de la présente loi. »

Par suite de l'application de cette disposition dans l'affaire Bacs, jugée le 6 octobre 1883, <sup>2</sup> il s'est trouvé qu'un mariage ne pouvait être déclaré nul d'après la loi suisse, parce qu'il réunissait tous les éléments de validité aux termes de cette loi, bien qu'il dût être réputé nul aux termes de la loi nationale du mari, <sup>3</sup> et qu'il ne pouvait être dissous en Suisse par le divorce, parce qu'aux termes de l'article 56 de la loi suisse précitée, il est disposé, qu'à l'égard des mariages entre étrangers, on ne saurait admettre une action en divorce, que dans le cas où elle serait admise d'après la loi de l'Etat des époux. <sup>4</sup>

Dans d'autres pays, les tribunaux se croient autorisés à créer des motifs spéciaux de nullité pour les mariages célé-

<sup>1</sup> Voir notre ouvrage, *Disposizioni generali delle Leggi*, T. II, § 569.

<sup>2</sup> Voir les détails de cette affaire et les textes des sentences tels qu'ils sont exposés par Lehr dans le *Journal du droit international privé*, 1884, p. 483, et l'article important du professeur Rittner, *Observation sur les divorces entre étrangers à propos d'un cas singulier de mariage suisse-hongrois*, *id.*, 1885, p. 152.

<sup>3</sup> Le mari étant hongrois, ne pouvait d'après sa loi personnelle, célébrer un mariage valable que devant un ministre de sa propre religion. L'intervention du ministre des cultes est requise d'après la loi hongroise pour la validité du mariage, et est dès lors nul d'après cette loi le mariage, qui n'a pas été célébré devant le ministre de la confession religieuse des époux.

<sup>4</sup> Le mari étant catholique, le divorce ne pouvait être valable en Hongrie.

brés à l'étranger par les citoyens, cela contrairement à la règle juridique, que les nullités ne peuvent être créées par induction ou par analogie et doivent être restreintes aux cas limitativement énumérés par le législateur. Cela a lieu notamment en France, où les tribunaux, ont par interprétation de la loi, créé des causes exceptionnelles de nullité pour les mariages célébrés par des Français à l'étranger, telles que notamment celles du manque de publications et de clandestinité. <sup>1</sup>

558. — Tous les juristes sont d'accord pour reconnaître que cet état de choses cause le plus grave préjudice à l'état des familles, parce qu'on ne peut savoir avec certitude quand un mariage célébré à l'étranger est ou non attaquant, et qu'on ne peut déterminer avec certitude la loi d'après laquelle le tribunal saisi de l'affaire doit statuer sur l'action en nullité.

Certaines personnes, pour faire disparaître ces inconvénients, ont proposé l'institution d'une juridiction internationale chargée de juger les contestations relatives aux mariages célébrés à l'étranger. <sup>2</sup> Il nous semble qu'on atteindra bien plus sûrement le but proposé, en établissant des règles uniformes pour déterminer la loi qui doit avoir autorité à l'égard des conditions nécessaires pour contracter mariage à l'étranger, et, pour ce qui concerne les questions de validité et de nullité, en appliquant le principe général, que la juridiction compétente pour connaître des questions d'état personnel doit être celle de la patrie de chacun.

Tant qu'on n'arrivera pas à établir un tel droit uniforme, il sera naturel que les tribunaux de chaque pays jugent d'a-

<sup>1</sup> Voir *infra* ce qui concerne cette question spéciale, §§ 566, 567, 569.

<sup>2</sup> Cette proposition a été faite en premier lieu par M. A. Garnier, officier de l'état civil de la ville de Berne, dans un ouvrage intitulé *Aufzeichnungen betreffend die Eheschliessung von Ausländern in der Schweiz*. Lehr a ensuite publié une étude spéciale sur cette matière dans le *Journal du droit international privé*, 1884, p. 49, *D'un projet de règlement international en matière de mariage*.



près la loi qui y est en vigueur les questions de nullité. Notre tâche devra dès lors se borner à l'exposé des principes, d'après lesquels dans l'état de choses actuel les contestations devront être résolues.

559. — Nous pouvons établir en principe que la loi, d'après laquelle on doit juger les questions de nullité de mariage, doit être celle par application de laquelle on doit fixer les conditions nécessaires pour pouvoir contracter valablement mariage, en tenant compte des distinctions indiquées au chapitre précédent ; et que c'est d'après cette même loi qu'on devra déterminer qui pourra exercer l'action, le terme dans lequel elle pourra être introduite, les exceptions qui pourront y être utilement opposées. Par conséquent, comme le mariage est soumis à un certain point de vue à la loi personnelle des futurs époux, à un autre à celle du lieu de la célébration, l'action en nullité pourra être fondée sur les dispositions de l'une ou de l'autre de ces lois.

La nullité du mariage doit toujours être prononcée par jugement, soit quand elle est absolue et dérive de plein droit de la loi même, soit quand elle est la conséquence du droit, qui appartient à certaines personnes de provoquer l'annulation du mariage. Dans un cas comme dans l'autre, le mariage doit être présumé existant, et dès lors il doit être réputé efficace pour tous les effets civils jusqu'à ce que le magistrat compétent en ait prononcé la nullité ou l'annulation. Il appartient au juge saisi de l'affaire d'examiner, quand il s'agit d'une nullité essentielle, si la prescription impérative de la loi a, en fait, été ou non violée ; quand il s'agit d'annulabilité, il doit non seulement examiner si la prescription impérative de la loi a été ou non violée, mais en outre décider en droit si la violation est de nature à justifier l'annulation.

560. — L'action en nullité ou en annulabilité se rapporte au mariage qui remplit les conditions exigées pour



être juridiquement existant, mais qui ne remplit pas toutes celles requises par la loi pour être considéré comme juridiquement valable. Aussi, on ne peut pas appliquer au mariage juridiquement inexistant les mêmes règles qu'en ce qui concerne les cas de nullité ou d'annulation d'un mariage légalement célébré. Dans l'hypothèse d'un mariage juridiquement inexistant, l'action tend à faire constater, que l'union ne remplit aucune des conditions requises pour constituer un mariage d'après le droit positif. De là il résulte que les règles applicables au cas de nullité ou d'annulabilité d'un mariage ne peuvent s'étendre à celui du mariage juridiquement inexistant. Le mariage nul ou annulable, étant par lui-même un fait de droit civil, peut produire certaines conséquences civiles et donner lieu à certains droits et à certaines obligations réciproques entre les personnes qui l'ont créé, quand le jugement qui en prononce la nullité ou l'annulation fait disparaître les effets civils attachés au mariage; tandis qu'au contraire le mariage inexistant d'après le droit civil, n'ayant été en aucun moment un fait civil ne peut produire les conséquences civiles du mariage annulé par suite du principe connu, *quod nullum est ab initio nullum producit effectum.*<sup>1</sup>

Après avoir posé ces principes généraux, nous allons examiner en détail ce qui concerne les actions en nullité.

561. — Le droit de demander l'annulation du mariage, étant un droit personnel attribué par la loi, soit pour protéger les intérêts des personnes qui s'unissent par le mariage, soit pour conserver certains rapports de dépendance ou de subordination entre les personnes de la même famille, il est naturel qu'il doive dépendre du statut personnel, et que

<sup>1</sup> C'est ce qu'on doit dire notamment du mariage célébré en Italie uniquement sous la forme religieuse. Il n'a pas d'existence juridique comme acte de l'état civil. Voir Cour de cassation de Palerme, 1<sup>er</sup> septembre 1875, Legge, 1876, 12; Cour de cassation de Turin, 7 juillet 1875, *Monitore dei tribunali*, 1875, 793.

ce soit d'après ce statut qu'on devra déterminer quand l'instance d'annulation doit être admise et quand la personne a perdu le droit de l'introduire.

Tel serait notamment le cas de l'instance d'annulation, lorsque les deux contractants n'auraient pas l'âge requis par la loi <sup>1</sup>. Comme nous avons dit que l'âge doit être déterminé d'après la loi personnelle de chacun, on comprend pourquoi cette instance ne peut se fonder sur la circonstance du défaut d'âge requis d'après la loi du lieu de la célébration du mariage.

Nous noterons seulement que dans l'hypothèse où la loi territoriale accorderait au ministère public le droit de provoquer l'annulation du mariage en raison du défaut d'âge requis (comme cela résulte de l'article 104 du Code civil italien), on ne pourrait pas exclure l'action introduite par un magistrat du parquet, pour le motif qu'il ne pourrait pas l'introduire d'après la loi de l'étranger. En effet, dans tous les cas où la loi territoriale permet l'intervention du ministère public, elle a pour but la protection du droit social et de l'ordre public, et l'autorité de cette loi ne peut pas être limitée en considération d'une loi étrangère. Il est vrai que le ministère public ne pourra provoquer l'annulation du mariage qu'en cas de défaut d'âge requis d'après la loi personnelle de l'étranger et que lorsque le défaut d'âge sera une cause d'annulation ; mais dans ces circonstances, son intervention ne pourrait pas être rejetée, à supposer que la loi territoriale l'admit.

562. — Le droit de demander l'annulation du mariage pour défaut de consentement personnel des époux doit être

<sup>1</sup> L'âge auquel on peut contracter mariage est fixé à 21 ans pour l'homme et à 15 ans pour la femme par la loi suédoise, et à 20 et 16 par les lois de la Norvège et du Danemark, à 18 et 16 par la loi russe (culte catholique), à 18 et à 16 par le Code civil néerlandais, à 18 et à 15 par les lois italienne et française. La loi de l'empire d'Allemagne de 1875 a fixé l'âge légal pour tout l'empire à 20 ans pour l'homme et à 16 ans pour la femme.

considéré comme ayant pour but de protéger les droits de la personnalité humaine. Par conséquent, nous admettons que, même dans l'hypothèse où selon la loi personnelle de la femme étrangère, il serait permis à son père ou à ses parents mâles de consentir pour elle au mariage et de la forcer à s'unir à l'homme qui lui serait désigné pour mari contre sa volonté, on devrait néanmoins admettre l'action en annulation intentée par la femme ainsi forcée à dire *oui*, et cela dans tous les pays civilisés, où comme en France et en Italie le mariage peut être attaqué par celui des époux dont le consentement n'a pas été libre. Vainement, on objecterait que la contrainte ayant été légale d'après la loi personnelle, ne pourrait pas avoir le caractère de la violence. En effet, on se trouverait dans un des cas, où on ne devrait pas admettre l'autorité du statut personnel, en tant qu'il offenserait les droits de la personnalité humaine, parce que cela équivaldrait à violer le droit public interne. Nous sommes donc d'avis que, lorsque l'instance en annulation serait introduite dans les délais fixés par la loi territoriale, elle devrait nécessairement être admise pour des motifs d'ordre public.

563. — Une question véritablement délicate pourrait se présenter dans l'hypothèse, où aux termes de la loi personnelle étrangère l'instance en annulation pourrait être fondée sur la fraude, sur les artifices et les manœuvres dolosives employés pour amener le consentement de la femme,<sup>1</sup> à supposer que ce motif d'annulation ne fût pas prévu par la loi de son mari. On pourrait dire que, lorsque le mariage aurait été célébré et réunirait toutes les conditions auxquelles la loi en subordonnerait l'existence juridique, il ne pourrait pas être annulé par application de la loi personnelle de la femme, en opposition à celle de l'homme qui serait de-

<sup>1</sup> D'après le *Landrecht* prussien la fraude fait partie des causes d'annulation du mariage.

venu son mari ; et en outre que, lorsque le législateur d'un État, pour éviter une série de procès compliqués, aurait exclu la fraude des cas d'annulation, on devrait considérer comme contraire à l'ordre public interne d'admettre l'action en nullité intentée de ce chef.

Nous devons toutefois observer, que le droit de provoquer l'annulation, dans l'hypothèse en question, peut être considéré comme personnel à la femme ; qu'il faut aussi tenir compte du fait que le législateur de son pays, en lui accordant cette action, a dû tenir compte des coutumes et des usages nationaux ; que si dans un autre pays les artifices frauduleux ne sont pas considérés comme des causes d'annulation, cela a pu dépendre de ce que le législateur de ce pays, en appréciant la résistance que rencontrent ces artifices, a dû faire une juste appréciation de cette résistance, et ne pas considérer l'action en annulation comme utile ; que la bonne foi de la femme étrangère a pu facilement être surprise, parce qu'elle savait qu'en cas d'artifices, elle avait le droit de demander l'annulation du mariage auquel elle consentait ; que son droit étant antérieur au mariage, ne peut pas être soumis à la loi régulatrice de la famille qui a été constituée par suite de ce contrat, et que d'autre part on ne peut pas considérer comme contraire à l'ordre public interne, que l'étranger exerce l'action en annulation d'après la loi externe qui doit régler son droit.

Ces motifs nous font penser, que l'instance en annulation du mariage pour fraude en artifices employés pour extorquer le consentement, introduite par une étrangère conformément à sa loi personnelle, doit être admise devant les tribunaux du pays du mari, où est en vigueur une loi différente.

564. — A l'égard des autres causes, qui peuvent légitimer l'action en nullité parce qu'elles vicient le consentement, il faut tenir compte des dispositions de la loi personnelle de chacun des contractants. C'est ce qu'on devra dire notamment de l'erreur sur la personne. D'après certaines lois cette



erreur peut motiver l'instance, quand elle porte sur la personne physique : d'après d'autres, il suffit qu'elle porte sur certaines qualités essentielles, telles que par exemple le défaut de virginité, une infirmité répugnante, une maladie vénérienne et autres conditions analogues (il en est ainsi d'après le *Landrecht* prussien). Certains législateurs ne considèrent pas comme suffisante l'erreur sur les qualités, sauf celles qui doivent être considérées comme constitutives de la personnalité civile<sup>1</sup>. Dans tous les cas, la règle applicable est que, le droit de demander l'annulation en raison de l'erreur qui a vicié le consentement étant un droit personnel, l'instance doit être régie par la loi personnelle respective des époux.

Notre règle peut être appliquée aussi dans l'hypothèse où l'instance est fondée sur la circonstance d'une infirmité mentale habituelle, dont était affecté l'époux quand il a manifesté son consentement. A supposer qu'aux termes de sa loi personnelle, l'instance en annulation ne soit pas admise, quand il serait prouvé qu'il a consenti au mariage durant un intervalle lucide ; cette disposition pourrait être considérée comme suffisante pour faire rejeter la demande tendant à attaquer le mariage conclu dans cet intervalle, à moins qu'on ne veuille trouver dans ce cas un intérêt d'ordre public et exclure l'application de la loi personnelle en opposition avec une loi territoriale, qui déclare l'infirmité mentale habituelle comme une des causes qui vicie absolument le consentement au mariage.

#### 565. — L'absence du consentement des personnes appe-

<sup>1</sup> Le Code français (art. 180) et le Code italien (art. 105) parlent de l'erreur sur la personne. La doctrine et la jurisprudence se sont trouvées d'accord pour admettre que cette disposition doit être entendue, non seulement comme relative à l'erreur sur la personne physique, mais encore comme relative aux attributs qui constituent la personne civile. Voir Demolombe, T. III, § 251 et suiv. ; Cour de Catane, 19 décembre 1881 (*Foro italiano*, 1882, I, 423) ; Cour de Naples, 10 mars 1877, (*id.*, 1877, I, 1360) ; Cour de cassation de Turin, 21 juillet 1883, (*id.*, 1883, p. 938).



lées par la loi personnelle respective des époux à consentir au mariage peut être une juste cause pour provoquer l'annulation de l'union célébrée en l'absence de ce consentement.

On devra appliquer la loi personnelle respective de la famille de chacun des époux, non seulement pour déterminer les personnes appelées à consentir et les moyens à employer pour suppléer à l'absence de ce consentement, mais aussi pour décider quand l'action de la part de ces personnes doit être admise, dans quel délai elle doit être exercée et par suite de quelles circonstances elle peut être éteinte.

Il est bon ici de noter que lorsque, d'après le statut personnel, il n'existe pas une disposition expresse de loi, qui déclare par voie d'exception nul le mariage célébré à l'étranger sans le consentement des personnes déterminées, il faudra, pour la validité ou pour la nullité de cet acte, appliquer les règles édictées par ce statut à l'égard du mariage célébré dans l'État en cas d'absence du consentement des personnes qui y sont indiquées. On ne pourrait invoquer les règles consacrées par la jurisprudence de l'État étranger pour leur attribuer l'autorité de loi.

566. — D'après la jurisprudence des tribunaux français, il a été admis que l'absence du consentement des ascendants, de même que celle des actes respectueux requis aux termes des art. 151 et 152 du Code civil, peut être un motif valable pour faire déclarer nul le mariage célébré à l'étranger, comme affecté du vice de clandestinité volontaire, et par conséquent conclu en violation des art. 170 et 171 du même Code.<sup>1</sup> Nous ne voulons pas discuter cette jurisprudence. Nous dirons toutefois que les maximes qui en résultent ne peuvent pas être considérées comme des règles de droit ayant une autorité extraterritoriale. Du principe que les lois personnelles accom-

<sup>1</sup> Compar. tribunal de la Seine, 6 août 1886 (Vatew). — Cour de Paris, 22 juillet 1855 (Delamarre); *id.*, 26 avril 1887 (Monvaux), Clunet, *Journal*, 1885, p. 440; 1887, p. 187 et 476.

pagnent les citoyens lorsqu'ils se rendent à l'étranger, on peut conclure que ceux-ci doivent se soumettre aux dispositions de ces lois pour se marier régulièrement en pays étranger. Si toutefois les tribunaux de l'État dont la personne est citoyen avaient, par l'interprétation de la loi, changé le caractère de celle-ci, on ne pourrait pas admettre que leurs décisions dussent avoir l'autorité de la loi. A supposer, dès lors, que la loi dispose que l'omission des actes respectueux puisse seulement donner lieu à l'opposition, et que lorsque le mariage aurait été célébré elle pourrait entraîner une amende contre l'officier de l'état civil, si les tribunaux du pays où serait en vigueur cette loi avaient décidé que le mariage célébré à l'étranger, par suite de l'omission absolue du consentement et de tout acte respectueux, devrait être déclaré nul, ces décisions ne pourraient pas créer une règle de droit, parce qu'en vérité les juges doivent appliquer la loi, mais ne peuvent pas se substituer au législateur : il ne leur appartient pas non plus, en matière de mariage, d'étendre par voie d'interprétation les motifs de nullité en dehors des cas limitativement fixés par le législateur.

567. — On ne saurait non plus admettre que les tribunaux puissent, sans commettre un excès de pouvoir, décider que l'idée arrêtée de faire fraude à la loi personnelle ou de se soustraire aux dispositions de cette loi, en se rendant à l'étranger pour célébrer le mariage en l'absence du consentement des parents ou des actes respectueux, puisse être par elle seule un motif suffisant pour faire annuler le mariage, quand la nullité n'est pas expressément édictée par la loi.

La clandestinité volontaire, en cas de mariage célébré à l'étranger sans se faire précéder de publications et sans qu'il ait lieu avec le consentement des personnes appelées à donner ce consentement, peut seulement attribuer aux parents le droit de demander l'annulation du mariage dans un certain délai à compter de la connaissance par eux de la célébration de cette union, et faire que ce droit leur soit conservé

jusqu'à ce que les intéressés aient prouvé qu'ils ont eu connaissance de cette célébration et ont laissé expirer le terme fixé par la loi pour l'exercice de l'action.

568. — Nous croyons utile de dire qu'il faut en principe décider d'après le statut personnel, si l'absence du consentement des ascendants doit produire la nullité ou l'annulabilité du mariage ou d'autres conséquences : et lorsque, d'après ce statut, cette absence produirait certaines conséquences légales, mais non celles de provoquer l'annulabilité du mariage, l'intéressé ne pourrait pas se prévaloir des dispositions de la loi personnelle du mari pour soutenir l'instance en annulation. La raison en est que la loi personnelle du mari soumet à son empire les deux époux et gouverne tous leurs rapports en ce qui concerne la famille qu'ils ont fondée ; mais que, relativement à l'obligation d'obtenir le consentement ou de faire les actes respectueux dépendant de la loi à laquelle est soumise la famille de chacun des époux, on devra déterminer, d'après cette dernière loi, les conséquences de l'omission des actes respectueux ou de l'absence du consentement des ascendants ou du tuteur.

D'après la loi norvégienne, les femmes sont soumises à la tutelle perpétuelle, qui est déférée en premier lieu au père, en deuxième lieu aux frères, en troisième lieu à l'aïeul (de préférence à l'aïeul paternel), en quatrième lieu aux collatéraux (d'abord à ceux de la ligne paternelle). La femme, quel que soit son âge, ne peut se marier sans le consentement du tuteur ; toutefois l'absence du consentement ne donne pas lieu à l'action en annulation, mais seulement à certaines conséquences patrimoniales, telle que la privation de certains droits héréditaires. Or, il nous semble clair que, si une femme norvégienne se mariait en France ou en Italie à un français ou à un italien, on ne pourrait pas, conformément aux dispositions de la loi française ou de la loi italienne, intenter une instance en annulation de son mariage. C'est qu'en effet l'action en annulation doit dépendre complètement de la loi personnelle de chacun des époux.

569. — L'omission des solennités requises pour la célébration régulière peut donner lieu en certains cas à la nullité. Toutefois, il n'en peut être ainsi de toutes les formalités exigées par la loi. L'une d'elles consiste dans les publications officielles destinées à faire connaître à tous l'intention de célébrer le mariage. Il est certain que les publications doivent avoir lieu en conformité de la loi du pays où le mariage doit être célébré, à supposer qu'elles soient requises par cette loi. Elles doivent aussi se faire dans la patrie des époux, si cette obligation est imposée à chacun d'eux par sa loi personnelle. C'est ce qui, par exemple, a lieu pour les français aux termes du Code civil (art. 170), pour les italiens (art. 100), pour les autrichiens (art. 4).

Les conséquences résultant de l'omission des publications varient suivant les lois des différents États. Aux termes du Code civil autrichien, l'absence de cette formalité est un des motifs de nullité du mariage. En effet, l'article 69 de ce Code dispose que, pour que le mariage soit valable, il faut qu'il soit précédé de la dénonciation, qui consiste dans les publications d'après l'article 70.

En France, l'article 170 du Code civil a donné lieu à de longues discussions, au sujet du mariage contracté à l'étranger sans avoir été précédé en France des publications. Différentes opinions ont été émises par les auteurs, et la jurisprudence est restée incertaine. Certains auteurs ont soutenu, que le mariage conclu dans ces conditions pouvait être frappé de nullité.<sup>1</sup> Ils se sont appuyés sur le texte même de l'article 170, qui dispose que « *le mariage contracté en pays étranger entre français et entre français et étrangers sera valable pourvu qu'il ait été précédé des publications prescrites par l'article 63* », et ont dit que s'il n'était pas précédé des publications, il devait nécessairement ne pas être valide. Ils ont considéré en outre que le mariage peut être annulé pour défaut de publicité et que l'union célébrée à

<sup>1</sup> Delvincourt, T. I, p. C8; Toullier, T. I, p. 288; Marcadé, art. 170, n° 2.



l'étranger sans publications en France manque absolument de publicité, et en ont conclu qu'elle peut être annulée. Cette opinion a reçu la sanction de la Cour de cassation<sup>1</sup> qui, considérant que, comme d'après le Code civil il ne peut exister d'autre sanction pour contraindre les contractants aux publications, que l'amende à l'encontre de l'officier de l'état civil qui assiste au mariage, et que comme on ne saurait punir un officier public étranger, on ne peut trouver d'autre moyen pour empêcher les Français de se soustraire à leur loi en pays étranger que de frapper leur mariage de nullité, a déclaré de tels mariages nuls.

D'autres auteurs ont soutenu, qu'on ne pouvait aucunement prononcer la nullité pour défaut de publications, parce que la disposition de l'article 170 est une exception à la règle générale *locus regit actum* : que du reste cet article n'édicte pas la nullité, mais établit les règles relatives aux mariages contractés à l'étranger, et que dès lors les dispositions qu'il contient doivent être considérées comme réglementaires et non comme dirimantes. Ils ont ajouté qu'une sanction suffisante de la disposition réside dans l'amende, à laquelle peuvent être condamnées les parties contractantes aux termes de l'article 192; que le défaut de publications, qui n'est pas une cause de nullité quand le mariage est célébré en France, ne peut en devenir une lorsqu'il a lieu à l'étranger.<sup>2</sup> Cette opinion a également reçu la sanction de diverses cours d'appel et de la Cour de cassation.<sup>3</sup>

La troisième opinion, qui a finalement prévalu en ces derniers temps dans la jurisprudence française, c'est qu'il appartient aux magistrats d'apprécier les circonstances de fait qui ont précédé et accompagné la célébration du mariage et

<sup>1</sup> 8 mars 1831, 6 mars 1837; *Dev.*, 1831, I, III (Gaubert); *Dev.*, 1837, I, 177 (P... c. P.).

<sup>2</sup> Merlin, *Répert.*, V° *Bans de mariage*, n° 2, *Quest. de droit*, V° *Publications de mariage*; Zacchariae, § 468; Aubry et Rau, note 12; Duranton, 237; Toullier, I, 578; Dalloz, *Rép.* V° *Mariage*, XIX, p. 225.

<sup>3</sup> 12 février 1833 (d'Hérisson). *Dev.*, 1833, I, 193; Trib. de la Seine, 13 janv. 1884, Clunet, *Journal*, 1885, 88.



de le déclarer valable ou nul pour contravention à l'article 170. Les auteurs qui soutiennent cette opinion s'appuient aussi sur le texte de l'article, et disent que le législateur, n'ayant pas expressément édicté la nullité, cela signifie qu'il a voulu laisser aux juges une latitude d'appréciation.<sup>1</sup> Cette opinion a été consacrée par diverses cours et par la Cour de cassation.<sup>2</sup>

La principale raison sur laquelle repose cette théorie, c'est que la publicité étant une question de fait, doit être laissée à l'appréciation du juge.

La solution de la question, aux termes du Code civil italien, est moins douteuse. Notre législateur, après avoir indiqué, dans l'article 100, les conditions requises pour la validité du mariage célébré à l'étranger, a ensuite disposé que les publications doivent se faire aussi dans le royaume aux termes des articles 70 et 71. Or, il résulte clairement de ces articles, que l'omission des publications ne peut pas entraîner la nullité du mariage, mais qu'elle peut seulement justifier l'application d'une amende de 200 à 1000 fr. que le législateur édicte contre les époux.<sup>3</sup>

570. — Il faudra dès lors dans chaque cas se reporter à la loi régulatrice du mariage, pour décider d'après cette loi quelles sont les conséquences de l'omission des publications, en se rappelant qu'il n'est jamais licite de prononcer la nullité du mariage par la seule considération, que les époux se sont transportés à l'étranger pour faire fraude à la loi nationale qui impose l'obligation des publications.

<sup>1</sup> Demolombe, *Mariage*, n° 225; Fœlix, *Des mariages contractés en pays étranger*, n° 2 et s.; Pradier-Fodéré, *Dr. internat.*, T. III, § 1721.

<sup>2</sup> Cass. 8 mars 1875, et la note dans le *Journal du droit international privé*, 1875, p. 190, et Rouen, 1<sup>er</sup> avril 1874 (*id.*, p. 273); Trib. civ. de la Seine, 14 juin 1876 (*id.*, 1877, p. 146); 21 juin 1883 (*id.*, 1884, p. 67); 6 août 1886 (*id.*, 1887, p. 187).

<sup>3</sup> Une circulaire du ministre français de la justice a prescrit à l'officier de l'état civil d'exiger des Italiens qui veulent se marier en France la preuve, que les publications ont été faites en Italie.

Lorsque la loi des contractants ne contiendrait aucune disposition à l'égard du mariage célébré à l'étranger et serait muette sur la validité ou la nullité de cet acte en cas d'omission des publications, il faudrait appliquer la loi du pays où le mariage a été célébré, en considérant les publications comme une question qui a trait à la forme de la célébration. <sup>1</sup>

Il faut du reste dire, que dans chaque cas, les publications ont pour but de rendre public le projet de mariage et constituent un des éléments principaux de cette publicité. Dès lors le défaut de cette formalité peut toujours être regardé en fait par le juge comme constituant l'absence de la publicité requise, pour sauvegarder le droit pour les parents de provoquer l'action en nullité du mariage, et pour fixer le terme dans lequel cette action peut être utilement exercée, et les tribunaux peuvent considérer comme affecté de clandestinité le mariage célébré à l'étranger, sans avoir été précédé des publications requises dans le pays du domicile respectif des époux. <sup>2</sup>

571. — On doit d'ailleurs considérer comme une simple disposition réglementaire celle de l'article 101 du Code civil italien, qui correspond à l'article 171 du code civil français, qui impose aux citoyens qui se marient en pays étranger, l'obligation de faire transcrire leur mariage sur les registres de l'état civil de leur pays dans les trois mois de leur retour. L'opinion

<sup>1</sup> C'est en ce sens qu'a été résolue la question à propos d'un mariage entre suédois célébré en Danemark sans publications préalables. Il a été décidé, que le mariage devait être réputé valable en conformité de la loi danoise. Voir le décret du conseil de régence suédois du 20 novembre 1872. Clunet, *Journal de Droit International privé*, 1875, p. 240.

<sup>2</sup> L'article 138 du code civil néerlandais, qui est en tout point conforme à l'article 170 du Code civil français, a été également interprété par les tribunaux hollandais, en ce sens que le défaut des publications prescrites par la loi néerlandaise n'emporte pas de plein droit la nullité du mariage. Voir l'arrêt de la Cour de La Haye du 30 juin 1877 confirmé par la Cour de cassation le 14 juillet 1878, dans le *Journal de Droit International privé*, 1882, p. 65, 66.

de certains auteurs français, qui voudraient faire dépendre les effets civils du mariage dans leur propre pays de l'acte de transcription n'est pas soutenable, pas plus en France qu'en Italie <sup>1</sup>. Nous admettons seulement comme raisonnable l'opinion de Demolombe, qui est d'avis que si un mariage célébré à l'étranger n'avait pas été transcrit sur les registres de l'état civil du pays des époux, et si ceux-ci avaient tenu leur union secrète, de façon que les tiers pussent légitimement réputer le mariage non existant, les tribunaux pourraient, en appréciant les circonstances de fait et en ayant égard à la conduite plus ou moins frauduleuse des époux ou à la bonne foi des tiers, déclarer ce mariage sans effet à l'égard des tiers qui auraient contracté de bonne foi. <sup>2</sup>

572. — Pour ce qui concerne en général les formalités légales qui doivent être observées pour la célébration du mariage, nous avons déjà dit comment on doit appliquer la règle *locus regit actum*. Il faudra donc se reporter à la loi du lieu de la célébration, pour décider si l'omission de certaines formalités pourra entraîner la nullité du contrat. Par conséquent, quand la *lex loci actus* n'a pas expressément prononcé la nullité du mariage, qui n'a pas été célébré avec les formes qui y sont prescrites, mais a seulement édicté certaines pénalités à raison des infractions à ses dispositions, on ne saurait admettre l'action en nullité.

La jurisprudence américaine a constamment décidé, que les dispositions législatives des divers Etats de l'Union à l'égard des formalités du mariage ne sont pas prescrites à

<sup>1</sup> Compar. Trib. civ. de la Seine, 21 novembre 1877 (*Journ. du Dr. Internat. privé*, 1878, p. 43). — Cour d'Aix 19 décembre 1877 (*id.*, p. 273).

<sup>2</sup> Demolombe, *op. cit.*, n° 229; — Foelix, *loc. cit.*; — Cour de cassation française 30 août 1808 (*Journ. du Palais*, T. VII, p. 121). En France, il est aussi d'une jurisprudence constante, que le défaut de transcription de l'acte de mariage célébré à l'étranger ne constitue pas par lui-même, et en dehors de toute autre circonstance, le vice de clandestinité et n'entraîne pas la nullité du mariage. Paris, 28 février 1881 (*Journ. du Dr. internat. privé*, 1881, p. 516 et renvois sous cet arrêt).

peine de nullité, et que dès lors le défaut de compétence de la personne devant laquelle le mariage a été célébré et les autres vices de forme n'emportent pas la nullité du mariage<sup>1</sup>. Or il nous semble clair, qu'il faut s'inspirer du droit américain, pour statuer sur l'action en nullité fondée sur le défaut de compétence de l'officier public en cas de mariage célébré aux Etats-Unis d'Amérique.

573. — Quand d'après la *lex loci actus*, le ministre ecclésiastique est compétent pour célébrer le mariage et pour lui attribuer le caractère et les effets de l'état civil<sup>2</sup>, on ne peut

<sup>1</sup> La cour suprême des Etats-Unis, dans l'affaire *Meister c. Moore*, a décidé que les lois des divers États de l'Union, qui établissent des magistrats et des ministres déterminés pour célébrer le mariage, ne prescrivent pas cela sous peine de nullité, et que dès lors le mariage célébré dans un État d'après le droit commun (*common law*) est valable, bien que les statuts de l'État n'aient pas été observés. Albany, *Law Journal*, v. XVIII, p. 97; Lawrence, *Comm. des éléments de droit internat.* de Wheaton, 2<sup>e</sup> partie, Ch. II, T. III, p. 323 et suiv.; Clunet, *Journal*, 1874, p. 214.

<sup>2</sup> On ne trouve dans l'état actuel aucune uniformité dans les lois, à l'égard des personnes appelées à célébrer le mariage. Dans certains États, le mariage a été sécularisé, en ce sens qu'on a investi des officiers civils de la mission d'assister à la célébration de ce contrat. Il en est ainsi en France, en Allemagne, en Belgique, en Italie, aux Pays-Bas, dans le Grand-Duché de Luxembourg, en Roumanie et en Suisse. En Autriche, aux termes de la loi du 25 mai 1868, le mariage peut être célébré dans certains cas devant le fonctionnaire de l'état civil. En Angleterre, le mariage est célébré devant le ministre ecclésiastique : toutefois les parties, qui ne veulent pas se marier religieusement, ont la faculté de le célébrer devant le *Registrar* local. En Suède, en Norvège et en Danemarck, la forme civile est seulement permise lorsque les contractants appartiennent à des confessions religieuses différentes. Le mariage d'après le droit canon est toujours la règle dans la péninsule Ibérique. Le législateur espagnol admet l'union civile uniquement pour les dissidents, et en Portugal la célébration dans la forme catholique continue à être faite par le clergé en vertu de la délégation de l'État.

Dans l'empire Ottoman, les non musulmans ne peuvent pas célébrer le mariage dans la forme civile, parce que l'état civil turc est basé sur le Coran, qui prohibe les unions entre musulmans et chrétiens. Ces derniers peuvent faire célébrer leur union par le ministre d'un culte toléré.

En Grèce, les ministres des cultes reconnus peuvent procéder valablement à la célébration du mariage selon les règles de la communion à laquelle appartiennent les futurs époux. S'ils appartiennent à des croyances



certainement pas attaquer cet acte en nullité, quand les formalités prescrites par la loi de la confession religieuse ont été observées. Toutefois, il peut en ce cas se présenter une grave difficulté sur le point de savoir, si dans l'hypothèse où le mariage célébré suivant le rite religieux peut être attaqué d'après la loi ecclésiastique, le vice du contrat d'après cette loi, aux termes de laquelle il est affecté de nullité, peut avoir pour résultat de le faire également déclarer nul au point de vue des effets civils.

Pour résoudre cette question, il est à considérer que les conséquences, qui peuvent se produire d'après le droit canon ou d'après la loi de la confession religieuse des époux, ne doivent pas être confondues avec celles qui peuvent se produire d'après le droit civil dans le cas d'un mariage célébré d'après le rite religieux. En effet la loi civile, même quand elle reconnaît la validité du mariage célébré devant un ministre religieux, n'entend certainement pas régler cet acte en tant que sacrement, mais seulement en tant qu'acte de

différentes, la bénédiction nuptiale est donnée par le ministre de l'église orientale, à la condition toutefois que les enfants soient élevés dans la religion de l'époux orthodoxe.

En Chine, le mariage est célébré sans l'intervention d'aucun officier public, ni civil, ni ecclésiastique. On observe certaines cérémonies entre les familles des contractants, et celles-ci suffisent pour constituer l'union purement légale; mais il n'est rédigé aucun acte officiel, et il n'existe aucuns registres publics destinés à enregistrer les mariages.

Aux Etats-Unis, le mariage est généralement célébré devant les ministres religieux. Toutefois, les lois de plusieurs Etats de l'Union autorisent les juges de paix à recevoir les déclarations des personnes, qui veulent se dispenser des cérémonies religieuses.

Dans les Etats de l'Amérique qui ont admis le décret du Concile de Trente, le mariage est célébré d'après ce décret; mais là où le décret n'a pas été promulgué, on suit encore les anciennes règles de l'église, et par conséquent on n'exige ni les publications, ni le domicile. Autrement, le mariage est régi par les règles établies par le catholicisme dans le Nicaragua, dans l'Équateur, au Chili, à La Plata, au Brésil, dans l'Uruguay. Les habitants non catholiques peuvent néanmoins se marier devant le juge de paix. Le mariage civil a été adopté au Mexique et dans les Républiques de Guatémala et de Vénézuéla.

<sup>2</sup> *bis* Aux termes d'un décret récent du gouvernement provisoire républicain du Brésil, le mariage civil a été établi dans ce pays. (Note du traducteur Ch. A).

l'état civil, à moins qu'elle n'ait expressément disposé, que l'union conjugale ne pourrait avoir d'existence légale, que lorsqu'elle aurait été célébrée valablement d'après la loi de la confession religieuse. En effet, dans cette seule hypothèse, le législateur aurait attribué aux dispositions de la loi ecclésiastique la même autorité qu'à celles de la loi civile. Toutefois, alors ses prescriptions seraient impératives seulement à l'égard des personnes soumises à son autorité.

Partant de là, il faut admettre, par exemple, que dans l'hypothèse d'un mariage célébré à l'étranger entre un italien ou un français et une étrangère appartenant à des confessions religieuses différentes, devant un ministre du culte catholique, ou devant un ministre d'un culte autorisé à célébrer le mariage d'après la *lex loci actus*, alors que ce ministre aurait reçu le consentement des époux et aurait inscrit le mariage sur les registres conservés dans son église, cette union ne pourrait pas être attaquée en nullité, par la seule raison que selon la *lex loci actus* elle devrait être célébrée d'après le rite religieux, et que les époux étant de confession religieuse différente, d'après la loi religieuse il devrait être célébré devant le ministre religieux de leur propre culte respectif, et dès lors successivement dans l'église de l'un et de l'autre.

Le motif de notre opinion réside en ce que, dans cette hypothèse, le ministre ecclésiastique a le caractère d'officier de l'état civil et en remplit les fonctions. Aussi, lorsque ce ministre a reçu le consentement des époux et rédigé l'acte d'union conjugale sur les registres spéciaux qu'il tient et qu'il conserve, on ne peut plus considérer qu'il manque quoi que ce soit à la célébration du mariage comme acte de l'état civil. C'est pourquoi, si la loi religieuse de l'un ou l'autre des époux ne reconnaît pas la validité de la cérémonie religieuse qui a été célébrée, cela peut s'appliquer uniquement à l'acte religieux lui-même et aux effets de cet acte en tant que sacrement, mais nullement aux effets civils de l'union conjugale.

Nous trouvons cette doctrine admise indirectement dans

une sentence de la Cour de la Chancellerie anglaise du 4 décembre 1874. Il s'agissait d'un mariage célébré à Téhéran par un italien avec une arménienne, qui d'après le rite de la religion arménienne devait se marier devant le ministre de cette église. La future étant enceinte, et les lois de la religion arménienne ne permettant pas de consacrer le mariage d'une femme dans cette situation, le ministre du culte arménien refusa de le faire. Le mariage fut célébré par un prêtre catholique. On alléguait que, les époux étant de confession religieuse différente, un prêtre catholique ne pouvait pas célébrer le mariage et le consacrer par le sacrement sans une dispense du Pape. Néanmoins, on reconnut le mariage comme valable en Angleterre quant aux effets civils, et on rejeta la demande en annulation de ce contrat.<sup>1</sup>

La solution de cette question devrait être différente, si d'après la *lex loci actus*, le ministre religieux était tout-à-fait incompétent. Ainsi, par exemple, l'article 75 du Code autrichien dispose de la façon suivante : « La déclaration solennelle du consentement des époux doit avoir lieu devant le ministre ecclésiastique d'un des fiancés (bien que, par suite de la diversité de la religion il s'appelle curé, pasteur ou autrement), ou bien devant le suppléant de ce ministre en présence de deux témoins »<sup>2</sup>. En appliquant cette disposition, la Cour suprême a décidé avec raison que, pour que le ministre religieux fût déclaré compétent pour célébrer le mariage, il pouvait appartenir à une confession religieuse quelconque, pourvu toutefois qu'il s'agît d'une confession reconnue dans l'État, et que par conséquent n'était pas compétent un prêtre de la communauté des Vieux Catholiques.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Clunet, *Journal*, 1875, p. 27.

<sup>2</sup> Aux termes de la loi du 25 mai 1888, le mariage peut être, dans beaucoup de cas, célébré en Autriche devant un fonctionnaire de l'état civil (*Bulletin de la Société de législation comparée*, 1877, p. 210).

<sup>3</sup> Cour suprême de Vienne, 9 décembre 1874. Clunet, *Journal*, 1879, p. 504.

574. — L'action en nullité, fondée sur l'absence de capacité de l'un ou de l'autre des contractants, doit être régie par la loi personnelle de chacun d'eux. Par conséquent, si, d'après la loi personnelle, un rapport donné de parenté était considéré comme un obstacle à la célébration du mariage et si en outre le mariage célébré nonobstant cet empêchement de parenté était déclaré nul, on devrait accueillir l'action en nullité fondée sur la loi personnelle de l'époux incapable, bien qu'aux termes de la loi de l'autre contractant on n'admit pas que l'action en nullité pût être ainsi motivée. Le fondement de cette règle est que, pour célébrer un mariage valide, les deux futurs doivent être capables et que, la capacité de chacun devant être déterminée d'après sa propre loi personnelle, cette même loi doit régir l'action en nullité pour défaut de capacité requise.

Notons en appliquant ces principes, que lorsque le législateur d'un État aurait déclaré obligatoire pour les citoyens catholiques le droit canon relatif au mariage, les dispositions de ce droit et les causes de nullité à raison de l'empêchement résultant de la parenté pourraient donner lieu à l'action en nullité, même si l'autre époux était citoyen d'un État, où le mariage serait régi par la loi civile. Il faudrait, en effet, dans cette hypothèse considérer que le législateur étranger, ayant attribué au droit canon à l'égard des effets du mariage, la même autorité qu'au droit civil, aurait ainsi soumis les citoyens au droit canon, en déclarant capables de se marier ceux-là seuls qui ont la capacité requise par l'Eglise catholique, et que par conséquent on ne pourrait pas exclure l'action en nullité fondée sur l'absence de capacité de la loi personnelle.

575. — Pour la même raison, si aux termes de la loi personnelle, le mariage entre chrétiens et non chrétiens était interdit et déclaré nul, cette disposition pourrait être invoquée utilement, pour faire déclarer nulle l'union célébrée contrairement à cette loi, par ceux qui y sont soumis.



L'action en nullité devrait alors être admise, même lorsque l'autre contractant serait régi par une loi différente, et même s'il n'existait aux termes de cette dernière loi aucun empêchement pour différence de religion. La raison en est toujours la même, c'est que l'action en nullité pour absence de capacité doit être régie en principe par la loi personnelle de chacun, et que pour qu'un mariage soit valable, il faut que chacun des époux soit capable d'après sa propre loi personnelle.<sup>1</sup>

576. — Toutefois, à cette règle il faut faire l'exception habituelle, que la loi personnelle étrangère qui frappe de nullité un mariage à raison de l'incapacité d'un des futurs, ne peut être utilement invoquée dans un État pour intenter l'action en nullité, lorsque la reconnaissance de la loi personnelle de l'étranger aurait pour résultat de porter atteinte au droit public territorial.

Tel serait, par exemple le cas de l'action en nullité fondée sur la loi de la Louisiane, qui non seulement interdit le mariage entre personnes de couleur différente, mais le déclare nul. Je suppose qu'un italien ou un français se soit uni par le mariage à une personne de couleur et citoyen de la Louisiane, ce mariage ne pourrait pas de ce chef être annulé par les tribunaux français ou italiens.

<sup>1</sup> Aux termes de l'article 64 du Code civil autrichien, le mariage ne peut être contracté valablement entre chrétiens et non chrétiens. Par suite de cette défense, un mariage célébré à Berlin entre un hongrois israélite et une berlinoise chrétienne a été avec raison déclaré nul par la Cour suprême de Vienne par arrêt du 6 mars 1878, à la suite d'une instance en nullité intentée par la femme, nonobstant que d'après l'article 56 de la loi allemande du 9 mai 1874, l'empêchement pour différence de religion, qui existait d'après le Code prussien, ait été aboli. Clunet, *Journal*, 1879, p. 500.

<sup>1 bis</sup> Nous différons sur ce point complètement d'avis avec l'auteur, (voir *suprà* note, sous le n° 336, p. 35). Ce chef de nullité, quand l'autre conjoint serait régi par une loi différente, rentrerait en effet dans l'exception indiquée par l'auteur au n° 576, elle serait, en effet, de nature à porter atteinte au droit public territorial des États où la liberté religieuse absolue, comme cela existe en France et en Italie, est un principe supérieur et essentiel de droit public. (Note du traducteur Ch. A.)

Il est clair que la reconnaissance en Italie ou en France de l'autorité de cette disposition de la loi de la Louisiane porterait atteinte au droit public italien ou au droit public français, qui n'admettent pas une différence substantielle entre les droits de la personnalité humaine à raison de la couleur des individus, de même qu'on n'admet pas que la loi étrangère établissant l'esclavage de certaines personnes puisse avoir autorité en France ou en Italie.

577. — On devrait résoudre de même la question relative à l'incapacité dont sont atteintes certaines personnes d'une classe déterminée, auxquelles il est interdit de s'unir par le mariage avec des personnes d'une classe inférieure sans autorisation du souverain. Ces lois ont le caractère de véritables mesures politiques et ne peuvent avoir aucune autorité exterritoriale.

Un doute peut s'élever à l'égard du mariage célébré par un membre d'une famille régnante, lorsqu'aux termes de la loi de l'État, il ne lui serait pas permis de contracter un mariage valable sans autorisation préalable du souverain, chef de la famille. A la rigueur, on devrait dire que, s'agissant d'une loi qui a un caractère politique, on ne devrait pas admettre l'action en nullité du mariage célébré sans l'autorisation du souverain régnant, si elle était introduite devant les tribunaux d'un état étranger et contre un citoyen de cet État avec lequel le prince aurait contracté mariage. Il faut toutefois considérer, que les devoirs de courtoisie internationale engagent à tenir compte de certaines nécessités, qui sont la conséquence naturelle de la constitution politique des États. Étant donnés ces devoirs, il nous semble qu'on doit admettre l'action en nullité dans notre hypothèse, bien qu'elle soit fondée sur le droit public interne d'un État étranger.

578. — Une difficulté plus délicate, à l'égard de l'action en nullité fondée sur la loi étrangère, pourrait se présenter

dans l'hypothèse où, aux termes de cette loi, il serait interdit au prêtre catholique ou à toute personne liée par des vœux religieux de contracter mariage, alors que la demande serait dirigée contre un citoyen de cet Etat, mais devant les tribunaux d'un autre Etat où, aux termes du droit public, la liberté de conscience serait entendue de façon à ne pas admettre que le caractère du prêtre fut indélébile et qu'on dût réputer impossible son mariage, même s'il avait abjuré sa propre religion.

Il faut dire tout d'abord, qu'à l'égard de l'empêchement fondé sur les fonctions sacerdotales et sur les vœux religieux, le droit en vigueur dans les différents Etats ne présente aucune uniformité. Aux termes de la loi Autrichienne (Art. 63), les clercs, après avoir reçu les ordres majeurs, et les religieux des deux sexes, après leurs vœux solennels de célibat, ne peuvent plus contracter valablement mariage. Il n'existe dans le Code civil français aucune disposition textuelle, et en France on a longuement discuté sur le point de savoir si l'empêchement résultant de l'ordination était dirimant ou prohibitif<sup>1</sup>. En Italie, on n'a pas voulu, comme on

<sup>1</sup> La Cour de cassation s'était d'abord bornée à approuver la résistance de l'officier de l'état civil qui refusait d'assister au mariage d'un prêtre. Cass. 23 février 1817 (Sirey, 47, I, 177). Mais elle avait cassé un arrêt de la Cour de Paris du 18 mai 1818 (*id.* 1819, 2, 182) et avait décidé que l'ordination n'était pas un empêchement dirimant (9 janv. 1821, *id.*, 1821, I, 137). Cette doctrine admise par les auteurs (Voir notamment: Aubry et Rau, 3<sup>e</sup> édit., note 9 au § 14, T. IV; Valette sur Proudhon, T. I, p. 415 et *Cours*, T. I, p. 190; Demolombe, *Mariage*, T. I, n<sup>o</sup> 131 et 431 *bis*), fut confirmée par la jurisprudence postérieure. En 1878, la Cour de cassation, changeant de jurisprudence, décida que l'empêchement résultant de l'ordination était un empêchement dérimant dans l'affaire Lemontagner. Cassation, 25 février 1878 (Sirey, 1878, I, 241). Voir sous cet arrêt les importantes observations de Labbé.

<sup>1 bis</sup> Dans ces dernières années, un revirement absolu s'est produit dans la jurisprudence française. La Cour d'Amiens d'abord, le 30 janvier 1886, (Dalloz, 86, 2, 42), et la Chambre civile de la cour de cassation ensuite, le 25 janvier 1886 (Dalloz, 1888, I, 97), par un arrêt confirmatif de celui de la Cour d'Amiens, ont admis la doctrine essentiellement juridique, que l'ordination ne constitue à l'égard du Code civil français, muel sur ce point, aucun empêchement, pas plus prohibitif que dirimant. (Note du traducteur Ch. A.).

l'avait proposé d'abord, consacrer cet empêchement par une disposition expresse du Code civil, parce que lors de la discussion du projet, le ministre déclara que la question devait être résolue par la jurisprudence. Celle-ci s'est prononcée en divers sens, mais l'opinion qui a prévalu c'est qu'on doit exclure l'empêchement fondé sur l'ordination <sup>1</sup>.

En principe, il faut admettre que, s'agissant de capacité relative au mariage, l'action en nullité doit être régie par la loi personnelle de chacun. Par conséquent, on doit accueillir l'action en nullité fondée sur le Code civil autrichien, dans l'hypothèse où un autrichien prêtre catholique ou lié par des vœux religieux se serait marié avec une italienne. Si, au contraire, il s'agissait d'une française, comme dans le Code civil français il n'existe aucune disposition expresse et que l'empêchement a été admis par suite d'une interprétation judiciaire, celle-ci ne pouvant avoir d'autorité exterritoriale à l'égal d'une loi, ne pourrait empêcher les tribunaux de juger suivant leur opinion juridique l'action en nullité.

579. — Toutefois, en ce qui concernerait le citoyen au-

<sup>1</sup> Lors de la discussion du projet du Code civil, le sénateur Mameli proposa un amendement pour faire comprendre parmi les empêchements au mariage celui de l'ordination et des vœux solennels, et Sclopis formula cet amendement. Toutefois, le ministre et le rapporteur soutinrent la nécessité de maintenir intégralement la séparation entre l'élément civil et l'élément religieux du mariage et de laisser à la jurisprudence le soin de décider la controverse, et l'amendement fut rejeté. Les cours avaient d'abord résolu la question dans le sens de la négative (Gênes, 20 juillet 1836, *Annali della giurisprudenza*, 1866, I, 2<sup>e</sup> p., 6); Trani, 24 juillet 1867 (*id.*, 2, 106, 1869); Cour de cassation de Naples 22 juin 1871 (*id.*, 1871, I, 249). Toutefois, l'affirmative a ensuite prévalu : Palerme, 22 juin 1878 (*Foro italiano*, 1878, p. 660) et la note avec les nombreux renvois sous cet arrêt; Cour de cassation de Palerme 30 octobre 1880 et Cour de cassation de Naples, 27 avril 1882. Dans ce dernier arrêt, la Cour réformant la jurisprudence antérieure, décida qu'un prêtre catholique ne peut attaquer en nullité le mariage par lui contracté (*Foro italiano*, 1882, p. 1114). Voir en outre les diverses monographies mentionnées dans l'arrêt précité de la Cour de Palerme : Alianelli. *Sui impedimenti canonici rapportato al matrimonio civile*, dans la *Gazzetta del procuratore*, 6<sup>e</sup> année, p. 325.



trichien, la difficulté pourrait se compliquer dans l'hypothèse où l'individu lié par des vœux religieux alléguerait qu'il a abandonné la religion catholique et a adhéré à une autre confession, et soutiendrait que, le caractère de prêtre ne pouvant être indélébile à l'égard du droit civil comme il l'est à l'égard du droit canon, les dispositions du Code civil autrichien concernant les prêtres catholiques ne pourraient plus lui être appliquées.

La question deviendrait alors tout à fait complexe. Il s'agirait, en effet, de décider si, même en admettant en principe que l'empêchement qui résulte de l'ordination devrait être régi d'après le Code civil autrichien, étant donné qu'à l'égard de ce Code, le caractère de prêtre devrait être considéré comme indélébile, cette disposition pourrait avoir autorité en Italie, où, d'après le droit public en vigueur, le droit de liberté de conscience s'entend de façon à exclure que quelqu'un puisse être contraint à demeurer attaché à sa première confession religieuse.

Nous pensons que la question ainsi posée doit être résolue, en rejetant l'application du Code civil autrichien, à supposer qu'on veuille invoquer l'autorité de ce Code, non seulement pour établir l'empêchement résultant de l'ordination à l'égard du prêtre catholique, mais pour établir aussi que le caractère de prêtre catholique étant indélébile d'après la loi autrichienne, cet empêchement devrait subsister même à l'égard de quelqu'un qui aurait abjuré la religion catholique. En effet, la décision contraire nous paraît contraire au droit public interne et nous semble rentrer dans les cas où on peut méconnaître l'autorité de la loi personnelle de l'étranger.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Le fait de l'abjuration n'a pas pour nous la même importance que pour l'auteur. En effet le prêtre, auquel sa loi nationale impose le célibat et défend le mariage d'une façon absolue, en témoignant l'intention formelle de se marier, par là même indique d'une façon aussi énergique que possible qu'il entend rompre avec une croyance qui l'enchaîne. Et s'opposer alors dans un Etat, où comme en France ou en Italie, la liberté religieuse est un des principes essentiels du droit public, à son mariage sous le prétexte que

Notre opinion est encore fortifiée par la considération que la Chambre des députés du *Reichsrath* avait adopté en 1876 un projet de loi, qui modifiait l'article 63 du Code civil autrichien, et qui admettait que l'empêchement au mariage résultant de l'ordination devait cesser à la suite de la conversion du prêtre catholique à une autre religion. Ce projet fut rejeté par la Chambre haute. Si toutefois, à la suite du rejet de cette proposition, on peut dire qu'aujourd'hui encore en Autriche les vœux religieux et l'ordination constituent une qualité indélébile, même à l'égard du droit civil, on ne peut pas reconnaître l'autorité d'une telle disposition en Italie, où contraindre un étranger à obéir aux dispositions de sa loi personnelle motivées par sa première confession religieuse équivaldrait à porter atteinte à sa liberté de conscience et au droit public qui garantit cette liberté.

580. — L'action en nullité du mariage de la part du conjoint, fondée sur l'impuissance de l'autre époux, a un caractère différent suivant les lois des divers États. D'après certaines législations, ce peut être là un motif pour intenter l'action en nullité, quand l'impuissance est incurable et antérieure à la célébration du mariage. C'est ainsi que dispose le Code civil autrichien (art. 60). La solution du Code civil italien est presque identique (art. 107), puisqu'en Italie l'action peut être intentée lorsqu'il s'agit d'impuissance manifeste, perpétuelle et antérieure au mariage. L'action en nullité pour impuissance est aussi admise en Espagne. Toutefois, d'après le droit espagnol, lorsque le mariage est dissous pour cause d'impuissance du conjoint, et que celui qui est réputé impuissant s'unit avec une autre personne et con-

sa loi personnelle lui défend le mariage, ce serait porter atteinte aux principes d'ordre public, aussi bien que dans le cas où l'abjuration formelle aurait eu lieu. Au surplus, en exigeant l'abjuration, il nous semble qu'indirectement on nierait le principe de droit public de la liberté de conscience, puisqu'on exigerait que le prêtre se rattachât à une autre croyance positive, et qu'en quelque sorte on lui refuserait la faculté reconnue pour tous de rester en dehors de toute église. (Note du traducteur Ch. A.).

somme le mariage, ce second mariage est considéré comme nul et le premier redevient valable. Dans d'autres lois, au contraire, on n'admet pas cette cause de nullité.<sup>1</sup>

Le Code civil français, par exemple, ne mentionne pas l'impuissance parmi les causes qui autorisent à demander la nullité du mariage, et il faut noter que dans les discussions qui ont précédé la rédaction de ce Code, l'impuissance ayant été considérée comme l'une des causes pouvant autoriser le divorce, on arrivait ainsi indirectement à admettre que le mariage devait être considéré comme valable.<sup>2</sup>

Il faut toutefois observer que dans certains pays où l'action est admise, on ne permet plus de l'exercer quand il s'est passé un temps considérable depuis la célébration du mariage.

La Haute Cour de justice anglaise a plusieurs fois décidé, que le délai pour faire prononcer la nullité en raison de l'impuissance ne devait pas excéder un terme raisonnable, et par son arrêt du 20 mai 1878, elle a rejeté une demande en nullité de ce chef, parce qu'il s'était écoulé neuf ans depuis le jour de la cohabitation des époux.<sup>3</sup>

Nous sommes entré dans ces détails, parce qu'ils nous semblent importants pour étayer notre opinion. Bien que la finalité de la génération doive être réputée naturellement inhérente à la société conjugale, toutefois, elle ne doit pas être regardée comme essentielle, au point de faire considérer comme nul le mariage quand, de la part d'un des conjoints, il existe un vice organique absolu et permanent qui fait obstacle à la génération. Il peut exister une finalité beaucoup plus élevée dans le mariage que celle de la génération, et on peut par conséquent soutenir avec raison que l'union de l'homme et de la femme peut présenter tous les

<sup>1</sup> Voir, pour le droit français, Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, § 464.

<sup>2</sup> Compar. la discussion sur le titre du divorce, 26 vendémiaire an X.

<sup>3</sup> Clunet, *Journal*, 1879, p. 563. Voir aussi l'arrêt du 2 août 1876 (*id.*, 1877, p. 55).

éléments juridiques d'un mariage valable malgré l'impuissance d'un des conjoints.

Partant de là, il nous semble qu'on ne peut fonder l'action en nullité pour une cause aussi spécieuse sur la loi personnelle de l'un ou de l'autre des contractants, mais qu'au contraire il faut se reporter à la loi régulatrice de la société conjugale déjà constituée, c'est-à-dire dans le système que nous admettons, à celle de l'État dont le mari est citoyen. Il s'agirait, en effet, de faire annuler un mariage qui aurait tous les éléments requis pour exister légalement, et comme tout mariage légalement existant doit demeurer soumis à la loi personnelle du mari, ce doit être d'après cette loi qu'on devra décider si on doit ou non admettre la nullité en raison de l'impuissance.

581. — Maintenant, nous allons examiner les cas, dans lesquels l'action en nullité du mariage peut être fondée sur la loi territoriale. Cela doit généralement être admis toutes les fois que le mariage a été contracté, malgré l'existence d'un empêchement absolu d'après la *lex loci actus*. En effet, comme ce contrat manque alors des conditions substantielles requises pour exister juridiquement, le droit public territorial serait atteint, si on le considérait comme valable.

582. — La première cause de l'action en nullité à ce point de vue est celle de l'existence d'un précédent mariage. Elle est par elle-même un obstacle absolu à la célébration d'une nouvelle union, dans tous les pays où la polygamie est prohibée et où la bigamie est qualifiée crime ou délit. Il est évident que le mariage *polygamique* est substantiellement nul dans ces pays, et que par conséquent, toujours en pareil cas, on doit admettre l'action en nullité au profit de toute personne intéressée ou du ministère public.

583. — Une difficulté peut se présenter dans le cas où le mariage polygamique a été célébré dans un pays où il est



permis légalement et entre citoyens de ce pays. Doit-on alors, dans un État où ce mariage est défendu, admettre l'action en nullité contre cet acte, comme dans le cas où le second mariage y aurait été célébré? Dans certains États, par suite de considérations de race et de croyances religieuses, la polygamie est permise par la loi. Bien plus, la France elle-même, ainsi que les autres Puissances coloniales, permet aux indigènes des colonies de pratiquer la polygamie. Or, si un indigène des colonies avait contracté dans son pays un mariage polygamique aux termes de la loi en vigueur, ce fait ne pourrait certainement pas être qualifié délit, et s'il y avait lieu de préciser les effets juridiques que cette union pourrait produire en France ou en Italie, on ne pourrait pas appliquer la loi en vigueur dans ces pays, pour dire qu'elle serait frappée de nullité substantielle. On devrait au contraire admettre que, lorsque les personnes qui se sont unies par le mariage seraient soumises à l'empire d'une loi qui permettrait la polygamie et qu'elles auraient déjà constitué leur famille conformément à cette loi, il ne serait pas contraire à l'ordre public et au droit public territorial de reconnaître ce fait légal. Dès lors, l'action en nullité du mariage considéré en lui-même ne serait pas justiciable; mais on devrait seulement admettre que, certains effets en dérivant d'après la loi étrangère (tels que par exemple celui de retenir de force plusieurs femmes dans le *harem* ou de les y ramener de force si elles en étaient sorties), ne pourraient pas se produire en France ou en Italie, parce que la reconnaissance de la loi étrangère à cet égard serait en opposition avec les lois de police et avec le droit public interne.

584. — La nullité du mariage pour la cause que nous examinons, devant être la conséquence de l'existence d'une précédente union, il est naturel qu'elle ne puisse être prononcée que si le mariage précédent est valable. Quand il existe un premier mariage, on doit admettre à son égard la présomption légale de validité et le considérer comme exis-

tant relativement au lien conjugal, tant que le magistrat compétent n'en a pas prononcé la nullité. Il appartient dès lors à la partie intéressée de repousser l'action en nullité du second mariage, de fournir la preuve, soit que la première union, n'ayant pas rempli les conditions juridiques essentielles pour être réputée mariage, n'aurait eu à aucun moment une existence légale comme telle, ou que le mariage célébré devrait être déclaré nul. Il est clair que, lorsque la nullité du premier mariage serait opposée par celui qui en aurait contracté un second, elle constituerait une exception préjudicielle et péremptoire, pour la solution de laquelle on devrait appliquer les règles exposées précédemment.

Il peut arriver, que le mariage précédemment contracté ait été déclaré nul par une sentence du juge, ou dissous par un jugement de divorce. Dans l'un, aussi bien que dans l'autre cas, comme l'absence de lien conjugal pour l'individu qui aurait contracté le premier mariage, serait l'effet de la sentence qui en aurait prononcé la nullité ou la dissolution, il faudrait se reporter aux principes relatifs à la valeur extraterritoriale des sentences étrangères pour apprécier la force probante d'une telle sentence émanée d'un tribunal étranger. Nous nous occuperons de l'efficacité extraterritoriale des sentences étrangères en son lieu ; dans le chapitre suivant nous exposerons les principes relatifs au divorce.

585. — Un doute grave peut s'élever à cet égard, dans l'hypothèse où la nullité du mariage entre époux catholiques aurait été prononcée par la sacrée congrégation du Saint-Office de Rome, à supposer qu'ils soient citoyens d'un État où, d'après la loi, le mariage serait régi par le droit canon.

En principe, les décisions de la sacrée congrégation du Saint-Office ne peuvent pas être assimilées aux sentences d'un tribunal étranger. Toutefois, si aux termes de la loi d'un État, non seulement il était établi que le droit canon et les décrets du concile de Trente sur le mariage devraient avoir l'autorité de droit commun à l'égard de la loi civile, mais

qu'en outre la juridiction en matière de mariage devrait être exclusivement attribuée aux tribunaux ecclésiastiques, on ne pourrait pas exclure l'autorité de la décision de la sacrée congrégation, qui aurait déclaré le mariage nul par application des décrets du concile de Trente. Lorsque la loi civile d'un pays déclare le juge ecclésiastique compétent pour dissoudre le mariage, les décisions de ce juge doivent avoir, non par elles-mêmes, mais en vertu de la disposition de la loi civile, la même force que les sentences du juge civil. <sup>1</sup>

Nous croyons en outre utile d'ajouter que lorsque la nullité du premier mariage, d'après le droit canon, serait opposée sous la forme d'exception dans le cours de l'instance en nullité du second mariage, le juge saisi de l'affaire, ou bien devrait statuer sur l'exception en appliquant le droit canon, <sup>2</sup> ou bien devrait surseoir et renvoyer les parties devant la ju-

<sup>1</sup> C'est ce qui a lieu d'après la loi en vigueur en Espagne. Aux termes de la cédula royale promulguée par Philippe II, le 12 juillet 1564, les décrets du concile de Trente sur le mariage ont été déclarés droit commun. Cet état de choses a été maintenu jusqu'à la chute d'Isabelle II, en 1868. Sous la régence du maréchal Prim, fut publiée la loi du 18 juin 1870, qui déclarait le mariage civil obligatoire (*Ley provisional del matrimonio civil*). Après la restauration d'Alphonse XII, l'Espagne revint à l'ancien état de choses à la suite de la publication du décret royal du 9 février 1875, qui réforma la loi du mariage civil de 1870. Aux termes de ce décret, il est fait une seule exception à l'égard des personnes qui n'appartiennent pas à l'Église catholique, ou qui sont frappées de censures ecclésiastiques, ou bien qui se trouvent dans l'impossibilité de sanctifier le mariage par le sacrement. La loi de 1870 est encore applicable à ces personnes. Le mariage ne peut être dissous, d'après le droit espagnol, qui consacre le principe de l'indissolubilité *quoad vinculum*, il peut seulement être attaqué en nullité pour causes déterminées. La loi de 1870 avait indiqué ces causes (art. 92), et avait ôté aux tribunaux ecclésiastiques le droit d'annuler les mariages, en l'attribuant aux tribunaux ordinaires. La législation de 1875 a aboli cette disposition, et rétabli la compétence exclusive des tribunaux ecclésiastiques en matière de mariage. Dès lors, actuellement, en Espagne, le mariage des catholiques, qui forment la majeure partie de la population, est régi par le droit canon, même pour ce qui concerne les causes de nullité, et est soumis aux tribunaux ecclésiastiques.

<sup>2</sup> Les tribunaux français ont souvent appliqué le droit canon dans des questions relatives au mariage, lorsqu'aux termes de la loi personnelle des époux, il devait régir cet acte. Chambéry, 7 février 1885 (Virey), Dalloz, 1885, 2, 245.

ridiction ecclésiastique, afin que celle-ci, qui d'après la loi personnelle des époux est déclarée compétente, juge au fond la question de nullité du premier mariage.

Il pourrait se faire que la sacrée congrégation du saint-office eût statué à l'égard de la nullité et déclaré le premier mariage nul, mais qu'aux termes de l'acte de l'état-civil, ce premier mariage semblât encore exister, parce que la décision de la sacrée congrégation n'aurait pas été inscrite sur les registres de l'état-civil. Cela, toutefois, ne pourrait pas influencer sur le fond, parce que, de même que l'absence d'inscription du mariage qui a été célébré ne constitue pas par elle-même un motif de nature à faire considérer le lien conjugal comme inexistant, de même le défaut d'inscription de la dissolution de ce lien ne peut être par lui-même suffisant pour lui ôter tout effet. Il serait seulement nécessaire de procéder à la rectification de l'acte inscrit sur les registres de l'état-civil, et comme cette rectification opérée devrait avoir un effet rétroactif, la nullité du premier mariage devait être considérée comme existante à partir du moment où aurait eu lieu la décision du tribunal ecclésiastique, abstraction faite de l'inscription de cette décision et de la rectification de l'acte de l'état-civil, parce que ces formalités sont efficaces pour établir la nullité prononcée, mais n'ont aucune valeur décisive à l'égard du lien conjugal.

586. — Une autre difficulté peut surgir dans l'hypothèse d'une action en nullité fondée sur le mariage précédent, alors que le conjoint d'un absent aurait contracté mariage durant l'absence et que l'absent reviendrait à son domicile.

Il est nécessaire de dire avant tout, que les législations différentes au sujet de la nullité du mariage contracté par le conjoint d'un absent. Dans le système où on considère l'absence comme équivalant à la déclaration de mort, on admet naturellement que le conjoint abandonné peut faire prononcer par le tribunal la déclaration de mort pour pouvoir se remarier. Il en est ainsi aux termes du Code autrichien (art. 112,



113, 114). De même, le Code néerlandais permet au conjoint de l'absent de demander l'autorisation du tribunal pour contracter un nouveau mariage, et dispose que lorsque l'absent revient après l'autorisation et avant la célébration du nouveau mariage, ce mariage ne peut avoir lieu, mais que s'il revient après, le second mariage est valable, et que l'absent est admis lui-même à se remarier. En Angleterre, d'après la *Common Law*, le conjoint d'un absent peut valablement se remarier, quand l'absence a duré sept ans, et cette règle a été aussi admise aux États-Unis d'Amérique.<sup>1</sup>

Dans le système où on exclut l'idée que l'absence, quelle qu'en soit la durée, puisse équivaloir à une déclaration de mort, et où on admet en principe le mariage comme indissoluble jusqu'à la mort d'un des époux, le conjoint d'un absent n'est pas admis à se remarier, à moins de prouver la mort de l'absent. Toutefois, lorsque le conjoint d'un absent aurait contracté un nouveau mariage, ces lois ne considèrent pas cet acte comme absolument nul, mais admettent seulement qu'il peut être attaqué après la cessation de l'absence.

A l'égard de l'action en nullité, d'après certaines lois, elle est d'ordre public. Il en est ainsi aux termes de Code civil italien, qui exclut le droit d'attaquer le mariage contracté par le conjoint d'un absent tant que dure l'absence, mais qui admet ce même droit sans aucune réserve, après que l'absence a cessé ; d'où il résulte que l'action en nullité peut être exercée par tous les intéressés et par le ministère public.

D'après le Code civil français, le droit d'attaquer le mariage durant l'absence est admis seulement en faveur du conjoint absent. « L'époux absent, dont le conjoint a contracté une nouvelle union, sera seul recevable à attaquer ce mariage par lui-même ou par son fondé de pouvoir muni de la preuve de son existence » (art. 139).

D'après d'autres lois, on admet que quand le conjoint de

<sup>1</sup> Compar. Wharton, *Conflict of Laws*, § 133.

l'absent contracte un nouveau mariage et que l'absent revient à son domicile, il a le droit de laisser subsister la nouvelle union ou d'en demander l'annulation, et que lorsque le second mariage a été annulé, l'annulation n'a aucun effet rétroactif, parce que le second mariage célébré durant l'absence est réputé valablement contracté. <sup>1</sup>

La difficulté relative à l'action en nullité dans le cas que nous examinons consiste à savoir, si on doit appliquer la loi personnelle ou la loi territoriale, à supposer que l'une déclare valable et l'autre nul le second mariage contracté par le conjoint d'un absent.

587. — Nous ferons observer que, la nullité du second mariage dépendant comme la bigamie de l'existence du lien légal précédent, il faudra se reporter à la loi étrangère qui régit les rapports de famille pour décider cette question. A supposer qu'aux termes de la loi étrangère, l'absence soit une cause de dissolution du mariage, et que le conjoint de l'absent ait la faculté de demander au tribunal l'autorisation de contracter un nouveau mariage (Code néerlandais, art. 350), il nous paraît incontestable qu'à la suite de cette autorisation, le premier mariage devant être considéré comme dissous, on ne doit pas appliquer la loi territoriale pour permettre l'action en nullité du second mariage et l'action en bigamie. Si tout doit dépendre de l'existence de la précédente union, comme l'état de famille doit être déterminé d'après la loi personnelle du mari, si cette loi dispose que le conjoint de l'absent peut, en remplissant certaines formalités, contracter une nouvelle union, et que l'absent lui-même en revenant après la célébration du nouveau mariage a également le droit de se remarier, tout cela révèle que, d'après la conception du législateur, l'absence accompagnée de certaines conditions produit la dissolution du lien con-

<sup>1</sup> Compar. Code civil saxon, art. 1708 et Wharton, *Conflict of Laws*, § 133, p. 202.

jugal. Or, comme on ne peut défendre à l'individu, à l'égard duquel le lien conjugal antérieur est rompu aux termes de la loi personnelle, de se remarier, une telle prohibition ne peut à son égard être fondée sur une loi territoriale qui dispose autrement. Par conséquent, à notre sens, non seulement le conjoint d'un absent hollandais, autorisé par le tribunal de son pays à contracter un nouveau mariage, peut se remarier en Italie ou en France avec un italien ou un français, sans qu'en cas de retour de l'absent on puisse exercer l'action en nullité d'après la loi française ou italienne ; mais ce droit ne peut non plus être contesté à l'absent lui-même, qui peut valablement contracter une nouvelle union aux termes de la loi hollandaise.

Quand au contraire, d'après la loi étrangère, un second mariage du conjoint de l'absent ne serait pas réputé valable, mais quand l'absent seul aurait la faculté de l'attaquer, à supposer que ce conjoint ait célébré son second mariage en Italie ou en France avec un italien ou avec un français et que l'absent soit revenu à son domicile, on ne pourrait pas exclure l'action de sa part pour faire déclarer ce second mariage nul d'après la loi italienne ou la loi française. On invoquerait vainement dans ce cas la loi personnelle pour limiter l'action à l'absent seul ; car sa présence détruirait toute présomption de mort à son égard, et si la loi territoriale permettait pour des motifs d'ordre public, (comme par exemple en Italie) l'action du ministère public, quand l'existence du lien matrimonial précédent est incontesté, ce ne saurait être le cas de déroger à cette loi en invoquant les dispositions de la loi personnelle.

588. — Dans tous les cas où on exerce l'action en nullité du mariage, en invoquant le motif de l'existence d'une précédente union, et où il s'élève des difficultés à l'égard de l'obligation de la preuve, il faut appliquer la règle : *onus probandi ei incumbit qui dicit, non ei qui negat*. Par conséquent, à supposer que le mariage a été célébré, et que

le ministère public ou les intéressés en soutiennent la nullité, par le motif que l'un des conjoints est lié par une union précédente, il leur incombait de prouver l'existence du premier mariage. En principe, on doit en effet présumer qu'une personne qui contracte un mariage a donné à l'officier de l'état civil la preuve qu'elle était libre de tout lien antérieur, et à ce point de vue le mariage doit être réputé célébré régulièrement jusqu'à démonstration contraire. Une fois cette preuve faite, si le défendeur opposait que le mariage avait été régulièrement dissous, ou déclaré nul par un jugement d'un tribunal compétent, ou qu'il avait été affecté *ab initio* d'une nullité substantielle, il lui appartiendrait de fournir la preuve de cette allégation pour repousser l'action en nullité. Du reste, ces règles dérivent des principes généraux relatifs à la preuve et de l'autre principe, que le mariage doit toujours être présumé régulièrement célébré jusqu'à preuve contraire.

589. — Ce qui concerne l'action en nullité fondée sur l'existence d'un rapport de parenté naturelle ou d'alliance doit être en principe régi par la loi personnelle respective des contractants. La raison en est, que les conditions requises pour le mariage doivent être remplies à l'égard de l'un et l'autre des futurs, et comme chacun d'eux doit rester partout soumis à sa loi personnelle pour ce qui concerne les conditions requises pour le mariage, on devra décider d'après cette loi, non seulement quelles conditions doivent être réalisées, mais quelles sont les conséquences du mariage célébré malgré l'existence d'un empêchement. Par conséquent, si d'après la loi de l'un et l'autre des futurs, le mariage était interdit entre beau-frère ou belle-sœur ou entre cousins, et si on attribuait au conjoint lui-même ou à d'autres personnes déterminées par la loi le soin d'introduire l'action en nullité de l'union célébrée malgré l'empêchement, cette action devrait être admise en conformité de la loi personnelle de celui auquel le droit appartient, bien que la loi de l'autre contractant fût dif-



férente, soit de celle du lieu de la célébration du mariage, soit de celle du pays où l'action en nullité serait introduite.

A l'égard des mariages incestueux, d'après le droit commun des pays civilisés, l'action en nullité peut aussi être fondée sur la loi territoriale, et des raisons morales évidentes justifient que cette action soit attribuée à tous les intéressés et au ministère public, pour faire déclarer incestueux l'union célébrée, par exemple, entre parents en ligne directe ou entre frères et sœurs.

Nous pouvons aussi admettre, que le ministère public puisse faire opposition à la célébration du mariage entre beau-frère et belle-sœur et entre oncle et nièce, à supposer que ces unions soient interdites dans l'État. Nous considérons cette opposition admissible, afin d'éviter l'atteinte aux bonnes mœurs, mais à supposer que le mariage ait été célébré, il ne nous semble pas qu'on puisse fonder l'action en nullité sur la loi territoriale et nous admettons au contraire qu'elle doit être régie par la loi personnelle.

590. — On doit résoudre d'après les mêmes principes la question qui peut concerner l'action en nullité fondée sur l'empêchement dérivant de l'adoption.

591. — L'action en nullité peut être pareillement fondée sur la loi territoriale, quand cette loi admet un empêchement absolu au mariage pour protéger directement le droit social. Tel serait, par exemple, le cas du mariage célébré en Italie malgré l'*impedimentum criminis* et malgré la défense absolue de l'article 62 du Code civil. <sup>1</sup> Il est clair que le législateur

<sup>1</sup> L'article 62 est ainsi conçu : « Celui qui, dans une instance criminelle, a été déclaré auteur ou complice d'homicide volontaire, commis, manqué ou tenté, sur la personne d'un des conjoints, ne peut s'unir par le mariage à l'autre conjoint.

« Si la sentence d'accusation a seule été prononcée, ou la capture ordonnée, on suspendra le mariage jusqu'à ce que l'instance soit terminée. »

italien défend, à l'égard de tous, les unions souillées par un crime contre la vie des personnes, et que cette disposition fait partie des lois d'ordre public et de police. Dès lors on ne peut exclure l'action introduite par le ministère public pour faire annuler un mariage célébré en Italie par des étrangers au mépris de l'article 62, que la loi de leur pays admette ou n'admette pas cet empêchement. Nous ajouterons que l'action devrait être admise, même dans l'hypothèse où l'instance criminelle aurait été suivie dans un pays étranger.<sup>1</sup>

592. — L'action en nullité d'un mariage, quand elle peut être introduite en appliquant les règles que nous venons d'exposer, doit être régie par la loi sur laquelle est basée l'instance, non seulement pour ce qui concerne le droit de l'introduire, mais pour ce qui concerne les personnes qui peuvent être autorisées à l'exercer, les délais dans lesquels elle peut être intentée, et les circonstances qui doivent se rencontrer pour qu'elle soit exercée. Par conséquent, si d'après cette loi, l'action est attribuée aux collatéraux ou aux tiers, seulement lorsqu'ils ont un intérêt né et actuel pour attaquer le mariage, cette circonstance devra se réaliser à leur égard pour qu'ils puissent introduire la demande.

On devra également statuer d'après cette même loi sur les exceptions, qui peuvent être opposées à la demande en nullité. Ainsi, par exemple, on devra décider d'après la loi régulatrice des rapports de famille, si l'exception fondée sur la possession d'état doit ou non couvrir certaines nullités résultant de l'absence des conditions requises pour la célébration régulière du mariage ou le défaut de certaines formalités.

<sup>1</sup> Voir ce que nous avons dit plus haut relativement à la valeur exterritoriale de la sentence pénale, T. I, § 479, 490.

## CHAPITRE IV

### DES EFFETS CIVILS DU MARIAGE ET DE LA LOI QUI DOIT LES RÉGLER.

593. Effets civils qui dérivent du mariage. — 594. Division de la matière.

593. — Le mariage régulièrement célébré produit des conséquences juridiques importantes, qui sont déterminées par la loi. Il constitue par lui-même la modification d'état la plus sérieuse, en attribuant à l'homme et à la femme la qualification juridique d'époux, et aux personnes qui naissent de leur union, celle d'enfants légitimes ; à ceux qui sont issus les uns des autres, en tirant leur origine d'un auteur commun, la qualification de parents ; et aux parents d'un époux la qualification d'alliés à l'égard de l'autre époux. Ces rapports sont tous le fondement de certains droits et de certains devoirs juridiques déterminés par la loi, et sont la conséquence des relations personnelles qui s'établissent à la suite du mariage entre le mari et la femme, entre les époux, leurs enfants et leurs descendants, entre l'un des deux époux et les parents de l'autre.

Le mariage produit, en outre, certains effets à l'égard du patrimoine des époux et fait naître certains droits et certains devoirs relativement à ce même patrimoine, tant de la part des conjoints eux-mêmes que de celle des enfants et des tiers.

Toutes les conséquences juridiques qui dérivent du mariage, prises dans leur ensemble, en constituent les effets

civils, parce qu'elles tirent leur origine de la disposition de la loi, à laquelle le mariage doit être soumis.

594. — Bien que toutes les législations des peuples civilisés admettent les effets, qui dérivent de la notion même et du but de l'union conjugale, il existe néanmoins entre elles de notables différences, quant à la manière de spécifier les droits et les devoirs réciproques des époux, ceux des enfants et des père et mère, des parents et des alliés. Cette diversité résulte de la différence des conceptions, qui prévalent dans chaque système de lois à l'égard de l'organisation de la famille, de la condition juridique de la femme mariée, de l'autorité maritale, de la puissance paternelle, et de la manière de comprendre les relations personnelles qui résultent de la parenté et de l'alliance.

Une diversité notable entre les lois des différents peuples se trouve aussi dans la détermination des droits, qui appartiennent aux époux et aux enfants sur le patrimoine de la famille.

Nous examinerons dans des paragraphes séparés les questions, concernant les effets civils du mariage au point de vue de la loi qui doit les régler.



## § I.

*De la puissance maritale.*

595. Conception différente de l'autorité maritale d'après les diverses législations. — 596. Conséquences qui en résultent en ce qui concerne la subordination de la femme au mari. — 597. Loi qui doit régir la puissance maritale. — 598. Mesures d'exécution personnelle contre la femme. — 599. Autorité de la loi territoriale.

595. — L'idée différente, que chaque législateur s'est faite de la puissance maritale, a beaucoup influé, dans chaque système de législation, sur la détermination de la condition juridique de la femme mariée. D'après le système des jurisconsultes romains, comme on admettait la supériorité du mari sur la femme, il en résultait que la condition de celle-ci durant le mariage était celle de la soumission d'un inférieur à un supérieur. Pothier en exposant la conception de la puissance maritale, telle que l'entendaient les juristes anciens, s'exprime ainsi : « La puissance du mari sur la personne de sa femme, consiste dans le droit qu'a le mari d'exiger tous *les devoirs de soumission qui sont dus à un supérieur* ». <sup>1</sup>

En France, les anciennes traces de l'infériorité de la femme à l'égard du mari n'ont pas complètement disparu, le législateur ayant consacré, dans l'article 213 du Code civil, le principe de la prééminence du mari : « *La femme doit obéissance à son mari,* » principe qui a ensuite été admis dans tous les autres codes, qui se sont inspirés du Code français. Les juristes ont affirmé ce même prin-

<sup>1</sup> *Traité de la puissance du mari sur la personne et les biens de la femme*, nos 1 et 2.

cipe, et Merlin en parlant de la puissance maritale, a dit : « C'est un principe généralement reçu, que le mariage soumet la personne et les biens de la femme à la puissance de son mari ». <sup>1</sup>

Dans les législations germaniques et slaves, on a, au contraire, exclu toute idée d'infériorité naturelle de la femme à l'égard de l'homme, et cela a contribué à déterminer très-différemment la condition juridique de la femme mariée, en considérant la société qui s'établit par le mariage comme fondée sur les bases d'une égalité parfaite.

Dans les législations plus modernes, on constate que la conception de la puissance maritale d'après le droit romain a complètement disparu, et que la condition juridique de la femme mariée a été constituée sur les bases de l'égalité, de la liberté et de l'indépendance absolues ; mais tout en admettant le principe de l'égalité juridique des deux sexes et en excluant toute idée de subordination, on a limité l'indépendance de la femme à certains actes, relatifs au patrimoine et destinés à pourvoir aux besoins de la famille, à seule fin de mieux assurer la conservation de ce patrimoine. Cette conception a prévalu dans le Code civil italien, où on ne trouve plus aucune disposition relative à l'obéissance et où on admet en principe la capacité juridique de la femme mariée, sauf pour certains actes déterminés, limitativement énumérés par le législateur, et à l'égard desquels elle est soumise à l'autorisation du mari, et en cas de refus injustifié de celui-ci, à celle du tribunal. <sup>2</sup>

596. — Ces différentes conceptions, qui ont prévalu dans les législations et dans les Codes modernes, ont donné lieu à des dispositions de droit positif dissemblables en ce

<sup>1</sup> Répertoire, v<sup>o</sup> Puissance maritale.

<sup>2</sup> Articles 134, 136 Code civil italien. — Dans le projet primitif présenté par Pisanelli, on avait complètement écarté l'autorisation maritale, sauf lorsqu'il s'agissait d'actes relatifs aux biens qui étaient entrés dans la communauté.

qui concerne la subordination de la femme à son mari, et les droits qui appartiennent à ce dernier sur la personne de celle-ci, la capacité juridique de la femme, les droits respectifs des conjoints sur les biens et la faculté de faire des actes d'administration et d'aliénation. Il ne manque pas d'exemples de lois d'Etats libres et civilisés, où on admet encore, que le mari peut exercer le droit de correction à l'égard de la femme, *flagellis et fustibus verberare*, et restreindre sa liberté, lorsqu'elle s'est rendue coupable de quelque faute grave, en la condamnant à la prison domestique.

Il est véritablement surprenant qu'un tel droit soit conféré par la loi anglaise. En effet, bien que cette loi assure plus que tout autre la liberté personnelle, elle accorde cependant au mari la faculté de mettre sa femme en prison dans la maison conjugale pour corriger ses écarts, *restrain his wife of her liberty*.<sup>1</sup> Jusqu'en 1870, d'après la *Common Law*, la femme mariée n'avait aucune personnalité juridique.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Stephen, *Commentaries on the laws of England*, T. II, p. 263, 7<sup>e</sup> édit., 1874.

<sup>2</sup> Voici comment Blackstone expose la condition de la femme mariée d'après la *Common Law*. La personnalité juridique de la femme est, sauf quelques rares exceptions, absorbée complètement par celle du mari. Devant la loi, le mari et la femme ne sont qu'une seule personne : le mari a le pouvoir et l'autorité exclusifs sur les actes de la femme, et celle-ci, tant qu'elle est mariée, est soumise à la puissance et à la tutelle du mari (*under the guardianship and coverture of the husband*). L'avoir de la femme mariée, d'après la *Common Law*, est pour ainsi dire incorporé et consolidé dans celui du mari. Par conséquent, la femme mariée ne peut faire aucun contrat valable, ni aucun acte juridique, en son nom propre ; elle ne peut ester en justice, pas même à raison d'injures personnelles, et durant le mariage, le mari peut disposer, indépendamment des pactes nuptiaux, de toute la propriété de la femme et il peut la conserver à son profit, s'il survit et a des enfants (Blackstone, *Comment.*, 441).

La loi de 1870 a modifié et amélioré la condition juridique de la femme mariée. Avant la promulgation de cette loi, la Cour de chancellerie avait permis à la femme mariée de confier ses biens mobiliers et immobiliers aux *trustees*, qui avaient l'obligation de les administrer séparément au profit de celle-ci. La femme avait la libre disposition de ces biens, comme si elle n'était pas mariée, elle pouvait, sous la protection de la Cour, en exiger les revenus, et les aliéner, en recevoir et en dépenser le prix, et obliger

597. — Il ne nous appartient pas d'exposer les divers systèmes de lois à cet égard. Ayant dit ce qui est suffisant

en les donnant en garantie. Successivement, pour empêcher les femmes mariées de dissiper leur patrimoine, il fut établi que les *trustees* (*fidéicommissaires*) devaient conserver les biens constitués en fidéicommiss (*the property given in trust*) sous l'obligation de les remettre, sous leur propre responsabilité, à la femme après la mort de son mari, ou aux enfants après la mort des deux époux, et sans faculté de faire aucune avance sur les revenus, qui devaient être payés au fur et à mesure de leur échéance effective.

D'après ce système, qui était le plus commun en Angleterre, la femme mariée pouvait seulement disposer de ses revenus, mais pas toujours de leur totalité ; car on pouvait limiter le droit d'exiger tous ceux qui étaient échus.

En l'absence de conventions matrimoniales, si la femme, durant le mariage, recueillait des biens mobiliers, qui d'après le droit commun passaient au pouvoir du mari, la Cour pouvait, lorsqu'il s'agissait de choses soumises à sa juridiction, contraindre le mari à réserver une partie de ces biens pour la femme et pour les enfants. Le mari en avait seulement l'usufruit, lequel usufruit cessait à sa mort, époque à laquelle la propriété était dévolue aux enfants des deux époux.

Différentes tentatives avaient eu lieu en Angleterre, pour améliorer la condition de la femme mariée et pour lui accorder la faculté de jouir et de disposer de ses biens à l'égal des femmes non mariées. La loi de 1870 a été le résultat des différents *bills* proposés en ce sens. Cette loi accorde toutefois, uniquement, la faculté de disposer de différentes classes de biens limitativement désignés : elle a surtout amélioré la condition des femmes mariées de la classe ouvrière.

Parmi les biens qui sont considérés comme la propriété de la femme mariée et qui peuvent être par elle destinés à son usage personnel, se trouvent : les gages, les salaires et les gains acquis dans l'exercice d'une profession ou d'un commerce ; les rétributions de fonctions littéraires, artistiques et scientifiques. Le mari n'a aucun droit sur ces biens, et les quittances de la femme peuvent seules en établir le paiement.

Les femmes mariées peuvent conserver comme leur propriété séparée :

Les dépôts à la caisse d'épargne et les arrérages des rentes sur l'État ;  
— les sommes placées en fonds publics ; — les actions et les obligations entièrement acquises dans les sociétés par actions *joint stock companies* ;  
— les actions des sociétés industrielles de prévoyance, de secours mutuel, de maisons ouvrières et de crédit populaire ; — les polices d'assurance sur leur propre vie et sur celle du mari.

Appartiennent également en propre à la femme, les biens qui lui sont attribués dans une succession *ab intestat* et les sommes supérieures à 200 livres sterlings acquises à titre de donation ou de legs durant le mariage, ainsi que les revenus des biens immobiliers acquis par succession.

A l'égard de tous ces biens, la femme mariée peut s'obliger comme si elle n'était pas mariée, et est tenue au paiement des dettes contractées



pour en faire connaître la diversité, nous nous bornerons à exposer comment les conflits doivent être résolus, et comment on doit déterminer l'autorité et l'application des différentes dispositions.

Il faut, à l'égard de la loi qui doit régir la puissance maritale, admettre en principe, que les dispositions légales qui déterminent les droits du mari sur la personne de sa femme faisant partie des lois de police, on ne peut appliquer dans un pays les lois étrangères qui sont en opposition avec la loi territoriale. La liberté personnelle étant protégée par le droit public territorial, on ne saurait admettre aucune restriction à son égard en vertu d'une loi étrangère. Par conséquent, lorsque la loi étrangère permettrait au mari d'appliquer à sa femme certains châtimens modérés, tels que la prison domestique et autres moyens de correction analogues, il ne saurait faire usage d'une telle faculté dans un pays, où ce droit ne lui serait pas reconnu par la loi locale. On devrait décider de même dans l'hypothèse, où d'après la loi étrangère on attribuerait au mari le droit de provoquer de la part de l'autorité judiciaire la détention de sa femme coupable, ou tout autre moyen de correction non reconnu par la loi territoriale. <sup>1</sup>

598. — La même règle devra s'étendre aux mesures d'exécution personnelles, qui peuvent être accordées au mari pour ramener sa femme au domicile conjugal, lorsqu'elle l'aurait quitté sans justes causes. Certains législateurs permettent au mari l'emploi de la force publique pour ramener la femme au domicile conjugal. <sup>2</sup> D'autres lui refusent cette faculté. Or il nous semble évident que le mari ne peut pas invoquer sa loi personnelle pour exercer son droit, parce que

par elle avant la célébration du mariage. — Westlake, *Revue du droit international*, 1871, p. 195.

<sup>1</sup> Voir Wharton, *Conflict of Laws*, 119-120.

<sup>2</sup> Il en est ainsi en droit français, voir Laurent, *Principes de droit civil*, n° 93, p. 124.

les mesures coercitives contre les personnes doivent être absolument régies par la loi territoriale. <sup>1</sup>

Nous n'entendons pas néanmoins soutenir que, si le mari se trouvait dans un pays, dont la loi admettrait l'usage de la force publique contre la femme qui aurait abandonné le domicile conjugal, il pourrait user de ce moyen d'exécution, même s'il n'était pas permis aux termes de sa loi personnelle. Il nous semble, au contraire, que la femme étrangère peut avec raison opposer le statut personnel, pour obtenir que les droits de puissance maritale soient limités d'après ce statut, parce qu'il n'existe aucun intérêt social, pour appliquer les dispositions de la loi territoriale aux époux étrangers.

Par conséquent, s'il s'agissait, par exemple d'une famille italienne résidant en France, et si la femme avait abandonné le domicile conjugal ; comme la loi italienne ne permet aucune autre mesure en ce cas, que d'exonérer le mari de l'obligation de fournir les aliments à sa femme et en outre d'obtenir de l'autorité judiciaire la saisie temporaire des rentes paraphernales de celle-ci ; le mari italien pourrait uniquement se prévaloir de ces mesures en France, parce que les droits et les devoirs des époux italiens doivent être partout régis par la loi italienne et qu'il n'existe aucune raison pour les soumettre à la loi française, d'après laquelle la puissance maritale est comprise d'une façon différente.

599. — Notre théorie doit dès lors être entendue en ce

<sup>1</sup> Une discussion très importante a eu lieu en Italie, dans l'affaire Rosset c. Rosset, où il s'agissait d'un ménage français. Le mari ayant obtenu un jugement d'un tribunal français l'autorisant à requérir la force armée pour ramener sa femme au domicile conjugal, la question se posa de savoir, si cette mesure coercitive, permise par le droit français pouvait être employée à l'égard de la femme qui se trouvait à Florence. Voir l'arrêt de la Cour de Rome du 10 avril 1878, dans le *Foro italiano*, 1878, 521. — Pescatore, *La coazione nella vita coniugale*, dans le *Giornale delle Leggi*, 1878, p. 163. Gianzana, *Lo straniero*, T. I, p. 169.

sens, qu'en principe le statut personnel doit primer le statut réel, mais que toutefois on ne peut pas admettre l'application de la loi personnelle lorsqu'elle est en opposition avec la loi territoriale.<sup>1</sup>

La loi territoriale pourra en outre être appliquée, toutes les fois qu'il s'agira de pourvoir à la sûreté personnelle des conjoints, et ainsi, par exemple, le magistrat territorial pourra autoriser la séparation de fait de deux époux étrangers.<sup>2</sup> Nous traiterons de cette question au chapitre suivant.

<sup>1</sup> Voir Pradier-Fodéré, *Droit international public*, T. III, § 1791 et suiv. Cet éminent publiciste rapporte notre théorie, telle qu'elle a été d'abord exposée dans la première édition du présent ouvrage publiée en 1869, qu'il a bien voulu traduire en français, en y ajoutant quelques observations critiques. Nous croyons utile de noter, que le principe fondamental de la loi, qui nous semblait devoir régir les effets du mariage et les rapports de famille, est celui que nous formulons de la façon suivante au § 84 : « Nous concluons que les rapports de famille doivent être réglés partout par la loi de la nation du mari, pourvu que cette loi ne soit pas contraire au droit public du lieu où les époux sont domiciliés et où ils veulent faire valoir leurs droits ». En traduisant ce paragraphe, M. Pradier-Fodéré écrivait en note : « Le système de M. Fiore est très satisfaisant, il a le mérite d'être beaucoup plus simple que les autres, et, de plus, il est tout à fait rationnel » (Fiore, p. 177, traduction de Pradier-Fodéré, Paris, 1875). Or, nous tenons à déclarer que nous n'avons nullement modifié le principe fondamental de tout le système et nous sommes heureux de constater que deux illustres juristes : Mancini, dans le *Rapport relatif aux principes pour résoudre les conflits entre les lois d'États différents*, présenté à l'Institut de Droit international, en 1874, et Laurent, dans son ouvrage bien connu, *Le droit civil international*, en déplaçant la base du statut réel par le fait qu'ils ont admis que le droit public, ou le droit social doivent avoir une autorité à l'égard des familles étrangères, ont ainsi appuyé de leur haute autorité notre théorie.

<sup>2</sup> Metz, 29 juillet 1865, *Par.*, 1866, 922. — Voir dans le même sens, Dijon, 28 décembre 1859, *Sir.*, 60, 2, 270 ; Colmar, 23 mai 1860, *Sir.*, 60, 2, 488 ; Paris, 1<sup>er</sup> février 1864, *Sir.*, 65, 2, 96 ; Lyon, 25 février 1857 (Rachel), *Palais*, 58, 1145, et *Pal.*, *Répertoire*, v<sup>o</sup> *Etranger*, n<sup>o</sup> 406.

## § II.

*De la condition juridique de la femme mariée et de l'assistance réciproque des époux.*

600. Condition civile de la femme mariée. — 601. De l'obligation réciproque d'assistance des époux. — 602. De la capacité juridique de la femme. — 603. Action en nullité de la part d'une femme mariée. — 604. La nécessité de l'autorisation maritale doit être régie par le statut personnel. — 605. Loi qui doit régler la capacité de la femme mariée en cas de changement du domicile conjugal ou de la qualité de citoyen. — 606. Condition de la femme légalement séparée. — 607. Condition de la veuve.

600. — Un des effets civils du mariage est le droit attribué à la femme de suivre la condition civile du mari et de prendre le nom de celui-ci. Il faudra toutefois se reporter au statut du mari pour résoudre toute controverse à cet égard, comme par exemple en ce qui concerne le droit de faire usage des titres de noblesse et des armoiries. Il ne manque pas d'exemples de lois, d'après lesquelles, on admet en principe que la femme suit la condition du mari, mais on fait quelques exceptions dans le cas où un homme appartenant à une classe élevée épouse une femme d'une classe inférieure, et on dispose que la femme doit conserver sa condition originaire, sans pouvoir participer aux prérogatives nobiliaires dont jouit le mari et aux privilèges qui sont la conséquence des titres de noblesse.

Quel que soit le lieu où a été célébré le mariage, et quel que soit le pays où les époux se sont établis et où est soulevée une telle contestation, les tribunaux doivent la résoudre par application du statut personnel. Même lorsque, d'après le droit public territorial, on ne reconnaît pas les dis-



inctions nobiliaires et les conséquences, qui résultent quant à la jouissance des droits civils du fait qu'on appartient soit à l'aristocratie, soit à la bourgeoisie, on devra néanmoins appliquer la loi personnelle du mari étranger, parce que le droit social ne peut pas être invoqué, pour statuer sur la condition civile d'une femme étrangère et sur les effets civils qui peuvent résulter du mariage entre étrangers.<sup>1</sup>

601. — Pour ce qui concerne l'obligation réciproque d'assistance des époux et le devoir, qui en résulte pour le mari de fournir à la femme ce qui est nécessaire aux besoins de la vie en proportion de ses ressources, et celui de la femme de contribuer aux charges de la famille, il faut admettre en principe que ces devoirs doivent être régis par la loi personnelle. Toutefois, lorsqu'il s'agit d'en déterminer l'étendue et les modalités, on doit dire que, comme ils dérivent de la société conjugale d'après le droit naturel et le droit des gens, on doit reconnaître aussi, dans de justes limites, l'autorité de la loi territoriale, qui devra être appliquée pour sauvegarder les principes moraux et les bonnes mœurs, qui seraient atteints, si deux époux, bien qu'étrangers, ne remplissaient pas ces obligations réciproques, qui doivent être considérées comme d'ordre public.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> D'après le droit prussien, une femme non noble, qui s'unit par le mariage avec un membre d'une famille princière, conserve sa condition d'origine et ne participe pas aux prérogatives nobiliaires, dont peut jouir la famille du mari.

L'article 4 de la Constitution prussienne, qui a supprimé toute distinction entre la bourgeoisie et l'aristocratie au point de vue de la jouissance des droits civils et politiques, a laissé subsister, quant aux privilèges, la différence entre les personnes des deux classes, et n'a pas proclamé en tout l'égalité de la condition civile de ces mêmes personnes (voir Hottendorff, *Rechtslexicon*, v<sup>o</sup> *Mistheirrath* ; Gengler, *Lehrbuch der deutschen Privatrrechts*, 2<sup>e</sup> part., p. 386 ; Forster, *Theorie und Praxis des heutig. gem. preuss. Privatrechts*, T. III, p. 514 et suiv.).

<sup>2</sup> Voir le jugement du tribunal d'Evreux, 15 février 1861 (Rey Batellet), *Journal du Palais*, 1871, 131 en note. — Cour de Bastia, 21 mai 1856 (Arata), *id.*

Le mariage est une institution de droit naturel et de droit des gens ; il fait naître entre les époux certains droits et certains devoirs, qui résultent de la loi morale et qui sont indépendants de ceux qui dérivent de la loi civile, qui rend juridiquement obligatoire certains devoirs moraux. L'observation de ces derniers devoirs intéresse évidemment l'ordre public, parce que l'étranger, quelle que puisse être la loi de sa patrie, ne peut pas être dispensé de les observer. Nous ignorons s'il y a des lois qui dispensent les époux de l'obligation réciproque de l'assistance ; mais s'il y en avait, il faudrait néanmoins admettre qu'un conjoint étranger résidant en France ou en Italie pourrait invoquer à bon droit la loi locale pour contraindre l'autre époux à lui fournir les aliments, parce que le sentiment moral et l'ordre public seraient gravement atteints dans l'un et l'autre de ces deux pays, si le mari pouvait dans un cas quelconque, et quelle que fût la loi de sa patrie, refuser les aliments à sa femme.<sup>1</sup>

602. — Venons-en maintenant à parler de la condition juridique de la femme mariée, eu égard à sa capacité ou à son incapacité de faire valablement certains actes. Il faut en cette matière reconnaître l'autorité de la loi personnelle du mari, laquelle doit régir l'institution de l'autorisation maritale et les modifications, qui résultent du mariage à l'égard de la capacité juridique de la femme mariée à partir du moment de la célébration de cet acte. On devra dès lors admettre l'incapacité générale de la femme mariée, ou sa capacité de faire tous les actes relatifs aux biens mobiliers et immobiliers sans besoin d'aucune autorisation, ou son incapacité à l'égard de certains actes seulement, suivant les dispositions de la loi personnelle du mari, d'après laquelle on devra aussi décider si, pour certains actes déterminés, il est besoin de l'autorisation du mari ou de celle de justice.

<sup>1</sup> Compar. Tribunal de la Seine, 31 août 1878, Clunet, *Journal*, 1879, p. 66.

Toutes les distinctions, qui ont été faites par les anciens juristes à l'égard de la nature de l'institution de l'autorisation maritale et de l'autorité de la loi par laquelle elle doit être régie, n'ont aucune importance dans notre système. Quel que soit le pays où une femme étrangère accomplit des actes relatifs aux immeubles qui lui appartiennent, ou bien contracte des obligations, il faudra toujours appliquer la loi régulatrice des rapports de famille, pour décider sur la capacité pour elle de faire ou non valablement certains actes. La loi du pays où seraient situés les immeubles, relativement auxquels la femme aurait fait des actes de conservation ou d'aliénation, ne pourrait être utilement invoquée pour décider sur la validité de ces actes.

On ne pourrait pas non plus objecter l'ignorance de la loi étrangère, pour repousser l'instance en nullité des obligations contractées par la femme étrangère incapable, parce que quiconque contracte avec une femme mariée étrangère doit connaître qu'elle ne saurait valablement s'obliger qu'en conformité de son propre statut personnel, et que lorsqu'elle en est capable d'après ce même statut. Si le contractant ignorait quelle était la condition de la femme étrangère, il aurait dû s'en informer, et ne l'ayant pas fait, son ignorance devrait être imputée à sa négligence.

603. — Il est clair que la loi, dont doit dépendre la capacité juridique de la femme mariée est celle qui doit aussi régir l'action intentée par elle ou par son mari, pour faire déclarer nuls par les tribunaux les actes qu'elle a accomplis, alors qu'elle n'avait pas la capacité juridique d'après sa loi. L'unique exception à cette règle pourrait être basée sur le fait, que la femme étrangère aurait, à l'aide d'artifices, caché sa condition de femme mariée, ou qu'elle aurait employé ces mêmes artifices pour surprendre la bonne foi de son co-contractant, en lui faisant croire qu'elle appartenait à un pays, d'après la loi duquel elle aurait été capable,

tandis qu'en réalité elle appartenait à un autre pays dont la loi la déclarait incapable.<sup>1</sup>

604. — On devra également appliquer la loi personnelle, pour décider sur la validité de l'obligation contractée simultanément par le mari et par la femme ; pour déterminer quand la femme mariée doit se considérer comme exonérée de l'obligation d'obtenir l'autorisation du mari ; et pour statuer sur la valeur de l'autorisation générale, que le mari a donnée antérieurement ou postérieurement au contrat.

Supposons, par exemple, qu'une femme française se soit mariée avec un italien, et que dans le contrat de mariage le mari lui ait donné une autorisation générale pour tous les actes relatifs à ses biens : supposons que les immeubles de cette femme se trouvent en France et qu'elle les aliène sans autorisation spéciale de son mari. Une telle aliénation serait-elle valable ? L'article 223 du Code fran-

<sup>1</sup> Nous persistons dans notre opinion, contraire à celle de l'auteur (voir *suprà*, T. I, note 1, p. 91 et note 5 bis, p. 513). En effet, à notre sens, il serait inique d'exiger du tiers, qu'il s'assure avant de traiter avec un membre d'une famille étrangère, de sa capacité de contracter d'après sa loi nationale. Rien de plus difficile, le plus souvent, même pour un juriconsulte dont la spécialité n'est pas le droit comparé. Ce qui le démontre jusqu'à l'évidence, c'est l'embarras extrême des tribunaux saisis d'un litige de droit international privé, qu'ils doivent juger par application d'une loi étrangère. Leur tâche est si ardue, que même les juriconsultes les plus partisans de la personnalité absolue des lois admettent pour les magistrats, que la présomption qu'ils n'ignorent pas la loi ne s'étend pas au-delà du territoire (voir T. I, n° 261 et suiv., p. 282 et suiv.). Comment, dès lors, exiger du premier venu des citoyens ce qu'on reconnaît impossible d'exiger des magistrats ? Par conséquent, la présomption que les tiers, dans leurs rapports d'affaires avec une femme mariée étrangère, ont dû connaître sa loi nationale, serait, d'après nous, une contre-vérité monstrueuse. Aussi, devra-t-on, à moins d'une règle formelle de la loi locale intervenant sur la réalité des choses, admettre la présomption contraire, que le tiers ignorant la loi personnelle de la femme, s'est référé au droit commun, qui est la loi territoriale. Il faudrait, pour détruire cette présomption, que la femme étrangère établit que le tiers connaissait sa loi nationale. (Note du traducteur Ch. A.).



çais est ainsi conçu : « Toute autorisation générale, même « stipulée par contrat de mariage n'est valable que quant à « l'administration des biens de la femme ». Mais le Code civil italien diffère d'une façon complète du Code civil français. En effet, tandis que dans le Code français se trouve la règle, que la femme mariée est incapable, sauf quelques rares exceptions, telles que celles relatives aux testaments et aux actes conservatoires, dans le Code italien le principe est la capacité de la femme, et l'autorisation du mari n'est exigée que dans les cas prévus et énumérés dans l'article 134. Aussi, dans le système italien, l'incapacité et l'autorisation maritale constituant l'exception, le législateur attribue au mari la faculté d'accorder, par acte public, à la femme l'autorisation générale pour tous les actes ou pour certains des actes pour lesquels elle doit être autorisée. Le conflit entre notre loi et la loi française est dès lors substantiel. De cette diversité de dispositions légales, il résulte, que l'aliénation d'un immeuble serait valable, si on devait l'apprécier d'après le Code civil italien, et non valide, si on devait le faire d'après le Code civil français, aux termes duquel l'autorisation spéciale du mari est toujours requise pour rendre la femme mariée capable d'aliéner un immeuble. La validité ou la nullité de la vente dépendrait du fait, qu'on appliquerait la loi française ou la loi italienne. L'application elle-même de l'une avec l'autre loi résulterait de la prépondérance du statut réel ou du statut personnel.

En France, plusieurs auteurs, partant de l'idée que la loi qui déclare la femme mariée incapable d'aliéner est une loi d'ordre public, en ont conclu que la femme étrangère ne peut pas se prévaloir du statut personnel relatif à l'autorisation maritale, mais qu'elle doit obéir aux dispositions de la loi française à ce sujet. Cette théorie, soutenue par Coquille<sup>1</sup>, fut admise par Merlin, qui partant du principe que,

<sup>1</sup> Coquille, *Sur la coutume du Nivernais*, Chap. XIII, art. 1<sup>er</sup>.

« le statut personnel cède devant les lois qui sont d'ordre public, et de bonnes mœurs, » conclut que « l'autorisation maritale étant d'ordre public, et intéressant les bonnes mœurs, la femme étrangère ne peut se prévaloir de son statut personnel. »<sup>1</sup>

La Cour de Paris, dans l'affaire Bonar contre Hervas, a admis les mêmes principes. Il s'agissait d'une femme française mariée avec un espagnol et établie à Paris, qui s'était obligée solidairement avec son mari, en donnant hypothèque sur un immeuble situé en France. On se demandait si la validité de l'obligation ainsi contractée devait être appréciée d'après la loi espagnole ou d'après la loi française, et la Cour admit qu'on devait appliquer la loi française, parce que, « les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, « sont régis par la loi française »<sup>2</sup> et en outre, parce que les contrats conclus en France doivent être jugés et appréciés d'après la loi en vigueur dans ce pays.<sup>3</sup> La Cour de cassation rejeta le recours contre cette décision.<sup>4</sup>

Nous rappellerons ce que nous avons dit dans la partie générale de cet ouvrage,<sup>5</sup> pour prouver que les principes admis par la Cour de Paris et soutenus par les auteurs français pouvaient être accueillis dans l'ancien système, qui s'inspirait du réalisme féodal, mais qu'ils ne sont pas conciliables avec les plus justes principes qui ont prévalu dans le droit moderne, d'après lequel on reconnaît que la capacité des personnes dépend partout de leur loi personnelle, sans faire aucune distinction suivant qu'il s'agit d'actes re-

<sup>1</sup> Merlin, *Répert.*, v<sup>o</sup> *Effet rétroactif*, Sect. III, § 2, art. 5.

<sup>2</sup> Voir, *infra*, dans notre note, sous le 2<sup>e</sup> alinéa du n<sup>o</sup> 635, notre opinion sur la véritable portée du § 2 de l'art. 3 du Code civil français, qui, d'après nous, doit être entendu d'une façon tout-à-fait restrictive, de manière à signifier que le régime de la propriété, au point de vue de l'intérêt général et social est déterminé uniquement par la loi française, dont l'application n'est pas obligatoire à l'égard des intérêts privés des particuliers sur les immeubles. (Note du traducteur Ch. A.).

<sup>3</sup> Paris, 15 mars 1831, *Journal du Palais*, 1831, p. 1328.

<sup>4</sup> Cass. rej., 17 juillet 1833, *id.*, 1833, p. 691.

<sup>5</sup> Voir T. I, Chap. III.

latifs aux meubles ou aux immeubles, et situés dans un pays ou dans un autre.

La loi qui règle l'institution de l'autorisation maritale fait indubitablement partie du statut personnel. Elle pourroit aussi à la conservation des biens, mais dans l'intérêt de la famille. Le droit social et l'intérêt social sont en cause ; mais en ce sens seulement que toute famille constituée doit être partout soumise à la loi qui règle les rapports entre ses membres, même relativement au patrimoine.

Quel intérêt peut-on avoir à appliquer aux familles étrangères les lois faites pour régler les rapports de la famille nationale ? La femme française qui s'est unie par le mariage à un italien est devenue italienne, et dès lors son statut et sa capacité personnels doivent être soumis à la loi italienne, qui doit pourvoir à la conservation du patrimoine des familles italiennes. Par conséquent, elle sera capable ou incapable, soumise ou non soumise à l'autorisation du mari ou du tribunal, suivant les dispositions de la loi italienne.

Capable d'aliéner un immeuble d'après cette loi, elle pourra l'aliéner en quelque lieu qu'il soit situé. Et certes on ne pourra pas imaginer que l'ordre public puisse être troublé en France, si une femme italienne dispose de ses biens situés en France d'après la loi, qui doit régler sa condition civile et sa capacité juridique.

De là, nous concluons que l'autorisation maritale et la capacité de la femme mariée, devant être régies partout par le statut personnel, (qui dans notre système doit être celui de l'État dont l'individu est citoyen),<sup>1</sup> l'aliénation de

<sup>1</sup> D'après le Code de la République argentine, qui formule les règles de droit international relatives au mariage, dans les articles 159 à 165, il est au contraire disposé, que les droits et les devoirs des époux sont régis par la loi du domicile matrimonial, tant qu'ils le conservent, et que lorsqu'ils en changent, leurs droits et leurs devoirs personnels doivent être régis par la loi du nouveau domicile. On comprend très bien que dans le système consacré par ce Code, on doit considérer comme loi personnelle de la famille, celle du domicile conjugal. Toutefois, cela ne modifie pas

l'immeuble situé en France, dans l'hypothèse que nous avons faite, devra être réputée valable. Pour la même raison, dans l'espèce jugée par la Cour de Paris, on aurait dû appliquer la loi espagnole, et non la loi française, pour décider si on devait ou non considérer comme valable l'obligation contractée par la femme espagnole conjointement et solidairement avec son mari. <sup>1</sup>

605. — Il peut se présenter certaines difficultés à propos de la loi qui doit régir la capacité de la femme mariée, dans l'hypothèse où il vient à se produire un changement dans la condition juridique, qui est résultée pour elle du mariage. Cela peut arriver durant le mariage, soit lorsque le domicile conjugal vient à être changé, soit quand le mari devient citoyen d'un autre État, soit lorsque la séparation de corps est prononcée entre les époux, soit lorsque la femme reste veuve.

Le changement du domicile conjugal ne peut avoir aucune importance dans notre système, parce que les rapports de famille, devant être régis par la loi de l'État dont le mari est citoyen, le changement de domicile ne peut avoir pour effet de changer le droit, qui doit régir les rapports résultant du mariage, et ne peut influencer pour modifier la condition juridique de la femme mariée. <sup>2</sup> Au contraire, dans le système où on considère le domicile conjugal comme servant à établir le droit régulateur des rapports de la famille, la solution de la difficulté peut être différente, parce que, la femme qui n'est pas légalement séparée ayant le même domicile que son mari, on doit admettre que le changement de son domicile, quand il résulte du changement de

d'une façon substantielle notre solution, mais modifie seulement la conception de la loi personnelle.

<sup>1</sup> Dans la jurisprudence américaine, une autre règle, d'après Wharton, a prévalu, et généralement on applique la loi du domicile pour décider quelle est la capacité d'une femme mariée (*Conflict of Laws*, § 119 et 121 et les notes sous ces paragraphes).

<sup>2</sup> Voir, Ch. II de la Partie générale, T. I, p. 8 et suiv.



celui de son mari, a pour effet de modifier sa condition juridique. Par conséquent, pour décider sur la validité ou la nullité des actes, qu'elle a fait depuis le changement du domicile conjugal, on devrait appliquer la loi du nouveau domicile, et pour les actes antérieurs, la loi de l'ancien domicile.

Dans notre système, une difficulté peut surgir lorsque, durant le mariage, le mari vient à acquérir la qualité de citoyen d'un autre État. Il faudra alors se reporter à ce que nous avons exposé relativement la condition de la femme de l'individu qui a acquis la qualité de citoyen d'un autre pays. <sup>1</sup>

606. — Nous parlerons de la séparation de corps au chapitre suivant, et nous dirons quels sont les effets, qui peuvent en résulter à l'égard de la condition juridique de la femme.

607. — Finalement, dans l'hypothèse où la femme reste veuve, comme en principe elle conserve la qualité de citoyen acquise en vertu du mariage, elle devra continuer à avoir la même condition juridique. Si elle avait usé du droit de recouvrer sa qualité originaire de citoyen, ce fait, ayant pour résultat de changer son statut personnel, produirait le changement de sa condition juridique, qui devrait à l'avenir être déterminée d'après la loi de son pays d'origine. Toutefois, comme le changement de statut personnel devrait, ainsi que nous l'avons dit précédemment, <sup>2</sup> se concilier avec le respect des droits acquis, la capacité de la veuve, à l'égard des actes d'administration des biens de ses enfants, devrait être régie par la loi, qui réglait les rapports de famille avant qu'elle n'eût recouvré la qualité de citoyen dans son pays d'origine. Cela résulte de ce que les conditions

<sup>1</sup> Voir T. I., §§ 338, 339, 349, 396.

<sup>2</sup> Voir T. I., §§ 549 et suiv.

imposées à la veuve par la loi régulatrice des rapports de famille à l'égard de l'administration des biens de ses enfants sont le fondement de tous les droits acquis par ces derniers, et ne pourraient pas être réglées par la nouvelle loi personnelle de la veuve, sans donner à l'acquisition de la qualité de citoyen un effet rétroactif à l'égard des droits acquis par les enfants. La veuve ne pourra dès lors pas acquérir une capacité plus étendue en ce qui concerne l'administration des biens de ses enfants, ni être exonérée de l'observation des dispositions relatives à cet objet consacrées par la loi de l'État dont le défunt était citoyen.

### § III.

#### *Des droits et des devoirs des conjoints à l'égard de leurs enfants. Puissance paternelle.*

608. Droits et devoirs des époux envers leurs enfants. — 609. L'instruction obligatoire doit dépendre du statut personnel. — 610. Il en est de même de l'instruction des enfants. — 611. De la puissance paternelle dans le droit ancien et dans le droit moderne. — 612. Les droits attribués au père diffèrent dans les divers systèmes. — 613. Prépondérance du statut personnel. — 614. Conflit entre la loi personnelle du père et celle du fils ; opinion de Merlin. — 615. Notre opinion sur la loi qui doit régir la puissance paternelle. — 616. Droit des enfants à l'égard de l'éducation religieuse de leurs enfants. — 617. Doctrine des juristes sur la loi qui doit régler les effets de la puissance paternelle à l'égard des biens. — 618. Notre opinion. — 619. Du droit d'usufruit légal en cas de changement de qualité de citoyen du père. — 620. Comment doit être réglée l'administration des biens de l'enfant en cas d'abus.

608.— Les droits et les devoirs des conjoints à l'égard de leurs enfants sont au nombre des effets civils, qui dérivent du mariage par suite de la nature même de cette institution et des règles établies par le législateur. En principe, on doit admettre, que ces droits et ces devoirs doivent être régis par la même loi que les rapports de famille. On doit néan-

moins reconnaître, que quelques-uns de ces droits peuvent être soumis à la loi territoriale, toutes les fois que cette loi déclare certains devoirs juridiquement obligatoires dans le but de sauvegarder le principe moral, d'après lequel la famille doit être organisée, en tenant compte de la nature de cette institution et des obligations qui en dérivent d'après le droit des gens. La loi, qui impose aux deux époux l'obligation d'entretenir, d'élever et d'instruire les enfants, convertit en obligation civile l'obligation qui, d'après la loi morale, dérive du mariage comme institution du droit des gens ; elle doit par conséquent être considérée comme une loi d'ordre public et de police. Dès lors, en Italie, en France et dans tous les autres pays civilisés, un étranger ne pourrait pas être dispensé d'accomplir de semblables obligations, sans qu'il en résultât une atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs. <sup>1</sup>

Le statut personnel peut être invoqué utilement, pour déterminer comment la charge de l'éducation des enfants doit être supportée par les père et mère, qui en ont les moyens, et comment, lorsqu'ils ne les ont pas, on doit procéder, quelles personnes doivent être appelées à y pourvoir et dans quelles proportions elles doivent y contribuer.

609.— Il nous semble en outre, que la question de l'instruction obligatoire doit être résolue d'après la loi personnelle. On a dit, il est vrai, que comme la loi qui impose l'instruction obligatoire est d'ordre public, elle doit étendre son autorité même à l'égard des étrangers. <sup>2</sup> Nous ne préten-

<sup>1</sup> Si l'étranger ne remplit pas les devoirs d'entretien, d'éducation et d'instruction à l'égard de ses enfants, ceux-ci, livrés à eux-mêmes, sont à la charge de la charité publique ; abandonnés à leur instincts et complètement désœuvrés, ils deviennent des vagabonds et souvent des voleurs. Il est donc évident qu'il résulte de là un groupe de faits essentiellement dangereux pour l'ensemble des citoyens, et contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, dont la répression intéresse au plus haut point tout l'État civilisé digne de ce nom. — (Note du traducteur Ch. A.).

<sup>2</sup> Compar. Laurent, *Droit civ. internat.* T. V, §§ 75, 81 ; — Despagnet, *Droit internat. privé*, § 344 ; A. Weiss, *Droit internat. privé*, T. II p. 677.

dons pas contester, qu'à l'égard des citoyens cette loi ait ce caractère ; mais comme le principe de l'instruction obligatoire a donné lieu à une foule de controverses quand il s'est agi de la justifier à l'égard des citoyens, il nous semble que là où cette loi a été promulguée par le souverain de l'État, on peut y soumettre les seules personnes qui font partie de la même communauté politique, et non les étrangers. Il ne nous paraît pas en effet, que cette loi ait le caractère de loi de police, pour être comme telle obligatoire pour tous les individus qui demeurent dans l'État. <sup>1</sup> Ce caractère existe indubitablement dans les lois qui assurent la sûreté personnelle des enfants, comme celles qui limitent leur travail dans les fabriques ou dans les mines, et qui doivent être appliquées aussi bien aux étrangers qu'aux citoyens.

610. — Dans toutes les autres questions relatives aux rapports personnels des père et mère et de leurs enfants, et qui peuvent se présenter, lorsqu'il s'agit de spécifier leur obligation de pourvoir à leur entretien, on devra appliquer la loi personnelle. Ainsi, par exemple, pour décider si le père est tenu d'entretenir son enfant qui a quitté la maison paternelle : s'il peut être contraint à lui faire une dot pour cause d'emploi ou de mariage, il faudra se reporter à la loi étrangère. <sup>2</sup>

<sup>1</sup> Nous sommes sur ce point d'un avis contraire à celui de l'auteur. L'État, en effet, nous paraît essentiellement intéressé à ce que les enfants, sans distinction de nationalité, au lieu de rester, comme cela a lieu la plupart du temps, quand ils ne fréquentent pas l'école, livrés au vagabondage dans les rues, où ils donnent libre cours à leurs mauvais instincts et prennent des habitudes de paresse, qui souvent ont pour conséquence de les conduire à commettre des vols et d'autres délits, reçoivent une instruction élémentaire, qui est la base de toute instruction professionnelle sérieuse. De cette façon, au lieu d'être des individus inutiles et souvent dangereux, ils pourront être utiles au pays étranger, qui en retour de son hospitalité, est en droit d'exiger d'eux qu'ils ne donnent pas un mauvais exemple permanent à ses citoyens. — (Note du traducteur Ch. A.).

<sup>2</sup> Voir en ce sens, A. Weiss, *cit.*, T. II, p. 676. — (Note du traducteur Ch. A.).



611. — Nous allons maintenant nous occuper du droit supérieur, qui appartient au père de famille à l'égard de la personne et des biens de ses enfants, en d'autres termes du droit de puissance paternelle.

L'expression de puissance paternelle a toujours été employée dans les différentes législations, pour indiquer le pouvoir civil des père et mère sur leurs enfants et même sur leurs petits enfants, et le droit de les représenter dans tous les actes civils et d'administrer leurs biens. Cette institution, étant donné sa nature et son but, a été généralement organisée de façon à établir l'autorité paternelle sur la famille et un pouvoir de domination, ou un pouvoir de protection dans l'intérêt de l'enfant, de façon à diriger sa personne et à conserver ses biens.

Aussi, les dispositions du droit positif ont-elles différé, suivant la façon de comprendre les rapports de subordination des enfants à l'égard du père et la protection des intérêts patrimoniaux. Une différence substantielle existe dans cette conception juridique. D'après les idées qui ont prévalu dans le droit romain, la puissance paternelle représentait l'ensemble des droits appartenant au père sur la personne et les biens des enfants, et qui résultaient du pouvoir suprême attribué au père à l'égard de sa famille. *Pater autem familias*, disait Ulpien, *appellatur qui in domo dominium habet.*<sup>1</sup> Etant donné que le pouvoir du père était un droit de *dominium*, il était naturel que la puissance paternelle dût être réputée établie dans l'intérêt du père et à son profit, et ne dût pas être attribuée à la mère : qu'elle dût durer tant que le père n'y avait pas renoncé en émancipant son enfant, et qu'elle dût être très étendue à l'égard des biens de

<sup>1</sup> L. 195, § 2, *De verborum significatione.*

La puissance paternelle était une sorte de magistrature domestique. Aussi les anciens romains attribuèrent au père des pouvoirs et des prérogatives exceptionnels, et prétendirent qu'aucun peuple n'avait la puissance des pères romains : *Jus potestatis quod in liberos habemus, proprium est civium romanorum.*

ce dernier, qui n'avait aucune personnalité propre, étant donné que la famille était une personne qui avait pour représentant le père, qui en résumait toute la capacité juridique.

Dans le droit moderne, au contraire, la soumission de l'enfant au père n'a pas été considérée comme fondée sur l'idée de subordination de l'un à l'autre, laquelle impliquait un pouvoir suprême ; mais elle a été au contraire regardée comme basée sur des sentiments naturels invincibles, qui imposent à l'enfant le respect de celui qui lui a donné la vie et qui le portent à le reconnaître comme son conseiller, son protecteur et son ami. L'autorité paternelle a été dès lors entendue comme instituée par la nature même, sans qu'il soit besoin de la considérer comme basée sur la supériorité et sur la haute domination, qu'impliquait l'idée de despotisme familial. Par conséquent, la puissance paternelle a été considérée comme fondée sur l'obligation naturelle de la protection due par le père à son enfant, et sur le devoir d'assister celui-ci, de le diriger et de pourvoir de la façon la plus convenable au développement de ses forces physiques, morales et intellectuelles et à tout ce qui se rapporte à son éducation. C'est ainsi qu'elle a été considérée plutôt comme un droit de l'enfant que comme un droit du père, et qu'elle a été accordée à la fois au père et à la mère, en admettant à cet égard l'égalité des conjoints dans la famille. Il est vrai qu'on a accordé au père l'exercice de cette autorité durant sa vie, de façon à le reconnaître comme chef de la famille. Enfin, la durée de cette autorité a été limitée, en proportion des besoins de l'enfant, à l'époque de sa majorité ou de son émancipation. <sup>1</sup>

<sup>1</sup> Ces principes ont tellement inspiré la législation italienne que lors de la discussion du Code civil en vigueur, certains membres de la commission étaient d'avis, qu'on devait changer le titre et remplacer *autorité paternelle* par *puissance paternelle*, ou par toute autre expression de nature à mieux exprimer la nouvelle conception. Procès-verbaux de la commission de coordination, p. 13, séance du 28 avril 1865.

612. — Suivant que dans les législations des différents pays a prévalu l'un ou l'autre des deux systèmes, on constate que la puissance paternelle attribuée au père des droits plus étendus ou plus limités sur la personne et sur les biens de l'enfant, et s'étend pendant une période de temps plus ou moins longue. D'après le Code civil italien, elle est attribuée au père et à la mère : durant le mariage elle est exercée par le père, sauf le cas où il en est indigne (art. 220). Elle peut être perdue, lorsque le père est déclaré absent, ou lorsqu'il encourt une condamnation criminelle à l'*ergastolo* ou aux travaux forcés à perpétuité. (art. 241). Elle dure jusqu'à l'âge de la majorité (21 ans) ou jusqu'à l'émancipation, qui peut résulter de la volonté du père, lorsque l'enfant a atteint 18 ans (art. 311), et qui résulte de droit du mariage (art. 310). Les dispositions du code civil français sont presque identiques, aussi bien que celles du code civil hollandais et de tous les autres codes modelés sur le code civil français ; mais celles du code civil autrichien et de tous les pays, où ont prévalu les principes du droit romain, sont différentes.

613. — En principe, il faut admettre que la puissance paternelle doit être régie par la loi même, qui doit gouverner les rapports de famille. La nature et le but de cette institution juridique ont pour conséquence de rendre le statut personnel prépondérant. En effet, l'ensemble des dispositions relatives à cette matière ayant pour base des conceptions différentes des rapports entre père et enfants, il ne peut y avoir aucune raison d'appliquer aux étrangers les lois faites pour les citoyens.

Certains auteurs ont été d'avis qu'on devait donner la préférence à la loi du domicile. <sup>1</sup> Ceux qui ont considéré la puissance paternelle comme établie dans l'intérêt de l'enfant

<sup>1</sup> Voir Wharton, *Conflict of Laws*, § 252. — Story est d'avis qu'on doit appliquer la loi du domicile actuel, parce que la loi relative à la puissance paternelle a le caractère de statut réel.

ont soutenu qu'on devait admettre la prépondérance de la loi du pays où le père était domicilié au moment de la naissance de l'enfant, et cela pour le motif que c'est sous l'empire de cette loi qu'ont commencé les rapports de paternité et de filiation. Cette théorie est la moins admissible, parce que si on l'acceptait, il s'en suivrait que la puissance paternelle à l'égard des enfants nés dans des pays différents devrait être régie d'une façon différente, et qu'ainsi le régime de la famille manquerait d'unité. D'autres, au contraire, ont dit qu'on devait tenir compte de la loi du domicile matrimonial, parce qu'ils considèrent cette loi comme régulatrice des rapports de famille. <sup>1</sup> Nous avons démontré que la meilleure opinion est celle, d'après laquelle tout doit dépendre de la loi dont le mari est citoyen au moment de la célébration du mariage, et nous pensons que cette loi doit régir en principe la puissance paternelle, et par conséquent l'ensemble des droits et des devoirs réciproques du père, de la mère et de leurs enfants.

614. — Nous croyons devoir dire de plus que, comme la puissance paternelle doit être considérée comme instituée surtout dans l'intérêt des enfants, la loi qui doit la régir ne peut pas être changée, lorsque le père acquiert au cours du mariage la qualité de citoyen d'un autre État. En effet, la qualité de citoyen ne pouvant pas avoir d'effets rétroactifs à l'égard des droits de famille acquis d'après la loi du pays auquel on appartenait antérieurement, le changement de cette qualité de la part du père ne pourrait pas modifier la condition juridique des enfants nés auparavant. <sup>2</sup> Par conséquent, la loi de la nouvelle patrie d'élection, régulatrice de la puissance paternelle, pourra être appliquée aux enfants nés depuis l'acquisition de la nouvelle qualité de citoyen, mais

<sup>1</sup> Savigny, *Traité du Droit romain*, T. VIII, § 380.

<sup>2</sup> Voir en ce sens, A. Weiss, *Traité élémentaire de droit international privé*, p. 750.



non à ceux nés antérieurement. Ces derniers, pour tout ce qui concerne les rapports avec leur père, devront être régis par la loi de leur patrie d'origine, et non par celle de la patrie d'élection de leur père. C'est ainsi que dans notre système se trouvent écartés les inconvénients, qui peuvent se rencontrer dans celui où on admet que tout doit dépendre de la loi du domicile et que, par conséquent, le père peut acquérir des droits plus étendus sur la personne et les biens de son enfant, par suite de son changement de domicile.<sup>1</sup>

Merlin, qui est un des partisans de la théorie, que le changement de domicile doit exercer une influence sur la puissance paternelle, cherche à justifier sa manière de voir, en disant que les lois qui la régissent intéressent l'ordre public. Il suppose le cas d'un enfant né dans un pays, dont la loi admet la puissance paternelle jusqu'à la majorité, et qui va demeurer dans un pays régi par le droit romain, et il se demande si cet enfant pourrait prétendre être soumis à la puissance paternelle d'après les lois de sa patrie, et il résout cette question dans le sens de la négative : « Les lois, dit-il, qui « intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs, obligent « tous ceux qui habitent sur le territoire qu'elles régissent, « et elles les obligent du moment qu'ils y mettent le pied. « Or, telle est, suivant les notions que nous ont transmises « nos ancêtres, la loi qui soumet l'enfant à la puissance paternelle. Que nous importe donc que vous ayez vécu précédemment sous une loi plus relâchée ? Nous ne pouvons « pas souffrir qu'en vivant ici, dans une indépendance qui « offenserait des usages sacrés pour nous, vous donniez à « nos enfants des exemples funestes. »<sup>2</sup>

615.—Nous ne saurions véritablement comprendre com-

<sup>1</sup> De Boullenois, en discutant cette question, cherche à distinguer les droits acquis par suite de l'ancien domicile, de ceux qui commencent à naître dans le nouveau ; mais, ne pouvant fixer de règles certaines, il conclut ainsi : « Quel affreux mélange, quel embarras ! » *De la personnalité des lois*, T. II, p. 35.

<sup>2</sup> Merlin, *Répert.*, V<sup>o</sup> *Puissance paternelle*, Sect. I.

ment l'ordre public pourrait être intéressé à l'application aux étrangers de dispositions faites pour régler les rapports entre le père et les enfants citoyens du pays. Est-ce que par hasard le droit social serait atteint, si un père étranger n'exerçait la puissance paternelle que jusqu'à ce que son fils aurait 21 ans, à supposer qu'aux termes de la loi territoriale il pourrait l'exercer jusqu'à ce que l'enfant aurait 24 ans? Est-ce qu'il serait atteint, si un père étranger administrait les biens de ses enfants d'après la loi de leur patrie, s'il pouvait ou non jouir de l'usufruit légal sur ces mêmes biens d'après les dispositions de cette loi?

Nous pouvons admettre, que certaines dispositions qui règlent le pouvoir du père sur la famille et l'exercice des droits qui lui appartiennent sur la personne de son enfant, doivent avoir une autorité territoriale, toutes les fois qu'elles peuvent être considérées comme des lois de police et d'ordre public, et telles sont certainement celles qui règlent l'exercice du droit de correction. Le père étranger devra dès lors être soumis à la loi territoriale, toutes les fois qu'il s'agira de déterminer comment il doit exercer ses droits sur la personne de son enfant, quelles mesures il peut employer pour réprimer ses écarts, parce que toutes les lois qui ont pour objet la sûreté et la protection de la personne, ayant le caractère de dispositions de police, sont impératives pour tous ceux qui demeurent dans l'État, sans distinguer s'ils sont citoyens ou étrangers. <sup>1</sup>

<sup>1</sup> Nous ne saurions sur ce point partager l'opinion de l'auteur. D'après nous, le droit de correction doit toujours être exercé d'après la loi personnelle de la famille étrangère, à moins qu'elle ne soit contraire au droit social ou au droit public territorial. Par conséquent, d'après nous, un étranger habitant la France, par exemple un Italien, auquel sa loi ne reconnaît pas le droit de faire emprisonner son enfant, ne pourra pas se prévaloir des dispositions du code civil français pour obtenir une ordonnance du président d'un tribunal français, pour faire enfermer cet enfant dans une maison de correction. En effet, comme le dit très justement un auteur français, M. A. Weiss, la loi française (ou toute autre loi), en donnant au père les moyens d'assurer le respect de son autorité, n'a pas entendu l'investir d'une magistrature publique. Les faits auxquels le droit

Par conséquent, à supposer que la loi étrangère attribue au père qui ne réussirait pas à réprimer les fautes de son fils, le droit de le faire emprisonner pendant une durée de un à six mois, comme le dispose le code civil français,<sup>1</sup> il est clair qu'il ne pourrait pas se prévaloir de ce droit dans un pays où ce moyen de correction ne serait pas permis par la loi. <sup>2</sup> De même aussi, un père hollandais ne pourrait pas invoquer la loi de sa patrie, qui est presque identique à la loi française, pour obtenir, en Italie, du président du tribunal l'ordre d'emprisonner son enfant, parce que le législateur ne permet aucune mesure d'exécution personnelle que d'après nos lois, qui reconnaissent seulement au père, qui ne réussit pas à réprimer les écarts de son enfant, le droit de l'éloigner de la famille en lui assurant, suivant ses moyens, les aliments strictement nécessaires, ou de recourir au président du tribunal pour le placer dans la maison ou l'institut d'éducation ou de correction, qu'il juge le plus convenable. Nous pouvons dès lors admettre, que les étrangers qui se trouvent en France peuvent se prévaloir des dispositions de

de correction s'applique en dehors de toute répression pénale, ce sont des actes de rébellion domestique. C'est non dans l'intérêt public, mais dans l'intérêt particulier de l'enfant Français (ou de tout autre État spécial) que le droit de correction a été organisé par le législateur. L'ordre public ne sera donc pas lésé dans l'Etat, si la désobéissance d'un enfant n'entraîne pas, par exemple, son emprisonnement. C'est au législateur de chaque pays, en organisant la famille de ses nationaux, de prendre les mesures qu'il croit les plus propres à assurer l'autorité du père de famille. (Voir A. Weiss, *Traité élémentaire de droit international privé*, Paris, 1886, T. II, p. 749). — (Note du traducteur Ch. A.).

<sup>1</sup> Art. 375, 378.

<sup>2</sup> Nous admettons sur ce point la doctrine de l'auteur. En effet, quand la loi locale ne permet pas une mesure de répression d'ordre public comme celle de l'emprisonnement, le juge ne peut pas l'ordonner en vertu d'une loi étrangère, pas plus qu'il ne peut ordonner la contrainte par corps pour assurer l'exécution d'un contrat passé entre étrangers sous l'empire d'une loi étrangère qui la permet, quand la loi territoriale la défend. Sur ce point, la loi territoriale limiterait l'empire de la loi personnelle, parce que les mesures d'exécution sur les personnes sont de droit strict et que le juge ne peut les prescrire, que lorsque le législateur de son pays l'a investi d'un droit spécial à cet effet. — (Note du traducteur Ch. A.).



la loi française pour réprimer les fautes de leurs enfants, même lorsque les lois de leur patrie sont différentes, toujours pour le motif que ces dispositions ont le caractère de lois de police; mais nous ne pouvons admettre également, qu'un père français puisse invoquer sa loi à l'étranger, lorsqu'elle est contraire à la loi territoriale.

La loi territoriale peut aussi, dans certains cas exceptionnels, être appliquée pour protéger l'ordre public ou les bonnes mœurs. Tel serait, par exemple, le cas d'un père étranger, qui se trouverait en Italie, et qui aurait éloigné son enfant de sa famille, sans vouloir lui assigner les aliments strictement nécessaires. Il pourrait y être contraint conformément à notre loi, parce que le sentiment moral du peuple italien serait offensé, si l'enfant d'un étranger était obligé de souffrir de la faim par le fait de son père. <sup>1</sup>

Sauf ces cas exceptionnels, où la loi territoriale relative à la puissance paternelle peut être appliquée même aux étrangers, il faut reconnaître dans les dispositions qui régissent cette puissance, le caractère de statut personnel. Aussi devra-t-on se conformer aux dispositions de la loi étrangère, pour décider à qui la puissance paternelle appartient et à l'égard de quelles personnes elle peut être exercée; quelle en est la durée; quand on la doit considérer comme ayant cessé d'exister; quand elle est suspendue et dans quelles circonstances et d'après quelles conditions elle peut être limitée; quels sont les droits accessoires qui sont compris dans celui d'assistance, tels que, par exemple, le droit de consentir au mariage et le droit d'adoption.

616. — Pour ce qui concerne le droit du père de choisir la confession religieuse de ses enfants mineurs, nous dirons, qu'en principe on ne saurait contester que ce droit puisse

<sup>1</sup> Du reste, autrement, le père manquerait au devoir d'entretien, qui est un des devoirs, qui, ainsi que nous l'avons dit plus haut, est d'ordre public dans tout pays civilisé. Voir *suprà*, note 1, p. 117. — (Note du traducteur Ch. A.).



être considéré comme résultant de la puissance des père et mère, et qu'on doit attribuer principalement au père comme chef de la famille la mission de pourvoir à l'éducation morale et religieuse des enfants.

Une difficulté en cette matière peut se présenter dans l'hypothèse où, d'après le statut personnel dont doit dépendre l'exercice de la puissance paternelle, le droit du père à cet égard serait limité, et où il serait établi, par exemple, qu'en cas de mariage mixte, lorsque le mari appartiendrait au culte catholique, les fils devraient être élevés dans la religion catholique, et que lorsque la mère seule serait catholique, les filles devraient suivre sa religion et les fils celle du père. Il pourrait se faire qu'un citoyen de ce pays, se trouvant dans un État étranger, voulût élever tous ses enfants dans sa confession religieuse, et que la mère s'y opposât, et, invoquant le statut personnel, demandât aux tribunaux de forcer son mari à élever ses filles dans la religion catholique, à laquelle elle appartiendrait.

Il nous semble qu'en cette hypothèse le tribunal étranger ne pourrait pas accueillir l'instance et contraindre le père à élever ses enfants dans telle ou telle confession religieuse, parce que les controverses de cette nature ne sont pas du nombre de celles, qui peuvent former la matière d'une contestation judiciaire. Le droit du père de pourvoir à l'éducation morale des enfants doit être réputé un droit sacré, qu'il doit exercer sous sa propre responsabilité ; car il est le seul juge de ce qui peut convenir le mieux au bien-être temporel et spirituel de ses enfants.

Il est en outre à considérer, que les lois qui règlent cette matière ne peuvent pas être considérées comme faisant partie du statut personnel et comme suivant partout la personne. Elles font, au contraire, partie des lois politiques et de police, qui, comme telles ne peuvent avoir aucune autorité exterritoriale. En Autriche, où la loi du 25 mai 1868 a réglé l'éducation religieuse des enfants en cas de mariages mixtes, le caractère de cette loi résulte évidemment de l'article 140

du Code civil, qui est ainsi conçu : « Les lois *politiques* dé-  
 « terminent dans quelle religion les enfants doivent être éle-  
 « vés par leurs parents, qui ne professent pas la même reli-  
 « gion, et à quel âge les enfants peuvent en embrasser une  
 « différente de celle dans laquelle ils ont été élevés ». Il est  
 clair, qu'on ne peut demander à un tribunal étranger d'appli-  
 quer la loi autrichienne, ou toute autre loi analogue rela-  
 tive à l'éducation religieuse des enfants, parce que ces lois  
 ne font pas partie du statut personnel, mais sont des lois de  
 police.

On doit admettre avec plus de raison, que le tribunal doit  
 se déclarer incompétent pour connaître de telles questions,  
 si l'instance est fondée sur des engagements intervenus dans  
 le contrat de mariage, parce que de telles stipulations doi-  
 vent être considérées comme des engagements d'honneur,  
 et ne peuvent donner naissance à une obligation juridique.

Une difficulté relative à cette matière pourrait se présen-  
 ter à un autre point de vue, dans l'hypothèse, où le statut  
 personnel des époux étrangers serait muet sur le droit du  
 père de faire changer ses enfants de religion durant leur mi-  
 norité, et où les époux se trouvant dans un État, dont le lé-  
 gislateur interdirait au père de faire changer l'enfant mineur  
 de religion, la mère invoquerait cette loi pour empêcher le  
 père de faire entrer son enfant dans une autre confession re-  
 ligieuse.

Il nous semble qu'alors l'application de la loi territoriale  
 pourrait être justifiée, par la considération que, devant être  
 considérée comme une loi de police, on ne pourrait en ex-  
 clure l'application à l'égard des étrangers.

A supposer que la loi territoriale dispose, comme par exem-  
 ple la loi prussienne, que les enfants peuvent à l'âge de 14 ans  
 accomplis, choisir librement la confession religieuse dont  
 ils entendent faire partie, <sup>1</sup> cette disposition devrait être ré-  
 putée obligatoire même à l'égard des étrangers, qui ne pour-

<sup>1</sup> *Droit national général*, 2<sup>e</sup> partie, Tit. II, § 84.

raient pas invoquer le statut personnel pour limiter à ce sujet la liberté de l'enfant. Les lois qui protègent le droit essentiellement personnel de la liberté de conscience font partie des lois d'ordre public, et doivent avoir une autorité territoriale, de sorte qu'on ne peut y déroger en invoquant des lois étrangères.

Nous croyons utile finalement de noter que, lorsque les deux époux se trouveraient d'accord pour élever leurs enfants dans une confession religieuse qui serait distincte de la leur, <sup>1</sup> et que la loi territoriale disposerait, comme par exemple la loi autrichienne du 25 mai 1868, <sup>2</sup> que les enfants légitimes doivent suivre la religion de leurs parents, on ne pourrait pas appliquer cette disposition aux époux étrangers, parce que cela ne pourrait se justifier d'après les principes que nous venons d'exposer.

Autre chose est le cas où il s'élèverait une difficulté entre le mari et la femme, ou entre le père et l'enfant, et où le tribunal serait appelé à résoudre judiciairement cette difficulté, et à assurer le droit des personnes, et autre chose est le cas où deux époux israélites, par exemple, se trouvant d'accord pour élever leurs enfants dans la confession catholique, ou dans la confession évangélique, on voudrait limiter leur droit à cet égard au nom de la loi territoriale qui disposerait autrement. Le droit de procéder à l'éducation civile et religieuse des enfants appartient en principe aux parents, et on ne peut pas soutenir, qu'il puisse être nécessaire pour protéger l'ordre public, de soumettre les familles étrangères au droit territorial, comme cela d'après nous peut avoir lieu, dans le cas où le droit que l'un veut exercer est contesté par l'autre.

<sup>1</sup> L'art. 78 du droit prussien est ainsi conçu : « Toutes les fois que les parents sont d'accord sur l'enseignement religieux à donner à leurs enfants, personne n'a le droit de s'opposer à leur volonté ».

<sup>2</sup> Le n° 49, art. 1<sup>er</sup>, est ainsi conçu : « Les fils légitimes doivent suivre la religion de leurs parents, et seulement en cas de mariages mixtes, les parents ont le droit de changer la confession religieuse des enfants non encore parvenus à l'âge de sept ans ».

617. — En ce qui concerne les effets de la puissance paternelle à l'égard des biens des enfants, d'après le droit romain antique, les fils de famille étaient incapables d'acquiescir aucune propriété ;<sup>1</sup> ils constituaient avec le père une seule personne, et par conséquent les droits patrimoniaux étaient concentrés dans la personne du *pater familias*. Ces maximes rigoureuses furent modifiées à l'époque de l'empire, par l'introduction du *pécule castrense* et du *pécule quasi-castrense*, et plus encore quand Constantin institua le *pécule adventice* dont un premier exemple s'était manifesté sous le gouvernement d'Adrien.<sup>2</sup> Depuis cette époque le père ne fut plus appelé à acquiescir la propriété de tous les biens du fils ; le père ne tirait quelque profit que du *pécule adventice*, indiqué par l'expression *bona quæ patri non adquiruntur*, car dans les cas ordinaires il en avait l'usufruit et l'administration. Ces principes ont été, sauf quelques modifications, admis dans plusieurs législations modernes, dans lesquelles le père, quoique représentant légal des enfants nés et à naître pour tous les actes civils, a seulement l'administration de leurs biens. Dans certaines législations il a l'usufruit des biens de l'enfant, tant que celui-ci n'est pas émancipé ou n'a pas atteint sa majorité.

Les juristes, pour déterminer la loi, qui doit régir les effets de la puissance paternelle relativement aux biens, se sont attachés à examiner si les statuts sont réels ou personnels. Bretonnier a soutenu, que la puissance paternelle étant un rapport personnel, les statuts sont par conséquent tous personnels, même à l'égard des effets qui en résultent à l'égard des biens de l'enfant et du droit pour le père de les administrer, d'en profiter et d'en avoir l'usufruit. Du reste, dit cet auteur, il s'agit toujours de fruits, qui étant des choses mobilières, doivent être régis par la loi personnelle du père.<sup>3</sup> Hertius,

<sup>1</sup> *Instit. De Inutil. stipul.*, III, 19.

<sup>2</sup> L. 50, Dig., XXXVI, 1.

<sup>3</sup> Henrys, *Œuvres*, par Bretonnier, T. II, p. 720. — Voir de Boullenois, *Observ.*, 32, p. 46.



d'Argentré et Bouhier admettent cette doctrine. <sup>1</sup> Froland, au contraire, soutient que les statuts qui règlent les effets de la puissance paternelle sur les immeubles de l'enfant sont réels, et par conséquent ne peuvent avoir aucune valeur hors du territoire <sup>2</sup> et doivent être régis par la *lex rei sitæ*. Cette doctrine est sanctionnée par la *Common Law* et par la jurisprudence anglaise. Par suite du principe général, que tous les droits, intérêts et titres lucratifs, de quelque nature que ce soit, relatifs à la propriété immobilière située en Angleterre, doivent être régis par la loi anglaise, les tribunaux ont décidé que les effets de la puissance paternelle relatifs aux immeubles doivent être régis exclusivement par la *Common Law*. <sup>3</sup>

Merlin professe une opinion intermédiaire. Il dit que les statuts qui déterminent l'état du fils de famille soumis à la puissance paternelle et ceux qui le déclarent incapable de faire certains actes sont personnels et doivent exercer partout leur empire ; mais que ceux qui accordent au père l'administration et la jouissance des biens de l'enfant ne sont ni absolument personnels, parce qu'il n'en résulte aucune capacité ou incapacité du fils de famille, ni réels, parce qu'ils sont un accessoire de la puissance paternelle, et ne peuvent exister qu'en vertu de la loi qui règle cette même puissance. Celle-ci en effet peut exister sans l'usufruit, qui est un accessoire ; mais l'usufruit ne peut exister sans la puissance paternelle, qui est le principal. Le statut est donc personnel-réel, et par conséquent le père ne peut pas jouir de tels droits, s'ils ne lui sont pas reconnus par la loi qui règle la puissance paternelle et par celle du lieu de la situation des biens. <sup>4</sup>

<sup>1</sup> Hertius, *Opera de collisione legum*, § 4, n. 17, 22 ; Bouhier, *Cout. de Bourgogne*, Chap. XXIV, § 37 à 87 ; d'Argentré, *De Brit. leg. de donat.*, art. 218, gloss. 6, n. 7.

<sup>2</sup> *Mémoires*, 59, 39, 60.

<sup>3</sup> Story, *Conflict of Law*, § 463-463 a ; Wharton, *Conflict of Laws*, § 255. Toutefois, à l'égard des droits du père sur les choses mobilières du fils, on admet l'application de la loi du domicile, ainsi que le rapporte ce même auteur.

<sup>4</sup> Merlin, *Rép.*, Vo *Puissance paternelle*, § 7.

Rocco a soutenu la même opinion, et a conclu de la façon suivante : « Pour connaître si l'usufruit serait dû ou non et  
 « de quelle manière, et dans quels termes, il est nécessaire  
 « en premier lieu de rechercher et d'établir la puissance des  
 « parents sur les enfants, laquelle dépend de la loi du domici-  
 « cile de ceux-ci, et dès lors l'usufruit légal doit être admis  
 « par la loi du domicile. Mais l'usufruit est un effet réel du sta-  
 « tut, il ne regarde en rien l'état de la personne, et à ce point  
 « de vue, il ne peut être conféré que par la loi du lieu où  
 « sont situés les biens, sur lesquels il porte. En somme le  
 « statut du domicile ne donne pas l'aptitude d'en jouir, le  
 « statut de la situation des biens le concède réellement et  
 « en gouverne les conditions. »<sup>1</sup>

Zacchariæ dit, d'une façon absolue, que les parents étrangers ne peuvent, ni en vertu de l'article 384 du Code civil français, ni en vertu de leur loi nationale, réclamer l'usufruit légal sur les biens que leurs fils possèdent en France.<sup>2</sup>

618. — Nous ne pouvons accepter aucune des opinions que nous venons de rapporter. Il nous suffit, en effet, d'observer que toutes les dispositions, d'après lesquelles le père a l'administration des biens de l'enfant, et suivant lesquelles sont déterminés les actes dont il est capable comme administrateur, et d'après lesquelles il lui est accordé une récompense pour l'assistance et pour les soins qu'il lui donne sont le complément de la puissance paternelle, qui est organisée dans son ensemble pour sauvegarder les intérêts du fils de famille et pour déterminer ses rapports avec le père. On doit dès lors appliquer cette loi, qui est destinée à assurer les intérêts du fils de famille et à déterminer les rapports avec le père.<sup>3</sup>

Si un père italien administre les biens de son enfant en Autriche et jouit de l'usufruit d'après les dispositions de notre loi,

<sup>1</sup> 3<sup>e</sup> partie, Ch. XXV, p. 601 (édit. de Livourne).

<sup>2</sup> Zacchariæ, § 78, n<sup>o</sup> 8 ; Aubry et Rau, note 58, § 78.

<sup>3</sup> Voir en ce sens, A. Weiss, *Traité de droit international privé*, T. II, p. 747. — (Note du traducteur Ch. A.).

il ne trouble pas l'ordre public et n'offense aucun intérêt de l'Etat : comme d'autre part il n'existe aucune raison pour justifier la doctrine de Froland, admise par les tribunaux anglais, d'après laquelle on devrait appliquer la loi italienne pour régler les effets de la puissance paternelle, quand le père serait étranger et posséderait des biens en Italie. A quelle titre notre loi serait-elle applicable aux russes, aux autrichiens, aux grecs? De même nous ne pouvons, pour les mêmes raisons, admettre l'opinion intermédiaire de Merlin et de Rocco.

D'après nos principes, bien que le Code autrichien n'accorde pas au père l'usufruit sur les biens qui étoient à l'enfant, cependant un italien devrait en jouir en Autriche conformément aux dispositions du Code civil italien (art. 228). En effet, il n'est porté aucune atteinte à l'organisation de la propriété en Autriche, par le fait qu'un italien y jouit de l'usufruit de biens qui y sont situés, que cet usufruit résulte d'une disposition entre vifs ou à cause de mort, d'un contrat, ou de la loi qui régit ses rapports avec son enfant. On ne saurait du reste objecter, que l'usufruit accordé au père peut donner lieu à des inconvénients pratiques, quand le calcul de l'intérêt matériel se substitue à l'amour paternel, parce que la décision d'une telle question appartient au législateur du pays auquel appartiennent le père et l'enfant, et non à celui du lieu de la situation des biens.

619. — Il faut noter que, lorsqu'au cours de la puissance paternelle, le père deviendrait citoyen d'un autre Etat, il ne devrait pas jouir de l'usufruit d'après la loi de sa nouvelle patrie, qui lui accorderait un usufruit légal sur les biens de son enfant, si ce droit ne lui étoit pas attribué d'après la loi de sa patrie antérieure. La raison en est que, d'après le droit moderne, la puissance paternelle n'est pas établie dans l'intérêt du père, et que les droits acquis par l'enfant d'après la loi de son pays ne peuvent pas être modifiés au gré de son père. Par conséquent on devra appliquer la loi de la pa-

trie d'origine de l'enfant, pour décider si les biens qui lui appartiennent doivent ou non être grevés de l'usufruit légal. Cependant, la Cour de cassation française a admis la théorie contraire.<sup>1</sup>

620. — On devra également décider en conformité du statut personnel si, étant données certaines circonstances, le père peut être privé de tous les droits de la puissance paternelle ou de certains d'entre eux, et comment il devra être pourvu à l'administration des biens, quand il les administre mal. Notons toutefois que, lorsqu'il y aurait lieu de prendre des mesures urgentes dans l'intérêt de l'enfant, le tribunal du lieu de la situation des biens objet de l'administration pourrait provisoirement statuer en conformité de la loi territoriale. Cela doit être admis dans tous les cas où ce tribunal serait saisi de l'instance par les parents, par les intéressés ou par le ministère public, et quand la mesure réclamée ne comporterait aucun délai, et où par suite de la distance ou de toute autre cause, il ne serait pas facile de statuer conformément à la loi personnelle de l'étranger. C'est du reste une règle générale, que les mesures urgentes requises pour protéger la personne ou les biens des incapables peuvent être prises en conformité de la loi territoriale, afin que les étrangers qui demeurent dans un État, ou leurs biens qui y sont situés, ne soient pas privés de la protection légale.

#### § IV.

##### *De l'obligation de fournir des aliments.*

621. Dispositions de droit positif relatives à l'obligation de fournir les aliments. — 622. Etendue et nature de l'obligation alimentaire. — 623. On ne peut lui appliquer ni le statut personnel, ni le statut réel dans tous les cas. — 624. A quel point de vue la loi relative aux all-

<sup>1</sup> 14 mars 1877, Clunet, *Journal*, 1878, p. 167.



ments peut avoir le caractère de statut réel. — 625. A quel point de vue doit-on admettre l'autorité du statut personnel. — 626. Comment doit-on appliquer la loi territoriale ou la loi personnelle dans l'instance relative à la demande d'aliments. — 627. Cas où le demandeur et le défendeur sont citoyens d'États différents, et où la loi de ces deux États sur l'obligation de fournir des aliments n'est pas uniforme. — 628. Applications des principes dans l'hypothèse où un membre de la famille s'est fait naturaliser à l'étranger. — 629. Résumé de la théorie.

621. — Un des effets civils qui dérivent de la constitution de la famille, c'est de faire naître entre tous ceux qui tirent leur origine de l'auteur commun les liens de parenté, et les rapports d'alliance entre le conjoint et les parents de l'autre époux.

De ces rapports, dérive le devoir moral de l'assistance, qui a ensuite été converti en devoir juridique par les lois civiles, qui imposent aux personnes qui constituent une même famille l'obligation réciproque de se fournir les aliments, en proportion du besoin, que vient à éprouver la personne, qui ne peut par elle-même se procurer ce qui est indispensable pour son existence, et en proportion des ressources de l'individu qui peut être tenu de la dette alimentaire. Le droit et l'obligation aux aliments, à l'égard des personnes qui sont unies par les liens du sang, sont consacrés dans toutes les législations des pays civilisés. Il existe néanmoins une grande diversité entre ces lois, quant à la détermination des personnes, auxquelles cette obligation doit être imposée, et quant à la nature ainsi qu'à l'étendue du droit.<sup>1</sup> Certains législateurs, en effet, limitent l'obligation réciproque des aliments aux père et mère et aux enfants tant légitimes que naturels, aux conjoints et aux ascendants, sans l'étendre aux collatéraux ; d'autres étendent cette obligation aux alliés d'une façon plus ou moins étendue quant au degré d'alliance ; d'autres basent cette obligation sur certains rapports, qui ne sont

<sup>1</sup> Voir en ce qui concerne le droit comparé sur cette matière : Caberlotto, dans le *Digesto italiano*, V<sup>o</sup> *Alimenti*, et Ciccaglione, dans l'*Enciclopedia giuridica*, V<sup>o</sup> *Alimenti*.

pas ceux de la famille. Tel est notamment le législateur autrichien, qui impose l'obligation alimentaire au donataire à l'égard du donateur, dans le cas où la chose donnée existe encore et où le donataire ne se trouve pas lui-même dans l'indigence (art. 947 C. civ.). De même dans le Code civil italien, se trouve consacrée l'obligation des aliments entre les enfants, les père et mère et les ascendants, ainsi qu'entre les frères et sœurs, entre le beau-père, la belle-mère, le gendre et la bru ; tandis que dans le Code civil français, l'obligation est restreinte aux parents et aux alliés en ligne directe. De même, le législateur anglais n'étend pas non plus cette obligation aux collatéraux. Au contraire, d'après le Code portugais du 22 mars 1878, celui qui n'a pas encore atteint l'âge de 10 ans peut s'adresser à ses parents les plus proches jusqu'au dixième degré, qui sont tenus de lui fournir les aliments jusqu'à ce qu'il ait atteint cet âge.

622. — Pour ce qui concerne l'étendue de l'obligation alimentaire, nous trouvons encore des divergences dans les diverses législations. Dans certaines, en effet, on admet que les aliments doivent être restreints à une somme déterminée. Il en est ainsi, par exemple, dans la loi anglaise, où l'aïeul tenu à l'obligation alimentaire doit payer vingt schellings par mois. Dans d'autres, au contraire, l'obligation s'étend à tout ce qui est nécessaire à la vie, c'est-à-dire à la nourriture, aux vêtements, au logement et à l'assistance en cas de maladie, en proportion des besoins du demandeur et des ressources du défendeur. Il en est ainsi d'après les lois italienne (art. 143 C. Civ.), espagnole et d'après d'autres législations.

Pour ce qui concerne finalement la nature de cette obligation, certains législateurs la considèrent comme un véritable droit de créance, comme tel transmissible, et admettent que le tiers qui aurait fourni les aliments pourrait exercer les actions qui appartiennent à la personne à laquelle ils sont dus. D'autres considèrent ce droit comme person-

nel et fondé sur la nécessité d'un besoin actuel, d'où il résulte que ce besoin, ayant cessé d'exister par suite du fait du tiers qui y aurait pourvu, ils refusent à ce dernier le droit d'exercer un recours contre ceux qui étaient tenus à la dette alimentaire, sauf dans le cas où ce tiers pourrait prouver qu'il aurait agi du consentement exprès ou tacite de celui qui était légalement obligé aux aliments.<sup>1</sup>

Une autre différence à l'égard de la loi qui impose l'obligation alimentaire, c'est que certaines législations se sont inspirées seulement de la considération des liens du sang, qui s'établissent par suite du mariage, et ont dès lors restreint cette obligation aux personnes, entre lesquelles ces liens sont plus étroits et immédiats, tandis que d'autres se sont inspirées de l'idée de restreindre la mendicité et le nombre des indigents, en imposant aux parents l'obligation de leur fournir les aliments, pour empêcher ainsi l'augmentation du nombre des personnes qui, manquant de moyens de subsistance, seraient poussés au délit et amenés à grossir le nombre des vagabonds. Ainsi, il existe à ce sujet une certaine différence entre les lois des différents pays, d'après le système qui prévaut dans chacun d'eux pour prévenir l'indigence, et là où la charité légale est organisée, on a pu naturellement admettre l'obligation alimentaire comme plus restreinte à l'égard des parents qui en sont tenus.

623. — Nous nous abstiendrons d'entrer dans des détails plus minutieux, parce que nous considérons l'exposé général, que nous venons de faire, comme suffisant pour la solution de la question relative à la loi qui doit régir l'obligation alimentaire à l'égard des étrangers. En tenant compte de la loi et du fondement du rapport juridique, sur lequel peut être basée l'obligation alimentaire, on ne peut pas toujours dire que tout doit dépendre de la loi person-

<sup>1</sup> La question est ainsi résolue d'après le droit anglais. Voir Lehr, *Eléments de droit civil anglais*.

nello, pas plus que de la loi territoriale. On ne peut pas, en effet, soutenir dans tous les cas, que les lois relatives aux aliments aient le caractère de lois de police ou d'ordre public, de façon à attribuer une autorité absolue à la loi territoriale. On ne peut pas toujours dire que, par le seul fait que l'obligation alimentaire naît des rapports de famille, elle doit être en tout régie par la loi à laquelle la famille doit être soumise, de façon à exclure d'une façon absolue l'autorité de la loi territoriale. Il convient au contraire de distinguer chaque cas, pour décider si l'obligation alimentaire doit être régie par le statut réel ou par le statut personnel.

624. — Il nous semble que la loi qui régit l'obligation alimentaire peut avoir, à un certain point de vue, le caractère de statut réel à l'égard de tous ceux qui demeurent dans l'État, à supposer qu'ils s'y trouvent dans les circonstances prévues par la loi, pour admettre entre eux l'obligation réciproque de se fournir les aliments. Nous basons notre opinion sur l'idée, que la loi territoriale, en tant qu'elle pourvoit à régler l'obligation alimentaire entre parents et entre aliés, a le caractère d'une loi d'ordre public et de police. Soit, en effet, qu'elle soit inspirée par l'idée de limiter la mendicité et le nombre des indigents, soit qu'elle soit dictée par celle de rendre juridiquement obligatoires certains devoirs naturels, qui existent entre les personnes unies par les liens du sang et d'empêcher la violation des sentiments d'humanité, tels qu'ils sont compris dans un pays donné, elle doit être considérée comme ayant pour but d'assurer l'ordre public et les bonnes mœurs. Elle devra dès lors, à ce point de vue, avoir l'autorité du statut réel.<sup>1</sup>

Ainsi, par exemple, le sentiment moral du peuple italien serait offensé, si deux conjoints étrangers vivant en Italie voulaient prétendre être exempts de l'obligation de se four-

<sup>1</sup> Voir en ce sens l'opinion du juge Lord Mackenzie, dans l'affaire Macdonald, jugée en 1846 et rapportée par Wharton, *Conflict of Laws*, § 168.



nir réciproquement les aliments, ou si des frères et sœurs étrangers vivant également en Italie voulaient élever une semblable prétention. Il nous semble que les alliés étrangers, aux degrés prévus par l'article 140 du Code civil italien, qui demeureraient dans notre pays et qui seraient réduits à la misère, pourraient avec raison invoquer la loi italienne pour réclamer des aliments aux personnes tenues d'après cette loi de leur en fournir, et que le magistrat italien pourrait contraindre ces personnes à les leur administrer, parce que la protection des bonnes mœurs et des sentiments d'humanité existant en Italie justifierait à l'égard des personnes qui y demeureraient l'application de la loi locale.<sup>1</sup>

625. — On ne doit pas cependant conclure de ces principes, que la loi qui règle l'obligation alimentaire doive avoir l'autorité du statut réel, en ce sens qu'on doive en appliquer toutes les dispositions aux étrangers. En effet, comme en réalité le droit aux aliments dérive des rapports de famille, il faut reconnaître en principe, que l'obligation alimentaire doit être soumise à la loi régulatrice des rapports de famille, plutôt qu'à celle de l'État où par aventure les étrangers demeurent.

Si nous avons soutenu que l'obligation alimentaire peut être fondée sur la loi territoriale, comme nous avons pris pour base de notre opinion l'idée, qu'en refusant les aliments on offenserait le sentiment moral et les bonnes mœurs

<sup>1</sup> La cour de Milan a avec raison admis la demande d'aliments intentée par un frère à sa sœur, tous deux sujets du Canton du Tessin, bien qu'ils ne fussent pas dus aux termes de la loi de ce Canton (8 avril 1876, *Foro italiano*, 1876, I, 868.) De même, la cour de Lucques a décidé que le droit résultant de l'article 141 du Code civil italien s'étendait aux étrangers et que l'opinion contraire serait en opposition avec l'article 3 des dispositions préliminaires de ce même code, (13 août 1875, *Giurisprudenza italiana*, 1876, 2, 18). — Voir en sens conforme, Paris, 19 décembre 1833, Dalloz, 1834, 2, 65; tribunal de la Seine, 22 mai 1877, Clunet, *Journal*, 1877, p. 429; id. 3 mai 1879, id, 1879, p. 489.

du peuple au milieu duquel vivent les étrangers, notre théorie ne peut trouver son application que dans les cas où le refus des aliments requis entraînerait l'inconvénient que nous avons signalé. Ainsi, la loi territoriale peut être seulement appliquée par le magistrat, lorsqu'il juge nécessaire de le faire pour le motif que nous avons indiqué, les étrangers qui demeurent dans le pays devant être soumis à toutes les lois, qui ont pour but la protection de l'ordre public et des bonnes mœurs. Par conséquent, à supposer, par exemple, que d'après le statut personnel, celui qui serait tenu de fournir les aliments fût obligé de verser une somme déterminée, ou ce qui serait strictement nécessaire pour entretenir la vie, et que d'après la loi territoriale au contraire l'obligation alimentaire dût s'étendre à ce qui serait en outre nécessaire pour l'habitation, le vêtement et l'éducation, on ne pourrait pas alors appliquer la loi territoriale, mais seulement la loi personnelle. Nous avons dit, en effet, que l'obligation alimentaire trouve en substance sa base dans les rapports de famille, et qu'elle doit être régie par la loi qui détermine ces rapports. De même aussi, si la loi personnelle et la loi territoriale différaient dans la fixation de l'ordre dans lequel les personnes tenues de fournir les aliments doivent être appelées à les donner, on ne pourrait pas appliquer la loi territoriale, mais on devrait se reporter à la loi personnelle.<sup>1</sup>

626. — Nous donnons par conséquent à la loi territoriale l'autorité du statut réel à l'égard de l'obligation alimentaire, en ce sens seulement que lorsque la demande d'un étranger, qui demeure dans un pays, ne peut pas être fondée sur le

<sup>1</sup> Compar. la doctrine de A. Weiss, qui soutient qu'en France on doit appliquer comme droit commun en matière d'aliments, le code civil français, et les lois étrangères quand leurs dispositions sont plus étendues, soit eu égard aux personnes auxquelles sont dus les aliments, soit eu égard au quantum de la dette. *Traité élémentaire de droit international privé*, T. II. p. 677-678. — (Note du traducteur Ch. A.)

statut personnel, et peut être basée sur la loi territoriale, et que le rejet de la demande emporte une atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs, le juge peut appliquer la loi territoriale, en restreignant toutefois les aliments à ce qui est nécessaire à l'entretien de la vie.

En dehors de ce cas, il faudra admettre l'autorité du statut personnel, et comme le fondement de l'obligation alimentaire repose sur les rapports de famille, toute difficulté doit être résolue par application de la loi, sous l'empire de laquelle la famille a été constituée et le droit a pris naissance. Dès lors, l'action d'un frère contre une sœur italienne, et réciproquement, devra être admise d'après la loi italienne, même lorsqu'elle serait introduite dans un pays, dont la loi n'admettrait pas une telle demande. Lorsque l'obligation alimentaire serait fondé sur un rapport juridique distinct de celui de la famille, comme par exemple celui qui existe entre donateur et donataire, on devrait appliquer la loi qui doit régir ce rapport. De même, on devrait déterminer d'après le statut personnel l'étendue de l'obligation alimentaire, l'ordre des personnes appelées à la remplir, ainsi que les circonstances qui y mettent fin.

627. — Une difficulté peut surgir dans l'application du statut personnel, lorsque le demandeur est citoyen d'un État, dont la loi attribue le droit d'exiger les aliments et que le défendeur appartient à un autre État, dont la loi ne reconnaît pas ce droit. Cette hypothèse ne peut se réaliser, que lorsqu'un des membres de la famille, en devenant citoyen d'un autre État, a changé son statut personnel.

Les auteurs et la jurisprudence se sont divisés sur cette question, les uns ayant préféré le statut personnel du créancier, les autres, celui du débiteur.

Dalloz, est au nombre de ceux qui soutiennent qu'un étranger n'a jamais le droit de demander des aliments au citoyen d'un autre État, dont la loi ne reconnaît pas l'obligation alimentaire. Laurent soutient la même doctrine, et

considérant, qu'il ne peut y avoir de dette sans le concours du consentement de la part du créancier et du débiteur, observe que lorsque l'obligation est fondée sur la loi, le débiteur ne peut pas être tenu d'après la loi du créancier, si cette loi n'est pas conforme à celle à laquelle il est soumis.<sup>1</sup>

Les auteurs, recherchant si on doit préférer la loi du créancier ou celle du débiteur, sans s'occuper de savoir laquelle de ces lois doit régir le rapport juridique contesté, en vertu de la nature de ce rapport, ont embrouillé la question au lieu de l'éclaircir et d'écarter le conflit.<sup>2</sup>

Il nous semble, qu'étant donné le principe, que le changement de qualité de citoyen ne peut avoir d'effet rétroactif, et que les droits nés et parfaits avant ce changement doivent être régis par la loi de la première patrie et non par celle de la nouvelle, il faut admettre que tout conflit doit être écarté, suivant que le rapport de droit, sur lequel est basée la demande, peut ou non être considéré comme né avant ou après ce changement.

Le droit aux aliments a généralement pour base les rapports des membres de la famille, et doit être régi par la loi qui doit régler les rapports entre les membres de cette même famille. L'action ou l'instance en pension alimentaire est subordonnée au fait du besoin actuel : elle constitue dès lors par elle-même un droit subordonné à une condition suspensive. Or, si au moment de la réalisation de la condition, le débiteur ou le créancier sont devenus citoyens d'un autre État, cela doit être considéré comme indifférent pour la détermination de la loi, sur laquelle doit être fondée l'obligation légale, et partant la demande en pension alimentaire. L'action doit, en effet, être déterminée par la constitution de la famille et par les rapports déjà nés sous l'empire de la loi appelée à définir les liens existant

<sup>1</sup> Laurent, *loc. cit.* ; Wharton, *Conflict of Laws*, § 257 et suiv. et l'arrêt de la cour de circuit de New-York du 23 février 1873, dans le *Journal du droit international privé*, 1874, p. 45-47.

<sup>2</sup> Laurent, *Droit civil international*, T. V. § 94.



entre les membres de cette même famille. Le fait, que celui, contre lequel est acquis le droit aux aliments sous la condition éventuelle du besoin, a acquis la qualité de citoyen d'un autre État avant la réalisation de la condition, ne peut pas préjudicier aux droits de l'autre partie, sans donner au nouveau statut personnel du débiteur un effet rétroactif à l'égard des droits nés et parfaits d'après la loi de la patrie originaire, qui était la loi commune du débiteur et du créancier au moment de la naissance du rapport juridique.

628. — Dès lors étant donnés deux frères italiens, si l'un s'est fait naturaliser français avant que l'autre ne se trouve dans la nécessité de demander les aliments dus par le frère au frère d'après la loi italienne, et si l'autre, lorsqu'il se trouve dans le besoin, intente une demande en pension alimentaire devant un magistrat français contre celui qui est devenu citoyen français, il nous semble que la demande doit être admise. On ne pourrait en effet tenir compte de l'argument de Dalloz, que le magistrat français ne peut pas appliquer la loi étrangère qui est en contradiction avec celle du défendeur, ni celui de Laurent, que l'obligation légale de la part d'un français ne peut naître en vertu d'une loi italienne, parce qu'au moment où l'obligation entre frère et frère a pris naissance, ils étaient tous deux italiens, et que l'un d'eux ne pouvait pas, en se faisant naturaliser à l'étranger, porter atteinte aux droits acquis par l'autre. Par conséquent, toute difficulté doit être écartée par suite de la considération que l'obligation légale contractée d'après la loi italienne, par un italien, avant qu'il ne soit devenu français, doit être appréciée par le magistrat français d'après la loi italienne, même lorsqu'au moment du jugement le défendeur est devenu français. Il ne pourrait exister d'exception, lorsque l'application de la loi étrangère porterait atteinte à l'ordre public ou au droit social de l'État, et notre cas ne rentre incontestablement pas dans cette exception.

Pour la même raison, si de deux frères français, l'un s'était fait naturaliser italien, et si ce dernier intentait en France une demande en aliments contre l'autre, le magistrat français devrait rejeter l'instance introduite conformément à la loi italienne. Ce serait là un cas favorable à l'argument de Laurent, que la loi italienne ne peut imposer une obligation légale à un français et que la qualité de citoyen italien acquise par un français ne peut avoir d'effet rétroactif à cet égard.<sup>1</sup>

Toutefois, dans notre doctrine, il faut admettre que si un portugais se faisait naturaliser français, l'obligation alimentaire, en cas de besoin, née et parfaite entre lui et les membres de sa famille antérieurement à la naturalisation, devrait être régie par la loi portugaise ; mais s'il s'était marié en France, et si de cette union accomplie sous l'empire de la loi française il était né des enfants, on ne pourrait plus appliquer à ceux-ci la loi portugaise, pour régler l'obligation alimentaire à l'égard de leurs parents portugais. Par conséquent, même à supposer qu'ils fussent parents au neuvième et au dixième degré avec un portugais dans le besoin, celui-ci ne pourrait pas invoquer sa propre loi, pour introduire une demande alimentaire, parce que la nouvelle famille constituée en France par le naturalisé devrait être régie par la loi française, et qu'on ne pourrait pas imposer aux membres de cette famille d'autres obligations légales, que celles prévues dans le code civil français.

629. — Notre théorie peut dès lors se résumer de la façon suivante. Lorsque le magistrat appelé à statuer sur l'obligation alimentaire se trouve en présence de deux lois contraires, en raison de ce que le créancier et le débiteur ont un statut personnel différent, il devra écarter le conflit, en appliquant la loi sous l'empire de laquelle le droit aux

<sup>1</sup> Comp. A. Weiss, *Traité de droit international privé*, T. II. p. 679 i. f. — (Note du traducteur Ch. A).

aliments a été acquis et est devenu parfait, en admettant qu'on doit réputer droit acquis, non celui qui a été entièrement consommé avant l'acquisition de la nouvelle qualité de citoyen, mais celui qui a le caractère de droit parfait. Tel est notamment le droit fondé sur des rapports juridiques déterminés, qui ont été établis intégralement sous l'empire de la loi, bien que l'exercice de ce droit, étant subordonné à certains événements, ait lieu dans un temps postérieur et après le changement de la qualité de citoyen.

On peut résoudre d'après les mêmes principes le cas où le donataire et le donateur, entre lesquels serait admise une action alimentaire, deviendraient citoyens d'un nouvel État.

## § V.

### *Effets du mariage à l'égard du régime légal des biens des époux.*

630. Systèmes divers admis relativement au régime légal des biens des époux. — 631. Système qui a prévalu en Italie. — 632. Doctrine des juristes à l'égard de la loi qui doit régler le régime légal des biens. — 633. On doit admettre l'opinion qui reconnaît l'autorité du statut personnel. — 634. Théorie de Laurent. — 635. Doctrine consacrée par la jurisprudence française. — 636. Notre opinion. — 637. Observations sur la doctrine contraire de Laurent. — 638. Application des principes à un mariage célébré par un italien en France ou par un français en Italie.

630. — La société constituée par suite du mariage entre le mari et la femme, entraînant la communauté de vie, doit naturellement donner naissance à certains rapports relatifs aux intérêts patrimoniaux communs. Les législateurs, en organisant la famille, ont dès lors dû déterminer le régime des biens appartenant respectivement aux époux et les effets du mariage à cet égard. Nous trouvons en cette matière une grande diversité entre les différentes législations, diversité qui est résultée de la conception distincte des rapports des

conjoint dans la famille, de la puissance maritale et de la plus ou moins grande autorité attribuée au mari sur la femme et sur les biens de celle-ci.

D'après l'ancien droit romain, il y avait deux systèmes opposés. Si le mariage avait eu lieu avec la *conventio in manu*, tous les biens de la femme devenaient avec elle la propriété du mari. Celui-ci résumait tous les droits de la femme, qui tombait par le mariage sous sa puissance absolue, *in manu viri*, et perdait tout droit de propriété. La *conventio in manu* était considérée comme un titre universel d'acquisition pour le mari et ses héritiers. En l'absence de cette convention, la femme conservait la libre disposition de ses biens. Toutefois, lorsque ce second système, qui pendant longtemps fut l'exception, devint la règle, on chercha à assurer la conservation des biens de la femme par des mesures de protection exorbitantes. C'est ainsi que se développa le régime dotal, qui fut considéré comme le régime légal. A l'époque de Justinien, pour assurer la conservation de la dot, on en proclama l'inaliénabilité absolue et on attribua à la femme une hypothèque générale sur les biens du mari, pour en garantir la restitution.

Ce système a été adopté dans tous les pays, dont la législation s'est inspirée des principes du droit romain.

Un système tout différent a prévalu dans les pays où le droit germanique a exercé son influence. Ce droit s'inspirait de l'idée d'égalité des conjoints dans la famille et de la communauté parfaite de vie, qui résultait pour eux du mariage. On y a admis que, par suite du mariage, il s'établit *de jure* entre les époux la communauté ou société des biens, et que sauf le cas de conventions intervenues entre eux à l'égard de l'étendue et des effets de cette communauté, elle doit être considérée comme le régime légal des biens, à partir du jour de la célébration du mariage. Tel fut le système admis dans les pays régis par le droit coutumier. Les coutumes différaient à l'égard de l'étendue et des effets de la communauté et du plus ou du moins de liber-



té des parties pour modifier le régime légal ou pour s'y soustraire, et à l'égard de l'efficacité des conventions par elles faites dans ce but ; mais elles étaient d'accord pour considérer le régime de la communauté de biens comme le régime légal en l'absence de conventions expresses. Ce système a prévalu dans le Code français et dans les Codes modelés sur lui.

631. — Le troisième système est celui admis en Italie, où la règle de la communauté légale du Code civil français ne fut acceptée, ni dans les Codes antérieurs, ni dans celui en vigueur. Aucun des Codes anciens ne présupposait, en effet, le régime de la communauté comme régime légal en l'absence de convention expresse. Certains d'entre eux, comme celui des Deux Siciles, admettaient seulement le régime de la communauté, quand il était expressément stipulé. Le Code sarde disposait de même, en permettant la stipulation de la communauté, mais avec la restriction qu'elle devait être entendue comme limitée aux seuls fruits provenant des biens, quand on avait stipulé la communauté universelle. Il faut dire cependant que sous l'empire de ces Codes, les cas dans lesquels on stipulait le régime de la communauté entre époux étaient très rares.

Lors de la rédaction du nouveau Code, on considéra avec raison, qu'on ne pouvait pas établir la communauté comme régime légal, parce qu'elle était contraire aux usages existant en Italie. On ne voulut pas non plus considérer comme tel le régime dotal ; mais on admit comme règle légale le régime de la séparation de biens, en reconnaissant que le régime dotal exige une stipulation expresse précisant exactement l'objet de la dot.

632. — La différence entre les trois systèmes relatifs au régime légal des biens est substantielle, ainsi qu'on le comprend facilement, et comme ce régime existe toujours en l'absence d'une convention spéciale, et que l'admission de

l'un de ces systèmes doit dépendre du fait qu'on donne la préférence à la loi de tel ou tel pays, il est d'un intérêt supérieur d'établir les droits respectifs des époux sur leurs biens.

Les anciens juristes ont longuement discuté sur cette matière. Dumoulin était d'avis que tout devait dépendre du statut personnel, qui d'après lui devait être réputé celui du domicile conjugal. Il soutenait en principe, que la loi du domicile devait régir les conventions entre époux à l'égard des biens, en quelque lieu qu'ils fussent situés, et admettait, qu'en l'absence de conventions expresses, le régime des biens devait être déterminé d'après la même loi, en vertu de la convention tacite fondée sur l'intention des époux, de la part de qui on devait présumer, qu'ils s'étaient référé à la loi du domicile conjugal, et qu'ils l'avaient tacitement acceptée pour déterminer le régime de leurs biens, quand ils n'avaient à cet égard stipulé aucun pacte exprès. <sup>1</sup>

D'Argentré soutenait au contraire, que tout devait dépendre de la loi territoriale, parce que toute coutume, ayant une autorité souveraine sur le territoire où elle exerçait son empire, devait régler le régime légal des biens qui existaient sur ce territoire ; car on ne pouvait à leur égard admettre le régime légal établi par une loi étrangère. <sup>2</sup>

Cette façon distincte de résoudre la question avait naturellement une très grande importance à cette époque, où les coutumes différaient complètement d'une province à une autre, à l'égard des droits compris dans la communauté ou exclus de ce régime. En effet, de l'admission de l'une ou de l'autre des deux opinions, il résultait des conséquences importantes quant aux droits respectifs des époux sur les biens soumis à l'empire des différentes coutumes. C'est pour cela que la discussion devint très vive, et qu'on vit y prendre part les plus éminents jurisconsultes, tels que Froland, de Boul-

<sup>1</sup> *Comm. ad Cod.*, L. I, tit. I, Conseil, 53, T. II ; *Opera*, p. 961.

<sup>2</sup> *Ad Consuet. Britannia*, art. 218.

lenois, Bouhier, Voët, Van der Müller<sup>1</sup> et que pendant très longtemps cette question fut appelée la *famosissima quæstio*.

633. — Nous ne croyons pas utile d'entrer dans plus de détails à ce sujet, parce qu'à notre époque, les coutumes ayant cessé d'être en vigueur et l'unité législative ayant été réalisée dans les divers États, il est indispensable de résoudre la question par application d'autres principes. On ne peut pas néanmoins dire, que cette question ait reçu une solution certaine et définitive de la part des jurisconsultes et des tribunaux. En effet, il existe une grande divergence d'opinions tant en doctrine qu'en jurisprudence. Certains auteurs soutiennent encore que tout doit dépendre de la loi du pays où le mariage a été célébré, d'autres donnent la préférence à la loi du lieu où les biens sont situés, et d'autres à la loi personnelle, qui doit régir les rapports de famille à tous les points de vue, sans en exclure ce qui concerne les intérêts patrimoniaux des conjoints.

Disons tout d'abord que dans les contrats ordinaires, qui concernent les rapports d'intérêt privé, les dispositions légales qui déterminent les relations des parties résultant du contrat lui-même, à l'égard de tout ce qui n'a pas été expressément stipulé, ou résultant du fait juridique accompli sous l'empire de la loi, quand aucune stipulation n'est intervenue pour en régler les conséquences, exercent une autorité propre, sans nécessité d'aucune déclaration formelle, et en vertu seulement de la libre soumission des parties elles-mêmes et de la convention tacite présumée de se soumettre aux

<sup>1</sup> Compar. P. Voët, *De statut.*, sect. 9, cap. IX, n° 5 ; J. Voët, *Ad Pand.*, tit. *De ritu nuptiarum*, n. 85 ; de Boullenois, *De la personnalité et de la réalité des lois*, T. I, p. 750 ; Froland, *Mémoires sur les statuts*, T. I, p. II et III ; Bouhier, *Observ. sur la cout. du duché de Bourgogne*, Chap. IX, n. 19 ; Renussan, *Traité de la communauté des biens*, 1<sup>re</sup> part., Chap. IV, § 15 et suiv. ; Huberuz, *De conflictu legum*, L. I, tit. III, § 2 ; Burge, *On colonial Law*, 1<sup>re</sup> part., Chap. VII, § 8 ; Henry, *On foreign Law*, 48, 49 ; Story, *Conflict of Laws*, § 184 ; Kent, *Comment.*, sect. XXXIX ; Wharton, *Conflict of Laws*, § 187 et suiv.

dispositions de la loi. En effet, à l'égard de tous ces rapports, on doit admettre la liberté de stipuler ; car les parties sont autonomes pour régler leurs relations à l'aide de conventions expresses, et pour déclarer qu'elles veulent se référer de préférence à la loi du débiteur ou à celle du créancier à l'égard de ce qui n'a pas été expressément stipulé. De plus, comme elles peuvent se prévaloir de leur autonomie, même en ne faisant aucune stipulation, (auquel cas on doit présumer qu'elles se sont soumises en tout aux dispositions de la loi, qui doit être considérée comme acceptée tacitement pour régler entièrement les conséquences du fait juridique), tout doit dépendre de leur intention expresse ou tacite. On peut, par conséquent, admettre qu'un contrat ordinaire ou un fait juridique quelconque, dont dérivent des rapports juridiques obligatoires, peut être régi par une loi étrangère, toutes les fois qu'elle a été expressément admise, ou quand on doit présumer en raison des circonstances, qu'elle a été tacitement acceptée. Dans l'un comme dans l'autre cas, la loi devient partie intégrante de la convention expresse ou tacite, et les dispositions légales doivent être réputées obligatoires, comme si elles avaient été écrites, en vertu de l'acceptation tacite des parties.

Dans les cas, où ces principes trouvent leur application, la difficulté principale consiste à déterminer, eu égard aux circonstances, l'intention présumée des parties. Cette intention étant déterminée, et par conséquent étant déterminée la loi à laquelle les parties ont entendu se soumettre, les dispositions légales de cette loi doivent être réputées obligatoires, à la suite de la convention tacite de se soumettre à ses prescriptions.

Certainement, si on pouvait admettre la complète autonomie des conjoints à l'égard du régime des biens qui leur appartiennent, pour le régler à leur gré par une convention, on devrait néanmoins décider que dans la stipulation de leurs conventions matrimoniales, elles auraient pu se référer à telle ou telle loi. Dès lors, quand elles n'auraient pas pourvu



au règlement de leurs rapports patrimoniaux par des stipulations expresses, et qu'il y aurait lieu d'appliquer le régime légal, en considérant que ce régime deviendrait obligatoire en vertu de la volonté tacite des contractants, tout devrait dépendre de l'intention déterminée par les circonstances, pour décider si les conjoints avaient voulu admettre de préférence le régime légal de tel ou tel pays.

634. — Laurent, qui a discuté d'une façon approfondie la question de la loi qui doit régler le régime légal des biens des époux, a cru devoir combattre avec beaucoup de bienveillance la théorie que nous avons précédemment soutenue. <sup>1</sup> Il est arrivé à des conclusions toutes différentes des nôtres, parce qu'il a envisagé la question à un autre point de vue, que nous ne pouvons admettre. L'éminent juriste soutient, en effet, en principe, que les conjoints ont la plus complète liberté pour régler le régime de leurs biens, et que tout doit dépendre entièrement de leur volonté. « *En cette matière, écrit-il, les contractants sont législateurs, ils jouissent d'une autonomie complète ;* <sup>2</sup> *la souveraineté est hors de cause, puisqu'elle déclare elle-même, par l'organe de la loi, qui régit les biens des époux, que ceux-ci sont libres de faire tout ce qu'ils veulent, de déroger à la loi, de vouloir le contraire de ce que dit la loi, les contractants sont et c'est la loi qui les déclare souverains* ». <sup>3</sup> Partant de ces principes, cet auteur exclut à la fois le statut personnel et le statut réel, et conclut, que tout doit dépendre de l'intention déterminée par les circonstances. Par conséquent, si Laurent admet comme résultat l'arrêt de la Cour de Bruxelles, confirmé par la Cour de cassation belge, qui avait déclaré que le régime légal de deux Belges, qui s'étaient unis par le mariage à l'étranger devait être celui de la communauté conformément au Code civil français en vigueur en Belgique,

<sup>1</sup> *Droit civil international*, §§ 230, 232.

<sup>2</sup> *Droit civil international*, § 185, p. 391.

<sup>3</sup> Laurent, *Droit civil international*, § 185, p. 391.

pour le motif que le statut personnel devait régler les rapports patrimoniaux des conjoints belges d'origine et domiciliés en Belgique, il observe néanmoins que c'est à tort que les magistrats ont invoqué l'application du statut personnel. « *La question, dit-il, de savoir quelle est la loi qui régit les époux quant à leurs biens ne dépend point du statut, elle dépend de leur volonté, et la volonté n'est pas, en droit, déterminée par le domicile, c'est une question de fait ; si les parties n'ont pas exprimé leur intention, le juge doit la chercher dans les circonstances de la cause. Le domicile des époux est une de ces circonstances, comme je vais le dire* ». <sup>1</sup>

Laurent soutient, conformément à ces principes, que deux citoyens italiens, qui s'unissent en France par le mariage, pourraient stipuler le régime de la communauté légale d'après le Code civil français, parce que la prohibition consacrée par le législateur italien à l'égard de ce régime ne pourrait avoir d'effet qu'à l'égard des biens situés en Italie, et non à l'égard de ceux situés en France.

635. — La théorie de Laurent est conforme à celle admise par la Chambre civile de la Cour de cassation française dans son arrêt du 4 mars 1857. <sup>2</sup> En effet, la Cour a admis, qu'un étranger et une française mariés en France sans contrat de mariage pouvaient être soumis au Code civil français à l'égard du régime légal de leurs biens, surtout quand il résultait des circonstances, parmi lesquelles on devait principalement considérer celle de la fixation de leur domicile en France, qu'on pouvait présumer leur commune volonté d'adopter le régime de la communauté légale, tel qu'il est défini par la loi française. La Cour ajoutait qu'aucun obstacle à cette décision ne pouvait résulter de la loi personnelle des époux, c'est-à-dire celle du pays auquel ap-

<sup>1</sup> *Loc. cit.*, § 201.

<sup>2</sup> *Journal du Palais*, 1857, p. 1143, et les arrêts conformes cités en note.

partenait le mari, qui défendait de stipuler la communauté universelle de biens, et limitait la communauté uniquement aux fruits, parce qu'une telle prohibition, constituant un statut réel, ne pourrait avoir de force obligatoire qu'à l'égard des biens possédés par le mari dans son propre pays.

La jurisprudence française n'a pas encore su jusqu'aujourd'hui s'émanciper de la théorie traditionnelle, d'après laquelle toutes les lois qui régissent les immeubles font partie du statut réel, en vertu du principe consacré par l'article 3 du code civil que « *Les immeubles, même ceux possédés par les étrangers, sont régis par la loi française* ». <sup>1</sup>

Ayant admis que la loi, qui règle la communauté tant légale que conventionnelle, fait partie du statut réel et non du statut personnel, parce qu'il ne concerne pas l'état et la capacité des époux, elle a admis comme conséquence, que

<sup>1</sup> Nous constatons avec un auteur d'un récent traité de droit international, (A. Weiss, *Traité élémentaire de Droit internat. privé*, T. II, p. 541, 551 et 755), qu'on a singulièrement abusé du § 2 de l'art. 3 du Code civil français, en prétendant en faire la base de la théorie traditionnelle des statuts, dont il n'est pas question dans ce texte, puisque le mot statut n'y est pas prononcé. Ce que cette disposition désigne par le mot *immeubles*, c'est comme le dit Portalis, dans son exposé des motifs (Loché, T. I, p. 581 et 582) le domaine éminent, en d'autres termes l'immeuble en lui-même, abstraction faite des droits privés dont il peut faire l'objet, c'est-à-dire dans ses rapports avec le droit public territorial. En d'autres termes, cette disposition indique, que la loi française seule règle le régime de la propriété foncière, avec tous les droits réels dont cette propriété peut être l'objet, qu'elle seule peut, par exemple, déterminer les biens qui sont immobiliers, les choses dans le commerce et hors du commerce, fixer les règles de l'expropriation pour cause d'utilité publique et édicter les formalités, auxquelles peut être soumise la transmission des immeubles dans un intérêt public, telle que la mesure de transcription. Au surplus si on entendait dans un autre sens cette disposition on ferait du § 3 du même article 3, une lettre morte. En effet, malgré son texte formel, qui porte que les lois réglant la capacité des personnes sont applicables à l'étranger, on devrait logiquement dire, en prenant le mot immeuble dans un sens large, que la capacité des étrangers relative à tous les actes concernant les immeubles situés en France devraient être déterminés par la loi française. (Compar. Despagnet, *Revue critique*, 1884, p. 500, et Durand *Essai de Droit internat. privé*, p. 25, cités par A. Weiss). (Note du traducteur, Ch. A.).



cette communauté doit être régie par la loi territoriale, surtout en ce qui concerne les immeubles situés dans l'État.

636. — Dans notre système, la question de la personnalité ou de la réalité de la loi, qui doit régir les droits patrimoniaux des époux, ne peut pas être contestée au point de vue de la théorie traditionnelle, qui faisait résulter toute la différence entre l'une et l'autre catégorie de lois, de l'objet de la disposition, suivant qu'elle portait sur une chose immobilière ou sur l'état ou la capacité des personnes. Dans notre ordre d'idées, cette recherche est tout-à-fait inutile. Nous avons dit plusieurs fois que, pour écarter les conflits, il n'y a pas lieu de rechercher à établir si l'objet de la disposition est une chose ou une personne ; mais qu'il faut, au contraire, s'attacher à la nature du rapport ou du fait juridiques, eu égard à la loi qui doit exercer son autorité sur ce fait. Nous ne nous occuperons dès lors pas de rechercher s'il s'agit de droits réels ou de droits personnels, s'il s'agit d'effets juridiques concernant les personnes, l'état ou la capacité des personnes, ou les choses et les droits qui leur appartiennent ; nous nous bornerons à rechercher et à déterminer la loi, sous l'empire de laquelle chaque rapport ou chaque fait juridique est par lui-même placé, c'est-à-dire quelle est la loi qui, eu égard à la nature du rapport ou de l'opération juridiques, doit exercer sur eux son autorité. Une fois ainsi fixée l'autorité de chaque loi, il y a lieu ensuite d'en limiter l'application, d'après les règles et les principes que nous avons exposés.

Restant donc dans notre ordre d'idées, nous dirons que la question fondamentale est la suivante. Quelle est la loi qui par elle-même doit avoir autorité pour régler les effets civils du mariage à l'égard des droits et des intérêts patrimoniaux des époux ? Peut-il être facultatif pour eux de déterminer à leur gré la loi qui doit avoir autorité à cet égard ?

Etant donné que le mariage doit être considéré comme



soumis à une loi déterminée, même à l'égard des effets qui en dérivent en ce qui concerne les rapports patrimoniaux : étant donné que cette loi doit être réputée obligatoire pour les époux, en quelque lieu qu'ils célèbrent leur union, et que leur liberté de régler par des stipulations leurs rapports patrimoniaux doit être subordonnée à cette même loi, à laquelle tous les rapports juridiques qui naissent de la constitution de la famille doivent être par eux-mêmes soumis : étant donné que le rapport juridique entre cette loi et les époux n'est pas un rapport volontaire, on peut en conclure que cette loi donnée doit être présumée obligatoire pour les personnes soumises à son autorité, en quelque lieu que le mariage ait été célébré, et que dès lors on doit présumer qu'elle a été admise, parce que les parties ne pouvaient pas se soustraire à ses prescriptions impératives.

La question ainsi posée, il nous semble que tout se réduit à rechercher si les raisons qui militent en faveur de l'attribution à la loi des époux de l'autorité nécessaire pour régler les autres effets civils du mariage (dont nous avons parlé précédemment), doivent aussi faire reconnaître à cette loi la même autorité à l'égard des droits et des intérêts patrimoniaux. Or, il nous semble qu'on n'en saurait douter.

Le mariage est, en effet, une des plus importantes institutions sociales. Il n'engendre pas seulement des rapports personnels entre les époux, mais comme son but est de créer la famille, il donne aussi naissance à des droits et à des devoirs qui embrassent le présent et l'avenir. Les lois qui régissent le mariage et la famille forment dans leur ensemble un tout organique, qui ne peut se diviser. Dès lors, chacun des rapports qui en dérivent ne peut être soumis à des règles législatives différentes, en les considérant comme un fait isolé et non connexe, sans détruire l'unité de la conception, d'après laquelle chaque législateur pourvoit à l'organisation de la famille.

Le régime du patrimoine de famille fait partie intégrante de tout le système. Chaque législateur le règle de telle ou

telle manière d'après les principes qui ont prévalu dans ses lois à l'égard de la condition juridique de la femme, de sa plus ou moins grande subordination au mari, du soin plus ou moins grand apporté à la conservation du patrimoine de la famille, et de la protection plus ou moins prévoyante des droits et des intérêts du tiers. <sup>1</sup> Par conséquent, le régime des biens doit être mis en harmonie avec la conception juridique qui prédomine dans la société conjugale, et doit présider à tous les rapports et à tous les intérêts moraux et matériels de la famille, ainsi qu'aux intérêts et aux droits des tiers.

Ceci posé, si la loi doit pourvoir à la conservation du patrimoine de la famille, eu égard au présent et à l'avenir ; à la protection des intérêts privés et des intérêts publics ; aux besoins de l'économie domestique et du crédit des tiers, comment admettre la théorie de Laurent, que la souveraineté devrait être considérée comme hors de cause, que les époux seraient souverains, que par leurs stipulations ils pourraient établir à leur gré le régime des biens et accepter tacitement une loi quelconque en l'absence de convention expresse ?

637. — Certainement, si tout pouvait dépendre de la

<sup>1</sup> Le droit commun établi par les lois des divers pays, pour déterminer le régime des biens des époux en l'absence de conventions matrimoniales, et pour fixer les règles légales, d'après lesquelles les conventions matrimoniales peuvent être conclues, trouve sa base dans les raisons politiques, historiques, économiques et morales, qui ont déterminé le législateur à adopter tel ou tel système. Le droit commun qui a prévalu en Angleterre trouve sa raison d'être dans l'organisation de la famille et de la propriété, telle qu'elle a été établie par Guillaume le Conquérant, qui voulut implanter solidement l'aristocratie féodale. Quant au régime de la communauté, voir Olivecrona, *Origine et développement de la communauté de biens entre époux*, *Revue Historique*, T. XI, p. 292, et Gide, *Etude sur la condition privée de la femme*.

Peut-on jamais soutenir que les époux puissent se prévaloir de leur autonomie pour changer l'organisation de la famille, et que les lois faites pour un peuple puissent, au gré des époux, être appliquées pour régler les rapports patrimoniaux des familles étrangères ?

volonté des parties, nous pourrions nous trouver d'accord avec Laurent et nous devrions aussi admettre que, comme on devrait induire cette volonté des circonstances, il faudrait pour tout appliquer les règles qui président aux autres opérations juridiques, en admettant comme plus raisonnable la présomption que les parties se sont référées à la loi du pays où elles ont célébré le mariage, si elles appartenaient à des États différents ; à la loi de leur patrie commune, si elles appartenaient toutes deux au même pays, ou à celle du domicile, si on pouvait induire des circonstances que les parties s'étaient référées à cette loi pour régler d'après elle le régime de leurs biens. <sup>1</sup> En admettant au contraire qu'il résulte des principes et de la nature des choses, que les époux ne peuvent pas être absolument autonomes pour régler à leur gré leurs rapports patrimoniaux ou pour se soumettre en pleine liberté à telle ou telle loi : en considérant que l'organisation de la famille intéresse chaque souveraineté à tout ou à quelque point de vue, en tant qu'elle concerne les rapports personnels des membres de la famille par rapport à leurs droits sur le patrimoine, et que la souveraineté ne peut pas se désintéresser de ces questions, nous devons nécessairement reconnaître, que l'intérêt à régler les rapports patrimoniaux des époux ne peut exister pour la souveraineté de l'État où le mariage est célébré, ni pour celle du pays où se trouvent situés les immeubles des époux, ni pour celle de l'État où les futurs fixent leur domicile conjugal, ce domicile pouvant être incertain et indéterminé, mais qu'il existe pour la souveraineté de l'État auquel la famille qui se forme appartient, parce que cette souveraineté, qui doit régler la constitution de la famille,

<sup>1</sup> La cour d'Alger, se basant sur l'idée, que tout doit dépendre de la volonté présumée, a décidé qu'un étranger qui avait établi en France sa résidence et qui y avait célébré son mariage sans passer aucune convention quant au régime des biens, devait être présumé avoir adopté le régime de la communauté d'après le Code civil français. (16 février 1867, Sirey, 1868, 2, 48).



doit aussi régler et sauvegarder les droits de celle-ci et des membres qui la composent, par la fixation du régime légal des biens des époux, en l'absence de stipulations expresses à ce sujet.

Quel intérêt peut avoir la souveraineté française à imposer le régime de la communauté à une famille italienne, même si elle est domiciliée en France, sans avoir renoncé à la nationalité italienne ?

Comme les effets civils du mariage célébré par ces mêmes italiens devraient être régis par la loi italienne, et non par la loi française ; de même c'est de celle-là et non de celle-ci que devrait dépendre le régime légal des biens. <sup>1</sup>

638. — Il devrait en être de même si un italien avait épousé en France une française. Celle-ci devenant italienne par le mariage et devant être soumise à la loi italienne pour les effets civils de son union, devrait aussi y être soumise pour décider si le régime de ses biens, dans ses rapports avec son mari, devrait être la communauté d'après le Code civil français, ou celui de la séparation de biens d'après le Code civil italien. Comment admettre l'importance qu'on veut donner à la convention tacite pour soutenir que, de la célébration du mariage et du domicile, on puisse induire la

<sup>1</sup> Compar. A. Weiss, *Traité élém. de Droit internat. privé*, T. II, p. 691 et suiv. Toutefois cet auteur, au lieu d'admettre le système de la prépondérance de la loi qui doit régir la famille créée par le mariage, système que, quant à nous, nous trouvons tout à fait juridique et que nous admettons comme M. Fiore, soutient que le juge peut induire des faits et circonstances que les époux ont préféré un régime différent de celui de leur régime national, ou bien le régime qui est de droit commun d'après le lieu de la célébration du mariage. En réalité, si dans cette théorie on admet, en principe, l'autorité du statut personnel, on réduit cette autorité à néant. Comment, en effet, pour prendre un exemple, dire que la loi française réglera le régime de deux français qui se marient en France, si malgré la présomption légale absolue consacrée par cette loi, qu'en l'absence de convention contraire le régime des époux est celui de la communauté légale, on admet, contrairement au Code civil, que cette présomption pourra être détruite par des inductions tirées de circonstances de fait. — (Note du traducteur Ch. A.).



présomption qu'un italien, qui s'est marié à une française, a accepté le régime de la communauté d'après le Code civil français? Un italien ne pouvant pas, même par une stipulation expresse, stipuler la communauté universelle, comment supposer qu'il puisse le faire par convention tacite? Cette convention tacite peut toutefois être admise en ce sens, qu'il a entendu se référer à la loi italienne et accepter le régime légal de cette loi, parce que devant demeurer partout soumis à cette loi, on doit présumer qu'il en a admis l'application.

De même, on devrait dire que lorsqu'un français épouserait une italienne et célébrerait le mariage en Italie, sans le faire précéder d'aucun contrat relatif au régime des biens, ce régime devrait être déterminé par le Code civil français et être celui de la communauté légale. Il n'y aurait, en effet, aucune raison pour soumettre une telle famille au droit civil italien; car ni l'ordre public, ni le droit social italien ne seraient atteints par la reconnaissance de l'autorité de la loi française à cet égard. La circonstance, que le français aurait fixé son domicile en Italie, ne pourrait pas non plus être décisive pour l'application de la loi italienne. Nous avons démontré à plusieurs reprises, que la loi régulatrice des rapports de famille doit être déterminée par la qualité de citoyen de l'État et non par le domicile. Elle pourrait exercer son influence dans un seul cas, lorsqu'un français aurait fixé son domicile en Italie avec l'intention de ne plus retourner en France; car alors, perdant sa qualité de citoyen français par application de l'article 17 du Code civil français, il devrait être soustrait à l'empire de la loi française.

En résumé, on doit considérer comme un des effets civils du mariage qui n'a été précédé d'aucun pacte matrimonial, de soumettre les époux au droit commun à l'égard des biens qui leur appartiennent, et ce droit commun doit être celui de l'État, dont le mari est citoyen au moment de la célébration du mariage.

## § VI.

*Effets civils du mariage putatif.*

639. Conception du mariage putatif d'après le droit positif. — 640. Les effets de ce mariage doivent être régis en principe par le statut personnel. — 641. Cas dans lesquels on peut admettre l'application de la loi territoriale. — 642. L'union célébrée devant une personne dépourvue de toute qualité pour assister au mariage ne peut pas être regardée comme un mariage putatif. — 643. Le mariage célébré de bonne foi avec quelqu'un qui était réputé citoyen d'un Etat peut justifier l'application de la loi de cet Etat relative au mariage putatif. — 644. La loi territoriale relative aux effets du mariage putatif peut être invoquée par un individu qui veut faire produire un effet donné à un mariage nul. — 645. Application de la règle concernant l'efficacité du statut personnel.

**639.** — Les effets civils qui dérivent du mariage, et dont nous venons de traiter, doivent être admis, toutes les fois que l'union de l'homme et de la femme réunit toutes les conditions, qui sont requises d'après le droit positif pour que le mariage puisse être réputé existant. Cependant, aux termes de certaines lois, on attribue les mêmes effets à l'union qui a l'apparence extérieure d'un mariage juridique et valable, mais qui en fait est nulle en raison de l'absence d'un des éléments nécessaires pour sa validité d'après le droit positif, et qui est annulée par application de ce droit. Une telle union est qualifiée par les lois de certains pays, mariage putatif : elle produit des effets civils tant à l'égard des époux, qu'à l'égard des enfants nés avant l'annulation du mariage, quand il a été contracté de bonne foi par les deux époux. Lorsque l'un d'eux seulement l'a contracté de bonne foi, il produit les effets civils seulement en sa faveur et en celle des enfants.

Cette règle se trouve consacrée notamment par les articles 201 et 202 du Code civil français, par les articles 150 et 151 du Code civil néerlandais, par l'article 116 du Code civil

italien, par les articles 94, 95 et 96 de la loi provisoire espagnole sur le mariage civil du 8 juin 1870.

640. — En principe, il faut admettre, que la loi, qui doit régler les rapports de famille et les effets civils qui dérivent de la constitution de la famille, doit avoir également autorité pour attribuer des effets civils à l'union qui a l'apparence du mariage juridique valide, mais qui se trouve affectée de nullité, quand elle a été contractée de bonne foi. Il s'agit en effet de régler la condition juridique des personnes, et de déterminer la conséquence de leur bonne foi à l'égard des effets civils de leur union. On ne saurait dès lors douter, que les dispositions du Code civil français, ou celles du Code civil italien doivent être appliquées aux français ou aux italiens qui se seraient mariés à l'étranger, toutes les fois que leur union aurait le caractère de mariage putatif d'après le droit français ou le droit italien. Une difficulté peut s'élever au sujet de l'application de la loi territoriale aux étrangers, qui l'invoqueraient, pour faire attribuer des effets civils à leur union, à supposer qu'ils ne pourraient pas jouir de cet avantage d'après la loi de leur patrie.

A première vue, il pourrait sembler que la disposition qui concerne le mariage putatif, faisant partie de celles qui régissent les rapports de famille, ne peut être appliquée qu'aux seuls citoyens, à l'exclusion des étrangers, en vertu de la règle générale, que la compétence législative à l'égard de la famille doit être attribuée à l'État auquel elle appartient.

641. — Il faut néanmoins reconnaître, qu'il peut exister des cas et des circonstances, dans lesquels les étrangers peuvent également bénéficier des dispositions de la loi territoriale.

Nous avons démontré précédemment qu'en ce qui concerne la forme, on doit appliquer au mariage la règle générale *locus regit actum*. Or, à supposer que la nullité dérive d'un vice de forme et qu'aux termes de la loi du pays où

le mariage a été célébré (et qui doit être appliquée pour décider sur la validité de cet acte quant à la forme), se trouve la même disposition que dans les Codes français et italien; nous pensons qu'en cette hypothèse l'étranger pourrait se prévaloir de cette disposition, pour bénéficier des conséquences qui pourraient, d'après cette loi territoriale, dériver de sa bonne foi.

Nous n'entendons certes pas soutenir, que cette question puisse être considérée comme une question de forme soumise à la règle *locus regit actum*. Néanmoins, nous disons que, comme la compétence législative à l'égard de la forme, et de la validité ou de la nullité du mariage, à la suite de l'observation ou de l'inobservation de cette même forme, doit être attribuée à la souveraineté du pays où le mariage a été célébré, il nous semble qu'on doit aussi admettre, que puisque cette souveraineté est appelée à régler par ses lois les formalités, elle doit aussi être appelée à apprécier les conséquences, qui dérivent de l'inobservation de bonne foi par les contractants des formalités, et que lorsque, tenant compte de la bonne foi, elle fait produire à l'union les effets civils d'un mariage valable, les étrangers peuvent bénéficier d'une telle disposition.<sup>1</sup>

Il y a lieu à ce sujet de noter qu'en admettant notre opinion, on ne devrait pas considérer comme suffisant que les parties ou l'une d'elles, en célébrant le mariage, eussent pu

<sup>1</sup> Nous ne saurions admettre l'opinion de l'auteur, qui nous semble ici, pour des motifs d'humanité qui lui font honneur, confondre le fond et la forme. Peu importe, en effet, pour quel motif le mariage soit annulé, les effets de cette annulation, aussi bien que ceux de l'union, quand elle est valable, doivent être régis par la loi qui est devenue celle de la famille par suite du mariage, par la loi nationale du mari.

Il n'y a, en effet, aucun motif d'ordre public qui puisse motiver l'application de la loi locale, qui nous le supposons, peut être celle du lieu de l'acte.

En effet, la souveraineté de ce lieu n'a aucun intérêt supérieur à sauvegarder en ce cas, et l'ordre public territorial n'est nullement atteint sur le territoire soumis à son empire, si le mariage annulé pour un vice de forme à raison de l'inobservation de sa loi ne produit pas les effets d'un mariage putatif. — (Note du traducteur Ch. A.).



croire de bonne foi célébrer un mariage valide quant à la forme ; car on devrait toujours admettre, qu'on ne pourrait jouir du bénéfice de la loi relative au mariage putatif, que lorsque l'union aurait l'apparence du mariage juridique valide, et non lorsqu'elle ne pourrait pas être considérée comme juridiquement existante comme mariage, eu égard à la forme de la célébration.

642. — Tel serait notamment le cas d'un mariage célébré devant une personne sans qualité pour procéder à cette célébration, ou sans observer en quoi ce fut les dispositions de la loi civile. Cette loi peut attribuer certains effets à ce qui a été fait conformément à ses prescriptions, et protéger la bonne foi des personnes qui, en voulant s'y conformer, les ont omises par suite d'une erreur de fait ; mais elle ne peut attribuer aucun effet civil à ce qui a été fait en dehors de ses prescriptions. et quand on n'a pas voulu s'y soumettre. On ne pourrait dès lors pas soutenir, que la bonne foi pourrait attribuer la validité au mariage célébré devant un ministre ecclésiastique, à supposer que la loi civile déclare l'officier civil seul compétent pour célébrer le mariage. La bonne foi pourrait-elle, en effet, attribuer une conséquence quelconque à ce qui n'existe pas d'après la loi civile ? On ne pourrait pas en ce cas invoquer utilement l'erreur de droit, en alléguant, par exemple, que les étrangers avaient cru de bonne foi contracter un mariage valide selon la loi de leur pays, qui considérerait comme telle l'union religieuse. Il faut, en effet, reconnaître en principe, que la bonne foi ne se présume pas en faveur des personnes qui violent la loi : *nemo jus ignorare consetur*. Il est vrai qu'en certains cas cette présomption peut être écartée par la preuve contraire, et qu'en certaines circonstances l'erreur de droit peut devenir une erreur de fait ;<sup>1</sup> mais cela ne

<sup>1</sup> Compar. Cass. française, 11 août 1841 (*Journ. du Palais*) et observations du rapporteur ; tribunal civil de Bordeaux, 10 août 1881 et Cour de Bordeaux, 5 février 1883, Clunet, *Journal*, 1883, p. 621.

peut pas être admis dans l'hypothèse où un individu s'est placé tout à fait en dehors du droit civil. Du reste, sans discuter autrement à cet égard, il nous paraît suffisant de poser la règle, que l'application de la loi territoriale en ce qui concerne les effets du mariage putatif ne peut avoir lieu que, lorsque la bonne foi existe. d'après les conditions établies par cette même loi.

643. — Faisons une autre hypothèse, supposons qu'une personne considérée par erreur comme citoyen italien, se soit mariée et qu'ensuite sa véritable nationalité ayant été établie, cette union ait été déclarée nulle en vertu de sa véritable loi personnelle. Il nous semble qu'alors également, l'individu qui s'était uni d'après les règles du Code italien, parce qu'il se croyait de bonne foi italien, pourrait invoquer l'application de l'article 146 du Code civil italien et faire attribuer à son mariage les effets civils d'après la loi italienne. A notre avis, cette opinion est motivée par le caractère même de la disposition légale, qui a pour raison d'être des motifs d'humanité et d'équité. Le législateur, en effet, prenant en considération l'intention et la bonne foi, dispose que celui qui a contracté mariage avec des intentions honnêtes, en considérant cet acte comme juridiquement valable, doit jouir du bénéfice des effets civils reconnus par la loi au mariage valide, même lorsqu'il est annulé. Or, si un italien peut bénéficier de cette disposition, il nous semble qu'il doit en être de même de l'individu qui, par erreur, se croyait italien, alors que le mariage célébré par lui est déclaré nul, parce qu'il ne remplit pas les conditions requises par sa véritable loi personnelle pour être valable. <sup>1</sup>

<sup>1</sup> Cette opinion, comme celle relative au mariage annulé pour vice de forme d'après la loi locale, fait honneur à M. Fiore, dont elle manifeste les sentiments hautement humanitaires et équitables. Nous disons donc qu'il serait à désirer que de telles solutions dans ces deux cas fussent admises dans des accords internationaux. Mais, en l'absence de tels accords, la loi personnelle du mari, qui est la loi qui doit présider au mariage et en régler l'effet doit être seule appliquée. En effet, comment

644. — Il nous semble finalement que lorsqu'en France ou en Italie, par exemple, il s'agirait de faire produire un effet civil déterminé au mariage célébré à l'étranger par des étrangers, et affecté de nullité, on ne devrait pas leur refuser le bénéfice de la loi territoriale à l'égard de cet effet donné, qui devrait se produire sur le territoire, parce que, d'après nous, l'application de la loi territoriale peut être justifiée par suite du respect dû aux principes d'équité et d'ordre public. Tel serait, par exemple, le cas d'une succession qui viendrait à s'ouvrir en France ou en Italie en faveur d'un étranger, qu'on voudrait exclure par la considération que le mariage serait affecté de nullité.

On ne peut pas en réalité appliquer la loi territoriale pour attribuer la validité au mariage nul d'après la loi personnelle de l'étranger, parce que cela équivaldrait à reconnaître l'existence à ce qui n'existe pas. On ne pourrait pas, du reste méconnaître l'autorité du statut personnel ; mais bien que ce statut n'attribue pas d'effets civils au mariage putatif, en considérant que la loi territoriale, sous l'empire de laquelle nous supposons que la succession s'est ouverte, reconnaît, par respect des principes d'humanité et d'équité, des droits successifs au conjoint qui s'est marié de bonne foi, elle a le caractère de loi d'ordre public. Une telle loi, en effet, tend à assurer la vie de la famille et à protéger le droit de ceux qui la fondent dans cette intention. Il va de soi, que nous admettons l'application de la loi territoriale d'une façon limitée à cet effet, qui doit se produire sur le territoire, et que nous n'entendons pas dire que la loi terri-

motiver par l'erreur de l'individu qui s'est cru de bonne foi appartenir à un Etat donné la compétence du législateur de cet Etat à l'égard de cet individu, qui ne relève de lui à aucun titre, et que par conséquent il n'est tenu en aucune façon de garantir des conséquences de son erreur, quelle qu'elle soit. Par conséquent, la seule loi applicable en ce cas exceptionnel à l'individu, dont l'union a été annulée par suite du fait qu'il s'est trompé de bonne foi sur sa loi personnelle, doit être la loi de droit commun en matière de mariage d'étranger, c'est-à-dire la loi nationale du mari — (Note du traducteur Ch. A.).



toriale doit aussi servir à déterminer les droits successifs. Nous admettons au contraire, que ces droits doivent être régis par la loi étrangère, qui devrait être applicable au mariage s'il était valide. <sup>1</sup>

645. — En dehors de ces cas et des autres où les mêmes principes pourraient être appliqués, on devrait, à notre sens, décider d'après le statut personnel, si le mariage putatif devrait ou non produire certains effets. Or comme c'est d'après la loi appelée à régir la famille, qu'on doit décider s'il faut ou non admettre ce mariage, ce n'est pas par application de la loi personnelle de l'un ou de l'autre des contractants qu'on déterminera les effets du mariage putatif à l'égard de l'un et de l'autre. Au contraire, tout devra dépendre de la loi personnelle du mari, qui, devant régir la famille, devra aussi régir les conséquences qui peuvent résulter de l'existence de la famille et de l'annulation de cette même famille postérieurement à sa formation.

<sup>1</sup> Pour nous, nous ne pensons pas qu'on puisse en ce cas donné appliquer la loi territoriale à titre d'exception ; mais au contraire nous sommes d'avis qu'on doit appliquer le statut personnel de la famille, c'est-à-dire la loi nationale du mari. En effet, l'argument invoqué peut se résumer ainsi : la loi locale est plus équitable que la loi personnelle, parce qu'elle tient compte de la bonne foi, donc l'ordre public est intéressé à ce qu'elle soit appliquée de préférence, parce que les droits des enfants issus de l'union affectée du vice de nullité seront mieux assurés. En admettant ce raisonnement, il n'y aurait pour ainsi dire aucune loi locale qui ne pourrait être substituée à la loi personnelle ; car il n'y aurait pour ainsi dire pas de cas, où on ne pourrait soutenir que la loi locale étant plus équitable, devrait à ce titre être appliquée de préférence à la loi nationale de l'étranger. On aboutirait vite à revenir en arrière et à substituer la territorialité des lois, qui est l'exception, à la personnalité qui, d'après les tendances juridiques contemporaines, est la règle. Sous prétexte d'ordre public, le souverain territorial se ferait le redresseur des iniquités ou des injustices vraies ou prétendues consacrées par les lois étrangères. On verrait, en quelque sorte, le droit d'intervention admis en matière de droit international privé, et le statut personnel ne serait plus guère qu'une lettre morte, puisqu'il serait à la merci des idées juridiques prépondérantes dans chaque Etat étranger. — (Note du traducteur Ch. A.).



## CHAPITRE V

### DE LA SÉPARATION DE CORPS

646. Conception de la séparation de corps. — 647. Divergence des lois des différents États à cet égard. — 648. Questions qui peuvent naître quand l'instance est introduite par des conjoints étrangers. — 649. Un étranger peut demander la séparation de corps. — 650. Prépondérance du statut personnel. — 651. Question de la compétence du tribunal ; systèmes différents. — 652. Notre opinion. — 653. Le tribunal saisi de la demande peut toujours prononcer la séparation de fait. — 654. Conséquences ultérieures de la séparation déjà prononcée par un tribunal étranger. — 655. Loi d'après laquelle l'instance en séparation doit être jugée quant au fond. — 656. La procédure doit être régie par la loi territoriale. — 657. Effets de la séparation de corps.

**646.** — L'obligation de vivre en commun, qui est la conséquence du mariage, peut cesser quand, au cours de l'union conjugale, il vient à se produire certaines circonstances déterminées par la loi, qui sont considérées comme suffisantes pour dégager les époux de l'obligation de la cohabitation, et pour les autoriser à provoquer la sentence du magistrat compétent, qui leur permet de vivre séparés.

La séparation de corps ne rompt pas le lien du mariage ; mais laisse au contraire subsister tous les effets juridiques qui en dérivent, à l'exception de ceux qui sont la conséquence de la vie commune. Cette séparation ne peut résulter que d'une sentence du magistrat compétent. Dès lors, l'état des époux légalement séparés résulte de la sentence qui a prononcé la séparation, et ne doit pas se confondre avec celui, qui peut être la conséquence de l'accord, en vertu duquel ils sont convenus de vivre séparés l'un de l'autre, et

qui ne peut produire aucune modification de leur état personnel, pas plus en ce qui les concerne, qu'à l'égard des tiers.

647. — Les dispositions législatives en matière de séparation de corps varient suivant les pays. D'après certaines lois, la séparation n'est pas admise d'une façon permanente, parce qu'elle est considérée comme une source fréquente de désordres et de scandales. Il en est ainsi d'après la loi fédérale suisse, où elle n'est reconnue que comme mesure temporaire pour éviter le divorce, dans les cas où on peut réussir à l'éviter. Par conséquent, la loi genevoise du 5 avril 1876, destinée à régler l'application, pour le canton de Genève, de la loi fédérale du 24 décembre 1874, dispose ainsi : « Art. 125. — La séparation de corps « ne pourra être prononcée pour plus de deux ans. »

Il en est de même dans l'empire d'Allemagne où, d'après la loi du 6 février 1875, on considère la séparation de corps définitive comme incompatible avec les bonnes mœurs, et où on dispose (art. 77), que les personnes qui ont obtenu la séparation de corps définitive d'après les lois antérieures, pourront, lorsqu'elles ne seront pas réconciliées, provoquer la dissolution du mariage par le divorce.

D'après le code hollandais, la séparation de corps est admise. Toutefois, quand elle a duré cinq ans sans réconciliation, chacune des parties peut provoquer le divorce.

Dans d'autres États, nous trouvons le divorce et la séparation de corps définitive également reconnus. Il en est ainsi en Autriche, où le divorce est interdit quand l'un des époux est catholique. Il y a aussi des pays, dans lesquels la séparation de corps est admise seule, à l'exclusion du divorce. Il en est ainsi en Italie et en Espagne et dans les États de l'Amérique où prévaut la théorie du droit canon relative à l'indissolubilité du mariage. <sup>1</sup>

<sup>1</sup> En France, depuis la loi du 27 juillet 1881, qui a aboli la loi de 1816 qui défendait le divorce, la séparation de corps est admise concurremment avec le divorce. Quand la séparation a duré trois ans, l'un ou l'autre des

Nous trouvons également une notable diversité entre les lois des divers pays en ce qui concerne les causes de la séparation de corps. Ainsi, d'après le Code civil italien (art. 158), la séparation de corps peut avoir lieu par consentement mutuel des époux, sauf l'homologation du tribunal. Il en est de même en Autriche (art. 103 C. civ.). D'après d'autres lois, au contraire, on n'admet pas la séparation par consentement mutuel. Ainsi, d'après le Code civil français où, dans le titre primitif du divorce, on admettait cette dernière mesure pour consentement mutuel (art. 275 et suiv.), on interdit la séparation de corps de ce chef (art. 307). Dans le Code hollandais, on admet, outre la séparation pour cause déterminée, la séparation par consentement mutuel ; toutefois, la demande de ce chef ne peut être introduite qu'après deux ans de mariage.

648.— Cette diversité des législations peut naturellement donner lieu à un certain nombre de difficultés, quand les parties en cause sont des étrangers. On peut, en effet, se demander : 1° si on doit reconnaître le droit de demander la séparation de corps ; 2° si les tribunaux peuvent se déclarer compétents pour connaître de l'instance en séparation de corps entre étrangers résidant dans le pays ; 3° s'ils doivent appliquer la loi personnelle ou la loi territoriale, pour admettre la demande et pour régler les effets qui en dérivent.

649. — Le droit de provoquer la séparation de corps ne peut pas être contesté aux conjoints étrangers, parce que, lorsqu'il se produit des circonstances qui rendent la vie commune difficile, les mesures ordinaires pour faire cesser un état de choses aussi intolérable et pour régler les rapports juridiques des époux, ne peuvent pas leur être refusées, sur-

époux séparés peut se pourvoir par voie de requête devant le tribunal civil, qui peut la convertir en divorce. — (Note du traducteur Ch. A.).

tout si on admet que la justice doit être rendue impartialement, aussi bien aux étrangers qu'aux citoyens. A supposer qu'aux termes de la loi de l'État, il ne soit pas permis de prononcer la séparation définitive, mais une séparation pour un temps déterminé et à titre provisoire, ce ne saurait être là une raison suffisante pour rejeter la demande de deux conjoints étrangers, qui auraient introduit l'instance pour obtenir une sentence de séparation définitive d'après leur statut personnel. Comme nous le démontrerons plus loin, la question de savoir si la séparation de corps peut donner lieu au divorce doit être résolue d'après le statut personnel des époux, de même que toute autre question pouvant concerner la dissolution du lien conjugal. Il ne faut dès lors pas que le tribunal s'occupe du point de savoir si la séparation doit être définitive ou temporaire, parce que c'est là une des questions qui concernent les rapports de famille. De ce qu'un législateur a jugé contraire à la bonne organisation de la famille l'état de séparation de corps définitive, il ne s'en suit pas que cette loi, qui doit certainement avoir une autorité impérative à l'égard des personnes soumises aux prescriptions de ce législateur, doive l'avoir aussi à l'égard des étrangers, dont les rapports de famille doivent être régis par leur statut personnel, pour ce qui concerne la permanence et la dissolution du lien conjugal.

650. — La difficulté qui peut être avec raison soulevée, c'est celle de savoir si le tribunal saisi de l'instance doit être considéré comme compétent pour prononcer la séparation de corps entre étrangers, ou s'il doit au contraire se déclarer incompétent et renvoyer les parties devant le juge de leur pays ou de leur domicile. A part cette question, dont nous nous occuperons un peu plus bas, il ne nous semble pas que, lorsque la compétence peut être justifiée, on doive considérer comme une raison pour ne pas admettre l'action, que la séparation est définitive d'après le statut personnel, et qu'aux termes de la loi locale elle peut seulement être



temporaire, ou réciproquement. Nous devons répéter, que l'influence que peut exercer la séparation de corps à l'égard de la dissolution du mariage doit dépendre des principes, que nous exposerons ci-après en ce qui concerne le divorce; mais que ce qui est relatif à l'admission ou au rejet de l'instance en séparation, et au jugement de l'affaire doit être tout à fait indépendant de l'influence, que peut exercer la séparation de corps sur une instance ultérieure en divorce.

On ne peut incontestablement pas soutenir, que les conséquences ultérieures, qui peuvent résulter du jugement qui prononce la séparation de corps, puissent par elles-mêmes constituer une raison d'ordre public et d'intérêt social de nature à modifier les principes généraux à l'égard de la séparation de corps entre étrangers. Dès lors, nous ne trouvons pas bien fondé en droit l'arrêt de la Cour d'appel de Milan qui, dans l'affaire Nellinger, refusa de prononcer la séparation de corps sur la demande formée par une prussienne, parce qu'elle admit en principe l'incompétence dans les questions d'état entre étrangers, et en outre parce que d'après elle, l'ordre public aurait été atteint, si la séparation de corps avait été prononcée entre époux prussiens, puisqu'aux termes de la loi prussienne du 1<sup>er</sup> mars 1869, la séparation était un acheminement au divorce, qui est défendu d'après le droit italien. <sup>1</sup> Le législateur italien défend aux magistrats d'appliquer les lois étrangères, quand l'application de ces lois emporte une atteinte aux principes d'ordre public. Par conséquent, les tribunaux italiens ne peuvent pas, dans l'état actuel de notre législation, prononcer le divorce; mais ce serait exagérer la portée de la disposition de la loi italienne que de vouloir admettre que les tribunaux dussent considérer l'ordre public comme atteint, parce que les parties pourraient ultérieurement se prévaloir de la séparation de corps pour faire prononcer le divorce dans leur pays.

<sup>1</sup> 15 février 1876, Nellinger c. Stüve, *Monitore dei tribunali*, 1876, p. 318.

Il peut bien arriver, qu'un statut personnel attribue certains droits et produise certaines conséquences, qui ne sont pas admises d'après le droit public en vigueur dans l'État. Ce ne peut être toutefois un motif pour en conclure, que dans ces circonstances on ne doit pas permettre à un étranger d'invoquer sa loi personnelle, pour exercer ces droits qui porteraient atteinte au droit public en vigueur dans l'État. Dans l'espèce de la cour de Milan, la situation de fait était toute différente. L'instance tendait à faire prononcer la séparation de corps, et comme cette mesure est admise par le législateur italien, lorsqu'on ne pourrait pas combattre la compétence du tribunal par d'autres raisons que celle des conséquences que la sentence prononçant la séparation pourrait produire ultérieurement dans la patrie des époux, ce ne devrait pas être là un motif suffisant pour motiver le rejet de la demande.

Nous ne pensons pas, pour les mêmes motifs, qu'on puisse admettre la doctrine du tribunal fédéral suisse dans l'affaire des époux Sarruges. <sup>1</sup> Il admit que les tribunaux genevois n'avaient pas le droit de prononcer la séparation de corps d'époux français, parce qu'aux termes du Code civil la séparation est définitive, tandis qu'aux termes de la loi suisse, elle ne peut être que temporaire et prononcée pour plus de deux ans. Le droit public suisse n'était nullement atteint, par le fait que la séparation entre époux français aurait été réglée autrement par la loi française que par la loi suisse, et aurait été temporaire au lieu d'être définitive.

651. — La question la plus grave au sujet de l'instance en séparation de corps entre étrangers est celle relative à la compétence du tribunal. Les auteurs et la jurisprudence sont très divisés sur cette matière. D'après les uns, on doit alors appliquer les mêmes règles qu'en ce qui concerne toute autre contestation de droit privé entre étrangers, et comme

<sup>1</sup> 18 octobre 1878, *Journ. des trib.* de Lausanne, 1878, p. 733.

la soumission volontaire des parties à un tribunal peut attribuer à ce tribunal la compétence en cas d'incompétence relative, les tribunaux sont compétents, quand les époux étrangers sont d'accord pour les saisir de leur demande en séparation. <sup>1</sup>

D'autres, au contraire, nient absolument la compétence des tribunaux, et sont d'avis, que toutes les questions relatives au mariage, à la séparation de corps et à la dissolution du lien conjugal doivent être décidées par les tribunaux de la patrie. L'argument principal invoqué par eux, c'est que, les questions d'état personnel modifiant la condition juridique des personnes et celle-ci devant dépendre du statut personnel, les mêmes principes, dont résulte la prépondérance du législateur, doivent établir celle de la compétence judiciaire. Par conséquent, on doit considérer comme le juge naturel en cette matière, celui du pays dont la loi est appliquée.

Les partisans de ce système soutiennent dès lors que, lorsqu'un tribunal est appelé à connaître par voie principale de difficultés relatives à des familles étrangères, il doit se déclarer incompétent et accueillir toujours l'exception d'incompétence proposée *in limine litis* par le défendeur. <sup>2</sup>

Dans un troisième système, on n'admet pas d'une façon absolue dans tous les cas la compétence des tribunaux saisis d'une demande en séparation de corps entre étrangers ;

<sup>1</sup> Compar. Rouen, 12 mai 1874, Clunet, *Journal*, 1875, p. 356 ; Alger, 24 juillet 1882, *id.*, 1884, p. 191 ; Nancy, 16 mars 1878, *Journal du Palais*, 1878, p. 842 ; Ricci, *Commentario al codice civile italiano*, T. I, § 229 ; Saredo, *Ist. di procedura civile*, no 282 ; Gianzana, *Lo straniero nel diritto civile italiano*, § 210 ; Gentet, *Questions d'état et de capacité*, p. 33.

<sup>2</sup> Pisanelli, *Commentario al codice sardo*, T. I, p. 539 ; Gargiulo, *Procedura civile*, T. I, p. 424 ; Fœlix, *Droit intern. privé*, § 133 ; Bard, *Droit intern.*, § 207 et suiv. : Cour de cass. de Turin, 13 juin 1874, *Giurisprudenza italiana*, XXVI, I, 614 ; Milan, 17 février 1876, *Monitore*, 1876, 318 ; Paris, 23 juin 1859, *Journal du Palais*, 1860, p. 86 ; Trib. civ. de la Seine, 27 avril 1875 ; Clunet, *Journal*, 1876, p. 362 ; Amiens, 24 août 1880, *id.*, 1882, p. 313.

mais on décide que le tribunal doit juger l'affaire, toutes les fois, qu'en raison des circonstances, son refus de juger pourrait être considéré comme un déni de justice. <sup>1</sup>

Les tribunaux français ont admis que lorsque le défendeur est domicilié en France, le juge doit se déclarer compétent, même lorsqu'on propose l'exception d'incompétence *in limine litis*. <sup>2</sup>

652. — Ce n'est pas ici le lieu de discuter à fond cette controverse. Il nous semble que la soumission volontaire des parties ne saurait légitimer la juridiction d'un tribunal étranger, comme elle la légitimerait dans tout autre cas d'incompétence relative. Nous dirons, en outre, que ce ne sont pas des raisons très sérieuses que celles, à l'aide desquelles on essaie de démontrer que la préférence de la compétence législative doit influencer pour établir la compétence judiciaire dans les questions relatives aux rapports de famille. En effet, étant donné qu'il n'existe encore aucun accord relatif aux règles de la juridiction internationale, le tribunal saisi de la demande ne devrait pas, sans des raisons très sérieuses, retenir l'affaire et prononcer un jugement au fond, qui pourrait ensuite être déclaré inefficace dans le pays des époux étranger, s'il existait dans ce pays des règles différentes à l'égard de la compétence du tribunal étranger. <sup>3</sup> Nous pen-

<sup>1</sup> Compar. Pescatore, dans *Giornale delli Leggi*, 1874, p. 313 et 321; Filomusi-Guelfi, note sous l'arrêt de la Cour de Lucques, du 28 juin 1877, dans le *Foro italiano*, 2<sup>e</sup> partie, p. 1190; Lesenne, dans la *Recue pratique de Droit français, De la séparation de corps entre époux étrangers en France*, T. XXIII, p. 505.

<sup>2</sup> Voir en ce sens, Trib. civ. de Marseille, 23 avril 1875, Klotz c. Klotz; Clunet, *Journal*, 1876, p. 185.

<sup>3</sup> Le nouveau Code de procédure civile de l'empire d'Allemagne du 30 juin 1877 considère en principe le domicile comme la base de la compétence à l'égard des difficultés relatives à la vie matrimoniale, ou qui ont pour objet la dissolution, l'invalidation ou la nullité du mariage. L'art. 568, n<sup>o</sup> 1, dispose, qu'est exclusivement compétent le tribunal auquel le mari est soumis par son statut de juridiction générale. Il est clair que, s'il s'agissait de deux conjoints appartenant à l'empire d'Allemagne, il



sons néanmoins, qu'il peut exister des cas, dans lesquels le tribunal doit statuer sur l'instance en séparation de corps introduite par des étrangers, et dans lesquels son refus de le faire équivaldrait à un véritable déni de justice.

Lorsque la demande de séparation est motivée par des faits qui se sont produits dans le pays étranger, on doit considérer comme indispensable pour la protection du droit des personnes, que le tribunal statue sur l'instance, par la considération que les éléments de fait, sur lesquels le jugement doit être basé, ne peuvent mieux être établis que dans la localité où les faits se sont produits. On doit également admettre la compétence, quand les époux étrangers ont leur domicile ou leur résidence dans l'État, pour ne pas les exposer au danger de ne pas trouver facilement une juridiction qui leur rende justice, et de la chercher à une distance considérable, de façon à retarder d'une façon très préjudiciable l'administration de la justice.

653. — Quelle que soit, du reste, la règle qu'un tribunal admettrait à l'égard de sa compétence pour prononcer la séparation de corps, il est certain que lorsqu'il est saisi de la demande, il ne peut se dispenser de l'accueillir pour ordonner les mesures que nécessitent les circonstances. Ainsi, il pourrait, par exemple, autoriser la séparation de fait ; assurer au conjoint qui en a besoin les ressources nécessaires pour sa subsistance, pourvoir à la garde des enfants.

Du reste, à cet égard, l'accord existe entre tous les auteurs et la jurisprudence est conforme à la doctrine. <sup>1</sup>

faudrait tenir compte de la loi de ce pays, et considérant qu'elle établit une juridiction spéciale pour les questions relatives aux rapports de famille, le tribunal saisi de la demande devrait se limiter à ordonner les mesures urgentes et renvoyer les conjoints devant la juridiction compétente, d'après leur statut personnel.

<sup>1</sup> Metz, 26 juillet 1865, *Journal du Palais*, 1866, p. 922 ; trib. civ. de la Seine, 23 janvier 1883, Clunet, *Journal*, 1883, p. 292 et les renvois sous ce jugement.

654. — Lorsque la séparation de corps aurait été prononcée par un tribunal étranger compétent et que les conjoints étrangers séparés, se trouvant dans un autre État, s'adresseraient aux magistrats de cet État, pour faire régler certaines conséquences résultant de la séparation, telles que, par exemple, le droit de pourvoir à l'éducation des enfants ou de faire prononcer la séparation de biens, il nous semble que ces magistrats ne devraient pas, en principe, se déclarer compétents pour se prononcer sur de telles questions. On peut seulement admettre qu'en ce qui concerne les enfants, ils pourraient ordonner certaines mesures provisoires suivant les circonstances.

Nous pouvons admettre que, dans le cas d'une demande en séparation de corps intentée d'après la loi régulatrice des rapports de famille, le tribunal étranger pourrait, non seulement prononcer cette séparation de corps, mais encore ordonner celle de biens, en conformité de la loi personnelle des époux. Si, au contraire, la demande en séparation de biens concernant des époux étrangers, qui ne seraient pas domiciliés dans l'État, était introduite par voie principale, il ne nous semble pas que le tribunal étranger serait fondé à connaître de l'affaire.

655. — Il nous reste maintenant à déterminer la loi, d'après laquelle le tribunal saisi doit statuer sur la séparation de corps.

Comme, en principe, on doit admettre que la séparation, en tant qu'elle constitue un changement d'état, doit être régie par le statut personnel, le tribunal devra appliquer la loi étrangère appelée à régler les rapports de famille. Par conséquent, lorsqu'aux termes de l'état personnel de deux époux étrangers, il ne pourrait être prononcé de séparation de corps, mais qu'il y aurait lieu uniquement de déclarer le divorce, et que, d'après la loi du pays où l'instance serait introduite, le divorce ne serait pas admis ; le tribunal qui se serait déclaré compétent pour connaître de la de-

mande ne devrait pas prononcer la séparation de corps conformément à la loi territoriale. En effet, les époux étrangers ne pouvant pas, relativement à leurs rapports de famille, être régis par la *lex fori*, l'application de la loi territoriale ne saurait se justifier à aucun point de vue.

La Cour de Rouen dans son instance concernant deux époux suisses, se déclara non seulement compétente pour statuer sur la demande en séparation de corps, mais encore jugea par application de la loi française.<sup>1</sup> Cet arrêt fut confirmé par la Cour de cassation le 1<sup>er</sup> juillet 1878. Toutefois, laissant de côté la question de compétence, nous pensons, que cette question concernant les rapports de familles de deux époux suisses devait être résolue d'après leur loi personnelle. Comme, d'une part, aux termes de cette loi, il y avait lieu de prononcer le divorce et non la séparation de corps, et que, d'après la loi alors en vigueur en France le divorce ne pouvait être prononcé dans ce pays, le tribunal, en se déclarant compétent, pouvait sans doute prononcer une séparation de fait, s'il l'avait jugée nécessaire, mais nullement appliquer la loi territoriale, pour établir une condition personnelle, qui n'était pas admise par la loi personnelle des époux étrangers. Nous croyons dès lors devoir poser comme règle, que les motifs d'ordre public peuvent avoir pour résultat de soumettre les époux étrangers qui demeurent dans un pays à la loi de ce pays pour légitimer une séparation de fait, quand elle devient nécessaire pour sauvegarder les bonnes mœurs ; mais que pour prononcer une séparation définitive emportant une modification de l'État personnel, il faut se conformer au statut personnel.

Nous pouvons admettre, par application des principes que nous avons posés, qu'un tribunal italien, aurait le pouvoir d'autoriser la séparation de fait de deux époux étrangers,

<sup>1</sup> Rouen 12 mai 1874 (Beuveguen c. Beuveguen) ; Voir l'article de Lehr, *Des demandes de séparation de corps entre étrangers*, dans le *Journal du droit international privé*, 1878, p. 247.

même lorsqu'aux termes de leur loi personnelle l'institution de la séparation ne serait pas admise. On devrait décider de même dans l'hypothèse d'un mari étranger qui voudrait cohabiter en Italie avec sa femme et avec sa concubine, et qui userait envers sa femme de menaces, de sévices ou d'excès d'une nature quelconque. Au contraire, deux époux étrangers appartenant à un pays, dont la loi admettrait la séparation de corps, mais non pour le seul motif du consentement mutuel, ne pourraient pas se présenter devant un tribunal italien pour faire homologuer la séparation consensuelle d'après l'article 158 du Code civil italien, parce que cette séparation n'étant pas admise d'après le statut personnel de ces époux, ne pourrait pas l'être en vertu de la loi territoriale. Pour la même raison, deux époux italiens résidant en Autriche ne pourraient pas fonder une demande en séparation sur les causes énumérées dans le Code civil autrichien ; mais se borner à invoquer celles qui sont seulement reconnues par la loi italienne.

656. — La loi territoriale doit être appliquée en cette matière pour tout ce qui concerne la procédure requise pour prononcer la sentence de séparation, et aussi pour ce qui concerne les conditions, auxquelles peut être soumise l'admission de la demande. Ainsi, comme aux termes des articles 104 et 105 du Code civil autrichien, il est disposé, que la demande en séparation ne peut pas être introduite, sans que les époux présentent un certificat d'un ministre de leur religion, qui atteste, qu'à trois reprises différentes, il a tenté de les réconcilier, ce certificat devrait être nécessaire même pour les étrangers, parce qu'il est imposé par les lois de procédure de ce pays.

657. — Pour ce qui concerne les effets de la séparation, il est à noter qu'en principe ils doivent être régis par la loi, qui règle la séparation en tant que modification de l'état



personnel. Comme la séparation ne rompt pas le lien conjugal, mais modifie seulement la condition des époux, il est naturel que les effets de cette mesure doivent dépendre de la loi régulatrice des rapports de famille. Nous avons déjà dit, comment la question de savoir si la femme séparée peut se faire naturaliser sans le consentement du mari doit être résolue d'après le statut personnel. <sup>1</sup> Nous ajouterons, qu'en règle générale, la capacité de s'obliger de la part de la femme légalement séparée devra toujours dépendre de la loi régulatrice des rapports de famille. Par conséquent, si la femme légalement séparée, bien que séparée de biens, avait besoin de l'autorisation de son mari pour s'obliger valablement d'après le statut personnel de la famille, il faudrait observer cette disposition. Cette règle devrait être admise, même dans le système, suivant lequel les rapports de famille doivent être régis d'après la loi du domicile. On ne saurait en effet, dans ce système, soutenir que la femme mariée pouvant avoir un domicile distinct de celui du mari, sa capacité devrait être régie par la loi du pays où elle aurait fixé ce domicile. En effet, quoique légalement séparée, elle continuerait à être enchaînée par le lien conjugal, et par conséquent les droits et les devoirs réciproques, qui sont la conséquence de ce lien, continueraient à exister, et la capacité de s'obliger devrait dépendre de la loi du domicile conjugal, qui continuerait à être la loi régulatrice du rapport de la famille toujours existante, et non pas de la loi du domicile personnel, que la femme se serait librement choisi.

On devra appliquer le même principe à l'égard des conséquences de la séparation de corps relatives aux biens, et par conséquent non seulement pour décider si la séparation de corps doit entraîner de droit la séparation de biens, mais aussi pour déterminer les droits respectifs des époux sur leurs biens, suivant qu'ils se sont mariés sous le régime de

<sup>1</sup> Voir T. I, § 373.

la communauté ou sous le régime dotal. Toutes ces questions doivent être résolues non d'après la *lex fori*, mais d'après le statut originaire de la famille. <sup>1</sup>

<sup>1</sup> La Cour de Messine se déclara compétente, non seulement pour prononcer la séparation de corps de deux époux étrangers à la suite de leur consentement mutuel, mais aussi pour prononcer la séparation de biens aux termes de la *lex fori*, bien que d'après le statut personnel la femme séparée de biens n'eût pas droit à la restitution de sa dot (4 mai 1869 (Maurocordato) *Annali di giurisprudenza*, 1870, 2, 509). Cette décision ne nous paraît pas fondée en droit.

Voir pour les conséquences de la séparation à l'égard des biens : Laurent, *Droit civil international, Le régime matrimonial*, T. V; Metz, 26 juillet 1855, et Cass. française, 7 mars 1870.

---

## CHAPITRE VI

### DU DIVORCE.

658. L'idée de l'indissolubilité du mariage diffère dans les divers systèmes législatifs. — 659. Lois en vigueur ; en Autriche. — 660. En France. — 661. En Allemagne. — 662. En Suisse. — 663. En Danemark, en Suède et en Norvège. — 664. En Turquie. — 665. En Belgique. — 666. En Angleterre. — 667. Aux Etats-Unis d'Amérique. — 668. Les principes relatifs à la compétence du tribunal différent aussi. — 669. Résumé des divers systèmes relatifs à la compétence. — 670. Inconvénients qui en résultent ; mesures proposées pour y remédier. — 671. Observations sur le fondement de la compétence. — 672. Discussions sur la loi, d'après laquelle la demande en divorce doit être jugée au fond. — 673. La loi sur le divorce fait partie des lois d'ordre public. — 674. Le droit de divorcer ne peut être considéré comme un droit privé personnel. — 675. Il ne nous paraît pas exact d'attribuer à la loi, sur le divorce le caractère de loi de police et de loi pénale. — 676. Le divorce doit être considéré comme étant en rapport direct avec le droit de famille et doit être régi par les mêmes principes que les rapports de famille. — 677. En Allemagne prévaut la théorie, d'après laquelle on admet la prépondérance de la *lex fori* — 678. En France, on avait attribué à la loi sur le divorce le caractère de statut réel. — 679. En Grande-Bretagne, on a admis une doctrine qui manque d'uniformité. — 680. La jurisprudence des tribunaux écossais est conforme au système, d'après lequel le divorce a le caractère de statut réel. — 681. En Angleterre, la jurisprudence la plus récente lui reconnaît le caractère de statut personnel et admet la prépondérance de la loi du domicile conjugal. — 682. Théorie admise par les tribunaux américains. — 683. L'existence et la dissolution du lien conjugal doit dépendre du statut personnel. — 684. A quel point de vue doit-on admettre la prépondérance de la loi territoriale. — 685. Résumé de notre doctrine. — 686. Observations critiques sur l'arrêt de la cour de Bruxelles du 14 mai 1881. — 687. Les principes établis par la jurisprudence des tribunaux ne font pas partie du statut personnel. — 688. Un étranger peut-il invoquer son propre statut personnel pour divorcer dans un pays où le divorce est défendu par la loi. — 689. Comment l'instance en divorce peut porter atteinte à l'ordre public. — 690. Les conventions des parties pour modifier la loi sur le divorce doivent être réputées sans effet. — 691. Instance en divorce introduite par un naturalisé et fondée sur des faits anté-

rieurs à la naturalisation. — 692. Difficulté en cas de naturalisation du mari, dans l'hypothèse où la femme ayant conservé sa qualité de citoyen première, le divorce ne peut avoir lieu d'après sa loi personnelle à elle. — 693. Quand la naturalisation peut-elle être attaquée comme frauduleuse et doit-on réputer sans effet dans la patrie le divorce d'un individu naturalisé à l'étranger. — 694. Loi qui doit régler la procédure et la preuve des faits. — 695. Effets du jugement de divorce. — 696. Discussion relative au nouveau mariage de l'époux divorcé. — 697. Notre opinion que l'individu divorcé peut se marier est admissible même en droit italien. — 698. Cas dans lesquels l'ordre public peut être considéré comme atteint, si on accorde au divorcé le droit de se remarier. — 699. Restrictions d'après la loi personnelle et d'après la loi territoriale à l'égard du mariage du divorcé. — 700. Décision de la congrégation de la sainte inquisition relative aux effets du divorce.

658.—Les dispositions des lois relatives à l'indissolubilité du lien conjugal sont essentiellement différentes. Dans certains États, prévaut la théorie consacrée par le droit canon, d'après laquelle on admet l'indissolubilité du mariage jusqu'à la mort de l'un des conjoints. Dans d'autres, au contraire, le divorce est considéré comme un moyen légitime pour dissoudre le mariage, lorsqu'il a été prononcé par sentence du tribunal compétent. Il ne nous appartient pas de discuter, si le divorce doit être regardé comme conforme aux fins morales, qui doivent servir de base à la famille, et si on doit la considérer comme utile pour la meilleure organisation de cette même famille, parce que cela nous entraînerait hors du champ de nos études. Il nous suffit de constater, qu'il y a des lois qui permettent le divorce pour des motifs graves d'ordre public, et d'autres qui, pour des raisons fondées sur les mêmes données, mais autrement appréciées, le prohibent absolument. Cette diversité des législations donne naturellement naissance à la grave question de savoir, si le mariage de deux étrangers peut être dissous par le divorce.

Il faut en outre considérer, que les lois mêmes des États qui le permettent diffèrent notablement, tant à l'égard des motifs qui peuvent le motiver, qu'à l'égard du magistrat compétent pour le prononcer.



659. — En Autriche, la législation relative au divorce a un caractère tout spécial. En effet, le divorce y est défendu entre époux catholiques. Il l'est également, quand un des conjoints seulement professait la religion catholique à l'époque du mariage (art. 111 C. civ.).<sup>1</sup> Au contraire, il est permis aux non catholiques (art. 115). Les causes légales n'en sont pas les mêmes pour toutes les confessions religieuses, et il est fait une distinction entre les non catholiques et les israélites. A l'égard des premiers, le divorce peut avoir lieu par consentement mutuel ; il suffit en effet d'une aversion mutuelle, en raison de laquelle les deux époux demandent la dissolution du mariage. Les causes déterminées sont : 1° l'adultère de l'un des époux, 2° la peine de la condamnation à cinq ans d'emprisonnement au moins, 3° l'abandon malicieux, 4° les embûches périlleuses pour la vie ou la santé, 5° les mauvais traitements graves et répétés. Pour les Israélites, le divorce peut avoir lieu : 1° par consentement mutuel, et au moyen du libelle de répudiation donné par le mari à la femme (art. 133 et 134) ; 2° quand il est établi que la femme a commis un adultère (art. 135). Cette diversité de dispositions législatives donne lieu à de graves controverses même en pur droit autrichien.<sup>2</sup>

660. — En France, le titre originaire relatif au divorce qui était contenu dans le Code civil, admettait le divorce par consentement mutuel. L'article 233 disposait en effet de la façon suivante : « Le consentement mutuel et persévérant  
« des époux exprimé de la manière prescrite par la loi, sous

<sup>1</sup> En vertu de cette disposition, le mariage n'est pas possible entre deux conjoints, dont l'un qui était catholique au moment du mariage, s'est converti au protestantisme ou à une autre confession religieuse. Un projet pour modifier cette disposition du Code civil, en admettant qu'on devrait considérer la religion des époux au moment de la demande en divorce, fut voté par la Chambre des députés en 1876, mais repoussé par celle des seigneurs en 1877, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1877, p. 210 et *Annuaire* 1877.

<sup>2</sup> Voir à ce sujet l'article de M. Lyon-Caen dans le *Journal de Droit International privé*, 1880, p. 268 et suiv.

« les conditions et après les épreuves qu'elles détermine, « prouvera suffisamment que la vie commune leur est insupportable, et qu'il existe par rapport à eux une cause péremptoire de divorce ». Les autres causes prévues dans ce code étaient l'adultère de la femme, l'adultère du mari alors qu'il entretenait sa concubine dans la maison commune, <sup>1</sup> les excès, les sévices ou injures graves d'un conjoint contre l'autre, et la condamnation à une peine infamante. En 1816, les tendances réactionnaires inspirées par des sentiments à la fois politique et religieux ayant prévalu dans le Parlement français, dictèrent entre autres réformes apportées à la législature l'abolition du divorce, en vertu de la loi du 6 mars 1816. <sup>2</sup> Dans ces dernières années, les tentatives pour remettre en vigueur le divorce, après avoir d'abord échoué, finalement aboutirent, et les vives discussions sur l'indissolubilité du mariage furent résolues par la loi du 27 juillet 1884, qui remit en vigueur le titre du divorce du Code civil, en apportant à ces dispositions différentes modifications sur des points secondaires, et la modification essentielle qui exclut le divorce par consentement mutuel. <sup>3</sup>

661. — Le divorce est admis dans tous les États de l'empire d'Allemagne. En effet, la loi du 6 février 1875, qui règle l'état des personnes et la célébration du mariage dans tout l'empire, dispose de la façon suivante : « Art. 77. —

<sup>1</sup> Aux termes de la loi de 1884, il n'est plus nécessaire que le mari ait entretenu sa concubine au domicile conjugal : il est à ce point de vue mis sur le même pied que la femme. — (Note du traducteur Ch. A.).

<sup>2</sup> La proposition pour l'abolition du divorce fut faite par de Bonald. Voir les actes du Parlement et le rapport de M. de Lamoignon à la Chambre des pairs (séance du 25 avril 1816) reproduits dans la *France Judiciaire*, T. VIII, p. 274; Glasson, *Le divorce dans le droit français*, (id., T. XI, p. 361) et l'ouvrage du même auteur, *Le mariage civil et le divorce*; de Bonald, *Du divorce*.

<sup>3</sup> Voir le texte de la loi, les études et les notes de M. Challames dans l'*Annuaire de Législation comparée*, 1885, et Constant, *Le rétablissement du divorce en France*, dans *La France Judiciaire*, T. VIII, p. 433-447, 465, 497.

« Quand d'après le droit actuel, on devrait prononcer la séparation de corps définitive, pour l'avenir on prononcera le divorce.... Si antérieurement à la date du jour où a été mise en vigueur la présente loi, la séparation de corps a été prononcée, et que la réunion des conjoints séparés n'ait pas encore eu lieu, chacun d'eux peut, en vertu de la sentence rendue, demander la dissolution du mariage en suivant la procédure ordinaire pour le divorce. »

Les causes du divorce varient d'après les législations des divers États de l'Empire. D'après le Code Prussien de 1794, le divorce peut être demandé pour onze causes. Parmi ces causes, on peut mentionner le refus constant du devoir conjugal, l'impuissance totale et incurable survenue depuis le mariage, la vie désordonnée et prodigue d'un des époux, le changement de religion, l'aversion invincible. On y admet aussi le divorce par consentement mutuel, quand il n'existe pas d'enfants.

662. — En Suisse, d'après la loi fédérale sur les actes de l'état civil et sur le mariage du 24 décembre 1874, si le divorce est demandé par les deux parties, le tribunal est tenu de le prononcer, quand il résulte de l'état de fait, que leur vie commune ultérieure est incompatible avec l'essence du mariage (art. 45). Quand la demande émane d'un seul des conjoints, le divorce doit être prononcé pour adultère, s'il ne s'est pas écoulé plus de six mois depuis que la partie offensée en a eu connaissance, pour embûches à la vie, pour mauvais traitements, pour injures graves, pour condamnation à une peine infamante, pour abandon frauduleux, si cet abandon dure déjà depuis deux ans, et si l'intimation judiciaire de retourner au domicile conjugale dans les six mois est restée sans effet, pour aliénation mentale qui dure déjà depuis 3 ans et qui a été déclarée incurable (art. 45). Même lorsqu'il n'existe aucune de ces causes, le divorce peut être prononcé, quand les liens matrimoniaux sont profondément ébranlés.

Le divorce est admis dans tous les autres États de l'Europe, à l'exception de l'Italie, de l'Espagne et du Portugal. En Russie, cette matière est réglée par le Code civil du 31 janvier 1833, articles 29 et suivants. On y défend le divorce pour consentement mutuel (art. 38).

**663.** — En Danemark, aux termes du code civil de 1836, le divorce est admis pour diverses causes, et notamment par consentement mutuel des époux, qui auparavant ont obtenu l'autorisation de vivre séparés et qui restent ainsi pendant 3 ans.

En Hollande, d'après le Code civil de 1836, on admet le divorce pour les causes prévues dans le Code civil français, sauf en ce qui concerne le consentement mutuel.

En Norvège, le divorce est reconnu d'après le code de 1867. Il peut être prononcé pour les mêmes causes tant à l'égard du mari, qu'à l'égard de la femme, et notamment pour adultère de l'un ou de l'autre. Le divorce peut aussi être prononcé pour cause de consentement mutuel des époux avec l'autorisation du roi. Ceux-ci doivent d'abord demander aux autorités civiles la permission de vivre séparés; si après 3 ans à partir de cette permission, ils persistent dans leur détermination de divorcer, la dissolution définitive du mariage doit être accordée par le roi (art. 66, 67, et 68). Il est à noter, que lorsque le divorce est accordé par le roi, chacun des époux a besoin d'une autorisation spéciale pour contracter un autre mariage.

En Suède, d'après le Code civil de 1734, le divorce est également admis. Le roi, comme chef suprême de l'église luthérienne, a le droit, sur la demande d'une partie, d'autoriser la dissolution du mariage pour certaines causes déterminées. Les causes ont été énumérées dans la loi du 27 avril 1810. Une d'elles est l'ivrognerie incorrigible. Il est de même de la violence du caractère et de la divergence d'opinions, qui constitue une incompatibilité de tempéraments, et qui est devenue grave à raison de ce qu'elle s'est mani-



festée dans des occasions continuelles, de manière à constituer une aversion réciproque. Le divorce peut être obtenu à la suite de l'instance suivie devant le tribunal compétent et de la requête faite au roi comme chef suprême de l'Eglise de l'Etat.

664. — En Turquie, le mariage peut être dissous par le divorce et par la répudiation. Le divorce peut avoir lieu en payant à la femme une somme d'argent à titre de compensation, et d'après le statut personnel, le mari peut judiciairement se séparer de sa femme, en lui versant une somme supérieure à la dot qui a été constituée par lui. Le lien conjugal peut être encore rompu par le mari sans nécessité d'aucun acte judiciaire, moyennant le libelle de répudiation définitif, c'est-à-dire répété à trois reprises (art. 278).

665. — En Belgique, le divorce est régi par les dispositions du Code civil français, tel qu'il existait avant 1816.

666. — En Angleterre, le mariage peut être dissous par le divorce en cas d'adultère du mari, quand il s'agit à l'égard de celui-ci d'adultère incestueux, c'est-à-dire commis par le mari avec une femme, avec laquelle, à raison d'un empêchement de parenté ou d'alliance, il n'aurait pas pu contracter mariage si sa femme était morte, ou d'adultère accompagné de bigamie, de rapt, de sodomie ou de vices bestiaux, ou accompagné de sévices envers la femme, sévices à raison desquels, même en l'absence de l'adultère, elle aurait eu le droit à la séparation *a mensa et toro*, ou d'adultère accompagné d'abandon de la femme sans motif raisonnable pendant deux ans ou plus (art. 27, statut 20-21. Victoria, chap. 85, *Divorce act*, 1857).

667. — Aux Etats-Unis d'Amérique, le divorce est généralement admis, sauf dans les Etats où le mariage est encore régi par le droit canon. On trouve dans la législation

des divers Etats qui composent l'Union certaines diversités à l'égard des causes de divorce.

668. — Outre la diversité notable des législations en ce qui concerne les causes du divorce, une autre non moins grave est celle qui existe dans le droit et la jurisprudence des divers pays à l'égard du tribunal compétent pour le prononcer, quand la demande émane d'un conjoint étranger.

La loi fédérale suisse de 1874 dispose de la façon suivante : « Art. 56. — Quant aux mariages entre étrangers, aucune action en divorce ou en nullité ne peut être admise par les tribunaux, s'il n'est pas établi que l'Etat dont les époux sont ressortissants reconnaîtra le jugement qui sera prononcé. » L'application de cette disposition a donné lieu à de nombreuses difficultés. Comme il est, en effet, requis que les conjoints présentent une déclaration des autorités de l'Etat auquel ils appartiennent, afin de constater que la sentence qui serait prononcée par le tribunal suisse devrait être reconnue dans leur pays, cette déclaration ne pouvant être délivrée avant que la sentence n'ait été prononcée, il est en fait impossible de remplir la condition requise par l'article précité.<sup>1</sup>

En Angleterre, après la promulgation du statut 20-21 Victoria, chap. 85, *Divorce and matrimonial causes Act* de 1857, aux termes duquel on a attribué à la haute Cour de justice le droit de prononcer le divorce (*Probate and divorce division*), différentes discussions se sont élevées au sujet de la compétence de cette Cour à l'égard des étrangers, et on a admis cette compétence à l'égard de tous ceux qui avaient la demeure ou la résidence matrimoniale (*Matrimonial home or residence*) dans la juridiction de la Cour, bien qu'ils fussent domiciliés à l'étranger. Cette décision a été basée sur l'interprétation de l'article 27 du statut précité, qui dispose de

<sup>1</sup> Voir Barilliet, *Du divorce des époux étrangers en Suisse*, *Journal du droit international privé*, 1880, p. 317 et Lehr, *id.*, p. 464.

la façon suivante : « Il est permis à *tout mari* d'introduire  
 « devant la Cour l'instance pour la dissolution du mariage,  
 « fondée sur l'adultère de la femme depuis la célébration  
 « du mariage; il est pareillement permis à *toute femme* de  
 « faire la demande pour la dissolution du mariage pour les  
 « motifs indiqués dans l'article 27. » La Cour anglaise a in-  
 terprété cette disposition *tout mari, toute femme*, en ce sens  
 que toute personne, quel que fût le pays auquel elle appartena-  
 it, même non domiciliée en Angleterre, devrait être con-  
 sidérée comme autorisée à demander la dissolution de son  
 mariage. <sup>1</sup>

En Allemagne, aux termes de l'article 568 § 2 du Code de  
 procédure allemand : « L'instance en dissolution du mariage  
 « dirigée contre le mari de la femme abandonnée par lui,  
 « et qui est domiciliée à l'étranger, peut être intentée de-  
 « vant le tribunal du pays, où le mari avait son dernier do-  
 « micile en Allemagne, à supposer qu'il fût citoyen d'un  
 « Etat de l'Allemagne, au moment où s'est produit le fait,  
 « à raison duquel l'instance a été intentée. »

Aux Etats-Unis d'Amérique, prévaut généralement la rè-  
 gle, que toute personne établie dans la juridiction du tri-  
 bunal peut introduire l'instance en divorce. D'après les lois  
 de certains Etats, on exige la résidence pendant un temps  
 donné. Ainsi d'après celle du Massachusetts, on exige que  
 le demandeur soit établi dans le pays depuis trois ans. D'a-  
 près la loi antérieure, on exigeait une résidence de cinq ans,  
 et on déclarait inadmissible l'instance d'une personne qui  
 s'était établie dans l'Etat pour divorcer.

669. — Nous croyons inutile d'exposer en détail les  
 graves discussions qui ont eu lieu devant les tribunaux des  
 divers pays à l'égard de la compétence relative au divorce  
 entre étrangers. Nous dirons seulement que les règles éta-

<sup>1</sup> Voir les longues discussions à cet égard dans l'affaire *Niboyet c. Ni-  
 boyet*, 16 et 19 juillet, 8 novembre 1878; *Law, Times Report*, N. S., T.  
 XXXIX, p. 172 et suiv., p. 486 et suiv.

blies sont diverses et contradictoires, et que cette extrême diversité rend évidente la nécessité d'un accord entre tous les Etats, pour l'établissement d'un droit commun en cette matière. On ferait ainsi cesser un état de choses qui produit la plus grave perturbation dans l'organisation de la famille, qui en souffre, en raison de la grande incertitude et de l'opposition des principes relatifs à la compétence des tribunaux, qui doivent juger et décider les questions concernant la dissolution du lien conjugal. Pour bien s'en convaincre, il suffit de résumer les règles contradictoires qui prévalent dans les divers pays.

Dans certains Etats on admet, en effet, que le lieu de la célébration du mariage peut servir de base à la compétence en matière de divorce. On admet ainsi une juridiction basée sur les circonstances du contrat conclu dans un lieu donné, comme si le mariage pouvait être assimilé à un contrat ordinaire.

Ailleurs, le domicile conjugal, c'est-à-dire celui établi par le mari à l'époque du mariage, est considéré comme décisif pour déterminer la juridiction. Dans d'autres pays, on considère comme suffisant dans ce but le domicile actuel du demandeur au moment où il introduit l'instance. Parfois même, la simple résidence suffit. Il y a même des Etats où, le divorce étant considéré comme la réparation d'une offense faite au conjoint innocent, on considère qu'il suffit que cette offense ait eu lieu dans le pays, pour attribuer juridiction aux tribunaux. Dans d'autres Etats, on considère comme suffisant, que le demandeur soit domicilié dans la juridiction du tribunal, devant lequel est introduite l'action en divorce, et on ne considère pas comme nécessaire que l'offense, sur laquelle l'instance est fondée, y ait été commise. Il est en outre à noter que dans les pays où le domicile est indispensable pour attribuer la juridiction, certains auteurs admettent que cette juridiction doit être attribuée en considération du domicile du demandeur, et par conséquent regardent comme régulièrement introduite l'instance de la



part de la femme, qui a acquis un domicile différent de celui de son mari. D'autres, au contraire, considérant que la femme mariée ne peut avoir un domicile légal distinct de celui de son mari, n'admettent pas que la juridiction puisse dépendre du domicile de la femme, s'il n'est pas en même temps son domicile légal. A l'égard du domicile du mari, certains auteurs n'admettent pas, que la juridiction puisse être attribuée en considération de ce domicile au moment de l'instance, parce que, d'après eux, elle devrait dépendre du domicile du mari au moment de la violation des devoirs conjugaux, et par conséquent ils considèrent le changement postérieur du domicile de nul effet pour modifier les droits acquis au domicile du lieu où la violation a été réalisée.

670. — Ces divergences nombreuses à l'égard des règles relatives à la juridiction et à la compétence du tribunal appelé à prononcer le divorce produisent les plus graves inconvénients dans la pratique, parce qu'il arrive souvent que la dissolution du mariage prononcée par un tribunal qui s'est déclaré compétent d'après la *lex fori*, est regardée comme de nul effet dans la patrie des époux, et même ailleurs, parce qu'on considère comme absente la compétence du tribunal. Par conséquent, le second mariage contracté par le divorcé est considéré comme valide dans un pays, tandis que dans un autre, on regarde le premier comme existant toujours et le second comme affecté du vice de bigamie, et les enfants issus de cette seconde union comme non légitimes. <sup>1</sup>

<sup>1</sup> Compar. l'article de Ritner, *Observations sur les divorces entre étrangers à propos d'un cas singulier de mariage suisse-hongrois* et celui de Weightman, *Du domicile considéré relativement au mariage et au divorce* dans le *Journal du droit international privé*, 1885, p. 152, 405.

Compar. Laurent, *Droit civil international* T. I et V; Asser, *Droit international privé*, n° 54; Warthon, *Conflict et Laws*, § 235 et suiv.; Dudley-Field, *International Code*, § 674; Féraud-Giraud, *De la compétence des tribunaux français pour connaître des contestations entre étrangers*. *Journal du droit international privé*, 1880, p. 137.

Tout le monde comprend qu'il résulte de là les plus graves complications, tant à l'égard du droit civil, qu'à l'égard du droit pénal, et pour quiconque considère que, parmi toutes les institutions, celle de la famille est une de celles qui intéressent le plus le droit social et le droit international, il est clair que les législateurs des divers pays ne pouvant seuls faire disparaître de tels inconvénients, il est indispensable d'établir entre les États un droit commun relatif à la compétence des tribunaux qui peuvent prononcer le divorce entre étrangers et à la loi d'après laquelle doit être jugée l'instance.

671. — Il nous est impossible de discuter à fond cette question de la compétence, et nous rappellerons ce que nous avons déjà dit relativement à la séparation de corps.<sup>1</sup> Il ne nous semble pas, que la soumission volontaire à la juridiction étrangère puisse attribuer la compétence au tribunal saisi de l'instance, comme en tout autre cas d'incompétence personnelle relative aux étrangers.<sup>2</sup> La circonstance de la célébration du mariage en un lieu donné ne nous semble pas non plus suffisante; non plus que celle, que la violation des devoirs conjugaux s'est produite en un lieu donné, ou que celle du simple domicile ou de la simple résidence au moment de l'introduction de l'instance. Nous pensons, au contraire, qu'en principe, la compétence doit être déterminée d'après les mêmes règles que l'application du statut personnel, et que dès lors elle doit être attribuée aux tribunaux de la patrie ou à ceux du domicile conjugal, suivant qu'on admet que la qualité de citoyen d'un État où le domicile sont décisifs pour la détermination du statut person-

<sup>1</sup> Voir chapitre précédent, § 652.

<sup>2</sup> Le tribunal civil de la Seine, dans son jugement du 20 décembre 1886, a admis en principe, que les tribunaux français doivent se déclarer incompétents pour connaître d'une demande en divorce entre étrangers, quand le défendeur décline leur juridiction, mais qu'ils ne sauraient soulever d'office cette exception. *Clunet, Journal*, 1886, p. 710.

nel. Nous pensons toutefois, que le lieu où les conjoints étaient domiciliés au moment où l'un d'eux a violé les devoirs conjugaux peut servir à déterminer la compétence. Cette règle résulte de la nature même des choses, parce qu'en réalité on ne saurait mieux constater les circonstances de fait qu'au lieu où l'offense a été commise, et qu'on ne pourrait mieux nulle part ailleurs statuer sur le rejet ou l'admissibilité de la demande. On peut ajouter à ces raisons la nécessité évidente de la prompte réparation du désordre ainsi causé dans les rapports de famille et le principe généralement admis d'administrer sans retard, quand il y a lieu de le faire, la justice, aussi bien aux étrangers qu'aux citoyens.

672. — Maintenant, nous allons examiner la question véritablement grave et controversée de la loi, d'après laquelle le juge saisi de l'instance doit statuer sur le divorce. Les auteurs et les tribunaux des divers États sont très divisés sur ce point. D'après les uns, la loi du divorce a le caractère de loi territoriale ; d'après d'autres, les rapports de famille devant être régis par la loi du domicile conjugal, cette loi est seule applicable au divorce ; suivant d'autres, la loi relative à la célébration du mariage étant une loi de police, la loi qui doit régir le divorce est celle du lieu où le conjoint coupable a offensé le conjoint innocent. D'autres enfin sont d'avis que, le divorce produisant par lui-même la plus notable modification du statut personnel, tout doit dépendre du statut personnel, quand il s'agit de décider si le divorce peut être admis et pour quels motifs il peut être prononcé.

673. — Avant de discuter en principe les différentes théories, nous croyons utile de poser certains principes fondamentaux sur la nature et le caractère de la loi relative au divorce.

C'est une loi d'ordre public à l'égard des personnes, qui

doivent être réputées soumises aux prescriptions du législateur ; car celui-ci, en admettant que le lien conjugal peut être dissous en certaines circonstances (eu égard aux rapports du mariage avec le droit civil), s'inspire d'idées de haute moralité, qui doivent présider à l'organisation de la famille, telle qu'elle est comprise d'après les convictions morales du peuple.

Dans tout système de lois, le principe moral qui lui sert de base a un élément relatif, qui dérive des conditions historiques du peuple, auquel la loi est destinée. Or, comme ces conditions sont seulement celles pouvant servir à décider de la moralité ou de l'immoralité du divorce à l'égard de chaque peuple, on ne peut pas soutenir, que le divorce considéré en lui-même soit absolument immoral. Le divorce doit par conséquent être réputé non seulement licite, mais conforme aux fins morales de la famille dans les pays où il est permis par la loi. <sup>1</sup>

Il faut toutefois considérer, que comme aucun législateur ne peut imposer à tous les pays sa propre manière de voir à l'égard de l'organisation morale de la famille, et comme il doit reconnaître et respecter l'autorité des lois étrangères à l'égard des personnes qui sont soumises à l'autorité de ces lois, il ne peut pas imposer aux étrangers les prescriptions impératives de sa législation sur le divorce. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait démontrer que la loi du divorce est une loi de sûreté publique et de police générale, ce qui, comme nous l'exposerons, n'est pas soutenable.

<sup>1</sup> On constate, et cela résulte d'une façon frappante de l'aperçu général qu'a fait l'auteur des législations des différents peuples au point de vue du divorce (*suprà*, n° 659-667), que le divorce est admis partout, sauf dans les pays catholiques. On peut donc dire qu'il est commun à tous les peuples, sauf à ceux qui ont subi la domination de l'église romaine. A ce sujet, nous noterons une singulière anomalie, celle d'une religion qui a pour idéal le célibat, et qui a la prétention de faire du mariage un lien qui enchaîne les époux pour la vie. — (Note du traducteur Ch. A.)



674. — De ces principes, il résulte, que le droit de divorcer ne peut pas être considéré comme un droit privé personnel des époux, ni comme un droit acquis en vertu de la loi, sous l'empire de laquelle ils ont célébré leur union. Certains auteurs l'ont cependant soutenu, et parmi eux Rocco, qui s'exprime ainsi : « Le divorce ne change pas  
 « seulement la condition et la capacité des époux, mais  
 « leur qualité, parce qu'il réduit les époux à l'état de célibat, et résout le contrat nuptial une fois légitimement  
 « établi. On ne peut pas supposer qu'en contractant les  
 « époux aient voulu reconnaître le principe, que leur capacité de divorcer serait réglée par la loi du domicile matrimonial, qui peut être soumis à un transfèrement d'un  
 « lieu dans un autre, et que dès lors la faculté de régler la dissolution doive appartenir à la loi qui a réglé *ab initio*  
 « la formation du mariage. On ne peut en aucune façon soutenir, que tout ce qui concerne la validité et la légitimité  
 « d'une convention doive être réglé par une loi, et que tout  
 « ce qui se rapporte à la résolution ou à l'annulation de  
 « cette convention doive être régi par une autre loi ; ce  
 « sont là deux choses corrélatives, et de même qu'on ne  
 « peut pas décider si un contrat est ou non valide, sans tenir  
 « compte de la loi, sous l'empire de laquelle il a été formé,  
 « de même on ne peut décider si on peut ou non résoudre  
 « le mariage, sans se référer à la loi sous l'empire de laquelle  
 « les époux se sont obligés réciproquement à l'union conjugale. En un mot, le mari en changeant de domicile  
 « peut avoir la faculté de changer la capacité de la femme ;  
 « mais non de la dépouiller des droits légitimement acquis.  
 « Or, le premier de ces droits est certainement celui qu'on  
 « ne puisse pas résoudre en vertu des lois étrangères ce  
 « lien, qui était indissoluble dans le royaume depuis son  
 « origine. »<sup>1</sup>

D'après nous, au contraire, le droit de divorcer ne saurait

<sup>1</sup> Rocco, *Diritto civile internazionale*, p. 3, Chap. IX.

être considéré comme un droit privé des époux ; car il est d'une nature mixte, en ce sens que l'institution du divorce ayant sa base dans les principes supérieurs d'ordre public, fait partie du droit social, qui ne saurait être modifié au gré des particuliers. Aussi, deux conjoints qui auraient contracté un mariage indissoluble sous l'empire de la loi en vigueur au moment de leur union, ne pourraient pas soutenir qu'ils ont ainsi acquis un droit de s'opposer au divorce, à supposer qu'une loi postérieure ait reconnu cette institution. D'autre part, ceux qui se seraient unis sous l'empire d'une loi permettant le divorce, ne pourraient pas soutenir qu'ils auraient acquis le droit de divorcer, bien qu'une loi nouvelle eût aboli le divorce. Aussi bien dans un cas que dans l'autre, le droit de divorcer ou de ne pas divorcer ne pourrait pas être considéré comme un droit des parties, qui, comme conséquence du contrat, devrait être régi par la loi, sous l'empire de laquelle le mariage aurait été conclu. En effet, la loi relative au divorce ne tient pas compte de ce que les époux ont entendu convenir en s'unissant, mais s'inspire uniquement de raisons d'intérêt public, qui justifient l'admission ou la prohibition du divorce et partant l'obligation d'obéir à ces prescriptions impératives, en ôtant aux particuliers la faculté d'y déroger.<sup>1</sup>

675. — Etant donné ce principe, on ne peut pas néanmoins soutenir, comme les tribunaux américains, que la loi du divorce doive être réputée une loi de police ou une loi pénale.

D'après Vestlake, cette doctrine fut admise par la Cour du Massachussets, qui s'exprima ainsi à ce sujet : « Les dispositions qui se rapportent au divorce appartiennent plu-

<sup>1</sup> Voir notre ouvrage sur les dispositions générales des lois, Naples 1886, Chap. V, *Dell' autorità della legge nuova sui diritti et doveri nascenti dai rapporti e dallo stato di famiglia*, § 145. — Compar. Merlin, *Rép.*, *Effet rétroactif*, sect. V, art. 14 ; *Questions de droit*, V° *Divorce*, art. 14 ; A. Weiss, *Traité élém. de Droit internat. privé*, T. II, p. 703-706.

« tôt au droit pénal qu'au droit civil, et les règles applica-  
 « bles au contrat des parties ne peuvent pas valoir de la  
 « même façon pour déterminer les relations personnelles  
 « et les devoirs mutuels, qui en dérivent, ni la conduite que  
 « les époux doivent tenir durant la vie conjugale ; lesquel-  
 « les choses sont toutes réglées par des principes d'ordre  
 « public et d'économie générale, et par la nécessité de con-  
 « server les bonnes mœurs et de pourvoir au bonheur des  
 « époux eux-mêmes. Un divorce, par exemple, dans le cas  
 « de scandale public et de turpitude, n'est pas la revendica-  
 « tion d'un droit, qui résulte du contrat de mariage, ou la  
 « sanction de ce même droit, mais une sorte de peine que la  
 « société a mise à la disposition de la partie lésée, et qui  
 « peut recevoir la sanction du tribunal compétent, comme  
 « réparation de l'injure et de l'offense reçues. Si un des  
 « conjoints manque à ses propres devoirs, la persistance de  
 « l'union conjugale est intolérable et vexatoire pour la  
 « partie innocente et d'un mauvais exemple pour les autres.  
 « Donc, la loi, qui doit régler la conduite des personnes ma-  
 « riées, leurs devoirs, les conséquences qui dérivent de la  
 « violation de ces devoirs et les cas dans lesquels leur union  
 « peut être annulée, n'est pas celle du lieu où le contrat de  
 « mariage a été stipulé, mais celle du lieu où les époux  
 « sont domiciliés, par laquelle ils sont protégés à raison des  
 « droits qui résultent de l'union conjugale et d'après la-  
 « quelle ils doivent être jugés à raison de la violation des  
 « mêmes droits. »<sup>1</sup>

Nous n'oserions certes pas contester, que le fondement de la loi du divorce puisse être, comme il l'est de fait, l'intérêt public, ou la police générale ; mais nous ne saurions admettre que, partant de ces principes exacts, on puisse soutenir qu'il soit nécessaire, pour la sûreté publique, ou pour la sauvegarde des bonnes mœurs ou de la police d'un

<sup>1</sup> *Justice in Barber. V. Root*, 10, Mass. 265, cit. par Westlake, n° 251 et par Story, § 229.

pays, d'ordonner la dissolution du mariage des étrangers, quand les conditions exigées par la loi territoriale pour prononcer le divorce entre citoyens se trouvent réalisées. La sécurité publique et les bonnes mœurs peuvent rendre nécessaire d'ordonner la séparation de fait de deux conjoints étrangers, de pourvoir à leur sécurité personnelle, à l'entretien et à l'éducation de leurs enfants et à leurs aliments; mais quant à déclarer dissous le mariage et à autoriser les époux qui ont divorcé à en célébrer un autre, par une application intégrale de la loi territoriale, cela ne nous semble en aucune façon justifiable.

Vouloir attribuer à la loi relative au divorce le caractère de loi pénale, cela équivaut à dénaturer la juste conception de cette institution. Ainsi on devrait, pour être conséquent, admettre qu'une sentence de divorce devrait avoir le caractère d'une sentence pénale, et que par conséquent le changement d'état qui en résulte ne devrait pas être reconnu en dehors du pays où le divorce a été prononcé, parce que les sentences pénales qui entraînent une modification de la condition des personnes ne peuvent en principe avoir aucune autorité extraterritoriale.

676. — Il nous semble que le divorce doit être considéré, eu égard à son caractère propre, plutôt comme étant en rapport direct et principal avec le droit de famille, que comme ayant un caractère de droit pénal et de police applicable aux étrangers. Il a, en effet, pour résultat immédiat la dissolution du mariage et la liberté des époux; il se résume dès lors en un changement profond d'état, et comme tel il ne peut dépendre d'une autre loi que de celle, qui doit régler l'état des personnes et de la famille, ainsi que les modifications substantielles qui peuvent se produire à l'égard du statut personnel.

Nous avons démontré que le mariage, les rapports qui dérivent de la constitution de la famille, et les conséquences du lien conjugal à l'égard de l'état des personnes doivent



être régis par le statut personnel du mari, qui est le chef de la famille. La circonstance, qu'une famille étrangère est domiciliée dans un pays, ne change pas plus la condition juridique des personnes et la loi à laquelle elles doivent être soumises, pour ce qui concerne l'état personnel de chacune d'elles, qu'il ne peut changer leur soumission à la loi, qui doit régler leurs rapports de famille et la subsistance ou la dissolution du lien conjugal. Il est dès lors naturel d'admettre, que l'indissolubilité du mariage doive dépendre du statut personnel des conjoints. On ne saurait objecter, que la loi relative au divorce est fondée sur les principes d'ordre public, parce que, sans contester cela, il faudrait envisager la question au point de vue suivant. Etant donné et admis que la loi relative au divorce est basée sur les principes d'ordre public, devra-t-on par là même considérer comme conforme à l'intérêt public d'appliquer aux étrangers la loi territoriale, et en vertu de cette loi déclarer dissous le mariage qu'ils ont célébré et qui est indissoluble d'après le statut personnel de la famille?

677. — Nous ne saurions dissimuler que dans la solution de la question, telle que nous l'avons posée, les auteurs et la jurisprudence sont arrivés à des conclusions diverses et opposées. La majorité des auteurs attribue à la loi sur le divorce le caractère du statut réel. Telle est l'opinion des écrivains allemands, et voici comment raisonne à ce sujet Schaeffner: « Il ne peut pas être mis en doute, écrit-il, que  
 « le juge, devant lequel une demande en dissolution de  
 « mariage est introduite, doit tenir compte uniquement de  
 « la loi qui exerce son empire dans son pays, de son *jus*  
 « *publicum*, pour décider en général si un mariage peut  
 « être dissous, et pour quelles causes cela peut avoir lieu....  
 « Si dans le lieu, où le mariage a été contracté, il suffisait  
 « de causes moins sérieuses que celles nécessaires d'après  
 « le droit de son pays, il ne peut pas respecter cette loi.  
 « Ni, *a contrario* la circonstance que, d'après cette loi, le ma-

« mariage ne peut être dissous, ne peut avoir aucun poids pour  
 « lui, car cette obligation est pour lui aussi absolue que  
 « cette prohibition. »<sup>1</sup>

La jurisprudence des tribunaux allemands consacre le même principe, qu'on doit appliquer la *lex fori*, même lorsque les parties dans l'instance sont étrangères, et qu'il est inutile de se préoccuper d'examiner, si le fait sur lequel est fondée l'instance est antérieur ou postérieur à l'époque où le demandeur s'est transporté dans la juridiction du tribunal; mais qu'il doit suffire que la compétence du tribunal puisse être établie d'après les règles du Code de procédure allemand.

Ces principes ont été appliqués même à des personnes appartenant aux différents États de l'empire d'Allemagne, qui ont des législations diverses en matière de divorce. Le tribunal régional supérieur a toujours décidé, que le juge saisi de l'affaire doit appliquer la *lex fori*, et que dès lors il doit admettre comme causes de divorce celles reconnues dans le pays où la demande a été introduite.<sup>2</sup>

Le tribunal suprême a aussi admis que, l'article 77 de la loi de l'empire du 6 février 1875 interdisant aux tribunaux allemands de prononcer la séparation de corps, et leur permettant seulement de prononcer le divorce, on ne pourrait pas prononcer la séparation de corps entre étrangers, parce qu'elle est interdite par la loi territoriale; et que par conséquent, on ne doit faire à ce sujet aucune différence entre les citoyens et les étrangers; que la déclaration de la séparation de corps entre ceux-ci équivaldrait à la violation manifeste de l'article 77 précité; que la loi étrangère ne pourrait pas être un obstacle au divorce; que la circonstance que le di-

<sup>1</sup> Schaeffner, *Entwicklung des internationalen Privatrechts*, § 124; Dernburg, *Lehrbuch des preussischen Privatrechts*, T. III, § 4. Voir dans le même sens Asser, *Droit International privé*, § 53 et Pradier-Fodéré, *Droit International public*, T. III, *Relations de droit privé*, § 1740.

<sup>2</sup> Voir en ce sens les sentences du tribunal régional supérieur de Dresde du 1<sup>er</sup> juin 1883. Clunet, *Journal du droit International privé*, 1884, p. 306, 307.

voce ne serait pas reconnu par la loi personnelle des époux, ne ferait pas obstacle à ce qu'il fût prononcé, parce que l'article 2, § 1<sup>o</sup> de la constitution de l'empire, en déclarant qu'on doit considérer comme étant sans aucune valeur les dispositions des lois particulières, qui concernent les questions de droit international privé, quand elles sont en opposition avec les lois de l'empire, ne fait aucune différence à cet égard entre citoyens et étrangers. De là, le tribunal concluait qu'un autrichien catholique, non seulement pouvait obtenir le divorce, mais que l'obstacle fondé sur la loi autrichienne ne pouvait être une raison pour refuser à celui qui avait obtenu le divorce le droit de se marier en Allemagne.<sup>1</sup>

Bar, l'un des auteurs allemands contemporains, combat cette doctrine. Il soutient que la loi sur le divorce a le caractère de loi personnelle ; toutefois il est d'avis, que dans certains cas on doit admettre la prépondérance de la loi territoriale.

678. — Dans la jurisprudence française, nous citerons une cause célèbre discutée deux fois devant la cour de cassation, alors qu'était en vigueur en France le titre primitif du Code civil sur le divorce. La dame de la Tour, une française mariée à un Irlandais, Mac Mahon, obtint un jugement de divorce pour cause d'absence non justifiée de son mari. Celui-ci étant revenu avec le grade de major anglais, invoqua pour combattre le jugement la circonstance qu'étant étranger, il n'était pas soumis à la loi française. La cour d'Orléans (11 thermidor an XIII), statua de la façon suivante : « Attendu que la femme suit la condition du mari  
« et qu'elle est soumise à la même loi que lui ; attendu  
« qu'à l'époque du mariage comme à celle du divorce, Mac-  
« Mahon était étranger ; qu'aucune stipulation n'a pu le  
« soustraire à la loi de son pays et le soumettre à la loi

<sup>1</sup> Voir en ce sens l'arrêt du 22 avril 1884 du tribunal de l'empire (Trib. reg. sup. de Dresde), Clunet, *Journal*, 1885, p. 326.

« française, le divorce prononcé conformément aux lois  
« françaises est nul et de nul effet, etc. » <sup>1</sup>

Au contraire, la cour de cassation, jugeant toutes les  
chambres réunies, le 2 mars 1806, à la suite du réquisi-  
toire de Merlin rendit un arrêt ainsi conçu : « Attendu, au  
« surplus, que le sieur Mac-Mahon ne peut pas se soustraire  
« à l'application de la loi française, sous prétexte qu'il est  
« étranger non soumis à la législation française, parce qu'en  
« se pénétrant des considérations à la fois politiques et mo-  
« rales qui ont dicté la loi du 26 germin., ainsi que des cir-  
« constances dans lesquelles elle a été rendue, il est impos-  
« sible de n'y pas reconnaître une disposition d'ordre pu-  
« blic, ayant pour but, ainsi que l'atteste l'avis du conseil  
« d'État ci-dessus énoncé, de proscrire des recherches ten-  
« dant à perpétuer des agitations et des souvenirs qu'il im-  
« porte essentiellement d'éteindre, et, sous ce rapport, qu'elle  
« doit être considérée comme une véritable loi de police gé-  
« nérale, qui assujettit indistinctement à son empire tous  
« les individus, soit français soit étrangers, résidant sur le  
« territoire français, et qui frappe par conséquent sur tous  
« les divorces prononcés avant le Code civil, dans toute l'éten-  
« due de la France, soit entre des Français, soit même entre  
« des Français et des étrangers ; qu'ainsi la Cour d'Orléans,  
« en accueillant, sous le prétexte d'extranéité, la demande de  
« Mac-Mahon en nullité du divorce prononcé au profit de son  
« épouse le 3 vendémiaire an IX, a manifestement violé l'art.  
« 1<sup>er</sup>, L. 26 germin. an XI, interprété par l'avis du conseil  
« d'État du 11 prair. an XII ; Casse, etc. » <sup>2</sup> Cette dernière  
cour, par son arrêt du 27 août 1808 admit la validité du di-  
vorce.

679. — En Grande-Bretagne, en raison de la diversité  
des lois en vigueur en Ecosse et en Angleterre, de graves

<sup>1</sup> Merlin, *au Rép. v<sup>o</sup> Divorce, sect. 1<sup>re</sup>.*

<sup>2</sup> *Journal du Palais*, an 1807, p. 242 et pour les détails, les arrêts de  
Paris des 30 vent. an XII et de cassation, 30 pluv. an XIII et Merlin *au*  
*Rép. v<sup>o</sup> Divorcée, sect. 4<sup>e</sup>, § 10.*



controverses se sont élevées à l'égard des divorces prononcés en Ecosse entre personnes qui s'étaient mariées en Angleterre. D'après la loi écossaise, la femme peut obtenir le divorce, pour le motif de simple adultère du mari, tandis que d'après la loi anglaise, elle ne peut l'obtenir que lorsque l'adultère du mari est accompagné d'insultes graves envers elle, d'un abandon pendant deux ans au moins ou de bigamie, ou lorsque l'adultère est connexe à l'inceste, ou quand le mari est convaincu de rapt ou de délit contre nature.

On s'est demandé si un mariage célébré par un anglais en Angleterre et dissous ensuite en Ecosse pour simple adultère du mari devait être réputé valablement dissous d'après le droit anglais, et si on devait réputer valable le second mariage célébré en Angleterre par le divorcé. Un des procès importants, où cette question fut discutée, fut l'affaire *Lolley*.<sup>1</sup> Dans cette circonstance, se posait une véritable question de juridiction ; car avant la loi de 1857, le mariage entre anglais ne pouvait être dissous que par un acte spécial du Parlement, tandis qu'en Ecosse la loi attribuait juridiction aux cours.

La jurisprudence de la cour de divorce d'Ecosse était que, pour légitimer la juridiction, il n'était pas nécessaire que les deux parties eussent leur domicile en Ecosse à l'époque où l'adultère avait été commis et l'action intentée, mais qu'il suffisait, que le demandeur pût être soumis à la juridiction de la cour, et qu'il se fût établi en Ecosse *bona fide*, et non d'une façon simulée et dans le seul but d'intenter l'action et d'obtenir le divorce. Etant dès lors établi, que le demandeur pouvait être soumis à la juridiction de la cour, celle-ci se déclarait compétente pour prononcer le divorce, même lorsque l'adultère avait été commis à l'étranger, soit qu'il s'agit

<sup>1</sup> *Lolley's case*, Piggot, *Foreign judgements, their effect in the english courts*, p. 172 et Story, *Conflict of Laws*, § 216 et suiv.

Compar. l'opinion de lord Brougham soutenue dans cette affaire en opposition avec celle admise par la cour.

d'un mariage contracté en Angleterre par des écossais, ou d'un mariage contracté en Angleterre par des anglais, qui avaient établi leur résidence en Ecosse.

La Cour des Lords, Cour suprême pour l'Angleterre et pour l'Ecosse, admettait au contraire en principe, qu'un mariage anglais entre citoyens anglais ne pouvait pas être dissous par un divorce prononcé hors de l'Angleterre.

680. — Après la loi de 1857, qui a attribué à la Cour la juridiction relative au divorce, même à l'égard des mariages célébrés en Angleterre, tout conflit n'a pas été écarté. Encore aujourd'hui, on se demande si un divorce prononcé en Ecosse entre anglais, pour un motif visé par la loi écossaise et par la loi anglaise, doit être valide en Angleterre. Les juristes écossais sont d'avis, qu'on doit appliquer la loi écossaise. Ils soutiennent, en effet, que la loi territoriale, qui détermine les devoirs réciproques des époux et la réparation due à raison des offenses faites par l'un à l'autre, doit être appliquée à toutes les personnes mariées qui résident sur le territoire, et que pour ce motif elles sont soumises à l'empire de la loi, qui doit exercer son autorité pour punir la violation des devoirs conjugaux, comme elle l'exerce pour réprimer tout délit commis sur le territoire. La société conjugale, disent-ils, est une institution *jure gentium* ; les époux, en s'unissant par le mariage, s'obligent à se traiter partout comme mari et femme ; mais ne promettent, ni ne peuvent promettre de faire prévaloir partout la loi sous laquelle ils s'unissent, pour faire régler d'après elle leurs devoirs réciproques, la puissance maritale et les réparations, auxquelles l'un peut avoir droit en cas d'offense ou d'abus de pouvoir de la part de l'autre. Le fait que le mariage est indissoluble, s'il est contracté entre catholiques romains, en vertu du sacrement, ne peut pas être une raison pour ne pas admettre le divorce, parce que l'indissolubilité supposée ne peut empêcher l'application uniforme du droit public territorial, qui règle tous les rapports entre les

personnes qui demeurent sur le territoire, en tenant compte des convenances politiques et de la protection de l'autorité publique ; et on ne peut pas y renoncer, comme aux avantages qui dérivent d'un droit privé. L'indissolubilité supposée ne peut avoir aucune valeur, ni du consentement des parties, ni en vertu de la loi, sous l'empire de laquelle l'union conjugale a pris naissance. Ce qui résulte de la volonté des parties doit être reconnu partout ; mais on ne doit pas confondre ce qui peut être un effet de la volonté avec ce qui ne dérive pas de la stipulation, mais qui au contraire est un effet d'une institution d'après le droit positif. Celui-ci ne peut avoir d'effet en dehors du territoire, par suite de la maxime connue, *extra territorium jus dicenti impune non paretur*.

Telles sont les principales raisons, à l'aide desquelles les magistrats écossais défendent la doctrine admise encore en Ecosse à l'égard du divorce. <sup>1</sup>

681. — En Angleterre, la doctrine qui a prévalu depuis la promulgation de la loi de 1857, c'est que le divorce prononcé hors de ce pays à l'égard du mariage qui y a été célébré, peut être valide quand il a été prononcé pour un motif admis d'après la législation du domicile du mari, et pourvu que les parties ne se soient pas frauduleusement soumises à la juridiction étrangère. Telle fut l'opinion manifestée par le juge de la Cour des divorces, lord Penzance, dans l'affaire *Shaw v. the Attorney general* <sup>2</sup>, jugée en 1870 et confirmée par le juge Hannen dans l'affaire *Harvey*, jugée le 22 avril 1880. <sup>3</sup>

La jurisprudence nouvelle tend dès lors à admettre, que la dissolution du mariage par le divorce doit être régie par la loi du domicile conjugal. Il faut dire toutefois que, d'après

<sup>1</sup> Fergusson, *On marriage and divorce*, p. 359 et suiv., Compar. Piggot, *Foreign judgements their effect in the english courts*.

<sup>2</sup> Piggot, *cit.*, p. 173.

<sup>3</sup> 5 *Prob., Div.*, p. 153.

la doctrine qui a prévalu en Angleterre, la loi régulatrice des rapports de famille est celle du domicile du mari au moment du mariage. Par conséquent, dans la plus récente jurisprudence, on admet en principe, que l'indissolubilité du mariage et la dissolution de cet acte par le divorce doivent dépendre du statut personnel. <sup>1</sup>

Ce principe avait été formellement soutenu dans la fameuse affaire *Niboyet c. Niboyet*. Il s'agissait d'un français, que sa femme avait actionné en divorce devant la Cour suprême de justice. Parmi les opinions soutenues par les juges anglais à l'égard de l'application de la loi anglaise, se trouve celle du juge Brett qui, se fondant sur l'autorité de Bishop, excluait l'application de la loi territoriale, parce que d'après lui, les rapports dépendant du mariage doivent être régis par la loi du domicile. <sup>2</sup>

682. — En Amérique, prévaut le principe, qu'on doit décider d'après la loi du domicile actuel des époux si le divorce peut être autorisé. D'après les statuts du Massachusetts, pourvu que les parties vivent trois années comme mari et femme dans un pays, et que la cause sur laquelle est fondée la demande en divorce s'y soit manifestée; on peut prononcer le divorce d'après les lois en vigueur dans ce pays. <sup>3</sup> Les décisions de la Cour suprême du Massachusetts sont conformes à ces principes. Deux individus mariés et domiciliés *bona fide* dans le Vermont obtinrent de la Cour de cet Etat une sentence de divorce pour une cause non suffisante d'après la loi du Massachusetts. La Cour suprême confirma cette sentence pour le motif, que le divorce devrait être régi par la loi du domicile actuel des conjoints. <sup>4</sup>

<sup>1</sup> Voir la sentence de la Cour des Lords du 30 novembre 1882, dans le *Journal du droit international privé*, 1884, p. 193.

<sup>2</sup> Voir les opinions soutenues par les juges anglais dans l'affaire discutée les 16 et 18 novembre 1878, dans *Law, Times Report*, N. S., t. XXIX, p. 172 et suiv., et dans le *Journal du droit international privé*, 1879, p. 195.

<sup>3</sup> *Statutes of Massachusetts*, 1835, Chap. LXXVI, § 9 et 10.

<sup>4</sup> Barber, *V. Root*, n° 10; Mass., R. 265; Story, § 229.



Les décisions des tribunaux de New-York sont conformes à celles du Massachussets, et d'après Story, <sup>1</sup> la doctrine généralement admise aux Etats-Unis d'Amérique est, que les tribunaux du lieu où les époux sont domiciliés *bona fide* sont compétents pour prononcer un divorce en se conformant à leur loi, et sans tenir compte de celle, sous l'empire de laquelle a été célébré le mariage, ou du lieu où s'est produite l'offense qui a motivé l'action. Les principaux motifs invoqués à l'appui de cette doctrine sont, que la loi du lieu de la célébration du mariage règle les obligations primitives qui dérivent de l'union, mais ne régit pas partout la dissolubilité ou l'indissolubilité du mariage. Comme en déclarant le mariage dissoluble, on ne peut imposer aux autres Etats de reconnaître la dissolubilité, de même en le déclarant indissoluble, on ne peut obliger les parties que tant qu'elles sont soumises à la loi qui établit l'indissolubilité. Il est certain, que le changement de domicile est une des causes, que les parties ne peuvent prévoir et dont la femme consent à courir les risques. Ce sera la loi civile qui devra régler le changement de domicile et toutes ses conséquences ; mais une fois le domicile changé, les mesures protectrices de la violation du contrat matrimonial doivent être réglées par la nouvelle loi. <sup>2</sup>

683. — Malgré toute l'autorité de la doctrine et de la jurisprudence de ces pays où le divorce est autorisé, nous ne croyons mieux faire que d'affirmer de nouveau l'opinion, que nous avons soutenue dans la première édition de cet ouvrage, que l'existence ou la dissolution du mariage doit dépendre du statut personnel de la famille, et que par conséquent le divorce ne peut être prononcé, que lorsqu'il est admis par la loi personnelle, et ne peut être motivé que par les causes fixées dans cette loi. Si on voulait ériger en théo-

<sup>1</sup> § 230 a.

<sup>2</sup> Wharton, *Conflict of Laws*, § 223 et suiv.

ric le système, que la dissolution du mariage pourrait avoir lieu d'après la loi territoriale, toutes les fois que la soumission des parties à la juridiction du tribunal pourrait être justifiée, cela équivaldrait à intervertir les principes qui doivent régler l'organisation de la famille, et ceux d'après lesquels on doit établir la prépondérance de la compétence législative à cet égard. On peut dire avec raison, que la doctrine consacrée par les tribunaux écossais et par ceux des Etats-Unis d'Amérique est une invitation pour tous ceux qui, d'après leur statut de famille, ne peuvent rompre leurs engagements conjugaux, à fixer leur résidence en Écosse ou en Amérique, pour obtenir le divorce. Si en outre on considère, qu'aux termes de la jurisprudence de certains Etats, il n'est pas même nécessaire que le fait sur lequel est basée la demande se soit produit au lieu de l'instance, et que d'après les lois d'autre Etats on peut obtenir le divorce pour des causes peu graves, comme cela a lieu d'après le Code Prussien, on comprendra mieux que la théorie, d'après laquelle la *lex fori* est prépondérante, tend à intervertir les rapports entre les citoyens et leur loi personnelle, à laquelle, ils doivent demeurer partout soumis, et à bouleverser les principes, qui doivent régler la plus sacrée des institutions, qui est la famille.

684. — Nous admettons, qu'à un certain point de vue, on puisse appliquer la loi territoriale, et nous avons déjà répété plusieurs fois, que le tribunal local peut ordonner toutes les mesures provisoires, qui sont édictées par la loi territoriale. Nous pourrions aussi concéder que, si une famille itatienne, par exemple, était établie en Angteterre, et soumise à la juridiction de la cour, et que si le mari ou la femme s'étaient rendus coupables d'adultère, le magistrat sur l'instance de l'un ou de l'autre, pourrait prononcer la séparation *a mensa et toro*. Le tribunal pourrait en outre appliquer la loi anglaise, pour assurer à la femme, en cas d'adultère du mari, une rente annuelle et une redevance à ti-

tre d'aliments. De même, il pourrait fixer ce qui serait dû au mari par la femme et par son complice à titre de réparation des dommages causés par suite de l'adultère de celle-ci, et pour pourvoir à la garde et à l'entretien des enfants. Toutefois, comme, aux termes de la loi italienne, le mariage ne peut être dissous que par la mort d'un des époux, le tribunal anglais commettrait, à notre avis, un excès de pouvoir, en appliquant sa propre loi pour prononcer le divorce. On peut admettre, que le magistrat d'un pays puisse appliquer sa loi pour statuer sur sa propre juridiction relativement à une affaire donnée, et pour ordonner les mesures de police et les réparations civiles ; mais on ne saurait également admettre, qu'il puisse appliquer aux étrangers une loi faite pour les citoyens, en jugeant d'après la loi territoriale une question d'état pendante entre eux.

Nous constatons avec plaisir, que d'autres jurisconsultes, et notamment Laurent, appuient de leur haute autorité notre théorie. <sup>1</sup>

685. — Par conséquent, si on veut respecter les principes du droit moderne, qui tendent à établir l'autorité du statut personnel à l'égard des personnes, quel que soit le lieu où elles se rendent, on ne peut résoudre la question que nous examinons que d'une seule manière, en décidant que la dissolution du mariage par le divorce doit dépendre entièrement du statut personnel de la famille, qui dans notre système doit être déterminé d'après la qualité de citoyen de l'État du mari, ou qui dans un autre système peut dépendre du domicile conjugal.

686. — Nous verrons par la suite, comment le droit de divorcer d'après le droit personnel peut être limité par la loi territoriale qui défend le divorce. Maintenant, nous allons

<sup>1</sup> Laurent, *Dr. civ. internat.* T. II, § 125, Asser, *Dr. internat. privé*, § 53 admet en cette matière l'opinion de la majorité, qui soutient la prépondérance de la *lex fori*.

examiner une théorie formulée par la cour de Bruxelles dans un arrêt récent. Cette cour a admis que quand, d'après le statut personnel, il est établi que les causes de divorce doivent être appréciées conformément à la loi du domicile des époux au moment de l'ouverture de l'instance, le tribunal du domicile saisi de la demande peut juger le procès par application de la loi territoriale.<sup>1</sup> Par conséquent, la cour a décidé qu'on devait, à l'égard de deux conjoints anglais domiciliés en Belgique, appliquer la loi belge, et non la loi anglaise pour statuer sur le divorce, et que par conséquent l'action pouvait être basée sur un motif prévu par la loi belge et non par la loi anglaise, tel que serait par exemple le simple adultère du mari, qui d'après la loi anglaise n'est une cause suffisante de divorce, que s'il est accompagné d'autres circonstances qui constituent une injure grave pour la femme.<sup>2</sup>

La théorie admise en principe par la cour donne lieu à une grave difficulté dans notre système, suivant lequel les contestations relatives à l'état des personnes et aux rapports de famille doivent être résolues d'après la loi personnelle de ces personnes. Etant donnée cette règle, il semblerait en résulter que, lorsqu'aux termes de la loi de l'État dont l'étranger est citoyen, il serait disposé que le statut personnel des étrangers doit être régi par la loi de leur domicile, l'application à un citoyen de cet État domicilié à l'étranger de la loi territoriale devrait être réputée conforme à son statut personnel.

Nous avons déjà examiné cette question à un point de vue général. Ayant démontré, que la condition juridique de chaque personne et les droits qui lui appartiennent doivent être déterminés par la loi de l'État dont elle est citoyen, il faut aussi admettre que dans notre système, aucuns droits ne peuvent dépendre du domicile de la personne, même dans

<sup>1</sup> 14 mai 1881 (Bigwood c. Bigwood), *Journal du Palais*, 1881, 2<sup>e</sup> partie, p. 68.

<sup>2</sup> Voir *suprà*, § 666.



l'hypothèse où, d'après la loi personnelle, il serait *expressément* disposé qu'ils devraient être régis par la loi du domicile.<sup>1</sup>

Cela a lieu à l'égard du mariage et des rapports de famille. Aux termes de certaines législations, la loi régulatrice de la famille, qui est constituée par l'effet du mariage, est celle du domicile conjugal. Or, à supposer que d'après la loi de l'État dont le mari est citoyen, il soit expressément disposé, que les rapports de famille doivent être régis par la loi du domicile conjugal, on ne pourrait se dispenser d'attribuer autorité à cette loi et de l'appliquer pour résoudre les contestations entre ce mari et sa femme relatives à l'état de famille, bien qu'aux termes de la loi de l'État où l'instance serait engagée, la loi nationale de l'étranger fût indiquée comme régissant les rapports de famille.

On ne pourrait pas objecter que les tribunaux de chaque État, ne pouvant faire autrement que de s'en tenir aux prescriptions de leur législation, doivent toujours considérer la loi nationale de chacun comme celle qui doit constituer à son égard le statut personnel, à supposer que le législateur, ait, comme l'a fait celui d'Italie, consacré la règle que le statut personnel doit dépendre de la qualité de citoyen de l'État. Il est en effet à considérer, qu'on discute encore aujourd'hui en doctrine sur le critérium du statut personnel de la famille, et que, les uns étant d'avis qu'il doit dépendre de la qualité de citoyen, tandis que les autres soutenant qu'il doit dépendre du domicile conjugal, il faut admettre qu'il appartient à chaque législateur d'établir si on doit ou non préférer l'un ou l'autre des deux systèmes, et que les dispositions de chaque loi en cette matière doivent être considérées comme impératives à l'égard des personnes soumises à l'autorité du législateur.

De là il résulte que, le législateur italien, par exemple, ayant décidé que la loi régulatrice des rapports de famille

<sup>1</sup> Voir *Partie générale*, Chap. I, T. I.

devrait être celle de l'État dont le mari est citoyen, même s'il établit sa résidence ou son domicile à l'étranger, les tribunaux italiens doivent inévitablement appliquer cette règle, toutes les fois qu'ils sont appelés à trancher une controverse concernant les rapports d'une famille italienne domiciliée à l'étranger. On peut aussi admettre qu'ils doivent appliquer la même règle juridique, s'ils sont appelés à juger une contestation relative aux rapports d'une famille étrangère appartenant à un État, dont la loi n'a posé aucune règle à l'égard du statut personnel de la famille.

On ne peut pas dire la même chose dans l'hypothèse où un tribunal italien est appelé à juger une contestation relative aux rapports d'une famille étrangère appartenant à un État, dont la loi dispose que la loi régulatrice des rapports de famille doit être celle du domicile conjugal. En effet, les magistrats italiens ayant l'obligation de respecter le statut personnel de l'étranger, doivent nécessairement appliquer la loi du domicile conjugal aux familles appartenant à un État, dont le législateur a désigné expressément cette loi comme régulatrice des rapports de famille.

Par conséquent, même en admettant notre doctrine, d'après laquelle la question de la dissolution du mariage doit être résolue en conformité du statut personnel, on doit décider que le statut personnel de la famille peut être effectivement, soit la loi nationale dans le système de législation positive qui soumet à cette loi les citoyens même résidant et domiciliés à l'étranger, soit celle du domicile conjugal dans le système où les rapports conjugaux et les droits de famille sont régis par la loi du domicile établi par le mari au moment du mariage. Toutefois, on ne doit pas conclure de ces principes que, lorsque les tribunaux d'un État, considérant la loi du divorce comme une loi de police, l'auraient déclarée applicable à tous les individus résidant ou domiciliés dans l'État au moment où l'instance serait introduite, on pourrait ériger cette maxime consacrée par la jurisprudence en une règle de droit positif et lui attribuer l'autorité du statut personnel.

687. — Nous avons dit à plusieurs reprises, que les principes établis par la jurisprudence relativement à l'autorité des lois de l'État à l'égard des étrangers ne peuvent pas avoir la même force que les lois édictées par le législateur. Par conséquent, à supposer que les magistrats d'un pays aient constamment admis que la loi du divorce devrait avoir le caractère de loi de police, et qu'elle devrait par conséquent être appliquée aux étrangers aussi bien qu'aux citoyens, on ne pourrait pas conclure de là que les citoyens de ce pays devraient être soumis aux lois sur le divorce en vigueur dans les pays étrangers, parce qu'on devrait considérer la maxime, que la loi du divorce est une loi de police, comme faisant partie de leur statut personnel. Cela équivaldrait en effet à convertir une maxime judiciaire en une prescription légale.

Nous ajouterons que, même étant donné que le législateur d'un État aurait disposé expressément que la loi du divorce devrait être considérée comme une loi de police, cette disposition ne pourrait pas exercer son influence à l'étranger, de façon à être applicable dans l'instance en divorce introduite devant un tribunal étranger, de façon à autoriser ce tribunal à appliquer la loi territoriale sur le divorce aux citoyens de cet État, par la considération que cette loi, en tant que loi de police, serait conforme à leur statut personnel.

Il est, en effet, inadmissible qu'un législateur, en qualifiant une loi donnée loi de police, ait pu jamais entendre que le même caractère dût être attribué aux lois semblables émanées d'autres législateurs. C'est incontestablement d'après le droit territorial, qu'on doit décider quelles sont ou non les lois de police. Par conséquent, si la loi de police est comme telle applicable à tous ceux qui se trouvent sur le territoire, cela est sans influence sur les règles générales relatives au statut personnel applicables sur le territoire soumis à une autre souveraineté. De là il résulte que, lorsque dans le pays où l'instance en divorce serait intentée, la loi sur le divorce ne serait pas considérée comme une loi

de police, mais comme dépendant du statut personnel des époux étrangers, on ne pourrait pas, s'ils appartenait à un pays où cette loi serait qualifiée loi de police, appliquer la loi territoriale, sous le prétexte qu'elle serait conforme à leur statut personnel.

Dans l'arrêt de la cour de Bruxelles, il s'agissait d'une famille anglaise domiciliée en Belgique et la demande en divorce était fondée sur un motif admis par la loi belge et non par la loi anglaise. La cour néanmoins accueillit la demande, par la raison que d'après la jurisprudence anglaise, les affaires de divorce doivent être jugées d'après la loi du domicile au moment de la demande.

Or, si, d'après le droit en vigueur en Belgique, les demandes concernant la dissolution du mariage des étrangers doivent être jugées d'après le statut personnel, comment pouvait-on appliquer la loi belge ? Est-ce que par hasard le fait que les tribunaux anglais qualifient la loi du divorce loi de police pouvait constituer un statut personnel, et pouvait rendre la loi territoriale applicable à des étrangers domiciliés ou non en Belgique ? Nous ne pouvons l'admettre pour les raisons que nous venons d'exposer. Aussi, à notre sens, la cour a fait une application erronée des principes en vigueur en Belgique à l'égard du statut personnel des étrangers. <sup>1</sup>

688. — Maintenant, nous allons examiner si, du principe que le divorce doit être régi par le statut personnel, on ne peut pas conclure, que l'étranger ait le droit de le faire prononcer dans un pays où il n'est pas reconnu par la loi. Cette question a été vivement discutée en Italie dans l'affaire des époux Von Bremen, qui fut jugée par la Cour d'Ancône, par arrêt du 22 mars 1884. <sup>2</sup> Il s'agissait d'un oldembourgeois résidant à Ancône à raison de son com-

<sup>1</sup> Voir la note de Laurent sur cet arrêt, *loc. cit.*

<sup>2</sup> *Monitore dei tribunali*, 1884, p. 367 et *Giurisprudenza italiana*, 1884, II, p. 247.



merce, qui avait épousé une italienne. A la suite de l'abandon de sa femme, qui s'était rendue en Amérique, Von Bremen introduisit devant les tribunaux italiens une demande en divorce conformément à sa loi personnelle. Le tribunal se déclara compétent, mais repoussa la demande. La Cour, au contraire, considérant que le divorce n'est pas absolument contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, à l'égard des personnes dont la loi le permet, et que d'après le Code civil italien les rapports de famille doivent être régis par la loi personnelle, décida que, de même que l'étranger qui aurait obtenu le divorce dans son pays pourrait être admis à contracter un nouveau mariage en Italie, de même on devrait lui reconnaître le droit de demander le divorce d'après son statut personnel. Cet arrêt fut l'objet de graves discussions entre les juristes italiens, dont la majorité soutint la théorie contraire à celle de la Cour.<sup>1</sup>

C'est là aussi l'opinion que nous avons précédemment admise,<sup>2</sup> et dans laquelle nous persistons, parce qu'elle nous paraît préférable. L'opinion contraire a été soutenue par Laurent<sup>3</sup> et par Troplong, qui dans un réquisitoire, qu'il prononça alors qu'il était avocat général près la Cour de Nancy, émit l'avis qu'une femme anglaise pouvait demander le divorce devant un tribunal français (alors que la loi qui le défendait était en vigueur en France) à supposer que ce tribunal fût compétent.<sup>4</sup> De même Merlin a soutenu une opinion analogue.<sup>5</sup>

Les partisans de cette doctrine invoquent comme argument principal, que le divorce ne peut pas être considéré comme absolument contraire à l'ordre moral et au droit de

<sup>1</sup> Voir la note de Fusinato dans la *Giurisprudenza italiana cit.* et celle de Filomusi-Guelfi rapportée dans le *Foro italiano*, 1884, p. 574 ; Bianchi, *Archivio giuridico*, T. VI, p. 478.

<sup>2</sup> Voir § 121 de la 1<sup>re</sup> édition de cet ouvrage, 1869.

<sup>3</sup> *Droit civil international*, T. V, § 132.

<sup>4</sup> Le réquisitoire de Troplong est cité par Dupin, Dalloz, 1860, I, p. 59.

<sup>5</sup> *Répert.*, V<sup>o</sup> *Divorce*, Sect. IV, § 10.

la famille, ce qui ne nous semble pas contestable. Nous avons, en effet, déjà dit que le divorce ne saurait être considéré comme absolument licite ou illicite, moral ou immoral ; mais doit au contraire être regardé comme conforme à l'organisation de la famille dans les pays où il est permis par la loi. De là il résulte, que le divorce ne doit pas être réputé comme contraire à l'ordre juridique, au même titre que l'esclavage, la mort civile et la polygamie. Par conséquent, on ne doit pas considérer comme contraire à l'ordre public d'un pays dont la loi défend le divorce, de permettre au conjoint légalement divorcé d'après sa loi personnelle de se remarier. On ne peut en effet regarder comme contraire à l'ordre public, de reconnaître les conséquences légales d'un fait accompli sous l'empire d'une loi étrangère. Mais peut-on décider de même dans le cas où l'instance tend principalement à faire prononcer le divorce ? Il nous semble qu'alors la question doit être envisagée à un autre point de vue, à celui de savoir si dans l'hypothèse où une loi donnée ne reconnaît pas une institution juridique, il peut être permis à un étranger d'invoquer sa propre loi personnelle pour donner l'existence à l'institution juridique prohibée par loi territoriale.

Nous soutenons la négative, parce qu'en admettant que chaque souveraineté doit être réputée autonome et indépendante à l'égard de la création et de l'abolition de certaines institutions juridiques, et en admettant en outre, que les conséquences légales des relations juridiques dérivant des institutions, d'après la loi personnelle de chacun, doivent être admises, même là où ces institutions ne sont pas reconnues, nous ne saurions également admettre qu'une loi étrangère puisse être invoquée utilement pour donner la vie dans un État étranger à l'institution qui y est défendue, parce que nous considérons cela comme contraire aux intérêts généraux et aux droits de la souveraineté territoriale.

689. — L'étranger, qui introduit une demande en divorce

en Italie, a pour but d'obtenir du tribunal que par son jugement il donne l'existence à une institution, qui actuellement n'est pas admise par la loi italienne, mais est réputée contraire aux exigences sociales. Or, il nous semble que cela ne peut pas lui être permis, parce que se serait porter atteinte aux droits de la souveraineté territoriale, qui a le pouvoir absolu et exclusif de déterminer les institutions qui peuvent exister et celles qui doivent être interdites sur le territoire qui lui est soumis. L'atteinte à l'ordre public et au droit social ne résulterait certainement pas de la reconnaissance des conséquences légales du divorce régulièrement prononcé à l'étranger, parce qu'il s'agirait d'un fait juridique, qui aurait pris naissance et aurait été accompli sous l'empire d'une souveraineté étrangère. Toutefois, il nous semble que l'atteinte résulterait, par exemple, du fait d'invoquer en Italie la loi étrangère pour donner la vie dans notre pays au fait et à l'institution juridiques, qui dans l'état actuel de la législation sont prohibés par la loi italienne.

L'argument invoqué par les partisans de l'opinion contraire, qu'avec notre système le demandeur en divorce pourrait éprouver dans certains cas le grave préjudice de ne pouvoir pas trouver de juridiction compétente pour prononcer le divorce, à supposer qu'il n'ait pas de domicile ailleurs que dans le pays où le divorce serait légalement défendu, ne nous semble pas décisif. On devrait, en effet, avant tout reconnaître la juridiction du magistrat de la patrie de chacun à l'égard des questions de statut personnel et des rapports de famille, et si on voulait considérer le domicile comme décisif, on aurait toujours la ressource du domicile d'origine. <sup>1</sup>

<sup>1</sup> Les arguments du système contraire nous paraissent quant à nous décisifs. A ces arguments exposés avec une conscience absolue, l'auteur reconnaît de bonne foi qu'on ne peut faire qu'une objection sérieuse, c'est que les tribunaux d'un Etat ne peuvent pas, d'une façon directe, reconnaître en l'appliquant, une loi étrangère consacrant une institution prohibée par la loi locale, parce que cela aurait pour résultat de porter atteinte

La règle générale, que le divorce doit être régi par la loi personnelle de chacun doit dès lors être entendue en ce sens que, lorsque l'institution est admise par la loi territoriale, et que la juridiction des tribunaux ne peut pas être déclinée, le juge saisi de l'affaire doit la juger par application de la loi personnelle de chacun, et doit dès lors prononcer le divorce dans les cas et pour les motifs indiqués dans cette loi, même lorsque les dispositions relatives au divorce d'après cette loi sont différentes de celles consacrées par la loi territoriale.

690. — Maintenant, nous allons examiner quelques-unes des difficultés, qui peuvent se présenter au cours de l'instance en divorce.

Nous noterons d'abord que, comme la loi du divorce doit être réputée une loi d'ordre public à l'égard des personnes soumises à son autorité, le magistrat saisi de la demande ne peut se dispenser de considérer cette loi comme telle, et ne doit dès lors tenir aucun compte d'aucune convention quelconque faite par les époux pour y déroger. Aussi est-ce avec raison que la Cour d'appel de Pensilvanie, dans l'affaire *Kilborn c. Field*<sup>1</sup> a considéré comme de nul effet un accord intervenu entre les époux, par lequel l'un d'eux s'était obligé à payer à l'autre une certaine somme, pour qu'il renonçât à l'action en divorce.

691. — Lorsqu'au cours du mariage, le mari a ob-

aux intérêts généraux et aux droits de la souveraineté territoriale. Mais il nous semble que c'est là résoudre la question par la question : il faudrait, en effet, démontrer que la reconnaissance directe de l'institution non admise par le souverain territorial porte atteinte à ses droits et à ses intérêts généraux. Or, en quoi, par exemple, la souveraineté italienne, qui n'admet pas le divorce, sera-t-elle atteinte dans ses intérêts et ses droits supérieurs, si un de ses tribunaux déclare la dissolution par le divorce d'une famille française? Incontestablement, elle ne le serait pas plus que par la reconnaissance indirecte de la loi française du divorce, qui résulte du second mariage en Italie de l'époux français divorcé (Note du traducteur Ch. A.).

<sup>1</sup> Albany Law, Journal, p. 15.



tenu la naturalisation à l'étranger, on peut se demander si l'instance en divorce doit être intentée d'après la loi de la nouvelle patrie d'élection, et si elle peut être fondée sur des causes antérieures à la naturalisation.

Dans l'hypothèse où la naturalisation du mari aurait eu pour conséquence la naturalisation de la femme, il est hors de doute, que s'il y avait lieu de considérer comme violé à l'égard de l'un et de l'autre le statut régulateur des rapports de famille, l'un aussi bien que l'autre pourrait invoquer l'application de la loi de la nouvelle patrie d'élection, qui devrait être regardée comme une loi nouvelle à l'égard des époux.

Pour ce qui est du droit de baser l'instance sur des faits antérieurs à la naturalisation, il y a lieu de faire les observations suivantes. Le droit de divorcer ne peut pas être considéré comme un droit privé des parties qui dérive du contrat, et quand on a promulgué dans un Etat une loi nouvelle admettant le divorce, elle doit être appliquée même à l'égard de faits antérieurs à sa mise en vigueur, (toujours par le motif qu'il est inadmissible que le droit de divorcer ou de ne pas divorcer puisse constituer un droit privé acquis de façon à limiter l'autorité de la loi nouvelle). Dès lors, la loi de l'Etat dont les époux seraient devenus citoyens par la naturalisation, devant être considérée comme une loi nouvelle à leur égard, la question devrait être résolue d'après les mêmes principes.

L'opinion contraire est admissible dans le système où on attribue à la loi sur le divorce le caractère de loi de police, parce que dans cet ordre d'idées, on peut dire avec raison que, puisque ce qui justifierait principalement l'application de la loi sur le divorce aux étrangers ce serait la nécessité de sauvegarder la moralité de la famille et d'empêcher le scandale et le mauvais exemple, cette nécessité ne pourrait pas se manifester dans l'hypothèse où le fait se serait produit antérieurement à la naturalisation et sur un territoire étranger.

Une difficulté bien plus grave est celle qui peut se pré-

senter, lorsqu'au cours du mariage, le mari a acquis la naturalisation, dans un Etat dont la loi admet le divorce, tandis que la femme a conservé la qualité de citoyen acquise en vertu du mariage et lorsque, d'après la loi de l'Etat auquel elle a continué d'appartenir, le divorce n'est pas permis. Quand le mari voudrait invoquer la loi de sa patrie élective pour provoquer le divorce, on pourrait se demander si la femme ne pourrait pas lui opposer l'application du statut personnel de la famille, et si même la demande ne pourrait pas être rejetée par le même motif, lorsqu'elle serait basée sur une cause prévue par la loi de la patrie élective du mari et non par celle de la femme, à supposer que les deux époux consentissent au divorce.

En principe, nous admettons que la demande serait recevable, alors qu'elle serait fondée sur des faits postérieurs à la naturalisation, et non lorsqu'elle le serait sur des faits antérieurs.

En effet, étant donné que la naturalisation du mari n'aurait pas changé la qualité de citoyen de la femme, la loi régulatrice des rapports de famille pour le temps antérieur à la naturalisation devrait être celle à laquelle les deux conjoints étaient soumis. Du reste, le mari n'aurait pas pu, par son fait, modifier la condition conjugale résultant du lien juridique, en soumettant la femme aux dispositions de la loi de la patrie d'élection même à l'égard des faits antérieurs à la naturalisation.

Il en serait autrement, s'il s'agissait de faits postérieurs à la naturalisation. Sans doute, si la femme avait conservé la qualité de citoyen acquise par le mariage, elle pourrait invoquer l'application du statut personnel originaire de la famille, à l'égard des droits patrimoniaux acquis par elle à la suite du mariage. On doit, en effet, admettre à cet égard, que la femme ne peut éprouver aucun préjudice à raison d'un fait qui lui est étranger. Toutefois, d'une part le droit de divorcer, n'étant pas un droit privé dérivant des rapports contractuels, doit être régi par la loi régulatrice des rap-

ports de famille, qui doit être déterminée d'après la condition du mari, qui en est le chef. D'autre part, étant supposé que le fait perturbateur des rapports conjugaux se soit produit depuis la naturalisation, on serait conduit à admettre qu'il aurait eu lieu alors que la famille était soumise à l'autorité de la loi de l'État, où le mari aurait obtenu la naturalisation, et que pour les contestations d'intérêt et d'ordre publics, la femme ne pourrait opposer aucun droit acquis, pour méconnaître la loi de la nouvelle patrie de son mari. Nous concluons donc, en disant, qu'on devrait rejeter l'exception de la femme et admettre l'application de la loi de la patrie d'élection du mari.

692. — L'unique difficulté, qui puisse surgir dans l'hypothèse d'une instance en divorce introduite par l'individu naturalisé, est celle relative à la valeur même de la naturalisation, lorsqu'il pourrait résulter des circonstances qu'elle aurait été provoquée dans le but principal de modifier l'état personnel et de se soustraire à la loi qui défend le divorce et de se soumettre à celle qui l'autorise.

En principe, on ne peut pas soutenir que, lorsque quelqu'un est légalement soumis à une loi donnée, et qu'il s'est mis sous son empire dans le but de se soustraire à une autre loi plus assujettissante pour lui, ce dessein puisse être par lui seul une raison décisive pour exclure l'autorité de la loi nouvelle. Toutefois, dans notre cas, il pourrait se rencontrer des circonstances exceptionnelles, qui justifieraient la dérogation à la règle générale.

Supposons qu'un italien, dont la loi défend le divorce, se fasse naturaliser en Suisse, et qu'il résulte clairement des circonstances qu'il a agi ainsi dans le but de se soustraire à la loi italienne et d'obtenir le divorce, et que tel a été son but principal. Cela pourrait avoir lieu dans l'hypothèse où il aurait continué à conserver en Italie sa résidence habituelle et le centre de ses affaires, ainsi que de ses intérêts. Il nous semble qu'alors, la naturalisation étant ouvertement frau-

duleuse, pourrait être, avec raison, réputée sans effet, pour rendre la loi suisse sur le divorce applicable.

693. — Nous croyons que le même principe devrait être admis dans l'hypothèse, où un français, qui aurait obtenu la naturalisation dans un État allemand, dans lequel le divorce est permis pour certaines causes qui ne sont pas indiquées dans le code français, voudrait ensuite introduire devant les tribunaux français une demande en divorce d'après la loi de sa patrie d'élection. Toutefois, il faudrait toujours que l'intention frauduleuse résultât clairement des circonstances. Il semble dès lors, que le tribunal français ne pourrait pas déclarer la naturalisation nulle, parce que cela serait contraire à l'indépendance des souverainetés et que les tribunaux sont incompétents à l'égard des actes de souveraineté; mais qu'il pourrait la déclarer sans effet à l'égard de la loi française pour modifier les règles consacrées par cette loi relativement à la dissolution du mariage, et pourrait dès lors accueillir l'instance de la femme, qui soutiendrait qu'on devrait appliquer la loi française pour statuer sur l'action intentée par son mari. Mais rien ne s'opposerait à ce qu'un français, qui se serait fait naturaliser de bonne foi dans un État allemand, demandât en France l'application de son nouveau statut personnel dans les cas où un étranger peut en invoquer l'application. En effet, l'ordre public ne serait pas atteint, si on appliquait en France une loi étrangère différente de la loi locale à quelqu'un qui ne serait plus français, mais étranger. Toutefois, on devrait réputer contraire à l'ordre public territorial, qu'un citoyen pût se soustraire à l'application de sa loi personnelle, quand il résulterait d'un ensemble de circonstances concordantes et concomitantes, qu'il se serait fait naturaliser à l'étranger dans le but exclusif d'en éluder l'application.

694. — La procédure de l'instance en divorce doit être régie par la loi locale, qui doit être appliquée pour ce qui



concerne la preuve des faits, sur lesquels est basée la demande. Il peut toutefois s'élever des doutes à l'égard des moyens propres à établir l'adultère comme cause de divorce.

D'après certaines lois, l'adultère est une cause de divorce, seulement s'il résulte d'une condamnation pénale. Dès lors, il peut sembler qu'à l'égard d'une telle loi, la circonstance de la condamnation pénale soit un des éléments de la cause résultant de l'adultère. D'autres lois, au contraire, admettent que l'adultère peut être prouvé par tous les moyens reçus en matière civile. Or, il nous semble que les moyens de preuve de nature à constater l'adultère comme cause de divorce doivent être déterminés d'après la *lex fori*, et non d'après le statut personnel, parce que la preuve des faits allégués dans une instance fait partie de la procédure. Par conséquent, on ne pourrait pas exclure la preuve par témoins, à supposer qu'elle fût permise par la *lex fori* dans une instance civile.

695. — Pour ce qui concerne les effets substantiels qui peuvent résulter du divorce, disons avant tout qu'il ne peut avoir aucun effet rétroactif à l'égard des droits et des devoirs respectifs des époux qui y sont antérieurs, parce qu'il modifie les rapports personnels des conjoints seulement à partir du moment où le jugement a été prononcé. Par conséquent, le lien conjugal devant être considéré comme existant jusqu'à ce que le divorce ait été régulièrement prononcé, les actions des époux l'un contre l'autre pour les faits antérieurs au divorce doivent être régies par la loi régulatrice des rapports conjugaux. Dès lors, si d'après cette loi, il ne pouvait être intenté d'action en dommages et intérêts entre mari et femme, cette action ne pourrait être introduite à la suite du divorce pour des faits antérieurs, mais seulement pour des faits postérieurs.

A l'égard des effets, qui peuvent résulter de la dissolution du mariage en vertu du divorce, spécialement en ce qui con-

cerne l'obligation qui peut être imposée au mari d'assurer à la femme une rente annuelle pour ses besoins, les droits respectifs des époux sur les enfants, les obligations réciproques de pourvoir à l'entretien de ces mêmes enfants, et tout ce qui a trait aux rapports patrimoniaux des époux eux-mêmes, il faudra se reporter à la loi d'après laquelle devra être prononcée la dissolution du mariage.

696. — Un des effets les plus importants du divorce est de faire acquérir aux conjoints divorcés l'état de liberté quant au mariage, et de les rendre capables de se remarier. Une difficulté à cet égard peut se présenter dans l'hypothèse où le conjoint divorcé voudrait contracter une nouvelle union dans un État où le divorce n'est pas reconnu par la loi. On peut alors se demander si, eu égard à la loi territoriale qui défend le divorce pour des raisons d'ordre public, le conjoint divorcé peut être admis à célébrer un nouveau mariage.

Cette question a fait l'objet de longues discussions de la part des juristes, qui sont arrivés à des conclusions opposées. La jurisprudence s'est également divisée à cet égard.

Parmi les juristes français, Mailher de Chassat a soutenu la négative, alors que la loi qui abolissait le divorce était en vigueur en France. Voici comment raisonne cet auteur : « Le juge français reconnaît dans l'étranger sa  
 « qualité de national de tel pays, époux divorcé, c'est-à-dire  
 « la nationalité même de cet étranger, modifiée par l'état  
 « d'époux divorcé, comme elle pourrait l'être par l'état de mort  
 « civilement, de faillite, d'interdiction ou tout autre ; et s'il  
 « est appelé à statuer sur cette nationalité, ainsi modifiée, il  
 « aura recours à la loi de l'étranger qui définit et sa nationalité et la modification qu'elle a subie, pour en faire  
 « l'application ; mais il refusera à cette nationalité ainsi  
 « reconnue et constante en France les effets ou les conséquences, même formellement consacrés par la loi étran-

« gère, qui peuvent blesser la législation, les mœurs, l'opinion, l'ordre public français, ou les droits des tiers : car, magistrat français, son premier devoir est de faire respecter et d'appliquer les lois de son pays, lorsqu'on se prévaut devant lui d'une législation étrangère pour accomplir un fait qu'elle réproouve. Il refusera donc, dans l'espèce, de consacrer la disposition de la loi étrangère qui autorise l'époux divorcé à se remarier, comme contraire à la loi française. »<sup>1</sup>

Demangeat a soutenu la même théorie. Il a fait observer, que l'officier de l'état civil (alors que la loi qui défendait le divorce était en vigueur en France) ne pouvait assister à la célébration du mariage d'un divorcé, parce qu'il reconnaîtrait ainsi la validité du divorce, qui était considéré par la loi comme un mal et un scandale public.<sup>2</sup>

Merlin, au contraire, soutint le système opposé, parce que si la loi française avait condamné le divorce, elle n'avait pas considéré comme illicites les mariages contractés par ceux qui avaient obtenu le divorce avant la loi de 1816.<sup>3</sup>

La jurisprudence des tribunaux français était aussi divisée. Jusqu'en 1860 avait prévalu la doctrine, d'après laquelle l'étranger divorcé n'avait pas le droit de se remarier en France.<sup>4</sup> Plus tard, après l'arrêt de la cour de cassation du 28 février 1860, on avait admis en principe que l'étranger divorcé pouvait se remarier.<sup>5</sup>

Nous ajouterons, que la cour de Douai avait admis que

<sup>1</sup> Mailher de Chassat, *Des statuts*, Ch. III, *Du divorce*, n° 197.

<sup>2</sup> *Condition des étrangers*, § 583.

<sup>3</sup> *Questions de droit*, V° Divorce, § 13.

Voir aussi Demolombe, T. I, n° 101, T. III, n° 230 ; Westlake, *Privat international Law*, n° 350 ; Massé et Vergé sur l'article 37.

<sup>4</sup> Voir Paris, 30 août 1824, 28 mars 1843, 20 novembre 1848 et 4 juillet 1859, *Journal du Palais*, T. XVIII, p. 1022, T. XL-XLI et Dalloz, 1369, II, p. 153.

<sup>5</sup> Paris, 28 février 1860 (Butkley), Dalloz, 1860, I, p. 57, et Cass. 15 juillet 1878, Clunet, *Journal*, 1878, p. 499.

l'étranger qui avait célébré un premier mariage en France, régulièrement dissous par un divorce prononcé dans son pays, ne pouvait pas être admis à se remarier en France pendant l'existence de sa femme dans ce pays, parce qu'on devait considérer comme contraire à l'ordre public pour l'officier de l'état civil qui avait célébré le mariage d'assister à la célébration de la seconde union, alors que la première femme du divorcé habitait encore la même ville.<sup>1</sup>

Cette controverse n'a plus actuellement beaucoup d'importance en France, où le divorce a été rétabli, mais elle en a beaucoup dans les pays, dont le législateur interdit le divorce. Elle a été, en effet, discutée par les juristes italiens, et certains d'entre eux ont aussi soutenu que l'étranger divorcé ne pouvait pas être admis à célébrer un nouveau mariage en Italie, parce que cela serait contraire à l'ordre public et à la disposition de l'article 12 des dispositions préliminaires du Code civil, qui défend de reconnaître les lois étrangères qui dérogent aux lois italiennes concernant d'une façon quelconque l'ordre public ou les bonnes mœurs.<sup>2</sup>

697. — Nous avons déjà soutenu au point de vue des principes, que sans s'occuper de la moralité ou de l'immoralité du divorce, on ne pouvait jamais refuser à celui qui avait acquis légalement la liberté quant au mariage, la faculté de se remarier, même dans un pays dont la loi prohiberait le divorce, et nous avons ajouté que l'officier de l'état civil n'aurait pu refuser d'assister au mariage d'un anglais valablement divorcé qui aurait voulu contracter une nouvelle union en Italie. A l'appui de cette opinion, nous avons fait valoir, que la condition juridique d'un étranger et sa qualité de père, d'enfant, d'époux devait être déterminée d'après la loi de sa nation (art. 6 C. civ. ital.) : que les effets, qui dérivent de l'état juridique d'un étranger, ne pou-

<sup>1</sup> Douai 8 janvier 1877, *Clunet, Journal*, 1876, p. 39.

<sup>2</sup> Esperson, *Il principio di nazionalità applicato alle relazioni civili internazionali*, n° 21, p. 79.



vaient être annihilés, que lorsqu'ils étaient contraires à une loi d'ordre public de notre pays ; que l'officier de l'état civil ne pouvait pas déclarer la dissolution du mariage qui n'était pas prononcé, mais que lorsque le mariage aurait été déjà légalement dissous, il ne pouvait pas non plus empêcher le divorcé de contracter une nouvelle union, qui, lorsque la première était dissoute, n'était nullement contraire à nos lois, puisque le divorcé était dans la situation légale d'une personne non mariée. De là, nous avons conclu : qu'on ne pouvait pas considérer comme contraire aux institutions et aux lois italiennes la célébration d'un mariage en Italie par un conjoint étranger légalement divorcé. <sup>1</sup>

Laurent, tenant compte de notre opinion, qui est conforme à celle qu'il avait admise, fait observer néanmoins que si la théorie peut être admise d'après les principes, elle ne peut l'être d'après le droit italien, qui exclut l'application de la loi étrangère qui est contraire aux lois qui concernent l'ordre public et les bonnes mœurs. <sup>2</sup>

Nous rappellerons ce que nous avons dit dans la partie générale de cet ouvrage, pour déterminer de quelle façon on doit entendre l'application de la loi étrangère contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. <sup>3</sup> En ce qui concerne notre question, nous dirons qu'étant admis que le divorce a été légalement prononcé, et que par suite l'époux est devenu libre quant au mariage, on ne peut pas considérer l'ordre public territorial comme atteint, parce qu'un individu libre de toute union demande à contracter et contracte un mariage. Pour admettre l'atteinte à l'ordre public, il faudrait considérer l'individu divorcé comme marié ; mais nos adversaires n'ont pas réfléchi que, pour soutenir cela, il faut substituer la loi italienne à la loi étrangère, même pour régler à l'étranger les rapports d'une famille étrangère, et

<sup>1</sup> Voir § 134 de la première édition de cet ouvrage, Florence, Le Monnier, édit. 1869.

<sup>2</sup> Laurent, *Droit civil international*, T. V, 144.

<sup>3</sup> T. I, §§ 245, 259.

dire que, par cela seul que le législateur italien n'admet pas le divorce, on peut déclarer, au nom de la loi italienne, non avenue la dissolution du mariage, bien qu'il ait été dissous et légalement dissous d'après la loi étrangère, à laquelle les époux étaient soumis.

Nous pensons dès lors, qu'on ne peut considérer comme contraire au droit italien, de reconnaître à l'étranger divorcé le droit de se remarier. En effet, il ne résulte de là aucune atteinte à l'ordre public territorial, parce qu'un étranger qui n'est pas lié par son mariage précédent et qui est capable de s'unir d'après son statut personnel, en se mariant en Italie, ne donne pas lieu à l'application de l'article 12 des dispositions générales du code civil italien.

698. — L'atteinte à l'ordre public résultant du second mariage d'un divorcé peut être admise, dans l'hypothèse que nous avons déjà faite, de la naturalisation frauduleuse provoquée dans le dessein de faire prononcer le divorce et de se remarier dans son pays où le divorce est défendu. Tel serait le cas d'un italien, qui, de mauvaise foi, se serait fait naturaliser en Suisse pour faire fraude à la loi italienne. A supposer qu'ayant obtenu le divorce en Suisse, il veuille se remarier en Italie, et qu'il se trouve dans les conditions indiquées plus haut et dont résulte le caractère frauduleux de la naturalisation, il nous semble que le ministère public pourrait s'opposer à la célébration du second mariage, par le motif qu'il serait contraire à l'ordre public de considérer comme valable en Italie une naturalisation obtenue par un italien dans le but principal de se remarier en Italie du vivant de son premier conjoint. En admettant cela, nous n'entendons pas néanmoins accepter la théorie de la cour de Douai, <sup>1</sup> parce que l'atteinte à l'ordre public nous semble pouvoir se réaliser uniquement dans les circonstances indiquées plus haut (§ 692), et qui donnent à la naturalisation le caractère frauduleux.

<sup>1</sup> Voir *suprà*, § 696, p. 225.

On doit également considérer comme contraire à l'ordre public le fait d'admettre pour un citoyen, qui aurait obtenu le divorce à l'étranger contrairement à sa loi personnelle, la faculté de se remarier dans son pays, et de soutenir, que le second mariage par lui contracté à l'étranger à la suite de ce divorce devrait être réputé valide. On devrait, en effet, considérer comme contraire à l'ordre public de reconnaître l'autorité d'une loi étrangère, dont les prescriptions auraient été substituées sans droit à celles de la loi personnelle, pour régler les rapports de famille et la dissolution du mariage. Par conséquent, même à l'égard des pays où on admet le divorce, on ne peut pas regarder comme valable la dissolution du mariage de citoyens, à la suite d'un jugement prononcé à l'étranger pour une cause non prévue par la loi personnelle.

699. — Nous allons examiner une dernière difficulté à l'égard du mariage du divorcé. C'est celle qui peut se présenter dans l'hypothèse où les dispositions de la loi territoriale et celle de la loi personnelle sont différentes quant aux restrictions faites relativement au mariage du conjoint divorcé. En effet, d'après certaines lois, le conjoint coupable d'adultère ne peut s'unir à son complice, tandis que d'autres sont muettes sur ce point. D'après d'autres lois, le conjoint adultère divorcé ne peut se remarier qu'après la mort de l'autre époux, à moins que celui-ci ne se soit remarié ou ne consente au nouveau mariage. Il en est ainsi d'après le Code Suédois (tit. du divorce art. 2).

A première vue, on peut trouver sérieux l'argument de certains auteurs, que la loi qui défend à l'époux coupable d'adultère de s'unir avec son complice, ayant pour but principal la protection des bonnes mœurs dans la famille, doit avoir une autorité territoriale, même à l'égard des étrangers dont la loi ne renferme pas la même restriction. Nous dirons toutefois, qu'une telle prohibition a pour objet la protection des rapports de famille, que le principe de la protection des bonnes mœurs de la famille peut être entendu de

diverses manières, et que le mieux nous semble la façon de disposer des législateurs qui n'ont pas admis cette défense. En effet, sans légitimer le fait, nous croyons plus conforme aux bonnes mœurs, que celui qui a séduit une femme mariée répare sa faute en l'épousant. La chose est ainsi comprise en Angleterre, où on considère comme une sorte de dette d'honneur pour le complice d'une femme adultère divorcée de s'unir à elle par le mariage.<sup>1</sup>

Il nous semble dès lors, qu'on peut attribuer en principe à la loi qui contient la restriction, l'autorité de statut réel, en ce sens qu'elle soit applicable aux étrangers, dont la loi contient la même disposition. Nous admettons dès lors, que lorsque le complice appartiendrait à un Etat dont la loi contiendrait la même prohibition, il ne devrait pas lui être permis de se marier avec sa femme adultère. Nous pouvons aussi admettre que, comme on peut attribuer à la loi qui contient cette défense le caractère de loi de police, la disposition pourrait être appliquée dans le cas où le divorce aurait été prononcé par les tribunaux de l'État, où on voudrait ensuite procéder à la célébration du second mariage entre la femme divorcée pour adultère et son complice.

En dehors de ce cas, nous sommes d'avis que tout doit dépendre de la loi personnelle de chacun des époux qui veulent se marier.<sup>2</sup>

700. — On voit clairement d'après ce qui précède, quelle

<sup>1</sup> Mais n'est-ce pas aussi d'une façon indirecte, dans la majeure partie des cas, encourager l'adultère, surtout de la part des femmes, dont la subtilité extrême transforme souvent les désirs en projets réalisables, et qui seront d'autant plus promptes à violer leurs devoirs conjugaux, qu'elles penseront à la réhabilitation future de leur conduite par le mariage avec leur complice. Celui-ci, du reste, lorsqu'il sera indélicat, sera tenté de faire de mauvaise foi la promesse de mariage à la femme (Note du traducteur Ch. A.).

<sup>2</sup> Pour nous, pour les raisons indiquées (à la note précédente), nous pensons que l'ordre public s'opposerait toujours à la célébration de ce mariage dans les pays où il est interdit par la loi territoriale (Note du traducteur Ch. A.).



est l'extrême confusion engendrée par la diversité des lois et de la jurisprudence en ce qui concerne la juridiction des tribunaux à l'égard du divorce entre étrangers, la loi qui doit être appliquée et les effets de la sentence de divorce.

Nous devons ajouter que, pour augmenter encore la confusion, la congrégation de la sainte inquisition romaine a récemment promulgué une décision du 19 août 1886, par laquelle se mettant au-dessus de toutes les lois, elle a déclaré que le mariage valablement dissous d'après les lois civiles ne peut pas être réputé dissous d'après le droit ecclésiastique, et que par conséquent l'officier de l'état civil ne peut pas assister à la célébration du second mariage, à supposer que le premier ait été régulièrement dissous d'après la loi civile, mais qu'il soit encore valide d'après la loi de l'église.

Nous comprenons, que cette décision ne saurait aucunement influer sur la question au point de vue du droit civil, ni modifier les règles relatives à la dissolution du mariage antérieur et à la validité de la nouvelle union. Nous avons toutefois cru utile de la mentionner, parce qu'à l'égard des personnes qui admettent la prépondérance injustifiée de l'église catholique dans les matières civiles et temporelles, qui sont hors de sa compétence, elle peut avoir pour effet d'augmenter encore la confusion extrême qui existe à l'égard de l'efficacité du divorce.

---

## CHAPITRE VII

### DE LA PATERNITÉ ET DE LA FILIATION.

#### 701. Notions générales ; division des matières.

701. — Les questions qui concernent les rapports de paternité et de filiation sont strictement connexes à l'organisation de la famille ; car de la solution de ces questions dépendent l'état, la qualité et la condition juridiques des personnes qui forment la famille.

Tous les législateurs qualifient l'enfant de légitime ou d'illégitime, suivant que ses père et mère étaient ou non unis par le mariage. Toutefois, d'après certaines lois, l'enfant conçu avant l'union légitime de ses parents doit être réputé légitime, lorsqu'il est né depuis la célébration du mariage ; et d'après d'autres, sauf certaines exceptions, l'enfant peut être légitimé à la suite du mariage contracté par ses parents.

A l'égard de l'enfant né de personnes non mariées, les législateurs des divers pays admettent, que la condition juridique de filiation naturelle peut lui être attribuée par le père ou par la mère, ou par tous deux conjointement, sous certaines conditions déterminées dans chaque loi.

Il nous appartient de déterminer quelle est la loi, en vertu de laquelle doivent être résolues les questions qui concernent la paternité et la filiation. Aussi, pour procéder avec ordre, nous examinerons dans un paragraphe distinct celles relatives à la filiation illégitime, et finalement nous traiterons de la légitimation, c'est-à-dire de la condition ju-

ridique de légitimité, qui peut être attribuée par une disposition légale aux enfants conçus et nés hors du mariage.

Le rapport de filiation peut être aussi établi par une concession de la loi, au moyen de l'adoption, qui donne naissance à une relation juridique, qui sans être basée sur des rapports naturels, a pour résultat d'établir entre l'adopté et l'adoptant une condition légale semblable à celle qui résulte de la paternité et de la filiation légitimes. Nous en traiterons dans un chapitre séparé.

## § I.

### *Filiation légitime.*

702. La légitimité doit dépendre de la même loi que le mariage et les rapports de famille. — 703. L'action en réclamation ou contestation d'état doit être régie par le statut personnel. — 704. Difficulté dans l'hypothèse où le père et l'enfant appartiennent à deux Etats différents. — 705. La contestation ou la réclamation d'état doivent-elles constituer un droit personnel du père ou de l'enfant, et dans le cas où ils sont citoyens de deux états différents, doit-on préférer le statut personnel de l'un ou de l'autre? — 706. De la loi, d'après laquelle on doit juger l'instance pour établir la maternité, quand la femme appartient à un pays différent de celui dont le mari est citoyen. — 707. Examen de la question dans l'hypothèse, où le changement de qualité de citoyen a eu lieu dans une période intermédiaire entre la conception et la naissance. — 708. De la présomption de légitimité dans l'hypothèse de nationalité acquise après la célébration du mariage, mais avant la naissance de l'enfant. — 709. Examen de la question dans le cas où le changement de nationalité s'est produit avant la naturalisation. — 710. De la loi qui doit régir les moyens de preuve de nature à établir la légitimité. — 711. Le citoyen né à l'étranger ne peut pas se prévaloir de la loi étrangère pour établir d'après elle sa légitimité. — 712. La preuve de la légitimité d'un étranger doit être régie par son statut personnel. — 713. Il faut réserver le cas où l'administration de la preuve porterait atteinte à l'ordre public. — 714. La preuve de l'impuissance peut-elle être admise en conformité du statut personnel? — 715. Désavoué pour cause d'adultère. — 716. De la légitimité établie par l'acte de naissance et par la possession d'état. — 717. L'étranger peut-il se prévaloir en France de la disposition de l'article 322 du Code civil? — 718. La possession d'état peut être régie par la loi territoriale quand elle s'est réalisée sur le territoire. — 719. De l'autorité du statut personnel à l'égard de la possession d'état.

702. — Il faut poser comme principe, que la loi qui doit régir le mariage et les rapports de famille doit également avoir autorité à l'égard de la condition de légitimité de l'enfant né durant le mariage. Cette question doit être résolue d'après le statut personnel, et nous sommes d'accord sur ce point même avec les jurisconsultes anciens qui, considérant que la condition de l'enfant et la filiation constituaient le droit principal du statut personnel, admettaient à cet égard l'autorité de ce statut.<sup>1</sup>

Comme la principale condition dont dépend la légitimité est celle, que l'enfant ait été conçu depuis le mariage, ou que tout au moins il soit né durant cette union, la première chose à établir par celui qui revendique l'état d'enfant légitime, c'est l'existence juridique du mariage entre l'homme et la femme, dont il affirme être né. D'autre part, les personnes qui ont intérêt à contester la légitimité peuvent opposer l'inexistence ou la nullité du mariage. C'est là une question préjudicielle qui, en cas de mariage célébré à l'étranger, doit être résolue d'après les principes déjà exposés à l'égard de la validité ou de la nullité de ce mariage et de sa preuve.

En admettant le mariage comme existant, l'instance de l'individu qui réclame l'état d'enfant légitime peut donner lieu à différentes questions, suivant que la paternité ou la maternité est contestée. Il sera dès lors nécessaire de décider, si le mari doit être réputé le père de l'enfant né durant le mariage : s'il peut avoir le droit d'attaquer sa paternité : si l'enfant est né de la femme qu'il indique comme sa mère. Toutes ces questions se rattachent aux actions en réclamation ou en contestation d'état, qui doivent en principe être réso-

<sup>1</sup> D'Argentré, *Commentarii in patrias Britonum leges*, art. 218, glos. 6, nos 3, 4 et 7; Bouhier, *Coutumes du duché de Bourgogne*, Chap. XXIV, nos 122-125; de Boullenois s'exprime ainsi : « Je mets au nombre des statuts personnels ceux qui décident de la naissance légitime ou illégitime des enfants... ceux qui d'illégitimes les rendent légitimes. » — *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, Tit. I, Chap. II, observat. IV.



lues en conformité du statut personnel, qui dans notre système doit être la loi de l'État, dont le mari, qui est le chef de la famille, est citoyen. La raison de cette solution résulte toujours du principe général, que la loi sous la protection de laquelle la famille existe civilement elle et ses membres, doit servir à déterminer les liens juridiques qui unissent les personnes qui constituent la famille, et que c'est par conséquent d'après cette loi, qu'on doit décider si un individu possède à l'égard d'un autre la qualité de père, de mère ou d'enfant légitime.

703. — Il résulte de l'application de ce principe, que même si on veut établir ou contester la qualité d'enfant légitime par rapport à une loi étrangère, afin d'admettre ou d'exclure certains effets qui peuvent dériver de la légitimité, alors que la loi personnelle de l'intéressé et la loi territoriale sont différentes à cet égard, on doit observer en tout point le statut personnel, même pour ce qui concerne l'action en réclamation ou en contestation d'état, les moyens de preuve et les autres actions secondaires, qui peuvent être nécessaires pour l'établissement ou la contestation de la légitimité.

Supposons, par exemple, qu'un prussien ait épousé une italienne et qu'il ait eu durant le mariage un enfant présumé légitime. Indubitablement, il aurait le droit de refuser de reconnaître cet enfant, s'il pouvait prouver que la cohabitation avec sa femme avait été physiquement impossible, suivant les dispositions du Code prussien.<sup>1</sup>

Lorsque ce prussien serait mort après avoir laissé écouler six mois à partir du moment où il aurait connu la naissance de l'enfant, sans avoir introduit l'action, on pourrait se demander si ses héritiers italiens pourraient attaquer la légitimité, pour exclure l'enfant légitime prétendu de la possession des biens du défunt situés en Italie. Les auteurs, qui soutiennent la prépondérance de la *lex rei sitæ* pour toutes

<sup>1</sup> II<sup>e</sup> partie, art. 2-4.

les questions relatives aux immeubles, répondraient négativement, parce qu'ils appliqueraient la disposition du Code civil italien ainsi conçu : « Art. 167. — Si le mari meurt sans  
 « avoir intenté l'action en temps utile, (*lequel peut être au*  
 « *maximum de trois mois d'après l'article 166*) les héritiers  
 « auront deux mois pour attaquer la légitimité du fils, à  
 « compter du temps où ils seront entrés en possession des  
 « biens du défunt. » Dans notre cas, il se serait écoulé six mois, par conséquent l'action des héritiers italiens serait prescrite.

Nous soutenons cependant le contraire. En effet, il s'agirait d'une action dirigée contre l'état d'un fils prussien. La loi italienne dispose (art. 6), que l'état de l'étranger est réglé par la loi de la nation à laquelle il appartient, par conséquent l'action pour attaquer l'état devrait être régie par la même loi. Or aux termes du Code prussien (art. 7, 13, 15), le père peut attaquer la légitimité de l'enfant pendant un an à compter du moment où il a connu la naissance ; les parents ont l'action quand la mort du père s'est produite avant l'expiration de l'année à compter du jour de la naissance. Par conséquent, les héritiers italiens auraient l'action.

Si nous supposons, au contraire, qu'un italien ait épousé une autrichienne, et que deux cents jours après la célébration du mariage il soit né un enfant, les héritiers autrichiens pourront-ils, dans le cas où la femme et le mari sont tous deux morts et où le délai utile n'est pas expiré, contester l'état de fils légitime, pour exclure l'enfant de la succession des biens existant en Autriche et réservés exclusivement aux enfants légitimes, en se basant sur l'article 138 du Code civil autrichien, qui ne présume pas légitimes les enfants nés deux cents jours après la célébration du mariage ? A première vue, il semblerait qu'on pût soutenir l'affirmative, parce qu'il s'agirait d'une question de succession, et que pour déterminer si l'enfant aurait ou non la qualité d'héritier légitime, on devrait appliquer la loi du lieu où on demanderait l'envoi en possession de la succession. Toute-

fois, comme la question principale est une pure question d'état, qu'on doit résoudre par application de la loi personnelle, nous admettons la négative. C'est, en effet, d'après la loi personnelle de chacun, qu'on doit décider qui est légitime et qui est illégitime, et qui doit être présumé conçu dans le mariage ou en dehors du mariage. On doit donc, dans notre espèce, appliquer la loi italienne, aux termes de laquelle on présume né durant le mariage l'enfant qui est né 180 jours après la célébration de cette union.

704. — Relativement à l'application du principe par nous posé, que le tribunal doit résoudre les questions relatives à la filiation conformément au statut personnel, il peut se présenter certaines difficultés dans l'hypothèse où la loi personnelle du père n'est pas conforme à celle de l'enfant. Cela peut arriver, lorsqu'ils appartiennent chacun à un État différent, ce qui peut résulter, soit du fait que le père est devenu citoyen d'un autre Etat depuis la naissance de l'enfant, soit de celui que l'enfant est devenu citoyen du pays où il est né, à supposer qu'il soit né dans un Etat étranger, dont la loi attribuerait la qualité de citoyen à quiconque y naîtrait. On peut alors se demander si, pour résoudre la question de légitimité, on doit appliquer la loi personnelle de l'enfant ou bien celle du père.

705. — On pourrait de prime abord admettre que, comme le droit pour le père de refuser de reconnaître une personne comme son enfant est un droit qui lui est personnel, l'action en désaveu devrait être régie par la loi personnelle du père, et qu'il en devrait être de même de tout ce qui concernerait l'action et le délai utile pour l'intenter. Mais d'autre part, on pourrait soutenir, que le droit de l'enfant qui réclame l'état d'enfant légitime, étant un droit à lui personnel, doit être régi par sa propre loi personnelle, et non par celle du père.

Cependant le rapport juridique qui existe entre deux personnes, qui sont l'une à l'égard de l'autre, d'une part père ou

mère, et d'autre part enfant, est unique, puisqu'il résulte du fait naturel de la génération. On ne saurait dès lors distinguer le droit de l'une de ces personnes de celui de l'autre au point de vue de la loi qui doit le régir ; car, dérivant du même fait naturel, ces droits doivent être soumis à l'empire de la même loi.

Le fait accidentel que la naissance s'est produite en un lieu donné ne peut pas influencer d'une manière décisive sur la loi qui gouverne le rapport juridique. En effet, comme il n'a aucune influence à l'égard du changement de la loi régulatrice des rapports de famille, il ne peut en avoir aucune à l'égard de la détermination de la loi qui régit la paternité et de la filiation. Le rapport de filiation légitime dépend du fait que quelqu'un a été conçu ou tout au moins est né durant le mariage. Or ce doit être la loi, sous l'empire de laquelle est placée la famille et qui doit déterminer et régler les liens juridiques existant entre les membres de celle-ci, qui doit servir à décider si un individu doit ou non être présumé né durant le mariage. Du reste, comme lorsque le rapport juridique de légitimité ou d'illégitimité doit être présumé existant d'après la loi, le droit de réclamer l'état d'enfant légitime est à l'égard de l'enfant un droit parfait et acquis, comme l'est également à l'égard du père celui d'attaquer la légitimité, ce droit réciproque ne peut pas être modifié par le fait, que le père a acquis une qualité de citoyen nouvelle depuis la naissance de l'enfant.

Nous avons dit à plusieurs reprises, que le changement de qualité de citoyen ne peut avoir d'effet rétroactif, pour modifier les droits acquis d'après le statut personnel originaire de la famille. Or, il est clair, que le rapport entre père et enfant, de même que le droit de l'un à l'égard de l'autre, ne peuvent pas être soumis à une loi distincte par suite du changement de qualité de citoyen. C'est qu'en effet, on doit réputer leurs droits réciproques parfaits et acquis d'après la loi régulatrice des rapports de famille au moment de la conception ou de la naissance de l'enfant.



Dans l'autre hypothèse, où l'enfant, en vertu de la loi du pays où il serait né, serait devenu au moment de sa naissance citoyen de cet Etat, on ne pourrait pas non plus décider, qu'il pourrait invoquer cette loi pour établir d'après elle la preuve de sa légitimité. En effet, même si on admettait l'autonomie (bien qu'injustifiable) de la souveraineté étrangère quant à l'attribution de la qualité de citoyen de son pays aux personnes qui naissent sur son territoire de parents étrangers, cela ne pourrait pas influencer sur l'état personnel de la famille. Or, comme la légitimité doit toujours dépendre du fait qu'on a été conçu ou qu'on est né durant le mariage, et que ce fait doit être apprécié d'après la loi régulatrice des rapports de famille, l'enfant ne pourrait pas avoir le droit d'invoquer une autre loi, pour y soumettre la famille à laquelle il prétendrait appartenir. <sup>1</sup>

706. — On doit appliquer les mêmes principes dans l'hypothèse, où l'individu qui réclamerait l'état d'enfant légitime aurait introduit sa demande, pour prouver qu'il est né d'une femme, qu'il indiquerait comme sa mère et qui appartiendrait à un autre pays que le mari au moment où l'action serait exercée. Nous avons, en effet, démontré plus haut, que la différence de qualité de citoyen du mari et de la femme ne pouvait avoir pour résultat de modifier le statut personnel de la famille, et comme la question de la filiation légitime, aussi bien dans l'hypothèse où l'action est dirigée contre le père, que dans celle où elle est dirigée contre la mère, tend à établir un état de famille, elle doit toujours être résolue d'après la loi régulatrice des rapports de famille au moment où le rapport juridique a pris naissance,

<sup>1</sup> Laurent, en examinant l'arrêt de la Cour de Douai du 26 novembre 1866, soutient (T. V, § 245, p. 515 i. f.) une opinion différente de la nôtre. Il considère le droit de la légitimité comme un droit exclusif de l'enfant et soumis comme tel à sa loi personnelle, tandis qu'à notre sens, la paternité et la filiation légitimes constituent un rapport unique, qui doit dépendre du statut de la famille.

c'est-à-dire d'après la loi personnelle du mari qui est le chef de la famille. Dès lors, c'est cette loi, et non une autre, qui devra être appliquée par le tribunal saisi de l'affaire, à supposer qu'il puisse être considéré comme compétent pour la juger, pour déterminer le droit du père et de la mère, ainsi que celui de l'enfant, les actions qui leur appartiennent pour contester ou réclamer la légitimité, le délai utile pour exercer l'action, les moyens de preuve, et tout ce qui concerne le fond de l'instance relative à la légitimité.

707. — Une difficulté plus grave peut se présenter dans l'hypothèse où le changement de la qualité de citoyen du père se serait produit au moment intermédiaire entre la conception et la naissance de l'enfant. Les législateurs ayant admis la règle, *infans conceptus pro nato habetur, quoties des commodis ejus agitur*, et ayant attribué la légitimité à l'enfant conçu durant le mariage, ont fixé les principes concernant la période la plus longue et la plus brève de la gestation, afin de formuler la présomption légale relative à la conception durant le mariage. Toutefois, les dispositions à cet égard manquent d'uniformité. Ainsi le Code autrichien<sup>1</sup> fixe à dix mois la période la plus longue de la gestation, tandis que les Codes italien et français la fixent à trois cents jours.<sup>2</sup> De quelque façon, du reste, qu'on veuille calculer ce délai, il est certain que le dernier jour du dixième mois va au delà des 300 jours. La période la plus courte de la gestation est fixée à six mois par le Code autrichien et à 180 jours par les Codes italien et français.

Supposons qu'une italienne ait épousé un autrichien et qu'à la mort du mari, se prévalant de la faculté qui lui est accordée par l'article 14 du Code civil italien, elle ait recouvré la qualité de citoyen italien, en fixant son domicile en Italie. Supposons aussi que, 302 jours après la dissolution

<sup>1</sup> Art. 138.

<sup>2</sup> Art. 160 C. civ. italien et art. 312 C. civ. français.

de son mariage, elle mette au monde un enfant. Devra-t-on considérer cet enfant comme légitime et conçu durant le mariage. ?

En appliquant la loi autrichienne, on devrait le présumer légitime, parce qu'il serait né dans le dixième mois après la mort du mari. Au contraire, d'après la loi italienne, on devrait admettre la négative, parce que la période de la gestation qu'elle fixe est de 300 jours. Laquelle des deux lois devra-t-on appliquer pour résoudre le conflit ? A première vue, on pourrait soutenir, que les règles qui concernent la filiation légitime intéressent éminemment l'ordre public, et que par conséquent, s'agissant d'une femme qui serait italienne au moment de la naissance de l'enfant, on devrait décider la question d'après la loi italienne ; que la conception est un fait mystérieux et que les présomptions légales établies par chaque législateur, pour déterminer si ce fait s'est ou non produit durant le mariage, dépendant de règles suggérées par la science et par l'expérience et admises par ce législateur, ne peuvent pas être à la légère transportées d'un système de lois dans un autre ; que le fait juridique certain dans notre cas serait celui de la naissance sur le territoire italien d'un enfant issu d'une femme italienne, que l'attribution de l'état de légitimité à cet enfant dépendrait de la présomption de la conception au cours du mariage avec son défunt mari ; que pour admettre cette présomption, on ne pourrait pas accepter d'autres règles que celles établies par le législateur italien, qui en appliquant au fait de la naissance, lequel est un fait certain, les règles suggérées par la science, établit par voie de présomption si la conception peut ou non être considérée comme s'étant produite à une époque donnée. On pourrait conclure, pour toutes ces raisons, que l'enfant ne pourrait pas réclamer l'état de fils légitime, et que sa légitimité pourrait être contestée par les intéressés.

Mais on pourrait, en sens contraire, soutenir que la légitimité devrait dépendre de la présomption légale, que

l'enfant aurait été conçu par l'homme qui était le mari de la femme qui l'a mis au jour ; que le fait de la naissance serait le fait certain, mais que la question litigieuse serait relative à l'auteur de la conception, c'est-à-dire qu'il s'agirait de décider si on devrait considérer comme le père de l'enfant le mari de la mère, ou un autre individu ; que ce serait une question concernant les rapports personnels entre l'enfant et l'auteur de ses jours, que la loi qui doit régir de tels rapports doit être le statut originaire de la famille, et que c'est d'après ce statut qu'on doit décider s'il existe ou non un rapport juridique de légitimité entre l'enfant et celui qu'il indique comme son père, que les rapports de famille et les droits qui en résultent en faveur de l'enfant ne peuvent pas être modifiés par le fait de la mère, qui, en restant veuve, a recouvré la qualité de citoyen de son pays d'origine ; que le droit de celle-ci de recouvrer cette qualité est incontestable, mais à la condition toutefois de ne pas changer d'une façon désavantageuse l'état de famille, que l'enfant a acquis d'après la loi qui régissait originairement les rapports de famille, loi qui était celle du mari, ou en d'autres termes dans notre cas la loi autrichienne ; que dès lors, aux termes de cette loi, la présomption de légitimité ne pouvant pas être exclue pour l'enfant né dans le dixième mois depuis la mort du mari, on ne peut présumer illégitime celui qui est né 302 jours après la dissolution du mariage célébré par un autrichien.

Les arguments invoqués à l'appui des deux opinions sont incontestablement très sérieux. Néanmoins, nous sommes d'avis qu'on doit préférer la solution la plus favorable à la légitimité, parce qu'elle est également la plus conforme aux principes que nous avons posés, et d'après lesquels, dans les questions de filiation légitime, tout doit dépendre de la loi personnelle du mari, laquelle régit la famille.

708. — Maintenant, supposons qu'un italien ait, depuis son mariage, acquis la qualité de citoyen autrichien, et que



180 jours après la célébration de ce mariage il soit né un enfant. Celui-ci serait autrichien, parce qu'il serait né d'un père autrichien. Comme d'après la loi autrichienne, on présume illégitimes les enfants nés de la femme avant le septième mois à partir de la célébration du mariage, la légitimité de cet enfant pourrait être contestée par le père. Si, au contraire, on devait appliquer la loi de l'Italie, dont le père était citoyen avant sa naturalisation, l'enfant devrait être réputé légitime, parce qu'aux termes de l'article 160 du Code civil italien, on doit présumer conçu durant le mariage l'enfant qui est né 180 jours après la célébration du mariage.

Certains auteurs ont soutenu, qu'en vertu de la règle, aux termes de laquelle l'enfant conçu doit être réputé né toutes les fois que cela peut être favorable à ses intérêts, il devrait être permis à l'enfant de se prévaloir de la loi sous l'empire de laquelle il aurait été conçu, lorsqu'elle serait plus favorable à sa légitimité.

Telle est l'opinion de Laurent, qui dit que comme on doit admettre la règle, *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*, établie en faveur de l'enfant, il doit lui être permis de choisir entre les deux statuts (celui de la conception et celui de la naissance) le plus favorable à ses propres intérêts. En acceptant cette opinion, on en arriverait à admettre que, dans notre cas, l'enfant pourrait invoquer la loi italienne pour établir la présomption de légitimité.

Nous ne pouvons admettre cette doctrine. Il est, en effet, à noter, que l'adage connu peut être invoqué quand il s'agit d'appliquer la loi du même État dans les rapports de droit privé; mais qu'il ne saurait également être invoqué pour déterminer l'autorité de la loi d'un État par rapport à celle d'un autre pays, parce que la question de compétence législative ne peut être résolue de telle ou telle manière, suivant qu'elle est plus favorable à l'intéressé. Les lois qui concernent la filiation, et d'après lesquelles on doit déterminer celui qui est légitime et celui qui ne l'est pas, sont des lois d'ordre

public, parce qu'elles concernent l'état et l'organisation de la famille. On doit admettre, que lorsque le rapport juridique de légitimité est né et est devenu parfait sous l'empire de la loi qui réglait les rapports entre le père et l'enfant, l'état d'enfant légitime, devant être réputé un droit individuel acquis, ne peut pas être méconnu et ne saurait être soumis à une loi différente de celle, sous l'empire de laquelle le droit a pris naissance. Par conséquent, à supposer que le père fût devenu citoyen d'un autre État après que l'état de légitimité aurait été acquis, on ne pourrait pas appliquer la loi de la nouvelle patrie du père pour statuer sur la légitimité. De ce principe, il résulte que, si l'enfant était né en Italie 180 jours après la célébration du mariage et si le père s'était postérieurement fait naturaliser autrichien, on ne pourrait pas appliquer la disposition des articles 138 et 155 du Code civil autrichien pour trancher la question de légitimité; mais qu'on devrait au contraire appliquer la loi italienne, qui présumant légitime l'enfant né 180 jours après la célébration du mariage, lui a attribué l'état de légitimité avant que le statut personnel de la famille n'ait été modifié par suite du changement de la qualité de citoyen du père. Admettre qu'on puisse appliquer la loi de la nouvelle patrie pour apprécier des rapports nés et parfaits avant que le changement de la qualité de citoyen n'ait eu lieu, ce serait la même chose que donner à l'acquisition de la qualité de citoyen un effet rétroactif.

On ne peut pas décider de même dans notre hypothèse, où l'enfant est né en Autriche après que le père a obtenu la naturalisation dans cet Etat; car, comme il serait né autrichien et comme on ne pourrait, sans qu'il en résultât une atteinte à l'ordre public et à l'organisation de la famille autrichienne, appliquer une loi étrangère pour décider si un autrichien né dans une famille autrichienne devrait être présumé légitime ou illégitime au moment de sa naissance, il serait impossible d'accorder à l'enfant la faculté d'invoquer la loi italienne, pour établir d'après elle la présomption de légitimité.

709. — Il faudrait aussi, dans notre ordre d'idées, admettre que si l'enfant était né en Italie, avant que son père italien ne se fût fait naturaliser autrichien, celui-ci pourrait refuser de le reconnaître en prouvant que durant l'époque qui s'est écoulée du 300<sup>e</sup> au 180<sup>e</sup> jour depuis sa naissance il était dans l'impossibilité physique d'habiter avec sa femme, par suite de son éloignement d'elle ou par suite d'un autre accident, conformément à la disposition de l'article 162 du Code civil italien. La raison est toujours la même, c'est que la loi sous l'empire de laquelle le rapport juridique de paternité et de filiation est devenu parfait doit être appliquée, non seulement pour établir la présomption de légitimité, mais aussi pour régler toutes les actions qui peuvent tendre à exclure cette présomption.

710. — Pour ce qui concerne les moyens de preuve, à l'aide desquels on peut établir ou combattre la légitimité, il faudra aussi admettre la règle, qu'ils doivent être régis par la loi, d'après laquelle la légitimité peut être établie ou exclue. Ce ne pourrait pas être le cas d'appliquer la *lex fori*, en considérant la preuve comme faisant partie de la procédure. En effet, comme elle tend à établir le fait générateur du rapport juridique ou à l'exclure, l'admissibilité d'un moyen donné de preuve est strictement connexe à la question d'état personnel, et il est clair que cette admissibilité doit dépendre de la même loi que l'état personnel. Par conséquent, dans l'hypothèse où on discute devant le tribunal d'un État la question de la légitimité d'un étranger, on ne peut pas considérer comme contraire à l'ordre public territorial, que le magistrat admette un moyen de preuve reconnu par la loi personnelle étrangère, qui doit régir l'action, pour établir ou contester la légitimité, bien que ce moyen de preuve ne soit pas admis aux termes de la loi territoriale.

711. — On devrait incontestablement considérer comme immoral de permettre au citoyen de l'État d'invoquer la loi

étrangère, (à supposer que l'enfant fût né à l'étranger ou que ses parents s'y fussent mariés), pour établir d'après cette loi le rapport de filiation légitime à l'égard de la loi de son propre pays. Chaque législateur, pour assurer l'organisation de la famille et la condition civile des personnes qui la composent, non seulement indique d'une façon certaine qui est enfant légitime et qui est enfant illégitime, mais, pour pourvoir à la tranquillité de tous, formule des règles certaines relativement aux conditions, d'après lesquelles l'état de légitimité peut être réclamé ou contesté. Or, comme il faut reconnaître et respecter l'organisation de la famille dans chaque pays, telle qu'elle est établie par la loi qui y est en vigueur, et comme les rapports de famille sont la base de chaque communauté politique, et que les familles qui appartiennent à chaque communauté doivent demeurer partout soumises à la loi qui les régit, on doit admettre comme règle de droit commun entre tous les États, que chacun d'eux reconnaisse l'autorité des lois des autres qui concernent les rapports de famille, la condition et l'état de la famille et tout ce qui se rapporte aux mesures propres à établir cet état. Par conséquent, ce ne pourrait pas être le cas d'invoquer la règle *locus regit actum* pour justifier l'application de la loi étrangère, afin de déterminer d'après elle les moyens de preuve propres à établir ou à constater la légitimité de l'enfant, dans l'hypothèse où la naissance ou bien le mariage des citoyens auraient eu lieu à l'étranger.

712. — Les raisons que nous avons invoquées pour exclure l'application de la loi territoriale dans les questions de filiation légitime, peuvent l'être aussi en ce qui concerne les moyens de preuve propres à établir ou à contester la légitimité d'un étranger.

Il sera dès lors nécessaire de se reporter à tous égards au statut personnel de la famille. On devra par conséquent admettre la preuve testimoniale, celle par document ou par écritures, ou la possession d'état, suivant que chacun de ces



modes de preuve sera admis ou exclu par le statut personnel.

D'autre part, on devra, par exemple, exclure la preuve de l'impuissance naturelle lorsque, bien qu'admise d'après la *lex fori*, elle ne pourrait pas, aux termes de la loi personnelle du mari, être administrée pour désavouer l'enfant. C'est ce qui aurait lieu, par exemple, à l'égard de l'enfant d'un français, d'après l'article 313 du Code civil français.

Le tribunal civil de la Seine, appelé à statuer sur la légitimité d'un russe, admit en principe, que l'étranger pouvait user en France des moyens de preuve permis par la législation de son pays, et la partie ayant voulu faire usage des listes de recensement, ce tribunal décida conformément au droit russe sur l'admissibilité de ce mode de preuve destiné à établir l'état civil des personnes. <sup>1</sup>

713. — Il faut du reste, à l'égard de l'administration de la preuve, admettre l'exception, que nous avons toujours faite en ce qui concerne la reconnaissance dans un autre État d'une loi étrangère, que de l'emploi des moyens de preuve il ne résulte aucune atteinte à l'ordre public ni au droit territorial. Cela ne peut se produire que lorsque les législateurs des deux pays se sont inspirés de principes différents relatifs à l'ordre public pour admettre les preuves, parce qu'ainsi que nous l'avons répété à plusieurs reprises, ces règles doivent être impératives seulement à l'égard des personnes soumises à l'autorité du législateur. L'ordre public peut être atteint dans le seul cas où l'administration de la preuve est par elle-même en opposition avec l'ordre public et avec le droit public territorial.

714. — On doit admettre, par l'application de cette règle, que lorsqu'aux termes du statut personnel il serait permis au mari, en alléguant son impuissance naturelle, de désavouer son enfant, ce mode de preuve ne pourrait pas

<sup>1</sup> Trib. civ. de la Seine, 14 mars 1879, Clunet, *Journal*, 1879, p. 544.

être exclu, à supposer qu'il voulût l'administrer devant un tribunal français ou devant un tribunal italien.

Les Codes civils français (art. 313) et italien (art 164) excluent ce genre de preuve pour contester la légitimité. Nous constatons que les raisons, en vertu desquelles ce mode a pu être exclu, ont été de prévenir le scandale. Toutefois, nous sommes d'avis que le motif déterminant du législateur a été l'incertitude de la preuve dans une contestation aussi grave.

Il ne nous semble du reste pas que l'ordre public serait troublé, si on admettait la preuve de l'impuissance aux termes de la loi étrangère. Il s'agirait, en effet, des rapports d'une famille étrangère. Or on ne saurait se dispenser de reconnaître en principe, que le législateur étranger devant seul être réputé compétent pour fixer l'état des personnes qui composent la famille, la question de l'admissibilité de la preuve de l'impuissance doit être résolue d'après cette loi. On ne peut du reste pas objecter, qu'il puisse en résulter une atteinte à l'ordre public interne. Il suffit, en effet, de considérer que la preuve de l'impuissance peut être administrée en Italie d'après la loi italienne dans les cas prévus par cette loi (tel est celui de l'article 107, qui permet la preuve de l'impuissance manifeste et perpétuelle pour arriver à l'annulation du mariage), et qu'en France même elle ne peut pas être absolument exclue dans le cas où on veut obtenir l'annulation du mariage en raison de l'impuissance, qui d'après les auteurs peut être considérée comme une cause d'erreur sur les qualités de la personne.

Rien dès lors ne peut faire obstacle à ce que cette preuve soit administrée dans un but différent prévu par la loi étrangère, dans une question d'état qui concerne les personnes soumises à cette loi. Nous ne nous trouvons pas d'accord à ce sujet avec Laurent, qui attribue à la disposition de l'article 313 du Code civil français l'autorité du statut réel, et est d'avis, qu'on ne saurait admettre en France la preuve de l'impuissance d'après le statut personnel du mari étranger, parce que cela serait contraire à la morale.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Laurent, *Droit civil international*, T. V, § 244, p. 513.

715. — On devrait appliquer les mêmes principes dans l'hypothèse où l'action en désaveu de la part du mari serait fondée sur la circonstance de l'adultère, et où sa loi personnelle serait différente de celle du pays où l'instance serait introduite, en ce qui concernerait les règles relatives au mode de preuve de ce fait. Les dispositions d'une loi étrangère différente de la loi territoriale à l'égard du désaveu de l'enfant pour cause d'adultère peuvent être appliquées sans porter atteinte à l'ordre public, parce que les présomptions plus ou moins graves consacrées par le législateur étranger pour prévenir l'intrusion d'étrangers dans la famille et les moyens de preuve par lui prescrits dans ce but peuvent être admis sans porter atteinte à l'ordre public, quand ils ont pour but d'établir ou de contester l'état des personnes soumises à la loi étrangère, bien que les règles admises par le législateur étranger à l'égard du système des preuves soient différentes de celles prescrites par le législateur du pays où l'instance est introduite.

716. — Le mode ordinaire de preuve de la filiation légitime consiste dans l'acte de naissance. Pour ce qui concerne la valeur de ce document à l'égard de la forme, il faudra se reporter aux principes, que nous avons exposés plus haut à l'égard des actes de l'état civil. Toutes les fois que l'intéressé présenterait l'acte de naissance, et qu'il serait contesté non pas à l'égard de sa valeur comme preuve concluante de la filiation, mais en ce qui concernerait sa forme instrumentaire, on devrait appliquer la règle, *locus regit actum*, pour en apprécier la valeur. Nous rappellerons à cet égard ce que nous avons dit précédemment.<sup>1</sup>

Certaines lois disposent que la légitimité des enfants ne peut pas être contestée pour le seul motif de l'absence d'acte de naissance ; mais que ce titre peut être remplacé par la possession continue de l'état d'enfant légitime. Il en est ainsi

<sup>1</sup> V. T. I, Chap. IX, *Des actes de l'état civil*, p. 572.

notamment d'après les lois française (art. 320 C. civ.), italienne (art. 171 C. civ.), hollandaise (art. 316 C. civ.). Or il est hors de doute qu'il faut se reporter à la loi régulatrice des rapports de famille, pour décider si la possession d'état peut remplacer l'acte de naissance et pour déterminer les conditions dont peut résulter cette possession.

717. — La difficulté à cet égard peut se présenter dans l'hypothèse prévue par l'article 322 du Code civil français, qui est conforme à l'article 173 du Code civil italien, et qui dispose que : « Nul ne peut réclamer un état contraire à celui « que lui donne son titre de naissance et la possession con-  
« forme à ce titre ; — et réciproquement nul ne peut contes-  
« ter l'état de celui qui a une possession conforme à son ti-  
« tre de naissance. » Si en France ou en Italie, on voulait contester l'état d'enfant légitime d'un étranger, qui aurait été déclaré tel dans l'acte de naissance qu'il aurait présenté, et qui aurait en outre la possession d'état d'enfant légitime, à supposer que d'après le statut de sa famille on n'admette pas la possession d'état comme preuve décisive de la légitimité, ou qu'il soit permis de la combattre à l'aide de preuves contraires, devrait-on accueillir la preuve d'après le statut personnel malgré la défense formelle consacrée par la loi territoriale ? L'admission de l'autorité de la loi étrangère pour contester devant les tribunaux français ou italiens le statut d'une personne, qui a la possession d'état d'enfant légitime conforme à son titre résultant de l'acte de naissance, devra-t-elle être regardée comme contraire à l'ordre public interne, en raison de la défense contenue dans les articles précités des Codes civils italien et français.

A première vue, il pourrait sembler que, s'agissant de questions relatives à l'organisation de la famille, on devrait appliquer en tous points la loi étrangère régulatrice des rapports de famille, parce que c'est d'après elle qu'il faut décider exclusivement quelle est la personne qui doit être réputée illégitime. Par conséquent, on devrait admettre la



preuve contraire aux termes de la loi étrangère, malgré la prohibition de la loi territoriale, parce que cette preuve tendrait à établir ou à contester l'état d'un étranger. Toutefois, comme les dispositions des Codes civils français et italien ont pour but direct la protection du droit social et de la bonne foi publique et la sauvegarde des tiers, qui ont le droit de compter sur le fait juridique de la légitimité, alors qu'il résulte non seulement de l'acte de naissance, qui fait foi par lui-même non seulement de la véracité des faits qu'il énonce mais encore de la possession d'état conforme à cet acte, qui, lorsqu'elle est continue et constante, établit aussi une présomption absolue de la filiation, admettre qu'un tel ensemble d'éléments concordants en faveur de la légitimité puisse être détruit à l'aide de moyens de preuves contraires prévus par la loi étrangère constituerait une atteinte à la conscience publique, à la bonne foi et aux intérêts sociaux. Il nous semble dès lors, qu'on doit attribuer aux dispositions précitées l'autorité du statut réel.

Nous soutenons surtout cette opinion dans l'hypothèse où l'un ou l'autre des deux éléments, c'est-à-dire la naissance inscrite sur les registres de l'état civil, ou la possession d'état conforme à l'acte de naissance se sont produites sur le territoire où est introduite l'action en contestation d'état. En effet, le fait juridique résultant de l'inscription de l'acte de naissance sur les registres de l'état civil et de la confirmation de la véracité de ce titre par la possession d'état dans un autre pays, ou le fait juridique résultant de la réalisation sur le territoire des faits et des circonstances, qui constituent la possession d'état conforme à l'acte de naissance rédigé à l'étranger, rendrait plus certaine l'application de la loi territoriale, pour exclure, en l'appliquant, tout droit quelconque de contester la légitimité.

718. — Nous ajouterons que, bien qu'en principe on doive apprécier la valeur de la possession d'état pour établir la légitimité, d'après le statut de famille, toutefois, lorsque la

possession d'état d'enfant légitime s'est manifestée sous l'empire de la loi territoriale, et a tous les caractères requis d'après cette loi pour établir la légitimité, on pourrait admettre l'étranger à se prévaloir de la disposition de la loi territoriale, afin d'établir à l'aide de cette loi sa filiation légitime jusqu'à preuve contraire. Nous soutenons cela, parce que la disposition de l'article 320 du Code civil français et des autres Codes qui la reproduisent nous paraît inspirée par l'idée de protéger la conscience publique, la bonne foi et le droit social, en attribuant au fait juridique apparent la valeur qui est reconnue au droit substantiel et réel. Le législateur a eu raison de considérer que, lorsque deux personnes unies comme mari et femme ont toujours traité un individu comme leur enfant et l'ont présenté publiquement comme tel ; lorsque cet individu a porté constamment le nom de la personne connue comme son père, et que ce dernier a, en cette qualité, pourvu à son éducation, l'a sans cesse reconnu dans la société comme son enfant, ces circonstances prises dans leur ensemble doivent être réputées par elles-mêmes comme la preuve la plus certaine de la filiation. Aussi, la conscience publique serait offensée si, étant données ces circonstances, elle ne pouvait pas être fixée d'une façon certaine sur la légitimité de l'enfant.

719. — Nous n'entendons pas cependant, par cette théorie, modifier l'opinion que nous avons soutenue précédemment, qu'on doit décider d'après le statut personnel, si l'état de légitimité peut être établi par la possession d'état. Il faut en effet, bien distinguer un cas de l'autre. Ainsi, il nous semble qu'on doit admettre que, lorsque par exemple, on discuterait devant un tribunal français la question de légitimité d'un étranger, celui-ci ne pourrait pas demander l'application de l'article 320, à supposer que la possession d'état ne fût pas admise par sa loi personnelle, et qu'il nes'agit pas d'établir sa légitimité pour exercer des droits successifs dans une succession ouverte en France, toujours pour le motif,

que dans les questions de filiation concernant des étrangers, les tribunaux français doivent appliquer la loi étrangère, et non la loi française. Mais si les faits et les circonstances, desquels résulterait d'après la loi française la possession d'état, s'étaient réalisés en France, l'étranger pourrait invoquer la disposition de l'article 320, et le tribunal français, sans se préoccuper des dispositions de la loi étrangère, devrait considérer la possession constante de l'état d'enfant légitime comme suffisante pour établir la légitimité, parce que, dans notre hypothèse, ce serait le fait juridique, qui se serait produit en France, qui légitimerait par lui-même l'application de la loi territoriale.

## § II.

### *Des enfants nés hors du mariage.*

720. De la condition juridique de l'enfant-naturel d'après les lois des différents Etats. — 721. Les systèmes législatifs concernant les modes légaux de constater la paternité ou la maternité naturelles sont différents. — 722. Les dispositions relatives aux enfants qui peuvent être reconnus et aux droits qui leur sont attribués diffèrent aussi. — 723. Comment sont inévitables les conflits de lois et comment doit être établi le principe pour les résoudre. — 724. La capacité pour faire valablement l'acte de reconnaissance doit dépendre du statut personnel du père. — 725. Comment doit-on déterminer la capacité pour l'enfant d'être reconnu. — 726. Son droit d'attaquer la reconnaissance doit être régi par sa loi personnelle. — 727. La reconnaissance d'un enfant naturel adultérin par un père étranger, d'après sa loi personnelle qui l'autorise, peut-elle être valable en France ? — 728. Un étranger ne peut pas reconnaître son enfant adultérin dans l'acte de naissance dressé en France ou en Italie. — 729. La reconnaissance de l'enfant naturel faite à l'étranger dans un même acte par un étranger marié et par une femme française ou italienne non mariée peut-il être valable en France ou en Italie à l'égard de la mère de cet enfant ? — 730. Un italien peut-il, à la suite d'un serment qui lui a été déféré à l'étranger pour établir la paternité, être tenu de donner des aliments à son enfant adultérin ? — 731. De la filiation naturelle établie par sentence judiciaire. — 732. Loi qui doit régir le droit de faire la preuve de la paternité. — 733. L'admissibilité de l'action doit être régie par le

statut personnel de l'étranger. — 734. Examen critique de la jurisprudence contraire. — 735. Un individu inscrit sur les registres de l'état civil comme français ou comme italien ne peut pas être admis en France ou en Italie à faire la preuve de la paternité de son auteur étranger. — 736. Un individu naturalisé français ou italien ne peut pas rechercher en France ou en Italie la paternité de son auteur étranger. — 737. *Quid juris* s'il faisait cette recherche dans la patrie de son auteur. — 738. La sentence judiciaire étrangère qui déclare la paternité naturelle peut-elle produire certains effets dans la patrie de celui qui a été déclaré le père de l'enfant ? — 739. Cas d'un français, dont la paternité naturelle a été déclarée en Autriche par un jugement d'un tribunal autrichien. — 740. On peut toujours invoquer sa propre loi personnelle pour établir, que le statut civil de filiation ne peut être établi qu'en conformité de cette loi. — 741. Résumé de notre théorie. — 742. Comment les principes exposés doivent-ils être appliqués à l'égard de la recherche de la maternité. — 743. La possession d'état peut-elle servir de base à la filiation naturelle. — 744. Cas exceptionnel où la possession d'état judiciairement établie peut équivaloir à un aveu judiciaire à l'égard du père naturel. — 745. Formes de la reconnaissance. — 746. Effets de la reconnaissance valide. — 747. Du changement de qualité de citoyen postérieur à la reconnaissance.

720. — L'enfant né des relations de deux personnes qui n'étaient pas unies par le mariage à l'époque de sa conception est réputé illégitime.

Les lois de beaucoup d'États lui attribuent, sous certaines conditions déterminées, l'état d'enfant naturel, et certaines d'entre elles admettent qu'il suit la condition de la mère. D'après d'autres, le père et la mère peuvent établir à son égard le rapport de paternité ou de maternité naturelles, et par conséquent il a la filiation paternelle ou maternelle, suivant que le père ou la mère l'ont reconnu.

D'après d'autres législations, au contraire, on ne peut pas constater la filiation illégitime de façon à attribuer à l'enfant naturel un état juridique comme tel et l'ensemble des droits qui dérivent de la filiation. Il en est ainsi d'après la *Common Law*, aux termes de laquelle l'état de filiation naturelle ne peut pas être juridiquement établie, et l'enfant naturel né hors du mariage est considéré comme *filius nullius* ou *filius populi*. Par conséquent, aux termes de cette loi, il n'est pas permis de constater juridiquement la filiation naturelle par la reconnaissance ou la preuve de la paternité ;



on admet seulement, que celui qui est indiqué comme le père de l'enfant naturel et qui ne peut pas détruire la preuve, dont résulte qu'il est probablement le père de l'enfant, est tenu de pourvoir aux frais d'entretien, pour en dégrever les paroisses, qui en sont tenues quand on ne peut pas trouver le père probable. Dans ce système législatif, l'enfant naturel n'a pas d'état juridique, dont dérivent des droits à l'égard du père ou à l'égard de la mère. L'obligation même imposée au père putatif de pourvoir à l'entretien est temporaire ; elle dure en effet jusqu'à l'époque où l'enfant a atteint l'âge de treize ou de seize ans, et consiste dans l'obligation de payer jusqu'à cet âge une somme déterminée, qui a été fixée par la Cour. <sup>1</sup>

Un droit presque uniforme est celui en vigueur en Suède, en Norvège et en Danemark. D'après ce droit, l'enfant naturel n'a pas d'état juridique ni de droits à l'égard du père, pas plus que celui-ci n'a de droits à l'égard de l'enfant quand il reconnaît sa paternité. La loi règle seulement l'obligation naturelle de nourrir l'enfant et de l'entretenir, et impose surtout cette obligation à la mère. <sup>2</sup> Celle-ci peut appeler le père à y contribuer, et si celui-ci refuse de se reconnaître tel, elle peut lui déférer le serment. En Norvège, il n'est pas même nécessaire, comme en Suède et en Danemark de faire prêter le serment devant le magistrat, la mère pouvant obliger le prétendu père à le prêter devant l'autorité administrative.

En Suède, quand le père avoue sa paternité, l'autorité administrative ou le tribunal fixent la part, pour laquelle il doit être tenu de contribuer à l'entretien de l'enfant en concurrence avec la mère. Cette obligation dure jusqu'à 15 ans en Norvège ; <sup>3</sup> en Danemark, dans les cas ordinaires, jusqu'à 14 ans ; en Suède, jusqu'à ce que l'enfant soit en mesure de pourvoir par lui-même à ses propres besoins.

<sup>1</sup> Stephen, *Commentaries of english law*, T. II, p. 296-300.

<sup>2</sup> Lois du 1<sup>er</sup> août 1821 et du 6 juin 1863, § 4.

<sup>3</sup> Loi du 6 juin 1863, § 4.

Le père, qui a avoué sa paternité, n'a pas le droit de diriger l'éducation de l'enfant de préférence à la mère. En Suède, c'est une question controversée ; mais dans les deux autres pays scandinaves, le père, même en prenant à sa charge les dépenses de l'éducation, ne peut pas avoir le droit de la régler sans le consentement de la mère, à supposer que celle-ci prenne un soin convenable de l'enfant. <sup>1</sup>

Il est à noter, que quand il est prouvé que la mère a eu des rapports avec différentes personnes, suivant le droit des États scandinaves, l'obligation de pourvoir à l'entretien de l'enfant doit être réparti entre tous ceux qui ont eu des relations avec la mère.

De là il résulte clairement, que suivant le droit en vigueur en Angleterre et dans les États scandinaves, la filiation illégitime n'attribue ni l'état juridique de la filiation naturelle, ni les droits qui y sont attachés.

721. — Dans les pays, où sont en vigueur des lois qui attribuent à l'enfant naturel un état juridique comme tel et des droits déterminés à l'égard des personnes reconnues légalement comme père ou comme mère, il existe néanmoins une notable diversité, tant pour ce qui concerne les personnes, à l'égard desquelles ce rapport peut être juridiquement établi, que pour ce qui concerne les droits qui peuvent résulter de l'état civil de filiation naturelle.

Le rapport de filiation naturelle, de même que celui de filiation légitime, est un effet de la nature et dérive du fait de la génération. Il ne devient toutefois un rapport juridique valable pour attribuer l'état civil, que lorsque la paternité ou la maternité sont légalement constatées. La façon la plus générale est celle de la reconnaissance de la part du père ou de la mère, qui déclarent librement et spontanément qu'ils ont engendré une personne donnée. Certains législateurs n'admettent d'autre manière de constater la filiation natu-

<sup>1</sup> Ordonnance du 30 mai 1874 et loi de 1821, § 6.

relle, que la reconnaissance faite par le père et par la mère, tant conjointement que séparément. Il en est ainsi, aux termes des Codes civils français et italien, qui ne permettent la recherche de la paternité, que dans le cas d'enlèvement, quand la date de l'enlèvement correspond à celui de la conception. A l'égard de la maternité, ces deux Codes n'en excluent pas absolument la recherche ; mais l'admettent sous certaines conditions prévues par l'article 190 du Code italien et 341 du Code français.

Les lois des autres pays admettent, au contraire, que l'état civil de filiation naturelle peut être établi par d'autres moyens de preuve, et n'excluent dès lors pas la recherche de la paternité et de la maternité naturelles. Il en est ainsi d'après les Codes prussien (art. 618), bavarois (part. I, CIV), autrichien (art. 163), et par de nombreuses autres législations. Le Code de la Louisiane admet la recherche de la paternité en faveur seulement des enfants de race blanche engendrés par un père de même race, et en faveur des enfants de couleur, lorsque le père est aussi un homme de couleur.

722. — En ce qui concerne les personnes, à l'encontre desquelles peut être établi le rapport de paternité et de maternité naturelles, la principale différence entre les lois consiste, en ce que certaines ne défendent pas d'établir ce rapport même à l'égard de l'enfant adultérin ou incestueux, tandis que d'autres, comme les lois italienne et française, prohibent absolument la reconnaissance de l'enfant adultérin ou incestueux.

Pour ce qui concerne finalement les droits qui dérivent de l'état civil de filiation naturelle, il existe aussi une notable différence entre les lois des différents pays. Les unes ont attribué à l'enfant naturel ces droits à l'égard du père, de façon à lui ouvrir pour ainsi dire les portes de la famille légitime. C'est ce qu'a fait notamment le législateur italien, qui attribue à l'enfant naturel reconnu le droit de prendre le nom de famille du père, de recueillir une portion de sa

succession *ab intestat* et d'avoir un droit de réserve dans la succession testamentaire. D'autres législateurs, au contraire, ont été plus rigoureux à l'égard des enfants illégitimes. Tel est notamment le cas du législateur autrichien, qui ne reconnaît d'autre droit à l'enfant naturel, que celui d'exiger de son père les aliments, l'éducation et l'établissement en proportion de ses ressources, et refuse à cet enfant tout droit de succession, de même qu'il refuse au père le droit de puissance paternelle et même celui de tutelle, en lui accordant seulement les droits requis pour l'éducation, à laquelle il doit pourvoir.

723. — Cette diversité de systèmes législatifs et de dispositions rend très compliqués les conflits, qui peuvent s'élever entre les lois des divers pays à l'égard de l'autorité, que chacune d'elles peut exercer en ce qui concerne la filiation naturelle, les modes de preuve de cette filiation, et les droits du père et de l'enfant dans leurs rapports entre eux.

Nous ne pouvons pas, pour déterminer la compétence législative à l'égard de ces rapports, appliquer le statut de la famille, parce qu'il s'agit d'enfants nés de relations illicites et hors du mariage. Il faudra par conséquent rechercher la loi, qui doit régir le rapport de filiation naturelle. Ce rapport résulte du fait naturel de la génération. Toutefois, comme il ne devient un rapport juridique, que lorsque la paternité ou la maternité sont légalement constatées, tout se réduit à déterminer la loi, d'après laquelle le rapport naturel peut devenir un rapport civil et juridique.

En principe, on peut dire que, comme la filiation naturelle juridiquement constatée constitue par elle-même un statut personnel dans le système des lois qui l'admettent, et comme toutes les questions qui concernent le statut personnel doivent être régies par la loi personnelle de chacun, il faut se reporter à cette loi pour décider si l'état civil de filiation naturelle peut être attribué à une personne déterminée.

Il faut toutefois considérer que l'enfant né de parents in-



connus, parce qu'il n'a été reconnu ni par son père ni par sa mère, acquiert la qualité de citoyen du pays où se produit sa naissance ; et qu'il suit la condition de la mère, quand elle l'a reconnu et qu'on ignore quel est son père, et la condition de son père, quand celui-ci le reconnaît. Il peut arriver par conséquent, que l'enfant ait acquis une qualité de citoyen propre par suite du fait qu'il est né de parents inconnus, et que postérieurement la mère veuille le reconnaître ou que ce soit le père qui veuille le faire quand l'enfant, à la suite de la reconnaissance de la mère, est devenu citoyen du pays de celle-ci. Est-ce qu'en cette hypothèse tout devra dépendre de la loi personnelle de l'enfant, ou de celle du père ou de la mère qui voudront le reconnaître, à supposer que ces lois soient distinctes ?

Il faut admettre en principe, que les conditions d'existence et de validité, sous l'empire desquelles la filiation naturelle doit être établie, doivent être déterminées d'après la loi personnelle du père. La raison en est, que le rapport dont résulte la paternité ou la maternité et la filiation est unique, qu'on le considère à l'égard du père ou de la mère, ou à l'égard de l'enfant, et qu'il ne peut par conséquent s'agir de droits régis par des lois différentes. Il faut en outre considérer, que la constatation légale de la filiation naturelle a seulement pour effet de convertir le lien naturel en lien juridique. Elle est dès lors déclarative, et non attributive de droits, et comme lorsque la filiation est constatée elle n'attribue pas l'état, mais attribue en principe à l'enfant la qualité de citoyen du pays de son père, on devra admettre que la loi personnelle de chacun des père et mère qui veut faire l'acte de reconnaissance est celle dont doit dépendre l'existence et la validité de l'acte lui-même, et que dès lors il faudra se reporter au statut personnel du père, s'il s'agit de filiation paternelle, et à celui de la mère, s'il s'agit de filiation maternelle.

724. — Pour faire valablement l'acte de reconnaissance, il faut avant tout que la personne soit capable, et il est néces-

saire à cet égard de consulter la loi personnelle de chacun. Dès lors si cette loi attribuait une capacité spéciale pour reconnaître un enfant naturel, capacité différente de celle requise pour accomplir valablement les actes juridiques, il faudrait se conformer aux dispositions de cette loi.

Ainsi, par exemple, d'après le Code hollandais (art. 337), le mineur a une capacité spéciale pour faire valablement l'acte de reconnaissance. Il peut, en effet, reconnaître à dix-neuf ans un enfant naturel. Lorsqu'aux termes de la loi personnelle, il n'existe aucune disposition à cet égard, il ne nous semble pas qu'on doive appliquer les mêmes règles que pour décider sur la capacité d'un étranger de faire tout acte civil quelconque, en considérant comme incapable l'individu qui, d'après sa loi personnelle, devrait être réputé tel pour contracter des obligations. En effet, la reconnaissance de l'enfant naturel devant être considérée comme l'accomplissement de l'obligation naturelle qui lie le père à son enfant, on devrait considérer comme suffisant pour la validité de cet acte, que son auteur ne fût pas dépourvu de la capacité naturelle indispensable pour comprendre la portée de cet acte.

Par conséquent, il nous semble que non seulement on doit considérer comme capable de reconnaître l'enfant naturel l'étranger condamné à la mort civile; mais qu'on doit aussi considérer comme tel l'étranger interdit, toutes les fois qu'il résulte des circonstances qu'il jouissait de la plénitude de ses facultés au moment où il a accompli l'acte de reconnaissance. Nous disons cela, parce que si on voulait appliquer à la reconnaissance les règles générales applicables aux contrats et aux obligations juridiques, l'incapable viendrait à être privé entièrement de la jouissance du droit de se déclarer père de son enfant. Il en serait privé, parce qu'on ne peut certainement pas admettre qu'on puisse attribuer au tuteur ou au représentant légal de l'incapable la faculté de reconnaître en son nom son enfant naturel. On ne pourrait pas plus considérer comme dans les attributions du tuteur celle du mandat légal de reconnaître un fait es-

sentiellement personnel accompli par l'incapable et en tout point étranger à ce tuteur. Nous sommes donc d'avis que, quand, d'après le droit naturel, on ne peut ni contester ni exclure la capacité de l'étranger qui, quoiqu'incapable d'après le droit civil, veut reconnaître un enfant naturel, le magistrat devra considérer l'acte de reconnaissance comme valable.<sup>1</sup>

Il faut admettre, en outre que, comme la reconnaissance ne peut avoir d'effet qu'à l'égard de celui dont elle émane, on devra apprécier la capacité du père et de la mère au point de vue de la reconnaissance (à supposer qu'ils appartiennent à des États distincts), et la valeur de cet acte émané de l'un d'eux, qui aurait indiqué l'autre parent dans ce même acte, avec ou sans son consentement exprès, d'après leur statut personnel respectif. Ce sera donc d'après ce statut seulement, qu'on devra décider la question de savoir si un enfant naturel ainsi reconnu doit avoir cet état comme tel, ou seulement quelques droits déterminés à l'égard de l'autre parent. Nous mettrons mieux en lumière cette idée par l'application que nous en ferons plus loin.

725. — Nous ne saurions admettre l'opinion de certains auteurs, d'après laquelle pour la validité de la reconnaissance, on doit réputer indispensable que l'enfant soit capable d'être reconnu et dès lors que la validité de la reconnaissance doive dépendre de la loi personnelle de cet enfant.<sup>2</sup> Lau-

<sup>1</sup> Pour nous, il faut restreindre l'application de cette règle de la capacité spéciale pour la reconnaissance au cas où la loi personnelle du père est muette sur ce point. Mais lorsque cette loi pose des règles précises, on ne peut pas, sous prétexte de principes de droits exceptionnels applicables à un acte civil d'une nature spéciale, déroger à la loi nationale du père. Autrement, le principe que la loi personnelle doit régir la capacité des parties deviendrait vite une fiction. Rien, en effet, de plus facile, pour l'écarter, dans la majeure partie des cas, que de soutenir que la loi personnelle serait contraire au prétendu droit naturel. (Note du traducteur Ch. A.)

<sup>2</sup> Compar. Laurent. *Droit civil international*. T. V, § 225; Despagnet *Droit international privé*, § 370. A. Weiss, *Traité de Droit international privé*. T. II., p. 727.

rent est partisan de cette opinion ; mais il n'en apprécie pas les difficultés, parce qu'il admet que le statut personnel de l'enfant se confond avec celui du père et de la mère. Or il peut bien arriver que l'enfant ait acquis une qualité de citoyen propre par la naissance. Même en admettant qu'il doive suivre la condition du père, quand ce dernier l'a reconnu, si, pour décider sur la validité de la reconnaissance, tout devait dépendre du statut personnel de l'enfant, il pourrait se faire que la reconnaissance ne pût avoir lieu en raison de l'interdiction faite par le statut de ce dernier, que nous avons supposé avoir une qualité de citoyen distincte de celle du père qui voudrait le reconnaître. Ainsi on devrait admettre qu'un individu inscrit sur les registres de l'état civil comme français, par suite de sa naissance de parents inconnus, ne pourrait pas être reconnu en Allemagne par un prussien, par exemple, parce que la loi française interdit la reconnaissance des enfants adultérins.

Il nous semble, au contraire, que le consentement de l'enfant n'est pas exigé pour la reconnaissance comme pour l'adoption. En effet, le père peut faire l'acte de reconnaissance, même contre la volonté de l'enfant, sauf la faculté pour ce dernier de l'attaquer pour vices substantiels de forme. Par conséquent le statut personnel de l'enfant ne peut exercer aucune influence sur les conditions requises pour la validité de sa reconnaissance.

726. — Nous pouvons seulement admettre, que si l'enfant avait, par sa naissance, acquis une qualité de citoyen propre, le droit qui lui appartient d'attaquer la reconnaissance devrait être régi par sa loi personnelle, c'est-à-dire par celle de l'Etat dont il a acquis la qualité de citoyen par la naissance. La raison en est que, ce droit devant être considéré comme un droit personnel de l'enfant, celui-ci devrait en jouir d'après la loi du pays où il est né et qui doit le protéger. Même en admettant que la reconnaissance valide ait pour effet d'attribuer à l'enfant la qualité de citoyen de la patrie du père,



par qui il a été reconnu, et par conséquent de changer son état personnel, on ne peut pas en conclure que son action pour attaquer la reconnaissance doive être régie par le statut personnel du père. En effet, il est clair que, comme le changement de la qualité de citoyen et du statut personnel dépendrait de la validité de la reconnaissance, et que l'action de l'enfant tendrait précisément à attaquer la validité de cet acte, elle devrait être régie par sa loi personnelle propre, et non par celle du père.

727. — Partant de cette idée, on peut dire qu'un enfant, né en France ou en Italie et inscrit sur les registres de l'état civil comme français ou italien, qui serait ensuite reconnu par un étranger marié, dont la loi admettrait la validité de la reconnaissance même à l'égard de l'enfant adultérin, acquerrait en vertu de cet acte les droits d'enfant naturel d'après la loi personnelle du père, toujours pour le motif qu'on doit apprécier d'après cette loi la validité de l'acte de reconnaissance. Aucun doute ne pourrait exister dans l'hypothèse où l'acte de reconnaissance aurait été fait par le père dans son pays où on le contesterait. En effet, étant donné que la reconnaissance de l'enfant adultérin ne soit pas défendue par la loi personnelle du père, on ne pourrait se dispenser d'en admettre la validité dans son pays.

La difficulté qui peut se présenter est celle de savoir, si la reconnaissance peut être valide par rapport au droit français ou au droit italien, à supposer que celui au profit duquel elle aurait été faite, se trouvât déjà inscrit sur les registres de l'état civil comme français ou comme italien, par le fait d'être né de parents inconnus.

Il peut sembler, à première vue, qu'on doive admettre la négative, par la considération que la loi qui défend la reconnaissance des enfants adultérins est évidemment inspirée par de graves motifs de morale publique.

On n'a pas, en effet, voulu permettre qu'il soit légalement

constaté qu'une personne mariée a violé ses devoirs conjugaux, qui sont la garantie indispensable de l'ordre de la famille. Comme le disait Bigot-Préameneu, en exposant les motifs de cette prohibition, la reconnaissance d'un enfant incestueux ou adultérin serait de la part du père ou de la mère l'aveu d'un délit. Il est clair, que la conscience publique serait blessée, si on en attribuait une valeur juridique à la déclaration des parents.

Par suite de ces considérations, pour omettre les autres, on doit indubitablement admettre, que la prohibition consacrée par les législateurs français et italien est motivée par le respect de la morale publique. Or, par suite du principe général, qu'aucune loi étrangère ne peut avoir d'autorité sur le territoire d'un État, quand il en résulte une atteinte aux principes d'ordre public d'après le droit territorial, on pourrait conclure que la reconnaissance de l'enfant adultérin faite par un parent étranger en conformité de sa loi personnelle devrait être sans effet en France ou en Italie.

On peut dire en sens contraire, que les prescriptions de la loi française concernant l'organisation de la famille doivent être considérées comme impératives à l'égard seulement des personnes soumises à l'autorité de cette loi : que le législateur français ne peut avoir aucun intérêt à appliquer ses lois aux familles étrangères : qu'on ne saurait prétendre attribuer aux idées d'ordre moral par lui admises comme base de sa législation une autorité sur toutes les parties du monde ; que dans un autre système de lois, par suite d'idées différentes reçues relativement à l'organisation de la famille et à l'accomplissement des devoirs moraux, il a bien pu se faire que le législateur ait consacré des règles distinctes à l'égard de l'obligation juridique du père, et que le respect des lois étrangères destinées à régir les personnes qui y sont soumises ne peut être considéré en principe comme contraire à l'ordre public territorial.

Il faut, en effet, admettre que d'après le système des lois allemandes, comme d'après celui de la loi autrichienne, le

rapport de filiation naturelle n'a pas pour effet d'établir un état civil, dont dérivent dans l'intérêt de l'enfant des droits à l'égard de la famille. Les droits de l'enfant sont limités par ces lois aux aliments qui lui sont dus par le père, qui doit lui assurer l'existence et l'éducation proportionnellement à ses ressources. Ce droit aux aliments à l'encontre du père dérive de la loi de la nature, et d'après cette loi, on ne saurait distinguer entre l'enfant issu d'un père libre quant au mariage et celui issu d'un homme marié. Tous deux ont le droit d'être alimentés par l'auteur de leurs jours. Par conséquent, on ne saurait soutenir que le législateur, qui a converti ce devoir naturel en devoir juridique à l'égard de tous les enfants nés hors du mariage, y compris les enfants adultérins et incestueux, ait violé les principes de la morale. On peut, au contraire, admettre que, s'étant inspiré de conceptions d'ordre moral différentes, il est arrivé à formuler des règles distinctes. Il a ainsi pu, avec raison, considérer que si l'adultère était une faute dont les auteurs étaient punissables, il n'en était pas de même de l'enfant issu de cette faute, et que même il serait immoral de laisser ce malheureux sans protection légale à l'égard de ceux qui lui ont donné la vie. Il a pu dès lors imposer au père et à la mère l'obligation de fournir des aliments à l'enfant adultérin, qu'ils ont spontanément reconnu, et donner à l'enfant le droit de les contraindre à accomplir cette obligation par la preuve de la paternité ou de la maternité.

Etant admis le principe par nous posé, que la reconnaissance est un acte qui émane exclusivement de son auteur et qui n'a exigé, ni le concours, ni le consentement de l'enfant, il en résulte que les conditions de la validité de cet acte doivent être appréciées d'après la loi personnelle du père. Or, il nous semble que la reconnaissance, par un prussien marié, d'un enfant inscrit sur les registres de l'état civil français comme né de parents inconnus, doit avoir pour effet de lui attribuer en France l'état de filiation naturelle d'après le droit prussien et tous les effets qui en résultent d'après ce

même droit. Nous ne pouvons pas admettre, que l'ordre public puisse être considéré comme troublé en France, si on reconnaît les conséquences juridiques d'après la loi prussienne d'un fait juridique créé sous l'empire de cette loi, bien qu'elle soit basée sur des principes d'ordre moral distincts de ceux consacrés par le législateur français. Quel intérêt peut-on avoir à régler par la loi française les rapports entre un prussien et son enfant? C'est vainement qu'on objecterait les arguments développés dans l'exposé des motifs de l'article 335 du Code civil français, parce qu'ils militent en faveur de l'exclusion de la reconnaissance de l'enfant adultérin de la part d'un français, mais non pas en faveur de l'obligation d'imposer les prescriptions de la loi française à un prussien. Tout législateur organise la famille et règle les rapports personnels entre les citoyens d'après les principes qu'il juge préférables, et on ne saurait, en principe, considérer comme contraire à l'ordre public de reconnaître l'autorité d'une loi étrangère inspirée par des principes d'ordre public différents.

728. — Nous pouvons seulement admettre que, si le père prussien voulait reconnaître l'enfant dans l'acte de naissance qui serait reçu en France et prétendait contraindre l'officier de l'état civil à inscrire dans cet acte sa déclaration qu'il est marié et père du fils naturel indiqué par lui, cet officier pourrait refuser de recevoir une telle déclaration, parce que le fait juridique qu'on voudrait ainsi constater en France, celui de la filiation adultérine, pourrait être considéré comme contraire à la loi territoriale, qui défend une telle constatation pour des motifs d'ordre public. Nous disons du reste cela uniquement pour justifier le refus de la part de l'officier de l'état civil; mais il faudrait cependant admettre que si la reconnaissance avait été faite dans l'acte de naissance par un prussien marié, qui n'aurait pas indiqué sa qualité, ou si elle avait eu lieu avec l'indication de la qualité de d'homme marié, soit dans l'acte de naissance, soit dans un acte séparé, on devrait toujours appliquer la loi



prussienne, pour apprécier la validité de cette déclaration et on ne pourrait pas invoquer la règle *locus regit actum*, parce que cette règle ne peut avoir aucune autorité dans les questions qui concernent le contenu des actes accomplis par des étrangers et les conditions substantielles pour la validité de ces mêmes actes.

729. — Il peut y avoir des cas, dans lesquels la validité de la reconnaissance de l'enfant naturel d'après la loi étrangère peut rencontrer l'obstacle des lois d'ordre public territorial.

Supposons qu'un prussien marié reconnaisse l'enfant né de lui et d'une femme non mariée française ou italienne, et qu'il fasse cette reconnaissance dans l'acte de naissance reçu en Prusse, en y mentionnant le nom de la mère avec le consentement antérieur ou postérieur de celle-ci. Un tel acte pourra-t-il établir valablement la maternité d'après le droit français ou le droit italien ?

Une femme française peut reconnaître à l'étranger l'enfant naturel en observant les conditions établies par le législateur français. Elle ne peut dès lors, en aucun cas, reconnaître l'enfant né d'un commerce adultérin ou incestueux, et elle invoquerait vainement la loi du pays étranger où aurait eu lieu la naissance, ou dans lequel elle aurait fait la reconnaissance, pour étayer sa prétention d'avoir établi la filiation d'un enfant adultérin, parce que les lois qui concernent l'état des personnes accompagnent les citoyens à l'étranger et qu'il n'est jamais permis à ceux-ci d'invoquer les lois étrangères pour déroger à leur loi nationale. Dès lors, bien que la reconnaissance de la part d'un prussien marié fût valide à l'égard de ce dernier, l'indication de la mère française faite dans l'acte de naissance avec son consentement ne pourrait constituer une reconnaissance de la maternité, parce qu'il en résulterait l'établissement de la filiation d'un enfant né d'un commerce adultérin, ce qui n'est pas permis aux termes de la loi en vigueur en France.

Vainement, on dirait que, la naissance de l'enfant ayant eu lieu sur le territoire prussien, et la reconnaissance faite simultanément dans l'acte de naissance par le père et par la mère étant valide à l'égard de l'un et de l'autre aux termes de la loi prussienne, cette reconnaissance devrait être réputée telle à tous les points de vue à l'égard du droit français. En effet, la reconnaissance valide d'après la loi prussienne peut produire tous ses effets en France, mais seulement à l'égard du père prussien, et non à l'égard de la mère française. On peut ajouter que, la reconnaissance, en ce qui concerne le père et la mère, devant être appréciée d'après la loi personnelle de chacun d'eux, rien ne peut s'opposer à ce qu'on la considère, d'une part comme valable pour produire tous ses effets d'après le Code prussien à l'égard du père, et d'autre part comme non valable à l'égard de la mère française.

Vainement on dirait, qu'aux termes de la jurisprudence française, l'indication de la mère faite par le père adultérin peut être considérée comme valable pour établir la maternité, <sup>1</sup> pour en conclure qu'on devrait réputer telle l'indication de la mère faite par le père prussien qui est marié.

On doit, en effet, observer, que la jurisprudence française s'est montrée très incertaine relativement à l'acte de reconnaissance avec indication de la mère faite par le père adultérin, <sup>2</sup> et qu'en en admettant la validité, elle l'a fait par la considération, que la filiation maternelle peut être établie, même lorsque le père ne peut pas reconnaître l'enfant à raison du lien conjugal, et que la nullité de la reconnaissance à l'égard de ce dernier ne peut rendre nulle la reconnaissance de la part de la mère qui n'est pas mariée et que par conséquent, on a pu considérer comme sans effet

<sup>1</sup> Voir Cass. 1<sup>er</sup> mai 1861, *Journal du Palais*, 1861, 769, 25 juin 1877, id. 1878, p. 537.

<sup>2</sup> Compar. Cass. française 11 décembre 1819; 7 janvier 1852 (*Journal du Palais*, 1853, I. 45); Dijon 29 août 1848; Bourges 12 juillet 1859, id., 1861, 769. Voir la note de Labbé sous l'arrêt de cassation de 1861, 769.

la déclaration du père, qui emportait la reconnaissance d'un enfant adultérin, et comme valable à l'égard de la maternité la déclaration de la mère libre de tout lien conjugal. <sup>1</sup>

Dans notre hypothèse, ce principe ne pourrait pas trouver son application. En effet, la reconnaissance de la part du père marié doit être considérée comme valide, en vertu de sa loi personnelle, qui admet la reconnaissance de l'enfant adultérin, et l'acte dans lequel a été indiquée la mère ne peut pas être scindé, parce qu'il établit à la fois la paternité et la maternité. On ne peut dès lors pas exclure la condition de fils adultérin, résultant de ce même acte, tant à l'égard du père qu'à l'égard de la mère. Or, cela rendrait la reconnaissance absolument nulle à l'égard de la mère française, en vertu de l'article 335 du Code civil, qui défend aux français de reconnaître valablement un enfant adultérin.

730. — Dans le système du Code civil italien, la reconnaissance de l'enfant adultérin est aussi défendue aux termes de l'article 180. L'article 193 dispose cependant, que l'enfant adultérin peut exercer l'action alimentaire, si la paternité ou la maternité résultent d'une déclaration écrite explicite des parents. Or, supposons qu'une femme étrangère ait reconnu l'enfant, en déclarant en même temps son père, et ait conformément à la loi étrangère, déféré le serment à l'homme qu'elle a indiqué, pour établir ainsi sa paternité, et que l'autorité compétente étrangère ait admis la paternité de cet homme. Si ce dernier était marié, la paternité ne pourrait pas être établie à l'égard du droit italien, parce qu'elle emporterait une filiation adultérine. Il ne peut à ce sujet y avoir aucun doute ; mais il en serait autrement si l'enfant voulait se prévaloir d'un tel acte juridique, pour en faire la base d'une action alimentaire contre l'italien ainsi reconnu comme son père.

<sup>1</sup> Voir sur la question les auteurs cités dans la note sous l'arrêt de cassation du 25 juin 1877 indiqué à la note précédente.

Il nous semble que cela ne peut pas être admis, parce que l'action devant être régie par la loi italienne, ne pourrait appartenir à l'enfant, que dans l'hypothèse où elle résulterait d'une déclaration écrite expresse du père. Or, la déclaration faite par l'autorité étrangère compétente à la suite de l'indication de la mère ne pouvant équivaloir à la déclaration du père, il n'y aurait pas lieu d'appliquer l'article 193 du Code civil italien.

La solution devrait être différente, si, dans l'acte de reconnaissance reçu à l'étranger, l'italien marié avait avoué sa paternité, parce qu'un tel aveu, qui ne pourrait, en raison du lien conjugal du père, attribuer à l'enfant la filiation paternelle, serait efficace pour faire naître à son profit le droit aux aliments, l'aveu du père dans l'acte de reconnaissance devant être considéré comme une déclaration écrite explicite du père.

731. — Maintenant, nous allons passer à l'examen de la filiation de l'enfant naturel établie par une sentence judiciaire, prononcée à la suite de la preuve de la paternité ou de la maternité, dans un pays où cette preuve est admise par la loi.

Nous avons déjà dit, que les lois des divers pays disposent différemment à l'égard de la recherche de la paternité et de la maternité. Or, il nous faut examiner, d'après quelle loi doit être déterminé le droit de faire la preuve, et quelle peut être la valeur extraterritoriale d'une sentence qui établit la filiation paternelle ou maternelle.

Le droit pour l'enfant de faire déclarer, à la suite de preuves par lui administrées, qu'un tel est son père, constitue évidemment pour lui un droit personnel. Il faut dès lors admettre que, lorsque l'enfant aura acquis ce droit, il devra être en principe apprécié d'après la loi, sous l'empire de laquelle il a été acquis, donc avant tout déterminer quelle est la loi, dont doit dépendre l'acquisition du droit.

Il faut considérer, que toute loi, qui défend ou permet



la recherche de la paternité, est basée sur de graves raisons d'ordre public, et qu'elle a pour but de protéger l'organisation de la famille et les principes moraux, que chaque législateur a entendu poser comme base de cette même famille. Nous trouvons qu'en cette matière tout peut dépendre de la façon différente de comprendre les moyens les plus propres à la réalisation de ce but. Ainsi, un législateur a pu croire, qu'en obligeant ceux qui ont des enfants naturels à accomplir les devoirs que la nature même impose à l'égard des enfants, il peut mettre un frein aux liaisons illicites et diminuer le nombre des naissances illégitimes de la part de ceux qui ne veulent pas en supporter les charges. Tel autre législateur a pensé, au contraire, qu'il était plus moral de ne pas mettre la faute en évidence, et plus conforme à l'harmonie de la famille de ne pas ouvrir la porte à des procès scandaleux, en excitant les personnes à le faire par la recherche de la paternité, et que la génération étant un fait mystérieux, dont les preuves sont difficiles et incertaines, le mieux est de laisser tout un chacun accomplir ses devoirs suivant sa conscience. Qui peut démontrer quel est de ces deux systèmes le mieux fondé et le plus propre à protéger la morale? Nous trouvons de nouveaux arguments pour mettre en lumière ce qui a été maintes fois répété, qu'aucun législateur ne peut prétendre au monopole de la morale et qu'en visant au même but, mais en envisageant à un point de vue différent le même principe moral, les législateurs ont formulé des règles opposées et contraires.

732. — De toute façon, comme en fait, les lois sur la recherche de la paternité sont différentes et contraires, nous devons examiner si le droit de faire la preuve de la paternité peut être exercé dans un pays, dont la loi exclut cette preuve.

Relativement à la détermination de la loi, dont doit dépendre l'acquisition du droit, nous ferons observer, que le fait de la naissance ne peut à cet égard exercer aucune influence

dans le pays où se trouve en vigueur une loi permettant la recherche de la paternité. Comme l'action de l'enfant tend à établir un rapport personnel entre lui et celui qu'il prétend être l'auteur de ses jours, et que dès lors l'objet immédiat de l'action est d'établir sa filiation naturelle à l'égard du père, et que d'autre part l'enfant doit suivre la condition de son père, ou celle de sa mère, s'il veut établir sa filiation naturelle, on devra décider d'après la loi personnelle de l'un ou de l'autre des parents, si l'enfant issu de lui a acquis le droit de faire déclarer, au moyen de preuves par lui invoquées, sa filiation.

En vertu de ce principe, on doit admettre, que l'enfant né en Autriche ou en Allemagne d'un français ou d'un italien, ne pourra pas prétendre au droit de faire la preuve de la paternité conformément à la loi prussienne ou à la loi autrichienne, parce que son droit d'établir la filiation à l'égard du père français ou italien devant être régi par la loi personnelle du père, ne peut être admis en présence de la prohibition des articles 340 du Code français et 189 du Code italien. Il pourrait l'être dans les seuls cas exceptionnels prévus par ces articles. On devrait décider de même à l'égard de l'enfant, qui voudrait établir sa maternité à l'égard d'une française ou d'une italienne.

**733.** — Pour ce qui concerne l'admissibilité de l'action, nous dirons que le fait, que la recherche de la paternité est défendu dans un pays donné pour des raisons d'ordre public, ne peut pas par lui-même être un motif suffisant pour refuser à l'étranger citoyen d'un pays dont la loi autorise la preuve de la paternité, de faire utilement cette preuve, à supposer qu'il veuille établir sa filiation à l'encontre d'un citoyen du même pays étranger. Ainsi, par exemple, un autrichien devrait être admis, d'après nous, à établir sa filiation à l'égard d'un père autrichien, à supposer qu'il voulût administrer cette preuve devant les tribunaux français.

Les raisons en faveur de cette opinion sont les suivantes.

De ce que la recherche de la paternité est interdite par l'article 340 du Code civil français, on peut conclure qu'aucune personne soumise à l'autorité de ce Code ne peut valablement faire la preuve de la paternité. Mais on ne saurait soutenir que cette disposition doit être appliquée même aux étrangers, pour leur refuser de demander aux tribunaux français d'accueillir cette preuve d'après leur loi personnelle. On ne saurait admettre en principe que la souveraineté française puisse avoir quelque intérêt à appliquer aux étrangers des lois faites pour les citoyens français, et à leur refuser le droit de faire en France la preuve de la filiation paternelle d'après leur loi personnelle. On ne peut pas admettre en principe, que la souveraineté française ait quelque intérêt à agir ainsi, pour assurer le respect de l'ordre public. En effet, la recherche de la paternité était admise dans l'ancien droit français, ainsi que durant la législation intermédiaire, et depuis la promulgation du Code civil, elle peut encore avoir lieu dans les circonstances exceptionnelles prévues par l'article 346. Même en admettant que le législateur français, pour protéger l'institution de la famille française, ait cru nécessaire d'interdire cette recherche entre français, et que dès lors on doive la considérer comme contraire à l'ordre public, faudrait-il également l'envisager de cette façon à l'égard d'un étranger, dont la loi personnelle l'admet ? Ne serait-ce pas implicitement soutenir, qu'il est contraire à l'ordre public que les rapports personnels entre étrangers soient régis par la loi étrangère ?

La fixation de l'état personnel d'après la loi à laquelle la personne est soumise ne peut porter atteinte à l'ordre public territorial. Cela est si vrai, que les lois transitoires ont réservé le droit de faire la preuve de la paternité aux individus nés sous l'empire de l'ancienne loi qui permettait cette preuve, lorsqu'ils voulaient exercer l'action postérieurement à la mise en vigueur de la loi nouvelle, qui avait disposé d'une façon contraire. Or, si on ne peut pas dire que l'ordre public puisse être atteint par suite du fait des personnes qui

ayant acquis le droit de faire la preuve de la filiation, exercent ce droit depuis la mise en vigueur de la loi nouvelle, comment pourrait-on admettre l'atteinte à l'ordre public par le fait d'un étranger, qui exerce le même droit acquis aux termes de la loi étrangère, à laquelle il reste soumis même lorsqu'il se trouve en France ?

734. — La jurisprudence a consacré la théorie contraire. La Cour de Cassation, dans l'affaire de Civry, a dit : « La loi « étrangère n'est applicable par les tribunaux français « qu'autant que son application n'est pas contraire aux règles qui sont considérées en France comme tenant à « l'ordre public... que l'article 340 du Code Napoléon qui « prohibe la recherche de la paternité tient essentiellement à « l'ordre public », et comme conséquence elle n'a pas voulu admettre la preuve de la paternité en vertu d'une loi étrangère qui l'autorisait .<sup>1</sup>

La même règle a été admise par la Cour de Cassation de Turin dans l'affaire Fallardi c. Fumagalli. L'article 189 du Code civil italien, qui défend la recherche de la paternité, dit cette Cour, étant destiné à protéger l'ordre public et les bonnes mœurs, rend inadmissible l'action devant les tribunaux italiens, même lorsqu'elle repose sur la loi d'un autre pays qui ne contient pas la même prohibition.<sup>2</sup>

Nous ne voyons véritablement aucune atteinte à l'ordre public territorial, par le fait que l'autrichien fasse, conformément à la loi autrichienne, la preuve de la filiation contre l'autrichien dont il prétend être le fils. Nous pouvons admettre que si l'instance avait pour but d'établir la filiation adultérine, cela devrait être absolument interdit en France ou en Italie, parce que, comme il s'agirait d'établir judiciairement un fait juridique que la loi territoriale défend de prouver,

<sup>1</sup> 25 mai 1868, (de Civry), *Journal du Palais*, 1868, 939.

<sup>2</sup> Arrêt du 29 octobre 1878, *Monitore dei tribunali*, 1879, p. 302, et Cour de Milan 11 juin 1877 (aff. Corbella et Verga C. Caini).



on devrait également considérer comme contraire à l'ordre public de demander aux tribunaux de constater ce fait.

735. — Il faut en outre noter, que la règle par nous posée peut trouver son application dans l'hypothèse où un étranger voudrait introduire une instance, pour établir la paternité devant les tribunaux français, et où cette instance tendrait à prouver sa filiation à l'égard d'un étranger, quand la recherche de la paternité serait permise d'après la loi personnelle de ce dernier. Toutefois, on ne pourrait pas appliquer la même règle, si l'enfant était déjà inscrit sur les registres de l'état civil comme citoyen français, parce qu'il serait né en France de parents inconnus. Dans ce cas, même en admettant, que celui à l'égard duquel il voudrait établir sa filiation serait étranger, et que la recherche de la paternité serait permise d'après la loi personnelle de ce dernier, l'instance introduite par l'enfant devant les tribunaux français ne pourrait pas être accueillie, parce que la prohibition de l'article 340 du Code civil français y ferait obstacle.

Nous avons déjà dit, que cette défense doit être réputée impérative à l'égard de toutes les personnes soumises à l'autorité de la loi française, et que par conséquent l'enfant, auquel la qualité de citoyen français a été attribuée par suite de sa naissance en France, devrait obéir aux prescriptions de cette loi. Vainement on objecterait que, s'agissant d'une question d'état personnel, qui devrait être résolue d'après le statut personnel du père, la preuve de la paternité devrait être admise, étant donné qu'elle serait permise d'après la loi personnelle du père. Cela en effet impliquerait un cercle vicieux ; car l'enfant ne pourrait baser son droit sur la loi étrangère, qu'en supposant établi qu'il fût le fils de l'individu qu'il prétendrait être son père. En d'autres termes, on admettrait qu'il pourrait baser son action sur la loi étrangère, en considérant la paternité comme déjà constatée, ce qui serait précisément l'objet de l'action qu'il introduirait.

Toute personne, qui a acquis dans un Etat la qualité de citoyen par le fait de la naissance de parents inconnus, ne peut perdre cette qualité qu'en se conformant à la loi. Tant qu'elle ne l'a pas perdue et qu'elle n'en a pas acquis une autre, elle doit rester soumise à la loi de cet Etat. Il est dès lors clair que l'enfant, né en France et issu d'un autrichien ou d'un prussien, ne peut pas introduire une action en recherche de paternité devant les tribunaux français, en alléguant que le rapport de filiation devrait être considéré comme basé sur le fait de la génération, et qu'ayant acquis le droit de faire la preuve de ce fait d'après la loi personnelle de son père, il devrait être admis à exercer un tel droit. En effet, la défense résultant de la loi française, étant impérative à l'encontre de tous les citoyens français, formerait un obstacle insurmontable à l'admissibilité de l'action.

736. — Nous ajouterons, pour mieux préciser notre théorie, que si l'étranger était naturalisé français, il ne pourrait pas, suivant nous, être admis à introduire devant les tribunaux français l'action en recherche de la paternité d'après la loi personnelle de l'étranger qu'il soutiendrait être son père, parce que cela serait contraire à l'ordre public. Nous avons établi en principe, que l'acquisition de la nouvelle qualité de citoyen ne peut avoir d'effet rétroactif pour modifier les droits privés acquis d'après la loi du pays d'origine; mais cela n'est pas applicable aux lois d'ordre public de l'Etat, qui sont impératives pour le naturalisé comme pour tous les autres citoyens. L'acquisition de la qualité de citoyen français de la part d'un étranger ne modifierait pas les rapports de droit privé entre le naturalisé et l'étranger dont il serait l'enfant; mais comme le naturalisé serait soumis aux lois d'ordre public et que la loi qui défend la recherche de la paternité a ce caractère, on devrait en conclure que son action ne serait plus admissible.

Il en serait de même si l'étranger naturalisé, qui, d'après la loi de sa patrie d'origine, aurait le droit de reconnaître

l'enfant adultérin, voulait se prévaloir de cette loi pour reconnaître cet enfant issu de lui avant sa naturalisation. Certainement, s'il avait fait cette reconnaissance avant d'être naturalisé, on ne pourrait pas méconnaître les conséquences juridiques d'un tel fait accompli d'après la loi de son pays d'origine ; mais il serait impossible d'accomplir ce fait juridique après avoir acquis la qualité de citoyen français, parce que cela serait contraire à la loi française d'ordre public, qui défend de constater la filiation adultérine.

737. — Faisons une autre hypothèse. Supposons qu'un individu, inscrit sur les registres de l'état civil comme français, ou naturalisé comme tel, ait fait sa demande devant les tribunaux de la patrie de son père et qu'à la suite des preuves administrées d'après la loi étrangère, sa filiation paternelle ait été constatée. Un tel jugement pourrait-il produire en France tous les effets et toutes les conséquences, qui résultent de la paternité naturelle légalement constatée ? Nous croyons pouvoir soutenir l'affirmative. En effet, comme la reconnaissance faite par un étranger en conformité de sa loi personnelle doit produire tous ses effets en France ou à l'étranger, il doit en être ainsi également de la reconnaissance forcée, qui résulte de la déclaration judiciaire de la paternité d'après la loi personnelle du père.

Nous avons soutenu, que l'enfant ne pourrait pas être admis à établir la paternité à l'encontre d'un étranger, s'il avait été inscrit sur les registres de l'état civil comme français, parce que la loi s'opposerait à l'admissibilité de l'action en France. Toutefois, comme cela n'ôterait pas à l'enfant le droit d'introduire l'instance dans la patrie du père, et que la filiation paternelle légalement constatée doit produire tous ses effets, il faudrait admettre les conséquences juridiques de la paternité déclarée judiciairement. Il ne résulterait de là aucune atteinte aux lois d'ordre public interne, si après avoir fait constater son état d'enfant naturel par les tribunaux du pays de son père, cet enfant demandait en-

suite à la justice française d'apprécier seulement les conséquences de l'état ainsi constaté judiciairement.

Nous croyons du reste utile de dire, qu'en attribuant effet à la sentence étrangère dans notre hypothèse, nous entendons le faire avec la juste réserve, qu'on excepte le cas où elle porterait atteinte à l'ordre public territorial. C'est ce qui aurait lieu lorsque, par exemple, un individu inscrit sur les registres de l'état civil comme français aurait obtenu en Allemagne ou en Autriche un jugement, qui aurait déclaré sa filiation à l'égard de son père allemand et de sa mère française. Un tel jugement serait de nul effet à l'égard de la filiation maternelle, si la mère était mariée; et elle ne pourrait être valable si elle était libre de tout lien conjugal, que s'il remplissait toutes les conditions requises par la loi française quant à la recherche de la maternité.

738. — Maintenant, nous allons examiner l'hypothèse de l'individu né dans un pays étranger, dont la loi permet la recherche de la paternité, qui a fait reconnaître par un tribunal étranger sa filiation paternelle à l'encontre d'un français ou d'un italien. Un tel jugement sera-t-il valable en France ou en Italie ?

Il faut considérer avant tout, que quiconque fait des actes à l'étranger peut être soumis aux lois d'ordre public ou de police qui y sont en vigueur et qui sont relatives à ces actes. De là il résulte qu'un français, par exemple, qui aurait entretenu des relations illicites à l'étranger avec une étrangère, pourrait être cité devant les tribunaux de ce pays conformément à la loi étrangère par une personne qui aurait intérêt à l'appeler en justice. Par exemple, la femme séduite pourrait le citer pour établir à son encontre que l'enfant né d'elle est issu de lui, et pour le faire condamner à supporter tous les frais d'entretien de cet enfant et à lui payer des dommages et intérêts pour l'avoir séduite. Or, il nous semble, que la preuve de la paternité faite dans ce but doit être considérée comme valide pour toutes les conséquen-



ces des obligations personnelles résultant du fait juridique accompli à l'étranger. Nous sommes, par conséquent d'avis, que les obligations personnelles imposées à un français aux termes de la loi du pays étranger où le fait s'est produit et où le jugement a été rendu, doivent être réputées valides même en France. Il ne nous paraît pas, que ce soit le cas d'invoquer le statut personnel qui défend la recherche de la paternité, pour soutenir l'inefficacité des moyens de preuves administrés en justice par la femme séduite. En effet, si la loi française défend la recherche de la paternité, cette prohibition concerne principalement le fait de l'individu qui prétend établir sa filiation paternelle à l'aide de preuves. Or, on ne saurait soutenir, que par le seul fait que la recherche de la paternité ne peut avoir lieu en France pour établir la filiation paternelle à l'égard d'un français, on doit réputer de nul effet la preuve ordonnée contre un français dans un pays étranger, dans le but de faire produire à un fait accompli sous l'empire de la loi étrangère ses conséquences juridiques.

739. — Nous trouvons la disposition suivante dans le Code civil autrichien : « art. 1328. — Quiconque séduit une femme et procréé avec elle un fils doit supporter les frais de l'accouchement et accomplir toutes les autres obligations de père déterminées au chap. III de la 2<sup>e</sup> partie de ce Code ». Ces obligations, déterminées spécialement dans les articles 166 et 171, consistent surtout dans l'entretien, l'éducation et l'établissement de l'enfant en proportion des ressources du père.

Or, supposons, qu'un français soit cité devant un tribunal autrichien, soit par la mère, soit par l'enfant, et qu'à la suite des preuves administrées par le demandeur, ce tribunal ait reconnu la paternité du défendeur à l'égard de l'enfant procréé en Autriche, et que comme conséquence il lui ait imposé toutes les obligations résultant du Code civil autrichien.

Il nous semble, que le français ne pourrait pas alors méconnaître l'autorité de la loi autrichienne, mais qu'il pourrait même être contraint à exécuter la sentence étrangère, s'il avait été cité à cette fin devant les tribunaux français.

On pourrait, pour combattre notre opinion, dire que d'après ce que nous avons soutenu précédemment, la question de la filiation paternelle doit être résolue en conformité de la loi paternelle du père, qui est dans l'espèce la loi française ; que par conséquent, cette loi défendant de prouver la paternité en justice, on doit réputer le jugement du tribunal autrichien de nul effet. On pourrait dire en outre, que les lois qui concernent l'état des personnes accompagnant le français qui se rend à l'étranger, il doit être réputé y demeurer soumis même lorsqu'il se trouve en Autriche ; que l'unique manière d'établir la paternité à l'égard de son enfant naturel, ainsi que les droits et les devoirs qui en résultent, c'est la reconnaissance libre et spontanée résultant d'un acte authentique du père ; que le législateur français a voulu garantir d'une façon jalouse l'indépendance de la volonté et la pleine liberté de la reconnaissance en excluant tout moyen, par lequel une personne pourrait être contrainte à reconnaître son enfant, et qu'il a exigé, comme condition substantielle, l'authenticité de l'acte, en édictant que c'est là le seul titre qui peut attribuer à quelqu'un l'état d'enfant naturel, parce qu'il a voulu ainsi assurer la spontanéité de la reconnaissance de la part du père, qui est le seul juge du point de décider en conscience s'il est l'auteur de l'enfant.

A première vue, ces objections pourraient sembler graves et décisives pour refuser tout effet au jugement étranger. En effet, il en résulte qu'on ne peut, d'après le Code civil français, établir la paternité naturelle à l'égard d'un français par un jugement étranger, parce que l'état civil des citoyens doit être en principe régi par la loi de chaque pays, et ne peut leur être attribué qu'en vertu de cette loi.

Toutefois, il est à noter que la déclaration de paternité

d'après le Code civil autrichien n'établit réellement pas l'état civil d'enfant naturel, mais donne seulement naissance à certaines obligations juridiques, qui sont la conséquence des relations illicites et de la procréation et qui sont imposées à celui qui peut être présumé le père de l'enfant issu de ces relations. Il faut, en effet, considérer que le législateur autrichien règle les conséquences, qui peuvent résulter de la séduction d'une femme et de la procréation d'un enfant, dans le titre relatif à l'obligation de réparation du dommage causé par un fait illicite. Il impose dès lors à l'homme, non seulement l'obligation de subvenir aux frais d'accouchement ; mais encore celle de remplir toutes les autres obligations résultant de la paternité et consistant, comme nous l'avons déjà dit, dans l'entretien et l'éducation de l'enfant.

Or, comme ces conséquences résultent du fait juridique aux termes de la loi, et que quiconque accomplit un fait sur le territoire où une loi donnée exerce son empire, doit se soumettre à toutes les prescriptions impératives de cette loi, par laquelle sont régis les effets du fait juridique, nous n'hésitons pas à dire que ces prescriptions sont applicables à un français ou à toute autre personne qui a séduit une femme en Autriche, et que la circonstance que ces obligations ont été imposées à la suite de la preuve et de la déclaration de la paternité ne peut pas être une raison pour se soustraire à leur accomplissement, sous le prétexte que d'après le statut personnel on n'admet pas la recherche de la paternité pour établir la filiation paternelle. C'est qu'en effet, comme nous l'avons dit, la déclaration judiciaire de paternité, d'après la loi du pays où ont eu lieu les relations illicites et la génération, doit, à notre sens, être efficace, non pour établir l'état civil de l'enfant à l'égard d'une loi étrangère, mais à seule fin de faire naître certaines obligations juridiques, qui sont, d'après la loi territoriale, les conséquences du commerce illicite judiciairement constaté comme cause de la génération et de la naissance de l'enfant.

Nous ajouterons en outre, que les raisons, que nous venons d'exposer, seraient déterminantes, même s'il ne s'agissait pas de séduction, mais de relations illicites libres, et nous pensons que l'étranger, qu'il soit français, italien ou appartienne à un autre État, qui serait déclaré père de l'enfant né de telles relations entretenues en Autriche, par un jugement d'un tribunal de ce pays, ne pourrait pas se soustraire aux conséquences de ce fait juridique, consistant à pourvoir aux aliments, à l'éducation et à l'établissement de l'enfant.

La défense de la recherche de la paternité aux termes de la loi d'un pays ne saurait être une raison décisive, pour admettre que cette recherche doive être sans effet lorsqu'elle a eu lieu dans un autre Etat, où elle est permise par la loi, dans le but de régler certaines conséquences du fait juridique, qui s'est produit sous l'empire de cette loi.

740. — On peut raisonnablement soutenir en pareil cas que l'italien, par exemple, qui a été déclaré père dans une sentence judiciaire, peut à bon droit soutenir que cette sentence ne peut pas faire attribuer à l'enfant à son égard l'état civil d'enfant naturel, avec tous les droits qui résultent de cet état d'après la loi italienne. En effet, dans le système législatif où on considère la filiation naturelle comme un véritable rapport de parenté et de famille, et où on admet le père seul à constater ce rapport par une déclaration spontanée et par acte authentique, l'état civil de filiation ne peut être considéré comme établi à l'égard d'un citoyen de l'État qu'en conformité de sa loi personnelle. On ne peut pas à ce système en substituer un autre qui repose sur des idées bien différentes, et confondre les effets de l'un et l'autre systèmes. Il doit en être surtout ainsi de l'état civil qui peut résulter du rapport de paternité et de filiation. La déclaration de paternité d'après le Code civil autrichien équivaut en réalité à la seule présomption probable de paternité. Le législateur autrichien établit, en effet, dans l'arti-



de 165, que les enfants illégitimes ne jouissent pas des droits de famille et de parenté, et dès lors il ne leur reconnaît pas le droit de prendre le nom du père, mais seulement le nom de famille de la mère. Tous les droits attribués à l'enfant à l'égard de celui qui a été déclaré son père, ainsi que nous l'avons dit plusieurs fois, consistent à obtenir les aliments et l'éducation. En substance, le législateur autrichien a réglé les conséquences du fait juridique, a converti l'obligation naturelle en obligation civile et a imposé cette obligation au père présumé. Aussi dans ce système de lois, l'exception *plurium concubentium* ne peut pas avoir pour effet de détruire l'obligation alimentaire imposée au père probable. Tout cela n'a rien qui soit l'équivalent de l'état civil d'enfant naturel d'après les codes civils italien et français. Par conséquent, même en admettant toujours, que le français ou l'italien, qui a été déclaré par le tribunal autrichien père de l'enfant né en Autriche, doit subir les conséquences du fait juridique du commerce illicite d'après la loi autrichienne, on ne saurait néanmoins exclure qu'il puisse utilement invoquer son statut personnel, pour en conclure, que comme aux termes de ce statut, l'état civil de filiation naturelle ne peut résulter de la recherche de la paternité, la filiation paternelle ne peut pas être considérée comme établie à son égard avec tous les effets attribués par la loi française ou par la loi italienne à la déclaration de paternité faite par le magistrat étranger.<sup>1</sup>

741. — Pour nous résumer, il nous semble, que la paternité naturelle déclarée judiciairement dans un État où la recherche de la paternité est permise, à l'égard d'un étranger

<sup>1</sup> Nous ne saurions admettre l'opinion de l'auteur. En effet, bien qu'il ne s'agisse pas, d'après la loi autrichienne (pas plus que d'après les autres lois analogues) d'un état de filiation paternelle proprement dit, puisque l'enfant n'a droit à l'égard de son père naturel qu'à des aliments, néanmoins la base du droit alimentaire est toujours la paternité, dont la preuve est exclue d'une façon absolue par les lois italienne et française.

d'un autre État où cette recherche est défendue, peut être considérée comme valable pour imposer au père les obligations personnelles reconnues par la loi du pays où a eu lieu la naissance de l'enfant et où a été rendu le jugement ; mais qu'elle ne saurait avoir pour effet d'attribuer à l'enfant l'état civil d'enfant naturel, parce que cet état doit être régi exclusivement et à tous les points de vue par la loi personnelle du père.

Il faudrait seulement, lorsqu'il s'agirait d'un français ou d'un italien, excepter les cas exceptionnels prévus dans les articles 189 du Code civil français et 340 du Code civil italien, et, à supposer que le jugement rendu à l'occasion de l'enlèvement ait été rendu en pays étranger, la sentence qui aurait déclaré la filiation naturelle devrait produire les effets de la reconnaissance sous les conditions prévues par la loi italienne ou par la loi française. Nous avons soutenu cette opinion, parce qu'à notre sens, elle résulte des principes généraux exposés précédemment à l'égard des conséquences légales des sentences étrangères.<sup>1</sup>

742. — Les principes établis jusqu'ici doivent servir à résoudre les difficultés, qui peuvent se présenter à l'égard de la reconnaissance faite par la mère et de la recherche de la maternité. Il faut, en effet, toujours se reporter à la loi personnelle de la mère, non seulement pour ce qui concerne sa capacité de reconnaître l'enfant, mais pour tout ce qui concerne la valeur juridique de la reconnaissance faite à l'é-

L'argument, qu'il ne s'agit pas à proprement parler d'état de filiation, mais des conséquences juridiques d'un fait accompli sur le territoire étranger, ne nous paraît pas concluant ; car toutes les relations personnelles, dont résulte l'état civil des personnes, quand elles se produisent hors du territoire, sont des faits juridiques accomplis à l'étranger, qui à ce titre pourraient aussi tomber sous l'empire de la loi territoriale, ce qui aurait pour effet de réduire à néant le principe fondamental du droit international privé contemporain, que l'état des personnes est régi exclusivement par leur loi personnelle. (Note du traducteur Ch. A.)

<sup>1</sup> Voir T. I, § 491.

tranger. Par conséquent, si, d'après la loi personnelle de la mère, on admettait la règle, que la reconnaissance ne pourrait avoir d'effet à son égard, que lorsqu'elle aurait été faite par elle dans un acte authentique, ou lorsque la maternité serait déclarée au juge dans les cas où la recherche de la maternité est admise, la mère aurait le droit de considérer comme de nul effet la déclaration de maternité faite à l'étranger et non conforme à son statut personnel. Ainsi, par exemple, elle pourrait considérer comme sans effet la reconnaissance faite par le père, qui l'aurait indiquée comme mère, sous le prétexte qu'elle aurait tacitement consenti à cette déclaration, ou qu'elle l'aurait confirmée par des actes postérieurs. A supposer que d'après la loi du pays étranger, où cette reconnaissance aurait eu lieu, la déclaration de la mère dans les formes par nous indiquées soit réputée valable, par la considération du mandat tacite ou de la ratification postérieure de la déclaration du père, on ne pourrait pas invoquer le principe *locus regit actum*, pour en déduire la validité d'une telle reconnaissance. En effet, la valeur juridique et l'efficacité de la reconnaissance à l'égard du père et de la mère doivent toujours être appréciées d'après la loi personnelle de chacun d'eux. On devra également tenir compte de la même loi, pour décider si on doit admettre la preuve par témoins et pour déterminer les conditions dans lesquelles elle doit être administrée.

743. — La filiation naturelle peut, d'après la loi de certains pays, être établie au moyen de la possession d'état, et d'après d'autres, elle ne peut pas l'être. Or, on peut se demander quelle valeur a la possession d'État, pour établir la paternité naturelle. On doit admettre incontestablement que ce moyen doit être réputé efficace dans l'hypothèse où une personne veut établir sa filiation paternelle à l'égard d'une autre personne, et où toutes deux appartiennent à un pays où ce même moyen est admis. On doit dire, en outre, que dans le cas d'une difficulté relative à la paternité d'un Italien

par exemple, on ne peut pas invoquer la possession d'état comme moyen valable d'établir la filiation naturelle. En effet, en accueillant ce moyen de preuve qui n'est pas admis d'après la loi italienne, on aboutirait à la recherche de la paternité conséquent, à la reconnaissance forcée, et par qui est prohibée par notre loi. On ne peut dès lors pas permettre à l'enfant naturel d'un italien d'invoquer la possession d'état comme mode de preuve concluante devant les tribunaux de notre pays.

Le doute peut surgir dans l'hypothèse où l'enfant d'un italien serait né à l'étranger et y aurait acquis, en conformité de la loi en vigueur, l'état civil d'enfant naturel au moyen de la possession d'état. A supposer que cet enfant voulût se prévaloir de l'état légalement acquis sous l'empire de la loi étrangère, pourrait-il le faire en invoquant la règle *locus regit actum*? On admet, en principe, que la forme de la reconnaissance peut être régie par la loi étrangère; or, par suite du fait qu'elle considère la possession d'état comme un des moyens légaux propres à constater la filiation naturelle, et que l'enfant a acquis l'état de fils naturel par suite de faits accomplis sous l'empire de cette loi, devra-t-on respecter l'état acquis, comme il doit l'être dans le cas d'une reconnaissance faite quant à la forme d'après la loi locale?

La Cour de Besançon admit cette théorie dans son arrêt du 25 juillet 1876.<sup>1</sup> La Cour de Catane, au contraire, a consacré la théorie opposée dans son arrêt du 26 mars 1881. « Etant admis, dit-elle, qu'un étranger ne puisse provoquer  
« contre un italien, et devant les tribunaux italiens, la re-  
« cherche de la paternité, bien que sa loi nationale per-  
« mette cette recherche, il en résulte qu'en l'absence de  
« l'acte authentique, la preuve testimoniale de la possession  
« d'état d'enfant naturel ne serait pas admissible contre le

<sup>1</sup> Clunet, *Journal*, 1877, p. 228. En sens contraire : Cour de Paris, 2 août 1876, *id.*, p. 230.



« père, parce que cela équivaldrait à admettre la recherche de la paternité ». <sup>1</sup>

Il nous semble que la question de savoir si la possession d'état peut avoir pour effet d'établir la filiation naturelle, doit être résolue d'après la loi personnelle du père, et que c'est en vain qu'on invoque la règle *locus regit actum*, pour rendre valable cette possession acquise d'après la loi étrangère, qui admet ce mode de preuve. Cette règle peut, en effet, être applicable à la forme de l'acte, c'est-à-dire pour décider que l'acte écrit requis d'après la loi personnelle, devra être réputé valablement dressé, quand il a été rédigé dans les formes prescrites par la loi du pays où il a été passé; mais elle ne saurait trouver aucune application relativement à la substance de l'acte et aux conditions indispensables pour établir les rapports de statut personnel. Ces rapports doivent être partout régis par la loi personnelle du père. A supposer que cette loi n'admette pas de preuve du rapport de filiation paternelle, en dehors de la reconnaissance faite dans l'acte de naissance ou dans un acte authentique, il est clair qu'aucun autre moyen ne devrait être considéré comme valable, et qu'en appliquant la loi étrangère qui attribue à la possession d'état la même valeur qu'à l'acte authentique, on attribuerait à cette loi le pouvoir de régler les questions qui concernent l'état et la condition civile des citoyens.

744. — Nous admettons toutefois que, si à la suite d'une instance engagée par l'enfant devant un tribunal étranger du lieu où il a acquis, par la possession d'état, la condition civile d'enfant naturel d'une personne déterminée, cette condition avait été judiciairement constatée, la sentence étrangère pourrait servir à établir l'état de filiation naturelle même dans la patrie du père, où la possession d'état ne serait pas réputée suffisante à cet effet. La raison de cette solution c'est que, par exemple, d'après la loi italienne et d'après la loi

<sup>1</sup> *Foro italiano*, 1882, p. 31.

française, l'authenticité est une condition indispensable pour la validité de la reconnaissance ; mais qu'il n'est pas exigé que l'acte soit dressé dans le but principal de constater la paternité et la filiation, et que dès lors on considère comme suffisante la reconnaissance accidentellement faite dans un acte authentique par des expressions simplement énonciatives, mais non équivoques, et qu'on regarde comme tel l'aveu judiciaire de paternité, dont acte est donné par le magistrat. Or, comme la sentence étrangère a le caractère de l'authenticité ; quand elle a constaté la filiation paternelle par la possession d'état, et que cela a été reconnu contradictoirement par le père, elle est l'équivalent d'un aveu judiciaire explicite de la part de ce dernier, et suffit pour attribuer à la reconnaissance le caractère de l'authenticité requise par notre loi.

745. — Pour ce qui concerne la forme de l'acte de reconnaissance fait à l'étranger, nous nous contenterons de renvoyer à ce que nous avons dit précédemment. <sup>1</sup>

746. — A l'égard des effets, qui peuvent résulter de la reconnaissance valide, nous avons déjà examiné la question relative à la qualité de citoyen de l'enfant naturel et il est inutile de revenir sur ce sujet. <sup>2</sup>

Pour ce qui concerne tous les autres droits qui peuvent être attribués à l'enfant naturel, il est nécessaire de se reporter à tous égards à la loi personnelle du père au moment où a eu lieu la reconnaissance, en se rappelant qu'en ce qui concerne les droits acquis par la reconnaissance envers le père, il faudra consulter sa loi personnelle, et qu'à l'égard de ceux acquis envers la mère, on devra appliquer la loi personnelle de celle-ci, à supposer que les père et mère soient citoyens d'Etats différents. Il est clair, en effet, que les droits

<sup>1</sup> Voir Chap. VI, Partie générale, T. I, § 236, p. 257.

<sup>2</sup> Voir T. I, p. 370 et suiv.

dérivant de l'état personnel de chacun doivent être régis par la loi, dont cet état doit lui même dépendre. Cela, à notre sens, s'applique à tous les droits appartenant à l'enfant naturel, y compris les droits de succession.

Par conséquent, nous admettons qu'un étranger citoyen d'un pays dont la loi, comme par exemple la loi anglaise, n'admet pas l'état civil de filiation illégitime, peut reconnaître son enfant naturel en France ou en Italie, mais que cette reconnaissance ne pourrait avoir pour effet de lui attribuer les droits de puissance paternelle ou de tutelle, ni de faire acquérir à l'enfant à l'égard de son père d'autres droits, sauf celui d'obtenir des aliments. Nous admettons, toutefois, qu'en cas de reconnaissance ainsi faite en France ou en Italie, le père ne pourrait pas prétendre, qu'il n'est tenu de la dette alimentaire que dans les limites étroites de la loi anglaise ; mais qu'au contraire il en serait tenu dans la mesure plus large indiquée par la loi française ou par la loi italienne. Nous disons cela, parce que nous considérons comme contraire à l'ordre public qu'un anglais, en reconnaissant un enfant naturel en France ou en Italie, puisse ensuite se soustraire à l'obligation alimentaire, qui lui est imposée d'après la loi de l'un ou de l'autre pays, alors que cet enfant qui y séjournerait introduirait une demande en aliments contre son père. <sup>1</sup>

<sup>1</sup> La question qui se pose avant tout, à notre sens, est celle de savoir si, en pareille matière, la loi locale est applicable de préférence à la loi nationale.

Pour nous, nous ne voyons aucune raison d'ordre public, qui impose l'application de la loi locale et une dérogation au principe général, d'après lequel les relations de paternité et de filiation, comme toutes les autres questions d'état doivent être régies par la loi personnelle du père.

Il n'y aurait pas autrement de raison pour s'arrêter là. Sous prétexte d'équité et de conscience publique, en se plaçant dans l'ordre moral admis en France et en Italie, on reconnaîtrait à cet enfant naturel non seulement des aliments, mais aussi le droit d'hériter de son père, contrairement à la loi anglaise, et on lui reconnaîtrait également, contrairement à cette même loi, le droit de porter le nom de son père (Note du traducteur Ch. A.).

A l'exception de ce droit, que nous attribuons à l'enfant pour un motif d'ordre public, nous ne pouvons lui en accorder aucun autre de ceux admis par notre loi ou par la loi française. Ainsi, il ne pourrait pas prétendre au droit de porter le nom de famille du père, parce qu'il faudrait en tout point appliquer la loi anglaise, qui n'attribuant aucun état civil aux enfants illégitimes, ne leur donne aucun droit de condition civile. Il ne pourrait par conséquent pas prétendre aux droits de succession ni aux autres droits qui, d'après la loi italienne, sont attribués à l'enfant naturel reconnu.

747. — Nous croyons utile de dire que si, depuis la reconnaissance, le père ou l'enfant devenaient citoyens d'un autre État, les droits parfaits acquis en vertu de cette reconnaissance ne seraient pas modifiés. Il faudrait dès lors toujours consulter le statut personnel du père au moment où il aurait reconnu son enfant naturel, et non à l'époque où serait née la contestation à l'égard des droits appartenant à l'un ou à l'autre. C'est là la juste conséquence du principe général que nous avons établi, que le changement de qualité de citoyen ne peut pas avoir d'effet rétroactif pour changer les droits acquis d'après la loi de la première patrie.

Il faut toutefois toujours bien se garder de confondre les droits acquis et parfaits avec les simples expectatives. Ainsi, il est clair que le principe par nous établi ne peut s'appliquer aux droits successifs, si la succession est ouverte depuis le changement de qualité de citoyen du père.



## § III.

*De la légitimation des enfants naturels.*

748. Légitimation de l'enfant naturel d'après les lois positives. — 749. Incertitudes sur la loi régulatrice de la légitimation : doctrine des auteurs. — 750. Notre opinion. — 751. Jurisprudence conforme. — 752. La légitimation par mariage subséquent doit être régie exclusivement par le statut personnel du père. — 753. Il faut se reporter à ce même statut pour décider sur la validité de la reconnaissance. — 754. Effets résultant du changement de qualité de citoyen à l'égard de la loi régulatrice de la légitimation. — 755. De la loi qui doit régir les effets juridiques de la légitimation. — 756. De la légitimation par rescrit royal et de ses effets extraterritoriaux.

748. — L'enfant naturel reconnu peut être légitimé, quand certaines conditions déterminées par la loi se réalisent.

Dans le droit romain antique, la légitimation proprement dite était une institution inconnue. Le droit impérial admit deux modes de légitimation des enfants nés du concubinat, par *subsequens matrimonium* et par *oblationem curiæ*.<sup>1</sup> Justinien en ajoute un troisième, celle *per rescriptum principis*, qui pouvait être obtenue par le père lorsqu'il ne pouvait pas épouser la mère, ou par le fils à la mort du père, quand celui-ci exprimait dans son testament le vœu que son enfant lui succédât comme fils légitime.<sup>2</sup>

La légitimation d'après le droit impérial était un des modes d'acquisition de la *patriapotestas* et rendait *alieni juris* les enfants naturels, qui étaient *sui juris*. Toutefois, elle changeait seulement la position de l'enfant à l'égard de ses rapports avec le père ; mais n'avait aucune espèce d'influence à l'égard de ses rapports avec sa mère.

<sup>1</sup> *Inst.*, § 13 ; *De nuptiis*, I, 10 ; *Cod.*, lib. V, tit. XXVII, *De naturalibus liberis et matribus eorum et ex quibus causis justi efficiantur*.

<sup>2</sup> Nov. 74, cap. II ; Nov. 89, cap. IX et X.

Presque toutes les législations modernes admettent la légitimation. Toutefois, d'après quelques unes, elle ne peut avoir lieu que par mariage subséquent. C'est en ce sens que disposent : le Code civil français (art. 331), le Code civil de la Louisiane (art. 217) et celui du canton de Vaud (art. 178). Au contraire, le Code civil italien (art. 198), le Code civil hollandais (art. 330), le Code civil autrichien (art. 162 et loi du 9 août 1854, le Code prussien (art. 601-604) admettent aussi la légitimation par rescrit royal.

D'après le Code prussien, l'enfant peut en outre être légitimé : 1° par sentence judiciaire, quand il y a eu promesse de mariage (art. 392) ; 2° par déclaration du père devant le juge, quand il y a eu promesse de mariage sans célébration postérieure (art. 597) ; 3° par les tribunaux supérieurs, quand il s'agit de légitimation *ad delendam*, laquelle est une légitimation toute spéciale, qui a pour but d'assurer au fils une position sociale, eu égard à laquelle la situation de bâtard est un obstacle.

Dans certains États, l'institution de la légitimation est inconnue. C'est ce qui a lieu en Angleterre, en Irlande, dans les possessions anglaises des Indes occidentales et dans certains pays de l'Amérique septentrionale.

Nous noterons finalement, que dans les États où on admet la légitimation, il existe une différence à l'égard des enfants qui peuvent être légitimés. Ainsi par exemple, aux termes du code civil italien, il est défendu de légitimer les enfants qui ne peuvent pas être reconnus (art. 195), c'est-à-dire les enfants adultérins, et ceux nés de parents qui ne pouvaient pas se marier pour cause d'empêchement de parenté et d'alliance en ligne directe et en ligne collatérale au second degré (art. 180). De même, d'après le droit romain, les enfants nés du concubinat, qui avaient un père naturel connu, pouvaient être légitimés, à l'exception de ceux issus de l'adultère ou de l'inceste.

Nous trouvons une autre différence notable entre les lois des divers pays à l'égard des conditions substantielles requi-

ses pour la légitimation. Ainsi, d'après la loi italienne la légitimation peut avoir lieu, même lorsque l'enfant est reconnu par le père et la mère postérieurement au mariage (art. 197 C. civ. ital.), tandis qu'aux termes de la loi française, il est indispensable que la reconnaissance soit antérieure au mariage, ou soit faite dans l'acte de célébration du mariage.

749. — Pour déterminer la loi qui doit régir la légitimation et les conséquences juridiques qui en dérivent, nous ferons diverses hypothèses, soit celle que l'enfant est né dans le pays du père où a ensuite eu lieu le mariage entre ses père et mère, et qu'il veut se prévaloir de son état de légitimé dans la patrie de sa mère où la légitimation n'est pas admise : soit que l'enfant est né au lieu où son père était domicilié, et que son père s'est marié en ce lieu avec la mère ; soit que l'enfant est né dans un pays où la légitimation est permise, et que le mariage a été célébré dans un pays où elle ne l'est pas.

Les opinions des auteurs sont diverses. <sup>1</sup> Certains d'entre eux, et notamment Savigny et Rocco <sup>2</sup> disent, qu'on doit tenir compte de la loi du domicile du père à l'époque du mariage. Nous ne partageons pas cette opinion, parce que dans notre système, les rapports de famille doivent être régis par la loi de l'Etat dont le mari est citoyen, et non par celle du lieu où il a son domicile. En admettant l'opinion de Rocco, il en résulterait qu'un italien ou un français, qui aurait en-

<sup>1</sup> Compar. Laurent, *Droit civ. international*, T. V, § 251 et suiv. ; Brocher, *Dr. internat.*, § 99 ; Alexander, *Du conflit des lois en matière de filiation*, *Journ. du Dr. internat. privé*, 1881, p. 495 ; Asser, *Droit internat. privé*, § 57 ; Wharton, *Conflict of Laws*, § 240 et suiv. ; Lehr, *Cas de conflit en matière de législation*, Clunet, *Journal*, 1883, p. 334 ; A. Weiss, *Traité de Dr. internat. privé*, T. II, p. 731 et suiv.

<sup>2</sup> Savigny, *Traité du Droit romain*, § 380, p. 334 ; Rocco, *cit.*, 1<sup>re</sup> partie, Ch. XXIII. Voir aussi Bouhier, *Coutume de Bourgogne*, Ch. XXIV, § 122 ; Hertius, *De collisione legum*, T. I, § 4 ; Froland, *Mémoires*, Ch. V, § 4 ; de Boullenois, *Observ.* 4, p. 62 ; T. Voët, *Comment. ad Pand.* T. I, Tit. IV, n. 7, p. 40.

gendré un enfant naturel dans son pays avec l'intention de se marier avec la mère, et qui se trouverait domicilié à Londres au moment du mariage ne pourrait pas donner à cet enfant l'état de légitimation, parce que la loi anglaise n'admet pas la légitimation par mariage subséquent. A quel titre appliquerait-on la loi anglaise pour déterminer les rapports de cet individu avec l'enfant, si la famille suit la condition du mari ou du père, et si celui-ci, bien que domicilié à Londres, est soumis néanmoins à la loi italienne ou à la loi française, parce qu'il continue d'être italien ou français ?

Schaeffner voudrait tout faire dépendre de la loi du pays où la naissance a eu lieu. Il s'exprime ainsi : « La possibilité  
« d'être légitimé a elle aussi pour condition la naissance de  
« l'enfant, par conséquent il est nécessaire pour ceci, com-  
« me pour tout autre rapport juridique, de tenir compte de  
« son commencement ; par conséquent les lois du lieu, où la  
« naissance de l'enfant s'est produite doivent décider exclu-  
« sivement s'il peut être légitimé par mariage subséquent. »<sup>1</sup>

750. — Nous n'admettons pas cette opinion, bien qu'elle soit sanctionnée par les tribunaux anglais. <sup>2</sup> Le lieu de la naissance peut être un fait absolument accidentel. Depuis le moment de la naissance, il doit à tous les points de vue exister entre l'enfant et le père une relation juridique certaine et déterminée, d'après laquelle on doit déterminer si la légitimation par mariage subséquent est ou non possible. Nous avons déjà démontré, que l'enfant naturel reconnu suit la condition du père : or, si depuis le moment de la reconnaissance les rapports naturels entre l'enfant et le père deviennent des rapports juridiques, c'est d'après la loi de la patrie du père qu'on doit décider si l'enfant peut être légitimé en vertu du mariage subséquent des personnes dont il est né, et dans quelles circonstances la légitimation peut avoir lieu.

<sup>1</sup> *Dr. internat. privé*, § 37.

<sup>2</sup> *Story, Conflict of Laws*, § 87 ; *Burge*, I, p. 102.



On pourrait encore moins justifier l'opinion des juristes anciens, qui donnaient la préférence à la loi du lieu de la célébration du mariage : *Porro non tantum ipsi contractus ipsæque nuptiæ certi locis rite celebratæ ubique pro justis et validis habentur, sed etiam jura et effecta contractuum et nuptiarum in iis locis recepta, ubique vim suam obtinebunt.* <sup>1</sup> Nous rejetons absolument cette doctrine qui est admise par la Chambre de lords en Angleterre <sup>2</sup>, parce que la loi du lieu de la célébration est seule applicable à l'égard des questions de forme et de solennités extrinsèques.

La légitimation est généralement fondée sur la fiction juridique, que l'enfant a été conçu avant le mariage, mais avec la pensée du mariage futur. C'est pour cela que, bien que la légitimation n'ait aucun effet rétroactif, c'est-à-dire qu'elle ne remonte ni au jour de la conception, ni à celui de la naissance de l'enfant légitimé, toutefois par suite d'une fiction juridique, la naissance est connexe au mariage. Elle prend date et produit les conséquences juridiques qui en résultent à partir de la célébration de ce contrat. Incontestablement, cette institution a été introduite dans l'intérêt de l'enfant et emporte un notable changement d'état, parce qu'elle fait acquérir à l'enfant naturel reconnu le titre et la condition d'enfant légitime, *justi legitimi efficiuntur*. Donc, aucune autre loi que celle de la patrie du père ne doit être appliquée, et de même qu'elle doit régir le mariage et les conséquences juridiques qui en dérivent, de même elle doit régir la condition de l'enfant naturel reconnu, alors que ses parents se marient.

751. — Nous trouvons dans l'ancienne jurisprudence une décision en tous points conforme à notre doctrine. Un certain du Quesnay de Picardie et une certaine Jeanne Péronne Dumay de Flandre avaient procréé en France un en-

<sup>1</sup> Huberus, *De conflictu legum*, lib. I, tit. III, § 9.

<sup>2</sup> Story, § 93; Burge, *Comment., ou colonial and foreign Laws*, 1<sup>re</sup> part., Ch. III, § 3.

fant naturel. Ils allèrent ensuite s'établir en Angleterre, où ils se marièrent. On se demanda si l'enfant naturel devait être considéré en France comme légitimé, et s'il pouvait recueillir par succession les biens laissés par son père dans ce pays. Il fut décidé que l'enfant ne pouvait perdre sa capacité originaire quant à la légitimation, et qu'on devait tenir compte de la loi du lieu de la célébration du mariage, au seul point de vue des solennités nécessaires pour cette célébration.<sup>1</sup>

752. — Les difficultés, que peut présenter l'application des règles que nous avons posées, doivent toujours être résolues en appliquant le principe, que la loi personnelle du mari devant régir la constitution de la famille et tous les rapports entre ses membres, c'est d'après cette loi que doivent être tranchées les controverses relatives à la légitimation. Par conséquent, le fait que l'enfant a été inscrit, par exemple, sur les registres de l'état civil comme français pour être né en France de parents inconnus, ne peut pas être un motif pour qu'on le considère comme légitimé, dans l'hypothèse où son père anglais s'étant marié en France (fut-ce même avec une française) l'aurait reconnu avec sa mère dans l'acte de célébration.

La Cour de cassation française a admis la solution contraire dans l'affaire Skottove c. Ferrand, parce qu'elle a considéré que la légitimation des enfants naturels en vertu du mariage du père et de la mère ne pouvait ôter à une française et à un enfant né d'elle en France le droit, qui leur est attribué par la loi française, de jouir de la légitimation à la suite du mariage du père et de la mère ; que la loi française qui admet la légitimation en vertu du mariage subséquent du père et de la mère est une loi d'ordre public, et qu'il serait

<sup>1</sup> F. T. de la Gœstière, *Journ. des principales audiences du Parlement*, T. III, Liv. II, Chap. XVII.

dès lors contraire à l'ordre social d'ôter aux parents la possibilité de donner à l'enfant, victime innocente de leurs rapports, l'état d'enfant légitime au moyen de la légitimation opérée d'après le Code français.<sup>1</sup>

Toutes ces raisons ne peuvent pas être considérées comme décisives, parce que, comme la famille qui est formée par un anglais doit être régie par la loi anglaise, quel que soit le lieu où l'homme qui en est le chef célèbre le mariage, et comme la femme française sait, et ne peut ignorer, qu'en se mariant à un étranger, elle est obligée de suivre la condition de son mari et de rester soumise à la loi de celui-ci pour tout ce qui concerne les rapports de la nouvelle famille ; et que d'autre part le législateur français ne peut avoir aucun intérêt à appliquer ses propres dispositions pour régler l'organisation d'une famille anglaise, on ne saurait se prévaloir de la bonne foi d'une femme ou de la capacité de l'enfant quant à la légitimation, pour établir en vertu de la loi française sa légitimation à l'égard de son père anglais ; car cette légitimation ne peut avoir lieu qu'en conformité de la loi anglaise.

Nous croyons dès lors plus conforme aux vrais principes la doctrine établie par la Cour d'Orléans dans son arrêt du 17 juillet 1856, réformé par la Cour de cassation, et nous affirmons de nouveau notre règle, que la légitimation doit être régie par la loi personnelle du père. <sup>2</sup> On devra, en outre, décider conformément à cette doctrine toute controverse relative aux conditions requises pour la légitimation. Par conséquent, s'il s'agissait d'un père français, la reconnaissance postérieure au mariage ne pourrait avoir aucun effet, même si elle avait lieu en Italie, où d'après la loi en vigueur elle serait efficace.

Ce ne serait pas le cas d'invoquer la règle *locus regit actum*, pour attribuer une valeur à la reconnaissance posté-

<sup>1</sup> Cass. 23 novembre 1857, *Journal du Palais*, 1858, p. 106.

<sup>2</sup> Voir *Journal du Palais*, 1856, T. II, p. 247 et renvoie sous cet arrêt, et, *Répertoire général*, n<sup>o</sup> 15 et suiv.

rieure, en considérant cette circonstance comme une pure question de forme. En effet, il s'agirait d'une condition substantielle pour la valeur juridique de l'acte, et en vertu du principe général, que les lois concernant l'état des personnes obligent les français même à l'étranger, il faudrait admettre que l'état d'enfant légitimé par mariage subséquent, ne pouvant exister à l'égard du père français que sous les conditions limitativement fixées par le Code civil français, à savoir que le père et la mère aient reconnu l'enfant avant leur union ou dans l'acte même de célébration, on ne pourrait pas invoquer les lois étrangères, pour attribuer l'état d'enfant légitimé à l'enfant d'un français.

753. — On devra, par suite des mêmes considérations, pour la solution de la question dont nous nous occupons ici, appliquer les règles que nous avons posées plus haut pour décider quand l'état civil d'enfant naturel peut être considéré comme établi à l'égard du père. C'est pour cela, qu'ayant démontré que la possession d'état d'enfant naturel ne pourrait pas servir à établir légalement la filiation paternelle à l'égard d'un italien ou d'un français, il faudrait en conclure que, lorsque l'enfant aurait acquis par la possession d'état la condition d'enfant naturel dans le pays étranger, où la loi permettrait de l'établir ainsi, <sup>1</sup> et lorsqu'ensuite son père et sa mère se seraient mariés, cet enfant ne serait pas légitimé au point de vue du droit français, parce qu'en l'absence de la reconnaissance légale conforme à ce droit, on ne pourrait pas admettre la légitimation, qui suppose comme condition *sine qua non* la reconnaissance légale conforme à la loi française. On ne pourrait pas invoquer la règle *locus regit actum* pour faire produire effet à la possession d'état réalisée sous l'empire de la loi étrangère ; car, ainsi que nous l'avons déjà dit, la valeur juridique d'un

<sup>1</sup> D'après le droit espagnol, la reconnaissance faite postérieurement au mariage est valable, et la condition d'enfant naturel peut être établie à l'égard des parents même par la possession d'état.



acte, qui, concernel'état personnel et les conditions substantielles requises d'après la loi personnelle de chacun, ne peut pas être régie par les règles, qui concernent les formes extrinsèques de l'acte même.

La Cour de Besançon a admis la théorie contraire dans son arrêt du 25 juillet 1876; <sup>1</sup> mais nous ne pouvons admettre avec elle, que les conditions substantielles requises pour la reconnaissance légale des effets de la légitimation puissent être soumises à la règle *locus regit actum*.

754. — Nous allons examiner une dernière question, celle de savoir, si en cas de changement de qualité de citoyen du père, la légitimation de l'enfant naturel peut avoir lieu en conformité de la patrie originaire. Supposons, pour mettre en lumière notre idée, qu'un italien, par exemple, acquière la naturalité française, pourra-t-il reconnaître l'enfant issu de lui et de sa femme avant qu'ils ne se soient mariés ?

Nous avons déjà indiqué la différence qui existe à cet égard entre les lois italienne et française. D'après la première, la reconnaissance postérieure au mariage peut produire l'effet de la légitimation à compter du jour de sa date. Au contraire, d'après la loi française, la reconnaissance postérieure au mariage est dénuée de tout effet. Or, l'italien naturalisé français pourra-t-il légitimer son enfant, en le reconnaissant en même temps que sa femme à une époque postérieure au mariage ?

A première vue, on peut soutenir la négative, par la considération que la naturalisation soumet la personne à toutes les lois d'ordre public de l'État d'élection, et que la loi relative à la naturalisation, ayant ce caractère, doit être réputée impérative pour le naturalisé. Il faut toutefois considérer que, bien que la naturalisation ne doive, en principe, avoir au-

<sup>1</sup> Clunet, *Journal*, 1877, p. 228. Voir *id.*, en sens contraire. *Cour de Paris*, p. 230.

cun effet rétroactif, et que, bien que la loi qui la concerne soit une loi d'ordre public à l'égard des personnes soumises à son autorité; néanmoins le droit qui appartient aux parents de donner à leur propre enfant l'état de légitimité d'après les conditions de leur propre statut personnel, étant un droit privé pour eux, ils ne peuvent pas en être privés par le fait de la naturalisation, et il faudrait admettre que, lorsqu'ils voudraient se prévaloir de ce droit après la naturalisation, en reconnaissant leur enfant postérieurement à la célébration du mariage, ils pourraient ainsi lui attribuer l'état de légitimité. Nous disons cela, parce qu'il nous semble que, dans le doute, on doit toujours préférer la loi la plus favorable à la légitimation; et que d'autre part, en considérant que les rapports de paternité et de filiation doivent être régis par la loi, sous l'empire de laquelle ils ont commencé à exister, il doit par conséquent en être ainsi de la légitimation par suite du mariage, laquelle doit être soumise à la loi en vigueur au moment où la famille a été constituée par ce contrat. Dès lors, il nous semble que les lois d'ordre public du nouvel État ne sont pas atteintes, si le naturalisé, attribue, en vertu d'un droit préexistant, la qualité d'enfant légitimé à son enfant en le reconnaissant avec sa femme durant le mariage. <sup>1</sup>

L'obstacle résultant du respect dû aux lois d'ordre public

<sup>1</sup> Nous pensons, contrairement à l'auteur, que dans ce cas, il ne s'agit pas d'un droit né antérieurement à la naturalisation, et qui, comme tel, d'après les principes admis, devrait être régi par la loi nationale sous l'empire de laquelle il serait né; mais d'une simple possibilité de faire naître un droit, dont la personne, dans notre espèce le père italien, n'a pas usé, lorsqu'il le pouvait et dont il ne peut plus se prévaloir, lorsqu'il est soumis à l'empire d'une autre loi nationale, qui lui refuse cette faculté.

En d'autres termes, l'italien naturalisé français, qui n'a pas légitimé son enfant par acte postérieur au mariage, avant sa naturalisation en France, n'a pas, lorsqu'il le pouvait, usé d'une faculté qui lui donnait la loi italienne, quand il se trouvait lui et la famille, dont il est le chef, sous l'empire de cette loi, et il ne peut plus s'en prévaloir lorsque, par suite de sa naturalisation, il s'est volontairement soumis, lui et sa famille, à l'empire de la loi française, qui ne permet pas aux parents français de légitimer leurs enfants postérieurement au mariage. (Note du traducteur Ch. A.).

pourrait se rencontrer, lorsqu'aux termes de la loi personnelle antérieure, la légitimation serait autorisée, même à l'égard des enfants incestueux, et lorsque la loi de l'État d'élection contiendrait une prohibition formelle à cet égard. Ainsi, par exemple, d'après le droit français, les enfants issus de beau-frère et belle-sœur et d'oncle et de nièce devant être réputés incestueux, ne peuvent pas être légitimés à la suite de la dispense du chef de l'État (C. civ. français, art. 331). Il n'en est pas ainsi en droit italien ; car la défense de reconnaissance et par suite de légitimation par mariage subséquent se trouve consacrée par le législateur italien seulement à l'égard des enfants nés de parents ou d'alliés en ligne directe à l'infini et en ligne collatérale jusqu'au second degré.

Or, il nous semble que si un italien, qui aurait obtenu la naturalité française, voulait reconnaître et légitimer l'enfant, né de lui et de sa belle-sœur ou de lui et de sa nièce, il invoquerait vainement son statut personnel antérieur, parce qu'il rencontrerait l'obstacle de la loi française d'ordre public, qui défend la légitimation des enfants incestueux et considère comme tels ceux nés de beau-frère et belle-sœur et d'oncle et nièce.

755. — Relativement aux effets qui peuvent résulter de la légitimation, il faudra admettre en principe, que la loi, d'après laquelle doit être résolue la question de statut personnel, doit servir aussi à déterminer les droits de l'enfant à l'égard de ses parents qui l'ont légitimé. Cette opinion a été combattue par tous ceux qui, ayant admis la différence entre les droits qui concernent les rapports personnels et ceux qui concernent les biens, ont soutenu qu'à l'égard des biens, on devrait toujours appliquer la *lex rei sitæ*, pour déterminer les droits de l'enfant légitimé sur les biens existant dans chaque État. Telle était l'opinion de Voët, de

1 Voët, *Ad Pand.*, lib. I, tit. IV, no 7 ; Tommasio, *Addizione alle pre-*

Tommasio, de Casaregis et de Burgundius, parmi les anciens juristes, <sup>1</sup> et parmi les modernes, celle de Rocco. Ce dernier dit, que la légitimation comme qualification de la personne doit être régie par le statut personnel et ajoute : « Mais les effets qui en dérivent relativement aux biens ont « un rapport intime avec le statut réel et doivent dépendre « de la loi du lieu où les biens existent. Dès lors, pour décider « si un tel a la qualité d'enfant légitimé, il faut recourir à la « loi de son domicile : qualifié ainsi d'après cette loi, pour « définir ensuite les droits réels, qui en dérivent, et la me- « sure de ces droits, il faut recourir à la loi de la situation « des biens. En somme, la loi du domicile donne au légiti- « mé la capacité juridique de jouir du droit de succession, « et le statut de la situation des biens le lui confère réelle- « ment et en régit les conditions concrètes. » <sup>2</sup>

Nous devons observer que la légitimation ne doit pas être considérée comme un état abstrait et une pure qualification juridique ; mais comme un état, dont résultent certains droits, même à l'égard du patrimoine du père. La légitimation n'efface pas seulement la tache de la naissance, mais change la condition de l'enfant légitime qui, par suite d'une fiction juridique, est assimilé au fils naturel, comme s'il était né durant le mariage : *justi legitimi efficiuntur*. Étant admis que l'état de la personne doit être déterminé par la loi personnelle de chacun : que la personne a, d'après la loi de sa patrie l'état d'enfant légitime, et par conséquent certains droits sur les biens de son père, il en résulte que comme cet état doit être reconnu partout, on doit aussi respecter les droits qui en dépendent.

Nous n'admettons pas la conception de la réalité d'après la vieille école, et nous sommes d'avis que la loi qui règle les rapports réciproques de la famille doit régir les droits

*lizioni di Huber, De conflictu legum; Casaregis, Stat. civit. Gemvæ, De successione ab intestato; Burgundius, Tract. I, nos 8, 10, 25, 26.*

<sup>1</sup> *Op. cit.*, Chap. XXIII et XIX, 1<sup>re</sup> partie.

<sup>2</sup> P. 176 à 178, édif. de Livourne.



des membres de celle-ci sur le patrimoine familial, en quel lieu qu'il soit situé, pourvu que la loi territoriale et l'économie de la propriété ne soient pas atteintes par là. Du reste, comme le droit le plus important qui dérive de la légitimation est celui de pouvoir succéder aux biens du père, nous traiterons cette question d'une façon plus approfondie en son lieu.

756. — On s'est demandé, si la légitimation *per rescriptum principis* doit produire effet partout, comme celle *per subsequens matrimonium*. Certains auteurs soutiennent, que cette légitimation acquise en vertu d'un privilège accordé par l'autorité souveraine, ne peut produire d'effets que sur le territoire soumis à l'autorité du souverain qui l'a conférée. Pour nous, nous sommes d'avis que c'est d'après la loi personnelle qu'on doit décider si l'enfant est incestueux, naturel, légitime ou légitimé, et qu'on doit reconnaître partout l'état de chacun, tel qu'il résulte de cette loi. Si d'après la loi de la patrie de l'individu, la fiction légale en raison de laquelle *justi legitimi efficiuntur* peut être l'effet d'un rescrit du prince, celui qui a acquis l'état d'enfant légitime par acte de l'autorité souveraine doit être reconnu comme tel même ailleurs, non parce que le souverain a autorité dans le pays étranger, mais parce que l'état de la personne doit être reconnu partout.

On ne doit faire aucune distinction dans l'application de la règle, dans l'hypothèse où la légitimation par rescrit du prince n'a pas été admise d'après la loi personnelle de la mère. En effet, comme celle-ci suit la condition du mari et que toute difficulté relative aux rapports du mari et de la femme avec les enfants doit être résolue par application de la loi personnelle du mari, qui est le chef de la famille, il n'est pas besoin de se préoccuper des dispositions de la loi de l'État auquel la femme appartenait avant le mariage. Par conséquent, une française mariée à un italien, pourrait, dans le cas où les conditions requises par le Code civil ita-

lien, pour permettre la légitimation par décret royal se trouveraient réunies, se prévaloir des dispositions de la loi italienne, sans que la loi française, qui n'admet pas ce genre de légitimation, pût y faire obstacle. En effet, cette française serait, par suite de son mariage, devenue italienne. Donc, en réalité, comme il s'agirait d'attribuer la qualité d'enfant légitime à un italien, tout devrait dépendre de la loi italienne, et l'état de légitimé acquis à l'enfant conformément à sa loi personnelle devrait être respecté partout.

Examinons une dernière hypothèse, celle de la légitimation par rescrit du prince accordée seulement pour permettre l'accès de certaines fonctions publiques. On doit admettre, que le souverain d'un État peut l'accorder même à un étranger. Comme ce serait un véritable acte de faveur accordé par le chef de l'État, il est clair que les effets de cette faveur devraient être restreints aux limites du territoire soumis à l'autorité du souverain. Cet acte serait en réalité un acte politique, qui n'exercerait aucune influence sur l'état personnel, parce qu'aucun souverain ne peut, par ses décrets et rescrits, modifier la condition civile et l'état personnel d'un étranger.

---

## CHAPITRE VIII

### DE L'ADOPTION.

757. Caractères de l'adoption dans les temps modernes. — 758. De la capacité quant à l'adoption. — 759. L'étranger peut-il adopter et être adopté. — 760. Des conditions intrinsèques requises pour l'adoption. — 761. Adoption de l'enfant naturel d'un étranger. — 762. Effets de l'adoption. — 763. Question de savoir si l'adoptant acquiert la qualité de citoyen du pays de l'adopté.

757. — L'adoption est un acte juridique solennel, par lequel s'établit entre deux personnes un rapport purement civil, analogue à celui qui résulte de la paternité et de la filiation légitimes. Nous trouvons cette institution dès les temps les plus reculés, chez les Égyptiens, les Grecs et les Romains. <sup>1</sup> Ces derniers surtout recoururent fréquemment à l'adoption pour plusieurs raisons : principalement pour perpétuer leur nom en l'absence d'enfants, et pour maintenir le culte domestique des *sacra privata*. Ils admirent deux sortes d'adoption, une pour les personnes *alieni juris* et l'autre pour les personnes *sui juris*, en les distinguant sous les dénominations d'adoption proprement dite et d'arrogation. <sup>2</sup> Dans les États modernes, le caractère de cette institution s'est notablement modifié ; elle a été cependant reconnue par la majeure partie des législateurs, surtout de-

<sup>1</sup> Grenier, *Discours historique sur l'adoption*.

<sup>2</sup> Instit., *De adoptionibus*, lib. I, tit. XI ; Dig., *De adoptionibus et emancipationibus*, lib. I, tit. VII.

puis que la France a introduit en 1792 l'adoption proprement dite, qui était presque inconnue avant la révolution. <sup>1</sup>

Maintenant, nous allons examiner quelle est la loi, d'après laquelle on doit déterminer les conditions, les solennités et les effets juridiques de l'adoption : nous dirons ensuite si l'adoption a pour résultat de modifier la qualité de citoyen de l'adopté.

758.—L'adoption peut être considérée comme un rapport conventionnel résultant du consentement des deux parties intéressées, dont dérive un changement d'état. Pour tout ce qui concerne la capacité active et passive de l'adoptant et de l'adopté, on doit tenir compte exclusivement de la patrie de chacun. Il existe, en effet, certains États où l'adoption n'est pas permise. Tels sont par exemple, l'Angleterre et ses possessions régies par la *Common Law*, les États-Unis d'Amérique, la Hollande, le Canton de Vaud, la Louisiane. Dans d'autres, on permet l'adoption et l'arrogation : cela a lieu dans les États régis par le droit romain et en Bavière (C. civ., 1<sup>re</sup> partie, ch. IV, 10-11). Dans d'autres, on permet l'adoption sous certaines conditions. Ainsi, par exemple, d'après le Code civil italien, l'adoption est permise (art. 202) pour les personnes de l'un et de l'autre sexe, qui n'ont ni descendants légitimes ni illégitimes, qui ont cinquante ans accomplis, et dépassent au moins de 18 ans l'âge des individus qu'elles veulent adopter. Aux termes du Code civil français, il est nécessaire que l'adopté soit majeur et que l'adoptant soit âgé de 50 ans et ait au moins quinze ans de plus que lui (art. 343). Les Codes autrichien (art. 173), prussien (art. 668) et bavarois défendent l'adoption à celui qui a fait un vœu solennel de célibat, et en outre le Code bavarois interdit l'adoption aux femmes (art. 10, 11). <sup>2</sup>

<sup>1</sup> Compar. *Nouveau Denizart*, T. I, v<sup>o</sup> *Adoption*, § 3, n<sup>o</sup> 1 ; Merlin, *Répert.* v<sup>o</sup> *Adoption*, § 1 ; Décret du 25 janvier 1793. Voir notre article dans le *Digesto italiano*, v<sup>o</sup> *Adozione*.

<sup>2</sup> Antoine de St-Joseph, *Codes étrangers*.



759. — Certains auteurs ont voulu soutenir, que l'étranger n'a la capacité, ni active, ni passive, d'adopter et d'être adopté, parce que le but de cette institution est de créer des rapports purement civils de paternité et de filiation à l'imitation de la nature, et que devant être considérée comme un privilège dérivant de la loi, elle ne peut être applicable qu'aux seuls citoyens. Cette opinion est admise par beaucoup de jurisconsultes français pour les adoptions d'étrangers en France <sup>1</sup> et elle a été consacrée par la Cour de cassation. <sup>2</sup> Les principales raisons invoquées pour la soutenir sont que, l'institution de l'adoption étant une faveur accordée par le Code civil, ne peut être réclamée que par les personnes qui ont la jouissance des droits civils, que par conséquent l'étranger, qui ne se trouve pas dans les cas exceptionnels prévus par les articles 11 et 13 du Code civil français, n'a pas la capacité active ou passive de l'adoption.

Demolombe dit en outre, que l'adoption entraîne le droit de succession pour l'adopté, et que bien que la loi du 14 juillet 1819 ait accordé aux étrangers la faculté de succéder en France, néanmoins si on considère qu'il résulte de l'adoption, non pas une simple indication d'héritier, mais une institution toute spéciale permise par les lois civiles, les étrangers ne peuvent y participer sans qu'une concession expresse ou tacite leur ait reconnu cette faveur. <sup>3</sup>

Pour ce qui concerne la question générale, nous ferons observer que chez les Romains on défendait avec raison d'adopter un étranger ou d'être adopté par lui, parce qu'il n'était possible d'avoir aucune parenté civile ou *agnatio* entre citoyen romain et pérégrin, et qu'en outre, l'adoption était un mode d'acquisition de la puissance paternelle, droit

<sup>1</sup> Delvincourt, T. I, p. 417; Merlin, *Quest.*, v° *Adoption*; Duranton, n° 287; Mailher de Chassat, n° 225, Félix, n° 36; Marcadé, art. 346; Dalloz, v° *Adoption*, n° 111.

<sup>2</sup> Cass. 5 août 1823 (Dugied), Sirey, 1823, I, 353; 7 juin 1826 (Caillac). Sirey, 1826, I, 330.

<sup>3</sup> Demolombe, *Adoption*, n° 48; *Publication des lois*, n° 245.

exclusif du citoyen romain, auquel ne pouvaient participer les étrangers, et que, de plus, la forme de la triple *mancipatio* et de la *cessio in jure*,<sup>1</sup> requise avant Justinien pour l'adoption proprement dite, n'était pas permise aux pérégrins.

Dans les temps modernes, étant données les modifications qu'a subies cette institution spéciale, nous ne voyons aucune raison pour empêcher les étrangers d'en jouir.

L'adoption est, en effet, un rapport juridique essentiellement consensuel, qui est réalisé par le concours de deux volontés, desquelles l'une est de prendre la qualité de père, et l'autre d'accepter celle d'enfant adoptif. Certaines lois, comme par exemple le Code prussien (art. 714), disposent formellement que l'adoption peut être révoquée par le consentement des parties intéressées et par une sentence du tribunal supérieur. Le Code civil italien est muet. Si, en principe, on peut discuter sur la révocabilité de l'adoption par le consentement des parties, il est néanmoins incontestable qu'étant donné, que l'adoption doit être réputée une condition civile permanente et immuable, et qu'étant donnée la manière de la faire naître, la nature propre de cette institution est celle d'une convention consensuelle, et que dès lors la différence de nationalité ne peut être un obstacle entre l'adoptant et l'adopté.

Nous n'entendons pas examiner la question spéciale des adoptions en France. Nous noterons seulement que, bien que les étrangers n'y aient pas la jouissance de tous les droits civils comme les français, ils sont cependant admis à jouir de tous les droits civils que la loi ne leur refuse pas. Or, comme parmi les conditions requises par le Code civil français pour adopter et pour être adopté, ne se trouve pas celle d'être citoyen de la même patrie, on peut soutenir que l'étranger a en France la capacité d'adopter. Telle est, du reste, l'opinion d'éminents jurisconsultes, tels que Vallette,

<sup>1</sup> Gaius, I, § 134; Ulpien, VIII, 5; X, I; Aulu-Gelle, Liv. V, Chap. XIX.

Zacchariæ et Demangeat. <sup>1</sup> Ce dernier dit fort justement, que soutenir aujourd'hui que le contrat d'adoption ne puisse avoir lieu entre un français et un étranger, c'est une théorie à l'appui de laquelle il est impossible d'invoquer autre chose que des mots et des formules vides de sens. Si une étrangère peut jouir de tous les effets civils du mariage en se mariant avec un français, et si les rapports de paternité et de filiation peuvent résulter du mariage et de l'adoption, il n'est pas de raison pour interdire le second mode aux étrangers, alors que la loi ne l'a pas déclaré expressément.

En Italie, toute difficulté a été écartée par l'article 3 des dispositions préliminaires du Code civil, qui accorde à l'étranger la faculté de jouir de tous les droits civils attribués aux citoyens.

Nous admettons aussi que, même lorsque l'adoptant et l'adopté sont tous deux étrangers et appartiennent à des pays différents, il ne peut leur être interdit de faire l'acte solennel de l'adoption en Italie, si du reste ils sont capables d'après les lois de leur patrie, et si l'un d'eux a son domicile dans le royaume pour établir la compétence de nos tribunaux. En effet, l'adoption, pour tout ce qui concerne sa nature comme rapport consensuel, peut exister dans tout État, dont la loi reconnaît cette institution. Certainement un anglais domicilié en Italie ne pourrait pas adopter, parce que ce rapport serait sans effet d'après la loi de son pays ; mais un français peut bien adopter chez nous un autrichien, quand se trouvent réunies les conditions requises par les lois autrichienne et française pour la capacité de chacun d'eux.

760. — Ce n'est pas seulement la question de capacité, mais aussi les conditions intrinsèques requises pour l'adoption, qui doivent être régies par la loi personnelle de cha-

<sup>1</sup> Vallette, *Sur Proudhon*, T. I, p. 177 ; Zacchariæ, § 78 ; Demangeat, *Condition civile des étrangers en France*, p. 362, et la note a sur le n° 36 de Félix ; Dragoumis, *Condition de l'étranger en France*, p. 372.

cun, quand l'adoption a lieu en pays étranger. Ce ne pourrait être le cas d'appliquer à cette opération juridique les règles concernant les rapports contractuels réalisés au moyen de l'accord de deux volontés, sous le prétexte que l'adoption est un rapport qui acquiert l'existence juridique en vertu de l'accord de volontés de deux personnes, dont l'une consent à prendre la qualité de père et l'autre celle d'enfant adoptif, accord qui ayant comme tel les caractères d'un contrat, devrait être soumis aux mêmes règles que les contrats faits à l'étranger.

Contre cette argumentation, on pourrait toujours faire valoir la grave raison, que l'adoption, bien que réalisée par suite du consentement, produit une modification de l'état personnel, d'après les lois des pays qui l'admettent. Dès lors, étant donné le principe général, que les citoyens ne peuvent pas se soustraire à l'étranger aux lois de leur patrie qui concernent les rapports de famille et les questions d'état personnel, on doit décider qu'un italien, par exemple, ne peut pas se soumettre à la loi prussienne, et pour avoir adopté en Prusse, alléguer qu'il pourrait révoquer l'adoption aux termes de la loi prussienne, qui admet cette révocation du consentement des parties, avec la sanction du tribunal supérieur. L'état d'enfant adoptif d'un italien ou d'un français ne peut être acquis que sous les conditions établies par la loi italienne ou par la loi française et doit rester soumis à l'une ou à l'autre loi, comme doit y rester soumise toute question concernant l'état personnel des citoyens de l'un ou de l'autre pays. La loi de l'État où a eu lieu l'adoption peut être utilement invoquée seulement dans les questions, qui peuvent concerner la forme de l'acte, auquel cas on peut appliquer la règle *locus regit actum*.

761. — *Quid juris* dans le cas où un étranger domicilié en Italie voudrait adopter un enfant naturel reconnu ? S'il s'agissait d'adopter un italien, il faudrait résoudre la question négativement, parce que l'article 205 du Code civil



italien dispose, que les enfants nés hors du mariage ne peuvent pas être adoptés par leurs père et mère. Notre législateur, qui permet la légitimation par mariage subséquent et par rescrit royal, et qui considère l'adoption comme un moyen de créer, par fiction juridique, les rapports de paternité et de filiation, défend avec raison d'adopter l'enfant naturel; car écrivait Cujas : *Adoptio est actio legis qua QUI FILIUS MEUS NON EST ad vicem filii redigitur*. La difficulté pourrait se présenter dans l'hypothèse d'un français qui voudrait adopter son enfant naturel. En droit français, en effet, la question est controversée. Il semblait, que la jurisprudence avait considéré comme valable l'adoption de l'enfant naturel, parce que quinze Cours d'appel sur dix-neuf avaient admis ce système et que la Cour de cassation, confirmant les décisions de la majorité des Cours d'appel, avait décidé que le Code civil ne s'y opposait pas. <sup>1</sup> Postérieurement, cette même Cour, revenant sur sa jurisprudence déclara que l'adoption de l'enfant naturel était illicite; <sup>2</sup> puis finalement, elle consacra de nouveau l'affirmative. <sup>3</sup> Sans nous étendre à discuter cette question au point de vue de telle ou telle loi positive, nous nous contenterons de noter que, comme les questions concernant l'état des personnes doivent être résolues d'après les lois étrangères auxquelles ces personnes sont soumises, il faudra en principe appliquer la loi de l'adoptant et de l'adopté, pour décider s'il y a lieu à adoption. Du reste, s'il s'agissait de faire une adoption en Italie, elle devrait être admise par la Cour, qui en vertu de l'article 216 du Code civil italien, peut ou non l'autoriser, sans exprimer les motifs de son autorisation ou de son refus d'autorisation. Il peut dès lors arriver, que la Cour n'autorise pas l'adoption d'un enfant naturel de la part d'un étranger; mais elle pourrait aussi l'admettre par application du statut personnel de l'adoptant.

<sup>1</sup> 28 avril 1841, Boirot, *Dev.*, 1841, I, 273.

<sup>2</sup> 16 mars 1843, Thoreau, *Dev.*, 1843, I, 177.

<sup>3</sup> 1<sup>er</sup> avril 1846, Bouleau, *Dev.*, 1846, I, 273.

On devrait résoudre de même la question de savoir si un prêtre étranger pourrait adopter un citoyen de l'État. Alors qu'il existerait à son égard une prohibition de sa loi personnelle, (ce qui a lieu d'après les Codes, autrichien (art. 179), prussien (art. 670) et bavarois (art. 10), qui interdisent l'adoption aux personnes qui ont fait vœu de célibat), cette adoption ne pourrait pas avoir lieu, malgré l'absence dans la loi personnelle de l'adopté d'une prohibition semblable. Lorsque la loi étrangère de l'adoptant ne contiendrait aucune disposition expresse, il faudrait admettre les principes, que nous avons exposés en ce qui concerne l'adoption de l'enfant naturel.

762. — A l'égard des droits qui dérivent de la paternité et de la filiation adoptives <sup>1</sup> et de tous les rapports juridiques de l'adopté avec l'adoptant et la famille de celui-ci, on doit appliquer la loi nationale de l'adoptant. Ainsi, par exemple, si un époux adoptait sans le consentement de l'autre époux, et si l'adoptant était français, l'adoption pourrait être annulée, parce que l'article 344 du Code civil français dispose qu'aucun conjoint ne peut adopter sans le consentement de l'autre ; mais si l'adoptant était prussien, l'adoption serait valable, parce que le Code prussien porte (art. 676) que si le mari adopte sans le consentement de la femme, l'adoption sera considérée comme inexistante seulement en ce qui concerne les droits de la femme dans la succession du mari, et que l'adopté sera, à l'égard de l'autre époux, comme l'enfant d'un autre lit (art. 686). Si l'adopté était un italien mineur non émancipé, son père naturel conserverait la puissance paternelle jusqu'à 21 ans, parce que dans le système de notre Code, aux termes de l'article 212, l'adopté conserve tous les droits et les devoirs envers sa famille naturelle.

<sup>1</sup> Dalloz, v° *Adoption*, n° 99 ; Demolombe, *Traité de l'adoption*, n° 54 ; Cass. française, 26 novembre 1844 (Noël), *Dev.* 1844, I, 801.

763. — Une des questions qui résultent de l'adoption est celle de savoir si l'adoptant acquiert la qualité de citoyen de l'État du père adoptif. Cette question a été discutée par Rocco.

Il observe, que l'imitation de la nature serait imparfaite, si on ne facilitait pas l'homogénéité de la vie privée entre le père et l'enfant adoptif par l'homogénéité de la vie civile. Il pense donc, qu'il serait convenable tout au moins de faciliter à l'adopté l'acquisition de la qualité de citoyen de l'adoptant.

Cette théorie est soutenable en législation. On peut dire toutefois, que, comme l'enfant adoptif conserve ses rapports avec sa famille naturelle, et que d'autre part la diversité de qualité de citoyen ne peut être considérée comme un obstacle aux rapports qui résultent de l'adoption, et que dans tous les cas on doit laisser à l'entière discrétion de la personne de changer sa qualité originaire de citoyen, il n'est pas nécessaire d'admettre parmi les effets de l'adoption le changement de qualité de citoyen.

Au point de vue du droit positif, la solution n'est pas douteuse. On doit, en effet, décider d'après la loi de chaque État qui est citoyen, qui est étranger, et quels sont les moyens, à l'aide desquels les étrangers peuvent devenir citoyens. Il faudra dès lors, décider par application de chaque loi, si l'adoption peut avoir pour résultat l'acquisition de la qualité de citoyen du pays de l'adoptant, sans nécessité d'employer les formes ordinaires de la naturalisation.

---

## LIVRE TROISIÈME

### DES DROITS QUI ONT LES CHOSES POUR OBJET.

#### 761. Conception générale du présent livre.

764. — Dans les deux livres précédents, nous nous sommes proposé d'exposer les principes, d'après lesquels doit être déterminée la loi destinée à régir les droits personnels de l'individu considéré dans ses rapports avec les autres et avec la famille dont il est membre, et nous avons cherché à établir quelle doit être l'autorité territoriale ou extraterritoriale de chaque loi, en tant qu'elle règle l'acquisition, l'exercice, la conservation de chaque droit particulier qui appartient à la personne et des rapports de famille, qui sont la conséquence du mariage, au moyen duquel la famille est constituée. Dans ce livre, nous nous proposons de rechercher quelle est la loi à laquelle doit être soumis chaque rapport juridique particulier, qui a pour objet les choses. En d'autres termes, nous devons déterminer l'autorité territoriale ou extraterritoriale de chaque loi, en tant qu'elle règle l'acquisition, l'exercice, la conservation de tout droit de la personne sur les choses, qui peuvent être l'objet de ce droit.

Le mot *chose* indique en général tout objet matériel, non susceptible de capacité juridique, qui tombe sous nos sens, et qui peut être l'objet d'un droit. Les juristes ont établi la distinction des choses corporelles et des choses incorporelles. Dans ce livre, nous ne nous occuperons que des choses matérielles.



Ces dernières ont été qualifiées *biens*, et en droit positif, on a distingué les biens mobiliers des biens immobiliers. Nous devons noter, que le mot *biens* à une acception plus large. Il peut être, en effet employé pour désigner tout être, qui peut être utile à la personne. *Bona ex eo dicuntur quod beant, hoc est beatos faciunt, beare est prodesse.*<sup>1</sup> Pris dans cette acception, le mot *biens* peut servir à exprimer tout ce qui est dans le patrimoine d'une personne. Il nous semble dès lors plus correct d'employer le mot *chose*. Nous admettons la distinction des choses en mobilières et en immobilières, et la distinction correspondante des droits, en droits mobiliers et en droits immobiliers, au point de vue de leur objet.

Les droits sur les choses peuvent porter sur la chose qui appartient en propre à la personne, *jura in re* : ce sont tous les droits qui constituent la propriété et qui sont compris dans le droit de propriété, ou qui dérivent de ce même droit. Ils peuvent aussi frapper la chose d'autrui, *jura in re aliena* : ce sont les servitudes, l'emphytéose, la superficie, le gage, le droit de rétention, l'hypothèque.

Nous traiterons séparément de tous ces droits au point de vue de la loi, qui doit les régir.

<sup>1</sup> L. 49, Dig., *De verb. signif.*, 50, 16.

## CHAPITRE PREMIER

### DE LA CONDITION JURIDIQUE DES CHOSSES.

765. Importance de la détermination des choses mobilières et des choses immobilières. — 766. La qualification des choses doit dépendre de la *lex rei sitæ*. — 767. Diversité des lois relatives aux immeubles par destination. — 768. Il est intéressant d'établir si on doit admettre l'autorité du statut personnel pour décider si les choses mobilières doivent ou non être considérées comme immobilisées. — 769. Exclusion de l'autorité de ce statut à ce point de vue. — 770. Application de la théorie. — 771. L'autorité de la loi territoriale à l'égard de la qualification des choses doit être absolue. — 772. Citoyens de la même patrie qui contractent à l'étranger relativement à leurs choses mobilières qui y sont hors du commerce.

765. — Chaque loi détermine comment les choses doivent être divisées en choses mobilières et en choses immobilières et établit quelles sont celles qui doivent être rangées dans l'une ou l'autre catégorie. Cette distinction a une très grande importance en droit moderne, à l'égard des droits qui appartiennent aux personnes; car c'est d'après la qualification des choses qui se trouvent sur le territoire de l'État, abstraction faite des personnes auxquelles elles appartiennent, qu'on devra décider si certains droits peuvent être acquis et transmis à leur égard; si on doit considérer comme efficace une manière déterminée de les acquérir et de les transmettre, et quelles sont les actions, qui peuvent être utilement exercées pour sauvegarder ces mêmes droits.

766. — En vertu du principe incontesté, d'après lequel chaque souverain exerce son pouvoir exclusif d'empire et

de juridiction sur toute l'étendue du territoire, on doit admettre que, non seulement le territoire, mais encore les choses qui y sont contenues doivent être soumises à l'*imperium*, à l'*auctoritas*, et à la juridiction du souverain territorial ; d'où l'axiome, *quidquid est in territorio est etiam de territorio*..

De ce principe il résulte, que la qualification des choses à l'égard de leur condition juridique doit dépendre absolument de la loi territoriale, parce qu'en réalité le législateur, en disposant à cet égard, ne se préoccupe pas de savoir si elles appartiennent à telle ou telle personne, à un citoyen ou à un étranger, mais les considérant en elles-mêmes comme objets du droit, en détermine la qualité et les conditions juridiques comme telles.

A première vue, il peut sembler qu'il ne puisse exister aucun doute raisonnable à ce sujet. Toutefois, les difficultés peuvent se présenter, parce que certains objets, meubles par leur nature, peuvent être déclarés immeubles par une disposition de la loi. Plusieurs législateurs ont, en effet, déclaré immobilières certaines choses mobilières en considération de leur destination, telles que, par exemple, les animaux attachés à une exploitation agricole, les instruments d'agriculture, les appareils nécessaires aux fabriques. D'autres législateurs ont déclaré certaines choses immeubles, en considération de l'objet auquel elles se rapportent : c'est ce qu'a fait, par exemple, le législateur italien, qui considère comme immeuble le droit d'emphytéose sur les fonds soumis à ce droit, les actions qui tendent à recouvrer des immeubles ou les droits relatifs aux immeubles.

767. — Il faut considérer, que les lois des divers pays ne sont pas d'accord à ce sujet. Ainsi, d'après la loi autrichienne, on considère comme immeubles, non seulement les animaux destinés à la culture, mais encore tout ce qui sert à leur nourriture et tous les produits du sol, bien que déjà récoltés, s'ils sont nécessaires à la continuation de l'ad-

ministration économique ordinaire du fonds ; tandis que d'après la loi italienne, si on considère comme immeubles les animaux attachés à la culture, on regarde comme meubles les produits du sol déjà récoltés. D'après le Code civil hollandais (art. 563) les ruches sont classées parmi les meubles, tandis qu'elles sont rangées parmi les immeubles d'après la loi italienne (art. 413 C. civ. ital.). D'après le Code civil français, toutes les choses qui ne sont pas énumérées dans l'article 524, bien que remises par le propriétaire au fermier ou au métayer pour le service et la culture du fonds, ne sont pas réputées immeubles par destination, tandis qu'elles le sont aux termes de l'article 413 du Code civil italien, qui déclare immeubles par destination toutes les choses mobilières, que le propriétaire remet au fermier ou au métayer pour le service ou pour la culture du fonds.

768. — Le principe consacré dans l'article 300 du Code civil autrichien, que les immeubles sont soumis à la loi du lieu où ils sont situés et que toutes les autres choses au contraire doivent l'être aux lois, auxquelles est soumise la personne du propriétaire, est conforme à la règle traditionnelle consacrée par la doctrine et la jurisprudence de tous les pays qui, admettant la maxime *mobilia personam sequuntur, mobilia ossibus personæ inhærent*, ont constamment reconnu que les choses mobilières, au point de vue de la loi applicable pour régler les droits qui y sont relatifs, doivent être régies par la loi personnelle de celui auquel elles appartiennent, et que leur situation réelle doit être considérée à ce point de vue comme tout à fait indifférente. Étant donné ce principe, on se demande naturellement, si la loi personnelle du propriétaire, d'après laquelle une chose donnée est considérée comme immobilière, peut la faire considérer comme telle partout, et par conséquent même dans l'hypothèse où, d'après la loi territoriale, elle serait déclarée immeuble, soit par destination, soit en raison de l'objet auquel elle se rapporte.



La solution de cette question dans le sens de l'affirmative ou de la négative peut donner lieu à des conséquences juridiques importantes dans la pratique ; car la capacité même pour les personnes de faire certains actes dépend en certains cas de la condition juridique des choses. Ainsi, par exemple, l'aliénation des choses appartenant à une femme mariée italienne non autorisée n'est pas valable aux termes de l'article 134 du Code civil italien, s'il s'agit d'un immeuble, mais au contraire est valable s'il s'agit d'une chose mobilière. On peut dire la même chose relativement à la validité des actes accomplis par un administrateur. En effet, comme ces actes sont assujettis à certaines formalités substantielles, suivant qu'il s'agit de choses immobilières ou de choses mobilières, il est naturel, que tout doive dépendre de la qualification juridique des choses. Par conséquent, on peut se demander si la loi personnelle, qui doit régler la capacité et la validité des actes, doit avoir aussi pour résultat de faire considérer une chose donnée comme l'objet d'un droit partout mobilier, par le seul fait que cette loi l'a déclaré telle.

Nous avons soutenu plus haut, que l'absence et les conséquences juridiques, qui en résultent pour tout ce qui concerne les droits appartenant aux personnes, doivent être régies par la loi personnelle. Or, supposons, que les héritiers présumés aient obtenu l'envoi en possession temporaire des biens de l'absent, et qu'aux termes de la loi personnelle, il soit permis aux envoyés en possession provisoire d'aliéner les biens meubles, et qu'il leur soit défendu d'aliéner les immeubles ; pour décider en cette circonstance si la vente de ruches, qui se trouvent dans un fonds situé en Italie, peut ou non être valable, tout dépend du point de savoir si ces choses doivent être classées parmi les meubles ou parmi les immeubles. Étant donné en principe, que tout le régime de l'absence doit être régi par la loi personnelle, on pourrait avec raison en conclure, qu'étant donné que cette loi dispose, comme le Code hollandais, que les ruches sont des

meubles, on devrait permettre aux envoyés en possession des biens d'un absent citoyen d'un pays régi par cette loi, d'aliéner ces biens, en conformité de la loi étrangère, qui devrait régler les droits de ces héritiers présumés.

769. — Nous devons dire cependant, qu'on ne peut, en cette matière, admettre l'autorité du statut personnel, parce que la loi, qui détermine la condition juridique des choses, dispose à cet égard sans se préoccuper des rapports entre la chose et la personne à laquelle cette chose appartient. Au contraire, le législateur considère la chose objectivement, et ce non seulement en ce qui concerne la capacité de l'acquérir et de la transmettre, mais aussi au point de vue des tiers et de tous ceux qui peuvent avoir un intérêt direct ou indirect au régime de la propriété. Par conséquent, on ne saurait se dispenser de reconnaître que la disposition de la loi est fondée sur des considérations d'intérêt général, et que pour cette raison elle doit avoir une autorité territoriale et exclure absolument l'application de la loi personnelle du propriétaire de la chose.

Les droits réels acquis par les tiers sur l'immeuble qui existe sur le territoire de l'État s'étendent naturellement à tous les accessoires de cette chose. Par conséquent, si la loi territoriale avait qualifié immeubles par destination les objets, que le propriétaire du fonds aurait destinés au service et à la culture de ce fonds, elle aurait ainsi établi, que les droits réels des tiers sur l'immeuble devraient être réputés s'étendre aussi à ces accessoires, et par suite à toutes les choses mobilières immobilisées par destination. Or, il est clair qu'admettre l'autorité de la loi personnelle du propriétaire de la chose mobilière pour déterminer la condition juridique de cette chose, qui se trouverait réellement sur le territoire de l'État, cela équivaldrait à méconnaître la maxime incontestée, que le territoire avec tout ce qu'il renferme est soumis à l'*imperium*, à l'*auctoritas* et à la juridiction du souverain. Le principe, que les choses mobilières sont

soumises à la loi personnelle du propriétaire, ne pourrait pas ôter à cette maxime son autorité, parce qu'aucune loi étrangère ne peut restreindre l'autorité du souverain territorial, en tant qu'il pourvoit par ses propres lois à la protection des intérêts généraux et du droit social sur tout le territoire soumis à son autorité.

770. — Dans notre cas, c'est-à-dire celui de la vente des ruches, qualifiées meubles par la loi personnelle et immeubles par la loi territoriale, il ne faut pas s'arrêter à considérer seulement les rapports entre la personne et la chose ; mais il faut aussi envisager les conséquences qui résulteraient pour les tiers du fait qu'on admettrait, que la loi personnelle du propriétaire, qui considérerait comme meuble une chose donnée, pourrait exercer partout son autorité. Il faut, en effet, considérer, que pour décider, par exemple, si l'action hypothécaire devrait s'étendre à ces objets déterminés qui se trouvent sur le fonds hypothéqué, tout dépend du point de savoir si ces objets doivent être ou non considérés comme un accessoire de l'immeuble grevé d'hypothèque, et étant donné que la condition juridique des choses doit être régie exclusivement par la loi territoriale, on pourrait en conclure qu'en vertu du principe, que l'hypothèque s'étend aux accessoires du fonds hypothéqué, l'action hypothécaire contre un fonds situé en Italie et appartenant à un hollandais devrait s'étendre aux ruches qui se trouveraient sur ce fonds. Or, étant donné qu'on admette comme règle, que la condition juridique des meubles localisés doit être déterminée d'après la loi territoriale, et non d'après la loi personnelle du propriétaire de la chose, on dirait vainement que, d'après le Code hollandais, ils sont qualifiés meubles et que d'après notre loi italienne (art. 1967 C. civ. italien), les meubles ne sont pas susceptibles d'hypothèque.

Ce n'est certes pas là le seul exemple où, de l'admission de l'autorité du statut personnel pour qualifier des choses mobilières appartenant à un étranger, il puisse résulter une

atteinte aux droits acquis par les tiers sur ces mêmes choses. En d'autres cas, en effet, le même préjudice peut exister.

Supposons que certaines choses aient été vendues à deux personnes successivement, à la première par un contrat verbal, et à la seconde par un acte écrit, dans un pays où, d'après la loi en vigueur, la vente des immeubles ne serait valable que lorsqu'elle serait faite par écrit. Supposons que la qualification juridique de la chose diffère suivant la loi personnelle du propriétaire et suivant la loi de la situation, la première déclarant les choses mobilières, la seconde les considérant comme immeubles par destination. Étant données ces circonstances, il en résulterait qu'en admettant l'autorité du statut personnel, on devrait préférer le premier acheteur, parce qu'on devrait, d'après ce statut, qualifier ces choses, choses mobilières, tandis qu'en admettant l'autorité de la loi territoriale, on devrait préférer le second acheteur, parce qu'on devrait réputer ces choses immobilières et parce que cet acheteur aurait passé la vente par écrit.

Or, comment justifier l'autorité du statut personnel, par le seul motif qu'il s'agit de choses mobilières, alors qu'il en résulterait une atteinte aux droits acquis des tiers en vertu de la qualification de la chose d'après la loi territoriale? On ne peut certes pas admettre que le propriétaire puisse invoquer sa loi personnelle, pour porter atteinte aux droits acquis par les tiers sous la protection des lois en vigueur sur le territoire.

771. — Notre théorie doit être applicable même à l'égard des choses mobilières considérées comme immeubles par suite de l'objet auquel elles se rapportent, parce qu'il faut toujours reconnaître que les lois, qui disposent dans l'un ou l'autre sens, sont basées sur des considérations d'intérêt général et ont pour but de pourvoir aux besoins du commerce ou à d'autres intérêts publics.

De ce que nous avons dit, nous pouvons conclure, que l'autorité de la loi territoriale, pour ce qui concerne la clas-



sification et la distinction des choses en meubles et en immeubles, doit être absolue et exclusive à tout point de vue. C'est aussi d'après cette loi, qu'on devra établir les choses qui sont dans le commerce et celles qui sont hors du commerce ; quelles sont les choses privées, et les choses publiques, et tout ce qui concerne la condition juridique de tout objet qui se trouve actuellement et effectivement sur le territoire où la souveraineté exerce son empire.

772. — Nous croyons toutefois utile de noter que, lorsque deux citoyens de la même patrie, se trouvant dans un pays étranger, où d'après la loi on déclarerait hors du commerce certaines choses mobilières, qui ne seraient pas réputées telles d'après la loi de leur patrie, auraient fait de ces choses l'objet d'un contrat, ils ne pourraient pas prétendre que leur contrat devrait être considéré comme valide dans le pays où il aurait été conclu, parce que cet acte, devant être considéré comme contraire aux lois prohibitives et aux règlements de police de ce pays, ne pourrait avoir aucune valeur devant les tribunaux locaux. Toutefois, cela ne ferait pas obstacle à ce que le contrat fût déclaré valide dans leur patrie ; car ce ne serait pas un motif suffisant d'exciper devant les juges de ce dernier État, que l'objet de la convention était hors du commerce d'après la loi du lieu où ce contrat aurait été conclu. En effet, s'agissant d'une chose mobilière, et les contractants étant citoyens du même pays, on ne pourrait pas leur défendre de se référer à leur loi commune, pour ce qui pourrait concerner la substance et les effets du contrat devant les tribunaux de leur patrie.

---

## CHAPITRE II

### DE LA LOI QUI DOIT RÉGIR LA POSSESSION ET LE DROIT DE RÉTENTION.

773. Conception de la possession. — 774. Loi qui régit les actions possessoires. — 775. Les mêmes principes sont applicables aux meubles et aux immeubles. — 776. La règle qu'en fait de meubles la possession vaut titre doit être appliquée même entre étrangers. — 777. L'introduction à l'étranger d'une instance au pétitoire ne fait pas obstacle à l'exercice de l'action possessoire. — 778. Conception du droit de rétention. — 779. Comment ce droit a été défini et réglé par les lois des différents États. — 780. La rétention d'un immeuble doit être régie par la *lex rei sitæ*. — 781. Controverse à l'égard des meubles. — 782. Caractères du droit de rétention et règle générale pour déterminer la loi dont il doit dépendre. — 783. Application de notre théorie : observations sur la doctrine de Laurent. — 784. Rétention de la chose donnée en gage. — 785. Rétention en cas d'accession mobilière. — 786. Rétention de la chose dérobée ou perdue et acquise par le possesseur. — 787. Controverse relative aux titres français au porteur dérobés ou perdus et achetés à la Bourse. — 788. Résumé de notre théorie.

773. — La possession peut être considérée à un double point de vue :

a) Comme un fait pur et simple, indépendant de l'acquisition ou de l'exercice d'un droit. Telle est la possession naturelle, que les Romains qualifiaient *nuda detentio, esse in possessione* ;

b) Comme un fait juridique, qui, abstraction faite de tout droit préexistant, produit par lui-même certaines conséquences légales. C'est là la possession dans le sens technique, ou possession juridique : elle résulte d'actes sensibles exercés par quelqu'un sur un objet extérieur, de façon à manifester l'intention de soumettre cet objet à l'exercice d'un droit.

Considérée à ce point de vue, la possession produit des conséquences juridiques importantes, surtout quand elle tend à affirmer un droit de propriété ou un droit réel, au moyen de la volonté de détenir la chose *animo domini* et de l'avoir à sa disposition physique, pour acquérir ainsi sur elle, abstraction faite de tout droit préexistant, le droit de propriété ou un droit réel.

La possession peut être aussi considérée comme un fait juridique, à l'aide duquel se manifeste et s'exerce le droit de propriété ; mais, ainsi entendue, elle est plutôt la manifestation et l'exercice du droit préexistant, dont elle est la conséquence, et elle constitue à proprement parler le *jus possidendi*.

Nous nous occuperons ici de la possession comme fait juridique existant par lui-même et nous dirons qu'elle doit, en général, être régie comme telle par la loi du lieu où la détention de la chose est réellement et actuellement effectuée.

774. — Il est évident que la possession, considérée comme fait juridique, réalisé d'après les conditions déterminées par la loi territoriale, doit produire par elle-même toutes les conséquences juridiques que cette loi attribue à ce fait.

Il résulte de ce principe que tout possesseur, soit citoyen, soit étranger, peut se prévaloir de tous les moyens juridiques permis par la loi du lieu où il possède, soit pour faire cesser les troubles de la possession et pour se faire maintenir dans sa jouissance paisible, soit pour se faire remettre en possession, lorsqu'il aurait été dépouillé de la chose qu'il possédait.

On doit dès lors admettre, en principe, que le *jus possessionis* doit être régi par la *lex rei sitæ*, et qu'il doit en être de même des actions possessoires. On ne saurait, du reste, se dispenser de reconnaître comme un principe d'ordre public, celui d'après lequel personne ne peut être troublé dans sa possession ou dépouillé de l'objet qu'il détient confor-

mément à la loi, tant qu'il n'est pas juridiquement prouvé que sa possession est illégitime. Cette question, en ce qui concerne le fond du droit, c'est-à-dire pour savoir si la possession peut ou non être considérée comme une manifestation et une conséquence d'un droit préexistant, peut être résolue conformément à la loi qui doit régir l'acquisition du droit de propriété (dont nous nous occuperons plus loin); mais toutes les fois qu'elle est limitée au fait de la possession, elle doit être résolue exclusivement d'après la *lex rei sitæ*.

775. — Ce principe doit être appliqué, aussi bien lorsqu'il s'agit de choses immobilières que lorsqu'il s'agit de choses mobilières. La nature différente des choses ne peut pas être un motif pour les soumettre à cet égard à un droit distinct et l'on ne pourrait invoquer utilement l'adage *mobilia ossibus personæ in hærent*, d'après lequel les meubles doivent partout être régis par la loi personnelle de leur propriétaire, pour conclure que la théorie, que nous avons établie à l'égard de la possession et des actions possessoires, ne doit pas être appliquée en matière de possession de meubles appartenant à des étrangers. On ne saurait, en effet, comme nous l'avons dit plus haut, <sup>1</sup> dire que les choses mobilières puissent être complètement soustraites à la loi du lieu où elles se trouvent. On peut seulement admettre que les meubles, en tant qu'universalité, doivent être réputés soumis en principe à la loi de la personne à laquelle ils appartiennent, de même que les immeubles, considérés comme universalité, doivent être en principe régis par la *lex rei sitæ*; mais on ne peut pas soutenir que toute chose mobilière prise individuellement, qui se trouve actuellement en une localité donnée, ne doive pas être soumise à la loi en vigueur en ce lieu. Cela doit surtout être admis à l'égard des lois, qui ont le caractère de lois d'ordre public et de po-

<sup>1</sup> Voir *Partie générale*, T. I, § 91.



lice et qui, comme telles, doivent exercer une autorité exclusive sur le territoire. Or, comme ce sont ces lois qui règlent la possession et les actions possessoires, il est clair qu'on ne saurait admettre aucune distinction dans les contestations relatives à la possession, suivant qu'il s'agit d'une chose mobilière appartenant à un citoyen ou à un étranger. L'autorité de la *lex rei sitæ* à l'égard de ces choses doit être considérée comme absolue, exclusive et sans aucune limitation. <sup>1</sup>

776. — Par suite de ces principes, on devra décider, conformément à la *lex rei sitæ*, quelles sont les choses et quels sont les droits qui peuvent former l'objet de l'action possessoire; la qualité que doit avoir la possession et le temps qu'elle doit avoir duré pour donner lieu à l'action possessoire. Aussi, si la loi du pays, où la chose mobilière appartenant à un étranger se trouve actuellement, consacre la règle *en fait de meubles possession vaut titre*, et attribue ainsi au possesseur le droit de s'opposer en principe à l'action en revendication du propriétaire, en se prévalant du fait de la possession comme titre unique pour paralyser cette action, cette maxime pourra être utilement invoquée par le possesseur contre l'étranger propriétaire de la chose mobilière, et la loi personnelle de cet étranger, sur laquelle il fonderait son action en revendication, ne pourrait avoir aucune autorité pour prévaloir contre la loi territoriale, pas même lorsque le possesseur serait lui-même un étranger.

777. — Nous dirons, en outre, que notre théorie doit

<sup>1</sup> Demangeat, sur *Felix*, *Droit international privé*, T. I, p. 134, n° 62; — Laurent, *Droit civil international*, T. VII, nos 178, 226, 240 et suiv.; — Bardé, *Théorie traditionnelle des statuts*, p. 10 et suiv.; — Durand, *Droit international privé*, p. 410; — Massé, *Droit commercial*, T. I, nos 551 et suiv.; Weiss, *Droit international privé*, p. 767 et 768; — Demolombe, *Titre préliminaire*, Chap. III, n° 96; — Aubry et Rau, T. I, p. 102; — Brocher, T. I, p. 48, n° 117.

trouver son application, même dans l'hypothèse où les actions possessoires seraient exercées après qu'on aurait intenté une action pétitoire devant le tribunal étranger compétent, et qu'elle ne saurait rencontrer aucun obstacle dans les dispositions de la loi territoriale, aux termes desquelles il est défendu d'actionner au possessoire après l'assignation au pétitoire. En effet, les dispositions qui règlent l'exercice des actions et la compétence des tribunaux de l'État ne peuvent pas être appliquées dans l'hypothèse où l'instance au pétitoire a été ouverte devant un tribunal étranger ; car alors les dispositions de la loi territoriale qui règlent la possession et les actions possessoires doivent être appliquées sans avoir égard à l'instance au pétitoire engagée à l'étranger, instance qui ne pourra produire aucun effet, tant que le droit de propriétaire n'aura pas été reconnu par un jugement, et tant que ce jugement n'aura pas été déclaré exécutoire au lieu où la contestation relative à la possession a été instruite et jugée conformément à la *lex rei sitæ*.

778. — Maintenant, nous allons nous occuper du droit de rétention.

Ce droit consiste pour celui qui, en fait, a en son pouvoir une chose d'autrui et qui a fait des dépenses pour la conserver et l'empêcher de périr, ou pour en augmenter seulement la valeur, dans la faculté de la retenir à l'égard d'une personne qui a le droit d'en obtenir la livraison ou la restitution, tant qu'il n'a pas été remboursé de ce qu'il a dépensé à cet effet. Ce droit se fonde sur les principes de l'équité naturelle ; mais nous n'entendons pas nous en occuper en tant qu'il dérive de la loi, qui, consacrant ces principes, attribue au détenteur de la chose d'autrui le droit d'en conserver la possession, tant que celui qui a le droit d'en obtenir la remise, en qualité de propriétaire, ou en vertu d'un rapport d'obligation, ne lui a pas soldé la créance résultant de faits occasionnels accomplis durant la possession de la chose pour la conserver ou l'améliorer. Nous n'avons,

en effet, à examiner cette matière qu'au seul point de vue de la loi qui doit régler le droit de rétention légale, quand il résulte d'une disposition expresse d'une loi.

779. — Disons d'abord, que le droit de rétention a été diversement considéré et réglé dans les législations positives. On trouve dans quelques-unes seulement un ensemble de dispositions spéciales relatives à cette institution. C'est ce qui a lieu notamment dans la législation prussienne, qui contient beaucoup de règles à ce sujet dans la section 2<sup>e</sup> du titre XX, 1<sup>re</sup> partie du code, §§ 536-567. Dans d'autres, au contraire, ce droit est reconnu dans certains cas visés dans les diverses parties. Ainsi, dans la législation française, nous trouvons ce droit admis dans l'article 867 du code civil, qui attribue au cohéritier obligé au rapport la faculté de retenir la possession de l'immeuble jusqu'au remboursement intégral des sommes dépensées pour le conserver et l'améliorer; nous le trouvons également reconnu dans les articles 1948, 2280 du code civil et 577 du code de commerce, pour négliger les autres cas, que les juristes français considèrent comme des applications spéciales du droit de rétention. Aussi, tout en admettant, avec Laurent, que la législation française manque d'un ensemble de dispositions positives sur le droit de rétention, il faut néanmoins reconnaître que ce droit est consacré dans diverses parties de cette législation.<sup>1</sup>

Dans le code civil autrichien, à la différence des autres législations d'origine germanique; nous ne trouvons pas de droit de rétention en matière civile. En effet, dans les dispositions qui concernent la possession, il est ainsi disposé à l'article 334 : « Il sera déterminé dans le chapitre du droit de gage si le détenteur de bonne foi a le droit de retenir la chose sur laquelle il réclame quelque créance. » Or, dans ce chapitre, on refuse tout droit de rétention aux ter-

<sup>1</sup> Laurent, *Droit civil international*, T. VII, § 407.

mes du § 471, qui est ainsi conçu : « Ni celui qui a reçu  
« la chose en gage, ni aucun autre détenteur quelconque  
« d'une chose d'autrui ne peut, après qu'a cessé le droit lui  
« appartenant sur la chose, la retenir à titre de toute autre  
« prétention. Toutefois, lorsque se trouvent réunies les con-  
« ditions prescrites dans le règlement de la procédure ci-  
« vile, s'il s'agit de chose mobilière, on peut la déposer en  
« justice ; s'il s'agit de chose immobilière, on peut en de-  
« mander la saisie. »

Dans le code civil italien, on traite principalement du droit de rétention dans l'article 706, qui est ainsi conçu : « Le seul  
« possesseur de bonne foi a droit à la rétention des biens  
« pour cause d'améliorations qui y ont été réellement faites,  
« et qui existent encore, si ces améliorations ont été invo-  
« quées au cours de l'instance en revendication, et s'il a  
« déjà été fourni quelque preuve *in genere* de ces mêmes  
« améliorations. » En ce qui concerne les choses perdues ou dérobées, à raison desquelles le législateur italien a accordé par l'article 708 au propriétaire la faculté de les revendiquer entre les mains de celui qui les détient, à la condition que l'action soit exercée dans le délai de deux ans, on admet le droit de rétention aux termes de l'article 709, qui dispose que dans l'hypothèse où le possesseur actuel de la chose soustraite ou perdue l'a achetée dans une foire ou sur un marché, ou dans une vente publique, ou bien chez un négociant qui vend publiquement des objets semblables, il peut en défendre la possession contre le propriétaire, auquel il peut refuser la restitution, tant que celui-ci ne lui a pas remboursé le prix d'acquisition.

Le droit de rétention du possesseur de bonne foi, consacré par l'article 706 précité, trouve de nombreuses applications dans la législation italienne, qu'il s'agisse de choses mobilières ou d'immeubles. Ainsi, il peut être appliqué en matière d'accession mobilière, et, en cas de dépôt, cas prévu par la disposition spéciale de l'article 1863, qui est ainsi conçu : « Le dépositaire peut retenir le dépôt jusqu'à entier



paiement de tout ce qui lui est dû à cause du dépôt lui-même. »

780. — Il est clair que le droit de rétention d'une chose immobilière doit être exclusivement régi par la *lex rei sitæ*. En effet, comme il ne peut être que la conséquence d'un fait accompli à l'égard de la chose même, et que, lorsqu'il y a lieu de l'admettre, il donne en principe naissance à un droit opposable aux tiers, qui veulent se prévaloir d'un droit réel sur l'immeuble, en vertu du principe incontestable, que les immeubles doivent être soumis à la loi du lieu de la situation et que cette même loi doit régir également tous les rapports entre le propriétaire et le possesseur de la chose à l'égard des tiers, il est nécessaire de décider que tout doit dépendre de la *lex rei sitæ*.

781. — Il peut se présenter des difficultés, surtout à l'égard des choses mobilières. En effet, ces choses pouvant être transportées d'un lieu dans un autre, et pouvant se trouver dès lors soumises à des lois différentes, on peut se demander si le droit de rétention légal doit être régi par la loi du propriétaire ou par celle du lieu où la chose mobilière se trouve réellement, au moment où le propriétaire ou bien la personne qui a le droit de la détenir, en demandent la restitution ou la livraison.

782. — Les juristes ont longuement discuté sur le caractère du droit de rétention, <sup>1</sup> c'est-à-dire sur le point de savoir s'il doit être considéré comme un droit personnel, en d'autres termes s'il donne naissance à un *jus in rem* ou à un

<sup>1</sup> Murlon, *Examen critique du commentaire de Troplong sur les privilèges*, II, p. 215; — Mazelie, *Du droit de rétention en droit romain et en droit français*, p. 31; — Hemor, *Du droit de rétention*; — Lacour, *De la nature et des effets du droit de rétention*; — Rauter, *Du droit de rétention*, *Revue étrangère* 1851, VIII; — Guarrocino, *Il diritto di ritenzione*, p. 162 et suiv.

droit opposable seulement par le détenteur au propriétaire. Laurent refuse à la rétention le caractère de droit réel, parce que, dit-il : « le caractère propre du droit réel est d'emporter un droit de suite. »<sup>1</sup> Il ne rentre pas dans le cadre de notre étude de discuter cette question : nous dirons seulement que la rétention est un droit *sui generis*, fondé sur la simple détention et sur le fait juridique prévu par la loi, qui attribue au détenteur la faculté de ne pas livrer la chose à la personne qui a le droit de se la faire remettre, avant d'avoir obtenu le paiement de sa créance. Il faut distinguer dans ce rapport trois éléments : 1° la détention, c'est-à-dire le simple fait d'avoir la chose en son pouvoir ; 2° le fait juridique connexe à la chose elle-même, c'est-à-dire les dépenses faites, par exemple pour l'améliorer ou la conserver, ou la main-d'œuvre de l'ouvrier qui a accru la valeur de la chose mise en œuvre,<sup>2</sup> ou le prix payé pour acquérir la possession de la chose ; 3° la loi, qui, en vertu d'un principe d'équité ou d'autres exigences sociales, attribue à la personne qui est ainsi devenue créancière, la faculté de retenir la chose à l'encontre de tout individu qui peut avoir des droits sur elle, tant qu'elle n'a pas été remboursée du montant de sa créance.

Comme la condition essentielle pour l'existence de ce rapport est la détention, il nous semble qu'on peut poser en principe, que la loi en vigueur au lieu où a pris naissance le fait juridique en vertu duquel naît le droit de rétention doit être celle qui doit régler ce droit.

783. — Ce principe trouve incontestablement son application la plus exacte dans le cas de la rétention des choses immobilières, parce qu'à leur égard la détention et le fait juridique doivent nécessairement prendre naissance sous l'empire de la même loi. Aussi, même dans l'hypothèse où la

<sup>1</sup> Laurent, *Droit civil*, T. XXIX, n° 292.

<sup>2</sup> C'est là le cas prévu par l'article 470 du Code civil italien.

réten tion devrait être considérée comme un pur droit personnel, c'est-à-dire opposable seulement par le détenteur à la personne qui a des droits sur la chose, notre règle trouverait toujours sa juste application, parce qu'elle repose sur la conception de l'autorité de la loi sur les faits juridiques accomplis sur le territoire où elle exerce son empire; et elle se trouve par conséquent en harmonie avec la théorie générale, d'après laquelle chaque loi régit les faits juridiques accomplis sous son empire, sans qu'il soit nécessaire qu'ils intéressent les tiers.

Prenons, par exemple, le droit de réten tion prévu par l'article 867 du code civil français, qui attribue au cohéritier, tenu au rapport en nature d'un immeuble, le droit de retenir la possession, jusqu'au remboursement intégral des dépenses faites pour l'améliorer. Le droit de réten tion dans ce cas ne peut pas s'exercer à l'encontre des tiers, parce que le rapport est dû par le cohéritier à son cohéritier, et que, comme l'observe Laurent, tout se passant entre eux, l'un devant rapporter l'immeuble, l'autre devant payer l'indemnité qui est due, les tiers n'ont aucun intérêt en cette matière. Un tel droit n'est pas un privilège, cependant dit Laurent, le statut est réel, parce qu'il s'agit de droits héréditaires sur des immeubles situés en France, et on doit admettre l'application de la loi française, même lorsque les héritiers sont étrangers et lorsque leur loi n'accorde, dans ces mêmes circonstances, aucun droit de réten tion.<sup>1</sup>

Nous trouvons la conception de Laurent juste; mais nous ne pourrions le suivre dans l'ordre d'idées, à l'aide desquelles il arrive à établir sa théorie. D'après lui, le droit de réten tion doit être admis, parce qu'il s'agit d'un immeuble et parce que les droits héréditaires sur les immeubles sont régis par la *lex rei sitæ*. Pour nous, au contraire, il nous semble que ce doit être le fait juridique accompli sous l'empire de la loi territoriale, qui accorde un tel droit, qui doit dé-

<sup>1</sup> Laurent, *Droit civil international*, T. VII, § 407.

terminer l'application de cette même loi, indépendamment de tout autre principe. Nous soutenons, par conséquent, que même dans le système du code civil italien, d'après lequel la succession des étrangers est régie par la loi de leur patrie, on doit appliquer la disposition de l'article 706 de ce même code, aux termes duquel le possesseur de bonne foi a le droit de retenir l'immeuble à raison des améliorations qu'il a faites et qui existent encore. Même lorsqu'il n'existe pas une disposition conforme dans la loi étrangère appelée à régler la succession, celui qui, possédant un immeuble en Italie, l'a amélioré, peut avec raison demander l'application de la loi italienne, qui règle à l'égard du détenteur de l'immeuble les conséquences juridiques des améliorations de ce même immeuble.

Il nous semble donc, que l'autorité territoriale de la loi peut être fondée sur des raisons différentes de celles invoquées par Laurent, et nous pensons que tout peut se justifier par la considération, que la loi qui attribue le droit de rétention dans les cas spéciaux par elle prévus, le fait pour raisons d'ordre général et de nécessité sociale. Dès lors, toute loi qui répond à de telles raisons devant avoir une autorité exclusive sur le territoire à l'égard de toutes les choses qui s'y trouvent et à l'égard de tous les faits et de tous les rapports juridiques qui concernent ces choses et qui ont été l'objet de la disposition légale, la même règle doit, en matière de rétention, être applicable aussi bien aux meubles qu'aux immeubles. Même, en ce qui concerne les meubles, le fait juridique doit être accompli sous l'empire de la loi, sur laquelle se fonde le droit de rétention, dont l'existence et l'exercice doivent être régis par cette loi, à la condition toutefois que le fait de la détention continue à subsister là où est en vigueur la loi, sous l'empire de laquelle le droit est né.

784. — Prenons, à titre d'exemple, le droit de rétention prévu par l'article 1888 du code civil italien. Cet article dit : « Le débiteur ne peut prétendre à la restitution du gage, si-



« non après avoir entièrement payé le capital, les intérêts  
 « et les frais de la dette pour la sûreté de laquelle le gage  
 « a été donné. »

« Si le même débiteur avait contracté une autre dette avec  
 « le même créancier postérieurement à la tradition du gage,  
 « et si cette dette était devenue exigible avant la date du  
 « paiement de la première dette, le créancier ne peut pas  
 « être contraint à remettre le gage avant d'être complète-  
 « ment payé du montant des deux créances, encore bien qu'il  
 « n'ait pas été stipulé de lier le gage au paiement de la se-  
 « conde dette. »<sup>1</sup> Or, supposons que la chose donnée en  
 gage appartienne à un autrichien, et que le débiteur ait con-  
 tracté sous l'empire de la loi autrichienne une autre dette  
 avec le même créancier auquel il a constitué le gage, et qu'au  
 moment où la restitution du gage est demandée le créancier  
 se trouve en Italie où il le détient; pourra-t-il invoquer l'ap-  
 plication de l'article précité du code civil pour retenir la  
 chose jusqu'au paiement de la seconde dette?

En appliquant notre théorie, on devra résoudre la ques-  
 tion négativement. En effet, la seconde dette ayant été con-  
 tractée sous l'empire de la loi autrichienne et le code civil  
 autrichien disposant, à l'article 471 précité, que celui qui a  
 reçu la chose en gage ne peut pas, quand son droit a cés-  
 sé, la retenir à un autre titre, il faudra appliquer cette loi,  
 sous l'empire de laquelle a été accompli le fait juridique qui  
 a pour conséquence de créer des rapports nouveaux entre le  
 débiteur et le créancier, et non pas la loi italienne. La dis-  
 position de l'article 1888 ne peut pas, en effet, être considé-  
 rée comme une disposition d'ordre public applicable même  
 aux rapports nés sous l'empire d'une autre loi.

On devrait, pour les mêmes motifs, admettre une solution  
 différente dans l'hypothèse où le gage aurait été constitué  
 en Autriche et où la nouvelle dette aurait été contractée en  
 Italie. On devrait alors appliquer la loi italienne, à supposer

<sup>1</sup> Cet article est conforme à l'article 2082 du Code civil français.

toutefois que la détention de la chose ait eu lieu en Italie et qu'on y ait exercé l'action pour en obtenir la restitution. Si, au contraire, la chose constituée en gage avait été transportée en Autriche, et si le débiteur, après avoir payé la première dette, y citait le créancier en justice pour obtenir la restitution, celui-ci ne pourrait pas utilement invoquer dans ce pays l'application de la loi italienne, sous l'empire de laquelle aurait été contractée la seconde dette, et fonder sur cette loi le droit de continuer à retenir la chose constituée en gage jusqu'au paiement de la seconde dette. La raison en est, que le droit de rétention légale ne peut pas être assimilé au droit de rétention conventionnelle, lequel, lorsqu'il existe, doit être reconnu même dans les autres pays, à l'égal de tout autre rapport qui résulte d'un contrat. Le droit de rétention légale, a, au contraire, beaucoup d'analogie avec les privilèges et par conséquent ne continue à exister, que lorsqu'il repose sur la loi et qu'il est en outre exercé dans le lieu où la loi sur laquelle il est fondé exerce son empire.

785. — Venons-en à examiner le cas de la rétention en matière d'accession mobilière. Le législateur italien pose comme règle, que le droit d'accession, quand il a pour objet des choses mobilières appartenant à divers propriétaires, doit être réglé par les principes de l'équité naturelle. Comme conséquence de cette règle, le législateur italien dispose ensuite, que lorsque le propriétaire de la chose principale, exerçant ses droits comme propriétaire, revendique sa chose à l'encontre du propriétaire de la partie accessoire, qui se trouve en possession des choses ainsi unies, on doit admettre en faveur de ce dernier un droit de retenir la chose, jusqu'à ce qu'il ait été payé de ce qui lui est dû pour sa main-d'œuvre, à supposer que l'accession ait eu lieu alors qu'il était de bonne foi. L'article 464 et les articles suivants du code civil italien règlent cette matière, et dans l'articles 470 il est disposé que, lorsque la main-d'œuvre est d'une telle importance qu'elle surpasse de beaucoup la valeur de la ma-

tière employée, elle doit alors être considérée comme le principal, et que l'artisan a le droit de retenir la chose travaillée en payant au propriétaire le prix de la matière.

Il nous semble clair que ces dispositions doivent être appliquées même dans l'hypothèse où le propriétaire de la chose mobilière principale et celui de la chose mobilière accessoire seraient tous deux étrangers, à la condition toutefois que la réunion des choses, des différentes façons dont elle peut avoir lieu, ait été effectuée sous l'empire de la loi italienne. On ne pourrait pas alors utilement invoquer le principe consacré par notre législateur dans les dispositions générales du code civil, que les biens meubles sont soumis à la loi de la nation du propriétaire, pour soustraire, en vertu de ce principe, le fait juridique de l'adjonction, de la spécification, du mélange des choses mobilières aux dispositions de la loi italienne, qui sont relatives à ces cas et à toutes les conséquences juridiques qui en dérivent.

Mais il ne nous semble pas qu'on puisse décider de même dans l'hypothèse où l'union, la spécification et le mélange de ces choses appartenant à des étrangers auraient eu lieu en pays étranger, et où l'objet formé par la réunion de la chose mobilière principale et de la chose mobilière accessoire se trouverait en Italie au moment où le propriétaire de la chose principale la revendiquerait de celui qui la posséderait avec la chose accessoire qui s'y trouverait réunie. On ne pourrait pas, en effet, soutenir alors que les dispositions de la loi italienne devraient être considérées comme d'ordre public et de police, de manière à faire régir par elles le fait juridique accompli sous l'empire d'une loi étrangère. A supposer que celle-ci renferme des dispositions différentes de celles de notre loi et attribue, par exemple, à l'artisan une action personnelle, et non un droit sur la chose, il faudrait appliquer la loi étrangère, et non pas la nôtre, pour décider quel est le droit des deux propriétaires étrangers de choses mobilières.

786. — Notre théorie trouve aussi sa juste application dans le cas de rétention de la chose mobilière soustraite ou perdue et acquise dans une foire ou sur un marché. Le législateur accorde aussi dans ce cas au possesseur actuel de la chose soustraite ou perdue le droit de la retenir et d'en refuser la restitution au propriétaire, tant qu'il n'a pas été remboursé du prix d'acquisition. Aucun doute ne peut s'élever dans l'hypothèse où le fait juridique (celui de l'acquisition à une foire ou sur un marché) a eu lieu en Italie. On devra en effet admettre l'application de l'article 709 du code civil italien, même lorsque le propriétaire de la chose dérobée ou perdue est un étranger, et lorsque la loi de l'État dont il est citoyen est différente; mais il ne paraît pas qu'on puisse soutenir la même opinion dans l'hypothèse où le fait juridique se serait produit à l'étranger sous l'empire d'une loi différente (refusant, par exemple au possesseur le droit d'être remboursé du prix d'acquisition) et où l'action du propriétaire serait exercée en Italie contre le possesseur actuel de la chose perdue.

Examinons, pour bien préciser notre pensée, le cas de la vente des titres au porteur perdus ou soustraits et acquis à la Bourse.

787. — Aux termes de la loi française du 15 juin 1872, relative aux titres au porteur dont le propriétaire a été dépossédé, on dispose que lorsque ce propriétaire a fait l'opposition légale dans les formes déterminées par cette même loi, la négociation et la vente sont nulles et sans effet à l'égard du propriétaire dépossédé et opposant. Par conséquent, le tiers qui a acquis de bonne foi ces titres à la Bourse est tenu de les restituer au propriétaire, qui en a été dépouillé, et n'a aucun droit d'être indemnisé par lui. Il ne peut dès lors pas invoquer l'application de l'article 2280 du code civil français qui est conforme à l'article 709 du code civil italien, mais uniquement exercer une action en garantie contre le vendeur ou contre l'agent intermédiaire de la vente, pour être indemnisé du préjudice qu'il a ainsi subi.



Il est clair que si depuis la publication officielle de l'opposition, un italien, ou toute autre personne avait acheté à la Bourse française un titre français au porteur perdu, et se trouvait ensuite en Italie au moment où le propriétaire du titre le revendiquerait, il ne pourrait pas invoquer utilement l'application de l'article 709 du code civil italien, pour fonder sur cet article le droit de retenir le titre et d'en refuser la restitution jusqu'au remboursement du prix d'acquisition. Vainement, il alléguerait sa bonne foi et la circonstance d'avoir acheté le titre à la Bourse, pour invoquer la disposition de la loi italienne, qui protège la bonne foi et accorde au possesseur actuel le droit d'être indemnisé de tout préjudice. Vainement, aussi on objecterait que l'application de la loi française aurait pour résultat de sacrifier les droits du tiers porteur qui a acquis de bonne foi, afin de protéger les intérêts du propriétaire dépossédé, que cette loi, étant rigoureuse et devant être réputée une loi d'exception, ne pourrait avoir d'empire que sur le territoire français, et que le principe d'équité consacré par le législateur italien dans l'article 709 serait violé, si on admettait en Italie l'application d'une loi étrangère contraire à la nôtre et qui obligerait celui qui aurait acquis à la Bourse un titre au porteur à le restituer, sans indemnité, au propriétaire dépossédé.

Tous ces arguments et tous autres de même genre qu'on pourrait invoquer ne peuvent pas être considérés comme bien fondés, si on admet notre théorie. Les dispositions qui règlent le droit de rétention doivent être considérées comme faisant partie de celles d'ordre public et de police, mais, à l'égard seulement des faits juridiques accomplis sur le territoire soumis à l'empire du législateur : elles ne peuvent pas être considérées comme des lois d'ordre public universel et de police internationale, pour exercer leur autorité à l'égard des faits juridiques accomplis dans toutes les parties du monde.

Celui qui a acquis des titres au porteur à la Bourse de Paris, les a acquis sous l'empire des lois en vigueur en

France, et si une loi rigoureuse est en vigueur dans ce pays, on ne saurait certes pas en méconnaître l'autorité à l'égard des faits juridiques accomplis là où elle exerce son empire.

La solution devrait être différente, si le titre français avait été acquis à une Bourse italienne après la publication de l'opposition faite en France avec toutes les formalités établies par la loi de 1872.

Les tribunaux français ont décidé que, par application de cette loi, on doit réputer nulles et de nul effet à l'égard du propriétaire dépouillé, les négociations et transmissions de titres effectuées depuis l'opposition légale, non seulement dans les Bourses françaises, mais encore dans les Bourses étrangères. En effet le tribunal de la Seine, par son jugement du 2 juillet 1879, celui de Marseille par son jugement du 28 juillet 1879<sup>1</sup> et d'autres tribunaux français ont décidé que, la loi française n'ayant fait aucune exception à l'égard des opérations accomplies dans les Bourses étrangères, les ventes des titres français opérées à l'étranger doivent être également soumises aux dispositions de la loi de 1872, et que par conséquent on doit reconnaître le droit du propriétaire dépouillé et opposant de se faire remettre les titres sans rien payer au possesseur qui les a acquis depuis l'opposition. Un des arguments invoqués à l'appui de cette théorie c'est, que si les ventes faites à l'étranger n'étaient pas également régies par la loi française, le but que le législateur s'est proposé serait facilement éludé, sous le prétexte que les opérations auraient eu lieu à l'étranger.

Nous ferons cependant observer que cette théorie ne peut pas être considérée comme fondée sur les justes principes du droit. On ne saurait, en effet, admettre, que le législateur français puisse édicter des lois ayant autorité dans toutes les parties du monde, ni que les tribunaux puissent statuer sur l'autorité extraterritoriale des lois faites par le souverain de l'État : ni que le souverain d'un pays puisse, par ses lois

<sup>1</sup> Clunet, *Journal*, 1880, p. 108, 196.

d'exception, régler les faits juridiques accomplis là où un souverain étranger exerce sa domination. Si la considération de protéger de toute manière les intérêts français pouvait être la raison suprême du droit, nous reconnaitrions la théorie du tribunal de la Seine comme bien fondée, mais comme cela n'est nullement admissible, nous ne saurions partager cette opinion.

En effet, celui qui achète de bonne foi à la Bourse un titre négociable, l'acquiert sous la garantie de la loi en vigueur au lieu où il fait le contrat. On ne saurait certainement pas soutenir qu'un étranger soit tenu de ne pas ignorer la loi française. Par conséquent, à supposer qu'il ait acheté un titre français à une Bourse italienne, l'acquisition qu'il a faite doit être considérée comme réalisée sous l'empire de la loi italienne et en conformité des dispositions de cette loi destinées à régir un tel fait juridique. Or, comme aux termes de la loi italienne, celui qui a payé un prix pour acquérir un titre à la Bourse, ne saurait être dépossédé par le propriétaire de ce titre, sans être remboursé de son prix d'acquisition, et qu'il a le droit de retenir le titre et de refuser la restitution tant qu'il n'a pas été remboursé, il pourra par conséquent invoquer utilement l'application de la loi italienne, sous l'empire de laquelle le fait juridique a été accompli, pour prétendre à un droit de rétention.

788. — Pour résumer notre théorie, nous concluons en disant, que les dispositions législatives, sur lesquelles peut être fondé le droit de rétention, ne peuvent pas avoir dans tous les cas l'autorité du statut réel; mais qu'elles doivent seulement être réputées telles à l'égard des faits juridiques accomplis sous l'empire de la loi sur laquelle la rétention légale est fondée, et attribuent un droit qui peut être exercé dans l'hypothèse où la détention actuelle de la chose se réalise dans le lieu où est en vigueur la loi même sur laquelle le droit est basé.

## CHAPITRE III

### DE LA PROPRIÉTÉ.

789. Loi qui doit régir la propriété. — 790. Droits de la souveraineté territoriale. — 791. La propriété foncière a des rapports avec le principe politique et le droit social. — 792. Idées qui ont prévalu dans les différents systèmes législatifs. — 793. D'après le droit positif, les étrangers peuvent être exclus en tout ou partie de la jouissance de la propriété. — 794. En l'absence d'une loi spéciale, les étrangers doivent être assimilés aux citoyens. — 795. Application du principe à la propriété des mines. — 796. Il en est de même de la propriété littéraire et industrielle. — 797. Application de la théorie aux modes d'acquisition de la propriété.

789. — La propriété, en général, est le droit de jouir et de disposer des choses d'une façon absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage défendu par les lois et par les règlements.

La propriété, considérée à l'égard de la personne de celui auquel elle appartient, doit être régie par la loi, de laquelle elle peut résulter, d'après les principes que nous avons déjà exposés et que nous exposerons encore dans le cours de cette étude. Nous entendons parler du droit de propriété considéré comme droit appartenant à la personne. Pour ce qui est de l'objet même du droit, il peut, suivant les circonstances, être régi par la loi du lieu, où la chose qui le constitue est située. On ne peut, dès lors, pas soutenir que la propriété des immeubles doive être entièrement soumise à la *lex rei sitæ*, parce qu'on ne peut incontestablement pas déterminer d'après cette loi la personne qui doit ou non être réputée propriétaire de la chose immobilière. La loi territoriale doit régler le droit de propriété comme tout autre



droit qui s'exerce sur le territoire soumis au souverain et en limiter l'exercice, toutes les fois que cela peut être requis pour sauvegarder les intérêts généraux de l'association politique ou ceux des tiers, qui doivent être protégés par la loi en vigueur dans chaque État.

790. — Il faut, dès lors, admettre que chaque souverain, en vertu du domaine éminent qu'il exerce sur le territoire de l'État, doit protéger, à l'aide de ses lois, la propriété, quels qu'en soient les titulaires, et en prévenir tout détournement ou toute dégradation. Il lui appartient aussi de mettre le droit de propriété en harmonie avec les intérêts généraux; de déterminer les choses qui peuvent former l'objet de la propriété publique ou privée, de fixer les restrictions, qui doivent être apportées au droit absolu du propriétaire, eu égard aux nécessités civiles et aux intérêts sociaux; de préciser dans quelles circonstances déterminées par la loi on peut exiger la cession contre indemnité des choses appartenant au propriétaire. On doit, par conséquent, attribuer à la souveraineté territoriale le droit de soumettre toutes les choses, sans aucune considération des personnes auxquelles elles appartiennent, à toutes les lois qui règlent l'exercice du droit de propriété, pour des motifs d'ordre public ou de police, de protection des intérêts agricoles, économiques et industriels, ou de sûreté et de défense du pays.

On peut, par conséquent, soutenir, avec raison, que chaque souveraineté doit avoir un droit réel sur tout le territoire et sur tous les objets corporels qui s'y trouvent; mais on ne peut pas également admettre, qu'on doive considérer toute loi qui règle le droit de propriété immobilière comme un statut réel, dans le sens traditionnel de cette expression.

791. — La propriété foncière, considérée dans son organisation générale à l'égard des lois civiles qui s'y rapportent, a incontestablement des rapports étroits avec le principe politique, économique, agricole et industriel de cha-

que pays, et il appartient à la souveraineté, en vertu du droit de domaine éminent qu'elle a sur tout le territoire, de la soumettre à toutes les lois qui règlent et limitent les droits du propriétaire, de manière à réaliser le but social que chaque législateur se propose. Toutes les lois qui visent ce but doivent avoir une autorité absolue et exclusive sur le territoire, parce qu'elles font partie du droit social et du droit politique en vigueur dans l'État, ou bien sont une application directe ou indirecte de ces droits.

792. — Parmi les divers systèmes de législation, les uns reconnaissent, les autres n'admettent pas la propriété individuelle. Ces dernières sont celles des pays où n'ont pas encore pénétré les idées modernes en harmonie avec les principes du droit rationnel, d'après lesquels la propriété est un attribut de la personnalité humaine et la conséquence des rapports qui s'établissent entre le propriétaire et la chose, sur laquelle il a exercé son activité en se l'appropriant et en la rendant productive par le travail. Dans ces pays, on admet que le souverain seul doit être considéré comme le propriétaire du sol, et que les cultivateurs et les propriétaires n'ont d'autre droit que celui de le posséder et d'en jouir suivant le bon plaisir du souverain. <sup>1</sup>

<sup>1</sup> En Égypte, jusqu'en ces derniers temps, la propriété individuelle n'était pas reconnue. Voir dans le *Bulletin de la Société de Législation comparée*, 1885, p. 285, l'article de Vial, qui écrit à ce sujet : « Tandis que nous voyons de nos jours de jeunes nations, dans l'Amérique du Nord et en Australie, arriver rapidement à un degré inespéré de richesse par le travail individuel et le développement de la propriété, nous pouvons, dans notre vieux monde, contempler le sort tout différent d'un pays dont les années paraissent les plus anciennes de l'histoire, l'Égypte, qui, malgré les eaux fertilisantes du Nil, malgré son admirable situation géographique, ne paraît pas avoir fait de grands progrès économiques depuis l'époque des Pharaons. L'ouvrage de M. Jacoub-Artin-Bey nous explique en partie ce contraste; jusqu'à nos jours, l'Égypte n'a pas connu la propriété individuelle, ce ressort tout puissant de l'activité humain. »

En 1871, l'ancienne organisation fut modifiée dans ce pays par la loi reconnaissant, sous certaines conditions, la propriété individuelle en fa-

Dans d'autres États, la propriété individuelle est admise sous certaines restrictions, comme celle ayant pour but d'empêcher le fractionnement de la propriété immobilière, pour assurer la prééminence de certaines classes de personnes ou pour pourvoir aux besoins de l'agriculture. Ainsi, en Prusse, jusqu'à la loi du 5 mai 1872, le fractionnement des domaines ruraux ne pouvait avoir lieu qu'après l'homologation du tribunal. Dans le droit anglais, l'organisation de la propriété a conservé jusqu'à ces dernières années son caractère originaire résultant des rapports féodaux, et on ne peut pas dire, malgré les importantes modifications réalisées depuis 1870, que l'idée de la libre propriété, affranchie de toute subordination féodale, ait été admise dans ce pays, comme dans le système consacré par le Code civil français et par tous les codes qui s'en sont inspirés.

Nous ne croyons pas utile d'entrer dans les détails de cette matière, parce que nous serions entraîné trop loin.<sup>1</sup> Pour être clair et précis, nous nous bornerons à répéter que la conception de la propriété, eu égard à son organisation, aux modes légaux d'après lesquels elle peut être constituée et aux attributions de l'État à son égard par rapport aux droits reconnus aux particuliers, a un caractère propre et spécial dans les différents systèmes législatifs, et que les lois de l'État relatives à cette matière doivent avoir une autorité réelle et territoriale. Toutefois, nous ne pouvons pas admettre qu'on doive considérer comme réelle et territoriale toute loi dont dérive le droit à la propriété immobilière, et nous répéterons ce que nous avons dit plus haut dans la partie générale. Nous avons cherché à mettre en lumière les principes, d'après lesquels doit être établie la distinction entre

veur des possesseurs de terres, qui payaient d'avance six années d'impôts. Des améliorations plus considérables encore en cette matière résultèrent des lois du 27 septembre 1880 et du 8 juillet 1881.

<sup>1</sup> Voir sur les systèmes admis dans les législations des différents États, Catellani, *Il diritto internazionale privato ed i suoi recenti progressi*, T. III, p. 464 et suiv.

les lois qui peuvent avoir une autorité territoriale à l'égard des droits sur les immeubles et celles qui peuvent avoir une autorité extraterritoriale.

793. — Il peut arriver qu'aux termes de la loi en vigueur dans un État, où on considère la propriété comme une concession du souverain, réservée aux seuls citoyens, les étrangers n'aient pas la jouissance de ce droit, bien qu'ils soient capables de l'acquérir et de le transmettre d'après la loi de leur patrie. On ne pourrait pas, dans cette hypothèse, dire que le souverain de l'État dont les étrangers seraient citoyens pourrait, avec raison, soutenir leurs droits en ce qui concernerait la propriété qu'ils auraient acquise contrairement aux prohibitions de la loi territoriale. Le fait, que la propriété est un droit individuel d'après la loi de la nature et les lois positives des États civilisés, n'est pas un motif suffisant pour considérer comme établi qu'elle doit être considérée comme telle dans un État qui, d'après sa constitution politique et économique, est gouverné par des lois reposant sur des principes différents. Les lois étrangères, même quand elles se conforment le mieux aux justes principes du droit, ne peuvent avoir d'autorité dans un pays étranger, toutes les fois que leur reconnaissance porte atteinte à la constitution politique et au droit social de l'État. Étant donné que d'après la loi de cet État, il soit expressément interdit à l'étranger d'acquérir la propriété immobilière, il serait nécessaire que toutes les personnes n'appartenant pas à cet État fussent soumises à l'empire de la loi, même lorsqu'elle serait contraire à leurs justes intérêts et au droit commun des pays civilisés. C'est le cas de dire : *dura lex, sed lex*.

De même, dans les pays où le partage et l'aliénation de certains immeubles sont interdits à ceux qui en sont propriétaires, la défense doit être considérée comme impérative, même à l'égard des propriétaires étrangers ; comme on doit considérer comme impératives à l'égard de tout le monde



les dispositions législatives en vigueur dans chaque pays, aux termes desquelles, pour des considérations générales, on limite le droit de propriété des eaux, dans le but d'assurer les intérêts généraux de l'agriculture et de l'industrie, et celles qui établissent les servitudes prédiales dont nous parlerons plus loin.

794. — En l'absence dans la loi d'une disposition spéciale qui interdit à l'étranger le droit d'acquérir des immeubles ou certains objets déterminés, on ne doit faire aucune différence entre le citoyen et l'étranger pour ce qui concerne l'acquisition de la propriété soit des meubles, soit des immeubles, et il est sans intérêt de discuter à ce point de vue la question de savoir si le droit de propriété doit être considéré comme basé sur le droit naturel ou sur le droit civil.

Les juristes français, ayant admis en principe, que les étrangers peuvent jouir en France uniquement des droits des gens et non de ceux qui doivent être considérés comme droits civils, ont cru utile de discuter sur le caractère spécial de chaque droit, pour dire si on doit en accorder la jouissance à l'étranger. Laurent lui-même pose la question de savoir si le droit de posséder un immeuble en France doit être considéré comme un droit naturel ou comme un droit civil.<sup>1</sup> Il dit que, comme en Angleterre, le droit de posséder des immeubles a pu être refusé à l'étranger jusqu'en 1870, par conséquent, maintenant que ce droit lui est accordé, on doit le considérer comme fondé sur la loi civile. En France, au contraire, dit-il, le droit de posséder des immeubles étant indirectement accordé aux étrangers par l'article 3 du code civil, cela signifie qu'il doit être considéré comme un droit naturel. De là il conclut que la distinction traditionnelle n'a pas de base solide.

Il nous semble tout à fait inutile de discuter la question

<sup>1</sup> Laurent, *Droit civil international*, T. III, § 323.

à ce point de vue. Le droit de propriété, considéré en lui-même, est un des droits de la personnalité humaine : il ne peut pas, dès lors, en principe, dépendre de la loi civile. On ne peut pas, en effet, soutenir que les droits de la personnalité humaine puissent être considérés comme une concession du législateur. On peut seulement dire que, d'après le droit historique, certains législateurs, ayant méconnu les droits de la personnalité humaine, y compris celui de la liberté, ont agi de même à l'égard du droit de propriété. Par conséquent, en fait, le droit de propriété, aussi bien que la faculté d'acquérir la propriété de certaines choses déterminées, a pu être refusé à l'étranger par la loi civile et, pour résoudre la question à l'égard de chaque système législatif, il faut s'en tenir aux dispositions de la loi. En l'absence d'une disposition expresse, la règle doit être d'assimiler l'étranger au citoyen et de n'admettre d'autres exceptions que celles expressément consacrées par la loi.

795. — C'est ainsi, par exemple, que doit être résolue la question de la propriété des mines. Elle peut être considérée comme une entreprise commerciale, ou, d'après des principes plus exacts, comme une propriété civile ; mais quelle que puisse être l'idée dominante dans un système législatif ou dans la jurisprudence d'un pays, on doit admettre, dans tous les cas, que c'est d'après la loi de chaque État qu'on doit, non seulement déterminer le véritable caractère de la propriété des mines ; mais même résoudre la question de savoir si l'étranger, en se soumettant au droit commun de l'État pour la jouissance de cette propriété, peut l'acquérir au même titre qu'un citoyen.

796. — Le même principe d'égalité des citoyens et de l'étranger, sauf exception contraire de la loi, doit s'appliquer à tous les autres genres de propriété, notamment à celle des productions de l'intelligence et des produits de l'art et de l'industrie, qui peuvent être considérés par la loi

comme faisant l'objet d'un droit de propriété. Nous en parlerons plus loin. Aussi bien à l'égard de ces productions qu'à l'égard de toute autre manifestation de l'activité humaine, on doit admettre la règle générale, qu'il appartient à chaque souveraineté, non seulement de déterminer quels sont les objets de la propriété et quel est le caractère de chaque propriété (si elle doit être considérée comme propriété publique ou comme propriété privée), mais aussi quelles sont les restrictions à l'égard de la jouissance de propriété elle-même, pour sauvegarder l'intérêt public et le droit social. Dès lors, en l'absence d'une disposition spéciale établissant une différence entre le citoyen et l'étranger, on doit reconnaître le droit pour celui-ci d'acquérir la propriété sous les conditions déterminées par la loi, toujours pour le motif que le droit de propriété est un droit de la personnalité humaine, qui ne dérive pas de la loi civile.

797. — Les principes que nous venons d'exposer s'appliquent aussi aux modes d'acquisition de la propriété des choses.

Les modes d'acquisition de la propriété peuvent être divisés en deux catégories générales, celle d'acquisition à titre universel et celle d'acquisition à titre particulier. Chacune de ces deux catégories peut être subdivisée, suivant que l'acquisition dérive d'actes entre-vifs ou de dernière volonté. Nous ne pouvons pas ici traiter indistinctement de ces divers modes : nous noterons seulement, qu'on peut poser comme règle générale que tout doit dépendre de la *lex rei sitæ*, quand l'objet du droit est une chose immobilière. Nous dirons ensuite plus loin, en son lieu, quelle doit être la loi qui doit régler l'acquisition de la propriété, suivant qu'elle dérive de la succession, ou des dispositions à titre particulier *causa mortis*.

Nous entendons nous occuper ici seulement des modes d'acquisition originaires à titre singulier, c'est-à-dire de ceux qui sont l'effet d'un fait juridique prévu par la loi et

par lui-même suffisant pour attribuer la propriété de la chose. Telles sont : l'occupation, l'accession et la prescription. Les juristes s'accordent, en principe, à reconnaître que ces modes d'acquisition doivent dépendre exclusivement de la *lex rei sitæ*.

### A) De l'occupation.

798. L'occupation comme mode d'acquisition de la propriété doit être régie par la *lex rei sitæ*. — 799. Les lois positives disposent diversement au sujet de l'acquisition du trésor. — 800. Détermination de la loi applicable.

798. — Aucune difficulté ne peut raisonnablement s'élever en ce qui concerne l'occupation. La souveraineté de l'État s'étendant à tout le territoire, qui est la base matérielle du pouvoir souverain, exerce sa domination sur lui. À l'égard des différentes parties du territoire, sur lesquelles les particuliers ont acquis des droits, sa mission est toute de protection juridique ; à l'égard des parties qui ne sont pas devenues l'objet de la propriété individuelle, la souveraineté y exerce les droits d'un propriétaire, parce que, prises dans leur ensemble, elles constituent la propriété publique et font partie du patrimoine de l'État. La souveraineté peut, en vertu de ce droit, déterminer les conditions, d'après lesquelles chacun peut devenir propriétaire des choses abandonnées ou sans maître, en acquérant sur elles un droit au moyen de l'occupation et de l'application de son travail propre. Il est clair que la loi qui accorde une telle faculté doit avoir l'autorité territoriale, parce qu'en réalité elle exprime un acte de souveraineté, qui ne peut être attribué qu'au souverain qui exerce sa domination sur le territoire.

Ce principe doit s'appliquer sans aucune restriction, soit lorsque l'acquisition peut être un titre légal pour acquérir la propriété des choses immobilières, soit lorsqu'elle peut avoir ce caractère à l'égard des choses mobilières. De même,



à l'égard de celles-ci, le principe, en vertu duquel elles sont considérées comme régies partout par la loi de la personne à laquelle elles appartiennent, ne peut pas avoir pour effet de modifier la règle par nous posée que, lorsque les choses mobilières se trouvent sur le territoire d'un État et sous l'empire de la souveraineté qui y exerce son empire, il faut décider d'après la loi en vigueur, quand elles doivent être considérées comme abandonnées par le précédent propriétaire, et quand elles peuvent être acquises par un autre au moyen de l'occupation. C'est ce qu'on devra dire, par exemple, à l'égard des choses mobilières trouvées sur le territoire ou dans les eaux territoriales de l'État, même lorsqu'elles sont rejetées par la mer, à la suite d'un naufrage qui s'est produit hors de ces eaux. Même en ce qui les concerne, il faut appliquer la loi particulière de l'État, où les choses, que la mer rejette, se trouvent en réalité actuellement, pour décider si la propriété peut en être acquise par ceux qui les ont trouvées et faites leurs par l'occupation, où s'ils doivent être tenus de les restituer au propriétaire moyennant une récompense. Toutes les fois que le fait de l'occupation, sur lequel on veut fonder l'acquisition de la propriété, s'est produit sur le territoire ou dans les localités qui y sont assimilées, il devra être régi par la loi de l'État qui y exerce son empire.

799. — Notre théorie peut trouver encore son application dans l'hypothèse où il est trouvé un trésor dans un immeuble ou dans un objet mobilier, pour déterminer les droits respectifs du propriétaire de la chose et de l'inventeur du trésor en tout ou en partie.

D'après la loi autrichienne, l'individu qui découvre les choses d'un propriétaire inconnu enfouies ou enterrées dans un mur, ou cachées dans un autre lieu, doit faire publier le fait dans les formes établies par la loi, et peut, suivant les cas, obtenir une récompense du propriétaire (art. 395-397). Dans le cas où les choses découvertes consistent en argent,

en bijoux ou objets précieux cachés depuis longtemps, et dont on ne peut connaître le propriétaire précédent, elles sont considérées comme trésor, et celui qui les découvre est tenu d'en faire la notification au gouvernement. Les choses ainsi trouvées sont attribuées pour un tiers chacune à l'État, à l'inventeur et au propriétaire du fonds.

D'après le Code civil italien, le trésor, qui a été découvert dans le terrain d'autrui par le seul effet du hasard (art. 714), est attribué pour moitié à l'inventeur et pour moitié au propriétaire du fonds. <sup>1</sup> Ce principe s'applique également au cas où le trésor a été découvert dans un meuble où il était caché à l'insu de son propriétaire. D'autres législateurs admettent au contraire, qu'un trésor caché ou enterré, et dont personne ne peut prouver être le propriétaire, doit être considéré comme un objet perdu qui appartient à celui qui le trouve, qui peut le considérer comme sien et refuser de le restituer à toute personne qui ne justifie pas d'en être le légitime propriétaire. Tel est le droit en vigueur aux États-Unis d'Amérique.

800. — En raison de ces divergences du droit positif, il pourrait s'élever une difficulté dans le cas, par exemple, où on découvrirait un trésor dans un meuble appartenant à un américain et qui se trouverait en Italie.

D'après la loi italienne, les meubles sont soumis à la loi de la nation de leur propriétaire, et comme aux termes de cette loi, le droit au trésor ne fait pas partie du droit de propriété en cas de découverte, on pourrait en conclure, que, le propriétaire ne devrait avoir aucun droit sur les choses trouvées par hasard dans son meuble, et que le trésor devrait appartenir en entier à l'inventeur.

Toutefois, on peut, avec beaucoup plus de raison, soutenir en sens contraire, que la loi territoriale, qui dispose qu'on doit répartir le trésor entre l'inventeur et le proprié-

<sup>1</sup> Cette disposition est identique à celle de l'article 716 du Code civil français. (Note du traducteur Ch. A.).

taire de la chose où il a été trouvé, ne dispose pas à l'égard du droit de propriété, mais règle le fait juridique en répartissant les avantages entre le propriétaire et l'inventeur, et que ce ne serait pas le cas d'invoquer la loi personnelle du propriétaire; mais qu'il faut plutôt s'en tenir à la loi territoriale, sous l'empire de laquelle s'est produit le fait juridique, pour décider d'après cette loi sur la répartition du trésor.

### *B) De l'accession.*

801. De la loi qui doit régler l'accession à l'égard des choses immobilières. — 802. De l'accession qui s'est produite entre des immeubles situés sur le territoire d'États différents. — 803. Loi qui doit régir en cette hypothèse le droit de prévenir ou de provoquer l'alluvion. — 804. Loi qui doit régir l'alluvion déjà formée. — 805. Droit d'accession à l'égard des choses mobilières.

**801.** — En ce qui concerne l'accession, qui peut être d'après la loi un mode d'acquisition de la propriété de la chose accessoire ajoutée à la chose principale, nous dirons, que l'autorité de chaque loi à l'égard des conséquences juridiques qui peuvent résulter de l'accession relativement aux immeubles, doit être réputée exclusive sur le territoire où l'accession s'est réalisée. La loi personnelle du propriétaire étranger peut en certains cas servir à déterminer les droits des personnes, qui ont acquis la propriété de la chose immobilière à la suite de l'accession. Nous disons cela dans le seul cas où la difficulté s'élève entre personnes, qui ont, à un titre quelconque, droit à la chose, et où il s'agit de déterminer, dans le domaine des rapports privés entre elles, l'étendue du droit même. C'est, par exemple, ce qui a lieu lorsque deux conjoints étrangers, qui se sont mariés sous le régime de la communauté, à la suite de l'accroissement par suite d'alluvion d'un immeuble commun, discutent sur le point de savoir si la partie ainsi ajoutée au fonds doit ou non entrer dans la communauté, ou si les fruits récoltés sur le terrain provenant de l'alluvion doivent seuls en faire partie. Cette contestation devrait être résolue d'après les principes

qui doivent régler les droits des époux étrangers sur les biens mis en communauté, et non par la loi de la situation de l'immeuble. On devra décider de même dans l'hypothèse où durant un mariage conclu sous le régime dotal, les biens dotaux de la femme étrangère se sont accrus par suite d'une accession, et où on se demande si la partie ainsi ajoutée à l'immeuble doit être réputée dotale. Il est clair, que, dans ces cas et dans tous autres analogues, d'après notre système, tout ne peut pas dépendre de la *lex rei sitæ*; mais qu'il faut au contraire tenir compte de la loi qui doit régir les droits patrimoniaux des époux étrangers.

802. — Une difficulté peut se présenter lorsque l'accession s'est réalisée à l'égard de deux immeubles situés à la frontière de deux États, ou lorsqu'elle s'est produite sur un fleuve ou torrent qui sépare deux États limitrophes.

Les lois positives ont consacré des systèmes différents en ce qui concerne le droit d'accession relatif aux immeubles et aux alluvions, qui sont le résultat des eaux courantes, et en ce qui concerne les îles et unions de terre, qui peuvent se former dans les lits des fleuves ou des torrents. Ce n'est pas ici le cas d'exposer en détail ces divergences, parce que nous serions contraint d'être long pour être précis. Nous nous bornerons à noter que la différence des systèmes existe, et qu'en ce qui concerne les droits des possesseurs de fonds contigus aux eaux courantes, relativement aux travaux qu'ils peuvent faire pour prévenir ou provoquer l'alluvion, les droits qui doivent être attribués aux propriétaires de ces immeubles sur les terrains formés le long des rives, sur les îles et sur le lit abandonné, les législateurs ont consacré des règles différentes, les uns s'étant inspirés du droit romain, sur lequel ont été calquées la disposition du code civil français, les autres s'en étant éloignés.

Il faudra dans cette hypothèse s'inspirer des principes du droit public international qui concernent les droits des États limitrophes sur les fleuves, qui en forment les limites, pour



décider sur les droits respectifs de chacun de ces États sur telle ou telle partie du fleuve, sur les îles qui s'y forment et sur les modifications qui peuvent se produire dans son cours, notamment par l'abandon de l'ancien lit, et par la formation d'un nouveau. Une fois résolue la question de savoir si une portion donnée d'un fleuve doit ou non être considérée comme comprise dans les limites de l'un de ces payss, il nous semble clair que toute contestation relative à l'application de tel ou tel système législatif devra être résolue, en appliquant à chaque fait juridique la loi de l'un ou l'autre État, suivant qu'on doit le considérer comme accompli sur le territoire de l'une ou l'autre des deux souverainetés.

803. — Ondoit dire, par application de notre règle, qu'avant la formation de l'alluvion, ou avant l'enlèvement d'une portion considérable d'un fonds contigu au cours du fleuve transportée par la force des eaux sur la rive opposée, (que nous supposons se trouver dans limites territoriales de l'État limitrophe), les propriétaires de l'une et de l'autre rives opposées devront avoir le droit de faire tout ouvrage, dans l'intention de prévenir ou de provoquer les unions ou les séparations de terre, en conformité de la loi en vigueur dans l'un ou dans l'autre des deux États limitrophes. On devra, dès lors décider d'après l'une ou l'autre loi, si on a le droit d'empêcher les ouvrages en question, et si on peut provoquer une action pour obtenir la réparation du préjudice causé. Le propriétaire de la rive opposée ne pourra incontestablement fonder sur la loi du pays où l'immeuble qui lui appartient se trouve situé aucun droit d'action contre le propriétaire du fonds situé sur l'autre rive, parce que ce fonds, à raison de sa situation étant sous l'empire de la loi territoriale, son propriétaire n'est tenu à faire que ce que cette loi lui impose et a le droit de faire tout ce qu'elle permet.

La loi de l'État limitrophe ne peut avoir aucune autorité, soit pour limiter les droits du propriétaire du fond situé sur la rive opposée, soit pour accroître ses obligations juridi-

ques, pour prévenir ou diminuer le préjudice causé aux propriétaires des immeubles qui se trouvent sur la frontière de l'autre État, sauf dans le cas d'une convention internationale entre les deux gouvernements. Tout cela est la juste conséquence du principe, que les immeubles doivent être réputés soumis à la *lex rei sitæ* et que les lois qui règlent le régime économique des propriétés doivent avoir une autorité exclusive dans chaque territoire.

804. — Quand, au contraire, l'alluvion a accru le terrain, ou quand les terres de l'immeuble ont été entraînées, qu'il s'est formé des îles, il faudra appliquer la loi de l'État de la situation de l'immeuble qui a subi un accroissement par suite des causes que nous venons d'indiquer, pour décider d'après cette loi sur la propriété des accroissements pour savoir, en d'autres termes, s'ils doivent être considérés comme choses sans maîtres et, comme tels, attribués à l'État, ou s'ils doivent, au contraire, appartenir au riverain en vertu du droit d'accession et de la loi qui lui attribue ce profit. Ce sera aussi d'après la même loi qu'on devra apprécier le droit pour le propriétaire de l'immeuble situé sur la rive opposée de revendiquer la partie de ce fonds qui a été enlevée par les eaux, ou de réclamer une indemnité à raison du terrain séparé par la force du fleuve et qui s'est uni au fonds de la rive opposée. Ce propriétaire ne pourrait pas fonder sur la loi de l'État de la situation de l'immeuble qui a subi le dommage causé par les eaux son droit de revendiquer la partie enlevée, ou de réclamer des dommages et intérêts. En effet, quand le terrain d'alluvion se forme, il devient un accessoire de la chose principale et doit être comme celle-ci régi par la *lex rei sitæ*. Par conséquent, le propriétaire de la rive opposée ne peut avoir d'autres droits que ceux qui résultent pour lui de la *lex rei sitæ*, et on devrait décider de même dans l'hypothèses d'îles formées dans les limites territoriales de l'État limitrophe. Toutes les fois que ces îles, par suite des modifications surve-

nues dans le cours du fleuve, doivent être réputées se trouver sur le territoire de l'État situé sur la rive opposée, elles doivent être soumises aux lois de cet État, tant pour déterminer les droits de propriété sur ces îles, que pour déterminer toute action en revendication ou en dommages-intérêts pouvant appartenir au propriétaire de la rive opposée. Encore, dans ce second cas, le principe que les immeubles sont soumis à la *lex rei sitæ* doit servir à justifier notre théorie.

805. — Maintenant, nous allons parler de l'acquisition de la propriété en vertu de l'accession relativement aux choses mobilières. Il faudra encore, à l'égard de ces dernières, admettre le principe que quand deux choses appartenant à différents propriétaires étrangers se trouvent sur le territoire de l'État où s'est produite leur union, de façon à former un tout, toute difficulté relative au droit pour le propriétaire de la chose principale d'acquérir en vertu de l'accession la propriété de la chose accessoire devra être résolue en conformité de la *lex rei sitæ*. Cette dernière loi devra aussi être appliquée, pour savoir laquelle des deux choses doit être réputée principale et laquelle doit être considérée comme accessoire, dans quels cas on doit admettre le droit d'en demander la séparation, comment la valeur de la chose unie doit être estimée, et comment celui qui a usé de la chose d'autrui sans le consentement de son propriétaire doit être condamné à la réparation de tout préjudice.

Même à l'égard des choses mobilières, on doit admettre la règle générale, que les lois, qui régissent l'acquisition de la propriété au point de vue de l'intérêt économique ou industriel, doivent avoir une autorité territoriale et doivent être appliquées, même à l'égard des objets mobiliers appartenant à des étrangers, qui se trouvent actuellement et réellement sur le territoire de l'État, toutes fois que le fait juridique, sur lequel est basée l'acquisition de la propriété de ces choses par disposition de la loi, a été accompli sous l'empire de la loi territoriale.

## C) De la prescription acquisitive ou usucapion.

806. Fondement de l'usucapion. — 807. Les étrangers peuvent s'en prévaloir. — 808. Diversité des lois réglant cette matière. — 809. La prescription des immeubles doit être régie par la *lex rei sitæ*. — 810. Hypothèse où la souveraineté de l'État vient à être changée. — 811. Les règles de droit transitoire ne peuvent pas servir à résoudre une telle controverse. — 812. Difficulté relative à la loi qui doit régler la possession qui a commencé à exister. — 813. Comment on doit, d'après nous, résoudre cette question. — 814. Notre théorie a pour elle l'autorité de la jurisprudence. — 815. Les lois règlent d'une façon différente la prescription acquisitive des choses mobilières. — 816. Les dispositions relatives au droit de revendiquer les choses mobilières et les titres au porteur sont également diverses. — 817. Opinions différentes des auteurs sur la loi régulatrice de la prescription. — 818. Observations critiques et notre théorie. — 819. Comment doit-on entendre la règle qu'en fait de meubles possession vaut titre.

806. — L'usucapion a été admise par les législateurs, par suite de la nécessité sociale d'assurer la stabilité de la propriété des choses et de protéger le patrimoine des attaques auxquelles il pourrait être exposé, si les droits dont il est l'objet pouvaient être contestés pendant un temps indéfini. On ne peut pas dire à la rigueur, que l'usucapion doive être comprise parmi les modes légaux d'acquisition de la propriété, parce qu'elle est plutôt un moyen admis par la loi pour consolider celle acquise antérieurement ou qu'on doit présumer telle. Elle a été qualifiée prescription dans les législations modernes.

Toutefois, cette dernière expression a une acception plus étendue; car elle peut s'appliquer au droit de repousser une action intentée par une personne qui a négligé d'exercer un droit et de le faire valoir ou reconnaître pendant le temps fixé par la loi. De cette manière, la prescription peut caractériser, non seulement l'usucapion proprement dite ou prescription acquisitive, en d'autres termes celle qui peut avoir pour résultat de consolider la propriété, mais aussi la prescription extinctive, qui est un moyen pour repousser toute action introduite pour faire reconnaître un droit quelconque.



Nous nous occuperons ici seulement de l'usucapion proprement dite ou prescription acquisitive.

807. — Certains juristes, ayant considéré d'une manière générale la prescription comme une institution de droit civil, ont cru pouvoir soutenir, qu'on ne pouvait pas permettre aux étrangers de s'en prévaloir pour acquérir la propriété.<sup>1</sup> Toutefois, cette opinion ne nous semble pas justifiable.

D'après le droit romain, l'usucapion n'était pas, il est vrai, permise aux pérégrins; mais cela résultait de ce que n'ayant pas le droit d'acquérir le *dominium jure quiritium*, l'usucapion, qui était un moyen de consolider la propriété antérieurement acquise, ne pouvait pas leur être accordée. Toutefois, au point de vue du droit moderne, qui ne distingue pas deux sortes de propriété, et qui admet les étrangers à la jouissance des droits civils, et spécialement de celui de propriété, c'est un contre-sens d'invoquer les principes du droit romain. Aujourd'hui, la prescription acquisitive, plutôt qu'un privilège ou un bienfait de la loi, est un moyen de consolider une acquisition antérieure, ou toutefois supposée préexistante; et comme les étrangers peuvent acquérir par succession, par donation ou par convention, la prescription, qui est une présomption légale, qu'il y a eu acquisition par un de ces moyens, ne doit pas leur être refusée.

808. — Les dispositions législatives en matière de prescription sont différentes. Sans nous arrêter à les exposer ici, nous noterons seulement que dans les Codes, qui ont été calqués sur le Code civil français, on a établi une distinction à l'égard du temps nécessaire pour la prescription, en admettant une période plus courte pour celui qui a acquis de bonne foi et avec juste titre un immeuble d'une personne qui n'en était pas propriétaire. Dans ce cas, la loi française

<sup>1</sup> Pothier, *De la prescription*, p. 20; Raynaud, *Inst.*, p. 155; Compar. Troplong, *Prescription*, 35; Demolombe, *Cours*, T. I, p. 243; Demangeat, *Condition des étrangers*, p. 330.

fixe le terme de dix ans pour accomplir la prescription, si le véritable propriétaire de l'immeuble habite dans le ressort de la Cour où l'immeuble est situé, et de vingt ans, s'il est domicilié ailleurs. <sup>1</sup> Dans les autres cas, le délai requis pour prescrire est fixé à trente ans. Le législateur italien, en admettant ce dernier délai pour la prescription dans tous les cas, fixe ensuite à dix ans le terme le plus court en faveur de celui qui acquiert de bonne foi un immeuble ou un droit réel sur un immeuble, en vertu d'un titre, qui a été dûment transcrit et qui n'est pas nul pour vice de forme.

Aussi bien dans le Code français, que dans le Code italien, les biens patrimoniaux de l'Etat et des personnes morales sont soumis aux mêmes règles que ceux des particuliers à l'égard de la prescription. Dans le Code autrichien, au contraire, on trouve une différence à cet égard, puisqu'il est disposé (art. 1472) que pour la prescription ordinaire contre le fisc il faut un délai de 40 ans.

Dans le droit anglais, la prescription acquisitive proprement dite est admise à l'égard des servitudes et des autres droits réels, qui sont considérés comme définitivement acquis en vertu de l'exercice ininterrompu pendant un temps déterminé par la loi. A l'égard de la propriété immobilière, la prescription a son caractère propre, celui de limitation au droit d'action. Cette loi établit, en effet, dans quel délai on doit considérer comme éteinte l'action du propriétaire dépossédé pour revendiquer sa chose. Nous trouvons aussi établie dans la législation anglaise la différence entre les conditions requises pour réaliser la prescription contre les particuliers et contre la couronne, l'église et les autres êtres collectifs.

309. — Quelle que puisse être la loi territoriale à l'égard de la prescription, on doit admettre comme règle incontestée, que la prescription des immeubles, des droits réels sur

<sup>1</sup> Art. 2265, C. civ. français.

les immeubles et des actions immobilières doit être réglée en tout par la loi du lieu où la chose est située. Certains auteurs ont cru pouvoir soutenir que, la prescription acquisitive pouvant être considérée comme une exception péremptoire, pouvait dépendre de la *lex fori*. Telle est l'opinion de Titmann<sup>1</sup>; mais nous trouvons préférable l'opinion, qui exclut l'application de toute autre loi et qui fait tout dépendre de la *lex rei sitæ*, parce qu'à l'égard de l'immeuble, c'est d'après cette loi qu'on doit décider s'il est passible de prescription et si la prescription peut ou non être considérée comme réalisée.

810. — Il peut arriver que pendant le cours de la prescription, la partie du territoire, sur laquelle est situé l'immeuble qui y est soumis, passe sous l'empire d'une souveraineté étrangère, et qu'en raison du changement de la législation en vigueur sur cette partie de territoire, on se demande si la prescription doit être accomplie définitivement d'après la loi de l'État cédant, sous l'empire de laquelle elle a commencé, ou d'après celle de l'État cessionnaire.

On pourrait soutenir, qu'il faudrait appliquer les principes de droit transitoire en vigueur dans l'État cessionnaire. On pourrait, en effet, dire que la loi de cet État ayant commencé à entrer en vigueur à partir du moment où a été opérée la cession, devrait être considérée comme une loi nouvelle, parce qu'elle aurait été substituée à celle de l'ancien État qui exerçait d'abord la souveraineté sur ce même territoire. Si donc les règles de droit transitoire avaient été consacrées par une loi, destinée à régler l'application des lois nouvelles et ayant régleménté les prescriptions en cours, on pourrait penser qu'il y aurait lieu d'appliquer cette loi, pour décider si la prescription commencée devrait être régie par la loi de l'État cédant ou par celle de l'État cessionnaire.

<sup>1</sup> *De competentia legum*, n° 11. Voir aussi Meyer, *De statutorum conflictu*, § 25.

Cette opinion pourrait sembler la juste application de la règle générale, que la prescription immobilière doit être régie par la *lex rei sitæ*. La loi transitoire, étant celle du lieu où la chose se trouve au moment où on veut l'acquérir au moyen de la prescription, il est naturel de supposer, qu'elle puisse s'accomplir d'après les conditions déterminées par cette même loi. Par conséquent, étant donné, par exemple, que cette loi ait formulé une règle conforme à celle de l'article 2281 du Code civil français, que les prescriptions commencées sous l'empire des anciennes lois doivent être régies par ces mêmes lois, on pourrait considérer comme raisonnable, par analogie des principes, de permettre à celui qui aurait commencé à prescrire sous l'empire de la loi de l'État cédant, de continuer la prescription d'après les règles de cette même loi.

811. — On peut dire toutefois, que les règles de droit transitoire de chaque législateur peuvent bien régler l'application des lois anciennes et nouvelles émanées du souverain du même État; mais qu'en principe elles ne peuvent pas être appliquées par analogie dans notre hypothèse. En effet, la prescription acquisitive ou usucapion peut être un moyen d'acquérir la propriété des choses; mais elle ne devient efficace et effective dans ce but, que lorsqu'elle a été définitivement accomplie sous les conditions déterminées par la loi, et que le dernier délai requis par cette même loi pour prescrire est expiré. Par conséquent, si alors que la prescription n'est pas accomplie, l'État est soumis à une autre souveraineté, le possesseur de la chose ne peut prétendre à aucun droit de propriété, puisqu'il n'a pas encore acquis ce droit par la prescription, il ne peut pas non plus prétendre au droit d'accomplir la prescription conformément aux règles, d'après lesquelles il avait commencé à posséder la chose, parce que la possession même, commencée et continuée par lui, doit être considérée comme un acte préparatoire à l'égard de l'acquisition de la propriété, lequel acte, ne pouvant de-



venir parfait qu'après l'expiration du délai requis pour prescrire, doit dès lors être régi par la loi en vigueur au moment où il entend accomplir la prescription. D'où il faut conclure que tout doit dépendre de la loi de l'État auquel le territoire a été annexé.

Les règles de droit transitoire formulées dans la législation de cet État ne peuvent pas modifier l'application du principe que nous venons de poser. Toutefois, dans l'hypothèse que dans cette législation se trouve consacrée la règle, que les prescriptions commencées et non accomplies devraient être régies par la loi en vigueur au moment où les actes de possession utiles pour prescrire auraient commencé, on ne pourrait pas dire, par application de cette règle, que les prescriptions commencées sous l'empire de la loi de l'État cessionnaire devraient être accomplies d'après cette même loi. En effet, la loi transitoire consacrée par le souverain de l'État règle les faits et les rapports juridiques qui ont pris naissance sous son empire, parce qu'il a le droit de les régler par ses lois et d'en fixer les conséquences, quand il se produit un changement dans le système législatif émané de lui. On ne peut certes pas appliquer les dispositions de la loi transitoire pour déterminer l'autorité de la loi en concurrence avec celle d'un État étranger, à la suite de la cession d'une partie du territoire de cet État. En effet, il nous semble que dans cette hypothèse, la question doit être résolue d'après les principes généraux du droit relatifs à l'autorité de la loi d'un État en concurrence avec celle d'un État étranger, et non d'après les règles spéciales de droit transitoire consacrées par le souverain de l'un ou l'autre de ces deux États.

On devra, par conséquent, décider que la prescription en cours ne pourra être réalisée que d'après les conditions établies par la loi de l'État auquel a été annexé le territoire, sur lequel se trouve situé l'immeuble soumis à la prescription.

812. — S'il ne peut exister aucun doute sur ce point, il

en est autrement sur celui de décider, si la possession commencée sous l'empire de la souveraineté de l'État cédant peut être ajoutée à celle qui a continué depuis la cession, de façon à pouvoir considérer la prescription comme accomplie après l'expiration du délai requis à cet effet par la loi de l'État cessionnaire. Tout devant dépendre pour la réalisation de la prescription de la loi de ce dernier État, on pourrait en effet soutenir, qu'on devrait décider par application de cette loi, toute controverse relative aux conditions que doit remplir la possession pour prescrire, et que, par conséquent la possession antérieure accomplie sous l'empire de la loi de l'État cédant ne devrait pas être considérée comme utile.

On pourrait aussi considérer cette règle comme basée sur les principes rigoureux du droit, d'après lesquels la loi territoriale a une autorité absolue et exclusive à l'égard des immeubles et des modes d'acquisition de la propriété des immeubles.

813. — Toutefois, il ne serait conforme ni aux principes d'équité, ni à la raison des choses de contraindre celui qui aurait possédé l'immeuble à recommencer la prescription d'après la loi du nouvel État. Il nous semble préférable d'admettre, qu'en principe le possesseur peut ajouter la possession commencée avant la cession à celle continuée depuis, pour accomplir la prescription d'après la loi de l'État cessionnaire. Toutefois, lorsqu'aux termes de cette dernière loi, il serait exigé pour la prescription une condition, qui ne serait pas requise par la loi de l'État cédant, il faudrait considérer comme sans effet la possession antérieure qui ne remplirait pas cette condition, et exiger de la personne qui voudrait prescrire qu'elle recommençât les actes de possession dans ce but en se conformant à la loi de l'État cessionnaire.

Toutefois, en admettant notre théorie, il pourrait se produire un inconvénient. En ajoutant la possession antérieure à la cession, à la possession postérieure, la prescription pourrait se trouver réalisée en un temps plus court, si le

délai pour prescrire aux termes de la loi de l'État cessionnaire était moindre que celui exigé par la loi de l'État cédant. Il nous semble qu'alors, en vertu des mêmes principes rationnels que nous avons invoqués pour soutenir notre règle, on devrait en exclure l'application. Etant donné, en effet, que le propriétaire de la chose, aux termes de la loi de l'État cédant, sous l'empire de laquelle auraient été commencés les actes de possession, aurait eu le droit d'interrompre la prescription pendant la période de temps plus longue fixée par cette même loi, il subirait un grave préjudice si le possesseur pouvait, non seulement ajouter la possession antérieure à la cession à sa possession postérieure, mais pouvait de plus se prévaloir de la loi de l'État cessionnaire fixant un temps plus bref pour l'accomplissement de la prescription. Il est plus conforme à la raison des choses d'admettre le droit du propriétaire d'anéantir tous les effets de la possession en exerçant l'action en revendication durant la période de temps plus longue fixée par la loi de l'État cédant, sous l'empire de laquelle la possession a commencé.

Il est bien entendu que, dans notre ordre d'idées, il ne pourrait jamais être permis au possesseur de se prévaloir de la loi de l'État cédant, pour réaliser la prescription à l'égard des choses qui ne seraient pas susceptibles de prescription d'après la loi de l'État cessionnaire. Toutefois, quand la prescription aurait été accomplie avant la cession du territoire, la loi de l'État cessionnaire ne pourrait pas avoir pour résultat de faire annuler le fait juridique accompli et parfait avant l'entrée en vigueur de cette loi sur le territoire annexé. Il faudrait dès lors admettre, que la propriété des choses acquises par les particuliers devrait être respectée, bien que la loi de l'État cessionnaire déclarât ces choses imprescriptibles.

814. — Une application des principes que nous venons d'exposer se trouve dans un arrêt de la Cour de Lyon, à propos de certaines îles qui se trouvaient dans le Rhône, qui

séparait la France et la Savoie alors que ce pays faisait partie du royaume de Sardaigne. On se demandait si les habitants d'une commune, qui prétendaient avoir acquis un droit réel en vertu de la prescription, pouvaient se prévaloir de la loi sarde en vigueur alors en Savoie. La Cour décida que tout devait dépendre de la loi française, parce que l'acquisition d'un droit de propriété immobilière en vertu de la prescription doit être régi par la *lex rei sitæ*.<sup>1</sup>

815. — La prescription acquisitive des choses mobilières a donné lieu à une grave controverse entre les juristes à l'égard de la loi qui doit la régir.

Il faut dire avant tout, que les dispositions du droit positif sont différentes. D'après les lois de certains États, qui ont suivi la voie tracée par le Code civil français, on trouve consacrée la règle de l'article 2279 de ce Code, qu'en fait de meubles possession vaut titre. Cette maxime signifie, que lorsque la possession est réelle et de bonne foi, c'est-à-dire quand la chose a été acquise par le possesseur de celui qui la possédait *uti dominus*, ce possesseur actuel peut repousser toute action intentée contre lui par une personne se disant propriétaire, en opposant l'exception fondée sur la maxime que nous avons mentionnée. Le Code civil italien a formulé la même règle d'une façon plus claire. Il dispose, en effet, à l'article 707 : « A l'égard des biens meubles par leur nature et des titres au porteur, la possession produit en faveur des tiers de bonne foi l'effet même du titre. » Cette disposition exprime plus exactement l'idée juste, que ce n'est pas la possession actuelle qui tient lieu de la propriété, mais la possession de la chose acquise de bonne foi d'un individu qui la possédait et qui devait par là même en être présumé le propriétaire.

D'autres législateurs admettent, au contraire, que la pro-

<sup>1</sup> Lyon, 19 juillet 1877 (État c. les habitants de Les Chaux), Clunet, *Journal*, 1878, p. 44.



priété des choses mobilières peut être acquise par l'usucapion au moyen de la possession légitime de trois ans (Code civil autrichien, art. 1466). D'autres admettent aussi cette usucapion, mais en la subordonnant à un délai plus long, qui est porté jusqu'à dix ans par certains d'eux.

316. — L'action en revendication de la chose mobilière est admise d'après le Code français en faveur de celui qui l'a perdue. Cette action peut être exercée dans le délai de trois ans contre quiconque est détenteur de cette chose perdue ou dérobée (art. 2279). Le Code civil italien admet aussi dans les mêmes circonstances l'action en revendication, mais le délai pour l'exercer est restreint à deux ans (art. 708, 2146). Ces deux Codes font ensuite une exception dans le cas où le possesseur actuel de la chose perdue ou volée l'a achetée sur une foire ou un marché, ou à l'occasion d'une vente publique, ou d'un commerçant qui vend des objets semblables, et dans ces circonstances le propriétaire ne peut obtenir la restitution de sa chose, qu'en remboursant au possesseur son prix d'acquisition. D'autres lois admettent le droit de revendication pendant une période plus longue. Ainsi, le Code autrichien dispose (art. 1476), que celui qui a acquis une chose mobilière d'un possesseur *vicieux* ou de mauvaise foi, ou qui ne peut pas indiquer son auteur, ne peut prescrire qu'après un délai double du temps ordinaire fixé pour l'usucapion. Dès lors, il faut six ans pour prescrire une chose perdue ou volée. D'après le Code prussien, (partie 1<sup>re</sup>, tit. 9, art. 584) le possesseur même de bonne foi de la chose volée ne peut en acquérir la propriété par prescription que par la possession pacifique de 40 ans, quand il ne peut pas en indiquer le vendeur.

A l'égard des titres au porteur, il existe dans divers pays des lois spéciales, pour protéger les droits du propriétaire, qui en a été dépouillé par suite d'un événement quelconque, ou qui les a perdus, et pour lui en faciliter le recouvrement. Ainsi la loi française du 15 juin 1872 dispose, qu'en obser-

vant une procédure déterminée pour notifier la perte ou le vol de titres au porteur, toute vente ou toute transmission les concernant est nulle à l'égard du propriétaire dépossédé et opposant, sauf le droit du tiers qui les a acquis de bonne foi de s'adresser à celui qui les a vendus, pour se faire garantir du dommage qu'il a souffert. Au contraire, d'après la loi italienne, la revendication des titres au porteur perdus ou volés est admise seulement contre celui qui les a trouvés ou volés, et contre ceux qui les ont reçus à un titre quelconque en connaissant le vice de la cause de la possession.

817. — Les choses mobilières pouvant être transportées facilement d'un lieu dans un autre, il peut arriver que la possession les concernant commence dans un pays où est en vigueur une loi donnée et se continue dans un autre où est en vigueur une loi différente. Quelle sera alors la loi applicable, relativement aux conditions requises pour acquérir la propriété de la chose, ou pour repousser l'action du propriétaire ?

Les partisans de la règle, que les choses mobilières doivent être régies par la loi du propriétaire, ont pensé qu'on pouvait écarter toute difficulté, en appliquant d'une façon générale et absolue la loi de la personne qui est propriétaire de la chose. Toutefois, quand une personne prétend être propriétaire d'une chose et qu'une autre soutient avoir acquis la propriété de cette même chose en vertu de la prescription, la loi personnelle du demandeur et celle du défendeur pourraient toutes deux être considérées comme la loi du propriétaire, puisque la demande et l'exception seraient toutes deux basées sur le droit de propriété. On comprend dès lors, que cette doctrine ne peut pas avoir pour résultat de résoudre toute difficulté.

D'autres auteurs, au contraire, ont soutenu que, tout devant dépendre de la possession, il fallait tenir compte de la loi du lieu où s'était passé le fait juridique, dont on voulait faire dépendre la prescription acquisitive de la propriété de la chose

mobilière. Telle est l'opinion de Schæffner,<sup>1</sup> qui prétend que tout devrait dépendre de la loi du pays où ont commencé à exister les relations entre le possesseur de la chose et cette chose. Si d'après cette loi, la propriété de la chose mobilière n'était pas susceptible de prescription, elle ne pourrait pas le devenir par le seul motif que les relations de fait commencées par la possession se seraient continuées dans un autre pays, où la loi considérerait la possession comme de nature à faire acquérir la propriété. Partant de cette idée, il est d'avis, que même à l'égard du temps requis pour la prescription, on doit tenir compte exclusivement de la loi sous l'empire de laquelle les conditions pour cette prescription ont commencé à exister, et que rien ne s'opposerait à ce que cette possession se continuât dans un lieu régi par une loi distincte.

818. — Toutefois, il faut dire que les relations qui commencent à exister entre le possesseur d'une chose mobilière et cette chose peuvent être considérées comme des actes préparatoires ; que même la possession continue est par sa nature un rapport purement de fait, et que c'est seulement à l'expiration du dernier délai nécessaire pour prescrire, que les actes préparatoires deviennent définitifs et que la propriété est acquise. On peut dès lors soutenir avec raison, que c'est d'après la loi du pays, où la chose mobilière est actuellement possédée, qu'on doit décider si la prescription peut ou non être utile pour en acquérir la propriété.

Ce principe doit être avec plus de raison appliqué dans l'hypothèse où celui qui possédait la chose l'a transmise à un autre, qui l'a acquise de lui de bonne foi. Dans ce cas, on ne pourrait pas invoquer la loi étrangère du propriétaire pour modifier le fait juridique accompli sous l'empire de la loi en vigueur sur le territoire. Si le législateur qui y exerce

<sup>1</sup> *Entwicklung des internationalen Privatrechts*, § 67. Cet ouvrage a été traduit en italien par Tenore.

son pouvoir, a, en considération de la facilité avec laquelle les choses mobilières se transmettent de l'un à l'autre sans qu'il reste aucune trace de leur transmission, disposé que celui qui acquiert de bonne foi une chose mobilière de son possesseur actuel doit en être considéré comme le propriétaire, parce qu'il en regarde avec raison la possession comme un titre de propriété, cette disposition doit être considérée comme ayant pour objet d'assurer le droit social, de pourvoir aux besoins généraux de la vie et du commerce, et on ne peut en méconnaître l'autorité, en invoquant l'application de la loi étrangère, par la seule considération que le propriétaire est étranger. Est-ce qu'en effet, par hasard, une loi étrangère pourrait, en vertu d'un principe quelconque, modifier l'application des lois en vigueur sur le territoire et promulguées par un souverain territorial, pour pourvoir, en les appliquant, aux besoins sociaux et aux intérêts des tiers qui auraient agi de bonne foi ?

La question pourrait se compliquer dans l'hypothèse où le possesseur actuel aurait commencé à posséder dans un autre pays et subirait ensuite l'action en revendication du propriétaire de la chose mobilière.

Dans ce cas, étant donné, par exemple, que le possesseur se trouve en possession de la chose en Italie ou en France, au moment où le propriétaire exerce contre lui l'action en revendication, on ne pourrait pas utilement invoquer la règle admise par le Code civil français, qu'en fait de meubles possession vaut titre pour opposer le fait de la possession à celui qui revendiquerait la chose en qualité de propriétaire. Cette règle ne peut pas être entendue d'une manière absolue, de façon que le simple fait de la possession puisse suffire pour faire présumer la propriété, sans qu'on ait à s'occuper de la façon dont a commencé cette possession et du pays où les premiers actes qui la constituent se sont produits. Il faut, au contraire, comme l'a fait remarquer Laurent, <sup>1</sup> que la possession soit acquise de bonne foi.

<sup>1</sup> *Principes de droit civil*, T. XXXII, § 11, p. 560.



Supposons qu'une personne ait acquis sur le territoire autrichien une chose mobilière directement d'un possesseur de mauvaise foi, ou qui ne peut pas indiquer son auteur, et ait ensuite transporté cette chose en Italie, où le propriétaire vient exercer la revendication, le possesseur ne pourrait pas invoquer la règle consacrée par le Code civil italien, qui considère la possession comme un titre à l'égard des biens meubles, pour exclure l'action du propriétaire. Aux termes du principe consacré par l'article 7 des dispositions générales de ce Code, les biens meubles sont en principe soumis à la loi du propriétaire, sauf les dispositions contraires de la loi du pays où ils se trouvent, principe qui est conforme à la règle commune de droit international privé, d'après laquelle les choses mobilières sont partout soumises à la loi du propriétaire, quand il n'y a pas lieu de les considérer comme régies par la *lex rei sitæ*, par suite d'un rapport juridique créé sous l'empire de la loi du lieu où la chose se trouve actuellement. Or, ayant supposé que la chose mobilière appartenait à un autrichien et que le possesseur de mauvaise foi l'avait transmise à une autre personne sous l'empire de la loi en vigueur en Autriche, il ne pourrait exister aucun motif pour appliquer la loi italienne. Par conséquent, le droit pour le propriétaire de revendiquer sa chose devrait être régi par la loi autrichienne, et comme cette loi dispose que celui qui a commencé à posséder, sans pouvoir indiquer l'auteur qui lui a transféré la possession, ne peut acquérir la propriété de la chose mobilière qu'au moyen de la possession légitime pendant sept ans, il faudra appliquer cette loi, pour décider quand le droit du propriétaire devra être considéré comme paralysé par suite de la prescription du possesseur.

819. — Le principe, en fait de meubles possession vaut titre, ne doit pas être entendu en ce sens que la possession serait assimilée à la prescription acquisitive à l'égard des meubles. Il doit, au contraire, être considéré comme la

sanction d'une règle juste et équitable, requise par les exigences sociales et pour la protection des faits accomplis de bonne foi. Modifiant le principe général, qu'on ne peut aliéner ce qui n'appartient pas en propriété, il a pour effet de faire admettre que celui, qui a acquis une chose mobilière d'une personne qui en avait la possession, doit être considéré comme l'ayant acquise du véritable propriétaire. Cette maxime consacrée par les lois italienne et française peut être appliquée aux opérations juridiques accomplies sous l'empire de la loi italienne ou de la loi française, mais non à celles accomplies à l'étranger et sous l'empire d'une loi différente. Avant que la chose n'ait été transportée en Italie, le propriétaire avait le droit de la revendiquer tant que l'usucapion n'avait pas été accomplie, et il ne peut pas être privé de ce droit, par considération que la chose a subi ce transport. En effet, le droit du propriétaire sur la chose mobilière doit être régi par sa loi personnelle, et l'opération juridique qui pourrait rendre la loi italienne applicable, celle de la transmission de la possession sous l'empire de cette loi, n'aurait pas été accomplie en Italie, mais au contraire en Autriche où se trouve en vigueur une loi différente.

Celui qui aurait acquis la chose mobilière en Autriche sans pouvoir en indiquer l'auteur et qui l'aurait transportée en Italie avant d'avoir accompli l'usucapion aux termes de la loi autrichienne, pourrait avoir transmis dans ce pays la possession de la chose à un tiers de bonne foi. Incontestablement, ce tiers pourrait invoquer les dispositions de la loi italienne, qui règlent les conséquences juridiques de la possession transmise à un tiers de bonne foi, parce que la circonstance que l'opération juridique aurait été accomplie sous l'empire de la loi italienne justifierait indubitablement l'application de cette loi.

De même, si un prussien ou un autrichien perdaient une chose mobilière en Italie, ou en étaient dépouillés par un vol, ils pourraient la revendiquer contre le tiers détenteur, à la condition d'exercer l'action en revendication dans un délai

de deux ans. On doit dès lors admettre, que passé ce délai, la propriété de la chose mobilière doit être considérée comme définitivement acquise au possesseur, et que si postérieurement cette chose est transportée par celui qui en est devenu ainsi le propriétaire en France ou en Allemagne, où la durée de la prescription acquisitive des choses mobilières est plus longue, il faudra respecter le droit devenu définitif en vertu de la loi italienne, sous l'empire de laquelle la propriété aurait été acquise par la prescription.

En somme, notre théorie peut se résumer de la façon suivante. Chaque loi territoriale doit régler non seulement la possession, mais aussi toutes les conséquences, qui en peuvent résulter même à l'égard des choses mobilières. Aussi, la prescription acquisitive accomplie selon la loi du lieu où la chose mobilière se trouve doit en conférer la propriété, même dans le cas où la loi du propriétaire serait différente, et où la chose serait transportée sous l'empire de cette loi locale après que la propriété aurait déjà été acquise par la prescription. Les droits du propriétaire sur sa chose doivent être respectés toutes les fois qu'ils ont été acquis, tandis que la chose se trouvait en pays étranger, en vertu d'une opération juridique qui y a été accomplie avant que la chose n'ait été soustraite à l'empire de cette loi et transportée dans un lieu soumis à l'empire d'une autre loi.

---

## CHAPITRE IV

### DES DROITS COMPRIS DANS CELUI DE PROPRIÉTÉ ET DE LA LOI QUI DOIT EN RÉGLER LA JOUISSANCE ET L'EXERCICE.

820. Le droit de propriété peut être limité. — 821. Il ne peut pas être, à tout point de vue, soumis à la *lex rei sitæ*. — 822. Principes généraux relatifs à l'autorité de la loi. — 823. Application de ces principes dans le système du droit féodal et dans celui du droit moderne. — 824. Restrictions fondées sur le droit social. — 825. Restrictions fondées sur le statut personnel. — 826. De la loi qui doit régler la capacité de la femme pour consentir au partage des biens héréditaires situés à l'étranger. — 827. Comment la *lex rei sitæ* peut limiter le droit du propriétaire. — 828. Restrictions fondées sur l'autonomie du propriétaire. — 829. De la loi qui doit régir la transmission de la propriété. — 830. Conditions requises pour la validité de cette transmission. — 831. Conflit entre le statut personnel et le statut réel à l'égard des meubles. — 832. De la tradition. — 833. De la possession réelle et effective des choses mobilières. — 834. Cas dans lesquels le statut personnel peut être applicable. — 835. Cela ne peut pas rendre la tradition nécessaire entre les citoyens de la même patrie, si les choses se trouvent à l'étranger. — 836. Les lois règlent diversement le transfert de la propriété des créances. — 837. Conflits qui peuvent résulter de cette diversité des lois. — 838. Notre opinion. — 839. Exemples, pour mettre en lumière notre opinion. — 840. De la transcription et des autres systèmes de publicité. — 841. Difficultés relatives au transfert des navires. — 842. Théorie établie par les tribunaux français. — 843. Critique de cette théorie, et notre opinion. — 844. De l'action en revendication. — 845. De l'action publicienne. — 846. De l'action négatoire. — 847. De la revendication des choses mobilières. — 848. Comment en certains cas cette action peut être régie par la *lex loci contractus*. — 849. Les droits acquis par les tiers sous l'empire de la *lex rei sitæ* doivent être régis par cette loi, même à l'égard des meubles.

820. — Le droit de propriété est de sa nature absolu. Toutefois, comme il rencontre une limitation juridique dans les droits d'autrui et de l'État, la propriété, d'après le droit



positif, consiste dans le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'il n'en soit pas fait un usage défendu par les lois et par les règlements. En vertu de ce principe, que nous trouvons consacré par le code civil italien (art. 436), par le code français (art. 544) et par les autres codes calqués sur le code français, il faut admettre que la loi peut limiter le droit absolu pour chaque propriétaire de jouir et de disposer de la façon qu'il juge la meilleure de la chose qui lui appartient.

821. — Il ne faut pas d'ailleurs supposer, qu'étant donnée la règle admise en doctrine et consacrée par les lois, que la propriété des immeubles doit être soumise à la *lex rei sitæ*, on doive chercher dans cette loi tout principe à l'égard de la limitation du droit de propriété. Une distinction substantielle en cette matière doit être faite en considération du but et de la nature de la loi, en vertu de laquelle l'autonomie individuelle subit la restriction édictée par le législateur. Il peut, en effet, arriver que la restriction de l'autonomie individuelle dérive de la condition juridique de la personne à qui la chose appartient, ou des rapports dans lesquels se trouve le propriétaire de la chose, à l'égard des personnes qui constituent la famille, ou qu'elle dérive de conventions intervenues entre les parties, qui peuvent user dans certaines limites de leur autonomie, pour établir par leur consentement réciproque des restrictions à leurs droits sur les choses qui appartiennent à chacune d'elles. Les conventions légalement faites tiennent lieu de loi à l'égard de ceux qui les ont conclues, et dans les cas où on doit admettre l'autonomie des parties pour régler à l'aide de conventions leurs rapports concernant les choses qui leur appartiennent, le respect de cette autonomie peut être le fondement des restrictions par elles consenties.

De là il résulte, qu'il faut avant tout déterminer la loi qui a compétence pour gouverner le rapport juridique ou le fait juridique, sur lequel la limitation peut être fondée, et, pour

établir en principe quelle est la loi qui peut limiter le droit pour le propriétaire de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue.

822. — Nous avons exposé dans la partie générale de cet ouvrage<sup>1</sup> nos idées à l'égard de l'autorité territoriale des lois, qui doivent régir la propriété et les droits qui en sont la conséquence. Nous y avons dit, qu'on doit considérer comme faisant partie du droit public territorial, toutes les lois qui règlent la propriété dans le but de protéger les intérêts généraux et le droit social. Il faut, par conséquent, admettre qu'on doit reconnaître l'autorité territoriale à toutes les lois de chaque État, qui limitent le droit de propriété dans un intérêt social, économique, industriel, agricole ou politique. Comme d'autre part il faut admettre que, l'étranger devant jouir de ses droits sur les choses qui lui appartiennent en conformité de la loi qui doit régler ses intérêts privés comme propriétaire, la souveraineté n'a aucun intérêt à méconnaître l'autorité des lois étrangères, qui imposent au propriétaire ces restrictions, qui peuvent être la conséquence de la loi, à laquelle il est soumis par sa condition personnelle, ou de celle à laquelle il s'est volontairement soumis en vertu d'un contrat.

Il résulte de ces principes, que pour décider à l'égard des lois, qui limitent le droit de propriété, quelles sont celles qui doivent avoir l'autorité territoriale et celles qui ne doivent pas l'avoir, tout se réduit à déterminer si ces dispositions appartiennent ou non au droit public.

Le droit de propriété est absolu, et on doit présumer tel en principe celui de disposer de sa propre chose ; par conséquent le droit d'aliéner la propriété doit être considéré comme une faculté absolue, quand la limitation de ce droit n'est pas consacrée par la loi. Or, il faut considérer que la libre disposition des biens peut être limitée par la loi d'une

<sup>1</sup> T. I, § 90.

façon absolue, et cela équivaut à mettre certaines choses hors du commerce. Il est clair que, lorsque le législateur dispose ainsi, il le fait pour des motifs d'intérêt public ou pour protéger le droit politique, et qu'une telle disposition doit avoir autorité exclusive sur le territoire *erga omnes*.

823. — Dans le système féodal, les propriétaires avaient uniquement la possession de la terre, par suite de la concession du seigneur : la propriété ne leur appartenait pas, et ils ne pouvaient pas disposer eux-mêmes de leurs terres, qui étaient transmises d'après la loi constitutive du fief. Tout cela n'était certainement pas conforme à la nature des choses et aux droits de la personnalité humaine ; mais, étant donné un organisme politique, où le régime de la propriété foncière était la base de l'organisation sociale, on ne pouvait pas, sans attenter aux droits de la souveraineté, méconnaître l'autorité des lois qui organisaient cette propriété. Ces lois faisaient partie du droit public et il était nécessaire d'admettre leur autorité absolue et exclusive dans l'État organisé d'après le système féodal.

Dans les États modernes, qui ont affranchi la propriété de tout lien féodal, la libre disposition de la terre a été considérée comme une des conditions propres à accroître la richesse publique. Par conséquent, les liens perpétuels, en vertu desquels certaines propriétés étaient soustraites à la libre circulation, ont été abolis en vertu d'un juste principe d'économie sociale et d'intérêt général. Le principe de la libre circulation de la propriété étant ainsi devenu une règle de droit public, aussi bien que le droit pour le propriétaire d'affranchir les terres lui appartenant des charges perpétuelles, qui en empêchaient la libre aliénation, on doit admettre l'autorité territoriale des lois qui ont disposé en ce sens, et exclure l'application de toute loi étrangère, qui, par des fidéicomis, des substitutions ou des rapports féodaux, aurait pour résultat de retirer les terres de la libre circulation, au détriment de la richesse publique.

Il est clair, qu'aussi bien dans le premier que dans le second cas, la loi étrangère du propriétaire ne pourrait avoir aucune autorité, parce qu'elle ne pourrait pas avoir pour résultat de modifier le droit public de l'État de la situation des biens.

824. — Pour la même raison, les restrictions au droit absolu de disposer de la propriété, qui sont fondées sur certaines exigences sociales, doivent être régies par la loi territoriale. Telles sont, par exemple, celles relatives au régime des forêts, qui donnent à l'État le droit d'empêcher la libre disposition du bois nécessaire aux constructions : celles qui règlent l'exploitation des mines.

On doit également considérer comme loi de droit public territoriale, celle qui astreint le propriétaire à céder en tout ou en partie sa propriété, moyennant une juste indemnité fixée en conformité des lois, toutes les fois que l'intérêt du public l'exige. A ce point de vue, tout ce que peut demander le propriétaire étranger, c'est d'être mis dans la même condition que le citoyen, tant pour ce qui concerne la procédure instituée par la loi pour instruire la demande d'expropriation, que pour ce qui concerne les indemnités dues à la suite de cette expropriation.

825. — Les restrictions au droit d'aliéner peuvent être aussi la conséquence de la loi, qui défend à une personne d'aliéner ce qui lui appartient, ou qui soumet un fait juridique à certaines conditions, en l'absence desquelles il n'est pas réputé valide. Telle est, par exemple, la loi qui interdit à la femme mariée non autorisée de vendre l'immeuble qui lui appartient, et celles qui interdisent au mari d'aliéner durant le mariage les fonds de la femme constitués en dot. Ces restrictions ne peuvent pas être fondées sur la loi territoriale, parce que, comme elles dérivent de la condition juridique de la personne (comme cela a lieu dans le cas de la femme mariée non autorisée) ou des rapports de famille (comme cela a



lieu à l'égard de l'aliénabilité ou de l'inaliénabilité du fonds dotal), il n'existe aucun motif pour appliquer la loi territoriale, pour décider d'après elle au sujet de la limitation du droit de libre disposition de la propriété. Il faudra, au contraire, tenir compte de la loi à laquelle est soumise la personne, ou de celle qui doit gouverner le régime matrimonial de la famille.

826.— La difficulté qui pourrait se présenter à cet égard serait la suivante. Étant donné qu'un acte relatif à un immeuble serait réputé un acte d'aliénation aux termes de la loi personnelle du propriétaire, et qu'il ne serait pas réputé tel d'après la *lex rei sitæ*, dans ce cas, doit-on admettre l'autorité de la loi personnelle, non seulement à l'égard de la capacité de faire l'acte d'aliénation, mais à l'égard de la nature et du caractère de cet acte lui-même, c'est-à-dire pour décider s'il devrait être ou non considéré comme acte d'aliénation?

Tel pourrait être le cas du partage des immeubles héréditaires fait par la femme mariée non autorisée, lequel acte est réputé aliénation d'après certaines lois, et n'est pas considéré comme tel d'après d'autres. Il pourrait se faire que les immeubles héréditaires fussent, sous l'empire d'une loi, qui considérerait le partage entre cohéritiers comme un simple acte déclaratif de propriété de la part de chacun d'eux, et qu'une femme mariée étrangère qui, aux termes de sa loi personnelle, aurait besoin de l'autorisation de son mari seulement pour aliéner les immeubles qui lui appartiennent, eût consenti au partage des biens héréditaires sans autorisation, par le motif que cet acte ne serait pas qualifié aliénation par la loi territoriale.

Devrait-on alors, pour dire si l'acte accompli par la femme étrangère non autorisée est ou non valable, admettre l'autorité de la *lex rei sitæ*?

En Italie, la question de la nécessité, aux termes du Code civil, de l'autorisation du mari en matière de partage de biens échus à la femme par succession, a été résolue en sens

divers, tant en doctrine qu'en jurisprudence. Le motif invoqué de part et d'autre, c'est le caractère de l'acte de partage. D'après les uns, cet acte doit être considéré comme compris dans la catégorie générale des actes d'aliénation, pour lesquels, aux termes de l'article 134 du Code civil italien, l'autorisation maritale est nécessaire. Suivant les autres, au contraire, aux termes de l'article 1034 (identique à l'article 883 du Code civil français), l'acte de partage n'est pas un acte d'aliénation, mais de déclaration de propriété, et ne peut, par conséquent, pas être considéré comme compris dans la catégorie des actes limitativement énumérés pour lesquels la femme a besoin de l'autorisation maritale.

Il est sans intérêt pour nous de discuter la question au point de vue de la loi civile de tel ou tel pays. Nous constatons seulement que le point de savoir si le partage est un acte translatif ou déclaratif de propriété est controversé aussi bien en droit romain qu'en droit italien.<sup>1</sup> Quoi qu'il en soit, le principe, d'après lequel doit être déterminée la capacité de la femme quant au partage, ne peut être douteux. En effet, aussi bien d'après la nature des choses que d'après le but de la loi, à notre sens, il est clair que tout doit dépendre de la loi personnelle ou de celle qui doit régir les rapports de famille, et que la loi personnelle qui qualifie autrement l'acte de partage ne peut pas avoir pour effet d'attribuer à la femme mariée étrangère une capacité de faire valablement un acte, relativement auquel elle est incapable en l'absence de l'autorisation maritale aux termes de sa loi personnelle.

Le principe, d'après lequel les immeubles doivent être soumis à la loi du lieu où ils sont situés, ne peut pas être invoqué dans ces circonstances, parce que l'objet de la question ne serait pas la nature de l'acte de partage et des effets que

<sup>1</sup> Voir dans le sens du caractère non obligatoire de l'autorisation; *Cour de Gènes*, 13 mars 1875; Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni di diritto civile*, T. I, n. 204; Paoli, dans le *Giornale delle leggi*, 1876. p. 370. En sens contraire: *Cour de cass. de Turin*, 8 avril 1874, *La Legge*, 1874, I, 1084; *Id.*, 15 novembre 1876, *Monitore dei tribunali*, 1877, 41.

la loi lui attribue à l'égard des tiers, mais la capacité de la personne à l'égard de cet acte, et comme la capacité doit dépendre de la loi personnelle, on devra décider d'après cette loi si l'autorisation maritale est ou non nécessaire pour que la femme puisse participer à un partage.

A supposer, par exemple, que le législateur italien ait consacré la théorie formulée par la Cour de Gènes dans son arrêt du 13 mai 1875, et soutenue par Pacifici-Mazzoni, par Paoli et par d'autres auteurs, que l'autorisation maritale n'est pas nécessaire pour procéder au partage, on ne pourrait pas alors soutenir que la femme mariée pourrait procéder au partage des biens à elle échus à titre de succession avec ses cohéritiers (qu'ils soient italiens ou français) sans nécessité d'autorisation. Comme en France on n'a jamais contesté la nécessité de l'autorisation maritale en cas de partage, la femme mariée ne pourrait être capable qu'aux termes de sa loi. Elle ne pourrait par conséquent pas utilement invoquer la loi italienne, que nous avons supposé ne pas exiger l'autorisation, parce que cette loi ne pourrait avoir d'autorité qu'à l'égard de la capacité de la femme italienne. En effet, comme il n'existe aucune raison pour attribuer dans notre hypothèse à la loi italienne le caractère de loi de droit public, il n'y a aucun motif pour la déclarer applicable aux étrangers.

827. — Notre théorie peut servir à résoudre toute difficulté relative aux restrictions du droit de propriété. Ce droit peut être limité en vue d'un intérêt social ou d'un droit social, ou pour protéger le droit d'autrui qui serait lésé si le propriétaire jouissait de sa chose d'une manière absolue.

Pothier avait défini la propriété, le droit pour quelqu'un de disposer d'une chose comme il lui plaît....., sans attenter aux droits d'autrui et aux lois. La restriction de ne pouvoir attenter aux droits d'autrui résulte de la nature des choses eu égard à tout exercice de l'activité individuelle. Le droit est l'usage de la liberté dans son propre cercle juridique,

et celle-ci finit où commence un autre droit. Si on dépasse cette limite, on lèse toujours quelqu'un, et comme tout droit doit toujours s'arrêter là, là aussi doit s'arrêter le pouvoir absolu du propriétaire sur la chose qui lui appartient. La loi détermine le cercle de tous les droits et établit ainsi la limite de chacun d'eux: par conséquent, deux droits opposés ne peuvent pas exister simultanément dans le même cercle juridique.

Il est à considérer, que certains droits relatifs à la propriété dérivent de la loi qui les attribue au propriétaire, non dans l'intérêt personnel de celui-ci, mais pour sauvegarder les intérêts sociaux. Les lois édictées dans ce but doivent avoir une autorité territoriale, parce qu'elles n'attribuent pas de droits privés et ne protègent pas des intérêts individuels, mais attribuent des droits publics et protègent des intérêts sociaux. Dès lors, les lois, qui limitent le droit de propriété pour sauvegarder le droit d'autrui qui est aussi propriétaire, doivent avoir une autorité territoriale, parce que l'intérêt social et le droit social sont en cause.

La mission de la souveraineté, d'après la juste conception du droit moderne, consiste dans la protection de tout droit et dans la coordination de tous les intérêts. Elle doit protéger les personnes et le patrimoine qui appartient à chacune d'elles et maintenir et conserver l'association des hommes qui vivent en société. De là il résulte, comme l'observait justement Portalis, que le droit du propriétaire, quel qu'étendu qu'il puisse être, doit néanmoins subir les restrictions qui sont rendues nécessaires par l'état de société. Or, nous disons que les lois qui consacrent les restrictions de cette dernière catégorie doivent avoir une autorité territoriale, parce qu'elles ont pour but de garantir l'existence de la société et constituent ce qu'on a appelé *statut réel*.

On doit dire la même chose des lois qui fixent les distances requises pour certaines constructions, excavations et plantations. Le droit attribué par la loi à l'encontre du propriétaire d'un fonds contigu, d'exiger qu'il bâtisse une maison ou même un simple mur d'enceinte à une distance dé-



terminée, ou qu'il soit astreint, quand il n'a pas observé cette distance, à céder la mitoyenneté du mur qu'il a construit à limite des deux héritages, est motivé par l'intérêt général de protéger la vie, l'hygiène et la santé. Aussi la loi, en cette matière, a le caractère de *statut réel*, parce qu'elle n'attribue pas au particulier un droit dans son intérêt privé, mais dans l'intérêt social. On doit décider de même à l'égard des lois qui déterminent les conditions requises pour la construction des établissements insalubres, incommodes ou dangereux ; car ayant aussi pour objet de conserver la santé et la vie des hommes, elles ont le caractère de lois de police, et dès lors une autorité territoriale *erga omnes*.

On doit, par suite de la même considération, attribuer l'autorité territoriale à la loi qui permet à quelqu'un qui a établi un cours d'eau ou une fontaine d'exiger du voisin, qui veut édifier une autre fontaine ou creuser un puits, de ne pouvoir le faire qu'en observant les distances légales. Ces lois et toutes autres du même genre ont pour objet de maintenir les rapports résultant des exigences sociales dans la vie agricole, industrielle et commerciale. Aussi, elles attribuent des droits réciproques aux propriétaires et imposent des restrictions nécessaires au pouvoir absolu de chacun d'eux, afin de pourvoir aux nécessités de l'industrie et à la prospérité de l'agriculture et d'accroître ainsi la richesse publique.

Nous n'entrerons pas dans de plus grands détails, parce que le principe que nous avons établi peut servir à résoudre toutes les difficultés. Du reste, nous reviendrons sur cette matière, en traitant des servitudes légales. Les législateurs ont placé dans cette catégorie des servitudes légales toutes les restrictions au droit absolu de propriété, établies par la loi pour un motif d'utilité publique ou privé. En admettant la définition de Pothier, que la propriété, à l'égard de la loi civile, consiste dans le droit de disposer de la chose qui nous appartient, de la façon qui nous est la plus avantageuse sans attenter aux droits d'autrui et aux lois, on peut admettre

que, lorsque la loi attribue un droit à un propriétaire à l'égard d'un autre auquel appartient le fonds contigu, la limitation du droit de ce dernier est fondée sur l'idée même de la propriété, et elle constitue la limite juridique du pouvoir absolu du propriétaire d'après la loi civile. Quoi qu'il en soit, le point de vue différent, auquel on peut envisager la restriction, ne peut pas modifier le fond de notre théorie.

828. — Outre les restrictions dont nous venons de parler, il peut en exister d'autres qui sont la conséquence de l'autonomie du propriétaire. Celui-ci, pouvant faire servir la chose à tous les usages compatibles avec la nature même de celle-ci, toutes les fois que la loi n'est pas atteinte, peut, au moyen de conventions, ou autrement, limiter son droit absolu, céder cette chose en tout ou en partie, la grever de servitudes ou d'hypothèques, et le faire par actes entre vifs ou de dernière volonté. Or, il est clair qu'à l'égard de toutes ces restrictions, qui peuvent être la conséquence du libre arbitre du propriétaire, on ne saurait admettre que tout doive dépendre de la *lex rei sitæ*, mais qu'il faudrait tenir compte de la loi, à laquelle, par sa nature, doit être soumis le titre, sur lequel la restriction peut être considérée comme fondée.

829. — Le droit pour chacun de transmettre la propriété de la chose est compris parmi les droits qui constituent la propriété. Le transfert de la propriété peut avoir lieu par actes entre vifs ou de dernière volonté, à titre gratuit ou à titre onéreux, et peut résulter de la succession, de la donation, ou d'un contrat qui a pour objet le transfert de cette propriété ou d'un droit réel sur la chose. Ce n'est certainement pas ici le lieu de traiter spécialement de cette matière, parce que nous nous occuperons à part de chacun des modes de transfert de la propriété. Ici, nous devons uniquement nous occuper des lois qui subordonnent l'efficacité de la transmission de la propriété à certaines conditions, pour examiner quelle doit en être l'autorité. Il existe, en effet, une

différence substantielle entre les lois des divers pays à l'égard des conditions légales qui doivent être réputées indispensables, pour que la propriété puisse être réellement et efficacement transférée entre les parties et à l'égard des tiers.

Pour commencer par la forme de l'acte de transfert de la propriété, nous constatons, par exemple, que le législateur italien dispose de la façon suivante, dans l'article 1314 du Code civil: « Doivent se faire par acte public ou par écriture « privée, sous peine de nullité, les conventions qui transfèrent la propriété d'immeubles ou d'autres biens ou droits « susceptibles d'hypothèques, sauf les dispositions relatives « aux rentes sur l'État. » En vertu de cette disposition, l'acte écrit est la condition indispensable pour que le transfert d'un immeuble situé en Italie puisse être réputé juridiquement existant. Or, nous ne doutons pas que la disposition de la loi italienne, qui soumet impérieusement à la nécessité de l'écriture toute convention de transfert de la propriété d'un immeuble doive avoir autorité *erga omnes* à l'égard des immeubles situés en Italie. La raison en est que cette disposition tend directement à prévenir les fraudes, à l'aide desquelles les droits des tiers pourraient être atteints, si la transmission de la propriété immobilière pouvait être établie verbalement. Ce ne pourrait dès lors être le cas d'invoquer la loi personnelle, ou celle du lieu où le contrat a été passé, pour soutenir que la vente faite par acte verbal en conformité de la loi étrangère devrait être considérée comme existant juridiquement d'après la loi italienne, qui ne considère le transfert de la propriété d'un immeuble comme existant que lorsqu'il a eu lieu en vertu d'un acte écrit.

Nous trouvons une disposition analogue en droit anglais, dans le statut des fraudes, qui exige également comme condition *sine qua non* de la validité de l'aliénation d'un immeuble, que l'acte soit écrit ou enregistré. Il est clair qu'étant donné le titre même de la loi, comme elle a pour but de prévenir la fraude, elle doit être comprise parmi celles d'ordre public et doit, comme telle, avoir autorité territo-



riale, en ce sens qu'il ne peut pas être permis aux étrangers de soutenir, contrairement au droit anglais, qu'ils ont valablement effectué la transmission de la propriété d'un immeuble existant en Grande-Bretagne, quand ils ne peuvent pas constater cette opération juridique par l'acte écrit requis par cette loi comme condition essentielle de la validité du transfert.

330. — Maintenant, nous allons examiner les conditions auxquelles peut être subordonnée la transmission de la propriété entre les parties.

La différence, qui existe à cet égard dans les lois positives, consiste principalement en ce que quelques-unes ont maintenu le principe du droit romain, qui exigeait la tradition comme condition absolument indispensable pour l'acquisition de la propriété, tandis que les autres ont admis que la translation de la propriété est l'effet immédiat du consentement légitimement manifesté.

Le législateur italien dispose ainsi dans l'article 1125 du Code civil : « Dans les contrats qui ont pour objet le transfert de la propriété ou d'un autre droit, la propriété ou le droit se transmet et s'acquiert par l'effet du consentement légitimement manifesté, et la chose reste aux risques et périls de l'acquéreur, bien que la tradition n'ait pas eu lieu. » Cet article est presque identique à l'article 1138 du Code civil français. Au contraire, d'après le Code néerlandais, la tradition est réputée indispensable pour l'acquisition de la propriété ; car il dispose ainsi à l'article 639 : « La propriété des biens s'acquiert par la tradition, en vertu d'un titre translatif de la propriété émané de celui qui peut disposer de l'objet. » Dans le Code prussien, dans ceux de la Bavière, de l'Autriche et d'autres États, on trouve aussi consacré le principe de droit romain, *traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*. Le Code civil autrichien dispose de la manière suivante : « Art. 425. On n'acquiert pas la propriété par le seul titre. « Sauf les cas déterminés par la loi, la propriété et tous les



« droits réels en général peuvent être acquis seulement par  
 « la remise légitime et la réception.— Art. 426. Les choses  
 « mobilières ne peuvent pas en principe être transmises à au-  
 « trui, sinon par la tradition matérielle de la main à la main. »

En général, il faut admettre que les dispositions législatives, qui se rapportent aux conditions requises par le transfert de la propriété, doivent avoir l'autorité du statut réel ; car c'est d'après la *lex rei sitæ* qu'on doit décider de quelle manière le rapport juridique entre la chose et la personne, à laquelle doit être attribuée la propriété, doit être établi.

Cette règle ne peut donner lieu à aucune difficulté dans son application, alors qu'il s'agit de choses immobilières. En effet, même si le contrat de translation de propriété était fait sous l'empire d'une loi, où on admettrait, par exemple, le principe consacré par la loi italienne, et si la chose se trouvait dans un pays où était en vigueur une loi conforme à la loi autrichienne, comme le droit réel sur la chose mobilière ne pourrait être réputé acquis qu'en conformité de la *lex rei sitæ*, on devrait admettre que celui auquel la tradition n'aurait pas été faite ne pourrait exercer aucune action réelle sur la chose, parce qu'il ne pourrait pas être réputé propriétaire à l'égard de cette loi. L'acquéreur pourrait dès lors baser seulement sur la loi du contrat une action personnelle contre le vendeur et ses héritiers, et pourrait obtenir des dommages-intérêts si le vendeur, après avoir aliéné la chose, refusait ensuite d'en faire la tradition d'après la *lex rei sitæ*. Cependant, comme l'acquéreur ne pourrait pas être considéré comme propriétaire, et que la chose devrait être regardée comme en la possession légitime de celui auquel elle appartenait, tant qu'il n'en aurait pas opéré la tradition, à l'égard de la *lex rei sitæ*, le vendeur seul, et non l'acquéreur, devrait être considéré comme propriétaire et légitime possesseur.

831.— La difficulté peut se présenter en ce qui concerne les choses mobilières.

Il faut avant tout distinguer les meubles corporels des meubles incorporels. A l'égard des premiers, nous constatons qu'aux termes de certaines lois, la tradition étant nécessaire pour le transfert de la propriété des choses immobilières et des choses mobilières, il faut admettre que quand ces choses se trouvent dans un lieu fixe et déterminé où, d'après la loi, la tradition ou la remise est exigée pour le transfert de la propriété, il est nécessaire d'observer les dispositions de cette loi, parce qu'on doit toujours considérer ces dispositions comme faisant partie de celles qui ont une autorité territoriale, pour les motifs que nous avons exposés plus haut.

Le principe, en vertu duquel on admet que les choses mobilières doivent être régies par la loi personnelle du propriétaire, ne peut pas être invoqué pour décider que la propriété de la chose mobilière doit être considérée comme transmise par le consentement des parties et sans besoin de tradition, conformément à la loi personnelle du propriétaire. En effet, les choses mobilières, par le fait qu'elles se trouvent effectivement et actuellement sur le territoire étranger, sont soumises à la loi qui y est en vigueur, et on ne peut exclure l'application de cette loi dans les cas où elle dispose à l'égard des choses pour un motif d'intérêt général. Comme la loi qui règle la transmission de la propriété a pour but l'intérêt général, on ne saurait se référer au statut personnel qui permet aux parties de la transmettre par leur seul consentement ; car dans tous les cas où la loi personnelle et la loi territoriale disposent d'une façon contradictoire à l'égard des meubles, on ne peut, sans porter atteinte aux droits de la souveraineté territoriale, attribuer autorité à la loi personnelle opposée et contraire à la *lex rei sitæ*, qui est motivée par une raison d'ordre public et d'intérêt social.

832. — Supposons qu'un commerçant domicilié en un pays donné où, d'après la loi, la tradition n'est pas exigée pour la transmission de la propriété des choses mobilières,

vende un lot de marchandises qui se trouvent en un pays étranger où la tradition est indispensable d'après la loi pour le transfert de la propriété. Supposons qu'un tiers, créancier de ce vendeur, saisisse ce lot de marchandises vendues, et qu'on se demande si, par suite du défaut de tradition, les choses sont restées dans le patrimoine du vendeur, ou sont devenues la propriété de l'acquéreur. Il ne nous paraît pas douteux qu'on doive dire que les choses sont demeurées dans le patrimoine du vendeur, parce que les choses mobilières qui sont dans un lieu donné doivent être soumises à la *lex rei sitæ* pour tout ce qui concerne la possession, les privilèges et les modes légaux de transmission de la propriété. La doctrine des auteurs, qui ont soutenu qu'on doit, par suite d'une fiction juridique, considérer les choses mobilières comme se trouvant au domicile du propriétaire *a quo legem situmque accipiunt*, peut être appliquée dans les seuls cas où il s'agit de déterminer les rapports entre le propriétaire et la chose, sans que les intérêts des tiers soient en cause ; mais quand il en est autrement, les lois en vigueur au lieu où les meubles se trouvent et au moyen desquelles le législateur a pourvu d'une façon ou d'une autre à sauvegarder les intérêts des tiers, ou à déterminer les rapports concernant les choses elles-mêmes en raison de l'intérêt social, doivent avoir une autorité exclusive, parce qu'elles font partie du statut réel.

833. — Ainsi, par application de ce principe, lorsque le propriétaire étranger d'une chose mobilière, qui se trouve en Italie, s'est obligé, par des conventions successives, à la donner ou à la livrer à deux personnes, quelle que soit la disposition de sa loi personnelle à cet égard, on devra préférer celui des deux acheteurs qui a été mis en possession, bien que son titre soit d'une date postérieure, conformément à l'article 1126 du Code civil italien.<sup>1</sup> Cette disposi-

<sup>1</sup> Article 1126. Si la chose que quelqu'un s'est obligé par des con-



tion, réglant les conséquences qui résultent de la possession réelle et effective, doit avoir une autorité territoriale égale à toute autre disposition concernant les effets juridiques de la possession et les conditions légales de la transmission de la propriété.

De même, dans l'hypothèse où, aux termes de la loi personnelle du propriétaire, l'aliénation d'une chose mobilière faite par conventions successives deviendrait effective à l'égard de la transmission de la propriété, par la remise de la chose à l'un des acheteurs, sans distinguer suivant que son titre serait d'une date antérieure, ou suivant qu'il serait de bonne ou de mauvaise foi, on ne pourrait pas invoquer cette loi personnelle pour soutenir, contrairement à la loi italienne, qu'on devrait préférer le possesseur de la chose, bien qu'il fût de mauvaise foi. En effet, aux termes de cette dernière loi, la possession acquise par celui dont le titre est d'une date postérieure est décisive dans le seul cas où il est de bonne foi, et comme la disposition de l'article 1126 précité fait partie du statut réel, ce ne pourrait pas être le cas d'invoquer l'application du statut personnel. Il ne s'agirait pas de fixer les droits des parties, ni la force des conventions faites par elles, mais de déterminer quelle devrait être la loi destinée à régler les droits acquis par les tiers sur les choses existant sur le territoire de l'État, et la solution ne peut pas être douteuse, puisqu'on doit admettre que le pouvoir souverain est absolu, même à l'égard des choses mobilières, toutes les fois qu'il règle par ses lois les rapports entre les personnes et les choses dans l'intérêt public, comme cela a lieu dans tous les cas où il s'applique à déterminer et à sauvegarder les droits des tiers.

834. — La loi personnelle du propriétaire peut régir la

« vention successives à donner ou à remettre à deux personnes, est un  
« meuble par nature ou un titre au porteur, celle d'entre elles à qui a été  
« donnée la possession, sera préférée à l'autre, bien que son titre fût pos-  
« térieur de date, pourvu que la possession soit de bonne foi. »



transmission de la propriété des choses mobilières seulement dans le cas où elles ne peuvent pas être réputées situées en un lieu fixe et par conséquent soumises à la loi en vigueur en ce lieu, ou lorsque l'application de la loi personnelle, différente de la loi territoriale, peut avoir lieu sans porter atteinte aux droits des tiers ou de la souveraineté territoriale.

Pour mettre en lumière par un exemple notre principe, nous examinerons le cas d'un italien qui aliène une cargaison ou un navire, alors que ce navire se trouve en cours de route directe pour la Nouvelle-Orléans. Supposons que cela ait lieu en Italie et que la vente soit parfaite d'après la loi italienne, par suite du transfert et de la remise du connaissance, et que le navire, à peine arrivé dans le port de la Nouvelle-Orléans, soit saisi avec la cargaison par un créancier du vendeur, quelle sera la valeur de cette saisie?

Aux termes de la loi en vigueur dans la Louisiane, la tradition étant nécessaire pour la transmission de la propriété des choses mobilières, le saisissant pourrait prétendre que les choses devraient être considérées comme restées dans le patrimoine du vendeur par suite du défaut de tradition antérieure à la saisie. Mais il nous semble qu'une telle prétention ne serait pas fondée en droit. En effet, les choses mobilières peuvent être soumises à l'empire des lois en vigueur en un lieu donné, toutes les fois qu'elles s'y trouvent actuellement; mais les choses qui voyagent sur la haute mer doivent être considérées comme étant au domicile du propriétaire par suite d'une fiction de droit, et c'est là un des cas où est incontestablement applicable la maxime : *Mobilia ossibus personæ inhaerent*. Or, comme ces choses doivent être considérées comme soumises au statut personnel du propriétaire, *a quo legem situmque accipiunt*, et comme la vente était parfaite et que la transmission de la propriété de la cargaison était faite régulièrement d'après la loi italienne, les choses doivent être considérées comme entrées dans le patrimoine de l'acheteur, et la loi de la Loui-

siane ne pourrait pas s'appliquer à une opération juridique accomplie avant que les choses ne fussent arrivées à la Nouvelle-Orléans, c'est-à-dire n'eussent été soumises à l'empire de la loi en vigueur en cette ville.

Un autre exemple où notre principe peut trouver son application, c'est celui d'un italien qui a vendu à un autre italien ou à un français les marchandises lui appartenant qui se trouvent en Autriche ou en Allemagne. Supposons que la difficulté s'élève entre le vendeur et l'acheteur seul, sans que l'intérêt des tiers soit en cause, et que le tribunal italien ou le tribunal français saisi de l'instance, soit appelé à décider si la vente doit être considérée comme parfaite, et si l'acheteur a acquis, à l'égard du vendeur, la propriété des choses existant en Allemagne au moment où ils se sont mis d'accord sur ces choses et sur le prix, bien que la tradition n'ait pas eu lieu conformément à la loi en vigueur en Allemagne.

Il nous semble que, même dans ce cas, on peut admettre l'autorité de la loi personnelle, parce qu'il s'agit des seules parties au contrat à l'exclusion des tiers, et que la souveraineté territoriale ne peut pas être considérée comme atteinte dans ses droits, si un propriétaire étranger transmet ses choses mobilières d'après sa loi personnelle.

835. — Nous croyons aussi utile de noter, que la théorie que nous avons soutenue dans ce dernier cas ne peut trouver son application, que lorsque la tradition n'est pas requise d'après la loi du vendeur dans les rapports de ce dernier avec l'acheteur. Il en serait de même lorsque, bien qu'aux termes de la loi personnelle du propriétaire la tradition serait exigée, les choses seraient dans un lieu où la loi n'exigerait pas la tradition.

Supposons, par exemple, qu'un autrichien ait vendu des choses mobilières qui se trouvent en Italie, sans en faire la tradition, et qu'il invoque l'article 426 du Code civil autrichien, qui dispose que les choses mobilières ne peuvent être transmises à autrui que par la tradition de la main à la main.

On ne pourrait pas accueillir sa demande, car autre chose est permettre à un propriétaire étranger de disposer de choses mobilières d'après sa loi personnelle, quand les intérêts des tiers et les droits de la souveraineté nationale ne sont pas en cause, et autre chose est lui accorder la faculté d'invoquer sa loi personnelle, pour modifier les lois émanées de la souveraineté et pour paralyser l'autorité territoriale de ces lois. Les lois qui déterminent les modes légaux de transmission de la propriété font partie du statut réel et il ne peut jamais être permis à un étranger d'invoquer sa loi personnelle pour modifier l'autorité de ce statut. Étant donné que, d'après ce même statut, la tradition ne soit pas nécessaire, les droits de la souveraineté territoriale seraient certainement atteints, si on pouvait la rendre obligatoire en vertu d'une loi émanée d'une souveraineté étrangère. Le vendeur pourrait bien, par une stipulation expresse, subordonner la vente à une telle condition, et alors la tradition deviendrait nécessaire par la volonté des parties : elle serait la conséquence de leur autonomie et de la faculté pour elles de subordonner la perfection de l'opération juridique à l'accomplissement d'une condition suspensive quelconque ; mais on ne pourrait, sans porter atteinte aux droits de la souveraineté territoriale, admettre que la tradition dût être réputée nécessaire en vertu d'une prescription impérative d'une souveraineté étrangère.

836. — Maintenant, nous allons examiner la difficulté qui peut naître à propos de la transmission de la propriété des choses mobilières incorporelles. Le propriétaire d'une créance peut la céder et la transférer au moyen de la cession de sa propriété au cessionnaire. Or, les lois ne sont pas uniformes à l'égard des conditions requises pour le transfert de la propriété de la créance cédée.

D'après la loi italienne, le transfert de la propriété d'une créance est parfait entre les parties à la suite du consentement réciproque sur la chose et sur le prix. Il n'est pas né-



cessaire que le débiteur intervienne, ni que la cession ait lieu par la remise du document établissant la créance ou le droit cédé. La propriété est acquise de droit entre les parties, comme dans toute autre vente, et le cédant est obligé d'exécuter son obligation déjà complète, par la remise du titre, de même que le vendeur est tenu de faire la tradition. La transmission de la propriété n'est toutefois opposable aux tiers ou au débiteur lui-même, qu'après la notification de la cession au débiteur ou qu'après qu'il l'a acceptée par acte authentique (Code civil italien, art. 1538-1540).<sup>1</sup>

Aux termes du Code civil autrichien, comme en principe la tradition de la main à la main est requise pour la transmission de la propriété des choses mobilières (art. 426), le législateur dispose de la façon suivante à l'article 427 : « A l'égard de ces choses mobilières, qui, par suite de leur qualité, n'admettent pas une tradition matérielle telles que les créances..., la loi en permet la tradition par signes, laquelle se fait si le propriétaire remet à l'acceptant les documents établissant sa propriété. »

Dans le Code civil hollandais, qui admet aussi la nécessité de la tradition pour la transmission de la propriété des meubles, il est disposé qu'à l'égard des créances (art. 668), la tradition de celles qui ne sont pas au porteur et des autres biens incorporels s'opère en vertu d'un acte authentique ou sous seing privé, par lequel les droits sur ces objets sont transmis à un tiers. Cette transmission n'a d'effet, à l'égard du débiteur, que du jour où elle a été signifiée ou a été acceptée ou reconnue par acte écrit. A l'égard des titres au porteur, la remise équivaut à la tradition.

D'après le droit anglais, la cession opère la transmission de la créance, même à l'égard des tiers indépendamment de la notification au débiteur. Celle-ci est toutefois nécessaire pour exonérer le débiteur de l'obligation de payer au cédant,

<sup>1</sup> Le Code civil français renferme des dispositions analogues, articles 1689-1691; Compar. Troplong, *Vente*, n° 877 et suiv.; Zaccharia, § 359.



de façon que si le débiteur, ignorant la cession, payait au premier créancier ou à un tiers qui lui aurait été indiqué comme cessionnaire de la créance, il ne serait tenu à rien à l'égard du cessionnaire primitif; mais si depuis la cession de la créance, celle-ci était saisie par un tiers créancier du cédant, dans les mains du débiteur, avant que la notification ne lui eût été faite, et si, *pendente lite*, le débiteur avait connaissance de la cession en temps utile, il pourrait se prévaloir de la cession pour être exonéré de l'obligation de payer à celui qui aurait opéré la saisie.

837. — Cette différence entre les lois peut donner lieu à une grave controverse dans l'hypothèse d'une créance appartenant à une personne qui l'a cédée à un tiers conformément à sa loi personnelle, laquelle considère comme efficace la transmission de la propriété d'une créance entre les parties à l'égard des tiers sans nécessité de la notification au débiteur, lorsque la créance cédée est exigible au domicile de ce même débiteur, où, d'après la loi locale, la notification est déclarée nécessaire pour la transmission valable à l'égard tant des parties que du débiteur ou des tiers.

Cette question a été examinée d'une façon approfondie par Story,<sup>1</sup> qui rapporte différentes décisions des tribunaux anglais et américains. Parmi les opinions émises à cet égard, on peut citer celle de Lord Kames.<sup>2</sup> D'après lui, une créance ne peut pas être regardée comme un *corpus* susceptible d'une situation locale, mais plutôt comme un *jus incorporale*. Mais si on considère que la créance est un objet en la possession du créancier, on doit admettre une fiction, et il est plus naturel de la localiser au domicile du créancier qu'à celui du débiteur. De là, il conclut, qu'en cas de conflit de législations, c'est la loi du créancier qui doit prévaloir. Quand ce dernier a cédé volontairement sa créance d'après

<sup>1</sup> *Conflict of Laws*, § 396 et suiv.

<sup>2</sup> Kames, *On equity*, B. 3, Chap. VIII, § 4.

la loi de sa patrie, le cessionnaire a acquis un juste titre pour demander partout de préférence le paiement, et son titre doit être considéré comme parfait *jure gentium*, par suite de la règle connue, *mobilia non habent sequelam*.

838. — Nous avons déjà manifesté notre opinion dans la première édition du présent ouvrage. <sup>1</sup> Elle a été l'objet de certaines observations de la part de Laurent, qui est arrivé à des conclusions différentes des nôtres. Il s'est proposé de déterminer la nature de la loi qui règle la cession pour ce qui concerne la transmission de la propriété de la créance cédée, et admettant que le statut de la cession est réel, il en conclut que les parties doivent être soumises à la loi territoriale. Nous n'avons en réalité pas pu comprendre la critique de Laurent et la différence substantielle entre sa doctrine et la nôtre. Nous admettons, en effet, que la loi qui assujettit la cession à certaines conditions de publicité pour sa validité tant à l'égard du débiteur qu'à l'égard des tiers doit avoir une autorité territoriale, parce qu'au lieu où est en vigueur une telle loi, (qui impose, par exemple, la notification ou l'acte écrit constatant le transfert, ou la tradition effective, au moyen de la remise du titre de créance), on ne pourrait considérer la cession comme juridiquement inexistante à l'égard des tiers, que lorsqu'elle serait faite d'après les conditions fixées par la loi.

Toutefois, la difficulté pourrait naître dans l'hypothèse d'une cession faite au domicile du créancier, où serait en vigueur une loi donnée, alors que la créance cédée serait exigible au domicile du débiteur, où se trouverait en vigueur une loi différente à l'égard du transfert des créances. Dans cette hypothèse, si on admettait la théorie de Lord Kames, fondée sur la règle *mobilia non habent sequelam*, on pourrait en conclure, que la créance devant être consi-

<sup>1</sup> Voir *Diritto internazionale privato*, § 341 (Florence, successeurs Lemonnier, 1869).

dérée comme en la possession du créancier, le transfert par lui fait en conformité de la loi de son domicile devrait être réputé partout valable.

Pour résoudre cette question, nous continuerons à appliquer la doctrine, que nous avons déjà soutenue, et d'après laquelle, dans l'opération juridique de la cession, il faut distinguer les conséquences qui peuvent exercer leur influence dans les rapports entre le cédant et le cessionnaire, de celles qui sont relatives aux droits, que le cessionnaire a pu acquérir en vertu de la cession à l'égard de la personne qui est tenue de payer le montant de la créance cédée et à l'égard des tiers, qui peuvent avoir des droits sur cette créance. En ce qui concerne les premières conséquences, il nous semble que tout doit dépendre de la loi personnelle du créancier, ou de celle à laquelle il s'est volontairement soumis, en faisant sous l'empire de celle-ci le contrat de cession, étant donné qu'en cette circonstance on ne doit pas présumer que les parties soient régies par la loi personnelle du cédant. Nous disons cela en ce sens que, pour décider si la cession doit être ou non considérée comme parfaite avec ou sans la remise du titre, avec ou sans un acte authentique *ad hoc*, ou un acte sous seing privé constatant le transfert, ou avec un accord sur l'objet cédé et le prix établi par des témoignages ou autrement et pour décider dès lors si le cessionnaire a, par suite de l'opération juridique, acquis la créance et la faculté de contraindre le cédant à lui en garantir le paiement, il nous semble qu'on doit appliquer la loi personnelle du cédant, quand on ne peut pas établir par les circonstances qu'il s'est volontairement soumis à une autre loi.

Pour ce qui est des conséquences qui résultent de la cession à l'égard des droits acquis par le cessionnaire à l'encontre du débiteur et des tiers, qui peuvent avoir des droits sur la créance cédée, nous pensons que tout doit dépendre de la loi du domicile du débiteur, où le paiement de la dette est exigible. Nous disons cela, parce que le créancier ne cède



au moyen de la cession, que tous les droits qu'il a à l'encontre du débiteur et que la faculté d'agir contre lui pour obtenir le paiement de la dette. Le cessionnaire n'acquiert dès lors que le droit de se prévaloir du titre cédé à l'encontre du débiteur et d'agir judiciairement contre ce dernier, non comme mandataire, mais comme *procurator in rem suam*. Or, comme il ne pourrait exercer de tels droits et de telles actions qu'au lieu où la dette est exigible, il ne pourrait être considéré comme investi d'un titre légitime en qualité de cessionnaire, tant à l'égard du débiteur, qu'à l'égard des tiers, que sous les conditions établies par la loi en vigueur en ce lieu pour que la personne à laquelle une créance a été cédée puisse être considérée comme propriétaire de la créance à l'égard du débiteur et des tiers.

Par conséquent, si dans le pays où la dette est exigible, la loi impose comme condition indispensable la notification au débiteur comme une forme de publicité, et si cette notification est exigée pour rendre la cession juridiquement valable à l'égard des tiers, et à l'égard de ceux-ci et du débiteur, le cessionnaire ne pourrait se prévaloir de la cession et être réputé propriétaire de la créance qu'en cas d'observation des dispositions de cette loi. Aussi, il faut admettre que la créance cédée doit toujours être considérée comme dans le patrimoine du cédant, tant que les formalités requises par cette même loi pour la validité du transport à l'égard du débiteur et à l'égard des tiers n'auront pas été remplies.

839. — Supposons, par exemple, qu'un italien consente en Autriche la cession d'une créance exigible en Italie, en faisant une convention sur la créance et sur le prix, et que se pose la question de savoir, si, le titre établissant la créance cédée n'ayant pas été livré au cessionnaire, celui-ci doit être néanmoins considéré comme propriétaire du droit cédé. En admettant la doctrine de Laurent, on devrait décider que, comme le statut de la cession est réel, et que



d'après la loi autrichienne la tradition est nécessaire même pour la cession d'une créance, laquelle tradition doit avoir lieu par la remise du titre par le cédant au cessionnaire, la cession ne pourrait pas être considérée comme parfaite. Mais quelle serait la raison d'intérêt général qui justifierait l'application de la loi autrichienne à l'égard d'un acte accompli par un italien, qui a disposé de ce qui lui appartenait en se conformant aux prescriptions de la loi italienne ? S'il avait cédé sa créance en Italie, le cessionnaire en aurait acquis la propriété aussitôt qu'il se serait trouvé d'accord avec le cédant sur cette créance et sur le prix, la loi italienne n'exigeant pas la remise des titres. Or, pourquoi une telle opération juridique ne devrait-elle pas être considérée comme parfaite, parce que la personne qui la faisait se trouvait en Autriche à une faible distance de la frontière italienne ? Est-ce que par hasard il résulterait une atteinte à la souveraineté territoriale, du fait qu'un italien disposerait d'une créance exigible en Italie en conformité de la loi italienne ? Nous nous trompons peut-être ; mais nous persistons à maintenir notre théorie, et dans ce cas, comme dans les autres, prenant pour base la distinction des statuts en réels et en personnels, nous excluons l'application de la loi territoriale, parce qu'il n'y a aucune raison pour l'admettre et que les intérêts de la souveraineté, pas plus que ceux des tiers, ne se trouvent en jeu. Aussi regrettons-nous de voir Laurent admettre le principe de la réalité du statut de la cession et envisager la question sous un point de vue, que nous ne saurions admettre.

Supposons, au contraire, qu'un anglais ait cédé en Angleterre une créance exigible en Italie, sans que cette cession ait été signifiée au débiteur, ou que celui-ci l'ait acceptée par un acte authentique conformément aux dispositions de l'article 1539 du Code civil italien, le cessionnaire ne pourrait-il pas alors invoquer le droit anglais pour faire valoir d'après cette législation les droits acquis contre le débiteur ? Supposons qu'un tiers créancier du cédant saisisse

la créance exigible en Italie, et que le cessionnaire, avant le paiement effectif, notifie la cession. Celui-ci pourra-t-il prétendre être, par application du droit anglais, préféré au tiers saisissant, et le débiteur pourra-t-il fonder une exception valable sur le même droit anglais et refuser le paiement au saisissant, étant donné que la créance ait été attribuée à ce dernier, pour le motif qu'il aurait connu la cession *pendente lite* ?

Il nous semble que ces questions doivent être résolues négativement, parce que la loi italienne, qui exige la signification au débiteur pour la prise de possession de la créance à l'égard des tiers, doit avoir une autorité territoriale, pour la simple raison qu'elle protège ainsi les intérêts des tiers et établit une forme donnée de publicité nécessaire pour prévenir la fraude. Son autorité à l'égard de toute créance exigible en Italie ne peut pas être exclue, pas plus que ne peut l'être celle de toute loi émanée de la souveraineté territoriale pour protéger les intérêts des tiers.

Par conséquent, si *pendente lite* le cessionnaire, à qui la créance aurait été cédée par un créancier anglais, faisait la signification, les conséquences de cet acte devraient être appréciées d'après le Code civil italien, et comme, aux termes de ce code, la créance cédée doit être réputée dans le patrimoine du cédant jusqu'à la signification, le cessionnaire ne pourrait pas invalider le droit du tiers qui aurait opéré la saisie de la créance avant la signification. Il ne pourrait dès lors que demander et obtenir, que l'acquisition de la propriété de sa part fût reconnue efficace pour la partie de la créance, qui ne serait pas frappée par la saisie, laquelle partie entrerait dans son patrimoine à la suite de la notification faite aux termes de la loi italienne. On devrait décider de même, d'après le Code civil italien, sur la valeur de l'acceptation de la part du débiteur, pour toutes les conséquences qui pourraient en résulter à l'égard des tiers à partir du jour où elle aurait eu lieu.

Nous concluons donc, que la loi du lieu où la créance est

exigible devra régler la valeur de la cession à l'égard du débiteur et des tiers.

840. — Le principe consacré par la loi italienne, que la propriété se transmet entre les parties par le seul effet du contrat ne peut pas trouver son application dans l'hypothèse où il s'agit de l'acquisition de la propriété d'un immeuble. A cet égard, aux termes de l'article 1942 du Code civil italien, l'acte translatif de la propriété d'un immeuble ou d'autres biens ou droits susceptibles d'hypothèque n'a aucun effet, s'il n'a pas été transcrit conformément aux dispositions du titre relatif à la transcription.

Nous trouvons le même principe consacré dans les lois d'autres États, notamment dans la loi belge du 16 décembre 1851, dans la loi française du 23 mars 1855, dans la loi prussienne du 5 mai 1872, et dans les articles 321, 431 et suivants du Code civil autrichien.

Il est évident, que dans tous les cas, où la loi territoriale consacre un système quelconque de publicité pour la transmission valable de la propriété, le motif de cette loi est toujours de sauvegarder les droits des tiers, et elle doit pour cela avoir autorité exclusive sur le territoire, parce qu'elle tend à protéger le droit social. Il doit en être de même de la loi, qui subordonne à la transcription du titre l'acquisition de la propriété des choses immobilières.

Il est donc inutile de nous étendre à démontrer, que la loi qui règle la transcription et tous les effets qui en dérivent, et ceux qui peuvent être la conséquence de l'inobservation des dispositions de la loi en cette matière, doivent avoir autorité exclusive sur les immeubles situés sur le territoire ; car il est hors de doute que la propriété et la possession légitime de ces biens à l'égard des tiers doivent être soumis à la *lex rei sitæ*.

841. — Le principe par nous posé, en ce qui concerne l'autorité territoriale des lois, qui consacrent un système de



publicité pour la transmission valable de la propriété, peut donner lieu à certaines difficultés en cas de transmission de la propriété d'un navire.

Les lois disposent d'une façon différente au sujet des formalités spéciales requises pour rendre valable la transmission de la propriété des navires à l'égard des tiers.

Le législateur italien a déterminé ces formalités dans l'article 483 du Code de commerce, qui dispose ainsi : « Toute aliénation ou cession totale ou partielle de la propriété d'un navire doit être faite par écrit, et lorsqu'elle a lieu dans le royaume, elle peut être faite par acte public ou par écriture privée, mais elle n'a pas d'effet à l'égard des tiers, si l'acte n'a pas été transcrit sur les registres du bureau maritime, où le navire est inscrit. L'aliénation doit être mentionnée sur l'acte de nationalité, avec l'indication si le vendeur reste créancier du prix en tout ou en partie. En cas de concours de plusieurs aliénations, la date de la mention sur l'acte de nationalité détermine la préférence. »

Pour cette disposition, le législateur italien a établi un système de publicité, qu'il déclare indispensable pour protéger les droits des tiers et pour leur faire connaître les changements de propriété du navire. Comme la transmission de la propriété du navire ne devient valable, *erga omnes*, qu'après qu'il en a été fait mention sur l'acte de nationalité, et que la date de cette mention sert à décider celui des acquéreurs successifs qui doit être préféré et réputé propriétaire, il est clair que les formalités de publicité édictées par la loi italienne ont la même portée que la transcription en ce qui concerne la transmission de la propriété des immeubles.

Dans les autres législations, on trouve aussi établies des mesures de publicité. Dans toutes, en effet, on reconnaît la nécessité de protéger les droits des tiers au moyen de certaines mesures. Toutefois, ces formalités ne sont pas partout les mêmes, car, tandis que certains législateurs, comme



notamment le législateur français<sup>1</sup>, consacrent des règles conformes à celles admises en Italie, d'autres, au contraire, en édictent de différentes. Ainsi, d'après la loi anglaise de 1854 (*Shipping merchant acte*), les transferts de propriété de navires doivent être transcrits sous peine de nullité sur le registre de douane du port où a été inscrit le navire, mais il ne doit être fait aucune mention sur l'acte de nationalité. Il en est de même d'après la loi des États-Unis d'Amérique.<sup>2</sup>

Ces divergences du droit positif peuvent naturellement donner lieu à des difficultés à l'égard des formalités, qui doivent être accomplies pour rendre efficace la transmission de la propriété d'un navire. Comme nous avons établi en principe que, tant à l'égard des choses immobilières qu'à l'égard des choses mobilières qui se trouvent en un lieu déterminé, il est indispensable d'observer les dispositions de la *lex rei sitæ*, relativement aux formalités de publicité requises pour la transmission de la propriété, on peut supposer, à première vue, qu'on doit appliquer le même principe à la transmission de la propriété des navires. Les navires sont généralement considérés comme des meubles; mais, comme on doit admettre l'autorité de la *lex rei sitæ*, même à l'égard des choses mobilières, toutes les fois qu'on veut en transmettre la propriété à autrui alors qu'elles se trouvent en un lieu déterminé, on pourrait soutenir que l'aliénation de tout navire qui se trouve dans un port italien ne peut être valable qu'en observant les formalités de publicité édictées par la loi italienne pour le transfert de la propriété des navires.

842. — Cette opinion pourrait être basée sur les règles admises par la jurisprudence. En effet, la Cour de Rouen, appelée à statuer sur la propriété du navire anglais le *Colstrup*, et à décider s'il devait être réputé appartenir à celui

<sup>1</sup> Art. 195 Code de commerce; loi du 7 vendémiaire, an II, art. 17, 18.

<sup>2</sup> Art. 4192, stat. rev.

qui en était le propriétaire primitif ou à une autre personne qui avait acquis de celui-ci une partie de la propriété de ce bâtiment, considéra comme décisif le défaut de transcription de la vente sur l'acte de nationalité, pour en conclure que l'aliénation ne pouvait pas être opposée aux tiers. Elle basa sa décision sur la considération que le système de publicité consacré par la loi française pour protéger les intérêts des tiers devait être considéré comme impératif, même à l'égard des meubles appartenant aux étrangers qui se trouvaient sur le territoire français, parce que, d'après elle, les meubles appartenant à un étranger ne pouvaient pas être soustraits à l'empire des lois de police émanées de la souveraineté française, lois obligatoires pour les personnes qui se trouvent sur le territoire français, et que, d'autre part, les français ne pouvaient pas être contraints de connaître les lois étrangères. Par suite de ces considérations, cette Cour déclara valable la saisie opérée par un créancier français du premier propriétaire et considéra comme inefficace à son égard la vente d'une partie de la propriété du navire à un tiers, parce qu'elle n'était pas transcrite sur l'acte de nationalité, et, par suite, rejeta l'opposition faite à la saisie opérée par ce tiers acquéreur. <sup>1</sup>

La même théorie fut admise par le tribunal de commerce du Havre à l'égard du navire américain le *Jamestown*. <sup>2</sup>

843. — Nous avons déjà soutenu antérieurement que la théorie des tribunaux français à l'égard de l'efficacité de la transmission de la propriété des navires doit être considérée comme en opposition avec les principes généraux du droit. <sup>3</sup>  
« Si, disions-nous dans une précédente édition, les droits

<sup>1</sup> Rouen, 31 juillet 1876, *Journal du Palais*, 1877, 577, et la note de Lyon-Caen sous cet arrêt.

<sup>2</sup> Tribunal de commerce du Havre, 14 août 1877.

<sup>3</sup> Voir la 2<sup>e</sup> édition du présent ouvrage (1874, Florence, Le Monnier), appendice, p. 582, et la traduction française de Pradier-Fodéré, (Paris, 1875), p. 670.

« légitimement acquis d'après la loi du pays auquel le navire appartient, pouvaient être invalidés en appliquant, pour les apprécier, les lois des pays étrangers où, par hasard, le navire peut se trouver, le crédit maritime serait profondément atteint. » Nous persistons dans notre opinion, parce qu'en admettant la doctrine des tribunaux français, on arriverait à soutenir que, pour que quelqu'un puisse acquérir la propriété d'un navire *erga omnes*, il faudrait qu'il se conformât aux lois de toutes les parties du monde, où les droits par lui acquis pourraient être mis en discussion, laquelle théorie est un véritable contre-sens juridique.

Le système de publicité établi par la loi française, de même que par la loi italienne, doit être incontestablement employé, chaque fois qu'on veut transmettre efficacement la propriété d'un navire français ou d'un navire italien. La loi française ne protège pas seulement tous les navires qui font partie de la marine française : elle doit aussi en régler la condition juridique, en quelque lieu qu'ils se trouvent, et, en outre, protéger les intérêts des tiers. De là il résulte que les formalités de publicité consacrées par le législateur français pour la transmission valable de la propriété des navires français doivent être partout observées. Mais à quel titre pourrait-on admettre que le propriétaire d'un navire anglais dût se conformer à la loi française pour transmettre à un tiers la propriété de son navire? A quel titre pourrait-on soutenir l'autorité de la loi française à l'égard de ce navire, surtout dans l'espèce jugée par la Cour de Rouen, où il s'agissait d'une aliénation opérée en Angleterre, et, par conséquent, de la propriété d'un navire, qui avait été valablement transmise avant que ce bâtiment n'eût pénétré dans les eaux territoriales françaises?

Le créancier français avait certainement le droit de demander la preuve de la transmission de la propriété, et, dans le cas où la loi anglaise n'aurait pas convenablement protégé les droits des tiers par un système de publicité quelconque, il aurait pu soutenir qu'une transmission occulte de la pro-



priété ne peut pas être considérée comme efficace à l'égard des tiers. Cependant le législateur anglais a assuré la publicité, d'une façon il est vrai différente de la loi française, mais suffisante néanmoins pour sauvegarder les intérêts des tiers et les mettre à même de connaître les transmissions de la propriété. En effet, sur l'acte de nationalité des navires anglais, il est mentionné que cet acte ne constitue pas un titre pour constater les modifications de propriété de ces bâtiments. Or, comment pourrait-on justifier la prétention que l'aliénation ne pourrait pas être opposable aux tiers, par suite du défaut sur l'acte de nationalité de la transcription requise par la loi française ?

Les navires sont généralement considérés comme des meubles ; mais ils constituent par leur nature une catégorie de choses toute spéciale. Ils conservent, en effet, partout leur propre nationalité, ont un siège légal fixe, qui est celui du bureau maritime dans lequel chaque navire doit être inscrit, ils sont susceptibles d'hypothèque, ils ne sont pas par eux-mêmes des objets, mais des instruments de commerce. Il en résulte qu'on ne saurait appliquer aux navires les mêmes règles qu'aux immeubles ou aux meubles qui se trouvent dans une localité donnée. Leur siège fixe est le bureau maritime dans lequel ils sont inscrits. Or, il nous semble que leur condition juridique doit être déterminée par la loi même, qui leur attribue le caractère national.

De là on doit conclure qu'à l'égard de chaque navire on doit admettre l'autorité de la loi de l'État qui le couvre de son pavillon, pour toutes les questions relatives à sa condition juridique et pour celles qui concernent la propriété, l'aliénation et les formalités requises pour la validité et l'efficacité de la transmission de la propriété entre les parties et à l'égard des tiers. Il faudra dès lors décider, d'après la loi nationale du navire, s'il peut être vendu et sous quelles conditions, et quelles sont les formalités nécessaires pour que l'aliénation ou la cession puisse produire effet entre les parties et à l'égard des tiers, même lorsque la vente a lieu



dans un pays étranger où le navire se trouve au moment de l'aliénation. Ce ne pourrait pas être le cas d'appliquer dans cette hypothèse la règle *locus regit actum*, pour soumettre le navire aux lois en vigueur au lieu du contrat. Cette règle peut s'appliquer en cas de vente d'un navire étranger, mais seulement pour ce qui concerne la façon d'exécuter le paiement du prix et d'opérer la remise du navire (alors qu'elle serait requise pour la validité de la transmission) et la manière de réaliser la prise de possession de ce bâtiment.

C'est, dès lors, à tort que les tribunaux de la Louisiane, pour déterminer les droits acquis par un individu, qui avait acheté à Boston un navire appartenant comme nationalité au Massachusetts et qui avait conclu une vente parfaite d'après les lois de cet État, ont appliqué leurs propres lois pour décider si la vente pouvait être considérée comme telle et si les droits du nouveau propriétaire devaient être reconnus en concurrence avec ceux d'un citoyen de la Louisiane, qui avait saisi dans ce pays le navire à l'encontre du premier propriétaire. Ils ont dit que la loi de la Louisiane, ne considérant la vente comme parfaite qu'après la livraison matérielle du navire, il en résultait qu'on ne pouvait pas regarder comme parfaite la vente faite à Boston par suite du défaut de remise du navire, bien qu'aux termes de la loi de Massachusetts la tradition ne fût pas indispensable. Toute l'argumentation de cette décision se résume en ceci, que lorsque les lois de deux États sont différentes et que les intérêts des citoyens sont l'objet de la contestation, la loi du lieu de l'instance doit prévaloir, parce que le principe de courtoisie internationale, en vertu duquel on reconnaît l'autorité des lois étrangères, doit être admis sous la réserve que l'État et ses concitoyens ne subissent aucun préjudice.<sup>1</sup>

Nous concluons, dès lors, qu'on ne peut pas appliquer

<sup>1</sup> Voir Clunet, *Journal du droit international privé*, *Revue de la jurisprudence de la Louisiane*, 1876, p. 129.

aux navires étrangers, qui se trouvent dans un port de l'État, les lois promulguées par le souverain territorial, pas plus pour statuer sur les droits acquis par les tiers sur le navire avant qu'il n'ait pénétré dans les eaux territoriales, que pour apprécier la validité de la vente et les formalités nécessaires pour l'efficacité de cette vente entre les parties et à l'égard des tiers ; mais qu'au contraire tout doit dépendre de la loi de l'État auquel appartient le navire, par suite de son inscription dans un des arrondissements maritimes de cet État depuis la construction de ce bâtiment.

844. — Maintenant, nous allons parler des actions qui naissent du droit de propriété, au point de vue de la loi qui doit les régir. La principale est l'action en revendication, qui consiste dans le droit pour le propriétaire de contraindre tout possesseur ou détenteur de la chose qui lui appartient, à la lui restituer avec tous ses accessoires, sauf les exceptions établies par les lois. Cette action peut avoir pour objet les choses immobilières et les choses mobilières. Cependant toutes les législations ne l'admettent à l'égard de ces dernières que dans certains cas exceptionnels.

Pour exercer l'action en revendication d'un immeuble, il est avant tout nécessaire que le demandeur établisse son droit de propriété, et, par conséquent, celui de la personne qui lui a transmis cette propriété. Or, comme ce droit peut être fondé sur chacun des titres dont la propriété peut dériver, il faudra appliquer la loi sur laquelle le droit peut être fondé pour en déterminer l'existence ou la preuve. Le droit du propriétaire doit être considéré comme existant, tant qu'un tiers n'a pas acquis un droit réel sur la chose, au moyen d'un des modes d'acquisition prévus par la *lex rei sitæ*. Cela peut avoir lieu dans l'hypothèse où on doit considérer la prescription acquisitive comme réalisée ou quand le tiers possesseur contre lequel le propriétaire exerce l'action dérivant du droit de propriété a acquis, en vertu de la possession, les droits qui en résultent.

tent et, par suite, la faculté d'exercer les actions possessoires, ou lorsque, par suite des circonstances prévues par la *lex rei sitæ*, il a un droit de rétention. Or, comme ces droits doivent, aux termes des principes par nous posés plus haut, être régis par la *lex rei sitæ*, nous avons soutenu qu'à ce point de vue la revendication doit être soumise à cette même loi.<sup>1</sup>

L'action en revendication étant réelle, et non personnelle, doit naturellement être intentée contre le possesseur actuel ou le détenteur de la chose, et comme le demandeur ne saurait prétendre à ce que le défendeur la lui remette, s'il ne démontre pas qu'il en est propriétaire, il est naturel que la démonstration de son droit de propriété doive être faite d'après la loi sur laquelle ce droit est fondé. Cette démonstration pourra différer, suivant que la propriété résulte d'un contrat, d'une succession, d'une donation ou d'un autre titre. D'autre part, le possesseur ou le détenteur peut opposer à la demande, qu'il a acquis la propriété en vertu de la prescription ou qu'il a le droit d'être maintenu en possession et qu'en ce cas il lui incombe de faire la preuve de l'acquisition de la propriété ou des droits qui peuvent résulter de la possession et que cette preuve doit être fondée sur la *lex rei sitæ*. Nous pensons devoir de nouveau affirmer notre théorie dans les mêmes termes que dans la première édition de cet ouvrage. « L'action réelle, disons-nous donc de nouveau, « en vertu de laquelle le propriétaire revendique sa chose « et tous les accessoires d'un possesseur, ou détenteur, « doit être régie par la *lex rei sitæ*. »

845. — Le même principe doit être applicable à l'action *in rem publiciana*, quand elle peut être fondée sur la loi. Cette action était accordée, en droit romain, à celui qui, bien que n'étant pas devenu propriétaire de la chose en vertu de l'usucapion, se trouvait cependant à même de le de-

<sup>1</sup> Voir la 1<sup>re</sup> édition de cet ouvrage, § 201, p. 232; et l'observation faite par Laurent, *Droit civil international*, T. VII, § 288.



venir, et qui avait perdu la possession avant d'avoir accompli la prescription qui était en cours. Il avait le droit de revendiquer la chose entre les mains du tiers détenteur, sans être tenu de faire la preuve de la propriété. Il est évident que cette action, lorsqu'elle peut être fondée sur la loi, doit être régie par la *lex rei sitæ*, parce qu'en réalité elle ne résulte pas du droit de propriété, mais du fait de la possession utile pour l'usucapion, et que nous avons déjà démontré que les actions qui dérivent de la possession doivent être régies par la *lex rei sitæ*.

846.— De même, l'action négatoire doit être soumise à la même règle. Elle a, en effet, pour but de faire reconnaître le droit illimité et absolu pour le propriétaire de jouir et d'user de la chose, de façon à exclure le droit d'une autre personne qui prétend la soumettre à une servitude. Comme nous le dirons par la suite, il faudra décider d'après la *lex rei sitæ*, de quelle manière les servitudes peuvent être acquises, et si on doit ou non admettre à leur égard l'exercice de l'action possessoire quand elles ont été constituées par un titre.<sup>1</sup> Or, il est naturel que l'action négatoire tendant à établir que l'immeuble est libre de toute servitude, doive être également régie par la *lex rei sitæ*.

847.— La revendication des choses mobilières peut donner lieu à certaines difficultés en raison du changement du lieu où la chose peut se trouver, et de la différence entre les lois de divers États à l'égard du droit pour le propriétaire de revendiquer sa chose entre les mains du tiers possesseur et de la faculté accordée à ce dernier de faire valoir la pos-

<sup>1</sup> D'après la jurisprudence italienne, on ne peut pas admettre à l'égard des servitudes, soit non apparentes, soit discontinues l'action possessoire de complainte. Voir Cour de cass. de Florence, 6 mars 1876 (*Annali*, X, I, 81) ; Cour de cass. de Naples, 25 avril 1868 (*ibid.* II, 1, 349) ; Cour de cass. de Turin, 18 mai 1860 (*ibid.*, IV, 1, 135), 18 mars 1881. (*Raccolta*, XXXIII, I, 1, 135), 1<sup>er</sup> juin 1882, (*ibid.*, XXXIV, I, 1, 542), et 31 décembre 1883 (*id.*, XXXVI).



session comme un titre, en vertu du principe admis par certaines lois territoriales.

Nous avons déjà examiné cette question, en parlant du droit de rétention à l'égard des meubles. Aussi, nous contenterons-nous de renvoyer à ce que nous avons déjà écrit<sup>1</sup> en ce qui concerne la détermination de la loi, qui doit régir le droit du possesseur de la chose mobilière à l'égard de celui qui la réclame en qualité de propriétaire.

848. — Pour compléter ce que nous avons dit, nous croyons utile de noter que, bien qu'en principe les choses mobilières qui se trouvent en un lieu déterminé doivent être soumises à la loi en vigueur en ce lieu pour ce qui concerne les actions qui peuvent être exercées à l'égard de ces choses, et que par conséquent cette loi doit régir le droit de revendication du propriétaire ; néanmoins, dans certains cas, le droit de revendication peut être exercé en conformité de la loi en vertu de laquelle il a été acquis, à l'égard de la chose mobilière qui a été transportée en un lieu soumis à une loi différente.

Pour mettre en lumière notre idée, nous allons examiner le cas de la vente de choses mobilières faite par un italien en Italie sans délai pour le paiement du prix convenu. Aux termes de l'article 1513 du Code civil italien, « si la vente a été faite sans délai pour le paiement, le vendeur peut, en l'absence de paiement, revendiquer les choses mobilières vendues, tant que celles-ci se trouvent en la possession de l'acheteur, et en empêcher la revente, pourvu que la demande pour les revendiquer soit faite dans les quinze jours de la livraison et que les choses se trouvent dans le même état qu'à l'époque de la livraison. »

Le Code civil français contient une disposition conforme (art. 2102, n° 4). Toutefois, le délai pour la revendication est seulement de huit jours à partir de la livraison.

<sup>1</sup> *Suprà*, § 781 et suiv.

Supposons que les choses mobilières aient été transportées en France. Le vendeur pourra-t-il les revendiquer dans le délai de 15 jours? Pourra-t-on lui opposer valablement, que, les choses se trouvant en France au moment de l'introduction de l'action, l'instance ne peut être intentée que dans un délai de huit jours?

Il nous semble que, par application des principes exposés en ce qui concerne le droit de rétention, on doit admettre que le vendeur peut exercer son droit de revendication dans le délai de 15 jours fixé par la loi italienne.

On pourrait objecter, qu'aux termes de la loi française, le droit de revendiquer les choses mobilières dans notre espèce est considéré comme un privilège, et que toutes les lois qui attribuent des privilèges sur les choses qui se trouvent sur le territoire doivent avoir une autorité territoriale.

Nous n'entendons certes pas combattre le principe relatif à l'autorité territoriale des lois qui attribuent des privilèges. Nous ne croyons pas non plus utile d'entrer dans les longues et minutieuses discussions auxquelles a donné lieu l'article 2102 du Code civil français, ni dire s'il établit un véritable privilège, ou bien s'il accorde au vendeur des choses mobilières le droit de reprendre la possession matérielle des choses livrées pour être ainsi garanti du paiement du prix.<sup>1</sup> En effet, la question, telle que nous l'avons posée, ne consiste pas à décider si un italien peut se prévaloir de la loi française qui accorde un privilège, en en demandant l'application à l'égard d'une opération juridique accomplie en France. Il s'agit, au contraire, d'examiner si, en ce qui concerne l'opération juridique accomplie en Italie sous l'empire de la loi italienne et relative à des meubles appartenant à un italien et transportés ensuite en France, on doit ou non respecter les droits attribués par la loi italienne au propriétaire, lorsque ces droits par lui acquis n'ont pas été exer-

<sup>1</sup> Voir sur la question, Mourlon, *Examen critique*, nos 126-135. Voir aussi Valette, T. XVI nos 201 et 380, T. XIX, n° 120; Pont, *Privilèges et hypothèques*, n° 135, et les auteurs par eux cités *pro et contra*.

cés avant que les choses n'aient été transportées en France. La question ainsi posée, la solution ne nous paraît pas douteuse. Il s'agit, en effet, de respecter la loi du contrat. Le droit de revendication, admis par la loi italienne dans le cas en question, n'est pas un privilège ; car il se trouve formulé au titre de la vente parmi les obligations de l'acheteur. Cela indique bien l'esprit de cette disposition, qui n'édicte la résolution de la vente que lorsqu'elle a été stipulée en cas de défaut du paiement du prix, mais qui accorde au vendeur le droit de reprendre la possession matérielle des choses vendues et livrées pour le garantir du paiement du prix et pour empêcher que les choses ne soient revendues à des tiers avant d'être payées. Or, si le vendeur, d'après sa loi personnelle et d'après celle du lieu où a été accomplie l'opération juridique, pouvait revendiquer les choses dans les 15 jours de la livraison, comment un tel droit par lui acquis et né sous l'empire de la loi italienne pourrait-il être réduit à néant par suite de la circonstance que les choses auraient été transportées en France ? Comment pourrait-on justifier l'application de la loi française ? Si, au contraire, l'opération juridique avait eu lieu en France et si l'italien y avait vendu ses choses mobilières sans délai pour le paiement du prix, il ne pourrait pas lui être permis d'invoquer la loi italienne pour fonder sur elle le droit de revendiquer la chose dans le délai de 15 jours. La circonstance, que le contrat aurait été conclu en France, rendrait incontestablement la loi française applicable et l'instance ne pourrait être utilement intentée que dans un délai de huit jours, conformément à cette loi.

849. — Il faudra également admettre que, si une personne avait acquis sur les choses transportées en France un droit quelconque en vertu de la loi française, cela exclurait, ainsi que nous l'avons dit, l'application de la loi italienne. Tel serait, par exemple, le cas du vendeur qui, dans les circonstances par nous indiquées, aurait expédié à lui-

même des choses mobilières en France, et qui n'aurait pas payé le prix du transport au voiturier. Alors le droit attribué à ce dernier, aux termes de la loi française, de retenir les choses jusqu'à ce qu'il eût été entièrement payé des frais du transport par le propriétaire qui voudrait les revendiquer, devrait être régi par cette loi.

C'est, du reste, la juste conséquence de la théorie par nous soutenue, que les droits acquis par les tiers sur les choses mobilières, aux termes de la loi du lieu où ils se trouvent véritablement et effectivement, doivent être régis par cette loi, et que la loi personnelle du propriétaire, ou celle à laquelle il s'est soumis en vertu du contrat ou du fait juridique, ne peut avoir aucune autorité pour régler les droits qui lui appartiennent en conformité avec ceux acquis par les tiers d'après la *lex rei sitæ*.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Voir pour ce qui concerne la théorie qui prévaut en Amérique à l'égard de la loi applicable aux choses mobilières, Wharton, *Conflict of Laws*, § 334 et suiv.

---



## CHAPITRE V

### DES SERVITUDES.

850. Idée générale des servitudes. — 851. La servitude est toujours un droit réel qui appartient à une personne sur la chose d'autrui. — 852. Servitudes personnelles et prédiales. — 853. Principes généraux relatifs à la loi régulatrice des servitudes prédiales. — 854. De l'usufruit. — 855. L'usufruit légal peut résulter de la loi étrangère. — 856. Comment les droits et les obligations résultant de l'usufruit doivent être régis. — 857. Usufruit constitué en faveur d'un étranger sur un immeuble appartenant à un citoyen. — 858. Cas dans lesquels la loi territoriale doit avoir une autorité absolue. — 859. Droits d'usage et d'habitation. — 860. Loi qui doit régler l'étendue de ces droits. — 861. Controverse relative à la validité de l'aliénation ou de la cession de l'usage. — 862. Principes généraux relatifs à la loi régulatrice des servitudes prédiales. — 863. Les servitudes légales établies pour l'utilité des particuliers doivent dépendre de la *lex rei sitæ*. — 864. Application à la servitude de passage. — 865. Autorité de la *lex rei sitæ*. — 866. Principes généraux relatifs aux servitudes établies par le fait de l'homme : limite de l'autonomie des particuliers. — 867. Controverse relative aux servitudes par destination du père de famille. — 868. Détermination de la loi qui doit régler cette servitude.

850. — Le droit de propriété des choses immobilières est, comme nous l'avons dit, celui en vertu duquel la chose est soumise d'une façon absolue à la volonté du propriétaire, mais dans les limites juridiques établies par la loi. En vertu de ce droit, le propriétaire doit, en principe, avoir la pleine faculté de jouir de tout ce que la chose peut produire, et d'exclure tout le monde de l'usage et de la jouissance de cette même chose. Ces droits sont tous compris dans celui de propriété, mais ne peuvent cependant exister séparément de ce droit et être attribués à une autre personne, qui peut, en vertu d'un titre distinct, avoir le droit de jouir en tout ou

en partie de la chose qui appartient à autrui. Ainsi, il peut arriver que quelqu'un ait un droit réel sur la chose d'autrui, *jus in re aliena*. Un de ces droits est la servitude.

851. — Nous avons dit que le droit réel appartient à la personne, parce qu'en vérité le droit, en tant qu'attribut et faculté, ne peut pas être conçu indépendamment du sujet qui a la capacité juridique. Il ne peut dès lors pas être attribué à la chose, qui ne saurait, à aucun point de vue, être considérée comme susceptible d'avoir des droits. Toutefois, il faut admettre une distinction substantielle à l'égard du titre, sur lequel le droit réel appartenant à la personne doit être considéré comme fondé. Nous bornant actuellement à traiter des servitudes et admettant qu'elles ne peuvent consister que dans un droit ayant pour objet une chose matérielle appartenant à autrui, la distinction substantielle à l'égard du titre, sur lequel elle peut être fondée, consiste en ce qu'elle peut être établie pour l'avantage individuel d'une personne déterminée, et par conséquent ne peut appartenir qu'à elle, ou bien peut être établie pour l'avantage ou l'utilité d'un fonds. Dans ce dernier cas, elle doit appartenir à quiconque a la possession de ce fonds. Aussi bien dans un cas que dans l'autre, le droit ne peut être considéré autrement qu'à l'égard de la personne à laquelle il doit être attribué : il a cependant toujours pour objet la chose, parce que c'est elle qui est grevée de la servitude.

852. — Les servitudes se divisent en deux catégories substantiellement distinctes, en servitudes personnelles et en servitudes prédiales ou foncières. La première catégorie comprend celles en vertu desquelles une personne déterminée peut jouir de certains droits sur la chose pour son utilité individuelle : ces servitudes sont qualifiées personnelles, parce que la jouissance du droit est inhérente à la personne à qui il appartient et ne passe pas à ses héritiers, mais s'éteint avec elle. L'autre catégorie comprend celles qui sont éta-

blies sur un immeuble, pour l'avantage et l'utilité d'un autre immeuble: elles attribuent à tout possesseur de cet immeuble, en considération de cette qualité de possesseur, la faculté de profiter des droits établis à l'égard du fonds dont il jouit.

Dans notre ordre d'idées, on ne peut pas exclure la conception de servitudes personnelles dans le système du droit moderne, par suite de la crainte exagérée de remettre en vigueur, par le seul fait d'employer la même dénomination, la conception du droit féodal. En effet, étant admis que le caractère substantiel de la servitude dans le droit moderne ne peut être que celui d'un droit réel sur la chose matérielle d'autrui et que la personne ne peut jamais être elle-même l'objet d'un droit, on ne peut pas concevoir que la dénomination de servitude personnelle puisse indiquer un droit à l'égard d'une personne, comme à l'époque féodale. D'autre part, étant donné que la servitude ne perd pas ses caractères substantiels (en tant qu'elle est un *jus in re aliena*), quand elle se trouve établie pour l'avantage individuel d'une personne déterminée, il doit paraître plus conforme aux principes rationnels et à la nature des choses de maintenir la dénomination de servitudes, même à l'égard de celles que nous avons dit pouvoir être comprises dans la catégorie des *servitudes personnelles*.

853. — Nous bornant à traiter du droit de servitude seulement au point de vue de la loi qui doit le régir, et examinant d'abord les servitudes personnelles, nous ferons observer que, comme elles consistent en un droit réel constitué sur la chose d'autrui et qu'on doit admettre en principe que la *lex rei sitæ* doit avoir une autorité exclusive pour déterminer la condition juridique des choses immobilières et les droits qui peuvent diminuer celui de propriété, il faut admettre, en principe, que c'est d'après cette loi qu'on doit décider quelles sont les servitudes personnelles dont peuvent être grevés les immeubles situés dans chaque pays. Par conséquent, les immeubles situés en Italie ne

peuvent être grevés d'autres servitudes que de celles admises par le Code civil en vigueur, et qui sont l'usufruit, l'usage et l'habitation. Il en est de même en France.<sup>1</sup> Par conséquent, on invoquerait vainement une loi étrangère pour établir sur les fonds existant dans ces deux pays certaines servitudes qui seraient admises d'après cette loi, mais qui ne seraient plus permises d'après le droit français et d'après le droit italien. Il appartient, en effet, à la souveraineté territoriale de déterminer quels sont les droits détachés de la propriété qui peuvent avoir une existence civile distincte et sont susceptibles d'être exercés par une autre personne que par le propriétaire. Il ne peut exister aucun doute à ce sujet. Il faudra, dès lors, admettre, comme une règle certaine, qu'on ne peut reconnaître d'autres servitudes personnelles sur les biens immobiliers ou mobiliers existant sur le territoire d'un État, quel que soit le titre dont on voudrait les faire résulter, à part celles admises par la loi territoriale.

On ne peut, néanmoins, pas admettre que la servitude, étant un droit réel sur la chose immobilière, doive être régie à tout point de vue par la *lex rei sitæ*. Savigny, cependant, veut faire de cette proposition une règle générale, et soutient que les servitudes qui grèvent les immeubles, qu'elles soient personnelles ou réelles, doivent être régies par la loi du pays où ces biens sont situés. Nous ne pouvons accepter cette doctrine, car nous croyons utile de faire des distinctions, pour déterminer plus exactement et plus sûrement la loi par laquelle doivent être régies les servitudes personnelles. On ne peut pas, en effet, soutenir que tout

<sup>1</sup> D'après le droit féodal, qui admettait l'aliénation partielle de la liberté de l'un en faveur de l'autre, on considérait comme servitudes personnelles celles qui comportaient l'aliénation complète ou partielle de la liberté. Le droit moderne a, au contraire, exclu complètement, que la personne puisse être l'objet d'un droit : aussi ne saurait-on plus admettre que la servitude ait pour objet une limitation de la liberté personnelle du propriétaire. Le législateur italien, afin d'exclure toute idée de nature à faire renaître la conception du droit féodal, a qualifié les servitudes personnelles, qu'il admet, du terme générique de *modifications de la propriété*.



doive dépendre de la loi territoriale, par la seule considération qu'il s'agit de droits réels sur les immeubles, puisqu'en certains cas la loi personnelle, en tant qu'elle attribue des droits sur les immeubles situés à l'étranger, peut régir ces droits, quand il ne résulte de là aucune atteinte aux intérêts de la souveraineté territoriale, ni aux droits des tiers garantis par elle.

On ne peut pas, d'autre part, imaginer que les servitudes personnelles, par le fait qu'elles sont établies dans l'intérêt de la personne, doivent dépendre dans tous les cas de la loi personnelle. En effet, comme elles attribuent toujours un droit réel et une action réelle, en ne peut pas les soustraire à l'empire de la *lex rei sitæ*, puisque cette loi doit régir les droits sur les choses, quel qu'en soit le propriétaire, toutes les fois que l'exercice de ces droits peut intéresser l'organisation de la propriété et le droit social. Il est dès lors nécessaire de rechercher et de déterminer à l'égard des servitudes personnelles, quand on doit admettre l'autorité de la loi personnelle et quand on doit reconnaître celle de la loi territoriale, comme nous l'avons fait à l'égard de tout autre droit des personnes sur les choses.

854. — Pour ce qui concerne l'usufruit, nous dirons qu'il consiste dans le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, de la façon dont en jouirait le propriétaire, avec l'obligation, toutefois, d'en conserver la substance, aussi bien dans la matière que dans la forme. Or, comme l'usufruit peut être établi en vertu de la loi ou de la volonté de l'homme et que le titre dont il dérive doit, en principe, servir à déterminer les droits de l'usufruitier et les restrictions aux droits du propriétaire ; quand l'usufruit est établi par une loi étrangère, on doit admettre l'autorité de cette loi, bien qu'elle diffère de la loi territoriale, pour déterminer d'après elle les personnes auxquelles appartient l'usufruit et les cas dans lesquels ce droit doit être attribué à ces personnes.

855. — Par suite de ce principe, l'usufruit attribué par la loi au père doit être reconnu valable d'après la loi personnelle régulatrice des rapports de famille, et la jouissance de ce droit doit être admise même à l'égard des biens situés dans un pays, dont la loi ne reconnaît aucun usufruit légal au père. Par conséquent, on ne peut refuser l'usufruit à la mère, dans les cas où il lui appartient d'après la loi personnelle, même lorsque les biens se trouvent dans un pays dont la loi ne lui attribuerait pas la puissance paternelle et, par conséquent, lui refuserait le droit d'usufruit. Nous avons déjà examiné cette question et nous avons démontré que l'usufruit légal qui appartient au père doit être régi par la loi personnelle et non par la *lex rei sitæ*.<sup>1</sup> Nous dirons donc, pour rappeler notre doctrine, que du fait que l'usufruit est une servitude et que, comme tel, il attribue un droit réel sur la chose immobilière située dans un État, on ne peut pas conclure qu'il doive être régi par la loi territoriale. En effet, comme l'usufruit légal est une conséquence des rapports de famille et comme on doit admettre l'autorité régulatrice de ces rapports, en quelque lieu que la jouissance des droits, qui en résultent, vienne à se produire, pourvu que cette jouissance n'ait pas pour résultat de porter atteinte au droit public et au droit social, il en résulte que le titre sur lequel peut être fondé l'usufruit peut bien être la loi étrangère et qu'on ne peut, par conséquent, pas exclure l'autorité de cette loi.

D'après le droit anglais (qui est le plus moral et le plus logique), le père est assimilé à un tuteur et, comme tel, il n'a aucun droit sur les biens qui appartiennent à son enfant, à quelque titre que celui-ci en soit devenu légalement propriétaire; mais il doit les administrer avec l'obligation de rendre compte de sa gestion à la majorité de l'enfant. Cette loi doit incontestablement régler les rapports d'une famille anglaise; mais elle ne devrait avoir aucune autorité,

<sup>1</sup> Voir *suprà*, § 617 et suiv.

pour faire refuser à un père italien l'usufruit sur des immeubles appartenant à son enfant et situés en Angleterre. En effet, il a droit, aux termes de la loi qui doit régir la famille italienne, à l'usufruit sur les biens échus à l'enfant à un titre quelconque, jusqu'à l'époque de l'émancipation ou de la majorité de ce dernier. <sup>1</sup>

Le même principe devrait également être appliqué lorsqu'aux termes d'une loi étrangère, conforme sur ce point au droit romain, le magistrat, pour faire cesser la copropriété d'une chose, pourrait adjuger à l'un des copropriétaires la propriété et à l'autre l'usufruit. Si donc, magistrat étranger compétent avait, à la suite d'une instance en partage de la chose commune introduite par les intéressés soumis à l'empire de cette loi, adjugé à l'un la nue propriété et à l'autre l'usufruit, on ne pourrait pas (à supposer que la chose fût située en Italie) méconnaître l'autorité de la sentence étrangère comme titre constitutif de l'usufruit, sous le prétexte que l'adjudication n'est pas admise par la loi italienne comme un des modes d'acquisition de ce droit. Notre législateur dispose, en effet, que l'usufruit peut être établi par la loi et la volonté de l'homme. Or, si d'après la loi étrangère, à laquelle sont soumis les copropriétaires, il était permis au juge dans les instances en partage d'attribuer à l'un l'usufruit et à l'autre la propriété, comment pourrait-on soutenir que la sentence devrait être sans effet? Tout devrait dépendre de l'autorité de la loi à l'égard des personnes intéressées, et l'efficacité de la sentence serait incontestable si les copropriétaires étaient citoyens de l'État étranger et soumis comme tels à la loi étrangère. Il faudrait seulement que cette sentence fût reconnue d'une entière régularité et qu'elle fût déclarée exécutoire d'après les règles de procédure établies par la loi territoriale pour les décisions des tribunaux étrangers. Il en serait autrement, si l'un des copropriétaires

<sup>1</sup> Article 228, C. civ. italien. L'article 384 du Code civil français est conforme; toutefois il n'attribue l'usufruit au père, que jusqu'à ce que l'enfant ait dix-huit ans accomplis.

était italien. Alors, en effet, on ne pourrait pas admettre que le droit pour les copropriétaires de demander le partage judiciaire dût être régi par la loi étrangère, ni justifier la compétence du juge étranger, pas plus que l'efficacité de sa sentence.

On doit, pour les mêmes raisons, admettre que l'usufruit du tiers des biens en faveur du père ou de la mère, qui hérite de son enfant en concurrence avec les collatéraux, qui ne sont pas les frères ou sœurs, ou leurs descendants, aux termes du Code civil français,<sup>1</sup> doit être reconnu valable, de façon à attribuer ce droit, même sur les biens situés hors du territoire français. On doit décider de même, en ce qui concerne l'usufruit en faveur du conjoint survivant sur la succession de l'autre époux, qui lui est conféré par le code civil italien, aussi bien en matière de succession légitime,<sup>2</sup> qu'en matière de succession testamentaire.<sup>3</sup> Comme, dans ces cas, la loi française ou la loi italienne devrait avoir autorité pour la détermination des droits de ces personnes, elle devrait naturellement être réputée un titre valable pour constituer l'usufruit, même lorsque la loi de la situation de la chose disposerait en sens contraire.

Nous devons dès lors conclure, que l'usufruit peut être valablement établi en vertu d'une loi étrangère, toutes les fois qu'on doit, aux termes des principes généraux, admettre l'autorité de cette loi en tant qu'elle attribue ce droit.

856. — Maintenant, nous allons examiner quelle doit être la loi, d'après laquelle doivent être déterminés les droits et les obligations de l'usufruitier, ainsi que l'étendue et la cessation de ces mêmes droits.

Il faut, à ce point de vue, appliquer la règle générale, que les droits résultant d'une loi étrangère sur les immeubles situés dans un État doivent être régis par cette loi, pour ce

<sup>1</sup> Art. 754.

<sup>2</sup> Art. 753.

<sup>3</sup> Art. 812.



qui peut en concerner la substance et l'étendue ; mais que ces droits ne peuvent pas être exercés, quand leur jouissance ou leur exercice porte atteinte à la souveraineté territoriale, ou au droit social protégé par la *lex rei sitæ*. Par conséquent, on doit admettre que, lorsque le titre constitutif de l'usufruit est la loi étrangère, celle-ci doit également, en principe, servir à déterminer tous les droits qui en résultent, mais seulement dans le champ des rapports privés entre le propriétaire et l'usufruitier. Cette règle doit encore être appliquée d'une façon plus certaine, lorsque le propriétaire et l'usufruitier sont soumis à l'autorité de la même loi.

On doit conclure de l'application de ce principe, que l'usufruit légal établi par la loi française en faveur du père sur les biens de l'enfant situés en Italie devra être exercé, tant que cet enfant n'aura pas 18 ans accomplis, et non 21 ans, comme le dispose le Code civil italien. De même, s'il s'agissait d'un autrichien, auquel la personne dont proviendraient les biens de l'enfant aurait volontairement réservé l'usufruit de biens situés en Italie, il ne pourrait en jouir qu'en conformité de l'article 150 du Code civil autrichien, et par conséquent le père pourrait être contraint d'employer les revenus de ces biens à l'entretien de l'enfant d'une façon proportionnée à la condition de celui-ci.

Étant donné que les droits et les obligations réciproques du propriétaire et de l'usufruitier soumis tous deux à la loi étrangère doivent être régis par cette loi, toutes les fois qu'elle ne porte pas atteinte au droit social, il en résulte, que pour décider, par exemple, si les fruits *exstantes* doivent être attribués à l'usufruitier ou au propriétaire, lorsque l'usufruit prend fin, on peut appliquer la loi étrangère, toujours pour le motif qu'une telle question concerne les rapports privés de ces personnes.

Supposons, pour mettre en lumière notre idée, que deux individus, tous deux citoyens d'un pays régi par le droit romain, soient l'un usufruitier et l'autre propriétaire d'un immeuble situé en Italie, et qu'à la fin de l'usufruit, se pose la

question de savoir si les fruits *exstantes* appartiennent aux héritiers de l'usufruitier ou au propriétaire. Aux termes des dispositions du droit romain, l'usufruitier n'acquiert pas la propriété des fruits séparés, c'est-à-dire détachés, pour une cause quelconque, telle que la maturité, la force du vent ou un fait de l'homme, de la chose qui les a produits, mais seulement des fruits perçus, c'est-à-dire de ceux qui sont en sa possession au moyen d'un acte d'appréhension, *apprehensio*. D'après le droit italien, au contraire, l'usufruitier acquiert la propriété des fruits aussitôt qu'ils sont séparés, pour une cause quelconque, de la chose qui les a produits. Or, il nous semble, qu'en de telles circonstances, comme il s'agit d'une question qui a trait seulement aux rapports privés entre le propriétaire et l'usufruitier tous deux citoyens de la même patrie, et comme le droit social n'est pas en cause, on peut appliquer la loi étrangère pour la trancher. Il ne s'agit pas, en effet, d'une question relative au transfert valable de la propriété, laquelle devrait être résolue d'après la *lex rei sitæ*, pas plus que d'une difficulté relative à la possession, laquelle, comme toute question possessoire, devrait être résolue par application de cette même loi. Il s'agirait au contraire de l'étendue du droit de l'usufruitier, d'une contestation de droit privé entre étrangers, et il est à noter, que la règle relative à la possession des choses mobilières, qu'en fait de meubles possession vaut titre, n'est pas non plus applicable en ce cas, parce que les fruits séparés, qui ne seraient pas encore physiquement à la disposition de l'usufruitier, ne pourraient pas être considérés comme possédés par lui. Il n'y a, dès lors, aucune raison pour soumettre les étrangers à notre loi, pour déterminer l'étendue de l'usufruit; mais il est plus conforme aux principes rationnels de résoudre la question aux termes de la loi étrangère, d'après laquelle nous avons supposé que l'usufruit aurait été constitué.

On doit résoudre d'après les mêmes principes toute difficulté concernant les rapports privés de l'usufruitier et du

propriétaire soumis tous deux à l'empire de la loi étrangère. Il en est ainsi notamment du droit pour l'usufruitier d'obtenir une indemnité à raison des améliorations qu'il aurait faites durant l'usufruit ; du droit à la compensation ; de l'obligation de supporter les frais de l'inventaire, et de tout autre rapport privé entre l'usufruitier et le propriétaire.

857. — Lorsque le propriétaire de l'immeuble et la personne à laquelle appartient la servitude d'usufruit constituée sur cet immeuble ne seraient pas citoyens du même État et que l'usufruit serait établi par application de la loi étrangère, on ne pourrait pas admettre que cette loi dût être appliquée pour déterminer l'étendue de l'usufruit et les droits et les obligations réciproques de l'usufruitier et du propriétaire. Il nous semble, au contraire, que comme le droit principal est le droit de propriété et que les limitations, que ce droit peut subir constituent la servitude, la loi qui doit régler tous les droits compris dans la servitude et l'étendue de ces droits doit être la *lex rei sitæ* et non la loi étrangère, par application de laquelle l'usufruit a été constitué. La raison de ce principe est, que la loi doit en principe suppléer à ce que le titre ne prévoit pas, et que, lorsqu'il y a un conflit entre la *lex rei sitæ* et celle dont dérive l'usufruit, on doit admettre la prépondérance de la *lex rei sitæ*, parce que le droit de propriété est le droit principal. Ainsi, par exemple, si le propriétaire d'un immeuble situé en Italie est un italien et l'usufruitier un étranger, la question de savoir si l'usufruitier a le droit de jouir des mines, des carrières et des tourbières, qui sont ouvertes au cours de l'usufruit, devra être résolue aux termes de l'article 494 du Code civil italien.

Pour la même raison, un prussien, usufruitier d'un immeuble situé en Italie et appartenant à un italien, pourra être tenu de donner caution de jouir en bon père de famille, s'il n'en est pas dispensé par le titre constitutif de l'usufruit, en vertu des dispositions de l'article 497 du Code civil ita-

lien, bien, qu'aux termes du Code civil prussien,<sup>1</sup> l'usufruitier ne soit pas tenu de donner caution, sauf dans le cas où il y a crainte d'abus de sa part. De même, il devra se conformer aux dispositions des articles 498 et 499<sup>2</sup> du Code civil italien, toujours pour le motif que, l'usufruit étant une limitation du droit de propriété, en cas de conflit de deux lois, on doit donner la préférence à la *lex rei sitæ*, parce qu'elle est appelée à protéger la propriété et à en régler les limitations.

858. — Mais si l'usufruitier et le propriétaire étaient tous deux citoyens de la même patrie, ou étrangers l'un à l'égard de l'autre, il ne pourrait jamais leur être permis d'invoquer la loi étrangère, d'après laquelle l'usufruit aurait pris naissance, pour déroger à la loi territoriale, qui réglerait les droits d'usufruit d'une manière donnée, soit pour protéger les intérêts sociaux, soit pour sauvegarder les droits des tiers. Pour mieux nous expliquer, supposons que l'usufruitier étranger ait donné en location pour neuf ans un immeuble situé en Italie et appartenant en nue propriété à un autre étranger, et qu'au cours du bail l'usufruit venant à cesser, on se demande si le propriétaire doit ou non respecter ce bail.

D'après certaines lois, le contrat de louage consenti par l'usufruitier fait naître seulement des obligations réciproques entre les contractants ; mais n'attribue au preneur aucun droit sur l'immeuble qui lui est loué. C'est ce qui avait lieu d'après les principes admis dans l'ancien droit français, conforme en ce point à la doctrine des jurisconsultes romains. On ne contestait pas le droit pour l'usufruitier de conclure un bail. Toutefois, comme la jouissance de sa part était temporaire, on admettait qu'il ne pouvait passer un bail que pour la durée de son droit. Par conséquent, la lo-

<sup>1</sup> 1<sup>re</sup> partie, tit. XXI, art. 19-20.

<sup>2</sup> Ces articles relatifs aux mesures à prendre à défaut de caution, sont identiques aux articles 602 et 603 du Code civil français. (Note du traducteur Ch. A.).



cation était résolue de plein droit à la mort de l'usufruitier, et le propriétaire, en rentrant dans la pleine propriété de la chose grevée d'usufruit, n'était pas tenu de respecter la convention conclue par l'usufruitier, mais avait le droit d'expulser le preneur. Au contraire, le législateur italien, pour donner plus de stabilité aux rapports qui s'établissent par la location entre le preneur et la chose louée, et pour mieux sauvegarder les intérêts généraux de l'agriculture, a admis, en principe, que l'usufruitier peut passer un bail pour la période de cinq ans, qui est en cours au moment de la cessation de l'usufruit.<sup>1</sup>

Il nous paraît clair qu'une telle disposition est motivée par l'idée de protéger les intérêts généraux et d'assurer la prospérité de l'agriculture. En effet, elle permet au preneur de profiter de ses travaux de culture et d'amélioration de l'immeuble, en lui assurant une jouissance de cinq années, même en cas de cessation de l'usufruit. Par conséquent, l'intérêt général et le droit social étant naturellement en cause, on ne pourrait pas invoquer en Italie l'application de la loi étrangère, qui serait contraire aux dispositions de l'article 493 de notre Code civil.

De même, si l'usufruit comprenait des bois-taillis, l'usufruitier serait tenu de se conformer à la loi italienne pour ce qui concerne l'ordre et le nombre des coupes. Il devrait en être de même dans tous les cas où l'intérêt général serait en cause et où il s'agirait de la protection de droits acquis par les tiers. Ainsi, l'usufruitier pourrait être soumis à la loi territoriale pour ce qui concernerait l'obligation de faire des réparations et de payer les impôts. On devrait également admettre l'autorité de la *lex rei sitæ*, pour décider si l'usufruit pourrait faire l'objet d'une hypothèque, s'il pourrait être susceptible de prescription, et quelle devrait être la nature ainsi que l'étendue des droits acquis par les tiers en

<sup>1</sup> Art. 493, C. civ. italien.

<sup>1 bis</sup>. Cette disposition est analogue à l'article 595 du Code civil français, où la période au lieu d'être de 5 est de 9 ans. (Note du traducteur Ch. A.).

conformité de la loi territoriale, en vertu d'une cession de l'usufruit ou d'une saisie opérée à l'encontre de l'usufruitier.<sup>1</sup>

Pour ce qui concerne le droit d'usage et le droit d'habitation, il faut noter qu'ils peuvent être constitués, tant par acte entre-vifs que par acte de dernière volonté. De même que le droit d'usufruit, ils sont limités quant à la durée à la vie de la personne à laquelle ils appartiennent, et sont, en principe, soumis aux mêmes règles que l'usufruit, sauf les différences qui dérivent de la nature distincte de ces droits. Il faut également, en ce qui concerne l'usage et l'habitation, admettre, qu'à un certain point de vue, ces droits doivent être régis par la *lex rei sitæ*, et qu'à un autre, ils doivent dépendre de la loi, à laquelle est soumis le titre sur lequel ils reposent. Ces droits ne peuvent pas avoir pour titre la loi elle-même, ainsi que nous l'avons dit à l'égard de l'usufruit, qui peut être attribué par la loi. Toutefois, s'il existait un cas exceptionnel, dans lequel le droit d'habitation serait attribué par la loi, il faudrait admettre, même en ce qui le concernerait, que la loi étrangère pourrait être un juste titre de ce droit. C'est ce qu'on devra dire, par exemple, du droit d'habitation attribué par la loi italienne à la femme à la mort de son mari.

En effet, aux termes de l'article 1415 du Code civil italien, conforme à l'article 1570 du Code civil français, la veuve a le droit d'exiger des héritiers du mari l'habitation durant l'année qui suit la mort de celui-ci. Ce droit n'est pas, en réalité, une servitude personnelle, tel que le droit d'habita-

<sup>1</sup> Notre théorie est identique à celle, que nous avons exposée dans la première édition de cet ouvrage (§§ 208 et suiv.) publiée en 1869. Comme nous avons indiqué une toute autre base de l'autorité territoriale des lois, que les auteurs qui avaient écrit avant nous, nous avons appliqué le principe par nous posé même pour la solution des questions relatives à l'usufruit. Nous avons donc admis l'autorité de la loi étrangère, toutes les fois que l'intérêt social et l'ordre public n'étaient pas en cause. Laurent, en adoptant notre opinion, (*Droit civil internat.*, T. VII, § 342), a donné une grande autorité aux principes, que nous avons proposés contrairement à la doctrine traditionnelle. Voir aussi la traduction de notre ouvrage par Pradier-Fodéré (1875, Paris, Pedone-Lauriel).

tion dans une maison déterminée. C'est, au contraire, un des droits qui dérivent du mariage, et il devra être attribué à la veuve d'un italien, même dans l'hypothèse où la dissolution du mariage par la mort du mari se produirait à l'étranger. Nous disons cela, parce que dans ce cas l'habitation, bien que fondée sur la loi, est néanmoins un droit patrimonial de la veuve italienne et, comme tel, doit être partout reconnu.

859. — Les droits d'usage et d'habitation peuvent être considérés comme des servitudes personnelles, quand ils ont pour objet un immeuble déterminé, à l'égard duquel l'usager a le droit de recueillir les fruits nécessaires à ses besoins propres et à ceux de sa famille, ou le droit de se servir d'une maison déterminée pour y habiter avec sa famille.

860. — Pour déterminer l'étendue de ce droit, il faut, en principe, se reporter au titre constitutif, et comme tout dépend de la volonté de celui qui a établi ce droit et qu'on doit, dès lors, admettre l'autonomie de cette personne pour l'attribuer d'une façon plus ou moins étendue, il faudra appliquer le titre constitutif qui, ainsi que nous l'avons dit, peut être un acte entre vifs ou un testament. La loi sert seulement à suppléer au titre, lorsque ce dernier n'a pas déterminé l'étendue du droit, et c'est dans ce cas seulement qu'on peut se demander si tout doit dépendre de la *lex rei sitæ* ou de celle sous l'empire de laquelle l'acte entre vifs a été passé, ou de la loi personnelle de l'auteur de l'acte de dernière volonté. Il faudra à cet égard faire de nouveau les distinctions déjà établies si souvent, pour déterminer exactement l'autorité de la loi.

Étant donné que l'objet du droit est la chose, il faudra appliquer la *lex rei sitæ* pour déterminer le caractère juridique et la nature de ce droit et, par conséquent, pour décider, avant tout, si l'usage doit être réputé un droit réel proprement dit ou un droit réel dont dérive seulement une action personnelle contre le propriétaire. Il existe, à cet égard, une

différence entre les diverses législations. Dans le système du Code civil italien, l'usage est un droit réel proprement dit, et, par conséquent, l'usager a le droit de posséder la chose donnée à usage. Dès lors, le propriétaire de l'immeuble grevé de la servitude d'usage ne peut, si l'usager n'y consent pas, lui donner les fruits nécessaires à ses besoins et à ceux de sa famille, en l'empêchant de posséder le fonds et d'en recueillir directement les fruits. Comme c'est la chose qui constitue l'objet du droit, l'usager peut exercer directement ce droit sur la chose. Il a droit, non pas à la possession exclusive de tout l'immeuble, mais à la possession de cet immeuble pour la partie nécessaire à la perception des fruits dont il a besoin. Dans le système du Code civil français, on ne peut pas soutenir d'une façon certaine la même doctrine; les interprètes de ce Code ont, en effet, été d'avis, que le magistrat a la faculté d'admettre ou d'exclure l'usager de la possession de la chose, suivant qu'il a ou non le droit de percevoir la majeure ou la mineure partie des fruits, en l'obligeant dans le premier cas à donner au propriétaire l'excédant, et dans le second à recevoir de celui-ci la part des fruits qui lui revient. En admettant ce système, il en résulterait que le droit d'usage ne pourrait pas être considéré comme un droit réel proprement dit, mais comme un droit à la chose, dont dérive une action personnelle contre le propriétaire.

861. — Tout le monde comprend que cette question doit être résolue d'après la *lex rei sitæ*. Par conséquent, le droit d'usage qui appartient à un italien sur l'immeuble d'un autre italien situé en France devra être déterminé d'après la loi française et non d'après la loi italienne. Il s'agirait, en effet, de décider sur le droit de posséder un immeuble situé en France, et on ne pourrait pas exclure l'autorité de la *lex rei sitæ*.

On devra, au contraire, admettre l'autorité de la loi italienne pour déterminer l'étendue et les limites des droits d'usage et d'habitation constitués entre deux italiens, pour



suppléer à ce qui n'est pas prévu dans le titre, à la condition toutefois qu'il s'agisse de questions concernant les rapports privés des parties, telles que, par exemple, celle relative aux personnes qui doivent être considérées comme pouvant jouir de l'habitation ; l'obligation de subvenir en tout ou partie aux frais de culture de la part de celui qui a l'usage d'un immeuble et celle de supporter les dépenses de réparation de la maison. Si, au contraire, il s'agissait de questions relatives aux intérêts publics, il faudrait appliquer la *lex rei sitæ*. Ainsi, par exemple, cette loi devrait régler l'usage au profit d'un italien de bois et de forêts situés à l'étranger.

Lorsque l'usager et le propriétaire seraient citoyens de différents pays, il faudrait se conformer aux principes exposés plus haut en ce qui concerne l'usufruit. Nous noterons seulement que, comme l'usage peut être constitué par testament, et comme on doit admettre l'autonomie du testateur pour en régler l'étendue, en l'absence de dispositions expresses, on devra considérer comme plus conforme aux principes rationnels d'admettre qu'à l'égard des rapports de droit privé, on doit suppléer au silence du testament par application de la loi nationale du *de cuius*. En effet, on présume, avec raison, qu'il s'est référé à cette loi et que, par conséquent, elle doit servir à interpréter sa volonté.

On doit, en appliquant ce principe, admettre que, bien que d'après la jurisprudence italienne, la personne à laquelle appartient un droit d'usage ait la faculté de recueillir les fruits nécessaires à ses besoins et à ceux de sa famille, eu égard à sa condition civile, si le droit d'usage sur un immeuble situé en Italie avait été constitué par un autrichien dans son testament, on devrait appliquer la disposition de l'article 506 du Code civil autrichien, pour déterminer l'étendue du droit, par la raison que le testateur a dû se référer à sa loi nationale, en concédant un droit d'usage par testament. Par conséquent, comme cet article dispose que les besoins de l'usager doivent être déterminés, eu égard au temps où l'usage a été concédé et que les changements postérieurs

dans la condition ou la profession de l'usager ne peuvent pas lui attribuer un droit d'usage plus étendu, on devrait décider d'après cette disposition, et non d'après les règles formulées par la jurisprudence italienne, bien que le droit d'usage fût exercé sur un immeuble situé en Italie.

862. — Il pourrait surgir une difficulté à l'égard de l'inaliénabilité des droits d'usage et d'habitation; car, aux termes de l'article 528 du Code civil italien, les droits d'usage et d'habitation ne peuvent être ni cédés ni loués. Que devrait-on décider dans l'hypothèse où, d'après la loi personnelle de l'usager, on admettrait la cession de ces droits? Devrait-on réputer valable la cession faite à un tiers conformément à cette loi?

Il est à noter que la défense d'aliéner le droit d'usage ne peut pas être considérée comme motivée par des raisons d'ordre public et que, dès lors, si l'aliénation était permise aux termes du titre constitutif, comme tout doit dépendre de l'autonomie des parties, on devrait considérer la cession comme valable. Mais la question est de savoir si le droit d'aliéner l'usage peut être basé sur la loi personnelle, quand cette loi est en opposition avec la législation territoriale. Il nous semble qu'on peut l'admettre, parce que le droit d'usage est attribué à la personne. Toutefois, comme il a pour objet la chose et qu'il comporte par lui-même une restriction de la propriété, il ne peut pas dépendre de la loi personnelle au point de vue de l'inaliénabilité. Nous disons cela, parce qu'en l'absence du titre, c'est d'après la *lex rei sitæ* qu'on doit déterminer le plus ou moins d'étendue des charges et des limitations du droit de propriété. Étant donné qu'aux termes de la loi territoriale, dans le but de ne pas rendre onéreux l'usage à l'égard du propriétaire, on ait édicté en principe que ce droit ne peut pas être cédé, il faudra se conformer à cette disposition, en excluant l'autorité de la loi personnelle, qui imposerait au propriétaire de charges plus lourdes, telle que celle qui résulterait du fait

que l'usager pourrait transmettre son droit à un tiers. Laurent soutient une opinion contraire.<sup>1</sup>

**863.** — Les servitudes prédiales ont un caractère complètement distinct de celles dont nous nous sommes occupé jusqu'ici. Elles ne sont pas, en effet, établies pour l'avantage individuel d'une personne déterminée et n'emportent par conséquent pas une charge imposée au fonds au profit d'une personne déterminée ; mais elles sont établies sur l'immeuble pour l'usage et l'utilité d'un autre fonds, quel qu'en soit le possesseur. Le fonds grevé de la servitude est qualifié fonds servant, et celui pour l'avantage duquel la servitude est créée est appelé fonds dominant, de façon que le rapport, qui constitue le service dû à l'un par l'autre, existe entre les deux immeubles, sans avoir égard aux personnes auxquelles ils appartiennent. C'est pour cela que certains auteurs ont qualifié ces rapports services fonciers, parce que la nature de ces rapports consiste toujours en un service ou dans une charge imposée sur un fonds pour l'usage et l'utilité d'un autre fonds, de façon à exclure tout rapport concernant les personnes, qui en ont le profit ou la charge, en tant qu'elles ont la possession du fonds dominant ou du fonds servant.

Les servitudes prédiales dérivent, soit de la loi même, soit d'un fait de l'homme. Toutefois, en ce qui concerne le principe d'autonomie des parties pour les établir, on doit toujours tenir compte de la nature et du caractère du rapport, en excluant, comme nous l'avons dit, tout service imposé à la personne ou en faveur de la personne, parce que cela dénaturerait l'idée substantielle de la servitude prédale. Le législateur français le dit expressément dans l'article 686 du Code civil, qui est ainsi conçu : « Il est permis aux propriétaires d'établir sur leurs propriétés ou en faveur de leurs propriétés, telles servitudes que bon leur semble, pourvu

<sup>1</sup> Cit., T. VII, § 354.

« néanmoins que les services établis ne soient imposés ni à  
 « la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement  
 « à un fonds, et pourvu que ces services n'aient d'ailleurs  
 « rien de contraire à l'ordre public. » La disposition de l'ar-  
 ticle 616 du Code civil italien est conforme. Il en est de même  
 de celles de toutes les autres lois qui excluent la conception  
 de la servitude d'après le droit féodal.

Il est évident que cette disposition a le caractère véritable du statut réel, parce qu'elle consacre une règle de droit social et d'intérêt public.

864. — Les servitudes prédiales établies par la loi doivent être régies d'une façon absolue et exclusive par la *lex rei sitæ*. Ce principe ne peut souffrir aucune exception; car le motif pour lequel elles sont établies, étant toujours l'intérêt public, on ne saurait admettre à cet égard l'autorité de la loi étrangère.

Il est vrai que l'article 649 du Code civil français dispose que les servitudes établies par la loi ont pour objet l'utilité publique ou l'utilité des particuliers; mais le motif pour lequel elles sont établies dans l'un et l'autre cas est toujours l'intérêt social. En effet, même les servitudes établies pour l'utilité des particuliers n'ont pas pour but de protéger leurs intérêts personnels, mais de pourvoir aux intérêts généraux de l'agriculture et de l'industrie. Dès lors, s'agissant toujours de l'intérêt social, tout doit dépendre de la *lex rei sitæ*, et dans aucun cas les propriétaires de fonds contigus, même s'ils étaient tous deux citoyens de la même patrie, ne pourraient invoquer leur loi personnelle, pour en faire résulter un droit quelconque de servitude dérivant de la situation des immeubles qui appartiennent à chacun d'eux.

Prenons pour exemple la servitude de passage. Dans la législation romaine, on ne trouve aucune disposition expresse relative à la servitude légale de passage. Cependant les besoins de l'agriculture et l'équité la firent introduire dans beaucoup de pays, sans excepter ceux soumis à la lé-



gislation romaine, en vertu de la jurisprudence. Ensuite, le législateur français reconnut cette servitude dans l'article 682 du Code civil, et il en fut de même dans les codes modernes des autres pays. Ainsi, le propriétaire dont l'immeuble se trouve entouré de fonds appartenant à autrui, qui n'a pas de sortie sur la voie publique, et qui ne peut pas s'en procurer sans une dépense ou une difficulté excessives, a le droit légal d'obtenir le passage sur les immeubles voisins pour la culture et l'usage convenable de son propre fonds, en établissant un passage de façon à ce qu'il soit le moins dommageable à l'immeuble sur lequel il doit avoir son assiette. Cette servitude légale a pour objet l'utilité des particuliers; mais on ne pourrait pas conclure de là que deux propriétaires, citoyens du même pays, pourraient invoquer la loi de leur patrie et prétendre qu'elle doit avoir autorité pour régler la servitude de passage entre eux. En effet, bien que cette servitude ait pour objet l'utilité privée, néanmoins la disposition légale qui la règle étant motivée par l'intérêt social, puisqu'elle favorise le développement de l'agriculture et de l'industrie et l'accroissement de la richesse publique, il est nécessaire de reconnaître à cet égard l'autorité souveraine et exclusive de la loi territoriale.

Dans les législations positives, la servitude légale de passage n'est pas réglée d'une manière uniforme. Certains législateurs l'admettent, en effet, seulement dans le cas de manque absolu de passage, d'autres au contraire l'admettent, même lorsqu'il existe un passage, s'il est insuffisant pour la culture du fonds ou pour les besoins de l'industrie. Or, il faut toujours décider d'après la *lex rei sitæ*, si on doit ou non admettre cette servitude légale dans les circonstances où les fonds se trouvent réellement, et il ne peut pas être permis aux propriétaires étrangers citoyens de la même patrie d'invoquer leur loi personnelle pour réclamer un droit de servitude de passage dans les cas non prévus par la loi territoriale. On ne peut donc pas exclure l'application de cette dernière loi dans les rapports des particuliers entre eux,

sous le prétexte que, s'agissant d'une servitude établie pour l'utilité privée, il n'y aurait pas lieu de leur appliquer la loi territoriale, étant donné qu'ils appartiennent tous deux au même pays. Une telle prétention devrait être rejetée, comme contraire aux principes du droit. Les législateurs qui ont résolu la question dans tel ou tel sens ne se sont point préoccupés de la condition des personnes, et n'ont pas eu en vue de pourvoir aux intérêts particuliers, mais se sont inspirés de motifs d'intérêt général, tel que celui d'assurer la prospérité de l'agriculture et de l'industrie. Dès lors, s'agissant d'intérêts sociaux, on ne pourrait jamais admettre l'autorité d'une loi étrangère.

865.— Nous ne croyons pas utile de nous étendre beaucoup sur cette matière. Il nous semble clair, en effet, que tout ce qui concerne les servitudes prédiales établies par la loi doit être régi par la *lex rei sitæ*, quel qu'en soit l'objet. Cette loi devra aussi régir l'autonomie des parties, en déterminant jusqu'à quel point il peut leur être permis de modifier ou de déterminer d'une façon plus précise au moyen de conventions, les servitudes établies par la loi. Ce principe devra être appliqué à toutes les servitudes légales d'utilité privée, à la mitoyenneté des murs, à la distance des constructions, à l'écoulement des eaux, aux servitudes de jour et de vue.

866.— Pour ce qui concerne les servitudes établies par le fait de l'homme, on doit admettre l'autonomie des propriétaires relativement à l'établissement sur leurs fonds ou pour l'avantage de leurs fonds de toute servitude au moyen d'une convention expresse ou d'un acte volontaire utile dans ce but, mais toujours dans les limites fixées par la *lex rei sitæ*. Toutefois, dans ces limites, l'exercice et l'étendue des servitudes peuvent être réglés par le titre constitutif.

Ce titre peut être un acte entre vifs ou un acte de dernière volonté. D'après certaines lois, on admet, en outre, que

les servitudes peuvent être établies par destination du père de famille.

Pour ce qui est de l'étendue de ces servitudes, en principe, il ne peut jamais être permis aux parties d'établir une servitude qui soit, d'une façon quelconque, contraire à l'ordre public. Quant à l'autonomie même des parties, elle doit toujours être régie par la loi personnelle, pour ce qui concerne la capacité, et par la loi sous l'empire de laquelle elles se sont obligées, pour ce qui concerne la convention par elles faite et son efficacité dans leurs rapports entre eux. Pour tout ce qui n'a pas été déterminé dans le titre à l'égard de l'exercice et de l'étendue de la servitude, il faudra appliquer la loi territoriale, et non celle du lieu où a été passé le contrat, ou celle du pays dont les propriétaires sont citoyens. Nous trouvons la raison de ce principe dans le motif que la volonté de l'homme, bien qu'admise en ce qui concerne la constitution de la servitude, doit rester soumise à la *lex rei sitæ*, et que la servitude, à raison de son caractère substantiel, étant toujours une charge imposée au fonds pour l'usage et l'utilité d'un autre fonds, est distincte de la condition des personnes et tend à établir certaines commodités toujours dans l'intérêt général, et que par conséquent tout doit dépendre de la loi du lieu où les choses sont situées et où les servitudes doivent être exercées, et que dès lors cette loi doit suppléer à ce qui n'a pas été exprimé dans le titre constitutif. Même lorsque la servitude a été constituée par testament, il faudra toujours admettre que l'exercice et l'étendue doit en être réglé par la *lex rei sitæ*, et non par la loi personnelle du testateur, parce que celui-ci doit naturellement se référer à la loi du lieu où se trouve le fonds qui lui appartient et sur lequel repose la servitude, en entendant qu'elle doive être exercée en conformité de la loi en vigueur au lieu de la situation.

Il ne nous semble pas qu'il puisse exister de doute à cet égard, pas plus qu'il ne peut en exister dans l'hypothèse où la servitude est établie au moyen de la prescription, qui doit,

ainsi que nous l'avons dit plus haut, être également régie par la loi locale.

867. — Une difficulté peut naître à propos d'une servitude établie par destination du père de famille. Cela a lieu, lorsqu'on peut prouver que deux fonds, actuellement partagés, ont été possédés par le même propriétaire, et que ce dernier a mis ou a laissé les choses dans l'état, d'où résulte la servitude. Dans ces circonstances, le législateur italien dispose, qu'en cas de servitude continue et apparente, lorsque les deux fonds ont cessé d'appartenir au même propriétaire, sans qu'il ait été fait aucune disposition relative à la servitude, celle-ci doit être considérée comme établie activement et passivement en faveur et sur chacun des fonds séparés.<sup>1</sup> Cette disposition est conforme à celle des articles 692 et 693 du Code civil français.

On admet généralement, que le fondement de cette servitude est le consentement, qui résulte de l'état subjectif des fonds, à l'égard desquels on admet que la servitude est établie. On peut toutefois se demander, si cet élément subjectif, qui résulte du consentement présumé, doit dépendre de la loi personnelle du propriétaire ou s'il doit dépendre de la *lex rei sitæ*, en considérant l'état objectif et réel des fonds comme un élément décisif de la présomption du consentement.

Il faut dire tout d'abord, pour mieux faire comprendre comment la difficulté peut se présenter, que la servitude par destination du père de famille n'est pas admise dans toute les législations. Ainsi, elle ne l'est pas dans la législation russe, ni dans la législation danoise, pas plus que dans les pays régis par le droit romain. Dans les lois qui l'admettent, en suivant la voie tracée par le Code civil français, qui le premier l'a consacrée par une disposition législative expresse (art. 692 et 693), la destination du père de famille

<sup>1</sup> Art. 629, 632, 633.



n'est pas soumise à des règles, qui en déterminent le caractère d'une façon uniforme. Dans le droit autrichien, on ne rencontre pas une disposition conforme à celle du Code civil français ; toutefois l'article 526 du Code civil autrichien dispose, que lorsque la propriété du fonds dominant et du fonds servant est réunie dans les mains de la même personne, la servitude cesse par elle-même, que toutefois si un de ces fonds réunis vient à être de nouveau aliéné, sans que dans l'intervalle la servitude ait été rayée des registres publics, le nouveau possesseur du fonds dominant a de nouveau le droit de l'exercer. Cela résulte de ce que l'inscription sur les registres publics est réputée, dans le système du droit germanique, comme un indice public de l'existence de la servitude.

Il faut en outre se rappeler les longues discussions des juristes à l'égard de la manière dont le consentement présumé du père de famille, considéré comme titre, à l'égard de la servitude par lui constituée, doit être constaté. Dans certaines coutumes, où on admettait la destination du père de famille comme titre constitutif des servitudes continues et apparentes, on exigeait que cette destination fût expresse et résultât d'un acte écrit. Il en était ainsi, notamment d'après la coutume de Paris.<sup>1</sup> Après la promulgation du Code civil français, qui n'exige plus que la destination soit constatée par un acte écrit, les auteurs<sup>2</sup> discutèrent néanmoins sur les modes de preuves, à l'aide desquels on pouvait établir que l'état des lieux était tel à l'époque du partage des fonds, et qu'ils appartenait au même propriétaire au moment où ils avaient été laissés en cet état.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Compar. Dumoulin, art. 87, *De la coutume de Paris* ; Lalaure, *Des servitudes réelles*, p. 171. — De même, les coutumes de Calais (art. 202), d'Orléans (art. 228) et de Metz, (tit. XIII, article 22) admettaient le principe de droit écrit : *Nulla servitude sans titre*.

<sup>2</sup> Demolombe, *Traité des servitudes*, nos 819 et suivants ; Demante, T. II, no 519 bis ; Merlin, *Répertoire*, Vo *Servitude*, § 19 ; Duranton, no 569.

<sup>3</sup> Voir en ce qui concerne l'histoire et le développement de la servi-

Ces divergences législatives, à l'égard de la possibilité d'établir la servitude par destination du père de famille et des conditions requises pour pouvoir présumer sa volonté tacite, donnent naturellement naissance à la question de savoir si on doit admettre l'autorité de la loi personnelle, ou bien celle de la loi territoriale.

368. — On doit admettre incontestablement, que l'autorité de la *lex rei sitæ* doit être absolue, toutes les fois qu'il s'agit de décider si une servitude continue et apparente peut ou non être constituée par destination du père de famille. Dès lors, si cette loi consacrait la règle, *aucune servitude sans titre*, et n'admettait que la convention expresse, on ne pourrait pas invoquer une loi étrangère pour soutenir, qu'à raison du respect dû à l'autonomie du propriétaire, on pourrait reconnaître à celui-ci le droit d'invoquer la convention tacite.

Etant donné que la destination du père de famille puisse servir de titre aux termes de la *lex rei sitæ*, et que par conséquent la convention tacite du propriétaire de deux fonds, qui a mis ou laissé les choses en l'état, avec l'acquéreur du fonds partagé dans ces conditions, puisse tenir lieu de convention expresse, il nous semble que tout devrait dépendre également de la *lex rei sitæ*. Nous décidons ainsi, parce que la servitude résulte de l'état de fait. Or cet état, ne pouvant se réaliser qu'au lieu où les choses se trouvent, nous pensons plus conforme aux principes rationnels d'admettre que la loi, sous l'empire de laquelle l'état de fait s'est réalisé, doit en régler les conséquences juridiques.

On peut dire en sens contraire, qu'étant donné que tout doit dépendre de la volonté du propriétaire (qui pouvait, par une disposition expresse, exclure toute servitude), lorsqu'il n'a rien disposé, la servitude ne saurait être considérée

tude par destination du père de famille, la monographie de Simoncelli, *La destinazione del Padre di famiglia come titolo costitutivo della servitù*.

comme établie que d'après sa volonté présumée, qu'il est plus conforme aux principes rationnels de déduire des circonstances personnelles. Par conséquent, on devrait exclure l'application de la *lex rei sitæ*, si on pouvait prouver que le père de famille ne la connaissait pas. Telle est l'opinion de Laurent,<sup>1</sup> qui soutient que, lorsque les parties seraient étrangères et qu'il serait prouvé qu'elles ne connaîtraient pas la loi française, il ne pourrait pas être question de l'établissement de servitude par destination du père de famille, parce qu'elles ne pouvaient pas vouloir ce qu'elles ignoraient.

Il nous semble, au contraire, que la volonté entre dans la constitution de la servitude par destination, (à la condition toutefois qu'il s'agisse d'une servitude continue et apparente), comme dans l'acquisition de cette même servitude par prescription. Des actes journaliers et patents, exercés pendant longtemps sans aucune réclamation de la part du propriétaire, ont un caractère suffisant pour faire présumer son consentement. Dès lors, la possession d'une servitude, ainsi exercée pendant le temps requis pour sa prescription, peut la faire naître. Toutefois, on ne peut pas soutenir, qu'en raison de ce qu'elle prend naissance à la suite du consentement présumé du propriétaire, la prescription puisse être régie par une autre loi que la *lex rei sitæ*. Il doit par conséquent en être de même de la servitude par destination. C'est l'état de fait et la possession actuelle des deux fonds, qui appartenaient d'abord à un seul propriétaire dans certaines conditions de nature à faire admettre la servitude, et la persistance de ces conditions, lorsque les immeubles ont cessé d'appartenir à la même personne, qui font naître la servitude. Cet élément objectif domine l'élément subjectif du consentement, dont la présomption est la conséquence naturelle du fait juridique. Or il nous paraît clair, que la loi en vigueur au lieu où la possession

<sup>1</sup> Laurent, *Droit civil international*, T. VII, § 304.

des immeubles vient à se réaliser est celle qui doit régir les conséquences juridiques de la possession elle-même. Aussi, il ne nous semble pas utile d'interpréter la volonté conformément à la loi personnelle du propriétaire, tout devant dépendre, d'après nous, du fait et des circonstances actuelles de la possession.

De ce qui précède, nous concluons que la constitution de la servitude par destination du père de famille doit être régie par la loi du lieu où le fait juridique vient à se produire, qui est la loi sous l'empire de laquelle la possession s'est réalisée.

---



## CHAPITRE -VI

### DE L'EMPHYTÉOSE ET DU DROIT DE SUPERFICIE.

869. Idée générale de la loi qui doit régir l'emphytéose. — 870. L'admissibilité et les caractères de cette institution doivent dépendre de la *lex rei sitæ*. — 871. Loi qui doit régir les droits du bailleur et l'emphytéote. — 872. Autorité de la loi territoriale à l'égard de l'affranchissement de l'emphytéose. — 873. Si le droit de *laudemium* peut être reconnu d'après la loi étrangère, malgré la défense de la loi territoriale. — 874. Du droit de superficie.

869. — L'emphytéose est un droit réel sur la chose immobilière d'autrui, qui consiste dans la faculté de jouir de cette chose à perpétuité ou à temps, avec l'obligation de ne pas la détériorer ou de l'améliorer, et de payer au propriétaire, en argent ou en nature, une redevance déterminée, qui est qualifiée canon annuel.

Ce droit a beaucoup d'analogie avec celui d'usufruit, pour ce qui concerne le mode de constitution et l'objet du droit qui, comme nous l'avons dit, consiste dans la pleine jouissance d'un immeuble d'autrui. Il peut être, dès lors, constitué par actes entre vifs ou de dernière volonté, et pour ce qui concerne en général le titre constitutif de ce droit, on doit admettre l'autonomie des parties et leur soumission à la loi personnelle, en ce qui concerne leur capacité, et à la *lex loci contractus*, pour la validité de la convention qu'ils ont faite, si l'emphytéose a été constituée par convention. Toutefois, comme le droit d'emphytéose a pour objet les immeubles, il doit, comme les autres droits *in re aliena*, être soumis à la *lex rei sitæ*, pour tout ce qui peut concerner

l'organisation de la propriété dans l'intérêt public et le droit social. On ne saurait dès lors admettre que tout doive dépendre de la *lex rei sitæ*, pas plus qu'en vertu de son autonomie le propriétaire puisse, à volonté, régler par convention l'emphytéose qu'il constitue. Il faut, au contraire, bien distinguer dans toute difficulté relative à ce droit ce qui concerne les rapports privés, de ce qui concerne les rapports de droit public et d'intérêt social, et admettre ou exclure l'autorité de la loi territoriale, suivant qu'il s'agit de rapports de l'une ou de l'autre catégorie.

870.—Disons tout d'abord, que l'emphytéose ne se trouve pas reconnue dans toutes les législations, et qu'elle n'a pas les mêmes caractères dans les lois qui l'ont consacrée. Dans le système du droit féodal, elle avait beaucoup d'analogies avec le fief. Dans le droit moderne, on trouve encore admise dans certaines législations l'idée du dualisme du droit de propriété, et l'institution de l'emphytéose y conserve un caractère féodal ; en effet, le propriétaire du fonds conserve une certaine domination à l'égard de l'emphytéote qui, jusqu'à un certain point, lui est lié par des rapports de sujétion. Dans le droit italien actuel, ce dualisme a été tout à fait exclu, et le bailleur ne conserve pas sur la chose qu'il a donnée en emphytéose un droit de domaine, mais seulement un droit réel qui garantit l'accomplissement des obligations imposées à l'emphytéote.

Sans entrer dans d'autres détails, nous croyons pouvoir dire en principe, que le caractère du droit d'emphytéose doit être déterminé d'après la *lex rei sitæ*, et que ce caractère ne peut pas être modifié au gré des parties en considération de leur autonomie. Ainsi, on doit décider d'après la même loi si l'emphytéose peut être établie pour toujours ou pour un temps déterminé. Par conséquent, si la loi territoriale disposait, comme par exemple la loi belge, que l'emphytéose ne pourrait être établie pour plus de 90 ans, ni pour moins de 27, il faudrait s'en tenir aux dispositions de cette loi, par

le motif qu'en disposant ainsi, le législateur s'inspire toujours d'une conception distincte du caractère et de la nature juridique de cette institution, eu égard à son utilité au point de vue de l'économie sociale et de la prospérité de l'agriculture.

Lorsqu'aux termes de la loi d'un État, l'emphytéose ne serait pas reconnue, on ne pourrait pas considérer comme valable un contrat emphytéotique passé par des étrangers relativement à un fonds qui est situé dans cet État. La raison en est, que le principe en vertu duquel, dans les divers systèmes législatifs, l'emphytéose a été ou non admise, a résulté de la façon différente de comprendre les intérêts généraux de l'agriculture. Aussi ne pourrait-on pas permettre aux étrangers de créer, en vertu de leur autonomie, des institutions qui, pour des raisons d'ordre public, ne seraient pas reconnues par la *lex rei sitæ*. Il faudra dès lors admettre, à l'égard du contrat emphytéotique, la règle applicable à tout contrat consensuel d'où résulte un droit *in re aliena*, que bien que ce contrat soit valable et légal d'après la loi du lieu où il a été conclu, il doit cependant être réputé inefficace, s'il a pour objet d'établir, sur un immeuble existant dans un pays, un droit réel non reconnu par la loi en vigueur dans ce pays.

871. — A supposer, qu'aux termes de la *lex rei sitæ*, l'emphytéose soit reconnue et que la constitution de ce droit se soit réalisée sous l'empire de la loi étrangère, il faudra, pour résoudre toute difficulté entre le bailleur et l'emphytéote, appliquer de préférence la loi territoriale ou celle du contrat, suivant que la matière qui donne naissance au conflit est de celles qui concernent les intérêts privés des parties, ou de celles qui concernent l'organisation publique de la propriété, les intérêts sociaux ou les droits des tiers.

Pour mettre en lumière notre idée, nous nous reportons au Code italien, qui reconnaît l'emphytéose. Malgré l'avis de certains auteurs, qui soutiennent que notre législa-

leur ayant indiqué le contrat comme base de ce droit, on ne devrait admettre d'autre mode de constitution de l'emphytéose que le contrat emphytéotique, nous sommes d'avis que, si la loi du propriétaire étranger lui permettait de disposer par acte de dernière volonté de sa propriété et de constituer l'emphytéose au moyen d'un testament, on ne pourrait pas dire que la constitution de l'emphytéose ainsi faite devrait être nulle à l'égard d'un immeuble situé en Italie. En effet, cette constitution étant permise d'après la loi du *de cuius*, le testament devrait être considéré comme un titre juridique valable.

Nous croyons toutefois utile de dire que, comme aux termes de l'article 1932 du Code civil italien, l'emphytéose doit être transcrite, et que, comme les testaments ne sont pas soumis à la transcription, dans le cas où l'emphytéose aurait été établie par testament, elle ne pourrait pas être considérée comme valable à l'égard des tiers indépendamment de la transcription. Il faudrait, dès lors, faire transcrire la disposition de dernière volonté portant constitution de l'emphytéose.

Le législateur permet, en outre, aux parties de régler l'emphytéose par des conventions et formule des règles pour déterminer dans quelles limites on doit admettre l'autonomie des parties, et comment leurs droits doivent être fixés dans les cas où le contrat n'a pas tout prévu. On doit conclure de là que les étrangers peuvent régler l'emphytéose à l'aide de conventions dans les limites de leur autonomie, et que, lorsqu'ils ne l'ont pas fait, et qu'on peut induire des circonstances qu'ils se sont référés à la loi étrangère pour régler tout ce qui n'a pas été expressément convenu par eux, on peut admettre l'application d'une loi étrangère différente de la loi territoriale, s'il s'agit d'une question d'intérêt privé des parties, à l'exclusion de celui des tiers. Ainsi, d'après nous, si l'emphytéose a été constituée par un contrat conclu entre deux personnes toutes deux citoyens du même pays, où, par exemple, le droit romain serait en vigueur,



sans qu'il n'ait été rien stipulé relativement au droit de s'approprier le trésor découvert dans l'immeuble donné en emphytéose, la question, de savoir si ce trésor devrait être attribué en totalité à l'emphytéote ou réparti entre lui et le bailleur, pourrait être résolue d'après la loi étrangère, parce qu'il ne s'agit que d'un intérêt privé.

De même, lorsque l'emphytéose prend fin par suite de l'échéance du terme fixé pour sa durée, le droit pour l'emphytéote d'être indemnisé des améliorations par lui faites sur l'immeuble devrait être déterminé d'après la loi étrangère, à laquelle on doit supposer que le bailleur et l'emphytéote étrangers se sont référés. En effet, ayant contracté sous l'empire de cette loi, leur convention doit être régie par elle pour tout ce qui concerne leurs intérêts privés, et pour tout ce qui n'a pas été explicitement prévu dans le contrat.

872.—L'autorité de la loi territoriale doit, au contraire, être considérée comme absolue et exclusive pour tout ce qui concerne la protection des intérêts sociaux, la prospérité de l'agriculture et les droits des tiers. C'est ce qu'on devra décider notamment à l'égard du droit attribué par l'article 1564 du Code civil italien à l'emphytéote, de racheter le fonds emphytéotique au moyen du paiement d'un capital en argent correspondant au canon annuel sur la base de l'intérêt légal. Même si, d'après la loi sous l'empire de laquelle aurait été conclu le contrat d'emphytéose, le droit de rachat ou d'affranchissement était refusé à l'emphytéote, celui-ci pourrait néanmoins racheter le fonds conformément à la loi italienne, parce que le rachat étant motivé par des raisons d'intérêt général, l'autorité territoriale de la disposition serait évidente, et qu'on ne pourrait dès lors pas y déroger par application d'une loi étrangère. On devra de même admettre que la disposition de l'article 1567 du même Code, qui accorde aux créanciers hypothécaires de l'emphytéote le droit d'exercer l'action hypothécaire sur le prix qui lui est dû pour les améliorations, doit avoir une autorisation territo-

riale, parce qu'elle a pour objet la protection des intérêts des tiers.

873. — Une difficulté pourrait surgir dans l'hypothèse d'une emphytéose constituée sous l'empire d'une loi étrangère, qui admettrait en faveur du bailleur le droit d'obtenir le *laudemium* en cas de transmission du fonds emphytéotique. Le législateur italien dispose, à l'article 1562, qu'en cas de transmission du fonds emphytéotique, de quelque façon qu'elle soit faite, il n'est dû aucune redevance au bailleur, et déclare cette disposition comme absolument obligatoire entre les parties, de façon à exclure toute stipulation contraire. A première vue, il pourrait sembler que l'autonomie des parties étant écartée à cet égard, de telle sorte qu'elles ne puissent pas déroger à la disposition légale, cette disposition devrait avoir l'autorité du statut réel, et que par conséquent l'emphytéote pourrait s'en prévaloir pour refuser de payer la redevance par lui due au bailleur pour la transmission du fonds, aux termes de la loi étrangère sous l'empire de laquelle nous avons supposé le contrat originairement conclu.

Nous devons néanmoins dire, que notre législation a imposé cette disposition aux parties qui ont conclu des emphytéoses sous l'empire de la loi italienne, et qu'il a pu, comme il en avait le droit, leur ôter la faculté de déroger à cette disposition ; mais qu'on ne peut pas considérer l'ordre public comme atteint, si la redevance, due à la suite de rapports contractuels non soumis à l'empire de la loi italienne, est demandée et imposée à l'emphytéote. Cela est si vrai, que même à l'égard des emphytéoses constituées en Italie avant la promulgation du Code civil, et à raison desquelles, aux termes de la loi sous l'empire de laquelle elles ont été constituées, la redevance était due, le droit du bailleur a été respecté, bien que la transmission du fonds emphytéotique se soit réalisée depuis la mise en vigueur du Code actuel. Nous concluons de là que le paiement de la re-

devance due par suite des rapports contractuels, ne peut pas être considéré par lui-même comme contraire à l'ordre public ou au droit social. Ce qui, nous le répétons, porterait atteinte à l'ordre public, ce serait de conclure le contrat sous l'empire du Code civil italien, avec la stipulation du *laudemium*, cette stipulation étant actuellement prohibée par notre législation :

Nous dirons donc que, lorsque l'emphytéose sur un fonds situé en Italie aurait été constituée en pays étranger entre deux étrangers sous l'empire de la loi en vigueur dans ce pays, qui reconnaît le droit pour le bailleur d'exiger le *laudemium* de la part de l'emphytéote, ce droit devrait être reconnu, même s'il était contesté devant les tribunaux italiens. On ne pourrait pas, en effet, valablement opposer à la demande en paiement du *laudemium*, qu'aux termes de la loi italienne il ne serait dû aucune redevance au bailleur, et qu'il serait contraire à l'ordre public d'enfreindre la prohibition du législateur ; car le respect de rapports contractuels nés sous l'empire d'une loi étrangère ne peut aucunement porter atteinte aux droits de la souveraineté territoriale, d'autant moins que le paiement du *laudemium*, dû en vertu de l'emphytéose constituée même en Italie sous l'empire de lois antérieures au Code civil, est reconnu licite par notre législation. Par conséquent, on devra admettre l'autorité de la loi étrangère, pour déterminer d'après cette loi les droits acquis au moment où l'emphytéose a été constituée sous l'empire de cette même loi.

Les principes que nous venons d'exposer nous paraissent suffisants pour la solution des autres difficultés qui pourraient se présenter. On devra toujours admettre, comme règle générale, que la loi étrangère pourra avoir autorité pour la solution de toute difficulté d'intérêt privé entre les parties, étant donné que cette loi doit être présumée admise par ces mêmes parties pour suppléer à ce qui n'a pas été expressément convenu par elles.

874. — Le droit de superficie est aussi un droit réel, *jus in re aliena*. Le Code néerlandais, qui s'en occupe dans un titre spécial, le définit un droit réel qui consiste à avoir des constructions, des ouvrages ou des plantations sur un fonds appartenant à autrui. <sup>1</sup> Nous ne croyons pas utile d'en traiter spécialement, parce que les principes que nous avons exposés, en ce qui concerne l'usufruit et l'emphytéose, peuvent suffire pour résoudre les questions qui peuvent surgir entre celui qui exerce le droit de superficie et celui qui possède le fonds qui en est grevé. On doit aussi admettre, à l'égard de ce droit réel, l'autorité de la loi personnelle relativement à la capacité de le constituer, celle de la *lex loci contractus*, et celle de la loi territoriale, en tenant compte des distinctions que nous avons déjà faites.

Le droit de superficie a beaucoup d'analogies avec l'emphytéose, bien que celle-ci ait pour objet le sol et celui-là le dessus du sol. Aussi, les conflits qui peuvent naître, lorsque la loi à laquelle sont soumis le *superficiarius* et le *dominus soli* est différente de celle du lieu de la situation de l'immeuble, peuvent être résolus par application des principes que nous avons exposés relativement à l'emphytéose.

<sup>1</sup> Voir tit. II, art. 758-766.

---



## CHAPITRE VII

### DE LA LOI QUI DOIT RÉGIR LES HYPOTHÈQUES.

875. Idée générale de l'hypothèque. — 876. On ne peut pas admettre qu'elle doive être régie en tous points par la *lex rei sitæ*. — 877. Autorité du statut personnel à l'égard de la capacité des parties et du statut réel à l'égard des biens susceptibles d'hypothèques. — 878. Du navire à ce point de vue. — 879. Des droits réels susceptibles d'hypothèques. — 880. L'hypothèque de l'usufruit légal des ascendants doit dépendre du statut personnel.

875. — Toute personne qui a contracté une obligation, est tenue de l'accomplir sur tous ses biens présents et futurs, mobiliers ou immobiliers, corporels ou incorporels, et peut être légalement contrainte par le créancier à cet accomplissement, tant qu'elle ne s'est pas complètement libérée de ce qu'elle lui devait. On peut dès lors dire, d'une façon générale, que les biens du débiteur sont la garantie du créancier. Toutefois, comme ce dernier n'acquiert aucun droit réel sur les choses appartenant au débiteur, mais seulement le droit de le contraindre à l'accomplissement de l'obligation au moyen de tous les biens qu'il possède, cette garantie générale, qui affecte indirectement les biens, comme conséquence de l'obligation personnelle, n'engendre aucun droit *in re aliena*. Ce dernier droit peut naître seulement quand, soit par suite d'une convention entre les parties, soit par l'effet d'une disposition de la loi, la chose du débiteur est directement affectée au paiement de la dette. Dans ce cas, le créancier acquiert un droit réel, dont la chose est l'objet immédiat, et, en vertu de ce droit, il a la faculté de suivre cette

chose dans les mains de quiconque elle peut se trouver, tant qu'il n'a pas obtenu le paiement de sa créance. C'est là un véritable droit *in re aliena*, qui limite et modifie le droit de propriété, en ce sens que celui auquel appartient la chose, ne peut l'aliéner ni le transmettre autrement que grevée de la charge du paiement. D'autre part, le créancier a la faculté de poursuivre la chose sans se préoccuper de la personne qui la possède, et, en observant les formalités de la loi, de la faire vendre afin de s'en approprier le prix, jusqu'à concurrence de sa créance sans aucune déduction.

Ce droit réel sur la chose d'autrui peut être constitué au moyen de l'hypothèque, qui peut résulter de la convention expresse conclue entre les parties, de la loi ou d'une sentence judiciaire. Quel que soit, du reste, le titre dont elle dérive, sa nature propre réside toujours dans le droit *in re aliena*, constitué au profit d'un créancier, pour assurer le paiement d'une obligation sur la chose grevée d'hypothèque.

876. — Nous devons surtout examiner comment le droit peut être constitué, quelle est la loi qui doit en régir le titre constitutif, et comment ce droit, une fois constitué, peut être exercé à l'égard des biens qui en sont l'objet. Nous ne saurions, en effet, admettre le principe que, lorsque l'hypothèque est constituée sur des immeubles, tout doit dépendre de la *lex rei sitæ*; car, il est toujours nécessaire de faire des distinctions suivant la nature des rapports juridiques. On peut, en effet, d'une part, même en ce qui concerne l'hypothèque, admettre, dans de justes limites, le respect de l'autonomie des parties à l'égard de leurs intérêts privés, quand ni les intérêts sociaux ni le droit des tiers ne sont en jeu; comme, d'autre part, on doit reconnaître une autorité absolue et exclusive à la loi territoriale, pour tout ce qu'elle dispose à l'égard des hypothèques, pour protéger les intérêts des créanciers chirographaires et des tiers.

877. — A l'égard de la capacité pour les parties de cons-

tituer valablement une hypothèque par convention, il est clair qu'on doit admettre l'autorité du statut personnel de chacune d'elles. Pour ce qui concerne les biens susceptibles d'hypothèque, tout doit dépendre de la *lex rei sitæ*, parce que celle-ci devant régir la condition juridique des choses qui sont situées sur le territoire, tout ce qui est relatif à cette condition doit être considéré comme établi dans l'intérêt général de l'organisation de la propriété. On doit donc admettre que c'est d'après cette loi, qu'on doit décider quelles sont les choses susceptibles d'hypothèque. Par conséquent, il ne devrait jamais être permis à un étranger d'invoquer sa loi personnelle pour constituer valablement l'hypothèque sur les choses mobilières qui se trouvent en Italie ou en France, parce que, comme aux termes de la loi de ces deux pays, l'hypothèque ne peut être établie que sur les immeubles et que les dispositions de ces lois à cet égard sont d'ordre public, il est évident qu'elles doivent avoir une autorité territoriale absolue.

878. — Nous devons cependant faire une réserve en ce qui concerne les navires, parce que, même lorsqu'ils se trouvent temporairement dans les eaux territoriales, ils ne peuvent pas y être réputés localisés et soumis à la loi territoriale. Nous avons déjà dit que le navire est une chose mobilière d'une nature toute spéciale,<sup>1</sup> et qu'il faut admettre qu'il est soumis d'une façon permanente à la loi de l'État, dont il a le caractère national, même lorsqu'il se trouve dans les eaux territoriales étrangères. On doit, par conséquent, décider, d'après la loi nationale du navire, s'il peut ou non être l'objet d'hypothèque, et cela étant donné, on ne doit pas méconnaître l'efficacité de l'hypothèque, par le seul motif que le bâtiment se trouve dans les eaux d'un État, qui exclut l'hypothèque maritime.

Nous avons soutenu cette opinion dans la seconde édi-

<sup>1</sup> § 841-843.

tion du présent ouvrage.<sup>1</sup> Nous sommes heureux aujourd'hui, en la reproduisant, de constater qu'elle a été admise par des jurisconsultes éminents.<sup>2</sup> Nous reviendrons plus loin sur le même sujet, en examinant d'une façon spéciale la question relative à l'efficacité de l'hypothèque maritime.<sup>3</sup>

879. — A l'égard de certains droits réels, qui, d'après les lois des différents pays, peuvent être l'objet d'hypothèques, il faut admettre que c'est aussi d'après la loi territoriale qu'on doit déterminer si l'hypothèque doit ou non être admise à l'égard de ces droits. C'est, par exemple, ce qu'on doit décider en ce qui concerne l'usufruit portant sur des immeubles, qui peut être l'objet d'hypothèque d'après la loi italienne, de même que peuvent l'être les droits du bailleur et de l'emphytéote sur les biens emphytéotiques. Or, il est clair que, même à l'égard de ces droits, on doit décider, d'après la *lex rei sitæ*, s'ils peuvent être susceptibles d'hypothèque. En effet, l'hypothèque, quand elle est constituée, transforme l'obligation personnelle par l'attribution d'un droit réel, en vertu duquel le créancier qui en est investi peut exercer toutes les actions qui dérivent de l'exécution forcée et est ainsi placé dans une situation exceptionnelle à l'égard des créanciers chirographaires, qui peuvent aussi considérer tous les biens du débiteur comme destinés à l'accomplissement de ses obligations. Par conséquent, les intérêts sociaux sont toujours en cause quand il s'agit de déterminer les choses susceptibles d'hypothèque, et l'autonomie des parties ni la loi du contrat ne peuvent avoir aucune

<sup>1</sup> Voir l'appendice de la 2<sup>e</sup> édition publiée à Florence en 1874, p. 582, et la traduction française de Pradier-Fodéré (Paris 1875) p. 670.

<sup>2</sup> Voir Lyon-Caen, *Journal du Droit international privé*, 1877, p. 182 et s., et la note sous l'arrêt de la Cour de Rouen du 31 juillet 1876, (Sirey, 1877 129) ; Labbé, note sous l'arrêt de la Cour de Caen du 12 juillet 1870, Sirey, 1871, 2, 57 ; Clunet, *Consultation dans l'affaire jugée par la Cour de Bruxelles*, 27 décembre 1879 (*Belgique judiciaire*, 1880, p. 145) ; *Actes du Congrès international d'Anvers de 1885*.

<sup>3</sup> Voir *infra*, § IV de ce chapitre.



autorité à l'égard de la loi en vigueur au lieu où l'exécution forcée doit se produire.

En principe, la loi, qui accorde au créancier hypothécaire l'exécution forcée sur la chose qui est destinée à assurer l'accomplissement d'une obligation, ôte à tous les autres créanciers le droit d'agir à l'encontre de ces biens pour le paiement de leurs obligations et enlève ainsi au propriétaire la libre disposition de ces mêmes biens. Comme cette matière concerne l'intérêt social et l'organisation de la propriété, tout doit dépendre de la *lex rei sitæ* : on devra, par conséquent, décider, d'après cette loi, si un droit réel donné, tel que l'usufruit, l'usage, l'habitation ou l'emphytéose, est susceptible d'hypothèque.

880. — On peut, néanmoins, faire à ce principe quelques exceptions. Il nous semble, en effet, qu'étant donné ce que nous avons dit précédemment, que l'usufruit légal des ascendants doit dépendre du statut personnel, on peut admettre qu'on doit également appliquer la loi régulatrice des rapports de famille, pour décider si (étant donné qu'aux termes de la *lex rei sitæ* l'usufruit des immeubles peut être hypothéqué), l'usufruit légal des ascendants est susceptible d'hypothèque. C'est qu'en effet, comme nous l'avons démontré plus haut, c'est d'après la loi personnelle qu'on doit décider, non seulement si le père ou la mère doivent avoir l'usufruit sur les biens de leurs enfants, mais quelle doit être l'étendue de ce droit. Par conséquent, l'usufruit du père étant régi par la loi qui doit servir à déterminer ses droits comme administrateur et les obligations imposées à l'enfant, cette même loi devra servir à déterminer si l'usufruit peut être susceptible d'hypothèque. Étant donné que cette loi, considérant l'usufruit comme un démembrement de la propriété, accorde au nu-propriétaire, ainsi qu'à l'usufruitier, le droit de grever l'immeuble d'hypothèque, la question de savoir si l'exercice de ce droit peut être accordé à celui qui a l'usufruit légal ne peut pas être considérée comme intéressant

la souveraineté territoriale, de façon à justifier l'autorité de la *lex rei sitæ* même à cet égard ; mais doit être regardée comme dépendant de la loi personnelle, qui doit régler la puissance paternelle et les droits accessoires de cette puissance, et, par conséquent, l'usufruit, ainsi que la faculté d'aliéner, de céder et d'hypothéquer la partie de l'usufruit excédant ce qui est nécessaire aux besoins d'éducation de l'enfant.

## § I.

### *De l'hypothèque conventionnelle.*

881. En matière d'hypothèque conventionnelle on doit admettre l'autonomie des parties. — 882. Principe consacré par le Code civil français et observations critiques. — 883. De la loi qui doit régir l'hypothèque constituée par contrat passé à l'étranger et de l'efficacité de cette loi. — 884. Comment la forme du contrat doit être régie par la loi territoriale. — 885. On doit décider, d'après cette loi, comment l'hypothèque doit être spécifiée. — 886. Le droit de requérir l'inscription de l'hypothèque peut être basé sur le contrat passé à l'étranger. — 887. De l'hypothèque constituée au moyen du testament et de son efficacité.

881. — Nous avons déjà dit que l'hypothèque peut dériver de divers titres. En examinant d'abord celle qui peut être constituée par convention, nous noterons que, lorsque les parties sont capables, et que les biens, en tenant compte des principes exposés, doivent être réputés susceptibles d'hypothèque, l'autonomie des contractants doit être respectée et rien ne peut s'opposer à ce que la convention, en vertu de laquelle l'hypothèque est constituée, soit passée à l'étranger. Nous allons dire à quelles conditions doit être subordonnée la validité du contrat ; mais, en principe, on ne saurait admettre que le contrat passé à l'étranger, et en vertu duquel un immeuble situé dans un État a été grevé d'hypothèque, ne soit pas considéré comme un titre constitutif d'hypothèque.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Compar. Milhaud, *Principes du droit international privé dans leurs*

882. — On trouve dans le Code civil français une règle tout à fait contraire à la nôtre. En effet, l'article 2128 dispose de la façon que voici : « Les contrats passés en pays « étranger ne peuvent donner d'hypothèque sur les biens « de France, s'il n'y a des dispositions contraires à ce prin- « cipe dans les lois politiques ou dans les traités. »

On a cherché à justifier cette disposition par la considération que l'hypothèque est de droit civil et qu'elle ne peut avoir d'effet que sur le territoire soumis à l'empire de la souveraineté ; que le droit acquis par un propriétaire d'exproprier et de vendre un immeuble emporte la juridiction et les actes d'exécution, qui ne peuvent pas être autorisés par un souverain et par ses officiers publics à l'égard des biens situés dans un autre État ; que les actes passés par les officiers publics étrangers pour constituer l'hypothèque ne peuvent pas être réputés revêtus de la même authenticité que ceux rédigés par les officiers publics de l'État. Ces arguments et tous autres du même genre reposent sur la confusion entre l'hypothèque, en tant que droit réel et l'efficacité de l'action réelle, qui peut dériver de l'hypothèque, quand on doit la considérer comme valablement constituée.

En réalité, la disposition de l'article 2128 est une malheureuse reproduction de l'ordonnance de 1629 (Code Michaud) dont l'article 121 était ainsi conçu : « Les contrats et obli- « gations reçus en royaumes et souverainetés étrangères, « pour quelque cause que ce soit, n'auront aucune hypothè- « que ni exécution en France, mais tiendront (les contrats) « lieu de simples promesses. » Mais c'est un contre-sens que de l'avoir remise en vigueur à notre époque, pour soutenir que l'hypothèque conventionnelle stipulée à l'étranger ne doit produire aucun effet et que le créancier hypothécaire

*applications aux hypothèques; Weiss, Traité du droit international privé, p. 790; Despagnet, Précis du droit international privé, § 608; Laurent, Droit civil international, T. VII, § 366 et suiv.; Brocher, Droit international privé, § 265.*

doit être obligé d'assigner son débiteur devant les tribunaux français et de le faire condamner pour obtenir ainsi l'hypothèque judiciaire. Cela est contraire à la bonne foi, qui doit garantir tous les droits qui dérivent d'une obligation valablement contractée, et est inconciliable avec la doctrine moderne.

Lorsque le système hypothécaire de la France était régi par les principes de l'ancienne législation ; quand tous les actes notariés produisaient le droit d'hypothèque sur tous les biens présents et futurs, indépendamment de la stipulation expresse et de l'inscription de l'hypothèque sur les registres publics, il était facile de confondre deux choses essentiellement distinctes, c'est-à-dire l'hypothèque et sa force exécutoire, et de poser comme règle que les actes notariés passés à l'étranger ne pouvaient pas produire d'hypothèque. Mais, sous le régime hypothécaire moderne, le créancier, pour rendre son droit efficace, doit prendre inscription sur les registres publics et la renouveler, de façon que l'hypothèque prend rang et produit effet à partir de l'inscription. Il peut faire vendre judiciairement l'immeuble constitué en garantie de sa créance quand il n'est pas payé. Toutefois, il ne peut faire cela de sa propre autorité, mais doit introduire une instance en expropriation devant l'autorité judiciaire, en suivant une procédure déterminée par la loi, pour obtenir un jugement qui autorise la vente, et arriver ainsi au paiement de sa créance en concurrence avec les autres créanciers hypothécaires qui ont pris inscription sur le même immeuble. Donc, tous les actes d'exécution qui dérivent du droit d'hypothèque sont, quant au fond et quant à la forme, soumis à la loi de la situation de l'immeuble et à l'autorité du magistrat local, et ne dépendent en aucune façon du souverain ou des officiers publics étrangers.

883. — Pour résoudre la question d'après les principes du droit moderne, il faut avant tout distinguer l'hypothèque en tant que droit réel constitué au moyen d'un contrat par



le propriétaire de la chose, de la validité de ce droit et de l'exercice de l'action hypothécaire qui en dérive. Le droit réel peut naître de la convention valablement conclue. De même que le propriétaire peut disposer librement de sa chose, la donner, l'aliéner, il peut également la constituer à son créancier en garantie de son obligation, et quand on peut considérer l'acte comme juridiquement valable, on doit admettre l'autonomie des parties pour tout ce qui concerne la constitution du droit, comme on l'admet à l'égard de tout droit compris dans celui de propriété.

Comme, du reste, de ce droit dérive l'action réelle en vertu de laquelle le créancier peut agir contre la chose hypothéquée, quel qu'en soit le possesseur actuel, et obtenir que ce dernier la délaisse et acquitte la dette, et comme l'action, en raison de ce qu'elle a pour objet un immeuble, doit être nécessairement exercée au lieu de la situation de cet immeuble, il est nécessaire d'admettre que cette action doit être soumise à la *lex rei sitæ*, non seulement pour ce qui concerne la manière de l'exercer, mais encore pour ce qui concerne les conditions que doit remplir le titre sur lequel elle est basée, et dès lors pour tout ce qui concerne l'efficacité du titre lui-même.

Nous admettons également l'autorité exclusive de la *lex rei sitæ* à l'égard de l'hypothèque, en ce sens que le droit, bien que valablement constitué, ne peut être efficace que d'après les conditions établies par la *lex rei sitæ* pour la protection des intérêts sociaux et des droits des tiers, et dès lors pour ce qui concerne la publicité de l'inscription et les formalités requises pour l'exercice de l'instance d'expropriation. Mais à l'égard de la constitution de l'hypothèque conventionnelle, il ne nous semble pas qu'on puisse faire aucune distinction entre celle constituée par acte reçu dans l'État où est situé l'immeuble et celle établie par acte dressé à l'étranger. Nous admettons, au contraire, que lorsque l'acte passé en pays étranger peut, en vertu de sa forme extrinsèque, faire foi de la constitution d'hypothèque, et que

l'intéressé demande à se soumettre aux prescriptions de la loi territoriale pour rendre ainsi son droit efficace, et veut procéder à l'inscription, on ne doit pas lui refuser de la prendre, pour le seul motif que l'acte de constitution d'hypothèque a été passé à l'étranger.

Il ne nous semble pas non plus que, pour attribuer à l'acte passé à l'étranger une telle autorité, il soit nécessaire d'observer les formalités de procédure prescrites par la *lex rei sitæ* à l'égard des contrats conclus à l'étranger qu'on veut mettre à exécution ; car autrement, on confondrait le droit hypothécaire avec l'action hypothécaire. L'hypothèque n'est pas par elle-même un acte d'exécution ; car, considérée en elle-même, elle n'est qu'un rapport conventionnel, en vertu duquel l'accomplissement d'une obligation est assuré sur une chose déterminée. Le créancier n'acquiert pas, en vertu de l'hypothèque, le droit de s'approprier l'immeuble, ni celui de le vendre pour s'en approprier le prix ; mais il acquiert seulement le droit de provoquer l'action devant l'autorité compétente, étant donné qu'il ait fait d'abord tout ce qui est requis par la loi territoriale pour rendre son droit efficace, et que, ceci fait, il ait ensuite observé les règles de procédure établies par la loi territoriale pour obtenir d'abord le jugement d'expropriation et pour effectuer ensuite la vente de l'immeuble en exécution de ce jugement.

Il est clair que l'hypothèque n'est, dès lors, pas un acte d'exécution, et qu'on ne peut pas non plus considérer comme telle l'inscription de l'hypothèque sur les registres publics, étant donné que la loi territoriale exige ce mode de publicité pour la validité de l'hypothèque et pour la fixation du rang des créanciers hypothécaires. L'inscription doit, incontestablement, être considérée comme une condition indispensable pour constater le lien hypothécaire et pour conserver tous les droits qui en dérivent. Il est dès lors évident, qu'en quelque lieu que l'hypothèque conventionnelle ait été constituée, le créancier ne peut la rendre valable qu'en observant les formalités de publicité requises par la *lex rei*

*sitæ*. Toutefois, l'observation de ces formalités, telles que l'inscription ou tous autres modes de publicité, constitue les conditions requises pour la conservation des droits acquis par le contrat, mais n'attribue pas de droits d'exécution. Par conséquent, nous croyons pouvoir conclure que le créancier qui a acquis l'hypothèque au moyen d'un contrat passé à l'étranger ne peut pas être empêché d'observer les formalités prescrites par la *lex rei sitæ* pour conserver son droit.

Néanmoins, quand le créancier, se basant sur l'inscription, voudrait faire les actes requis pour poursuivre l'instance en expropriation ou pour maintenir son rang à l'égard des autres créanciers ; comme il s'agirait d'exercer une action réelle et d'accomplir des actes d'exécution, et que le droit d'hypothèque et l'inscription auraient pour base un contrat passé à l'étranger, alors seulement il s'agirait d'attribuer à ce contrat sa force exécutoire, en observant les formalités établies par la loi territoriale, pour rendre valables les actes passés à l'étranger.

Il nous semble que c'est ainsi seulement qu'on doit déterminer le champ dans lequel doit s'exercer l'autorité exclusive de la loi territoriale. Nous pensons dès lors que la *lex rei sitæ* doit régir toutes les conditions nécessaires pour rendre le droit réel valable et effectif, qu'elle doit régler aussi toutes les procédures à l'égard de l'action réelle et qu'il faut, en outre, observer cette loi pour apprécier la valeur extraterritoriale du contrat passé à l'étranger et pour dire quelles sont les formalités à observer pour lui attribuer la force exécutoire dans le pays, où le créancier entend exercer des poursuites à l'encontre de la chose hypothéquée.

884. — Il résulte de l'application de ces principes que, lorsqu'aux termes de la loi territoriale, il est requis une forme déterminée de contrat pour constituer une hypothèque conventionnelle, celle-ci ne pourrait pas être établie au moyen d'un contrat passé à l'étranger, si ce contrat n'avait

pas été reçu en la forme exigée. Par conséquent, s'ils'agissait, par exemple, d'établir une hypothèque sur un immeuble situé en Italie, comme aux termes de l'article 1798 du Code civil italien, l'hypothèque conventionnelle peut être constituée par acte public ou par acte sous-seing privé, l'acte écrit devrait être réputé indispensable, et on ne pourrait pas admettre d'autre forme de convention, même si le contrat avait été conclu sous l'empire d'une loi qui disposerait autrement. D'autre part, s'il s'agissait de l'établir sur un immeuble situé en France où, aux termes de l'article 2127 du Code civil, l'acte authentique est requis pour constituer l'hypothèque conventionnelle, l'écriture privée ne pourrait pas suffire si le contrat avait été conclu en Italie. En effet, en cette circonstance, comme la forme du contrat ne pourrait pas être assimilée aux formalités extérieures, relativement auxquelles on devrait admettre la règle *locus regit actum*, mais serait déterminée par le législateur comme une forme nécessaire de la manifestation légitime du consentement pour la constitution d'hypothèque; on devrait admettre que celle-ci ne pourrait être établie que par acte authentique. Toutefois, on devrait toujours décider, d'après la règle *locus regit actum*, si l'acte fait à l'étranger aurait les caractères de l'authenticité et; par conséquent, cette condition devrait dépendre de la loi du lieu où le contrat aurait été rédigé.

Pour ce qui concerne l'efficacité extraterritoriale du contrat, en appliquant le principe souvent énoncé, qu'on ne peut pas réputer valables les contrats passés en pays étranger en vertu desquels on établit des droits réels sur les choses existant à l'étranger en opposition avec les dispositions de la *lex rei sitæ*, on peut, avec raison, soutenir qu'il doit en être de même du contrat constitutif d'hypothèque. Par conséquent, il faut admettre que la loi italienne, disposant à l'article 1977 que l'hypothèque conventionnelle ne peut pas être constituée sur les biens futurs, on ne pourrait pas admettre que des immeubles situés en Italie, qui ne seraient pas actuellement dans le patrimoine du débiteur, pussent être par



lui hypothéqués en vertu d'un contrat passé sous l'empire d'une loi étrangère différente.

885. — Il faut aussi admettre que l'immeuble soumis à l'hypothèque doit être spécifiquement désigné aux termes des prescriptions de la *lex rei sitæ*. Autrement, on ne pourrait pas constituer sur cet immeuble une hypothèque conventionnelle. La raison en est toujours la même, c'est que les dispositions légales concernant cette matière ont pour but direct la protection des intérêts sociaux et des droits des tiers. Par conséquent, on invoquerait vainement la loi du contrat, d'après laquelle il serait, par hypothèse, permis de consentir une hypothèque générale sur tous les biens. L'autorité de la loi territoriale, qui impose la spécification, doit être absolue, et on ne peut pas y déroger par application des lois étrangères. C'est ce qu'on devrait dire également de la spécification de la somme d'argent due au débiteur et garantie par l'hypothèque. Ainsi, par exemple, le législateur italien ayant prescrit (art. 1972, C. civ.)<sup>1</sup> que la dette doit être déterminée et spécifiée dans l'acte constitutif ou déclaratif de la créance ou dans un acte postérieur, la spécification de la somme due devant être réputée un des éléments essentiels requis pour pouvoir grever d'hypothèque un immeuble situé en Italie, il est clair qu'en l'absence d'un tel élément indispensable, on ne peut pas admettre la constitution valable d'une hypothèque conventionnelle.

886. — Etant donné que le contrat passé à l'étranger réunisse tous les éléments requis par la loi territoriale, on doit admettre que, de même que le propriétaire peut, en vertu de son autonomie, disposer librement de l'immeuble qui lui appartient et transmettre à autrui les droits qu'il a sur cet immeuble, même si la convention à cet égard a été passée à l'étranger : de même, il peut consentir librement

<sup>1</sup> L'article 2132 du Code civil français est identique.

une hypothèque par un contrat passé à l'étranger. Dès lors, comme la personne qui, en vertu du contrat, a acquis des droits, peut les faire valoir et leur faire produire toutes les conséquences qui en résultent, il doit en être de même de l'hypothèque et du droit de la rendre publique au moyen de l'inscription. Le créancier devra naturellement se soumettre à la *lex rei sitæ*, pour porter à la connaissance des tiers intéressés le droit d'hypothèque par lui acquis et devra subir toutes les conséquences, qui pourraient résulter de l'inaccomplissement des formalités prescrites par cette loi pour la publicité de l'hypothèque.

887. — L'hypothèque peut, d'après certaines lois, être constituée, non seulement par convention, mais encore par testament. C'est ce qui a lieu, notamment d'après la loi belge, qui dispose (art. 44), que le testateur peut constituer une hypothèque sur un ou plusieurs immeubles spécifiquement désignés, pour garantir les legs qu'il a faits. On peut, dès lors, se demander si l'hypothèque ainsi établie peut attribuer le droit réel, qui en dérive, sur le territoire d'un État où l'hypothèque testamentaire n'est pas admise.

Il nous semble qu'il faut, en cette matière, faire quelques distinctions. On doit dire, avant tout, que comme il est nécessaire d'admettre, en principe, que la faculté de constituer une hypothèque par testament doit être régie par les principes, qui sont applicables à la transmission de la propriété dans la succession *causa mortis*, on ne peut pas admettre qu'un étranger, qui fait son testament en Belgique, puisse se prévaloir de la loi qui y est en vigueur, pour constituer l'hypothèque testamentaire.

Comme nous le dirons plus loin, les successions testamentaires, pour ce qui concerne la validité des dispositions, doivent être régies par la loi personnelle du *de cuius*; et non par la loi du pays où le testament est fait, ou par celle de la situation des biens héréditaires. En admettant cette règle comme établie, il en résulte, à notre sens, qu'en principe la

loi qui doit régler le droit pour le *de cuius* de transférer la propriété par testament, doit aussi régir la faculté de la transférer grevée d'un droit réel, tel que l'usufruit, l'emphytéose ou l'hypothèque. Etant donné que ce droit doit être considéré comme compris dans le droit absolu de propriété, il nous semble que, lorsque le propriétaire a, d'après la loi qui doit régir la succession, la faculté de faire ce transfert, son autonomie à cet égard ne peut être limitée par la considération que les biens se trouvent situés à l'étranger.

Il faudra toutefois, à l'égard de ce titre constitutif de l'hypothèque, appliquer les principes que nous avons déjà exposés relativement au contrat passé à l'étranger. Par conséquent, on ne pourra pas considérer comme valablement constituée l'hypothèque testamentaire créée en vertu de la loi du *de cuius*, s'il peut en résulter une atteinte aux droits des tiers protégés par la loi territoriale. Tel serait, par exemple, le cas d'un testateur, qui pourrait, par testament, constituer une hypothèque au profit d'un créancier chirographaire. Si cette disposition avait la forme d'un legs proprement dit, il en serait tout autrement ; mais si le testateur pouvait constituer une hypothèque au profit d'une personne qui était un simple créancier, on ne pourrait pas admettre que cette hypothèque testamentaire fût valable sur un immeuble situé dans un autre pays, où ce mode de constitution d'hypothèque ne serait pas reconnu par la loi. La raison en est évidente. L'hypothèque transforme la condition juridique des créanciers à l'égard des biens de leur débiteur commun, en mettant le créancier hypothécaire dans une position complètement différente de celle des créanciers chirographaires. Il est, dès lors, naturel que la position juridique des créanciers à l'égard des biens situés dans un pays et que les droits acquis par eux sous la protection de la *lex rei sitæ* ne puissent pas être modifiés ou transformés en vertu d'une loi étrangère.

Lorsqu'au contraire, l'hypothèque testamentaire pourrait seulement être établie pour garantir des legs et que le tes-

tateur aurait spécifié les immeubles, qu'il aurait entendu ainsi grever, on ne pourrait, à notre sens, invoquer aucune raison pour contester l'autorité du testament comme titre constitutif d'hypothèque. Le droit du propriétaire à cet égard doit être considéré comme compris dans le droit absolu de propriété. Quant aux héritiers, ils ne sauraient contester l'autonomie du testateur pour leur transférer les immeubles qui lui appartiennent grevés des charges, qu'il a voulu leur imposer. Quant aux tiers, ils ne pourraient de ce fait éprouver aucun préjudice, puisque la condition des créanciers hypothécaires resterait intacte ; car, pouvant faire valoir leurs droits avant les légataires, l'hypothèque accordée à ces derniers ne pourrait leur préjudicier. Nous admettons donc que le testament puisse être un titre constitutif d'hypothèque, pourvu que la disposition testamentaire remplisse les mêmes conditions que la convention ; c'est-à-dire désigne d'une façon spécifique l'immeuble grevé d'hypothèque et la somme léguée ainsi garantie. Il faudra toujours, du reste, que les légataires se soumettent à la *lex rei sitæ* pour la publicité de l'hypothèque et observent à ce sujet toutes les règles, que nous avons exposées en ce qui concerne l'hypothèque conventionnelle.

## § II.

### *De l'hypothèque légale.*

888. Idée générale de l'hypothèque légale. — 889. Théorie des auteurs sur la loi qui doit la régir. — 890. Principes consacrés par les tribunaux français : fondement juridique de ces principes. — 891. Comment la question doit être envisagée à son véritable point de vue. — 892. Notre opinion sur le fondement de l'hypothèque légale. — 893. Cette hypothèque peut dériver de la loi étrangère. — 894. Cas de l'hypothèque légale appartenant à la femme mariée, loi qui doit la régir. — 895. Application de notre théorie dans le système du Code civil italien. — 896. Hypothèque légale au profit des incapables. — 897. Examen critique de l'opinion de Laurent à l'égard de l'hypothèque



que légale appartenant à un mineur belge sur les biens du tuteur situés dans les Pays-Bas. — 898. L'admission de l'autorité de la loi personnelle à l'égard du droit d'hypothèque n'implique pas une atteinte aux droits de la souveraineté territoriale, — 899. Application de ce principe dans le système consacré par le Code des Pays-Bas. — 900. De l'hypothèque légale attribuée au vendeur ou à toute autre personne qui a aliéné une chose. — 901. Application des mêmes principes aux autres cas d'hypothèque légale. — 902. Comment l'intéressé doit procéder pour obtenir l'inscription. — 903. De l'hypothèque légale attribuée à l'État, aux communes et aux établissements publics.

**888.** — L'hypothèque légale est celle qui dérive immédiatement de la loi, qui en est le seul titre constitutif.

Différentes causes, suivant la loi des divers pays, donnent naissance à l'hypothèque légale. En droit romain, il en existait plusieurs, et certains auteurs en ont énuméré jusqu'à 26.<sup>1</sup> Dans les législations modernes, le nombre en est plus limité. Le Code civil italien confère l'hypothèque légale : 1° au vendeur ou autre personne qui a aliéné, sur les immeubles aliénés, pour l'accomplissement des obligations résultant de l'acte d'aliénation ; 2° aux cohéritiers, sociétaires ou autres personnes dans l'indivision, sur les immeubles héréditaires, sociaux ou en commun, pour le paiement des réparations ou soultes ; 3° au mineur et à l'interdit sur les biens du tuteur ; 4° à la femme sur les biens du mari, pour garantie de la dot ou des profits dotaux ; 5° à l'État sur les biens des condamnés, à raison des frais de justice (art. 1969).

Le Code civil français attribue l'hypothèque légale à la femme mariée sur les biens du mari, au mineur et à l'interdit sur les biens du tuteur, à l'État, aux communes et aux établissements publics sur les biens de leurs receveurs ou administrateurs (art. 2121). On peut considérer comme une hypothèque légale celle du légataire sur les immeubles de la succession pour le paiement de son legs (art. 1017). Ce même Code donne au vendeur un privilège sur l'immeuble vendu pour le paiement du prix et aux cohéritiers sur les immeubles de la succession, et ce privilège dégénère en

simple hypothèque qui prend rang du jour de l'inscription, lorsqu'il n'a pas été inscrit dans le délai fixé pour sa conservation (art. 2113).

889. — On admet généralement, que l'hypothèque légale est une institution de droit civil.<sup>1</sup> Les partisans de cette doctrine soutiennent, que cette hypothèque doit être régie par la loi territoriale. Ils disent qu'elle est accordée par la loi, en ayant égard à la nature de certaines créances et à la protection due par la souveraineté à certaines personnes et que, dès lors, comme tout dépend de la volonté du législateur, on ne peut pas admettre que les dispositions de chaque loi puissent exercer leur empire sur le territoire soumis à une souveraineté étrangère. On a dit, en outre, que les hypothèques légales sont d'intérêt public, parce qu'elles dépendent toujours, soit de la protection que la loi accorde à certains créanciers, qui sont incapables de veiller eux-mêmes sur leurs intérêts, soit de la considération que méritent par eux-mêmes certains faits juridiques, et comme l'intérêt public doit primer dans chaque Etat tous les intérêts privés, les lois qui établissent des hypothèques légales doivent être considérées comme ayant une autorité exclusive sur le territoire et comme faisant partie du statut réel.

890. — Les tribunaux français ont décidé, par application de ces principes, que l'hypothèque légale, étant un droit civil, il ne pouvait être permis aux étrangers d'invoquer leur propre loi, pour jouir d'après elle de l'hypothèque sur les immeubles situés en France, parce qu'aux termes de l'article 11 du Code civil français, ils ne peuvent jouir des droits civils, que lorsqu'un traité diplomatique accorde le même avantage aux français dans leur pays, ou que lorsqu'ils ont été autorisés à fixer leur domicile en France.<sup>2</sup> Nous trou-

<sup>1</sup> *Quibus causis pign. vel hyp. tac. contr.* (XX, 2).

<sup>2</sup> Compar. Milhaud, *Principes du droit international privé dans leurs applications aux privilèges et hypothèques.*

vons ces principes formulés dans l'arrêt de la Cour de cassation du 20 mai 1862, <sup>1</sup> qui est un des plus importants en cette matière, ainsi que dans d'autres arrêts postérieurs. <sup>2</sup>

Ces mêmes tribunaux ont ensuite déduit du principe que la loi qui attribue l'hypothèque légale est d'intérêt public, que les étrangers, qui sont admis à la jouissance des droits civils en France, ont le droit d'exercer sur les immeubles situés en France l'hypothèque légale aux termes de la loi française, même lorsqu'elle ne leur est pas accordée par leur loi personnelle, ni par celle du lieu où est née l'obligation garantie par cette hypothèque.

Dès lors, la Cour d'Alger a décidé, par arrêt du 4 mars 1860, qu'une femme étrangère devait avoir une hypothèque légale sur les biens de son mari situés en France, parce qu'aux termes de l'article 3 du Code civil français les immeubles doivent être soumis à toutes les charges imposées par la loi française, et parce que l'hypothèque légale accordée par cette loi à la femme mariée lui est attribuée pour des motifs d'intérêt public, c'est-à-dire en raison de la protection spéciale qui est due à la femme unie par le mariage.

La doctrine consacrée par les tribunaux français est la conséquence de la doctrine traditionnelle admise en France <sup>3</sup> et professée par les auteurs, qui ont fait dépendre la jouissance des droits appartenant aux étrangers de la façon différente de comprendre la nature de chacun de ces droits, suivant qu'ils les ont considérés ou non comme compris dans la catégorie de ceux qu'ils qualifient de droits civils. En admettant comme substantielle cette distinction dans le système

<sup>1</sup> Cass. 20 mai 1862, *Journal du Palais*, 1862, p. 361.

<sup>2</sup> Paris, 20 août 1872, *Journal du Droit international privé*, 1874, p. 125; Douai, 29 décembre 1881, *id.*, 1883, p. 511; Cass., 4 mars 1884, *Journal du Palais*, 1884, I, 668.

<sup>3</sup> Compar. Barthole, sur la loi *Cunctos populos*, C. De summa trinit., n. 27; et Dumoulin, sur la même loi; Persil, *Quest. sur les priv. et hypot.*, liv. II, Chap. V, § 2; Balleroy de Renville, *Priv. et hyp.*, T. II, p. 252; Battur, *Traité des priv. et hypot.*, n° 310; Dalloz, *Rép., hyp.*, n. 15; Chardon, n. 64; Tessier, n. 1091.

consacré par le législateur français qui, dans l'article 11 du Code civil, refuse, en principe, aux étrangers la faculté de jouir des droits civils à titre de réciprocité diplomatique, il était naturel que les auteurs qui ont considéré l'hypothèque légale comme un droit civil, dussent en principe en refuser la jouissance aux étrangers ou l'accorder sous la condition de réciprocité diplomatique. Cette dernière doctrine a été admise par certains juristes.<sup>1</sup>

Grenier, entre autres, soutient qu'il est incontestable que le droit civil d'une nation protège uniquement les citoyens, pour lesquels ce droit a été établi et qu'il ne peut se communiquer aucunement aux citoyens d'un autre État, auquel ce droit est étranger.

D'autres auteurs, au contraire, tout en considérant l'hypothèque légale sur les immeubles comme soumise au statut réel, ont soutenu, qu'en vertu de l'article 3 du Code civil, qui assujettit à la loi française les immeubles situés en France, même lorsqu'ils appartiennent à des étrangers, ceux-ci peuvent réclamer le bénéfice de l'hypothèque légale sur les biens situés en France en se basant sur la loi française, parce que l'hypothèque légale sur les immeubles doit être régie par la loi territoriale.<sup>2</sup>

891. — Nous n'avons aucun intérêt à discuter la ques-

<sup>1</sup> Compar. Grenier, *Des hypothèques*, T. I, 246, 47; Battur, *Des hypothèques*, T. II, p. 351; Dalloz, *Privil. et hypot.*, n° 863; Demolombe, T. I, n° 88.

<sup>2</sup> Compar. Merlin, *Répert.*, v° *Remploi*, § II, n° 9; Pont, *Priv. et hyp.*, n. 432; Troplong, *Priv. et hypot.*, II, n. 513 *ter*. — Félix et Rocco, pour écarter tout inconvénient, ont cru devoir soutenir, que l'hypothèque légale de la femme mariée doit être subordonnée à trois conditions : 1° que la loi du lieu où est situé l'immeuble reconnaisse cette sorte d'hypothèque; 2° qu'elle soit aussi admise par la loi du domicile de la personne qui veut en jouir; 3° qu'il existe un traité entre les deux États, qui permette, à titre de réciprocité, la jouissance de ce droit à la femme mariée; Félix, *Revue des revues de droit*, T.V, p. 119, et *Traité du Droit international. privé*, T. I, § 67, et la note de Demangeat, *id.*; Rocco, 1<sup>re</sup> partie, Chap. VII, 3<sup>e</sup> partie, Chap. III et XXII.



tion au point de vue des auteurs français, car la distinction entre les droits privés qui appartiennent aux personnes d'après le droit civil et d'après le droit des gens est sans importance dans notre système. Il en est de même à l'égard de la discussion relative à l'article 11 du Code civil français, parce que cet article établit une règle pour les tribunaux français et que les discussions, qui ont eu lieu entre les juristes au sujet de l'interprétation de ce même article ont trait à une loi édictée par le législateur de leur pays. Nous abstenant, dès lors, de discuter la question au point de vue de telle ou telle loi spéciale, nous examinerons d'abord si, d'après les principes du droit international privé, le droit réel sur un immeuble résultant de l'hypothèque peut être basé sur une loi étrangère. En d'autres termes, nous examinerons si la personne qui prétend avoir le droit à l'hypothèque, peut baser ce droit sur une loi étrangère qui le lui a reconnu. C'est là, à notre sens, la principale question qu'il convienne de résoudre. Nous examinerons ensuite si le droit réel ainsi acquis peut être valable d'après la loi de l'État, où l'immeuble est situé; et sous quelles conditions celui auquel le droit appartient peut le rendre effectif, le faire valoir et l'exercer. Il nous semble que c'est surtout pour ne pas avoir examiné chacune de ces questions sous son véritable jour, que les auteurs sont arrivés à des conclusions si disparates, ce qui a abouti à diviser la jurisprudence.

892. — L'hypothèque légale dérive de la loi dans tous les cas limitativement déterminés par chaque législateur, cas dans lesquels la loi même dispose qu'on doit réputer cette garantie réelle comme un accessoire nécessaire de l'obligation personnelle. Or, il convient de dire que, bien que cet effet résulte de la loi, il ne peut pas être considéré comme un privilège, car sa vraie nature est plutôt celle de la convention tacite. La garantie légale est, en effet, requise par l'autorité publique au nom et dans l'intérêt du créancier; mais, comme elle est toujours l'accessoire de l'obligation

personnelle de la part du débiteur, et comme celui-ci pouvait ou non librement réaliser le fait, en vertu duquel naissait cette obligation de sa part, il faut admettre qu'en ayant librement réalisé ce fait, il a ainsi consenti tacitement à en accorder l'accessoire nécessaire, c'est-à-dire la garantie réelle qui lui est imposée d'après la loi, sous l'empire de laquelle l'obligation est devenue parfaite.

Envisagée ainsi, l'hypothèque légale n'a pas une base radicalement distincte de l'hypothèque conventionnelle. Elle n'est pas, en effet, une faveur ou un privilège, mais l'effet de la convention tacite, *quasi id tacite convenerint*.

C'est un principe incontestable, que les obligations nées sous l'empire de la loi à laquelle, d'après la nature des choses, elles doivent être réputées soumises, doivent être régies par elle, non seulement pour ce qui en concerne la valeur juridique, mais aussi pour ce qui doit être considéré comme un élément intégrant de l'obligation elle-même et comme un accessoire nécessaire de celle-ci. Aussi les parties doivent être considérées comme obligées, non seulement à ce qui a formé l'objet exprès de la stipulation, mais encore à ce qui, d'après la loi, doit être considéré comme résultant de la nature de l'obligation et qui, par conséquent, doit être réputé tacitement consenti. Lauterbach l'a dit avec beaucoup de clarté : *Est enim, quæ auctoritate legis, vel consuetudinis contractum comitantur, eidemque adherent, naturalia a doctoribus appellantur. Lex enim altera est quasi natura, et in naturam transit.*<sup>1</sup>

C'était là aussi la manière de voir du jurisconsulte Paul, qui considérait la convention tacite comme la base de l'hypothèque légale en faveur du loueur : *Item QUIA CONVENTIONES ETIAM TACITE VALENT placet in urbanis habitationibus locandis invecata et illata pignori esse locatori, etiamsi nihil nominatim convenerint.*<sup>2</sup> Telle est aussi l'opinion de Négusantio, jurisconsulte italien du XVI<sup>e</sup> siècle, qui a écrit un

<sup>1</sup> Lauterbach, *Dissert.* 104, part. 3<sup>a</sup>, n<sup>o</sup> 58.

<sup>2</sup> L. 4, pr. Dig., *De pactis* (II, 44).

traité très estimé sous le titre, *De pignori et hypothecis*. *Lex enim, disait-il, in omnibus tacitis hypothecis fingit PACTIIONEM ET CONVENTIONEM partium contrahentium; quamvis expressa non fuerit, et est perinde ac si in veritate hypotheca illa fuisset constituta per conventionem.*<sup>1</sup>

893. — On peut, dans notre ordre d'idées, admettre sans difficulté, en principe, que le droit d'hypothèque légale, considéré comme un droit à la garantie réelle, peut résulter de la loi qui doit régir l'obligation et que peu importe que cette loi soit étrangère, parce que comme les parties peuvent conclure des conventions expresses relativement aux choses qui leur appartiennent sous l'empire d'une loi étrangère, et peuvent faire valoir partout les droits acquis d'après la loi du contrat. Ainsi, si quelqu'un avait contracté envers une autre personne une obligation d'après la loi personnelle, à laquelle ils seraient tous deux soumis, et si l'autre avait acquis, en vertu de cette obligation, un droit à la garantie réelle, ce droit ne pourrait pas être méconnu par le seul motif qu'il serait basé sur la loi étrangère, parce que, étant donné que les contractants sont soumis à l'empire de leur loi personnelle, on devrait admettre que les droits légitimement acquis d'après cette loi doivent être partout reconnus et respectés, sauf, toutefois, les conditions indispensables pour les faire valoir et pour pouvoir les exercer.

894. — On doit admettre, en appliquant ces règles aux divers cas d'hypothèque légale, que pour décider, en principe, si cette hypothèque appartient ou non à la femme mariée sur les biens du mari, on doit appliquer la loi régulatrice des rapports de famille et des droits patrimoniaux des époux, par laquelle tout droit relatif aux biens résultant du contrat de mariage doit être régi. Ce droit ne peut pas être fondé sur la loi du lieu où se trouve situé l'immeuble ; car,

<sup>1</sup> 1, *Partitio* 4, n° 11.

bien que l'hypothèque soit un droit réel, toutefois, étant établie pour garantie d'une obligation, le point de décider si elle doit ou non être réputée nécessaire pour protéger les droits de la femme ne peut certainement pas dépendre de la loi territoriale, mais uniquement de la loi qui doit protéger les droits et les intérêts de la famille et des membres de celle-ci.<sup>1</sup> On ne peut valablement opposer l'argument de Troplong, que l'hypothèque légale dérivant du fait de la célébration du mariage, et étant admise par le législateur pour des raisons fondées sur le droit des gens, on doit attribuer à la femme étrangère une hypothèque sur les immeubles du mari situés en France, parce que la loi qui lui accorde un tel droit doit être considérée comme un statut réel, qui affecte les immeubles situés sur le territoire français. Il nous semble, que la théorie confuse de la personnalité et de la réalité des lois a pu fourvoyer un des plus puissants esprits, un éminent jurisconsulte, qui a jeté beaucoup de lumières sur la science, surtout dans son profond traité des hypothèques. Si on admettait la doctrine de Troplong, on arriverait à dire que la femme néerlandaise aurait l'hypothèque légale sur les biens du mari situés en France, bien que la loi des Pays-Bas ne lui confère pas ce droit, et qu'elle l'aurait uniquement, parce que, l'hypothèque légale est attribuée à la femme mariée par la loi française. Mais nous voudrions demander quel intérêt peut avoir la souveraineté française à s'ingérer dans les rapports patrimoniaux d'une famille étrangère? Est-ce que, par hasard, elle serait appelée à décider si on devrait pourvoir par une garantie réelle ou autrement à l'accomplissement des obligations contractées, en vertu du mariage, par le mari étranger envers sa femme? Est-ce que, par hasard, l'intérêt social et l'ordre public seraient intéressés au point de justifier ainsi l'idée de vouloir assujettir les étrangers aux prescriptions de la loi française? Il ne nous

<sup>1</sup> Compar. l'arrêt de la Cour de Liège du 16 mai 1823, *Pasicrisie belge*, 410.



le semble pas, parce qu'ainsi que nous l'avons démontré plus haut,<sup>1</sup> les droits des époux, même à l'égard du patrimoine de la famille, doivent être déterminés par la loi qui doit régir la famille, et que les droits acquis et l'autorité de la loi sur laquelle ils sont basés doivent être admis partout, pourvu qu'il n'en résulte aucune atteinte au droit social ni aux droits des tiers garantis par la loi territoriale, et que nous pensons que ce principe est applicable à l'hypothèque légale de la femme.

Nous admettons également à l'égard de cette hypothèque l'autorité de la *lex rei sitæ*, mais toujours en vertu du principe sur lequel, dans notre système, l'autorité de la territoriale doit reposer. Ainsi, nous disons que le droit réel résultant de l'hypothèque en vertu de la loi étrangère ne peut être efficace, que sous les conditions établies par la loi territoriale pour rendre l'hypothèque valable et pour protéger les droits et les intérêts des tiers. Par conséquent, étant donné que la loi étrangère non seulement attribuerait l'hypothèque légale à la femme mariée, mais édicterait que ce droit existerait indépendamment de la publicité, ou bien déclarerait cette hypothèque privilégiée en attribuant à la femme un droit de préférence à l'égard de tous les autres créanciers hypothécaires, dans ce cas et dans tous autres analogues, on invoquerait vainement la loi étrangère pour établir des droits, dont la reconnaissance emporterait la négation directe de la loi territoriale et du régime hypothécaire établi par cette même loi.

Notre théorie se résume dès lors de la façon suivante. La femme mariée doit pouvoir jouir partout du droit d'hypothèque sur les biens du mari, toutes les fois que ce droit lui est attribué par la loi qui régit le mariage et les droits réciproques des époux sur leurs biens; mais, pour que l'hypothèque puisse être efficace au lieu où se trouve situé l'im-

<sup>1</sup> Voir *Partie générale*, T. I, p. 93 et suiv. et le § 5<sup>o</sup> du Chap. IV, Liv. II, *Partie spéciale* de ce volume, n<sup>o</sup> 632.

meuble hypothéqué, il est indispensable d'observer toutes règles prescrites par la *lex rei sitæ* pour rendre l'hypothèque effective et de se conformer aux dispositions de cette même loi à l'égard de l'introduction et de l'exercice de l'action hypothécaire.

895. — En appliquant ces principes dans le système du Code civil italien, nous dirons qu'une femme, soumise en vertu du mariage aux règles du droit romain, pourra, en vertu de ce droit, exercer le droit d'hypothèque sur les biens du mari situés en Italie pour assurer la restitution de sa dot, des donations *propter nuptias* et de ses biens paraphernaux, et qu'elle pourra avoir cette hypothèque sur les biens de son beau-père, si celui-ci est obligé à la restitution de la dot. De même, toujours à supposer que le mariage soit régi par le droit romain, on devra admettre que le mari étranger pourra exercer le droit d'hypothèque sur les biens de l'individu, qui sera intervenu au contrat de mariage et se sera obligé à constituer la dot. Dans ces cas et tous autres du même genre, la question de savoir si le droit d'hypothèque légale peut ou non appartenir à la femme ou au mari, et quand il doit être attribué à l'un ou à l'autre, devra être résolue d'après le droit romain et non d'après le droit italien. On ne pourrait pas, en effet, soutenir que le législateur italien, ayant disposé dans l'article 7 des dispositions préliminaires du Code civil, que les immeubles sont soumis à la loi du lieu où ils sont situés, il doive en résulter que les droits privés sur ces biens doivent dépendre de notre loi, parce que les droits sur les choses peuvent résulter de titres distincts, et notamment de la loi étrangère, et doivent être reconnus toutes les fois que cette reconnaissance ne peut entraîner aucune violation du droit social et des lois, auxquelles on doit attribuer le caractère de lois réelles ou de lois territoriales. Mais, dans notre hypothèse, la femme ne pourrait pas prétendre que son hypothèque devrait être efficace en Italie indépendamment de toute publicité, spécification et

inscription, ou qu'elle devrait être privilégiée conformément aux principes du droit romain. <sup>1</sup> On pourrait alors, avec raison, invoquer le principe consacré par notre législateur, que les immeubles sont soumis aux lois du lieu de leur situation, pour en conclure qu'aucune loi étrangère ne peut déroger à la loi territoriale qui concerne les immeubles, comme est celle qui règle l'organisation du régime hypothécaire des immeubles situés dans notre pays.

Le législateur italien, adoptant le système de la publicité et de la spécialité des hypothèques, n'a pas eu pour but de pourvoir aux intérêts privés [de personnes déterminées, mais de protéger les intérêts généraux, en mettant les tiers à même de pouvoir connaître les hypothèques qui grèvent les immeubles et d'empêcher ainsi les créanciers hypothécaires de bonne foi d'être frustrés dans leurs droits par des hypothèques occultes, contre les effets desquelles ils n'auraient aucun moyen de se garantir. De même, notre législateur ayant interdit que l'hypothèque de la femme mariée s'étende aux biens futurs, on ne pourrait pas permettre à la femme étrangère qui prétendrait au droit d'hypothèque légale sur les biens de son mari, de pouvoir, conformément à sa loi nationale, faire porter en Italie ce droit sur les biens futurs. C'est évidemment là un des cas, dans lesquels la loi étrangère ne peut pas être appliquée, parce qu'elle se trouve en opposition avec la loi territoriale. En effet, aucune loi étrangère ne peut attribuer des droits aux particuliers soumis à son empire, quand la reconnaissance de ces droits à l'égard des immeubles situés dans un autre pays a pour conséquence de porter atteinte à la loi territoriale, qui règle et protège les droits acquis des tiers sur ces mêmes immeubles.

C'est, à notre sens, d'après les mêmes principes, qu'on doit déterminer la limite de l'autorité de la loi étrangère et de la *lex rei sitæ* à l'égard de l'hypothèque légale, qui appartient à la femme mariée.

<sup>1</sup> L. 12, § 1, Cod., *Qui potiores in pignore habebantur*, (VIII, 18) ; nov. 97, cap. II.

896. — Un des motifs pour lesquels les législateurs accordent l'hypothèque légale, est celui de la protection due aux personnes incapables de pourvoir par elles-mêmes à la protection de leurs intérêts. Ainsi, le législateur italien, par exemple, l'accorde au mineur ou à l'interdit sur les biens du tuteur et lui attribue, par conséquent, le droit de requérir l'inscription sans nécessité d'assistance ou d'autorisation, de même qu'il attribue le même droit à ses parents (art. 1985 C. civ. ital.). Les lois des autres pays ne pouvoient pas de la même façon à la protection des intérêts des incapables. Ainsi, dans le Code civil des Pays-Bas, on ne trouve pas l'institution de l'hypothèque légale au profit des incapables, telle qu'elle existe dans le Code civil italien. De là est née la question de savoir si le droit du mineur étranger à cet égard doit être régié par la loi territoriale, ou par sa loi personnelle.

Les tribunaux français ont résolu cette difficulté conformément à la doctrine traditionnelle, que l'hypothèque légale, étant un droit civil au même titre que la tutelle, et par conséquent une institution de droit civil, le mineur étranger ne peut avoir aucun droit d'hypothèque, sauf le cas de tutelle déferée en France à un français ou de tutelle légale ouverte en France sous l'empire de la loi française ou concernant des mineurs autorisés à établir leur domicile en France.<sup>1</sup>

897. — Laurent pose la question de savoir si les incapables néerlandais peuvent avoir l'hypothèque légale sur les biens que le tuteur possède en Belgique, et si les incapables belges peuvent l'avoir sur les biens du tuteur situés dans les Pays-Bas. Il résout la seconde de ces questions négativement et trouve la théorie traditionnelle bien fondée. Il observe, qu'on ne peut avoir un droit réel de préférence qu'en vertu du statut réel, que si la *lex rei sitæ* n'admet pas l'hy-

<sup>1</sup> Comparer l'arrêt de la Cour de Bourges du 4 août 1874. *Journal du Droit international privé*, T. VII, § 397, p. 471.



pothèque légale en faveur des mineurs, les biens situés sur le territoire où la loi exerce son empire ne peuvent pas être grevés de cette hypothèque.<sup>1</sup>

Nous devons dire qu'il est incontestable, en principe, que les droits réels de préférence doivent être régis par la loi territoriale et qu'ils ne peuvent être acquis que conformément à cette loi. Toutefois, la question ne nous paraît pas être une question de préférence. Etant donné que la loi territoriale permette de conférer l'hypothèque et qu'on doive décider d'après elle quelles sont les formalités indispensables pour la constituer et les préférences qui peuvent dériver de l'hypothèque constituée et inscrite, le titre de ce droit à l'égard d'un mineur étranger dans ses rapports avec le tuteur peut-il être la disposition de la loi, sous l'empire de laquelle la tutelle doit être considérée comme instituée?

Si on veut résoudre cette question d'après le système dans lequel on écarte la théorie traditionnelle, pour admettre que les droits sur les biens situés sur le territoire d'un État peuvent dériver d'une loi étrangère, on ne peut, à notre sens, exclure l'autorité de la loi qui doit régir la tutelle. En effet, comme cette loi doit régler tous les rapports qui en dérivent et par conséquent la nature et l'étendue des obligations du tuteur, elle doit servir à attribuer au mineur le droit de demander une garantie réelle sur les biens du tuteur. Celui qui a accepté la tutelle sous l'empire d'une loi, qui soumet ses biens à l'hypothèque, doit, en la prenant, se considérer comme tacitement obligé à donner une garantie réelle pour l'accomplissement de ses obligations à l'égard du mineur. De même que si l'hypothèque avait été consentie par convention expresse, le droit qui en serait né en faveur du créancier (sous la condition d'accomplir les formalités requises par la loi territoriale pour le rendre effectif et efficace) devrait être reconnu et produire effet, de même l'hypothèque légale du tuteur devrait être valable, parce qu'elle aurait été consentie tacitement par lui.

<sup>1</sup> *Droit civil international*, T. VII, § 397, p. 471.

La question ainsi posée, il est clair qu'on ne peut jamais appliquer la loi territoriale ; car la souveraineté de l'État où les biens sont situés n'est pas appelée à protéger les intérêts des étrangers incapables (cette protection devant être assurée par la souveraineté de l'État dont la personne digne de protection est citoyen) : tout doit donc dépendre de la loi personnelle qui doit régir la tutelle, ainsi que cela a été démontré plus haut. <sup>1</sup> Étant donné que les garanties établies par chaque loi dans l'intérêt des incapables sont la conséquence de leur condition juridique, la raison veut que la loi même, dont doit dépendre chaque personne et qui doit régler tout ce qui concerne sa condition juridique, doive aussi déterminer si telle ou telle garantie doit ou non être accordée en considération de la condition personnelle.

898. — C'est vainement qu'on objecterait, que l'hypothèque constitue un droit de préférence à l'encontre des créanciers chirographaires et qu'aucun droit de préférence ne peut être attribué par une loi étrangère sur les immeubles situés dans un État. En effet, le droit de requérir et d'obtenir l'inscription de l'hypothèque n'est pas par lui-même un droit de préférence, mais un *jus ad rem*, qui ne devient effectif et réel que quand l'hypothèque a été inscrite. De plus, comme nous avons soutenu et répété que l'inscription doit être opérée en conformité de la *lex rei sitæ* et que le rang de l'hypothèque qui a été inscrite doit être déterminé par la loi territoriale, cette même loi doit régler toute procédure destinée à rendre l'hypothèque effective au moyen de l'expropriation, il est clair que le *jus in rem* doit toujours rester soumis à la *lex rei sitæ*, et que tout ce que nous avons dit à l'égard de l'hypothèque légale des incapables se réduit à admettre que le droit de requérir et d'obtenir l'inscription de l'hypothèque peut être fondé sur la loi personnelle. Par conséquent, ce droit devant dépendre de cette loi, doit être

<sup>1</sup> Voir *suprà*, T. I, nos 156 et 461 et suiv.

admis même dans les cas où il ne serait pas reconnu par la loi territoriale. Ainsi, la *lex rei sitæ* devrait exercer son autorité pour rendre efficace et pour permettre d'exercer le droit conféré par la loi personnelle ; mais cette dernière loi devrait être réputée le titre dont dérive le droit d'hypothèque conféré par elle.

Nous ne croyons pas que notre doctrine puisse avoir pour résultat de porter atteinte aux droits de la souveraineté territoriale, pas plus qu'aux intérêts des tiers.

899. — Pour bien nous faire comprendre, nous allons examiner le cas proposé par Laurent, celui d'un mineur italien qui veut prendre inscription sur les biens de son tuteur situés dans les Pays-Bas, par le motif que ce droit dérive de la loi italienne, sous l'empire de laquelle la tutelle a été instituée.

Le Code des Pays-Bas n'admet pas en réalité l'hypothèque légale dans la même forme que le législateur italien ; mais on ne peut pas soutenir que dans le système de ce code on n'ait pas convenablement pourvu à la protection des intérêts des incapables. Le législateur néerlandais dispose, en effet, à l'article 390, que tout tuteur est tenu de fournir hypothèque pour la sûreté de sa gestion jusqu'à concurrence d'une somme proportionnée à l'importance de son administration. Cette somme doit être fixée par le juge du canton, après avoir entendu le tuteur, le protuteur et les parents du mineur, et en tenant compte de la nature des biens, ainsi que de la responsabilité éventuelle du tuteur. Ensuite, à l'article 1217, ce même législateur dispose que le tuteur, le curateur ou toute autre personne obligée en vertu de la loi ou d'une convention à constituer hypothèque, peut être contrainte de le faire par un jugement, dans lequel le juge doit spécifier les biens sur lesquels l'inscription doit être prise.

Or, tout le monde comprend que le législateur néerlandais a assuré d'une façon différente la protection des intérêts des incapables. Cependant, si dans le Code des Pays-

Bas il n'existe pas une disposition conforme à celle de l'article 1969 du Code civil italien, qui attribue l'hypothèque légale au mineur et à l'interdit sur les biens du tuteur, est-ce là une raison suffisante pour refuser à l'un ou à l'autre de demander et d'obtenir l'inscription, en observant les dispositions du Code néerlandais dans sa seconde section (art. 1224 et suiv.), à l'égard des formalités qui doivent accompagner l'inscription? C'est vainement qu'on objecterait que, le droit d'hypothèque dérivant de la loi italienne, cette loi ne pourrait pas exercer son autorité dans un pays étranger. Nous dirons, en sens contraire, qu'admettant à tous égards notre doctrine relative à la territorialité des lois, on ne peut pas ne pas admettre en principe qu'une loi puisse exercer partout son autorité, pour régler les droits qui, d'après la nature des choses et des rapports juridiques, doivent être régis par elle, et que rien ne peut faire obstacle à ce que ces droits aient pour objet les immeubles, pourvu que la reconnaissance de ces mêmes droits résultant de la loi étrangère n'ait pour résultat aucune atteinte au droit social ou à l'ordre public.

Il faut toujours admettre, que la protection des incapables doit être assurée par la souveraineté de l'État dont l'incapable est citoyen, parce qu'elle est appelée à sauvegarder les intérêts de celui-ci. On peut conclure de là, que toutes les mesures de protection et les garanties réelles doivent dépendre de la loi qui régit la condition des personnes et détermine ses rapports avec les lois, à l'autorité desquelles elle peut être soumise, et que rien ne peut s'opposer à ce que les droits dérivant de la loi personnelle s'étendent même aux immeubles situés en pays étranger. Il faut, toutefois, toujours tenir compte du droit de la souveraineté territoriale de déterminer les conditions nécessaires pour l'efficacité des garanties réelles et de limiter l'application de la loi personnelle, quand elle porte atteinte au droit social ou aux intérêts des tiers. Par conséquent, une loi étrangère qui, pour protéger les intérêts du mineur, lui accorderait la garantie réelle indépendamment de toute publicité et de toute



inscription, ou qui l'étendrait à tout le patrimoine de l'obligé sans nécessité de spécification ou qui, non seulement conférerait l'hypothèque légale à l'incapable, mais la déclarerait privilégiée, de façon à attribuer au mineur un droit de préférence à l'égard de tous les créanciers hypothécaires, ne pourrait pas avoir autorité dans un État étranger, par dérogation à la loi territoriale, qui aurait organisé différemment le régime hypothécaire pour protéger les intérêts généraux et les droits des tiers.

900. — On doit aussi conclure des principes que nous venons d'exposer que, si l'hypothèque légale résulte d'un fait juridique accompli sous l'empire d'une loi, telle que, par exemple, l'hypothèque attribuée au vendeur ou à toute personne qui a aliéné un immeuble, sur les immeubles aliénés, pour l'accomplissement des obligations résultant de l'acte d'aliénation, le droit peut être basé sur cette loi, à laquelle doit être réputée soumise l'obligation principale, dont l'accomplissement est garanti par l'hypothèque. La raison est toujours la même, c'est que la loi destinée à régler le contrat doit avoir partout autorité pour déterminer la substance et la nature de l'obligation, et les effets immédiats qui en dérivent, ainsi que tout ce qui, aux termes de la loi, résulte, soit de ce qui a été expressément convenu entre les parties, soit de ce qui doit être réputé tacitement consenti par elles. Lorsque deux personnes contractent sous l'empire d'une loi qui confère à celui qui a vendu en accordant un délai pour le paiement du prix, une hypothèque sur l'immeuble aliéné pour garantir le paiement du prix, cela n'est-il pas la même chose que si celui qui a aliéné avait expressément stipulé une hypothèque pour assurer le paiement? Si celui qui a aliéné n'a pas exigé une telle stipulation, parce qu'il contractait sous l'empire d'une loi qui lui attribuait ce droit, et si l'acquéreur ne l'a pas acceptée formellement, parce qu'il savait qu'elle n'était pas nécessaire par suite de la disposition de cette même loi, comment pourrait-on refuser de re-

connaître un tel droit d'hypothèque résultant de la loi du contrat, sans méconnaître les droits acquis par les parties aux termes de la loi, sous l'empire de laquelle elles se sont obligées par contrat ?

901. — De là il résulte que, pour décider si, dans les cas de vente, de partage de créance ou de société, l'hypothèque légale est ou non due, tout doit dépendre de la loi sous l'empire de laquelle les parties se sont obligées et que, lorsque le droit d'hypothèque doit être réputé acquis en vertu de la loi du contrat, il doit être reconnu et doit pouvoir être exercé partout, au même titre que l'hypothèque conventionnelle, mais sous les conditions et avec les limitations que nous avons plusieurs fois indiquées.

902. — Nous croyons utile de résoudre une dernière difficulté, celle de savoir si, dans l'hypothèse où l'hypothèque dérivant de la loi étrangère doit être admise, l'intéressé peut demander et obtenir l'inscription sans aucune formalité, comme nous l'avons décidé en matière d'hypothèque conventionnelle, ou bien si, au contraire, il faut que le magistrat territorial ait déclaré que le droit d'inscrire l'hypothèque est bien fondé sur la loi étrangère. Il nous semble qu'il faut s'en tenir à la seconde façon de procéder, lorsque la *lex rei sitæ* dispose expressément en ce sens. Aux termes du Code civil néerlandais, par exemple, il est expressément disposé (art. 1217), que toute personne obligée par la loi à constituer hypothèque peut y être contrainte en justice. En admettant notre doctrine, on devrait dire, que le droit d'obliger quelqu'un à constituer hypothèque sur un immeuble situé aux Pays-Bas peut être fondé sur une loi étrangère, et que ce droit doit être admis, même lorsque le cas prévu par la loi étrangère ne serait pas au nombre de ceux énumérés dans le Code néerlandais, mais que l'intéressé doit faire reconnaître son droit par le magistrat territorial. Même en l'absence d'une disposition légale expresse, on ne pourrait pas

accorder à l'intéressé la faculté de faire inscrire l'hypothèque en vertu de la loi étrangère, sans que le droit à cet égard ait été reconnu par le magistrat territorial compétent. Nous ne saurions, en effet, admettre à l'égard de l'hypothèque légale le principe, que nous avons reconnu à l'égard de l'hypothèque conventionnelle. En ce qui concerne cette dernière, le droit réel résultant d'un contrat, il peut suffire de présenter le titre sur lequel elle est basée, et lorsque ce titre est revêtu, quant à sa forme externe, de toutes les formalités requises par la loi territoriale pour procéder à l'inscription, on peut requérir et obtenir cette inscription. Quand, au contraire, le titre est la loi étrangère, celle-ci ne peut incontestablement pas être représentée, ni l'inscription être admise, sans qu'on ait d'abord démontré que cette loi accorde véritablement l'hypothèque. Par conséquent, il est indispensable qu'on obtienne l'autorisation du magistrat territorial, qui peut décider si le droit appartient ou non à la personne qui veut s'en prévaloir.

903. — Nous allons dire un mot de l'hypothèque légale attribuée à l'État, aux communes et aux établissements publics sur les biens des receveurs et des administrateurs. Cette hypothèque est admise d'après la loi de certains pays, et il est clair qu'elle a pour objet de protéger les intérêts de l'État et le patrimoine public contre ceux qui en ont l'administration. Toutes les lois ne sont pas d'accord à cet égard. Ainsi, d'après la loi italienne, cette hypothèque n'a pas été réputée nécessaire pour protéger les intérêts de l'État, et le Code civil consacre seulement l'hypothèque légale de l'État sur les biens des condamnés, pour le recouvrement des frais de justice en matière criminelle, correctionnelle et de police, en y comprenant les droits dus aux fonctionnaires et aux officiers judiciaires. Le législateur français, au contraire, l'admet, et il en est de même en Belgique.

Les principes, que nous avons exposés à l'égard du droit d'hypothèque légale des incapables, ne peuvent pas s'appli-

quer à l'hypothèque légale attribuée à l'État et aux autres personnes juridiques créées par lui. Ayant basé toute notre théorie sur l'idée de la convention tacite entre les parties, convention qui est la conséquence du fait juridique réalisé volontairement par elles sous l'empire de la loi qui attribue à l'obligation l'effet juridique de la garantie réelle, nous ne pouvons pas considérer cette idée comme applicable à l'hypothèque créée par l'État dans son propre intérêt. Il faut, en effet, voir là un acte de souveraineté connexe aux principes qui règlent l'administration publique. <sup>1</sup> Il est, dès lors, clair que la loi émanée de la souveraineté d'un État, qui s'attribue un tel droit, ne peut avoir aucune autorité exterritoriale. L'État est une personne juridique, qui existe comme telle de plein droit, de même que sont également des personnes juridiques les communes, les institutions publiques et les corps moraux reconnus par l'État. Or, on ne peut assimiler, à aucun point de vue, la condition des personnes juridiques à celle des particuliers, de façon à considérer comme applicables aux uns et aux autres les mêmes principes à l'égard de leurs droits. Par conséquent, nous croyons devoir conclure que même, lorsqu'aux termes de la *lex rei sitæ*, on admettrait l'hypothèque légale en faveur de l'État, on ne pourrait pas permettre à un État étranger d'inscrire cette hypothèque sur les biens des administrateurs publics situés dans un pays placé sous l'empire de cette loi. La loi qui attribue un tel droit, étant un acte de haute administration motivé par l'idée de sauvegarder les intérêts patrimoniaux

<sup>1</sup> Il nous semble cependant, que le comptable de l'État, par le fait qu'il entre en fonctions, accepte les conditions de son entrée au service de l'État, dont l'une qui résulte nécessairement de sa fonction est l'hypothèque qui frappe ses biens. Comme il accepte librement la fonction publique, qui lui est confiée, on ne peut pas dire que ce soit par un acte de souveraineté que l'État grève ses biens de l'hypothèque légale, qui est plutôt la suite nécessaire de son entrée au service de l'État. Nous ne voyons dès lors, pas de raison pour mettre cette hypothèque légale dans une catégorie à part, ni de motifs sérieux pour la restreindre aux biens situés dans l'État, au profit duquel elle existe. (Note du traducteur Ch. A.)



de l'État, ne peut avoir autorité en pays étranger. Il est, en effet, inadmissible qu'une souveraineté puisse elle-même créer une garantie réelle à son profit en concurrence avec les créanciers chirographaires, en l'étendant aux biens soumis à l'autorité d'une souveraineté étrangère.

Quand l'hypothèque légale en faveur de l'État est reconnue aux termes de la loi de deux pays donnés, comme cela a lieu notamment en France et en Belgique, on ne peut admettre que l'un puisse, en observant les formalités établies par la loi territoriale, inscrire en sa faveur l'hypothèque sur les biens des administrateurs situés sur le territoire de l'autre ; mais cela pourrait avoir lieu, soit en vertu d'une stipulation expresse d'un traité entre les deux États ou en vertu d'une réciprocité de fait établie entre eux en cette matière. Il faudra, toutefois, considérer qu'en de telles circonstances, l'étendue de l'hypothèque sur les biens situés dans l'autre État serait toujours la conséquence de la concession de la souveraineté territoriale, en vertu d'un traité ou de la réciprocité, mais jamais l'application des principes généraux, que nous avons établis à l'égard de l'hypothèque légale attribuée aux particuliers.

### § III.

#### *De l'hypothèque judiciaire.*

904. De l'hypothèque judiciaire et de ses caractères. — 905. On ne peut pas lui appliquer les mêmes règles qu'à l'hypothèque légale. — 906. Elle ne peut pas être considérée comme un droit appartenant à la partie et déclaré par le juge. — 907. Effets de cette hypothèque en pays étranger. — 908. Importance des traités.

904. — Nous devons appliquer à l'hypothèque judiciaire des principes tout différents de ceux, que nous avons établis jusqu'ici à l'égard de l'hypothèque légale. L'hypothèque judiciaire, dans les pays où elle est admise, dérive aussi de la

loi qui attribue à toute sentence portant condamnation au paiement d'une somme d'argent ou à l'accomplissement de toute autre obligation, qui peut se résoudre en dommages-intérêts, l'effet de produire en faveur de celui qui l'a obtenue l'hypothèque sur les biens du débiteur.

Il faut, avant tout, considérer, que l'hypothèque judiciaire n'est pas admise d'après la loi de tous les pays. Ainsi, elle ne l'est pas en Belgique, où la loi hypothécaire du 16 décembre 1851 l'a supprimée, ni au Portugal, ni dans le Canton de Genève, où elle fut supprimée par la loi du 6 juin 1851. Dans d'autres pays, la sentence est considérée comme un titre suffisant pour obtenir l'hypothèque, mais il faut demander l'hypothèque par voie d'exécution, ce qui peut se faire sans contradiction des parties : c'est ce qui a lieu en Allemagne.

Il faut, en outre, considérer, qu'aux termes des principes du droit, l'hypothèque judiciaire a donné lieu à de nombreuses controverses à l'égard de son fondement juridique ; car, à vrai dire, la faculté accordée au magistrat saisi de l'affaire (qui devrait se borner à reconnaître et à déclarer les droits des parties) d'attribuer au créancier un droit réel, qu'il n'avait pas d'abord, le mettant ainsi dans une situation avantageuse à l'égard de tous les autres créanciers, ne peut être justifiée sans contestation. Les créanciers qui avaient eu foi en leur débiteur commun, en considérant ses biens comme la garantie des droits qui appartiennent à chacun d'eux, et qui savaient, en contractant, que ces biens n'étaient grevés d'aucune hypothèque conventionnelle, se trouvent frustrés dans leurs droits, par le fait de l'un d'eux qui, pouvant agir en justice avant les autres (parfois par suite de la circonstance fortuite de l'époque de l'échéance de sa créance antérieure à celle des autres, parfois à raison de la plus grande diligence de l'avoué appelé à diriger l'instance), arrive ainsi à obtenir une garantie réelle au moyen de l'hypothèque judiciaire, en vertu de laquelle il acquiert un droit de préférence à l'égard des biens, qui étaient le gage commun de la masse des créanciers.

905. — Sans entrer dans d'autres détails à ce sujet, nous avons cru nécessaire d'indiquer les graves controverses auxquelles donne naissance l'hypothèque judiciaire, parce qu'on peut mieux comprendre la raison pour laquelle nous ne saurions admettre, que les principes applicables à l'hypothèque conventionnelle et à l'hypothèque légale dans l'intérêt des particuliers (hypothèque légale que nous avons assimilée à une hypothèque conventionnelle tacite) le doivent être également à l'égard de celle dont nous nous occupons actuellement. A l'égard de l'hypothèque conventionnelle, nous avons soutenu, que le droit attribué au créancier par le propriétaire des biens grevés d'hypothèque doit s'étendre même à ceux situés en pays étranger, parce que nous avons démontré que cela doit être considéré comme la conséquence des droits compris dans celui de propriété et de la faculté pour le propriétaire de consentir à assurer l'accomplissement de ses obligations par la garantie réelle de ses biens, en quelque lieu qu'ils soient situés. Dans l'hypothèque judiciaire, au contraire, le propriétaire subit l'hypothèque en vertu de la sentence du juge et la subit, non parce qu'on peut admettre un consentement exprès ou tacite de sa part, mais en vertu du pouvoir attribué au magistrat par la loi d'accorder au créancier la garantie réelle sur les biens de son propre débiteur, en condamnant ce dernier à la supporter comme conséquence de la condamnation au paiement. Or, chacun comprend, en examinant à fond la matière que, comme tout dépend du pouvoir souverain, qui attribue cette faculté au juge, tout effet doit être nécessairement restreint dans les limites du territoire sur lequel la souveraineté exerce son autorité. Par conséquent, nous admettons, en principe, que l'hypothèque judiciaire, lorsqu'elle doit être admise d'après la loi du pays où le jugement est rendu, doit être réputée sans effet à l'étranger. Nous disons cela, bien que, d'après les principes que nous avons exposés, nous croyions devoir admettre que les droits des parties reconnus par le magistrat compétent qui a prononcé la sentence doivent être valables

partout, en vertu de l'autorité exterritoriale de la chose jugée, sauf la condition de l'*exequatur*.<sup>1</sup>

906. — L'hypothèque judiciaire, comme nous l'avons déjà dit, ne peut pas être considérée comme un droit appartenant à la partie et déclaré par le juge. Certains auteurs se sont efforcés de la considérer comme telle, en alléguant que, lorsque les parties ont stipulé sans consentir d'hypothèque, on doit réputer tacitement convenu entre elles, que faute par le débiteur d'exécuter l'obligation, le créancier a le droit de le faire condamner à constituer l'hypothèque, de sorte que la sentence, qui constate la réalisation de la condition de l'absence du paiement et condamne à donner hypothèque, rend ainsi efficace la convention tacite et est, dès lors, déclarative et non attributive de droits. Nous devons dire, toutefois, que, si tout se passait entre le créancier et le débiteur, le raisonnement pourrait être admis ; mais, en réalité, la sentence attribuée au créancier, qui a eu la bonne fortune et la possibilité d'introduire le premier une demande en justice, un droit de préférence à l'égard des biens, qui étaient la garantie commune de tous les créanciers, et cette préférence ne peut certes pas se justifier par la prétendue convention tacite. C'est là un droit qui dérive de la souveraineté qui, en vertu de la faculté qui lui appartient d'assurer l'exécution des décisions de justice, accorde au magistrat le pouvoir de rendre sa sentence efficace au moyen de l'hypothèque et d'attribuer, par conséquent, au créancier

<sup>1</sup> Voir notre ouvrage : *Effetti internazionali delle sentenze straniere in materia civile* (Turin, Loescher, 1875) et la monographie publiée en espagnol et inédite en italien, *Effectos internacionales de las sentencias de las tribunales, version castellana par Garcia Moreno* (Madrid, 1888). Voir aussi notre autre ouvrage : *Delle disposizioni generali sulla pubblicazione et applicazione delle leggi (commento al codice civile italiano)*, T. I, n<sup>os</sup> 463 et suiv., et T. II, n<sup>o</sup> 900 et suiv. (Naples, Marghieri, 1877-1888). *Observations sur une sentence étrangère qui a prononcé le divorce dans le journal La Legge*, 1889, p. 534 et 786; — *Note sous un arrêt de la Cour d'Ancone*, dans le *Foro italiano*, 1889.



un droit réel, qu'il n'avait pas en concurrence avec les autres créanciers. Or, nous devons répéter que cette sorte d'hypothèque ne peut avoir d'effet que sur le territoire soumis à l'empire de la souveraineté, dont elle provient.

907. — Quant aux effets en pays étrangers, il nous semble que l'hypothèque judiciaire peut en produire en faveur de celui au profit de qui la sentence a été rendue, mais seulement lorsqu'elle est admise aux termes de la loi du lieu où le jugement étranger doit être exécuté, et avec les restrictions de cette loi, et qu'elle ne peut devenir efficace qu'après que la sentence étrangère a été déclarée susceptible d'exécution par suite de l'*exequatur* accordé par l'autorité judiciaire territoriale. Par conséquent, d'après nous, l'hypothèque judiciaire peut résulter uniquement de l'*exequatur*. Étant donné qu'aux termes de la loi territoriale, l'hypothèque judiciaire soit considérée comme la mesure nécessaire pour assurer l'exécution de toute sentence qui condamne au paiement, il est naturel que, par là même qu'on accorde l'*exequatur* au jugement étranger, on doive admettre l'hypothèque judiciaire. Dès lors, il est clair que cette hypothèque commence à exister avec l'*exequatur*, et qu'elle doit être soumise, en ce qui concerne les biens qui peuvent en être grevés et en ce qui concerne l'inscription et le rang, aux dispositions de la loi territoriale.

908. — Les principes généraux que nous venons d'établir peuvent recevoir certaines modifications, en vertu des traités internationaux, au moyen desquels il peut être convenu entre deux États, que l'hypothèque judiciaire résultant des sentences prononcées par les tribunaux de l'un d'eux doit être reconnue sans autre formalité spéciale et que la partie intéressée peut requérir l'inscription avant que le jugement n'ait été rendu exécutoire. C'est ce qui a lieu actuellement à l'égard des sentences prononcées par les tribunaux français et italiens. En effet, aux termes du traité de 1760

entre la France et la Sardaigne, qu'on considère comme applicable à l'Italie, on peut inscrire sans autre formalité, dans un des deux pays, l'hypothèque dérivant d'une sentence d'un tribunal de l'autre pays avant l'*exequatur*.<sup>1</sup> Cela, toutefois, résulte de ce que les États peuvent, par des conventions, modifier l'application des principes de droit commun international dans leurs territoires respectifs.

#### § IV.

##### *De l'hypothèque maritime.*

909. L'hypothèque sur le navire est reconnue par les lois de certains pays. — 910. Elle n'est pas soumise aux mêmes règles que les autres hypothèques. — 911. Principes relatifs à la loi qui doit régir la constitution de cette hypothèque. — 912. Théorie de Laurent. — 913. Notre opinion. — 914. Principes admis par la jurisprudence. — 915. Observations critiques. — 916. L'hypothèque du navire doit, en principe, être régie par la loi qui règle la condition juridique de ce bâtiment. — 917. Pour se prévaloir des droits dérivant de la constitution d'hypothèque passée à l'étranger, le contrat doit-il être d'abord déclaré exécutoire? — 918. Observations sur l'arrêt de la Cour de cassation française relatif à la validité de l'hypothèque constituée sur le navire grec *Dio Adelfi*. — 919. Principes relatifs aux formalités de publicité. — 920. Application des principes dans le système consacré par la loi anglaise.

909. — Le navire, bien qu'étant naturellement une chose mobilière, peut faire l'objet de l'hypothèque. Aux termes des lois de certains pays, le propriétaire du navire peut, en effet, assurer l'accomplissement des obligations par lui contractées en grevant ce bâtiment d'hypothèque. En France, ce droit n'était pas reconnu avant la loi du 10 décembre 1874. En Belgique, il a été admis par la loi du 21 août 1879, qui a modifié le livre II du Code de commerce. Il en fut de même dans d'autres pays, comme la Grèce (loi du 13 novembre

<sup>1</sup> Voir l'arrêt de la Cour de Turin du 20 mars 1876 (Pont c. Chateauvillard), *La Legge*, 1876, p. 853; — Cour de Lucques, 2 février 1882; et Gianzana, *Lo straniero nel diritto civile italiano*, T. 1, 3<sup>e</sup> partie, § 242.

1851), l'Angleterre (loi de 1854, *Shipping merchant act*) et les Pays-Bas. En Italie, au contraire, il est permis de constituer en gage le navire, sous certaines conditions déterminées par les articles 485 et suivants du Code de commerce, et le navire ou les parties de ce bâtiment, même entre les mains du tiers possesseur, garantissent le paiement des dettes, à raison desquelles il a été donné en gage (art. 674); mais on n'admet pas l'hypothèque sur le navire, car il n'est pas énuméré parmi les objets susceptibles de ce droit réel.

Les diverses législations sont, non seulement différentes à l'égard de la constitution de l'hypothèque sur le navire, mais encore en ce qui concerne les formalités de preuve et de publicité de ce droit. Dès lors, il est difficile de déterminer la validité et l'efficacité de cette constitution d'hypothèque. On peut, en effet, se demander quelle est la loi qui doit avoir autorité pour déterminer la valeur de l'hypothèque, lorsque le navire se trouve dans un port étranger.

910. — Nous avons déjà dit, que les règles générales relatives à l'autorité de chaque loi en matière d'hypothèque ne sont pas applicables au navire, parce qu'en raison de sa nature et de sa destination, il se trouve dans une condition toute spéciale. Il représente par lui-même une somme d'intérêts, le centre de l'industrie maritime, et étant destiné à naviguer, il ne peut être localisé, puisqu'il doit, à raison de sa destination, se trouver temporairement placé sous l'empire de diverses lois. De là, il résulte que les règles relatives à l'autorité des lois à l'égard des rapports juridiques du navire, en tant qu'il est un instrument du commerce maritime et du crédit indispensable pour l'exercer, doivent être étudiées à un point de vue entièrement spécial. Nous nous occuperons spécialement quand nous traiterons du droit commercial international. Ici, nous nous bornerons à parler seulement de l'hypothèque sur le navire, en ce qui concerne la constitution et la validité, pour compléter la matière spéciale que nous étudions et pour déterminer comment les

principes que nous avons exposés en matière d'hypothèque doivent être appliqués dans le cas où ce droit a pour objet un navire.<sup>1</sup>

911. — Pour ce qui concerne la validité de la constitution d'hypothèque, nous avons établi, en principe, qu'on doit déterminer, d'après la *lex rei sitæ*, quels sont les objets susceptibles de ce droit. Nous avons conclu de là, que c'est d'après cette loi qu'on doit décider si les choses mobilières qui se trouvent sur le territoire d'un État peuvent ou non être hypothéquées. La loi de chaque pays doit avoir une autorité absolue à cet égard, parce que c'est conformément à cette loi qu'on doit déterminer la condition juridique des choses et établir comment les droits sur ces mêmes choses peuvent être constitués à l'égard des tiers. Toutefois, ce principe n'est pas applicable au navire, parce que la situation actuelle de cette chose ne peut pas avoir pour conséquence de la faire considérer comme une partie du territoire de l'État auquel appartiennent les eaux territoriales dans lesquelles elle se trouve. On admet généralement, comme la Cour de Bruxelles dans son arrêt du 27 décembre 1879,<sup>2</sup> que les meubles considérés individuellement sont régis par la loi du lieu où ils se trouvent actuellement, et qu'il en est ainsi spécialement pour ce qui concerne la détermination des droits dont ils sont susceptibles. Toutefois, c'est là uniquement l'application du principe général, que tout ce qui se trouve sur le territoire doit être considéré, durant sa situation actuelle, comme en faisant partie ; mais il nous semble que ce principe ne peut pas exercer son autorité à l'égard d'un navire qui se trouve dans les eaux territoriales d'un État, parce que ce bâtiment, considéré dans son individualité,

<sup>1</sup> Compar. Wharton, *Conflict of Laws*, § 356 et suiv. ; Desjardins, *Traité de droit commercial maritime*, T. V ; Laurent, cit., T. VII, § 385 et suiv. ; Brocher, *Droit international privé*, T. II, § 266 ; Lyon-Caen, *Journal du Droit international privé*, 1882, p. 246.

<sup>2</sup> *Belgique judiciaire*, 1880, 131.



quand il pénètre dans les eaux territoriales étrangères, ne perd pas plus son caractère territorial que son caractère national. En effet, aux termes du droit commun international, il est considéré comme une dépendance du territoire de l'État, qui le couvre de son pavillon pour tout ce qui concerne les rapports à l'intérieur de ce bâtiment, et non seulement pour ce qui concerne ceux qui ont trait à la loi civile du pays auquel le navire appartient. Par conséquent, le navire étranger, pris dans son individualité, ne pouvant pas être considéré comme une partie du territoire de l'État où il se trouve, ne peut être soumis à aucun point de vue aux lois qui y sont en vigueur, au même titre que les choses mobilières qui s'y trouvent localisées. L'autorité de la loi territoriale à l'égard d'un navire étranger doit être admise seulement pour les actes extérieurs qu'il accomplit durant son séjour dans les eaux territoriales et pour les conséquences juridiques qui peuvent résulter de ces mêmes actes à l'égard de la souveraineté, des particuliers et des tiers intéressés.

912. — Laurent fait observer, que le principe que nous venons d'indiquer ne se trouve pas écrit dans la loi civile; que la règle, en vertu de laquelle le navire étranger est réputé une dépendance du territoire de l'État qui le couvre de son pavillon, est admis seulement pour ce qui concerne la discipline et la police à bord du navire; que la question de l'hypothèque est une question de préférence, qui, comme telle, doit dépendre du droit civil, car on ne peut admettre aucune cause de préférence en dehors de celles établies par la loi territoriale. Nous répondrons à cette objection, que le droit international n'a pas encore été codifié, que, dès lors, pour résoudre les contestations en cette matière, il est indispensable que les tribunaux observent les principes généraux du droit-civil international. Or, d'après ces principes, il est incontestable qu'on ne saurait admettre qu'un navire qui pénètre dans les eaux territoriales d'un État par suite

des nécessités du commerce, et pour y séjourner temporairement, puisse être assimilé à une chose mobilière localisée. Cette dernière chose est, de même que le navire, à la disposition de son propriétaire ; mais elle n'est pas destinée à passer incessamment sous l'empire de lois différentes, comme le navire qui, étant un instrument de commerce et de navigation, ne peut, suivant la nature des choses, être considéré autrement que dans sa mobilité continuelle et dans sa situation indispensable d'être sous l'empire de lois différentes. Dès lors, la condition juridique du navire ne peut pas être déterminée par les lois des divers pays où il peut se trouver. Autrement, en raison de son état de mobilité continuelle et de soumission incessante à des lois différentes, sa condition juridique serait constamment variable, puisqu'elle devrait changer suivant les lieux où il se trouverait, et qu'il en résulterait qu'il ne pourrait pas avoir une condition juridique déterminée, mais qu'il en aurait autant que de lois différentes, sous l'empire desquelles il devrait nécessairement se trouver placé.

913. — Tout le monde comprend que, si on veut que le navire ait une condition juridique, il faut admettre que cette condition soit déterminée par une loi unique. Sans vouloir dire, avec Clunet, dans sa consultation sur l'affaire soumise à la Cour de Bruxelles, que le navire serait une personne juridique, nous trouvons, néanmoins, dans les conclusions auxquelles arrive cet auteur, que le navire ne peut pas être assimilé aux meubles ordinaires, une autorité sérieuse à l'appui de l'opinion par nous déjà soutenue, <sup>1</sup> que la condition juridique du navire, pour ce qui concerne la possibilité d'être l'objet d'une hypothèque, doit être déterminée d'après la loi du lieu où le bâtiment doit être réputé localisé, c'est-à-dire d'après celle de l'arrondissement maritime où le navire est inscrit et où il a son siège fixe.

<sup>1</sup> Voir la 2<sup>e</sup> édition du présent traité, Appendice, p. 582.

Nous ne voulons pas, toutefois, prétendre qu'on doive admettre que le navire ait un statut personnel et doive être considéré comme une personne juridique. Cependant, de même qu'à l'égard des personnes, on doit, pour assurer la stabilité de leur condition juridique, reconnaître à certaines lois une autorité exterritoriale naturelle, en vertu de laquelle la souveraineté de l'État exerce son empire sur le citoyen même en pays étranger, tandis qu'au contraire d'autres lois sont applicables à tous ceux qui se trouvent sur le territoire et qui y font des actes, parce qu'elles assurent la sûreté et la propriété de la société, ou parce que les personnes se sont volontairement soumises à l'autorité de ces lois ; de même, afin de rendre stable la condition juridique de chaque navire, on doit admettre partout l'autorité de la souveraineté de l'État qui le couvre de son pavillon, pour déterminer la propriété de ce bâtiment et les droits pour son propriétaire de le céder ou de le transférer en tout ou partie, ou de le donner en garantie des obligations contractées, de façon que l'autorité de la loi émanée de cette souveraineté constitue pour le navire une sorte de statut personnel et régit partout la condition juridique de ce bâtiment, les droits de propriété acquis ou transférés et les droits qui doivent être considérés comme compris dans le droit de propriété, tel que, par exemple, celui de grever le navire d'hypothèque.

Nous dirons, en son lieu, comment doit être déterminée l'autorité de la loi territoriale à l'égard des droits des particuliers sur les navires étrangers, à la suite des faits juridiques accomplis par eux, alors que ce bâtiment se trouve dans les eaux territoriales, ainsi que les préférences et les privilèges en cas de concours de créanciers. Il ne convient pas, en effet, de confondre la question des privilèges avec celle de la condition juridique, de la propriété du navire, du droit de l'aliéner en tout ou en partie et de le grever d'hypothèque. Ces questions doivent être considérées comme entièrement distinctes, parce qu'elles doivent être résolues par application de principes différents.

L'hypothèque n'est pas un droit de préférence. Elle place, en réalité, le créancier au profit duquel elle est constituée, dans une condition toute spéciale à l'égard des créanciers chirographaires, en lui attribuant sur la chose un droit réel, en vertu duquel il peut la suivre entre les mains des tiers détenteurs pour obtenir le paiement de la dette ainsi garantie, mais ce droit réel est bien distinct du privilège. Le privilège dérive de la loi, tandis que l'hypothèque résulte du droit absolu de propriété du propriétaire, et dérive du droit pour celui-ci d'aliéner la chose et de lui donner toute destination possible, comme, par exemple, celle de la constituer en garantie de sa dette.

Dès lors, la question de savoir si un navire peut ou non être grevé d'hypothèque doit être résolue en tenant compte de la capacité du propriétaire, du droit d'aliéner le navire ou une partie de la propriété de ce bâtiment, de la susceptibilité pour le navire d'être grevé d'hypothèque; et comme tout dépend de la condition juridique du navire, cette condition doit être déterminée d'après la loi de l'État auquel ce bâtiment appartient. En effet, comme nous l'avons dit plus haut, cette loi devant régir la propriété et le transfèrement du navire,<sup>1</sup> tout doit dépendre de cette loi, et non de celle du lieu où par hasard se trouve ce bâtiment.

Pour résoudre, d'après les principes que nous venons d'exposer, la première des questions que nous avons posées, celle de la loi qui doit régir la validité de l'hypothèque constituée sur un navire, nous devons dire, sans hésiter, qu'elle doit être résolue par application de la loi de l'État auquel appartient le navire. Comme on doit déterminer d'après cette loi la condition juridique du navire et les droits qui peuvent être acquis sur ce bâtiment au moyen d'un contrat, il nous paraît clair que, lorsqu'aux termes de cette loi, le navire serait déclaré susceptible d'hypothèque conventionnelle, les droits du créancier ainsi acquis légale-

<sup>1</sup> Voir *suprà*, § 841 et suiv.



ment devraient être reconnus et respectés partout, comme doivent l'être tous les droits légalement acquis en vertu d'un contrat. Ce ne pourrait, dès lors, pas être le cas d'appliquer la loi du lieu où par aventure le navire se trouverait, pas plus pour décider si durant son séjour temporaire sous l'empire de cette loi il pourrait devenir susceptible d'hypothèque, alors qu'il ne l'était pas, que pour méconnaître le droit acquis sur ce bâtiment en vertu d'une hypothèque consentie en conformité de la loi à laquelle le navire marchand doit être réputé partout soumis. La raison en est toujours la même, c'est que, tout dépendant de la condition juridique du navire, qui ne peut être régie par la loi du lieu où il se trouve accidentellement, ce devra être seulement d'après la loi de l'État auquel le navire appartient qu'on devra décider si l'hypothèque qui le grève doit être considérée comme valable et si le créancier auquel cette hypothèque a été constituée peut s'en prévaloir.

914. — Une théorie entièrement contraire à la nôtre est celle de la jurisprudence française antérieure à la loi de 1874, qui admet l'hypothèque sur le navire. La Cour de Caen, appelée à décider si l'hypothèque constituée en Angleterre sur un navire anglais (*La Caroline*) d'après la loi anglaise et au profit d'un anglais pouvait être reconnue en France, où la loi déclarait les navires non susceptibles d'hypothèque, a décidé négativement, en se fondant principalement sur le motif que la loi française déclarait les meubles, en y comprenant les navires, comme non susceptibles d'hypothèque.<sup>1</sup> Cette théorie fut ensuite confirmée par la Cour de cassation française par arrêt du 19 mars 1872, où, partant du principe « que les meubles qu'un étranger possède « en France sont régis par la loi française en ce qui concerne les questions de possession, de privilèges et de voies

<sup>1</sup> Caen, 12 juillet 1870 (arrêt après partage), *Journal du Palais*, p. 269. Voir la note de M. Labbé, id.

« d'exécution », elle conclut, « que la constitution d'un droit  
 « d'hypothèque, ou *mort-gage*, consentie en Angleterre et  
 « conformément à la loi anglaise, au profit d'un anglais sur  
 « un navire anglais appartenant à un sujet anglais dont la  
 « faillite a été déclarée en France, est nulle à l'égard des  
 « créanciers français, comme violant la règle que les meu-  
 « bles ne peuvent être hypothéqués. »<sup>1</sup>

La Cour de Bruxelles arriva aux mêmes conclusions dans son arrêt du 27 décembre 1879, par lequel elle décida que n'était pas valable la constitution sur un navire anglais d'une hypothèque, qui avait été consentie alors qu'était encore en vigueur en Belgique le Code de commerce français de 1808, qui déclarait (art. 190) que les navires étaient des meubles et n'étaient pas susceptibles d'hypothèque.

915. — Nous ne pouvons mieux faire que de répéter ce que nous avons déjà écrit, en critiquant les arrêts précités de la Cour de Caen et de la Cour de cassation. « Si, disions-nous, les droits légitimement acquis d'après la loi du pays auquel le navire appartient, pouvaient être invalidés en appliquant pour statuer à leur égard les lois des pays étrangers, où par hasard le navire peut se trouver, le crédit maritime serait profondément atteint. A quelle loi pouvait se conformer un créancier anglais qui acquérait en Angleterre un droit d'hypothèque (*mort-gage*) sur un navire anglais, sinon à la loi anglaise? Quand le navire touchait le territoire français, il était déjà grevé de cette obligation, et les créanciers français pouvaient seulement en exiger la preuve, mais ne pouvaient jamais prétendre que, l'hypothèque n'ayant pas été constituée en conformité des prescriptions de la loi française, le droit acquis selon la loi du contrat était annulé. »<sup>2</sup>

Les tribunaux français, depuis la promulgation de la loi

<sup>1</sup> Cass., 19 mars 1872, *Journal du Palais*, 1872, p. 560.

<sup>2</sup> 2<sup>e</sup> édition de cet ouvrage, 1874, appendice, p. 531. Voir aussi la traduction de cet ouvrage par Pradier-Fodéré (Paris 1875), p. 583.

de 1874, ont modifié leur doctrine relative à la validité de l'hypothèque constituée sur un navire étranger et en ont admis la validité. C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation dans l'affaire *Barbaressos*, en cassant l'arrêt de la Cour d'Aix, et en admettant que l'hypothèque constituée sur le navire grec *Dio Adelphi* devait être réputée valable en France.<sup>1</sup> On ne saurait dire, néanmoins, que la jurisprudence française ait admis un autre principe, car la Cour de cassation invoque, comme argument principal, pour reconnaître l'hypothèque grevant un navire grec, que la loi du 10 décembre 1874 en vigueur en France a déclaré les navires susceptibles d'hypothèque. De là, il résulte clairement que la Cour est arrivée à une conclusion différente, en partant toujours du même principe, qu'on doit décider d'après la loi en vigueur au lieu où le navire étranger se trouve et où le droit d'hypothèque acquis est contesté. D'abord, elle n'en admettait pas la validité, parce que la loi française ne la reconnaissait pas; aujourd'hui elle l'admet, parce que la loi de 1874 a déclaré les navires susceptibles d'être hypothéqués. Dès lors, tout en acceptant les conclusions de la jurisprudence française la plus récente, nous devons néanmoins persister à combattre le principe, sur lequel elle se fonde et d'après lequel la validité de la constitution de l'hypothèque sur un navire étranger doit dépendre de la loi du lieu où il se trouve et où on conteste le droit acquis. Nous devons persister à le combattre, parce qu'en admettant ce principe, on devrait en conclure que la condition juridique d'un navire marchand devrait dépendre de la loi du lieu où il se trouve temporairement, et qu'il en résulterait, par exemple, qu'un navire italien, qui se trouverait dans un port français, pourrait être valablement grevé d'hypothèque, parce que cela est permis par la loi française.

916. — La condition juridique d'un navire italien doit

<sup>1</sup> Cass., 25 novembre 1879, *Journal du Droit international privé*, 1879, p. 583.

être déterminée d'après la loi italienne pour toutes les raisons que nous avons exposées ; elle doit exister comme telle *erga omnes*, et ne peut être modifiée d'après la loi des divers pays où le navire se trouve. La question de savoir si un navire est ou non susceptible d'hypothèque est une question de droit civil qui, nous devons le répéter, dépend de la condition juridique de la chose, telle qu'elle est déterminée par la loi qui doit avoir autorité pour la fixer. Il ne faut pas confondre cette question avec celles qui peuvent naître à la suite des actes de commerce et des opérations de crédit nécessitées par ces actes que peut faire le navire au lieu où il se trouve, actes et opérations pour lesquelles il peut se soumettre à la loi territoriale. Il peut, dès lors, se faire qu'à l'égard de cette partie de la propriété du navire, il naisse des droits de privilège et de préférence au lieu où ce bâtiment se trouve, et que ces droits doivent être régis par la loi, sous l'empire de laquelle a été accompli le fait juridique qui leur a donné naissance.

Nous nous occuperons de ces questions dans un autre lieu, quand nous examinerons les rapports juridiques qui naissent du commerce et la loi qui doit les régir. Ici, nous nous occupons de l'hypothèque, qui est un rapport de droit civil et qui ne perd pas sa nature comme telle, si la garantie réelle est établie en vertu de la loi sur un navire ou sur une autre chose susceptible d'hypothèque. L'unique question à cet égard est toujours la même, celle de la condition juridique du navire. Étant donné que celui-ci doit être, comme nous l'avons démontré, régi par la loi de l'État auquel il appartient et que la propriété de ce bâtiment et les droits compris dans celui de propriété doivent être aussi régis par la même loi, il est clair que l'hypothèque conventionnelle sur un navire doit, relativement à l'effet des droits acquis par le créancier hypothécaire sur la chose, être soumise aux mêmes règles que l'hypothèque sur les autres biens.

Nous avons démontré qu'on ne peut se dispenser de considérer le navire comme localisé dans l'arrondissement ma-



ritime où il se trouve inscrit. Étant donné qu'un fractionnement de la propriété, en vertu de l'hypothèque contractuelle, ait été opéré valablement d'après la loi du lieu où le navire est localisé, cela doit être réputé opéré *erga omnes*. Dès lors, en pénétrant dans les eaux territoriales étrangères, le navire ne peut y entrer autrement que grevé de ces charges à l'égard des droits de propriété qui ont été valablement créés par quelqu'un qui, ayant comme propriétaire le pouvoir d'aliéner le navire, a aliéné la partie de la propriété par lui indiquée pour le paiement de sa dette.

917. — La seule difficulté, qui pourrait surgir dans l'hypothèse de l'hypothèque conventionnelle constituée sur un navire étranger, peut être celle de savoir si le contrat, en vertu duquel l'hypothèque a été constituée, devrait avoir sa force d'exécution en observant les formes de procédure prescrites par la loi territoriale avant d'admettre le créancier hypothécaire à faire valoir ses droits sur le navire qui se trouve dans les eaux territoriales. Il faut bien s'entendre à ce sujet. Nous avons soutenu, à l'égard de l'hypothèque conventionnelle constituée sur un immeuble situé à l'étranger, que le créancier peut être admis à prendre inscription, sans subordonner son droit à la condition d'avoir préalablement fait déclarer le contrat exécutoire. Nous avons, toutefois, soutenu cela, parce que l'inscription n'est pas un acte d'exécution, mais une formalité indispensable pour constater la charge hypothécaire. Dans le cas d'hypothèque contractuelle sur un navire étranger, on présuppose naturellement que le lien hypothécaire est établi en vertu du contrat et qu'on a accompli les formalités de publicité requises par la loi étrangère qui doit gouverner l'hypothèque pour la rendre efficace et effective. Ce ne peut, dès lors, pas être le cas d'appliquer au fait du créancier, qui allègue le contrat passé à l'étranger pour exercer les droits résultant de l'hypothèque constituée et publiée, les principes exposés plus haut à l'égard du contrat produit à seule fin de re-

quérir l'inscription. Les choses sont, en effet, tout à fait distinctes.

Le créancier, qui veut faire valoir les droits dérivant de l'hypothèque, tend à faire donner la force exécutoire au contrat, en vertu duquel l'hypothèque a été constituée. Soit qu'il entende se baser sur ce contrat pour procéder aux actes d'exécution contre son débiteur, soit qu'en cas de concours de créanciers de ce dernier, il veuille faire reconnaître son droit réel et exercer les actions qui en dérivent, pour soustraire à l'exercice des droits des créanciers la partie du navire assignée à l'exécution de sa créance, cela emporte toujours l'attribution à l'hypothèque constituée de la force d'exécution. Or, comme un acte d'exécution sur ses biens, qui se trouvent d'une façon quelconque sous l'empire d'une souveraineté, ne peut être admis, si tout d'abord la force exécutoire n'a pas été attribuée par le souverain territorial au titre sur lequel est fondé l'action, on doit admettre la nécessité de faire déclarer tout d'abord exécutoire le contrat sur lequel l'hypothèque et l'action hypothécaire sont fondées, en observant les formes de procédure établies par la loi territoriale pour donner la force exécutoire aux actes accomplis à l'étranger.

C'est vainement qu'on allègue que le créancier hypothécaire, qui demande à exercer ses droits sur le prix du navire pour la partie qui lui a été constituée en hypothèque, ne procède pas par là à des actes d'exécution et que, dès lors, il ne doit pas être nécessaire pour lui de faire déclarer exécutoire le contrat qui, étant produit uniquement comme preuve du droit qui lui appartient, doit être par lui seul réputé suffisant pour établir cette preuve. Nous devons, au contraire, faire observer que le créancier hypothécaire qui se prévaut du contrat, pour en conclure que la partie du navire affectée au paiement de la dette doit être considérée comme soustraite à la libre disposition du propriétaire, en raison de ce qu'il a lui-même assigné cette partie au paiement de sa dette, a pour but direct de donner la force exécutoire au ti-

tre sur lequel il base son propre droit. Or, il nous semble clair que cela ne peut lui être permis sans que le magistrat territorial ait d'abord examiné et décidé si le titre peut ou non être exécuté.

Ce n'est pas ici le lieu pour nous de discuter à fond cette question, parce que cela nous entraînerait en dehors du champ de notre étude actuelle. Nous dirons, toutefois, que la force d'exécution des actes accomplis à l'étranger ne doit pas être entendue comme limitée au cas où on veut s'en prévaloir pour procéder aux actes d'exécution proprement dits. On exécute, en effet, un acte, même lorsque la souveraineté est appelée à lui attribuer la force opérante comme titre juridique, en reconnaissant au créancier la faculté de baser sur lui les droits et les actions qui en dérivent à l'égard du débiteur et des tiers intéressés. Nous ne pouvons, dès lors, pas admettre qu'un contrat fait à l'étranger, sur lequel le créancier fonde son droit d'hypothèque et l'action hypothécaire, même à seule fin de faire reconnaître ces droits et ces actions à l'égard des tiers, puisse avoir sa force opérante comme tel, sans que le magistrat territorial ait examiné et décidé si on doit ou non accorder à ce contrat la force exécutoire.

Il est bien entendu que cet examen et ce jugement doivent être limités à la constatation des droits acquis par la partie en vertu du contrat et à la reconnaissance qu'ils sont bien fondés. Par conséquent, l'exécution ordonnée par le magistrat territorial ne peut pas être considérée comme attributive, mais seulement comme déclarative de droits. Néanmoins, nous sommes d'avis, que l'intervention du magistrat territorial doit être réputée nécessaire et que les formalités de procédure établies par la loi territoriale afin de rendre exécutoire le contrat, par lequel l'hypothèque sur le navire étranger a été constituée, doivent être considérées comme indispensables pour admettre le créancier à faire valoir ses droits et à exercer ses actions en ce qui concerne la partie du navire qui lui est assignée en vertu de l'hypothèque.

918. — La Cour de cassation française, dans son arrêt du 23 novembre 1879, a admis, en principe, que l'hypothèque sur le navire grec *Dio Adelphi* ne pouvait être efficace qu'à la condition que le contrat aurait été déclaré exécutoire en conformité de l'article 546 du Code de procédure civile, et Lyon-Caen, en annotant cet arrêt, en combat le principe, en disant qu'il repose sur l'erreur de droit, que l'exécution des actes accomplis à l'étranger ne peut être réputée nécessaire que lorsqu'on veut s'en prévaloir pour procéder aux mesures d'exécution.<sup>1</sup> C'est aussi l'opinion de Milhaud.<sup>2</sup> Nous ne saurions admettre la doctrine qui se trouve consacrée par le législateur français à l'égard de l'exécution des contrats passés à l'étranger, parce qu'il dispose que l'*exequatur* n'est pas déclaratif, mais attributif de droits. En effet, d'après ce système législatif, celui qui veut obtenir en France l'*exequatur* d'un acte fait à l'étranger tend à obtenir le titre exécutoire, qui est créé par le jugement du tribunal français. Par conséquent, la force exécutoire n'est pas donnée à l'acte passé à l'étranger, mais c'est le jugement rendu par le tribunal français qui constitue le titre exécutoire et qui est mis à exécution. Tout en persistant à soutenir notre principe, nous n'entendons néanmoins pas dire qu'il doive prévaloir dans le système législatif français. Tout en nous abstenant d'exposer ici à fond en quoi doit consister, d'après les justes principes, la force d'exécution qui doit être donnée par le magistrat territorial aux actes passés à l'étranger (ce que nous ferons en son lieu),<sup>3</sup> nous répéterons cependant, qu'en principe, nous ne pouvons ad-

<sup>1</sup> Note à l'arrêt de la Cour de cassation du 25 novembre 1879, *Journal du Palais*, 1880, p. 603-607.

<sup>2</sup> *Cit.*, p. 320.

<sup>3</sup> Nous traiterons de cette question dans le volume consacré au *Droit judiciaire international*. Voir en outre nos ouvrages : *Effetti internazionali delle sentenze e degli atti* (Turin, Loescher, 1875), et compar. Notre autre ouvrage, *Disposizioni generali delle leggi* (Naples, Marghieri, éditeur, 1888).



mettre qu'un contrat, en vertu duquel l'hypothèque a été constituée sur un navire étranger, puisse être efficace dans un État, sans que le magistrat territorial l'ait déclarée exécutoire.

919. — Ayant ainsi démontré comment doit être déterminée la constitution valable de l'hypothèque, nous allons examiner la seconde question, celle de savoir si on doit décider que l'hypothèque valablement constituée peut ou non être efficace à l'égard des formalités de publicité qu'elle doit remplir. Cette question ne peut, certes pas, dépendre, dans tous les cas, ni à tous les points de vue, de la loi en vigueur dans la circonscription maritime où le navire est inscrit. Le navire, comme nous l'avons dit, est un instrument de commerce et de crédit. Il est destiné à naviguer et peut se trouver à même de satisfaire aux besoins de la navigation pour lesquels il peut lui être utile de faire usage du crédit, en se servant des capitaux d'autrui suivant les exigences du moment. A l'égard des choses immobilières, nous avons soutenu, que les formalités de publicité requises pour rendre l'hypothèque efficace doivent être régies exclusivement par la *lex rei sitæ*. Ayant établi que le navire doit être réputé localisé au port où il se trouve inscrit, nous pouvons admettre, en principe, que les formalités de publicité destinées à rendre l'hypothèque efficace doivent être régies par la loi qui y est en vigueur. Dès lors, on ne pourrait pas méconnaître une hypothèque valablement constituée, en raison de l'inobservation des formalités de publicité requises par la loi du lieu où le navire se trouve et où naît la contestation relative à l'efficacité de cette hypothèque. Nous ferons, toutefois, observer que toutes les personnes, qui peuvent avoir des intérêts sur le navire et lui confier des capitaux, doivent être mises à même d'en connaître la condition juridique, la propriété et les droits acquis à la suite de l'aliénation totale ou partielle accomplie par le propriétaire. Dès lors, on doit admettre que, si la loi étrangère n'avait pas assuré la publicité

de l'hypothèque d'une façon convenable, pour écarter toute surprise et toute fraude, et pour faire connaître l'hypothèque dont le navire est grevé, cela pourrait avoir pour résultat de rendre ce droit réel inefficace, bien qu'il fût valablement constitué et publié.

De même qu'à l'égard des immeubles, nous avons dit qu'on ne peut admettre une hypothèque occulte dans un pays où la publicité serait établie pour sauvegarder les intérêts sociaux et les droits du tiers, de même on devrait décider à l'égard de l'hypothèque sur le navire que, bien que constituée d'après la loi du pays auquel le navire appartient et valable dans ce pays, elle ne pourrait pas être réputée partout, telle, si les formalités de publicité prescrites par cette loi étrangère ne pouvaient pas être réputées suffisantes pour protéger les droits des tiers.

920. — Il résulte de l'application de ces principes, qu'on doit considérer comme valable l'hypothèque constituée sur un navire anglais, et que ce ne pourrait pas être une raison suffisante pour en méconnaître l'efficacité, qu'elle ne soit pas inscrite sur l'acte de nationalité, ainsi que le prescrit la loi française, et comme l'a décidé la Cour de cassation française dans son arrêt par nous cité du 25 novembre 1879 à l'égard de l'hypothèque constituée sur un navire grec et non inscrite sur l'acte de nationalité. La loi anglaise de 1854 a, en effet, assuré d'une façon différente la publicité de l'hypothèque, car, sur l'acte de nationalité, que le capitaine doit avoir à bord, se trouve la mention que cet acte ne constitue pas un titre pour constater les modifications de propriété et les hypothèques, celles-ci devant être transcrites sur le registre de douane du port où le navire est inscrit. Par conséquent, toutes les personnes qui entendent faire des opérations de crédit avec un navire anglais, savent comment elles peuvent connaître la condition juridique de ce navire, notamment au point de vue de la propriété et des hypothèques. Elles ne pourraient, dès lors, pas arguer du

défaut de mention sur l'acte de nationalité, pour prétendre que l'hypothèque constituée par application de la loi anglaise serait sans effet, pour défaut de publicité. Toutefois, dans la loi anglaise de 1854 sur la marine marchande, nous trouvons une importante distinction relativement à la publicité de la vente et à celle de l'hypothèque. En ce qui concerne la vente, elle doit être enregistrée sous peine de nullité (art. 57). A l'égard de l'hypothèque, l'article 69 dispose également, que l'acte constitutif doit être enregistré, et établit que lorsqu'il y a plusieurs hypothèques enregistrées, le rang en est déterminé par la date. Toutefois, l'enregistrement de l'hypothèque n'est pas requise absolument pour sa validité, mais sert seulement à régler le concours des créanciers hypothécaires. Par conséquent, si une hypothèque n'a pas été enregistrée, elle est néanmoins valable, et le rang des hypothèques non enregistrées est déterminé selon la date des jours où elles ont été concédées.

Or, dans notre doctrine, nous devons admettre qu'un créancier hypothécaire anglais ne pourrait invoquer utilement la loi de son propre pays, pour faire considérer comme valable l'hypothèque non enregistrée. Ce serait là un des cas dans lesquels on ne pourrait pas reconnaître l'autorité de la loi étrangère, tout en admettant qu'en principe elle doit régir le navire. De même, on ne pourrait admettre l'efficacité d'une hypothèque occulte, bien que valable d'après la loi qui doit la régir, et on ne pourrait considérer comme efficace l'hypothèque mentionnée sur le registre de douane du port où le navire est inscrit, de façon à pouvoir être ainsi connue de toutes les personnes qui peuvent avoir intérêt à savoir qu'elle existe. Tout au plus pourrait-on admettre l'efficacité de l'hypothèque non enregistrée, dans le cas où le créancier hypothécaire voudrait faire valoir ses droits à l'égard du propriétaire anglais, et où les tiers n'auraient aucun intérêt dans le litige. Cela pourrait avoir lieu, par exemple, lorsqu'un navire anglais serait vendu dans un port italien

et qu'après le paiement de tous les autres créanciers, le créancier hypothécaire entendrait se prévaloir de son hypothèque à l'encontre du propriétaire sur la partie du prix qui lui reviendrait. Dans ce cas, on pourrait, sans difficulté, appliquer la loi anglaise et admettre, d'après elle, la validité de l'hypothèque non enregistrée.

---



## CHAPITRE VIII

### DU GAGE ET DE L'ANTICHRÈSE.

921. Idée générale du gage d'après le droit ancien et d'après le droit moderne. — 922. Idée exacte du droit de prélèvement qui résulte du gage. — 923. Loi qui doit en régir la constitution. — 924. Comment l'autonomie des parties peut-elle être limitée. — 925. Loi qui doit régir l'efficacité des droits de créancier gagiste. — 926. De la forme du contrat de gage. — 927. Loi qui doit régir l'action du créancier gagiste et l'étendue des droits de ce créancier à l'égard des tiers. — 928. Principes qui doivent régir la mise en gage des créances et des titres au porteur. — 929. Du droit d'antichrèse et comment les lois le déterminent. — 930. De la loi qui doit régir les rapports qui résultent de l'antichrèse. — 931. Forme du contrat.

921. — L'exécution d'une obligation peut être assurée par le débiteur au moyen de la remise au créancier d'une chose mobilière, en lui conférant le droit de la retenir et de se faire payer sur le prix de cette chose ce qui lui est dû. Cette opération juridique constitue le gage qui, aux termes des principes du droit moderne, engendre entre le créancier et la chose constituée en gage des rapports bien distincts de ceux admis en droit romain.

D'après ce droit et les lois qui ont consacré les mêmes principes, le gage attribuait un droit réel et une action réelle, en vertu de laquelle le créancier gagiste pouvait suivre la chose donnée en gage entre les mains des tiers qui en avaient acquis la possession et pouvait, au moyen des interdicts possessoires, en acquérir de nouveau la possession et la faire vendre pour être ainsi payé sur le prix du montant de sa créance.

Dans ce système législatif, le droit qui résultait du gage

et de l'hypothèque n'était pas substantiellement différent, de sorte que le jurisconsulte Marcien pouvait écrire : *Inter pignus et hypothequam, tantum nominis sonus differt.*<sup>1</sup> Toute la différence entre l'un et l'autre consistait principalement en ce que l'hypothèque était établie sur la chose laissée en la possession du débiteur et que le gage proprement dit impliquait que la chose devait être en la possession du créancier : *Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit ; hypothequam cum non transit, nec possessio ad creditorem.*<sup>2</sup>

D'après le droit moderne, le gage proprement dit attribue aussi au créancier une sûreté spéciale pour se faire payer de préférence à tout autre sur le prix de la chose constituée en gage. Il faut, toutefois, se bien convaincre qu'on ne peut pas dire, à la rigueur, que l'effet d'une telle sûreté spéciale soit d'établir en faveur du créancier un droit réel, tel que celui qui résulte de l'hypothèque. En vertu de ce dernier droit, l'exécution de l'obligation est assurée sur la chose, qui reste grevée dans ce but entre les mains de tout possesseur quelconque. Le gage, au contraire, fait naître un rapport entre le créancier et la chose ; mais le droit qui en résulte sur la chose se résume, en principe, dans la faculté de se faire payer de préférence à tout autre sur le prix. Il faut, de plus, que le créancier ait été mis en possession de la chose à titre de gage et qu'elle soit actuellement possédée par lui ou par le tiers chez lequel elle a été déposée à ce titre. C'est seulement quand cette condition de possession actuelle et réelle se réalise, ainsi que les autres conditions déterminées par la loi pour pouvoir considérer le gage comme valablement constitué, que le créancier gagiste peut faire valoir son droit de rétention, les actions possessoires et les actions réelles sur les immeubles, en exerçant le droit de prélèvement sur le prix de la chose gagée.

922. — Nous croyons utile de dire que les lois modernes

<sup>1</sup> L. 5, § 2, Dig., *De pign.* (XX, I).

<sup>2</sup> L. 9, § 2, Dig., *De pign. act.*, (XX, 7).

ont considéré le droit du créancier gagiste comme un des privilèges sur les meubles. Le droit de prélèvement est réellement un privilège, mais on ne peut pas soutenir qu'il doive, à la rigueur, être confondu avec les autres privilèges, dont nous traiterons au chapitre suivant. En effet, à l'égard de ces derniers, le droit de préférence dérive de la loi qui l'attribue en considération de la nature et de la cause de la créance, tandis qu'au contraire le droit de prélèvement dérivant du gage est fondé principalement sur le fait juridique de la possession de la chose remise par le débiteur au créancier en garantie de l'accomplissement de l'obligation contractée envers celui-ci. Dès lors, on peut dire, avec raison, que le gage engendre par lui-même un titre de prélèvement, distinct de celui résultant des privilèges proprement dits. En réalité, le droit est fondé sur la possession attribuée pour un but et une cause déterminés, et il consiste dans la faculté de retenir la chose jusqu'à extinction de la dette. Nous avons cru utile de noter cela, parce que, rigoureusement, on ne peut pas soutenir que le droit de prélèvement dérivant du gage doive être soumis aux mêmes règles que les privilèges sur les meubles; il doit plutôt être régi par les règles qui concernent le droit de rétention et les conséquences de la possession.

923. — Maintenant, examinant la loi qui doit régir le gage et les rapports qui en résultent, nous noterons qu'à l'égard de la constitution du gage et des droits qui en dérivent, il faut bien distinguer ce qui concerne les rapports entre le débiteur, le créancier et la chose donnée en gage, de ce qui concerne les rapports de ces personnes et de cette chose avec les tiers qui ont des droits sur cette même chose; et qu'il faut en outre bien distinguer la validité de la constitution, de l'efficacité du gage, eu égard au lieu où se trouve la chose qui en est l'objet, au moment où le créancier veut exercer l'action et faire valoir ses droits.

Pour ce qui est de la constitution du gage, on doit en

principe respecter l'autonomie des parties, et on doit reconnaître l'autorité de la loi étrangère, si le gage a été constitué sous l'empire de cette loi. La convention des parties est le mode ordinaire de constitution du gage, et il faut appliquer les principes généraux, qui règlent les rapports contractuels qui ont pris naissance sous l'empire d'une loi étrangère, pour décider sur la validité et la légalité du contrat de gage. Il peut toutefois exister d'autres modes de constitution du gage. Ainsi, d'après le droit romain, il pouvait être constitué par disposition de dernière volonté et par sentence du juge. Le testateur pouvait, en effet, établir un gage en faveur des légataires, pour garantir leurs droits <sup>1</sup>. Le magistrat pouvait aussi ordonner l'envoi du créancier en possession d'une chose déterminée du débiteur, pour garantie de sa créance <sup>2</sup>. Or, on ne saurait soutenir en principe, que le gage testamentaire ou le gage judiciaire, valablement constitués d'après la loi du *de cuius* ou par le magistrat compétent, ne dussent pas être reconnus dans un pays, où la loi n'admet d'autre forme valable de constitution du gage que la convention. En effet, on devrait alors apprécier la constitution du gage d'après la loi étrangère sous l'empire de laquelle il aurait été établi, et non d'après celle du pays où on voudrait se prévaloir des droits qui en dérivent.

924. — L'autonomie des parties ne peut toutefois pas être admise, lorsqu'il en résulterait une atteinte au droit social ou aux droits des tiers aux termes de la loi du lieu où la chose se trouve actuellement. Les parties ne peuvent pas, en effet, établir à leur gré quelles sont les choses qui peuvent être l'objet d'un gage; car la condition juridique des

<sup>1</sup> L. 1, C., *Comm. de leg.*, VI, 43; Mühlenbruch, § 311.

<sup>2</sup> L. 26, pr., D., *De pign. act.*, XIII, 7; C., *De prætorio pignore*, VIII, 22. Le Code civil autrichien a consacré la doctrine du droit romain. En effet, l'article 449, relatif au titre dont peut dériver le droit de gage, dispose de la façon suivante: « Le titre naît de la loi, de la sentence du juge, du contrat ou de la dernière volonté du propriétaire. »



choses, en tant qu'elles peuvent former l'objet de droits, devant dépendre de la loi du lieu où elles se trouvent actuellement et réellement, il faut appliquer la *lex rei sitæ* pour décider ce qui peut ou non former l'objet d'un gage. Ainsi, par exemple, aux termes du droit romain, étaient susceptibles d'être données en gage toutes les choses aliénables et dans le commerce, <sup>1</sup> corporelles ou incorporelles, présentes ou futures, <sup>2</sup> tandis que d'après le Code civil italien et d'après le Code civil français, les choses mobilières peuvent seules former l'objet d'un gage. Par conséquent, quelqu'un qui, contractant dans un pays régi par le droit romain, aurait donné en gage une servitude à établir sur un fonds situé en Italie, ou des choses non désignées individuellement, ou une *universitas rerum*, ne pourrait pas prétendre que le gage ainsi valablement constitué d'après la loi du contrat devrait être considéré comme tel même en Italie; car les choses futures n'étant pas susceptibles d'être données en gage, et le gage ne pouvant pas comprendre tous les biens d'une personne considérés comme une *universitas*, on invoquerait vainement la loi du contrat, pour modifier en vertu de cette loi la condition juridique des choses existant sur le territoire italien.

925. — Les conditions, requises d'après la loi territoriale, pour rendre efficaces les droits du créancier gagiste à l'égard du tiers, doivent aussi se réaliser pour que le créancier lui-même soit recevable à faire valoir les droits acquis en vertu du contrat. Ainsi, d'après la loi italienne, le droit de préférence appartenant au créancier gagiste ne peut exister que si le gage lui-même a été livré et est resté en son

<sup>1</sup> Dig., *Quæ res pignori vel hyp. datæ obligari non possunt* (XX, 3). Cod., *Quæ res pign. obligari possunt vel non* (VIII, 17).

<sup>2</sup> « *Universorum autem bonorum pignus totum afficit debitoribus patrimonium tam præsens quam futurum* » Mühlenbruch, *Doctrina Pandect.*, § 306; (L. 9, C., *Quæ res pign.* (VIII, 17); Gai, *Inst.*, II, 59, 60; Dig., *De pignor. et hyp.*, XX, I; Cod., *Quæ res pign.*, VIII, 17.

pouvoir ou en celui d'un tiers choisi par les parties (article 1882). Or, il est clair que, de quelque façon que le gage soit constitué, et quelle que puisse être la loi sous l'empire de laquelle il ait été consenti, étant donné que la chose mobilière constituée en gage ait été transportée en Italie, et qu'au moment où le créancier entend exercer sur elle l'action résultant du gage, cette chose ne se trouve plus effectivement en son pouvoir, mais soit possédée par un tiers, il ne pourrait pas lui être permis de faire valoir le droit de préférence résultant du gage.

De prime abord, on peut bien dire que les biens meubles doivent être régis par la loi personnelle du propriétaire, et que les droits que ce dernier confère sur ces biens à un tiers ne doivent pas être modifiés par le déplacement de ces mêmes biens. Toutefois, si on considère que les choses mobilières, qui se trouvent actuellement dans une localité donnée, doivent être soumises à la loi qui y est en vigueur, pour tout ce qui concerne la possession, les actions réelles et les droits des tiers, on ne peut pas permettre au créancier d'invoquer des lois étrangères, pour déroger aux dispositions de la loi territoriale en cette matière. Tout le monde comprend comment le droit social se trouve intéressé dans cette question. Il s'agirait en effet de déroger au principe général de droit, d'après lequel les biens du débiteur doivent être la garantie commune de ses créanciers. Comment admettre un droit de préférence en faveur de l'un d'eux, en dehors des conditions requises par la loi territoriale, si aux termes de cette loi tout dépend du fait juridique de la possession de la chose par le créancier gagiste ?

Nous avons dit plus haut, que le gage, indépendamment de la convention, peut être constitué par testament, ou par sentence du magistrat. Toutefois, même dans ces derniers cas, nous n'avons pas entendu soutenir le respect de l'autonomie des parties et de la loi étrangère, indépendamment du droit social, d'après lequel on doit dans tous les cas assurer le respect des droits des tiers sur les choses qui se trou-

vent actuellement sur le territoire soumis à l'empire de ce droit social. Par conséquent, même à l'égard du gage testamentaire et du gage judiciaire, nous devons maintenir le principe, que le droit de gage, bien que légalement acquis sous des conditions différentes de celles imposées par la loi italienne, ne pourrait pas être reconnu et respecté, si les choses données en gage se trouvaient en Italie et n'étaient pas encore au pouvoir des légataires ou des créanciers, qui voudraient exercer sur elles leurs droits. La raison est toujours la même, c'est qu'aucune action réelle sur les choses immobilières ou mobilières existant sur le territoire de l'État ne peut être valablement exercée à l'encontre des tiers, que sous les conditions établies par la *lex rei sitæ*.

926. — Ce principe doit s'appliquer, même en ce qui concerne la forme du contrat et les modes de preuve de la constitution du gage. Nous pouvons, il est vrai, admettre que, dans les rapports des contractants, le gage doit être soumis à la règle *locus regit actum*. Donc, si d'après cette loi, il n'était exigé aucun acte écrit pour constater la nature et l'espèce des choses données en gage, et s'il était permis d'en faire la preuve par témoins, la circonstance que les choses constituées en gage auraient été transportées dans un pays, où l'acte écrit serait, aux termes de la loi, indispensable pour la constitution du gage, ne pourrait faire exclure la preuve testimoniale. C'est qu'en effet, quand le créancier se trouve actuellement en possession de la chose mobilière et peut établir qu'elle lui a été remise à titre de gage en garantie de sa créance, et que cette preuve peut être faite par témoins même pour une somme supérieure à celle pour laquelle la preuve testimoniale est admise d'après la loi du lieu où est engagée l'instance, ce mode de preuve ne peut pas être exclu, parce que les rapports contractuels et les moyens propres à les établir doivent en principes être régis par la *lex contractus*.

Dans le cas de gage, les personnes intéressées à contester

les prétendus droits du créancier qui se trouve en possession de la chose sont tous les autres créanciers, qui sont fondés à exclure le droit de prélèvement du créancier gagiste, s'il n'est pas bien établi que les objets qui se trouvent en son pouvoir lui ont été donnés en gage pour sûreté d'une créance déterminée. Or, il est clair que si, aux termes de la loi du lieu où la chose se trouve actuellement, il est permis aux autres créanciers d'exclure le droit de prélèvement du créancier gagiste, quand sa créance et la constitution du gage ne résultent pas d'un acte écrit s'il s'agit d'une créance supérieure à 500 francs, on invoquerait vainement la loi du contrat et la maxime *locus regit actum* pour porter atteinte aux droits des tiers et déroger à la loi territoriale qui les protège. Le législateur, en accordant au créancier gagiste, qui a en son pouvoir la chose constituée en gage, le droit de faire valoir son contrat à l'encontre des tiers, a toutefois eu soin d'exclure toute idée de fraude, toute collusion entre le détenteur et le propriétaire du gage, et d'empêcher celui-ci de soustraire ses biens à l'action de ses créanciers. C'est là l'origine de toutes les précautions et de toutes les conditions imposées par chaque législateur, pour admettre l'efficacité du prélèvement en cas de concours de créanciers. Or, comme il est évident qu'en tout cela l'intérêt général se trouve en cause, ainsi que le droit social, il faut considérer comme absolue l'autorité de la loi à l'égard de toutes les choses qui se trouvent sur le territoire soumis à son empire.

927. — Il résulte de là, qu'à notre sens, l'autorité de la loi étrangère, sous l'empire de laquelle le gage a été constitué, peut être admise seulement lorsqu'il s'agit des droits et des obligations du créancier gagiste, et par conséquent de l'*actio pignoratitia directa* et de l'*actio pignoratitia contraria*. Supposons que le débiteur exerce l'*actio pignoratitia directa* contre le créancier pour le forcer à lui restituer la chose donnée en gage, et qu'on doive ensuite décider, si



ayant, postérieurement à la tradition du gage, contracté une autre dette devenue exigible avant qu'on puisse exiger le paiement de la première dette, le créancier serait tenu de remettre le gage avant d'avoir été entièrement libéré du montant des deux créances.

Cette question devrait être résolue d'après la loi, sous l'empire de laquelle le gage aurait été constitué, et non d'après celle du lieu où se trouve actuellement la chose constituée en gage au moment de la naissance du litige. C'est ainsi également qu'on devrait appliquer la loi sous l'empire de laquelle le gage aurait été constitué, pour décider si le créancier est tenu de répondre de la perte ou de la détérioration de la chose donnée en gage. Par conséquent si, d'après cette loi, la perte de la chose donnée en gage libérait le créancier dans le seul cas de force majeure, il pourrait être tenu de répondre même de la *culpa levissima*, bien que cette chose eût été transportée dans un pays régi par une loi différente, et dans laquelle la perte ou la détérioration se seraient produites. Il en serait ainsi, par exemple, s'il s'élevait une difficulté sur l'obligation pour le créancier de rendre compte non seulement des fruits qu'il aurait perçus, mais encore de ceux qu'il aurait négligé de percevoir par sa faute.

Toutefois, la loi du contrat ne peut jamais être invoquée pour défendre les droits acquis par la partie à l'encontre des tiers, qui exerceraient sur la chose leurs propres droits sous la protection juridique de la *lex rei sitæ*. Ainsi, par exemple, le créancier, qui aurait convenu de s'approprier le gage sans aucune formalité en cas de défaut de paiement, ne pourrait pas, lorsque la chose se trouverait en Italie, exclure les tiers, qui auraient le droit d'agir à l'encontre de cette même chose pour la partie supérieure au quantum de la dette, en invoquant le pacte comissoire conclu à l'étranger sous l'empire d'une loi, qui en admettrait la validité, ainsi que les droits acquis en vertu du contrat. En effet, encore en ce cas, il y aurait lieu de tenir compte des raisons plusieurs fois exposées précédemment, qu'on ne saurait déro-

ger à la règle générale, que les biens sont la garantie des créanciers, en opposant aux tiers une loi étrangère, qui attribue des droits en opposition avec la *lex rei sitæ*, sous l'empire de laquelle se trouve la chose au moment où le concours des créanciers à son égard vient à se réaliser. La disposition de l'article 1884 du Code civil italien, qui déclare le pacte commissaire nul, doit être considérée comme une loi d'ordre public, parce qu'elle tend à protéger les droits des tiers créanciers d'un débiteur commun et à empêcher l'appropriation injustifiée au profit d'une personne des biens de leur débiteur, ce qui fait qu'on ne saurait déroger à cette disposition, en invoquant les lois étrangères.

928. — Les créances, les effets à ordre et les titres au porteur peuvent former l'objet du gage. Toutefois, certaines lois exigent, pour que cette opération puisse être opposable aux tiers, une notification au débiteur de la créance donnée en gage. C'est ainsi, notamment que dispose le Code civil italien dans l'article 1881. D'autres lois ne considèrent pas la notification comme indispensable ; mais admettent qu'il suffit que le créancier soit mis en possession du titre de créance constitué en gage. Cette diversité des lois peut rendre douteuse la validité du gage, quand il a été donné sans notification au débiteur de la créance. La difficulté résulte de ce que la créance ne peut pas être localisée comme une chose corporelle, de façon à admettre en ce qui la concerne l'application des règles exposées précédemment à l'égard des choses mobilières qui se trouvent en un lieu fixe, et qui doivent être soumises à la *lex rei sitæ* pour ce qui concerne les conditions, sous lesquelles le droit de prélèvement peut devenir valable. La créance peut, en effet, être considérée comme étant en la possession de celui qui a le droit de la recouvrer, et on peut dès lors admettre que tout doit dépendre de la loi du domicile de cette personne, et que par conséquent on doit décider d'après cette loi, si la notification est ou non nécessaire pour rendre parfait le

droit de prélèvement acquis par celui, auquel la créance a été constituée en gage.

On peut dire, par contre, que la créance n'entre en réalité dans le patrimoine de celui auquel elle appartient, que lorsqu'elle est recouvrée à l'encontre du débiteur qui paie ce qu'il doit, et comme cette opération juridique ne peut être accomplie qu'au lieu où la dette doit être payée, c'est-à-dire en général au domicile du débiteur, il faut aussi admettre que si les tiers avaient acquis des droits sur la somme que le débiteur doit payer, et si ces droits devaient être réputés bien acquis et parfaits d'après la loi en vigueur au lieu où le paiement doit être opéré, les droits de ces tiers ne pourraient être compromis par suite de l'admission du prélèvement en faveur d'un des créanciers, que sous les conditions édictées par la loi en vigueur en ce lieu.

Si on suppose, par exemple, qu'un créancier de la personne qui a donné en gage la créance, ait saisi cette créance dans les mains du débiteur, et que le créancier gagiste prétende avoir le droit de prélèvement sur la créance qui lui a été donnée en gage pour la partie qui est destinée à garantir sa propre créance contre la personne qui lui a constitué le gage. Pour décider alors si le titre du créancier gagiste doit être préféré à celui d'un autre créancier qui a opéré la saisie de la créance, il nous semble qu'on doit appliquer la loi du lieu où la créance est exigible. Par conséquent, lorsqu'aux termes de cette loi, il ne serait admis aucun droit de prélèvement sur la créance donnée en gage, sauf dans le cas de notification au débiteur de cette même créance, l'absence de cette notification devrait être considérée comme un obstacle insurmontable à l'efficacité du gage. Il nous semble également, que dans ce cas on ne pourrait pas utilement invoquer la loi étrangère, qui disposerait autrement à l'égard de la nécessité de la notification, et que vainement on prétendrait que la créance est une chose incorporelle et en la possession du créancier, pour soutenir l'autorité exclusive de la loi de son domicile, parce qu'en réalité le véritable ob-

jet du gage serait la somme due, en tant qu'elle est exigible, et comme le concours des créanciers se produirait précisément à l'égard de ce qui serait dû, et sous l'empire de la loi du lieu où le paiement devrait se faire, il nous semble clair que c'est par application de cette loi, qu'on devrait résoudre toute question de préférence en cas de concours de créanciers et déterminer les conditions, d'après lesquelles la préférence devrait être admise ou exclue.

Il en serait autrement si les tiers n'avaient aucun intérêt dans cette opération et si tout concernait le créancier originaire, le créancier gagiste et le débiteur. On pourrait alors admettre sans difficulté, que le droit du créancier gagiste devrait être considéré comme parfait même à l'égard du débiteur, indépendamment de la notification du gage; mais que cette notification devrait être considérée comme nécessaire uniquement pour avertir le débiteur de ne pas payer entre les mains du créancier originaire, mais dans celles du créancier gagiste. Par conséquent, il suffirait que cet acte fût signifié à un moment quelconque avant le paiement de la somme due, et l'absence de la notification ne pourrait avoir d'autre effet que de libérer le débiteur de la créance donnée en gage, si dans l'ignorance de ce gage, il avait payé entre les mains du créancier originaire.<sup>1</sup>

929. — Le droit d'antichrèse a beaucoup d'analogie avec le gage et dérive d'une convention, par laquelle le débiteur accorde au créancier la faculté d'user et de jouir d'une chose immobilière productive de fruits, et de percevoir ces fruits en les imputant en déduction des intérêts.

Bien que cette opération juridique ait sa base dans le contrat conclu entre les parties, on ne peut pas admettre que tout doive dépendre de l'autonomie de celles-ci et de la loi, sous l'empire de laquelle elles ont contracté, parce que le

<sup>1</sup> Compar. Story, *Conflict of Laws*, § 395, 396 et suiv., et les notes sous ces §§, où se trouvent rapportées beaucoup d'affaires jugées par les tribunaux américains; — Wharton; *Conflict of Laws*, § 359 et suiv.



contrat ayant pour objet un immeuble, on ne peut se dispenser de reconnaître également l'autorité de la *lex rei sitæ*, en tant qu'elle peut limiter l'autonomie du propriétaire et l'exercice des droits qui lui appartiennent sur les choses immobilières en conformité des principes exposés plus haut.

Il faut, en effet, avant tout, se rappeler que toutes les lois ne reconnaissent pas l'antichrèse. Certaines, pour des raisons d'économie sociale et d'intérêt public, défendent cette sorte de contrat. Il en est ainsi notamment du Code civil du canton de Vaud, dont l'article 1559 dispose que, « le gage d'une chose immobilière, ou antichrèse est défendu. » Il en est de même du Code autrichien, qui permet seulement de garantir en donnant en gage une chose mobilière, ou en constituant hypothèque sur un immeuble. Ce dernier Code dispose ainsi, dans l'article 1372: « N'a aucun effet légal le pacte accessoire, en vertu duquel l'usufruit de la chose constituée en gage doit appartenir au créancier. » Les lois des États qui admettent l'antichrèse sont aussi différentes, tant à l'égard de la détermination de la nature des rapports, qui s'établissent par ce contrat entre le créancier antichrésiste et l'immeuble donné en antichrèse, qu'à l'égard de l'étendue des droits que le créancier peut acquérir et des restrictions imposées à l'autonomie des parties. Ainsi, par exemple, dans le Code prussien, où l'antichrèse est admise, il est disposé, qu'en principe, le créancier antichrésiste doit administrer l'immeuble, en recueillir les fruits et en rendre compte au débiteur, en les imputant d'abord sur les intérêts et ensuite sur le capital, sauf convention contraire. Toutefois, aux termes de ce code, la stipulation, en vertu de laquelle il serait convenu que les intérêts devaient être compensés avec les fruits, n'est pas permise, si elle n'a pas été homologuée par le juge, et si la valeur des fruits dépasse les intérêts d'un tiers, la stipulation ne peut pas être homologuée.

Le Code civil français admet l'antichrèse et permet aux parties de stipuler, que les fruits peuvent se compenser en

tout ou en partie avec les intérêts. Toutefois, la jurisprudence a décidé que, lorsque les fruits, en tenant compte de l'aléa, excéderaient la mesure des intérêts légitimes, ils devraient être imputés pour l'excédent sur le capital de la créance, et cela parce que la loi prohibant de stipuler des intérêts excessifs, le créancier ne pourrait pas faire siens les fruits qui excéderaient la mesure légitime des intérêts, car cette convention serait illicite, comme contraire à la loi.

Le législateur italien, n'ayant pas fixé le taux des intérêts, et ayant permis aux parties de les fixer dans la mesure qui pourrait le mieux leur convenir, dispose, à l'article 1895 du Code civil, que les contractants, en stipulant un contrat d'antichrèse, peuvent convenir que les fruits, qu'elle qu'en soit la valeur, peuvent être considérés comme compensés avec les intérêts.

930. — Chacun comprend que cette diversité des lois résulte de principes différents, admis par chaque législateur pour déterminer des conventions licites relatives aux immeubles eu égard à l'économie sociale, à la prospérité de l'agriculture et aux principes moraux, qui peuvent motiver la prohibition de l'usure et des contrats faits en fraude de la loi qui la défend. Il est clair que se trouvent là en jeu les intérêts généraux de la société et les principes de la morale et des bonnes mœurs, et qu'on doit par conséquent admettre l'autorité absolue de la *lex rei sitæ*. Il ne peut dès lors pas être permis aux parties d'invoquer la *lex loci contractus*, pour faire reconnaître les rapports qui résultent de l'antichrèse, à l'égard d'un immeuble situé dans un État où la loi n'admet pas cette institution. De mêmes, les restrictions consacrées par la *lex rei sitæ*, dans le but de défendre les contrats qui pourraient masquer l'usure, doivent être considérées comme édictées *erga omnes*, de façon à exclure l'application des lois étrangères pour y déroger. Par conséquent, il ne pourrait pas être permis à deux italiens qui auraient conclu un contrat d'antichrèse en Italie à l'égard d'un im-

meuble situé en France, d'invoquer l'article 1895 du Code civil italien, pour imputer, même à l'égard des tiers, tous les fruits en compensation des intérêts, quelle que pût être la valeur de ces fruits. Cette prétention ne pourrait pas être admise, par suite du principe si souvent exposé par nous, que les droits relatifs aux immeubles situés sur le territoire d'un État doivent être régis par la *lex rei sitæ* pour tout ce qui concerne la jouissance de ces mêmes droits en concurrence avec les tiers, qui auraient sur la chose des droits garantis par la loi territoriale. Or, étant donné qu'aux termes du droit français, est illicite la convention de s'approprier les fruits d'un immeuble constitué en antichrèse, quelle qu'en puisse être la valeur, on invoquerait vainement la loi italienne à l'appui d'une convention prohibée par la loi française pour des motifs d'ordre public.

De même, on doit admettre que toute contestation relative aux droits réels et aux actions réelles de la part du créancier antichrésiste et celles qui pourraient concerner la possession et les actions possessoires doivent être régies par la *lex rei sitæ*. Le législateur italien, par exemple, n'admet pas que l'antichrèse fasse naître un droit réel en faveur du créancier antichrésiste ; mais dispose qu'elle produit effet seulement dans les rapports entre le débiteur, le créancier et leurs héritiers.<sup>1</sup> Or, on invoquerait vainement une loi étrangère pour transformer, à l'égard d'un immeuble situé en Italie et donné en antichrèse, en un droit réel ce qui, d'après la loi italienne, n'est qu'un droit personnel joint à un droit de rétention. Le créancier antichrésiste aura dès lors le droit de retenir l'immeuble et d'en faire les fruits siens, tant qu'il en aura la possession ; mais il ne pourrait pas invoquer la loi du pays où le contrat a été stipulé, pour faire valoir ses droits sur la chose qui serait passée en la possession d'un tiers. Il pourrait seulement exercer l'action en réintégration de la possession en cas de spoliation ; mais il ne pourrait pas exercer

<sup>1</sup> Art. 1897, C. civ. italien.

l'action en maintien de la possession ; car à cet égard, comme en ce qui concerne toute autre difficulté relative aux conséquences juridiques de la possession à l'égard des tiers, tout doit dépendre de la loi territoriale.

De même, le créancier ne pourrait pas prétendre à l'égard du tiers, qui aurait des droits sur les immeubles situés en Italie, qu'il en serait devenu propriétaire en vertu du contrat d'antichrèse conclu dans un pays étranger et d'une stipulation passée sous l'empire de la loi en vigueur dans ce pays et permise par cette loi, à la suite du défaut de paiement dans le délai fixé. En effet une telle stipulation étant prohibée par la loi italienne et déclarée nulle par l'article 1894 du Code civil, on invoquerait vainement la loi étrangère. D'autre part, nous avons dit plus haut, qu'on ne saurait admettre que la propriété est valablement transférée à l'égard des tiers, que lorsqu'on a observé les dispositions de la *lex rei sitæ*. Nous avons aussi dit, que la transcription est indispensable aux termes de la loi italienne pour le transfert valable de la propriété d'un immeuble. Or, nous devons ajouter, qu'aux termes de la loi italienne, le contrat d'antichrèse n'est pas soumis à la transcription, pour le motif que le législateur italien n'a pas admis qu'il attribue au créancier antichrésiste un droit réel. Il est par conséquent de la dernière évidence, que ce créancier ne peut pas absolument devenir propriétaire de la chose en vertu de la loi du contrat.

931.— Nous croyons utile de noter que, même en ce qui concerne la forme du contrat, nous maintenons ce que nous avons dit à propos du gage, que la nécessité de l'acte écrit pour admettre la préférence du créancier antichrésiste en concurrence avec les tiers doit également dépendre de la *lex rei sitæ*. Par conséquent comme aux termes de l'article 2085 du Code civil français, il est indispensable que l'antichrèse soit stipulée par écrit, ne pourrait pas être valable en France le contrat *passé* en Italie, où la loi n'exige pas d'une façon absolue l'acte écrit pour l'antichrèse, quand aux termes du droit commun, les autres modes de preuves sont admissibles.



## CHAPITRE IX

### DES PRIVILÈGES ET DE LA SUBROGATION A L'HYPOTHÈQUE.

932. Idée du privilège. — 933. Loi qui doit le régir. — 934. Examen des divers cas de privilège et démonstration de l'autorité absolue de la loi territoriale en cette matière. — 935. Privilège du bailleur. — 936. Comment le droit de saisir les meubles garnissant la maison louée peut être basé, même à l'étranger, sur la loi du contrat. — 937. Du privilège attribué aux cohéritiers. — 938. Subrogation légale à l'hypothèque.

932. — Le privilège dérive de la loi, qui attribue à celui auquel appartient une créance donnée le droit de prélever sur les biens du débiteur en concurrence avec les autres créanciers ce qui lui est dû pour le paiement de la créance. C'est dans ce droit de prélèvement que consiste le privilège ; il tend en effet à établir le paiement privilégié en faveur d'un créancier, qui concourt avec les autres pour être payé sur les biens du débiteur commun, qui sont la garantie de ce qu'il leur doit.

La loi de chaque État détermine quelles sont les créances qui sont ainsi garanties. Les règles d'après lesquelles la détermination en est faite, et l'ordre de préférence entre plusieurs créances privilégiées dépendent de la façon différente de comprendre la faveur, qui doit être attribuée à certaines créances, en ayant égard, soit à la cause dont elles dérivent, soit à la nature de ses créances, soit aux intérêts sociaux qui sont en jeu.

Les privilèges sont indépendants de la convention : aussi l'autonomie des parties ne peut exercer aucune influence

à l'égard de la fixation de l'ordre de ces droits. Le prélèvement dépend entièrement de la loi, qui dans l'hypothèse de l'exécution forcée des obligations du débiteur sur les biens qui lui appartiennent, établit les règles du concours des créanciers et l'ordre, d'après lequel chacun peut exiger le paiement de ce qui lui est dû par le débiteur.

933. — Étant donné le fondement du privilège, et étant donné qu'il est un droit, qui naît durant l'instance du concours, sur les biens du débiteur commun qui sont passibles d'exécution forcée, on comprend que tout doit dépendre de la *lex rei sitæ*. En effet, comme on doit attribuer à cette loi une autorité absolue et exclusive à l'égard des biens soumis à son empire et à sa juridiction, surtout pour ce qui concerne l'exécution forcée, c'est elle qui doit régir la procédure du concours des créanciers et déterminer si on doit attribuer à un d'entre eux le droit de prélever sur la masse des biens ce qui lui est dû, et d'être payé de préférence à tout autre.

Le privilège, d'après le droit moderne, fait naître aussi un droit réel, parce qu'il a pour résultat d'assurer l'accomplissement de l'obligation sur la chose. Toutefois, si on considère l'origine de ce droit, il existe une différence substantielle entre lui et l'hypothèque ; car celle-ci dépend de l'autonomie du propriétaire et de sa volonté expresse ou tacite, tandis que le privilège dérive absolument de la loi, et est, à tous les points de vue, indépendant de la volonté du propriétaire. En effet, le législateur, tout en reconnaissant les droits réels constitués sur les biens du débiteur au profit de ses créanciers, attribue en vertu de son autorité supérieure une sûreté spéciale à certains créanciers, en disposant qu'ils doivent être préférés à tous les autres, y compris les créanciers hypothécaires, et en déterminant la préférence et l'ordre du prélèvement. Le privilège est dès lors un droit réel, qui trouve sa base dans la volonté du législateur, et il est clair que, comme aucune souveraineté ne peut accorder des faveurs et des préférences sur des biens soumis à l'em-

pire d'une souveraineté étrangère, sans attenter au pouvoir supérieur du souverain territorial, on ne saurait admettre que le privilège sur les choses qui se trouvent sur le territoire d'un État puisse dériver d'une loi étrangère.

Ce principe doit être maintenu sans réserve à l'égard des choses immobilières et des choses mobilières localisées. En effet, ces dernières, lorsqu'elles doivent être considérées comme partie du territoire où elles se trouvent actuellement, ne peuvent être passibles d'actions réelles et frappées d'actes d'exécution, qu'en conformité de la *lex rei sitæ*. Ce principe doit surtout être applicable pour ce qui concerne les privilèges qui peuvent exister sur elles. Nous dirons, en son lieu, lorsque nous traiterons du droit international commercial, qu'à l'égard du navire et de la loi qui doit régir les privilèges qui le frappent, on peut admettre une règle différente, sans toutefois modifier le principe que nous venons de poser. Cette règle différente dépend, en effet, du fait que le navire doit être réputé localisé dans la circonscription maritime où il est inscrit.

934. — Nous bornant à l'examen des privilèges établis par le droit civil, nous noterons qu'aux termes des lois des divers États, les choses immobilières et les choses mobilières peuvent en former l'objet, que les privilèges sont distingués en généraux et en spéciaux, et que chaque loi fixe l'ordre des privilèges, en déterminant la préférence entre eux en cas de concours. Nous n'entrerons pas dans les détails, parce que nous ne le croyons pas utile ; mais nous nous bornerons à examiner certaines difficultés, qui peuvent naître en cette matière, en ce qui concerne les privilèges sur les choses mobilières.

Étant donné qu'en principe on doit toujours déterminer d'après la *lex rei sitæ* les créances qui peuvent être privilégiées en cas de concours, on peut se demander si le privilège doit être admis, même dans l'hypothèse où la créance est née sous l'empire d'une loi qui n'attribue aucun privi-

lège à cette créance donnée, ou qui, lui en attribuant un, en restreint l'étendue. A première vue, il pourrait sembler que quelqu'un, qui aurait acquis un droit de créance sous l'empire d'une loi qui ne lui conférerait aucun droit de préférence, ne pourrait pas jouir de cette faveur, dans l'hypothèse où il agirait contre les biens de son débiteur, qui se trouveraient dans un pays, où d'après la loi sa créance serait privilégiée. Il faut toutefois considérer, que l'autonomie des parties intéressées, ni la convention expresse ou tacite de leur part n'entrent pour rien dans cette matière; mais qu'au contraire c'est la protection des intérêts généraux, qui engage le législateur à attribuer à une créance donnée, en considération de sa nature et de sa qualité, une situation spéciale, en cas de concours de plusieurs créanciers sur les biens placés sous l'empire de sa souveraineté. On doit dès lors considérer comme indifférent, que la créance soit née sous l'empire de telle ou telle loi; car, comme tout dépend de la nature et de la qualité de la créance et de la faveur attribuée en cas de concours de créanciers en considération de cette nature et de cette qualité, tout doit être régi par la loi du lieu où existent les biens, et où doit se produire le concours des créanciers qui ont des droits sur ces mêmes biens.

Par suite de la même considération, la loi de la situation des biens doit servir à déterminer l'étendue du privilège. Par conséquent, les frais occasionnés en Italie, par exemple, par la maladie d'une personne, devront être privilégiés en conformité des dispositions du Code civil français, et non d'après celles de la loi italienne, quand le concours des créanciers se produit sur les biens du débiteur commun situés en France. Or, aux termes de l'article 1956, n° 3, du Code civil italien, ces frais sont au nombre des créances qui sont garanties par un privilège général sur les meubles. Toutefois, le législateur italien les limite à ceux faits dans les six derniers mois de la vie du débiteur. Au contraire, d'après le Code civil français, les frais sont privilégiés sans limita-



tion de temps, et dès lors le privilège est accordé, même lorsque la maladie a duré plus de six mois. En appliquant toujours le principe, que le privilège dépend de la loi qui détermine, en considération des intérêts généraux, comment, en cas de concours de créanciers, le prix des biens du débiteur doit être distribué entre eux, il est clair que c'est le législateur du pays où les biens sont situés, qui devra déterminer, non seulement si un des créanciers devra prélever une partie du prix ; mais quelle devra être l'étendue de la créance, à laquelle un tel avantage doit être attribué.

Dans cet ordre d'idées, on comprend aussi que le privilège sur l'universalité des meubles ne saurait s'étendre à ceux existant à l'étranger. On ne saurait, pour soutenir l'opinion contraire, dire que le patrimoine mobilier d'une personne considéré comme universalité, suit la condition de la personne et doit être régi par une loi unique, comme la personne elle-même. En effet, étant donné le principe, que nous avons exposé à l'égard du fondement et de l'origine du privilège, et la considération que la volonté du propriétaire n'est d'aucune considération en cette matière, on arrive à comprendre que le privilège dérivant d'une loi ne saurait s'étendre aux biens soumis à l'empire et à la juridiction d'une autre souveraineté. On doit dès lors, en cette matière, reconnaître comme absolue et exclusive l'autorité de la loi territoriale et admettre par conséquent, que même les privilèges sur l'universalité des meubles doivent être régis par la loi de chaque État à l'égard des meubles qui se trouvent effectivement sur son territoire, et que ni la loi du lieu d'origine de la créance, ni celle du domicile du propriétaire ne peuvent exercer aucune influence sur les biens existant dans un État étranger, qui à cet égard doivent être soumis entièrement à la *lex rei sitæ*.

Il résulte de ces mêmes principes, que la disposition, en vertu de laquelle les privilèges généraux sur les meubles peuvent être colloqués subsidiairement sur le prix des immeubles du débiteur de préférence aux créanciers chyrogra-

phaires ne peut trouver son application que dans l'hypothèse où le privilège résulte de la loi en vigueur au lieu où sont situés les immeubles. En effet, cette disposition est au nombre de celles qui règlent le concours des créanciers, qui exercent leur action sur les biens pour s'en partager le prix, et nous avons déjà dit qu'en cette matière on doit admettre l'autorité absolue de la *lex rei sitæ*.

935. — Le privilège du bailleur mérite une mention spéciale.

Il a son origine dans le droit romain, qui accordait au bailleur d'un fonds ou d'une maison, pour le paiement des loyers et obligations résultant du contrat, une garantie sur les meubles, que le preneur avait introduits dans la maison louée, et sur les fruits produits par le fonds. Ce droit était considéré comme la conséquence de la convention tacite, et constituait le gage ou l'hypothèque tacites, *eo jure utimur ut quæ in prædia urbana inducta, illata sunt, pignori esse credantur, quasi id tacite convenerit.*<sup>1</sup> *In prædiis rusticis fructus qui ibi nascuntur tacite intelliguntur pignori esse domino fundi locati, etiamsi nominatim id non convenerit.*<sup>2</sup>

Ce droit devant être réputé fondé sur la convention tacite, il nous semblerait qu'il devrait dépendre de la loi du contrat. Il faut néanmoins considérer, que le principe général, en vertu duquel quiconque est obligé personnellement est tenu de remplir ses obligations avec tous ses meubles et immeubles présents et futurs, de façon que ses biens soient la garantie de ses créanciers qui ont le droit de s'en partager le prix à conditions égales, est un principe d'ordre public et de raison universelle et une règle impérative, à laquelle ne peuvent être soustraits les biens qui se trouvent sous l'empire de la souveraineté territoriale, sauf dans le cas où, aux termes de la loi émanée de cette souveraineté, on doit

<sup>1</sup> L. 4, Dig., *In quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur.*

<sup>2</sup> L. 7, Dig., *cod.*

admettre quelque cause légitime de préférence en faveur de certains créanciers. On comprend, en appliquant ce principe, que le privilège sur les meubles introduits dans la maison en faveur du bailleur et résultant de la loi ne peut être valable que dans l'hypothèse où les objets, sur lesquels il peut s'exercer, sont soumis à l'empire de cette même loi. Par conséquent, on invoquerait vainement la loi du contrat, pour soutenir ce droit de préférence dans l'hypothèse où les choses mobilières auraient été transportées dans un autre pays, et seraient par conséquent soumises à l'autorité de la loi étrangère.

936. — Nous pourrions seulement admettre, que lorsque le preneur ferait sortir de la maison les meubles qu'il y aurait introduits pour les transporter à l'étranger, le droit attribué par la loi du lieu du contrat de saisir ces objets pourrait être reconnu d'après cette loi, pourvu que les tiers n'eussent acquis sur ces meubles aucun droit d'après la loi étrangère.

Pour mettre en lumière notre idée, nous nous reporterons à l'article 1958, n° 3, du Code civil italien qui, non seulement attribue le privilège au bailleur sur les meubles dont est garnie la maison ou le fonds loués, mais dispose que le bailleur a le droit de saisir les meubles qui font l'objet de son privilège, lorsqu'ils sont transportés ailleurs sans son consentement. Or, étant donné que ces meubles aient été transportés à l'étranger, et qu'on se trouve encore dans le délai utile pour en opérer la saisie, et étant donné que ces meubles n'aient encore, depuis le transport, été l'objet d'aucuns droits acquis par les tiers en conformité de la *lex rei sitæ*, il nous semble que le droit de requérir la saisie pourrait être fondé sur la loi italienne. Nous disons cela, parce que, bien que la saisie soit une mesure destinée à empêcher le détournement des meubles pour faire valoir le privilège accordé par le Code civil italien ; néanmoins, considérée en elle-même, la saisie n'est pas un privilège, mais fait partie des rapports contractuels nés sous l'empire de la loi du lieu où se trouve

le fonds loué, lesquels rapports doivent être respectés, toutes les fois que cela peut avoir lieu sans préjudice des droits acquis par les tiers sous l'empire de la loi étrangère.

937. — Nous croyons aussi utile d'examiner spécialement le privilège, qui d'après certaines lois, est attribué aux cohéritiers sur les immeubles de la succession, pour la garantie du partage fait entre eux et la compensation de la différence des lots. Ce privilège se trouve consacré par l'article 2103, n° 3, du Code civil français. Il faut toutefois dire que, comme il a pour but de sauvegarder les droits des héritiers, et d'assurer que la quotité des biens dévolue par la loi à chacun d'eux leur soit effectivement attribuée, il fait partie intégrante du droit de succession et doit par conséquent être régi par les principes applicables à la succession, et non par ceux applicables aux privilèges en cas de concours des créanciers, qui, considérés dans leurs rapports respectifs, sont des tiers. Le principe même, en vertu duquel on doit admettre que la loi régulatrice de la succession et des droits appartenant aux cohéritiers doit être la loi personnelle du *de cuius*, doit être applicable également à l'égard des garanties réelles prescrites pour la sauvegarde des droits qui appartiennent à chacun dans l'hérédité. Aussi, d'après nous, tout doit dépendre de la loi qui doit régir la succession, et par conséquent les règles, que nous avons établies en ce qui concerne les privilèges, ne peuvent pas être appliquées en ce qui concerne le paiement de la soulte et des parts héréditaires, parce que ces règles se rapportent aux tiers en cas de concours et qu'on ne peut pas considérer comme tels les créanciers dans leurs rapports entre eux.

938. — Maintenant, nous allons examiner un cas tout spécial de concours de créanciers hypothécaires, qui peut se réaliser dans les législations, qui, comme le Code civil italien, admettent la subrogation légale à l'hypothèque.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Le Code civil italien a consacré un principe entièrement neuf à l'égard



Le législateur italien, en réglant l'ordre des hypothèques et le rang des créanciers hypothécaires en cas de concours, prévoit en effet dans l'article 2011 l'hypothèse d'un créancier, qui a une hypothèque régulièrement inscrite sur plusieurs immeubles et qui, pouvant exercer son action sur l'un ou l'autre de ces immeubles, préfère exproprier celui sur lequel est inscrite l'hypothèque d'un créancier postérieur, et qui absorbant tout le prix de l'immeuble ou une grande partie de ce prix, met ainsi ce créancier qui lui est postérieur dans le condition de ne pouvoir plus être payé sur le prix de l'immeuble qui lui est constitué en hypothèque. Dans ces circonstances, le législateur dispose que, lorsque l'hypothèque du créancier qui poursuit l'expropriation s'étend sur d'autres immeubles et que le créancier, qui, ayant hy-

de l'action résultant de l'hypothèque, et qui a été avec raison considéré comme une des plus heureuses inspirations du génie juridique. Aux termes du droit romain, le créancier gagiste pouvait diriger son action sur telle ou telle des choses à lui constituées en gage, sans se préoccuper du point de savoir si un autre créancier, qui avait aussi une garantie réelle sur la même chose pouvait être lésé par suite du fait qu'il aurait exercé de préférence son droit sur cette même chose, en absorbant tout le prix pour être payé de sa propre créance. « *Creditoribus arbitrio permittitur ex pignoribus sibi obligatis quibus velit distractis ad suum commodum pervenire.* » (Leg., 8, Dig., *De distractione pignorum et hyp.* 20, 5).

Dans le système du Code civil français, certains auteurs ont cru trouver le principe de la subrogation légale de l'hypothèque dans la disposition de l'article 1251 du Code civil ; mais on ne peut pas en vérité soutenir, que cet article puisse être appliqué pour admettre la subrogation légale à l'hypothèque ; car, en réalité, cette subrogation est un privilège spécial établi en vertu de la loi en faveur du créancier hypothécaire primé par un autre, et qui est admis dans le système du Code civil italien sans qu'il soit exigé que ce créancier ait payé effectivement le créancier hypothécaire antérieur. La subrogation, qui peut avoir lieu en vertu de l'article 1251 du Code civil français, est également consacrée par l'article 1253, no 1, du Code civil italien. Mais dans aucun de ces deux articles, on ne peut trouver la conception de la subrogation légale, telle qu'elle est établie par l'article 2011 du Code civil italien, qui consacre véritablement un droit nouveau, qui se réduit en réalité à attribuer, en vertu d'une disposition législative, un privilège spécial au créancier hypothécaire primé, sans présupposer aucun paiement effectif de sa part et sans besoin de recourir à l'artifice du paiement fictif ou légal pour l'attribuer.

pothèque sur celui des immeubles qui a été exproprié par le créancier antérieur, se trouve dans l'impossibilité d'exercer son droit réel, parce que le créancier antérieur a absorbé intégralement le prix, peut être subrogé dans l'hypothèque qui appartenait au créancier désintéressé sur les autres immeubles du débiteur commun, de façon à pouvoir exercer sur ces immeubles l'action hypothécaire et à être préféré aux créanciers dont les inscriptions sont postérieures à la sienne. <sup>1</sup>

L'idée juridique de la subrogation hypothécaire d'après le Code civil italien consiste à considérer tous les immeubles grevés d'hypothèque comme un objet commun du droit réel hypothécaire des divers créanciers, de façon à réputer ces derniers en cas de concours comme des codébiteurs solidaires. En admettant en principe, que l'hypothèque est indivisible, le législateur en a tempéré les conséquences dans son application, en décidant que lorsque, par suite de la volonté du créancier, celui-ci a préféré exercer son action hypothécaire sur certains biens déterminés, et a porté ainsi atteinte aux intérêts du créancier hypothécaire postérieur, qui avait sa garantie réelle sur les mêmes biens, ce créancier ainsi lésé acquiert, en vertu de la loi, le droit d'être subrogé au créancier désintéressé. Comme le législateur attribue le même droit aux créanciers primés à la suite de cette subrogation légale, et met ainsi tous les créanciers hypothécaires en mesure d'exercer leur action en concurrence

<sup>1</sup> Voici le texte de la disposition de l'article 2011 du Code civil italien :  
 « Le créancier ayant hypothèque sur un ou plusieurs immeubles, lorsqu'il se trouve *perdant* par suite du paiement, sur le prix de ces immeubles, d'un créancier antérieur, dont l'hypothèque s'étendait sur d'autres biens, est considéré comme subrogé dans l'hypothèque qui appartenait au créancier désintéressé, et peut faire opérer la mention relative, comme il est établi dans l'article 1994, à l'effet d'exercer l'action hypothécaire sur les mêmes biens et d'être préféré aux créanciers postérieurs à sa propre inscription. Le même droit appartient aux créanciers *perdants* à la suite de ladite subrogation. »

L'art. 1994, porte que la personne subrogée à l'hypothèque peut faire mentionner sa subrogation en marge de l'inscription prise par son auteur.

entre eux, en conservant intact l'ordre de préférence, il est facile de comprendre, que la disposition que nous venons d'analyser doit être rangée parmi celles qui concernent le concours des créanciers sur les immeubles en cas d'exécution forcée, et que dès lors on doit l'appliquer à toutes les hypothèques inscrites sur les immeubles situés en Italie, quel que soit le titre dont elles dérivent, et quelle que puisse être la loi sur laquelle le droit pourrait être considéré comme fondé.

A toutes les raisons, que nous avons indiquées comme justifiant l'autorité absolue de la *lex rei sitæ*, on peut ajouter encore la considération, que le fondement juridique de la subrogation légale hypothécaire est un principe d'équité, et que dès lors cette disposition doit être considérée comme d'ordre public, et que, partant, on doit admettre l'autorité territoriale de la loi à cet égard. On arriverait à la même conclusion, si on voulait considérer la subrogation hypothécaire comme fondée sur le droit de subrogation légale par le paiement, comme celui qui dérive de l'article 1251 du Code civil français, parce que la subrogation légale par le paiement devant être régie par la loi du lieu où le paiement est accompli, on arriverait ainsi à la même conclusion, celle d'admettre que tout devrait dépendre de la loi territoriale, abstraction faite de la nature et de l'origine de la créance hypothécaire.

---

## CHAPITRE X

### DE LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE.

939. Idée de la propriété littéraire. — 940. La protection doit-elle en être admise à l'égard des seuls citoyens. — 941. Le droit de propriété littéraire doit-il être protégé dans les pays étrangers. — 942. Doctrine des auteurs à ce sujet. — 943. Systèmes consacrés par les divers législateurs. — 944. Autorité territoriale des lois relatives à la propriété littéraire. — 945. Comment la règle de la réciprocité doit-elle être appliquée. — 946. Les photographies doivent-elles jouir de la protection légale. — 947. Solution de la question d'après les principes du droit international privé. — 948. Les mêmes principes devraient s'appliquer aux œuvres produites par des procédés aujourd'hui inconnus. — 949. Application des lois pour déterminer les caractères de la contrefaçon. — 950. Controverse relative à la contrefaçon des compositions musicales exécutées à l'aide de moyens mécaniques (*orgues mécaniques*). — 951. Principes pour déterminer quand le droit d'auteur peut être reconnu à l'étranger. — 952. De la protection internationale du droit de traduction. — 953. Convention pour la protection des œuvres littéraires et artistiques conclue en 1886.

939. — Les principes, que nous avons exposés, pour déterminer la loi qui doit régir les droits des propriétaires sur les choses qui lui appartiennent et ce qui concerne l'exercice et la protection de ces droits, ne peuvent pas être considérés comme suffisants pour la solution des questions relatives aux droits sur les productions de la pensée et de l'art, qui appartiennent aussi à leurs auteurs, et qui, en tant qu'ils font partie du patrimoine moral de chacun, constituent le droit personnel le plus sacré, le plus légitime et le plus digne de protection.

Les lois ont considéré les productions de la pensée et de l'art comme une propriété, en admettant qu'on doive attribuer à leurs auteurs, sous certaines conditions déterminées



par la loi, un droit égal à celui qui appartient à chacun sur chaque chose qui fait partie de son patrimoine, et ainsi ces produits ont été considérés comme la propriété de leurs auteurs, et les législateurs ont rangé au nombre des autres formes de propriété celle qui est constituée par la propriété littéraire et artistique, en comprenant sous cette dénomination les productions de toute nature de la pensée humaine, c'est-à-dire les productions littéraires, artistiques et scientifiques, telles que les livres, les œuvres dramatiques, les dessins, les peintures, les gravures, les sculptures, les ouvrages d'architecture, de musique et toutes autres formes de manifestation extérieure ou d'impression de toute espèce de découverte, invention ou production de l'esprit.

Néanmoins, certains auteurs, au moyen de raisons très fondées d'après nous, ont refusé aux productions de la pensée le véritable caractère de la propriété, en considérant que l'idée ne peut pas être un objet, sur lequel on puisse admettre un droit absolu et exclusif en faveur de celui qui est arrivé le premier à la concevoir et à la manifester. Toute idée, en effet, appartient à la tradition et chacune d'elles, considérée dans son évolution, peut être considérée comme le patrimoine commun de l'humanité. Le génie ne crée pas les idées, mais il les trouve formées par une élaboration lente et successive : sa vertu de les comprendre et de les formuler ne peut pas engendrer le droit consistant à confisquer à son profit et à considérer comme sa propriété ce qu'il a trouvé dans le patrimoine commun et dans la tradition. Les lois mêmes, qui ont attribué aux productions de la pensée le caractère de la propriété, en admettant que le droit de l'auteur soit limité dans sa durée, ont ainsi reconnu que le caractère essentiel de la propriété d'après le droit commun, celui d'être un droit absolu et illimité dans sa durée, manque à la soi-disant propriété littéraire et artistique.

Il faut toutefois écarter cette discussion relative à la nature du droit qui appartient à l'auteur d'une œuvre d'esprit sur sa production, c'est-à-dire relative au point de savoir, s'il est un

véritable droit de propriété ou un droit de récompense pour un service rendu. <sup>1</sup> Surtout étant donné le point de vue, auquel nous entendons nous placer pour étudier cette matière, il est sans intérêt de discuter à ce sujet, parce que les partisans des deux systèmes s'accordent à reconnaître dans la production de l'esprit un droit, que la loi civile doit régir et protéger, et que les lois de tous les pays civilisés édictent des règles pour déterminer et protéger les droits d'auteur. Cela nous suffit donc, pour discuter relativement à l'autorité de ces lois et à l'étendue des règles qui en résultent, au point de vue des rapports internationaux. Nous traiterons de cette matière, en nous servant, en raison de sa concision, de l'expression *propriété littéraire et artistique*, sans admettre toutefois la doctrine des auteurs, qui reconnaissent aux productions de l'esprit le caractère de propriété. <sup>2</sup>

940. — La première difficulté qui peut se présenter en cette matière, c'est celle de savoir, si étant donné que la loi d'un État attribue un droit de protection aux productions de la pensée, en reconnaissant à ces productions, sous certaines conditions déterminées, des droits égaux à ceux qui dérivent de la propriété aux termes du droit commun, les dispositions de cette loi à ce sujet doivent être appliquées en principe aux citoyens de l'État seulement, ou doivent au contraire l'être également aux étrangers, en considérant les auteurs comme dignes d'une égale protection,

<sup>1</sup> Voir Filomusi, *Enciclopedia giuridica*, 3<sup>e</sup> édit., § 40, qui soutient l'idée de propriété; Cavagnari. *La filosofia del diritto et la proprietà letteraria*; Miraglia, *Filosofia del diritto*, Ch. VIII, p. 237. Ce dernier auteur conteste le droit de propriété.

<sup>2</sup> Compar. *Congrès de la propriété littéraire de Bruxelles*, 1858; Foucher, *Annales de la propriété littéraire*, 1858; *Congrès international de la propriété littéraire*; *Congrès de la propriété industrielle*; *Congrès de la propriété artistique tenu à Paris pendant l'exposition universelle de 1878*; Villefort, *De la propriété littéraire et artistique au point de vue international*; Couhim, *Le régime international de la propriété industrielle, artistique et littéraire*; Darras, *Du droit des auteurs et des artistes dans les rapports internationaux*; Amar, *Della proprietà letteraria e dei diritti degli artisti in Italia e a l'estero*.

sans les distinguer suivant leur qualité de citoyens ou d'étrangers.

Le principe, que nous avons soutenu, que la qualité de citoyen ou d'étranger doit être indifférente pour l'acquisition des droits privés en conformité de la loi territoriale, dans tous les cas où cette loi n'exige pas, par une déclaration expresse, cette qualité de citoyen, comme condition de la jouissance du droit, doit être également applicable en cette matière. Dès lors, même si on considère la propriété littéraire comme une création de la loi civile, on ne peut jamais refuser aux étrangers, qui ont observé les dispositions de la loi relatives à l'acquisition de ce droit, d'en jouir sous les conditions déterminées par cette même loi. On ne pourrait pas, en effet, exclure l'autorité territoriale de la loi. Du reste, le fait juridique d'avoir, sous son empire, produit et publié au moyen de la presse ou autrement une œuvre, et d'avoir observé tout ce qu'elle dispose pour obtenir sa protection, doit être réputé suffisant pour pouvoir demander et obtenir l'application de cette loi, sans se préoccuper du point de savoir si l'auteur de l'œuvre est citoyen ou étranger. Il n'a été à cet égard élevé aucune difficulté, pas même en droit français, où en principe, on admet que la jouissance des droits civils est réservée aux citoyens seulement. Du reste, en France, tout doute à cet égard a disparu depuis la publication de la loi de 1810 et du décret de 1852. Laurent toutefois<sup>1</sup> tend à soutenir que, sans cette loi ou ce décret, d'après le Code civil, la propriété littéraire devant être comprise au nombre des droits civils, pourrait être considérée comme faisant partie des droits réservés aux citoyens.

941. — La difficulté la plus grave qui peut surgir est celle de savoir, si la protection des droits d'auteur, qui, comme nous l'avons dit, peut dériver de la loi territoriale, doit s'arrêter aux limites du territoire, ou si au contraire

<sup>1</sup> *Droit civil international*, T. III, § 326, p. 571.



celui qui a acquis le droit de propriété littéraire, peut exiger que l'atteinte à ce droit au moyen de la contrefaçon et de la publication soit considérée comme un délit contre les droits appartenant à la personne, même quand le fait vient à se réaliser en pays étranger. Étant donné que l'auteur d'une œuvre scientifique ait acquis d'après la loi le droit de propriété littéraire, pourra-t-il être admis à faire valoir ce droit dans un autre pays et à en exiger la protection contre quiconque y porte atteinte, en contrefaisant et en publiant l'œuvre qui lui appartient ? En d'autres termes, la propriété littéraire et artistique acquise légitimement d'après la loi territoriale doit-elle être considérée, à l'égard de la personne à laquelle elle appartient, comme un droit territorial, ou doit-elle être au contraire considérée comme un droit international, attribuant à l'auteur la faculté d'empêcher la contrefaçon, en se prévalant de la loi en vigueur dans le pays où cette contrefaçon a eu lieu ?

Cette question ne pourrait pas se présenter dans l'hypothèse où la loi territoriale n'accorderait aucune protection aux auteurs, et n'admettrait par conséquent aucun droit de propriété littéraire. En effet, alors, l'étranger ne pouvant être admis à faire valoir un droit, qui n'existerait pas d'après la loi territoriale, ne pourrait pas utilement invoquer la loi étrangère sur laquelle ce droit reposerait, de façon à être considéré comme dans une situation préférable à celle des citoyens de l'État. Il en résulterait, que le droit de propriété littéraire, bien que légitimement acquis en vertu de la loi du pays où l'œuvre aurait pris naissance, ne pourrait pas exister à l'égard de la loi territoriale.

La question peut se poser même dans l'hypothèse, où la loi de l'État reconnaît le droit de propriété littéraire et le protège, en défendant les contrefaçons et en les qualifiant de délits punissables. La contrefaçon d'une œuvre, dont quelqu'un a acquis la propriété littéraire en vertu de la loi du pays étranger, réalisée sur le territoire de l'État, qui considère l'attentat à cette propriété comme un délit, devra-t-



elle être réputée telle, si elle a pour objet la reproduction d'une œuvre, dont la propriété a été légalement acquise en vertu de la loi étrangère ? La contrefaçon, qui est une sorte de vol commis au préjudice de l'auteur, devra-t-elle perdre ses caractères délictueux et cesser d'être considérée comme un vol, par le seul motif qu'elle a été consommée contre la propriété littéraire étrangère ? Ceci est le vrai point de la controverse.

942. — Divers systèmes ont été proposés par les auteurs pour résoudre cette question, et diverses solutions ont été consacrées par les législateurs.

Ceux, qui ont considéré la propriété littéraire comme une création de la loi civile, ont donné une telle importance à l'élément territorial en cette matière, qu'ils ont considéré la protection de cette propriété, comme fondée non sur le respect des droits de la personne et sur le produit du travail, mais au contraire sur l'intérêt territorial. La Cour de Paris elle-même, dans son arrêt du 22 novembre 1853, déclare que la protection est le juste équivalent des avantages, et quelquefois encore de la gloire, qui résulte pour le pays de la publication. De là la doctrine consistant à considérer tout comme territorial, en admettant que la souveraineté ne doit se préoccuper que de la protection des œuvres imprimées dans le pays<sup>1</sup> : que les œuvres publiées à l'étranger doivent être considérées comme dans le domaine public : et que chacun a le droit de les reproduire, parce que ce fait ne peut constituer par lui-même la contrefaçon punissable ; car on ne doit considérer comme délictueuse que la contrefaçon des œuvres protégées par la loi, c'est-à-dire de celles imprimées sur le territoire de chaque État.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Renouard, *Traité des droits des auteurs*, II, n° 73; Merlin, v° *Contrefaçon*.

<sup>2</sup> Dans son arrêt précité, la Cour de Paris s'exprimait ainsi : « Si la propriété consacrée au profit des auteurs a son principe dans la composition elle-même, c'est de la publication que dérivent à l'égard des tiers

D'autres auteurs ont dit avec raison, que le droit de propriété des auteurs, quand il est reconnu et protégé par la loi, ne peut dépendre de la circonstance, que l'ouvrage ait été publié dans un lieu ou dans un autre. Lorsqu'il s'est agi de réformer la législation qui existait en France en cette matière, on disait dans le rapport adressé à Napoléon III, que c'était un inconvénient grave que l'étranger, qui pouvait acquérir et posséder sous la protection des lois les choses mobilières et immobilières, ne pût empêcher l'usurpation de ses œuvres au moyen de la contrefaçon, et on concluait, que cet état de choses était, non seulement contraire aux principes du droit, mais aussi à ceux de la justice universelle. Malgré cela, toujours par suite du principe que les règles de droit doivent être appliquées aux étrangers, en tenant compte des tempéraments commandés par la prudence politique et par l'utilité de protéger les intérêts nationaux, on soutenait, qu'il fallait régler cette matière de la propriété littéraire à l'étranger par des traités, et qu'on ne devait accorder la protection des droits de propriété dérivant de la loi étrangère, que sous la condition de réciprocité.

Toutefois, de nombreux auteurs ont soutenu le principe plus libéral, qui conduisait à admettre le droit international de propriété littéraire, comme un droit absolu et indépendant de la condition de réciprocité. Dans le congrès international réuni à Bruxelles en 1858, qui fut un des premiers où on étudia à fond, au point de vue juridique, littéraire, diplomatique et économique, la question de reconnaissance internationale de la propriété littéraire et artistique, on proclama les principes, qui ont depuis servi de base aux législations modernes plus libérales, en admettant que la reconnaissance internationale de la propriété littéraire doit être admise entre les États, même en l'absence de réciprocité : que l'assimilation complète des auteurs étrangers aux au-

« son existence légale et ses prérogatives. » (*Journal du Palais*, 1854, p. 174).

teurs nationaux doit être absolue et complète; que les auteurs étrangers ne devraient pas être contraints d'observer les formalités spéciales requises d'après la loi de chaque État, pour pouvoir être admis à invoquer le respect de leur propriété, mais qu'on devrait considérer comme suffisant, que la propriété eût été attribuée d'après la loi du pays, où la publication originelle aurait été faite, en accomplissant les formalités exigées par cette loi.

943. — Les lois publiées dans les divers États ont été inspirées par les principes soutenus tant par les uns que par les autres, et on ne peut pas encore dire que le vœu exprimé au sein du congrès de Bruxelles de 1858, que tous les pays civilisés se mettent d'accord, pour adopter à l'égard de la propriété littéraire et artistique une législation commune fondée sur des principes uniformes de droit, ait été jusqu'ici rempli. Toutefois, beaucoup de chemin a été fait sur la voie de la reconnaissance des principes libéraux. Les législations des divers pays ont été, en effet, modifiées dans le sens le plus favorable au respect dû à la propriété littéraire étrangère; beaucoup de traités ont été conclus, pour mieux en assurer la protection dans la pratique, et la création d'une union internationale pour la protection des œuvres industrielles et artistiques, réalisée au moyen de la convention conclue le 9 septembre 1886 entre plusieurs États est déjà un événement très important, de nature à donner satisfaction aux aspirations générales vers un droit uniforme en cette matière. <sup>1</sup>

Parmi les lois inspirées par des principes libéraux, on doit en premier lieu mentionner la loi belge du 22 mars 1886, qui

<sup>1</sup> Voir aussi les études particulières sur la convention du 9 septembre 1886. Clunet, *Etude sur la convention d'union internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*; Soldain, *Etudes théoriques et pratiques du droit international privé, des droits intellectuels, du droit des auteurs et des artistes dans les rapports internationaux, et commentaire de la convention de Berne du 9 septembre 1886*; Pradier-Fodéré, *Traité de Droit international public*, T. IV, § 232.

base la prérogative de l'auteur d'empêcher la reproduction sans son autorisation, de quelque manière et sous quelque forme que ce soit, de l'œuvre littéraire et artistique faite par lui, sur un principe véritablement scientifique et nouveau, celui d'après lequel on considère la production d'une chose qui n'existait pas d'abord, comme une création intellectuelle, principe dont dérive le droit personnel, que ce législateur attribue à l'auteur d'empêcher toute autre personne de s'approprier et de reproduire sa création intellectuelle. Partant de ce principe, le législateur belge attribue à l'auteur un droit exclusif sur son œuvre, en considérant celle-ci comme une valeur mobilière, qui appartient en propre au producteur et admet dès lors, non seulement le droit exclusif d'en jouir, mais aussi de le céder et de le transmettre en tout ou en partie selon les règles du Code civil, et reconnaît ce droit comme transmissible aux héritiers ou ayants-droit pendant cinquante ans à partir de la mort de l'auteur. La loi belge ne subordonne dès lors pas la protection du droit d'auteur à la réciprocité et établit ainsi, que ce droit ne peut pas être réputé une création de la loi; mais doit être considéré comme un droit naturel et un droit personnel, sacré comme la personne elle-même à laquelle il appartient. De cette façon, elle supprime toute différence entre le citoyen et l'étranger, et par conséquent elle exclut qu'on puisse considérer comme laissé au bon plaisir du législateur de subordonner à la condition de réciprocité le respect dû au droit d'auteur.<sup>1</sup>

Dans la majeure partie des autres législations on admet que la propriété littéraire et artistique doit être reconnue indépendamment des traités; mais on subordonne la jouissance des droits qui en dérivent à la condition de la réciprocité. C'est ainsi que disposent la loi espagnole du 12 janvier 1879<sup>2</sup>,

<sup>1</sup> Compar. l'article du député Borchrave, rapporteur de la loi, dans le *Journal du droit international privé*, 1887, p. 403.

<sup>2</sup> *Ley de propiedad intelectual*. Il est à noter, que le législateur espagnol admet ainsi par le titre de la loi l'idée, que les droits d'auteur constituent une propriété, tandis que les autres lois les plus récentes ont exclu cette idée.



la loi suisse du 23 avril 1883, le texte unique des lois sur les droits d'auteur publié par le décret italien du 19 septembre 1882, qui à l'article 44 édicte aussi la condition de la réciprocité établie par la loi ou promise par l'Etat étranger.<sup>1</sup>

En France, la protection des œuvres étrangères a été assurée par le décret du 28 mars 1852, qui ne subordonne pas en réalité la protection à la condition de réciprocité ; mais exige l'observation des formalités requises par la loi française pour la jouissance des droits d'auteur attachés à une œuvre publiée en France. Il est en outre à noter, que toutes les œuvres d'esprit ne peuvent pas être comprises parmi celles visées par le décret, et que beaucoup de difficultés se sont présentées au sujet de l'application de ce texte légal.<sup>2</sup>

Parmi les lois qui subordonnent la protection des droits d'auteur aux traités, nous devons mentionner la loi allemande du 11 juin 1870. Elle protège les droits des auteurs nationaux, sans distinguer si leurs œuvres ont été publiées dans l'empire d'Allemagne ou à l'étranger ; mais en ce qui concerne les œuvres publiées par des auteurs étrangers en dehors du territoire de l'empire, elle n'admet la protection, que quand elle est stipulée dans un traité.

944. — Nous ne croyons pas utile d'entrer dans d'autres détails en exposant les lois des divers Etats. Nous dirons seulement que, de quelque manière que le législateur de chaque pays ait cru devoir résoudre la question de la protection des droits d'auteur, on ne peut pas contester, que la loi qu'il a promulguée doit avoir une autorité exclusive sur le territoire, pour décider si l'auteur a droit à une certaine protec-

<sup>1</sup> Les lois en vigueur en Italie sur cette matière étaient celle du 25 juin 1865, n° 2337 et celle du 10 août 1875, n° 2652. Aux termes de la loi du 10 mai 1882, n° 756 (série 3) le gouvernement du roi eut la faculté de coordonner dans un texte unique ces lois, et c'est en vertu de la délégation qu'a été promulgué le décret de 1882, qui règle actuellement cette matière.

<sup>2</sup> Voir l'article publié par Renault, dans le *Journal de droit international privé*, 1878, p. 117.

tion, pour déterminer les conditions requises pour admettre la reconnaissance du droit protégé par la loi et pour résoudre toute difficulté relative à cette matière. Nous ne pouvons pas dès lors examiner les questions spéciales, qui peuvent résulter de l'application des lois particulières des différents Etats, parce que, étant donné le principe de l'autorité territoriale de la loi, la solution des difficultés à l'égard de chaque loi spéciale doit être considérée comme une question de droit interne. Nous nous bornerons par conséquent à exposer quelques considérations générales à l'égard de certaines difficultés qui peuvent se présenter.

945. — Lorsque la loi d'un Etat consacre la protection sous la condition de réciprocité, il est incontestable en principe, que la propriété littéraire étrangère doit être protégée dans tous les cas, où la même protection est accordée par la loi de l'Etat étranger, où la propriété a été acquise ; mais il ne faut pas se dissimuler que le point de savoir si les conditions de la réciprocité existent ou non doit être résolu par les tribunaux de chaque Etat, en tenant compte des principes qui y sont admis par les lois et par la jurisprudence. Il pourrait dès lors arriver que dans un cas donné, le droit d'un auteur sur une œuvre publiée à l'étranger pût être méconnu, en raison de ce que le tribunal saisi de la difficulté déciderait que dans certaines circonstances données la protection ne pourrait pas être admise, si on devait appliquer la loi de l'Etat étranger à une œuvre publiée dans le pays. Ainsi, par exemple, le fait, que deux lois ne seraient pas d'accord sur les conditions requises pour jouir de la protection, l'une exigeant et l'autre n'exigeant pas le dépôt de deux exemplaires de l'œuvre publiée à l'étranger, pourrait être réputé suffisant pour exclure la réciprocité. De même aussi, la protection pourrait être refusée, si le tribunal décidait qu'un moyen de reproduction donné ne devrait pas être considéré parmi ceux qui, dans un cas analogue, doivent être réputés prohibés par la loi étrangère. Nous nous abstenons d'examiner

d'autres hypothèses, où en raisonnant d'une façon subtile sur les différences qui existent entre deux lois, et en alléguant le prétexte de la divergence, on peut arriver à soutenir que la réciprocité n'existe pas.

Sans contester en principe, que cette question doit être résolue d'après la prudente appréciation des tribunaux saisis, nous devons cependant noter, qu'ils doivent admettre que, d'après les plus justes données de la doctrine et du droit modernes, la protection des productions de l'esprit doit être réputée la mieux fondée sur les principes rationnels, parce qu'elle tend à assurer le respect de ce qui est le plus personnel et qui doit être sacré et inviolable comme la personne elle-même. Aussi, il nous semble, que les tribunaux doivent toujours avoir à cœur d'interpréter et d'appliquer la loi de la façon la plus large et la plus favorable à la protection, plutôt que d'en restreindre l'application avec des vues mesquines, de façon à ôter à l'homme, qu'il soit citoyen ou étranger, ce qui lui appartient. En France, lors de la publication du décret du 19 juillet 1793, le rapporteur a dit avec raison, que de toutes les propriétés la « moins susceptible de con-  
« testation, c'est sans contredit celle des productions du gé-  
« nie, et si quelque chose doit étonner, c'est qu'il ait fallu  
« reconnaître cette propriété, assurer son existence par une  
« loi positive. » La même idée avait été exprimée par Chapelier, rapporteur du décret de 1791 relatif aux spectacles :  
« La plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable, la  
« plus personnelle de toutes les propriétés, disait-il, est l'ou-  
« vrage, fruit de la pensée d'un écrivain. »

Ces principes devraient conseiller d'élargir le champ de la protection des œuvres de l'esprit, plutôt que le restreindre. Par conséquent, dans le doute sur le point de décider si une production donnée doit être considérée comme artistique ou matérielle, pour admettre ou exclure la protection, on devrait attribuer le caractère de production artistique à toute chose faite par l'homme, dans laquelle se révèle la pensée, l'esprit, le goût et l'intelligence de l'auteur, de façon que l'ensemble porte l'empreinte de sa personnalité.

946. — Dans certains cas, on peut se demander si une production donnée doit être considérée comme une production artistique, et digne comme telle de la protection due à toute œuvre de l'esprit. Ainsi, par exemple, on a discuté longuement sur le point de savoir, si l'œuvre obtenue au moyen de la photographie devait ou non être considérée comme une œuvre d'art. Certains auteurs lui ont refusé ce caractère, pour la raison que le travail photographique s'obtient à l'aide d'un procédé mécanique. Cette thèse a été soutenue devant la Cour de Paris par l'avocat général Oscar de Vallée dans un réquisitoire prononcé en 1864. Cette même doctrine a inspiré la déclaration signée par différents membres de l'Institut de France à propos du procès engagé à l'occasion de la reproduction des portraits photographiques du comte de Cavour et de lord Palmerston, déclaration par laquelle ils protestaient contre l'assimilation de la photographie à l'art. Elle a été également admise par le tribunal de la Seine dans son jugement du 9 janvier 1862, où il est dit que les œuvres produites à l'aide de moyens mécaniques ne peuvent pas être assimilées aux productions de l'intelligence et conférer à l'industriel qui les fabrique une propriété semblable à celle de l'artiste qui invente et qui crée.<sup>1</sup>

La Cour d'appel de Paris accueillit une doctrine toute contraire dans son arrêt du 10 avril 1862, où elle réforma le jugement du tribunal. « Considérant, disait-elle, que les dessins « photographiques ne doivent pas être nécessairement et « dans tous les cas considérés comme destitués de tout caractère artistique, ni rangés au nombre des œuvres purement matérielles; — qu'en effet ces dessins, quoique obtenus à l'aide de la chambre noire et sous l'influence de la lumière, peuvent dans un certain degré, être produit de la pensée, de l'esprit, du génie et de l'intelligence de l'opérateur; — que leur perfection, indépendamment de l'ha-

<sup>1</sup> Tribunal de la Seine, 9 janvier 1862 (Meyer et Pierson, c. Thiébault et autres); *Journal du Palais*, 1862, p. 475.



« bileté de la main, dépend en grande partie, dans la repro-  
 « duction des paysages, du choix des points de vue, de la  
 « combinaison des effets de lumière et d'ombre, et en outre  
 « dans les portraits, de la pose du sujet, de l'arrangement  
 « des costumes et des accessoires, toutes choses abandon-  
 « nées au sentiment artistique et qui donnent à l'œuvre du  
 « photographe l'empreinte de sa personnalité. — Considé-  
 « rant que les procédés inventés par Daguerre appartiennent  
 « au domaine public, et si, dès lors, chacun peut les  
 « employer, il n'en résulte nullement que les produits réa-  
 « lisés à l'aide de ces procédés par l'art et l'intelligence du  
 « photographe doivent également tomber dans le domaine  
 « public. » <sup>1</sup> La Cour de cassation, en rejetant le pourvoi  
 contre cette décision, par son arrêt du 28 novembre 1862, <sup>2</sup>  
 admit la théorie de la Cour de Paris.

De même, en Italie, la jurisprudence s'est prononcée en  
 sens divers. <sup>3</sup> Les lois des différents Etats ont aussi résolu  
 dans un sens ou dans un autre la question de principe. Les  
 uns ont admis expressément que les produits photographi-  
 ques doivent faire l'objet de la protection due aux droits d'au-  
 teur, comme l'a fait la loi des Etats-Unis d'Amérique du 8  
 juillet 1870 (art. 86). Les autres, au contraire, ont écarté cette  
 assimilation, en établissant des règles particulières pour la  
 protection des œuvres photographiques, comme cela a eu  
 lieu en Allemagne, où a été promulguée la loi du 10 janvier  
 1876 pour régler la protection des œuvres photographiques,  
 et comme cela s'est produit également en Norvège, où la  
 protection des photographies est réglée par la loi du 12  
 mai 1877.

947. — Négligeant, pour ne pas sortir du champ de notre

<sup>1</sup> *Journal du Palais*, 1862, p. 476.

<sup>2</sup> *Id.*, 1863, p. 482.

<sup>3</sup> Voir Cour de Turin, 8 février 1868 et Cour de Rome, 17 juillet 1875. Cette dernière Cour a admis, que la reproduction lithographique de la photographie de Pie IX sans le consentement du photographe ne pouvait pas être considérée comme une atteinte aux droits d'auteur.

étude, de discuter la question de principe, nous ferons seulement observer que, pour ce qui concerne la question dans les rapports internationaux, étant donné que la loi de l'un ou de l'autre Etat établit en principe la protection des œuvres étrangères de l'esprit et de l'art, sans statuer expressément à l'égard des produits photographiques, on devrait tenir compte des principes établis par la jurisprudence du pays où la question aurait été soulevée, pour décider si ces produits devraient ou non être compris parmi les droits d'auteur.

Dans la convention du 9 septembre 1886, relative à la protection des œuvres littéraires et artistiques, le caractère d'œuvre artistique ne se trouve pas attribué aux travaux photographiques, mais il ne leur est pas non plus refusé. En effet, dans le protocole signé par les plénipotentiaires, qui ont souscrit la convention, il est dit : « Il est convenu que  
« ceux des pays de l'Union où le caractère d'œuvres artisti-  
« ques n'est pas refusé aux œuvres photographiques, s'en-  
« gagent à les admettre, à partir de la mise en vigueur de  
« la convention conclue en date de ce jour, au bénéfice de  
« ses dispositions. Ils ne sont d'ailleurs tenus de protéger les  
« auteurs desdites œuvres, sauf les arrangements interna-  
« tionaux existants ou à conclure, que dans la mesure où  
« leur législateur permet de le faire. »

Du reste, il va de soi que, lorsque la photographie serait la reproduction d'une œuvre originale, qui formerait l'objet des droits d'auteur, et qu'elle aurait été exécutée avec l'autorisation de celui auquel l'œuvre d'art originale appartiendrait, elle devrait alors jouir de la même protection que cette œuvre originale. En effet, le photographe pourrait invoquer la protection légale qui appartiendrait à l'auteur de cette œuvre de la reproduire, par le motif que ce droit lui aurait été cédé.

948. — Les mêmes principes devraient s'appliquer aux œuvres produites à l'aide de tout autre moyen jusqu'aujourd'hui inconnu. Toutes les fois qu'on pourrait attribuer à

l'œuvre le caractère de travail, dans lequel se révèle l'intelligence de l'auteur, on devrait toujours la comprendre dans la catégorie générale des productions de l'esprit, et l'absence d'une disposition expresse dans la loi de l'autre Etat, qui n'aurait pas indiqué cette œuvre parmi les objets des droits d'auteur, ne devrait pas être par elle-même une raison suffisante pour refuser la protection, sous le prétexte de défaut de réciprocité.

949. — L'autre difficulté, qui peut se présenter, est celle relative à la nature des faits, qui pourraient motiver l'application de la loi, pour décider, par exemple, si ces faits réunissent ou non les caractères de la contrefaçon. Il faut à cet égard reconnaître l'autorité prépondérante de chaque loi territoriale. Par conséquent, toutes les fois qu'il s'agirait de décider si les peines fixées par la loi territoriale contre celui qui aurait porté atteinte aux droits d'auteur devraient être appliquées, il faudrait statuer d'après la loi en vigueur dans l'Etat où la reproduction ou bien la contrefaçon aurait eu lieu, à la condition toutefois que l'application en fût faite d'après les mêmes règles, que s'il s'agissait de réprimer une contravention commise au préjudice d'une œuvre nationale. Il pourrait dès lors se faire, qu'on dût considérer comme contravention punissable un fait prévu par la loi territoriale, qui ne serait pas considéré comme tel dans le pays où l'œuvre aurait été créée.

Considérons, par exemple, les droits d'auteur d'une œuvre musicale ou dramatique, et supposons qu'aux termes de la loi de l'un ou l'autre Etat ces droits soient protégés à titre de réciprocité. Etant donné que l'auteur de l'œuvre étrangère ait observé les formalités requises par la loi territoriale, pour établir et faire reconnaître son droit, il nous semble qu'il pourrait invoquer les garanties légales à raison de faits consommés dans l'Etat en violation des lois qui y sont en vigueur, même lorsque la loi de l'autre Etat ne réprimerait pas de la même manière les atteintes au droit de l'auteur

dramatique. Nous disons cela, parce que, d'après nous, la réciprocité doit résulter de ce que les lois des deux pays admettent la protection de l'œuvre musicale ou dramatique étrangères, mais non de ce qu'elles édictent les mêmes pénalités. Par conséquent, si, aux termes de la loi des deux Etats, on considérait comme une atteinte aux droits d'auteur d'une œuvre musicale ou dramatique, non seulement la reproduction et l'impression de cette œuvre, mais la représentation ou la reproduction en public, l'auteur aurait le droit de demander l'application de la loi territoriale contre celui qui ferait exécuter en public son œuvre sans son consentement. Ce serait à tort qu'on objecterait, pour combattre ce droit que la loi étrangère ne punirait pas cette forme donnée de représentation ou d'exécution d'une œuvre musicale faite sans le consentement de l'auteur. En effet, comme on devrait décider d'après la loi territoriale ce qui constituerait l'atteinte au droit, et que nous avons supposé qu'aux termes de cette loi la représentation de cette œuvre sans le consentement de l'auteur serait réputée une contravention, on devrait appliquer ce que la loi territoriale disposerait pour la protection légale des droits d'auteur, et les faits consommés au lieu où cette loi serait en vigueur devraient légitimer l'application des sanctions pénales, qui ne pourraient pas être exclues en excipant du principe de la réciprocité. En réalité, la réciprocité doit servir à établir si le droit doit être considéré comme existant et s'il doit être réputé digne de protection ; mais pour décider s'il y a ou non atteinte au droit protégé, si la contravention existe ou non et si elle doit être punie, on doit appliquer exclusivement la loi territoriale, et on ne peut pas déterminer l'autorité de la loi en invoquant le principe de réciprocité. <sup>1</sup>

<sup>1</sup> Nous ne saurions admettre sur ce point la doctrine de l'auteur. En effet, à ce compte la réciprocité ne signifierait plus rien ; car elle n'assurerait pas le même traitement réciproque aux nationaux des deux Etats, puisque dans l'un la protection pourrait ne s'étendre qu'à un nombre de faits très restreints, tandis que dans l'autre elle s'étendrait à des cas très



De même, on devra appliquer la loi territoriale, pour décider si la vente des œuvres reproduites ou contrefaites constitue un délit punissable et sous quelles conditions, et ainsi si la vente d'œuvres contrefaites, reproduites ou réduites à l'étranger sans autorisation tombe sous le coup de la loi.

950. — Une des longues discussions, auxquelles a donné lieu la contrefaçon des œuvres musicales a été celle, qui est née au sujet de la reproduction, sans autorisation de l'auteur, d'une composition musicale, au moyen de procédés mécaniques, tels que les cylindres à pointe des orgues mécaniques. La Cour de cassation française avait considéré cette reproduction comme un délit dans son arrêt du 13 février 1863, prononcé à la suite de vives discussions judiciaires et de renvois. <sup>1</sup> Le tribunal de Leipsig a admis aussi la même doctrine. Nous n'entrerons pas dans les détails pour ce qui concerne la question de principe ; nous noterons seulement dans ce cas, comme dans tout autre cas semblable, qu'on doit admettre, qu'il faut décider en conformité de la loi ter-

nombreux de contrefaçon. Prenant l'expression réciprocité dans son sens naturel, nous pensons qu'on ne pourrait se prévaloir de ce principe, que lorsque l'atteinte au droit, dont l'auteur demanderait la répression dans un pays serait aussi protégée par la loi de l'autre pays. Du reste, comme il s'agit de répression pénale, il est à considérer que tout est de droit étroit, et que dans le doute, la prévention ne doit pas être admise. (Note du traducteur Ch. A.)

<sup>1</sup> Voir les phases de ce procès, qui fut introduit le 30 mai 1861 et jugé par le tribunal de la Seine, par la Cour de Paris et ensuite par celles de Rouen et d'Orléans, dans le *Journal du Palais*, 1863, p. 799. — Nous croyons utile de rapporter le raisonnement fait par la Cour d'Orléans : « On peut dire, disait cette Cour, que la musique est une combinaison des sons, qu'on ne peut commercialement reproduire qu'après avoir acquis l'autorisation de la part du compositeur ou créateur ; que tout instrument mécanique, exécuteur d'airs, fabriqué et mis en vente sans cette autorisation, est un instrument contrefacteur, non seulement en ce qu'il fournit à son possesseur un moyen de s'approprier la pensée musicale, de fixer dans sa mémoire le thème ou la mélodie, mais encore en ce que cet instrument est de lui-même un agent direct d'exécution, d'émission, de mise au jour de la combinaison de sons, qui constitue l'œuvre réservée. »

ritoriale, si le fait, sur lequel l'auteur base l'instance relative à la protection légale de son droit constitue ou non une atteinte au droit même et si on doit par conséquent admettre qu'il est au pouvoir du magistrat territorial, non seulement de décider, en appréciant les circonstances de fait, si une œuvre quelconque doit être réputée une œuvre d'art ou d'esprit au sens de la loi, mais de dire s'il existe ou non une atteinte aux droits garantis à l'auteur.

Dans la convention précitée du 9 septembre 1886, la question de principe se trouve ainsi résolue à l'article 3 du protocole : « Il est entendu, que la fabrication et la vente des « instruments servant à reproduire mécaniquement des airs « de musique empruntés au domaine privé ne sont pas « considérées comme constituant le fait de contrefaçon « musicale. »

951. — Nous croyons utile de dire, qu'on devra, dans chaque cas, appliquer la loi de l'Etat, où l'auteur a acquis ses droits, pour décider s'il a ou non la propriété de l'œuvre. Par conséquent, s'il ne pouvait pas justifier de l'acquisition de ce droit dans le pays où l'œuvre a été créée, il ne pourrait pas être admis à en demander la protection dans un autre pays. Il résulte de là, que si, aux termes de la loi de l'Etat où la propriété littéraire ou artistique a pris naissance, on doit considérer le droit d'auteur comme éteint par suite de l'échéance du terme fixé par cette loi, ce droit devrait aussi être considéré comme éteint dans les autres pays, où la loi fixerait un délai plus long pour la protection des droits d'auteur. Mais, lorsque la protection des droits d'auteur aurait une durée plus longue dans le pays d'origine, que dans le pays étranger, on ne pourrait pas permettre à l'auteur d'invoquer la loi du pays d'origine, pour jouir d'une protection plus longue que celle résultant de la loi territoriale.

Il est clair également que, lorsqu'aux termes de la loi territoriale, certaines formalités seraient requises de la part de l'auteur, pour demander l'application de la loi sur les droits

d'auteur, l'accomplissement de ces formalités devrait être réputé indispensable pour être admis à faire valoir ses droits.

Le droit d'auteur ne peut comprendre celui d'en défendre la traduction. Il faut, en effet, considérer que, la traduction étant un travail intellectuel doit être considérée par elle-même comme une œuvre d'esprit de la part du traducteur, et que par conséquent la protection doit être accordée plutôt au traducteur, auquel appartient la traduction qu'il a faite, qu'à l'auteur de l'œuvre, dans le sens de protéger le droit pour lui d'empêcher la traduction.

952.— Nous pouvons toutefois admettre que, pour récompenser l'auteur du service par lui rendu à la société, on puisse lui accorder le droit d'autoriser la traduction de son œuvre littéraire ou scientifique, ou l'exécution de son œuvre musicale. Cela toutefois, qui peut être considéré comme conforme aux principes de la justice et de l'équité, devrait être consacré par une stipulation expresse ou par la loi internationale relative à cette matière, en accordant à l'auteur le droit exclusif de faire ou d'autoriser la traduction pendant un certain délai (par exemple non supérieur à 10 ans), passé lequel tout le monde aurait la faculté de traduire et de publier l'œuvre originale.

Etant donné que le droit de traduction soit réservé à l'auteur, il devrait être protégé dans la jouissance de ce droit, et il ne devrait pas être nécessaire qu'il annonçât son intention de se le réserver. On ne doit pas en effet présumer que quelqu'un renonce à ses droits, par le seul fait qu'il ne déclare pas vouloir en profiter.

La traduction, faite par l'auteur ou par toute autre personne de lui autorisée, doit être protégée comme toute œuvre originale. Toutefois, si le droit de traduction était tombé dans le domaine public, on ne pourrait pas soutenir qu'on dût attribuer au traducteur à l'égard de sa version de l'œuvre originale les mêmes droits qu'à l'auteur ; car on ne peut admettre le droit exclusif de traduction en faveur du premier

traducteur d'un ouvrage quelconque. Il faudra dès lors décider que le traducteur doit avoir les droits d'auteur sur sa propre traduction, avec toutes les garanties légales établies par la loi pour les œuvres d'esprit ; mais il ne pourra pas empêcher d'autres personnes de traduire à leur manière la même œuvre originale.

953.— Sans entrer dans de plus long développements sur cette matière, nous nous bornerons à établir que, d'après nous, dans tout cas où les lois particulières de chaque Etat n'auraient pas résolu par une disposition expresse les questions de principe, il faudrait s'en tenir à ce qui se trouve édicté dans la convention internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques conclue originellement le 9 septembre 1886 entre la Belgique, la France, l'Allemagne, la Grande-Bretagne, la République d'Haïti, l'Italie, la République de Libéria, la Confédération Suisse et la Tunisie. Elle constitue, non seulement un des actes internationaux importants de notre siècle, par lequel est établi, entre les pays contractants constitués en état d'union un droit international uniforme pour la protection des œuvres d'esprit ; mais elle doit être regardée comme le résultat des longues discussions des conférences, qui l'ont préparée, en tenant compte des vœux exprimés dans les nombreux congrès tenus depuis celui de Bruxelles de 1858, <sup>1</sup> conformément à la doctrine moderne.

<sup>1</sup> Voici le texte de cette convention :

Art. 1. — Les pays contractants sont constitués à l'état d'Union pour la protection des droits des auteurs sur leurs œuvres littéraires et artistiques.

Art. 2. — Les auteurs ressortissants à l'un des pays de l'Union, ou leurs ayants cause, jouissent, dans les autres pays, pour leurs œuvres, soit publiées dans un de ces pays, soit non publiées, des droits que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux.

La jouissance de ces droits est subordonnée à l'accomplissement des conditions et formalités prescrites par la législation du pays d'origine de



l'œuvre; elle ne peut excéder, dans les autres pays, la durée de la protection accordée dans ledit pays d'origine.

Est considéré comme pays d'origine de l'œuvre, celui de la première publication, ou, si cette publication a lieu simultanément dans plusieurs pays de l'Union, celui d'entre eux dont la législation accorde la durée de protection la plus courte.

Pour les œuvres non publiées, le pays auquel appartient l'auteur, est considéré comme pays d'origine de l'œuvre.

Art. 3. — Les stipulations de la présente Convention s'appliquent également aux éditeurs d'œuvres littéraires ou artistiques publiées dans un des pays de l'Union, et dont l'auteur appartient à un pays qui n'en fait pas partie.

Art. 4. — L'expression « œuvres littéraires et artistiques » comprend les livres, brochures ou tous autres écrits; les œuvres dramatiques ou dramatico-musicales, les compositions musicales avec ou sans paroles; les œuvres de dessin, de peinture, de sculpture, de gravure; les lithographies, les illustrations, les cartes géographiques; les plans, croquis et ouvrages plastiques, relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture ou aux sciences en général; enfin toute production quelconque du domaine littéraire, scientifique ou artistique, qui pourrait être publiée par n'importe quel mode d'impression ou de reproduction.

Art. 5. — Les auteurs ressortissants à l'un des pays de l'Union, ou leurs ayants cause, jouissent, dans les autres pays, du droit exclusif de faire ou d'autoriser la traduction de leurs ouvrages jusqu'à l'expiration de dix années à partir de la publication de l'œuvre originale dans l'un des pays de l'Union.

Pour les ouvrages publiés par livraisons, le délai de dix années ne compte qu'à dater de la publication de la dernière livraison de l'œuvre originale.

Pour les œuvres composées de plusieurs volumes publiés par intervalles, ainsi que pour les bulletins ou cahiers publiés par des sociétés littéraires ou savantes ou par des particuliers, chaque volume, bulletin ou cahier est, en ce qui concerne le délai de dix années, considéré comme ouvrage séparé.

Dans les cas prévus au présent article, est admis comme date de publication, pour le calcul des délais de protection, le 31 décembre de l'année dans laquelle l'ouvrage a été publié.

Art. 6. — Les traductions licites sont protégées comme des ouvrages originaux. Elles jouissent, en conséquence, de la protection stipulée aux articles 2 et 3 en ce qui concerne leur reproduction non autorisée dans les pays de l'Union.

Il est entendu que, s'il s'agit d'une œuvre, pour laquelle le droit de traduction est dans le domaine public, le traducteur ne peut pas s'opposer à ce que la même œuvre soit traduite par d'autres écrivains.

Art. 7. — Les articles de journaux ou de recueils périodiques publiés dans l'un des pays de l'Union peuvent être reproduits, en original ou en traduction, dans les autres pays de l'Union, à moins que les auteurs ou éditeurs ne l'aient expressément interdit. Pour les recueils, il peut suffire

que l'interdiction soit faite d'une manière générale en tête de chaque numéro du recueil.

En aucun cas, cette interdiction ne peut s'appliquer aux articles de discussion politique ou à la production des nouvelles du jour et des *faits divers*.

Art. 8. — En ce qui concerne la faculté de faire licitement des emprunts à des œuvres littéraires ou artistiques pour des publications destinées à l'enseignement ou ayant un caractère scientifique, ou pour des chrestomathies, est réservé l'effet de la législation des pays de l'Union et des arrangements particuliers existants ou à conclure entre eux.

Art. 9. — Les stipulations de l'article 2 s'appliquent à la représentation publique des œuvres dramatiques ou dramatico-musicales, que ces œuvres soient publiées ou non.

Les auteurs d'œuvres dramatiques ou dramatico-musicales, ou leurs ayants cause, sont, pendant la durée de leur droit exclusif de traduction, réciproquement protégés contre la représentation publique non autorisée de la traduction de leurs ouvrages.

Les stipulations de l'article 2 s'appliquent également à l'exécution publique des œuvres musicales non publiées ou de celles qui ont été publiées, mais dont l'auteur a expressément déclaré sur le titre ou en tête de l'ouvrage qu'il en interdit l'exécution publique.

Art. 10. — Sont spécialement comprises parmi les reproductions illicites auxquelles s'applique la présente Convention, les appropriations indirectes non autorisées d'un ouvrage littéraire ou artistique, désignées sous des noms divers, tels que : *adaptations, arrangements de musique, etc.*, lorsqu'elles ne sont que la reproduction d'un tel ouvrage, dans la même forme ou sous une autre forme, avec des changements, additions ou retranchements, non essentiels, sans présenter d'ailleurs le caractère d'une nouvelle œuvre originale.

Il est entendu que, dans l'application du présent article, les tribunaux des divers pays de l'Union tiendront compte, s'il y a lieu, des réserves de leurs lois respectives.

Art. 11. — Pour que les auteurs des ouvrages protégés par la présente Convention soient, jusqu'à preuve contraire, considérés comme tels et admis, en conséquence, devant les tribunaux des divers pays de l'Union à exercer des poursuites contre les contrefaçons, il suffit que leur nom soit indiqué sur l'ouvrage en la manière usitée.

Pour les œuvres anonymes ou pseudonymes, l'éditeur dont le nom est indiqué sur l'ouvrage est fondé à sauvegarder les droits appartenant à l'auteur. Il est, sans autres preuves, réputé ayant cause de l'auteur anonyme ou pseudonyme.

Il est entendu, toutefois, que les tribunaux peuvent exiger, le cas échéant, la production d'un certificat délivré par l'autorité compétente, constatant que les formalités prescrites, dans le sens de l'article 2, par la législation du pays d'origine ont été remplies.

Art. 12. — Toute œuvre contrefaite peut être saisie à l'importation dans ceux des pays de l'Union où l'œuvre originale a droit à la protection légale.

La saisie a lieu conformément à la législation intérieure de chaque pays.

Art. 13. — Il est entendu que les dispositions de la présente Convention ne peuvent porter préjudice, en quoi que ce soit, au droit qui appartient au Gouvernement de chacun des pays de l'Union de permettre, de surveiller, d'interdire, par des mesures de législation ou de police intérieures, la circulation, la représentation, l'exposition de tout ouvrage ou production à l'égard desquels l'autorité compétente aurait à exercer ce droit.

Art. 14. — La présente Convention, sous les réserves et conditions à déterminer d'un commun accord, s'applique à toutes les œuvres qui, au moment de son entrée en vigueur, ne sont pas encore tombées dans le domaine public dans leur pays d'origine.

Art. 15. — Il est entendu que les Gouvernements des pays de l'Union se réservent respectivement le droit de prendre séparément, entre eux, des arrangements particuliers, en tant que ces arrangements conféreront aux auteurs ou à leurs ayants cause des droits plus étendus que ceux accordés par l'Union, ou qu'ils renfermeraient d'autres stipulations non contraires à la présente Convention.

Art. 16. — Un office international est institué sous le nom de *Bureau international pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*.

Ce Bureau, dont les frais sont supportés par les Administrations de tous les pays de l'Union, est placé sous la haute autorité de l'Administration supérieure de la Confédération Suisse, et fonctionne sous sa surveillance. Les attributions en sont déterminées d'un commun accord entre les pays de l'Union.

Art. 17. — La présente Convention peut être soumise à des révisions en vue d'y introduire les améliorations de nature à perfectionner le système de l'Union.

Les questions de cette nature, ainsi que celles qui intéressent à d'autres points de vue le développement de l'Union, seront traitées dans des Conférences qui auront lieu successivement dans les pays de l'Union entre les délégués desdits pays.

Il est entendu qu'aucun changement à la présente Convention ne sera valable pour l'Union que moyennant l'assentiment unanime des pays qui la composent.

Art. 18. — Les pays, qui n'ont point pris part à la présente Convention et qui assurent chez eux la protection légale des droits faisant l'objet de cette Convention, seront admis à y accéder sur leur demande.

Cette accession sera notifiée par un écrit au Gouvernement de la Confédération Suisse, et par celui-ci à tous les autres.

Elle emportera, de plein droit, adhésion à toutes les clauses et admission à tous les avantages stipulés dans la présente Convention.

Art. 19. — Les pays accédant à la présente Convention ont aussi le droit d'y accéder en tout temps pour leurs colonies ou possessions étrangères.

Ils peuvent, à cet effet, soit faire une déclaration générale par laquelle toutes leurs colonies ou possessions sont comprises dans l'accession, soit nommer expressément celles qui y sont comprises, soit se borner à indiquer celles qui en sont exclues.

Art. 20. — La présente Convention sera mise à exécution trois mois après l'échange des ratifications, et demeurera en vigueur pendant un temps indéterminé, jusqu'à l'expiration d'une année à partir du jour où la dénonciation en aura été faite.

Cette dénonciation sera adressée au Gouvernement chargé de recevoir les accessions. Elle ne produira son effet qu'à l'égard du pays qui l'aura faite, la Convention restant exécutoire pour les autres pays de l'Union.

Art. 21. — La présente Convention sera ratifiée, et les ratifications en seront échangées à Berne, dans le délai d'un an au plus tard.

Article additionnel. — Les Plénipotentiaires réunis pour signer la Convention concernant la création d'une Union internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, sont convenus de l'article additionnel suivant, qui sera ratifié en même temps que l'acte auquel il se rapporte :

La Convention conclue à la date de ce jour n'affecte en rien le maintien des Conventions actuellement existantes entre les pays contractants, en tant que ces Conventions confèrent aux auteurs ou à leurs ayants cause des droits plus étendus que ceux accordés par l'Union, ou qu'elles renferment d'autres stipulations qui ne sont pas contraires à cette Convention.

---



## CHAPITRE XI

### DE LA PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE.

954. A quel point de vue traiterons-nous de la propriété industrielle. — 955. Autorité des lois des États différents. — 956. La propriété de la marque de commerce dérive de la loi civile. — 957. Il n'en est pas de même du nom commercial. — 958. Les lois des divers États sur les marques manquent d'uniformité. — 959. Belgique. — 960. France. — 961. Luxembourg. — 962. Danemark. — 963. Brésil. — 964. Allemagne. — 965. Italie et autres États. — 966. Grande-Bretagne. — 967. Utilité d'un accord : convention internationale de 1883. — 968. La protection de la propriété ne doit pas être établie en faveur des citoyens seuls. — 969. Elle ne doit pas l'être en faveur seulement des personnes qui exercent le commerce dans l'État. — 970. Les repréailles ne peuvent pas être érigées en principe de droit. — 971. Conditions auxquelles doit être subordonnée la propriété internationale des marques. — 972. Formalités indispensables d'après la loi italienne. — 973. Controverse relative à l'usage illégal des marques étrangères non déposées. — 974. Théorie des tribunaux italiens et sa grande importance doctrinale. — 975. Comment la loi territoriale doit être appliquée aux marques étrangères. — 976. Les sociétés étrangères peuvent-elles invoquer la protection légale. — 977. Les habitants des colonies peuvent-ils profiter des traités conclus par leur mère-patrie. — 978. Le respect du nom commercial est indépendant des traités. — 979. Droit en vigueur en France. — 980. Théorie des cours belges relative à l'usurpation du nom commercial étranger. — 981. Théorie des tribunaux italiens. — 982. Principes qui devraient régler l'usage du nom commercial étranger. — 983. Difficulté dans le cas où le nom est accompagné de signes emblématiques. — 984. Du privilège des inventeurs brevetés. — 985. On ne peut pas leur appliquer les mêmes principes qu'à la propriété industrielle. — 986. Autorité territoriale des lois en matière de brevets. — 987. Objets contrefaits à l'étranger et en transit. — 988. Objets contrefaits à l'étranger et mis en montre dans les expositions internationales. — 989. Application des traités à l'égard des prérogatives industrielles. — 990. De l'expropriation de l'invention brevetée. — 991. Examen du cas d'une cession d'invention brevetée, dont le cessionnaire n'a pas pu profiter dans l'État étranger.

954. — Les droits des industriels sur les produits de leur

industrie, comme aussi ceux des fabricants, des commerçants sur les marques de fabrique ou de commerce et sur le nom commercial; ceux des inventeurs sur les modèles, sur les dessins et sur les choses inventées par chacun d'eux doivent être protégés par la loi, parce qu'ils doivent être considérés comme faisant partie du patrimoine de la personne à laquelle ils appartiennent, et à laquelle on doit garantir l'usage exclusif de ces objets.

Nous ne voulons pas examiner le fondement juridique de ce droit exclusif de s'approprier le profit des produits du commerce et de l'industrie, surtout au point de vue de la personne à laquelle le droit doit être attribué; car la transformation des matières premières effectuée par le travail, qui leur attribue une valeur commerciale et une valeur industrielle, étant le résultat du concours du capital et de l'activité propre de l'ouvrier, le droit à l'usage exclusif du profit devrait être assuré à l'un et à l'autre. Toutefois, il ne nous appartient pas de nous occuper de cela, et nous nous bornerons à observer que les lois des divers États, pour favoriser les progrès de l'industrie et du commerce, ont assuré la protection des droits des fabricants sur leurs produits et des inventeurs ou auteurs industriels sur leurs œuvres, en admettant l'idée de la propriété industrielle, de même, qu'ainsi que nous l'avons dit au chapitre précédent, elles ont admis l'idée de la propriété littéraire et artistique et ont considéré comme faisant l'objet de la propriété industrielle les marques de fabrique, le nom commercial, les marques de commerce, les dessins ou modèles industriels et les brevets d'invention, en accordant aux personnes auxquelles ces objets doivent être attribués, le droit d'en revendiquer pour elles l'usage exclusif et d'empêcher les autres d'en faire usage. Il existe toutefois une notable différence entre les lois des États qui admettent la propriété industrielle, tant à l'égard des conditions, d'après lesquelles le droit peut être acquis ou perdu, qu'à l'égard de ce qui peut former l'objet de la propriété industrielle et des personnes, auxquelles doit être assurée la jouissance de ce droit.

955.— Pour ce qui est des conditions, d'après lesquelles la propriété industrielle peut être acquise ou perdue, on peut admettre en principe, que tout doit dépendre de la loi territoriale, d'après laquelle doivent être déterminées les conditions requises pour acquérir le droit de revendiquer pour soi l'usage exclusif d'un produit industriel.

Une des conditions exigées par toutes les lois pour l'acquisition de la propriété de la marque de fabrique est le dépôt et l'enregistrement de cette marque. La marque de fabrique n'est pas, en effet, par elle-même, un objet de propriété; parce qu'elle n'est ni une production, ni une création intellectuelle. Celui qui emploie une figure géométrique, un signe, un emblème quelconque pour individualiser les produits de son commerce, ne peut pas soutenir qu'il en est devenu propriétaire. Son droit d'avertir ainsi les acheteurs de ne pas confondre ses produits avec ceux des autres doit certainement être considéré comme fondé sur le droit naturel lui-même; mais la faculté de faire cela en s'appropriant ce signe, cet emblème donné et d'empêcher tout autre de l'employer, en admettant que cette marque soit devenue comme un objet qui est sa propriété, doit être réputée fondée sur la loi civile. En effet, le législateur, pour assurer la loyauté du commerce et empêcher les acheteurs d'être trompés, peut accorder le droit à l'usage exclusif de ce signe caractéristique à celui qui l'a choisi. Or, on comprend que, pour que ce droit puisse être établi, affirmé et spécifié, il faut que chaque législation détermine les conditions requises pour pouvoir le faire. Par conséquent, comme tout dépend de la loi civile, on ne peut se dispenser d'admettre qu'on doit déterminer cette loi, suivant les conditions d'après lesquelles le droit à la marque de fabrique doit être réputé perdu. Il faut dès lors décider d'après la loi territoriale, si l'usage d'un signe donné plus ou moins apparent, pour distinguer certains produits, doit ou non être assuré à celui qui l'a employé dans ce but.

956. — D'après certaines lois, non seulement les signes caractéristiques peuvent devenir une propriété commerciale; mais même la manière d'envelopper certains objets, les locutions générales employées pour indiquer la nature et la provenance des marchandises, la couleur choisie pour en indiquer la qualité peuvent être comprises parmi les choses qui font partie de la propriété commerciale. Toutefois, il est clair que cet état de choses et cette limitation de la liberté du commerce ne peuvent, en principe, être admis que dans les limites du territoire, sur lequel exerce son empire la loi, dont le droit d'usage exclusif dérive. A supposer que dans un pays donné, ces signes ne soient pas réputés caractéristiques et distinctifs, en raison de ce qu'ils seraient tombés dans le domaine public, il est clair que le caractère de la propriété ne pourrait pas leur être attribué contrairement aux dispositions de la loi territoriale.

Il faut, conformément à ces données, admettre en principe que, comme la propriété de la marque de fabrique dérive de la loi civile, on doit appliquer la loi qui est en vigueur dans chaque pays, pour déterminer avant tout si un signe donné peut ou non constituer la marque de fabrique, pour apprécier les conditions, d'après lesquelles le droit d'usage légal de cette marque doit être admis, pour préciser les formalités, qui doivent être observées pour obtenir la protection légale, et pour décider ensuite quels sont les faits qui doivent être réputés attentatoires aux droits des commerçants protégés légalement. A l'égard de toutes ces choses, il faut, par conséquent, reconnaître incontestablement l'autorité de la loi de chaque pays.

957. — Nous ne pouvons admettre la même chose à l'égard de ce qui appartient à chacun par son droit propre, et non par une concession de la loi civile, c'est-à-dire à l'égard du nom commercial. Le droit, qui appartient à chacun d'user exclusivement de son propre nom, ne peut être assimilé à celui pour le commerçant de faire usage de la mar-



que de commerce par lui choisie pour distinguer certains produits. Le nom représente, en effet, la personne même, est le résumé de tous les éléments de l'individualité, et on ne peut contester qu'il fasse partie du patrimoine de chacun. De même que chacun ne peut pas usurper le nom d'autrui, de même il doit avoir le droit d'empêcher autrui d'usurper le sien. Or, comme le nom n'est pas une marque, sauf le cas où il a été transformé par celui auquel il appartient en une marque de fabrique, on ne saurait en principe soutenir que le droit à l'usage exclusif du nom doive, comme l'usage de la marque de fabrique, être fondé sur la loi civile. Cependant, en fait, comme les lois de certains États assimilent le nom commercial à la marque de fabrique, il faudra encore à ce sujet admettre l'autorité territoriale de la loi, et on devra décider, par application de celle-ci, quels droits de propriété doivent être considérés comme protégés, et comment les atteintes à ces droits doivent être réprimées. Nous reviendrons plus bas sur cette matière concernant le nom commercial.

958. — La plus grave controverse relative à la propriété industrielle est celle qui concerne les personnes appelées à en jouir. Nous constatons, en effet, qu'il existe une différence substantielle entre les citoyens et les étrangers ; car certaines lois ont admis, en principe, que la protection de la propriété industrielle doit avoir pour but principal la protection des intérêts des producteurs et des commerçants nationaux, et ont ainsi refusé aux étrangers toute protection légale, excepté dans le cas où elle est établie sur la base de la réciprocité en vertu d'un traité. Certains législateurs se sont bornés à exiger en principe la réciprocité, et très peu seulement ont écarté toute différence entre le citoyen et l'étranger, en cas d'accomplissement des conditions légales requises pour acquérir la propriété de la marque.

959. — D'après la loi belge du 1<sup>er</sup> avril 1879, on assimile

aux citoyens les seuls étrangers qui possèdent en Belgique un établissement industriel ou commercial, même lorsqu'ils n'ont pas obtenu l'autorisation de fixer leur domicile civil dans le pays. Au contraire, les étrangers qui n'ont aucun établissement peuvent jouir de la faveur de la protection des marques de fabrique, en remplissant les formalités prescrites par la loi; mais toutefois à la condition que, « dans les « pays où leurs établissements sont situés, des conventions « internationales ont stipulé la réciprocité pour les marques « belges. » Par conséquent, aux termes de l'article 6 de cette loi, il ne suffit pas de la réciprocité établie par la loi, mais il faut la réciprocité conventionnelle, c'est-à-dire un traité, en vertu duquel la protection des marques respectives soit assurée à titre de réciprocité entre la Belgique et le pays dans lequel le propriétaire de la marque exerce son industrie ou son commerce. <sup>1</sup>

960. — Il en était de même en France, aux termes de la loi de 1857, qui a constitué un premier progrès à l'égard des lois antérieures, en consacrant aux articles 5 et 6, le droit de protection des marques de fabrique des étrangers qui avaient un établissement commercial en France, sans en subordonner la jouissance à la condition de l'autorisation pour eux d'établir leur domicile dans le pays, comme en ce qui concernait les autres droits civils. A l'égard des étrangers et même des Français, qui avaient leurs établissements commerciaux hors de France, cette loi disposait à l'article 6, qu'ils pouvaient jouir de la protection pour les produits de ces établissements, si dans les pays où ils se trouvaient situés, la protection était accordée aux marques françaises en vertu des conventions diplomatiques conclues pour établir la réciprocité. Mais la loi du 26 novembre 1873 <sup>2</sup> a mo-

<sup>1</sup> Voir Broun, *Des droits des étrangers en Belgique en matière de marques de fabrique et de commerce, et de nom commercial*, dans le *Journal du droit international privé*, 1881, p. 358.

<sup>2</sup> Voir dans le *Bulletin, lois relatives à l'établissement d'un timbre ou*

difié dans un sens plus libéral la loi antérieure, en considérant comme suffisante la réciprocité établie par la loi. Elle est, en effet, ainsi conçue : « Les dispositions des autres lois en vigueur touchant le nom commercial, les marques, dessins ou modèles de fabriques seront appliquées au profit des étrangers, si dans leur pays la législation ou des traités internationaux assurent aux Français les mêmes garanties. »<sup>1</sup>

961. — Parmi les lois les plus récentes, qui exigent toujours la réciprocité fondée sur les traités, nous devons mentionner celle du Luxembourg, promulguée le 28 mars 1883, et qui fut rédigée sur le modèle de la loi française de 1857 et de la loi belge de 1879.<sup>2</sup>

962. — Le principe de la réciprocité établie par la loi se trouve de nos jours plus généralement admis. Dès lors, on peut dire avec raison, qu'il y a peu d'États où on considère le droit à la protection comme fondé uniquement sur les traités. Nous constatons, en effet, qu'en Danemark, d'après la loi du 2 juillet 1880, qui règle la protection des marques de fabrique et de commerce, les avantages de la loi sont étendus à toutes les personnes qui exercent dans le pays l'industrie et le commerce et qui ont observé les prescriptions de cette loi. A l'égard de celles qui exercent le commerce à l'étranger, cette loi dispose de la façon suivante, à l'article 19 : « Le bénéfice de la présente loi peut être étendu au moyen d'une ordonnance royale aux négociants, qui ont

*signe spécial destiné à être apposé sur les marques commerciales et de fabrique. Voir aussi le décret du 25 juin 1874, qui contient un décret d'administration publique pour l'exécution de cette loi.*

<sup>1</sup> Pour plus de détails sur les droits des étrangers en France en matière de marques de fabrique, voir Pouillet, *Traité des marques*, etc., et l'article de ce même auteur dans le *Journal du droit international privé*, 1875, p. 257.

<sup>2</sup> Voir le texte de cette loi dans l'*Annuaire de législation étrangère*, 1884, p. 563.

« le siège de leurs opérations à l'étranger, sous la condition de réciprocité et en outre sous les conditions suivantes :  
 « 1° Celui qui fera la déclaration devra indiquer un agent domicilié en Danemark; 2° Il devra justifier qu'il a observé les conditions prescrites pour la protection de la marque; 3° Il ne jouira du droit de la présente loi qu'aux termes (pour la réserve et la durée) de ce que dispose la loi du pays où le droit de protection lui aura été assuré. »<sup>1</sup>

963.—La règle de la réciprocité établie par la loi se trouve aussi consacrée par la loi brésilienne du 23 octobre 1875, qui est en outre déclarée applicable à tous ceux qui ont un établissement d'industrie ou de commerce, même s'ils sont étrangers.<sup>2</sup>

964.—On trouve également dans la loi du 30 novembre 1874, qui règle la protection des marques de fabrique dans l'empire d'Allemagne, établi le principe de la protection des marques, des noms et des raisons commerciales des personnes qui ont leurs établissements hors d'Allemagne, à la condition toutefois que la loi du pays où ces établissements se trouvent accorde la protection aux marques, aux noms et aux raisons commerciales des industriels établis dans l'empire d'Allemagne, et que cette protection légale soit constatée par un avis publié dans le bulletin des lois de l'empire. Ainsi, d'après cette loi, la publication officielle de l'avis de la réciprocité légale est déclarée une condition indispensable pour la jouissance du bénéfice de la loi.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Pour les détails, voir le texte de cette loi dans l'*Annuaire de législation étrangère*, 1881, p. 540.

<sup>2</sup> Voir *Annuaire*, cit., 1876, p. 890-892.

<sup>3</sup> Voir le texte de cette loi dans l'*Annuaire de législation étrangère*, 1875, p. 140. Les gouvernements, qui n'ont pas eu soin de faire publier dans le *Bulletin des lois de l'empire d'Allemagne*, qu'aux termes de leur législation, les marques allemandes jouissent de la protection légale, ont ôté à leurs commerçants établis en Allemagne le droit d'invoquer pour leurs propres marques la protection établie par la loi de ce pays. Pour les



965. — Les lois inspirées des principes les plus libéraux sont celles du pays, qui non-seulement ne font aucune différence entre les commerçants et les industriels établis dans l'Etat, qu'ils soient citoyens ou étrangers, mais qui admettent que les industriels et les commerçants établis à l'étranger, et qui ont rempli les conditions édictées pour établir leur droit à la protection légale de la marque de commerce, peuvent invoquer l'application de la loi, indépendamment de toute condition de réciprocité.

Il en est ainsi en Italie, d'après la loi du 30 août 1868. Cette loi ne fait en effet aucune différence entre le citoyen et l'étranger à l'égard du droit de s'approprier une marque pour son usage exclusif, pourvu qu'on ait rempli les dispositions relatives à l'acquisition de la propriété de la marque. A l'égard des individus qui exercent le commerce à l'étranger, l'article 4 dispose de la façon suivante : « Les marques et « signes distinctifs, déjà légalement employés à l'étranger « sur les produits et marchandises de fabrique et commerce « étrangers, qui sont débitées dans le royaume, ou sur des « animaux de race étrangère importés dans le royaume, « sont reconnus et garantis, pourvu qu'on observe à l'égard « de ces marques et signes les prescriptions établies pour « les nationaux. » Par conséquent, le législateur italien ne subordonne pas la protection des droits, qui résultent des dispositions édictées par lui pour obtenir la protection, à la condition de réciprocité. Dans cette partie de notre législation, comme dans toute autre, la reconnaissance de ce qui est conforme au droit n'est pas subordonnée à la condition de réciprocité, parce qu'en vérité les représailles juridiques qui résultent inévitablement du fait qu'on admet la règle de la réciprocité, n'étaient pas conciliables avec les principes libéraux, qui ont servi de base à la législation italienne.<sup>1</sup>

marques italiennes, la protection a été assurée au moyen de l'avis publié dans le *Bulletin officiel* le 20 avril 1875.

<sup>1</sup> Bien qu'en principe, nous admettions le régime de la réciprocité dans les relations internationales, nous ne saurions l'admettre en ce qui con-

Dans d'autres Etats, nous trouvons aussi des lois conçues dans des vues également libérales. Il en est ainsi incontestablement de la loi néerlandaise du 25 mai 1880, qui écarte toute distinction entre les étrangers et les citoyens, et qui, subordonnant l'acquisition du droit à la condition que la propriété de la marque soit constatée par l'enregistrement, admet au bénéfice de la loi les personnes exerçant le commerce à l'étranger qui ont rempli les prescriptions légales.<sup>1</sup>

966.—De même, la loi promulguée dans la Grande-Bretagne le 25 août 1883 s'inspire de principes libéraux et rationnels. Cette loi a réuni dans un ensemble les divers textes relatifs aux brevets d'invention, aux dessins et aux marques de fabrique, et elle a réglé toute la matière par un ensemble de dispositions qui constituent un Code complet de la protection de la propriété industrielle. Parmi les principes consacrés à l'égard des marques, se trouve celui, que toute marque de fabrique régulièrement déposée dans le pays du domicile du commerçant peut être déposée en Grande-Bretagne où on peut en obtenir l'enregistrement, et qu'une fois enregistrée et déposée conformément à la loi, elle peut jouir de la protection en conformité de cette même loi.

967. — Nous ne croyons pas utile d'entrer dans des détails plus complets en ce qui concerne les lois en vigueur dans différents pays.<sup>2</sup>

cerne les marques de commerce et le nom commercial. En effet, en ne protégeant pas les marques et le nom de l'étranger, en porte un préjudice direct aux intérêts des nationaux, qu'on laisse induire en erreur sur la provenance et l'origine exactes des produits, et on encourage à leurs préjudices les commerçants déloyaux, qui peuvent ainsi tromper impunément nos concitoyens. (Note du traducteur Ch. A.)

<sup>1</sup> Voir le texte de cette loi dans l'*Annuaire de législation étrangère* 1881, p. 395.

<sup>2</sup> Voir pour le Portugal la loi du 4 juin 1883 dans l'*Annuaire de législation étrangère*, 1884, p. 479. Pour la Suisse, la loi du 9 novembre 1879, p. 609, et le règlement pour l'exécution de cette loi publié le 2 octobre 1880. Pour la Suède et la Norvège, les lois des 26 mai et 5 juillet 1884,

Il sera certainement utile, pour faire disparaître les nombreuses divergences en matière de protection des marques étrangères, que tous les Etats, qui doivent être également intéressés à protéger le commerce honnête et loyal et à empêcher les acheteurs d'être induits en erreur, se mettent d'accord pour établir un droit commun et uniforme. Tel a été le vœu des congrès internationaux réunis à Vienne en 1873 et à Paris en 1878 et de l'assemblée qui, réunie à Paris sur l'initiative du gouvernement français du 3 au 30 novembre 1880, a discuté le projet d'une convention internationale. Un premier pas en ce sens a déjà été fait par les gouvernements qui ont signé la convention du 20 mars 1883 pour la protection de la propriété industrielle. Cette convention a été originellement conclue entre la Belgique, le Brésil, la France, le Guatemala, l'Italie, les Pays-Bas, le Portugal, le Salvador, l'Italie, l'Espagne et la Suisse, qui se constituèrent en état d'Union, pour assurer par des règles établies d'un commun

et celle du 16 juin 1885 pour la protection des brevets d'invention ; pour la Serbie, la loi du 30 mai 1884. Pour les Etats-Unis d'Amérique, cette matière a été réglée par les lois fédérales du 8 juillet 1870 et du 14 août 1876 ; mais une sentence du 18 novembre 1879 de la Cour de circuit avait décidé, que ces lois étaient inconstitutionnelles, parce que la matière qu'elles réglaient rentrait dans la compétence de la législature spéciale de chaque Etat et ne pouvait être considérée comme comprise dans celle de la législature fédérale. A la suite de longues discussions à ce sujet depuis cette sentence (V. Coudert, dans le *Journal du droit international privé*, 1879, p. 413, et Clunet, *De l'état actuel des relations internationales avec les Etats-Unis en matière de marques de commerce*) on a publié la nouvelle loi du 3 mars 1881 (*Annuaire cit.*, 1882, p. 780), qui établit les règles pour la protection des marques de fabrique entre les Etats-Unis, les Etats étrangers et les tribus indiennes. Cette loi, en admettant que le règlement de l'usage des marques étrangères à l'égard des droits des citoyens de chacun ou de plusieurs des Etats d'Union doit être laissé au pouvoir législatif de chaque Etat, a établi les règles fondamentales des conventions internationales, qui pouvaient être conclues par chaque Etat relativement aux marques de fabrique et de commerce. De cette façon, la loi de 1881 a fait disparaître toute controverse relative à la compétence du congrès et du pouvoir législatif fédéral, en donnant aux dispositions émanées d'eux le caractère de règles fondamentales pour le règlement des rapports internationaux de tous les Etats de l'Union.

Pour la République Argentine, voir la loi du 14 août 1876.

accord la protection de la propriété industrielle. Le principe établi à l'article 6 de cette convention détermine la véritable idée, qui doit servir de base à la protection des marques de fabrique et de commerce. Il est ainsi conçu : « Toute marque de fabrique ou de commerce régulièrement déposée dans les pays d'origine sera admise au dépôt et protégée telle quelle dans tous les autres pays de l'*Union*. »

968.— Nous ne contestons pas en principe le caractère territorial de la loi de chaque Etat relative à la propriété industrielle, et nous admettons même à cet égard le principe général, que nous avons soutenu, que la condition juridique des choses, qu'elles soient mobilières ou immobilières, qui en réalité se trouvent sous l'empire d'une loi, doit être déterminée d'après les dispositions de cette loi. Il faut dès lors s'en tenir à la loi territoriale, pour décider si un objet donné peut ou non être compris dans la catégorie de ceux qui constituent cette propriété, et on ne saurait incontestablement pas soutenir que ce qui, d'après la loi territoriale, doit être réputé dans le domaine du public, peut être attribué à l'usage exclusif d'une personne qui a acquis ce droit en vertu d'une loi étrangère. On doit aussi réputer dans le domaine de chaque souveraineté la faculté d'établir de quelle façon peuvent être employés par chacun certains signes destinés à individualiser les produits de sa fabrication et de son commerce, ainsi que les formalités nécessaires pour acquérir le droit à l'usage exclusif de ces signes ou marques de commerce, et les conditions d'après lesquelles on peut avoir droit à la protection légale, et quand ce droit peut être considéré comme perdu. Mais nous ne saurions également admettre, qu'indépendamment de l'autorité absolue de la loi territoriale, on puisse établir à cet égard une différence entre les citoyens et les étrangers, pas plus qu'on puisse refuser la faculté de jouir de la protection de la loi aux personnes qui exercent le commerce à l'étranger et qui prétendent observer, et en fait observent les formalités prescrites par la loi territoriale, pour pouvoir



jouir du bénéfice de la protection, et que cette faculté puisse être garantie ou refusée sous la condition de la réciprocité.

La propriété industrielle peut être considérée comme fondée sur la loi civile de chaque pays, en ce sens qu'elle ne peut exister que d'après les conditions établies par la loi pour l'acquérir ; mais la faculté juridique appartenant à chaque homme, qui observe les dispositions de la loi civile, d'acquérir les droits qui en résultent doit être réputée un droit naturel de l'homme d'après le droit des gens, et il ne peut être fait aucune différence entre le citoyen et l'étranger.

969. — On ne peut non plus faire aucune différence suivant que le commerçant est établi dans l'État ou à l'étranger. Le commerce est de sa nature cosmopolite et le droit pour le commerçant et pour l'industriel d'exiger, que les produits de leur travail et la spécialité de leur industrie ne soient pas confondus par les consommateurs avec les produits d'autrui, ce droit, disons-nous, ne peut dépendre du fait accidentel que l'établissement, siège principal du commerce et de l'industrie, se trouve à l'extérieur ou à l'intérieur des frontières de l'État. On allègue que la réciprocité doit être justifiée comme mesure de protection du commerce et de l'industrie nationales, en permettant au gouvernement d'user comme moyen de défense de la faculté d'exercer des représailles à l'encontre du commerce et de l'industrie des pays étrangers ; mais nous ne saurions comprendre que les législateurs d'États civilisés puissent ériger les représailles en système juridique<sup>1</sup>. Un législateur peut-il, en effet, jamais nous rendre licite de violer les droits d'un étranger, par le seul motif que dans le pays, auquel il appartient, on a coutume de violer ce même droit à notre préjudice ? S'il

<sup>1</sup> Pour nous, nous comprenons les représailles ; car le principe fondamental de chaque Etat c'est la protection de ses nationaux. Toutefois en cette matière, en usant de représailles, on les exerce directement contre les nationaux, qu'on livre sans défense à la mauvaise foi du commerce déloyal, qui les trompe impunément sur l'origine des produits. (Note du traducteur Ch. A.)

en était ainsi, comment distinguer les États civilisés des États barbares, ceux dont la loi représente l'autorité du droit de ceux dans lesquels elle est l'arbitraire ?

970. — Dans un autre ordre de choses, quand des idées différentes présidaient aux rapports commerciaux, les représailles purent être érigées en système de gouvernement. Il s'agissait d'accroître la richesse nationale à tout prix, à l'aide de toutes mesures, et les rapports du droit public et du droit privé international étaient subordonnés à l'idée de s'enrichir au préjudice des commerces rivaux. Aujourd'hui les idées sont complètement transformées, et la subordination du respect des principes du droit aux idées de représailles doit toujours être considérée comme une réminiscence d'une politique mesquine.

Il faut en conclure, que là où se trouve en vigueur une loi qui subordonne la protection légale des marques étrangères à la condition de la réciprocité, on ne peut se dispenser d'en observer les dispositions ; mais que d'après les principes du droit rationnel, les législateurs doivent réformer les lois existantes, et que dans les pays où la loi ne renferme aucune disposition sur cette matière, les tribunaux ne doivent faire aucune différence entre les citoyens et les étrangers, ni entre le cas de fraude exercée dans l'État au préjudice du commerce et celui exercé à l'étranger. L'acte frauduleux ne peut perdre ses caractères comme tel, suivant que les effets de cet acte se produisent au préjudice d'un commerçant demeurant au dedans ou au dehors des frontières de l'État.<sup>1</sup>

971. — Ce qu'on doit toujours considérer comme indispensable pour pouvoir attribuer à quelqu'un la propriété d'une marque donnée, c'est qu'il en ait l'usage exclusif d'a-

<sup>1</sup> Pour nous, ce qui est concluant pour nous faire admettre les conclusions de l'auteur, c'est qu'en dernière analyse la fraude en cette matière frappe les nationaux. (Note du traducteur Ch. A.)

près la loi du pays où la propriété en a été originairement acquise. Par conséquent, on doit non-seulement exiger que la propriété soit légalement acquise d'après la loi du pays étranger, mais qu'elle ne soit pas perdue. Dès lors, il ne pourrait pas être permis à quelqu'un, qui aurait fait le dépôt d'une marque, qui dans le pays d'origine serait tombée dans le domaine public, d'en acquérir ainsi la propriété dans l'État où il aurait opéré ce dépôt, en observant toutes les autres formalités légales requises pour en être réputé propriétaire. Comment, en effet, admettre que quelqu'un puisse demander et obtenir dans un pays étranger la protection légale de ce qui ne saurait être considéré comme sa propriété aux termes de la loi de son pays d'origine ?

Tout ce que, d'après la raison et la justice, chacun peut exiger, c'est que lorsqu'on a acquis la propriété d'une marque donnée dans le pays d'origine, on puisse, en la déposant et en observant toutes les autres formalités requises par la loi, obtenir dans ce pays la protection légale. Étant donné que la propriété de la marque ait été originairement acquise, elle doit être considérée comme faisant partie du patrimoine de celui auquel elle appartient, et on ne peut lui contester le droit d'en obtenir partout la protection légale ; mais comment pourrait-on également admettre, que ce qui ne fait plus partie du patrimoine de la personne dans son pays d'origine puisse lui être reconnu et être protégé à l'étranger ?

Il est dès lors naturel qu'on doive observer la loi du pays d'origine, pour décider si une marque donnée employée par quelqu'un peut ou non être considérée comme le signe distinctif de son commerce et de son industrie, et a ou non le caractère juridique d'une marque<sup>1</sup>. On doit en outre dé-

<sup>1</sup> D'après la loi italienne, la marque doit indiquer le lieu d'origine, la fabrique, le commerce et la dénomination de l'établissement dont proviennent les marchandises. La jurisprudence a toutefois admis, qu'une marque est conforme à cette loi toutes les fois qu'elle peut être qualifiée, signe distinctif propre à faire connaître d'une façon certaine l'établisse-

cider d'après la même loi, si celui, qui prétend avoir acquis la propriété de cette marque ou signe, l'a effectivement acquise par le dépôt et l'observation de toutes les formalités prescrites par la loi. Il faut, en outre, qu'il puisse établir qu'il est toujours juridiquement propriétaire de la marque. Par conséquent, s'il avait perdu le droit à l'usage exclusif de cette marque d'après la loi du pays d'origine, notamment pour inaccomplissement des formalités requises d'après elle pour la conservation du droit acquis, le dépôt ultérieur dans les autres États devrait être réputé inefficace pour demander et obtenir la protection légale. En un mot, d'après nous, on doit appliquer la loi du pays d'origine, pour dire ce qui doit être réputé actuellement dans le patrimoine du commerçant ou de l'industriel, et la loi des autres pays pour décider si la protection légale de ce qui appartient au commerçant ou à l'industriel étranger doit lui être accordée, et s'il a ou non fait tout ce que la loi territoriale prescrit pour pouvoir demander et obtenir la protection légale dans un pays donné.

972. — D'après la loi italienne, par exemple, il ne suffit pas d'obtenir l'attestation du dépôt de la marque du ministère de l'agriculture et du commerce ; il faut, en outre, que cette attestation soit publiée dans la *Gazette officielle*. Autrement, l'intéressé ne peut exercer de demande en dommages-intérêts contre les tiers qui auraient fait usage de la marque déposée. Dès lors, la Cour de Turin a refusé d'admettre l'action d'un sieur Legrand contre les sieurs Martini et Sola, pour le motif que l'attestation obtenue par le demandeur n'avait pas été publiée dans la *Gazette officielle* du royaume d'Italie, et que, par suite de cette omission, il n'était pas recevable à demander des dommages-intérêts aux tiers qui avaient fait un usage abusif de la marque déposée.<sup>1</sup>

ment ou la raison sociale auxquels elle appartient. Voir Florence, 5 novembre 1881 (Ditta Wagner), *Monitore dei tribunali* de Milan, 1881, p. 1142.

<sup>1</sup> Cour d'appel de Turin, 26 février 1875, (Legrand) *Giurisprudenza*



Nous trouvons le même principe consacré par les tribunaux français. Ils furent saisis de la demande d'un fabricant anglais qui, voulant faire en France le commerce d'un engrais, qu'il dénommait *phospho-guano*, après avoir fait un dépôt régulier d'après la loi française, prétendait à la propriété exclusive de cette dénomination. Toutefois, comme elle était tombée dans le domaine public en Angleterre, la Cour de cassation repoussa avec raison l'instance.<sup>1</sup> Le même principe fut aussi proclamé par le tribunal de Milan.<sup>2</sup>

973. — Il est clair que, dans notre ordre d'idées, l'usage d'une marque et les faits accomplis à l'étranger avant que le propriétaire ne s'en soit assuré dans chaque pays l'usage exclusif, en remplissant les formalités requises pour établir légalement ce droit, ne pourraient pas ôter à ce même commerçant le droit d'établir pour l'avenir la propriété de sa marque, en la déposant et en accomplissant les autres formalités légalement exigées. Il ne pourrait certainement pas se plaindre de l'usage de la marque en pays étranger avant qu'il n'en ait établi la propriété ; mais il pourrait en empêcher l'usage après en avoir opéré le dépôt et après avoir fait reconnaître son droit de propriété.

Cette question a été vivement agitée devant les tribunaux français, belges et italiens, à divers points de vue.

En France et en Belgique, la protection des marques étrangères est subordonnée à la condition de réciprocité. Avant la loi française de 1873, dans ces deux pays, il fallait que la réciprocité, résultât d'une convention *ad hoc*, tandis qu'actuellement il en est ainsi seulement en Belgique, la réciprocité résultant d'une loi suffisant en France. Dès lors, les tribunaux de ces deux pays furent appelés à se prononcer sur

*Torinese*, T. XII, p. 347 et *Annali della giurisprudenza italiana*, T. IX, II, 329.

<sup>1</sup> Cass. crim. 23 mai 1874 (Peter-Lanson, c. Procureur Général de Paris), Clunet, *Journal*, 1875, p. 190.

<sup>2</sup> Tribunal de Milan, 14 juin 1878 (Ditta Vita e fratelli), *Giornale dei Tribunali* de Milan, 1878, p. 602.

le point de savoir si les étrangers, qui n'avaient pas fait le dépôt de leur marque en raison de l'absence d'une convention, pouvaient l'opérer après la conclusion du traité, et revendiquer ensuite l'usage exclusif de cette marque et l'interdire à ceux qui, profitant de l'absence de protection légale, l'avaient usurpée. Les tribunaux français ont décidé que les commerçants étrangers pouvaient jouir de la protection des marques déposées depuis la conclusion des traités et depuis la promulgation de la loi de 1873; mais qu'ils ne pouvaient revendiquer l'usage exclusif de leurs marques usurpées avant le traité ou la loi, qui leur avaient accordé le droit d'en interdire l'usage.<sup>1</sup>

Cette théorie a été vivement combattue par les auteurs français.<sup>2</sup> Elle l'a été notamment par Bédarride, avocat général à la Cour de cassation, à l'aide d'arguments très sérieux.

Les tribunaux belges au contraire, de même que les tribunaux italiens, ont consacré des principes plus conformes à la justice et au droit. La Cour de cassation belge, en effet, décida que le fait de l'usurpation ne pouvait attribuer aucun droit à ceux qui s'étaient approprié les marques appartenant à des personnes qui étaient dans l'impossibilité d'en obtenir la protection légale.<sup>3</sup>

974. — En Italie, où la loi accorde la protection aux marques de tous les étrangers, qui observent les prescriptions établies à cet égard pour les nationaux, et sans aucune condition de réciprocité législative ou diplomatique, la discussion a eu plus d'importance au point de vue des principes. Il s'a-

<sup>1</sup> Paris, 16 décembre 1863 et cass. rej., avril 1874 (Spencer, c. Peigrey), Pataille, *Journal*, 1864, p. 97; Paris, 29 avril 1864 et cass. rej. 4 février 1865 (Peter Stubs, c. Astier); id., id., 1865 (81); Cass. req. 13 janvier 1880 (Beissel), *Journal du Palais*, 1882, p. 1134 et note sous cet arrêt.

<sup>2</sup> Voir les importants articles de Pouillet dans la *Propriété industrielle* (n° 323), et l'ouvrage par nous cité de cet auteur, les observations de Pataille, 1864 (218) et celles de Calmels, *Annales*, (n° 238).

<sup>3</sup> Cour de cass. belge, 21 juin 1865 (Gilbert), Pataille, 1866, (427).

gissait de savoir si les étrangers, qui avaient régulièrement déposé leurs marques en observant les prescriptions de la loi pouvaient, en opérant le dépôt, bien que tardivement, en revendiquer l'usage exclusif contre les personnes qui les avaient usurpées avant d'avoir fait un dépôt et d'avoir obtenu l'attestation du ministère de l'agriculture et du commerce.

Il est évident qu'il existe une différence substantielle entre la position des étrangers en France et en Belgique, où ils ne pouvaient par le fait de la loi agir pour s'assurer la protection, et celle dans laquelle ils se trouvaient en Italie, où la loi ne leur ôte aucune possibilité d'agir. Chez nous, il s'agissait de décider si ceux qui par leur fait propre n'avaient pas acquis la propriété légale de leurs marques, devaient être considérés comme déchus du droit d'en interdire l'usage aux personnes qui en avaient fait avant eux le dépôt.

Malgré les oscillations de la jurisprudence (puisqu' d'abord la cour de Turin a refusé le droit de revendiquer l'usage exclusif de leurs marques aux étrangers, quand elles avaient déjà été adoptées par d'autres en Italie avant le dépôt),<sup>1</sup> la Cour de cassation de Turin et les Cours de Milan, de Parme et de Casale<sup>2</sup> ont décidé que le dépôt tardif n'impliquait pas la déchéance du droit, mais suspendait seulement l'exercice de l'action, et que, pour décider si cette action pouvait être exercée contre ceux qui avaient usurpé les marques d'autrui avant le dépôt, il fallait appliquer les règles générales relatives à la possession abusive et à l'usurpation, et apprécier la bonne ou la mauvaise foi de ceux qui en avaient illégalement fait usage.

Ces décisions ont une très grande importance au point

<sup>1</sup> Turin, 9 août 1879 (Johann Farina, c. Ulrich et consorts), *Giornale dei Tribunali* de Milan, 1879, p. 866, et 12 août 1879 (Pelaer, c. Freund), *Monitore dei tribunali*, de Milan, 1879, p. 1101.

<sup>2</sup> Cass. de Turin, 3 mars 1880 (Pelaes) *Monitore dei tribunali*, p. 224, *id.*, 3 mars 1880 (Johann Farina), *id.*, p. 371 ; Turin, 3 mars 1880 (Grenier), Bettini, 1880, p. 690 ; Cour de Parme, 25 mai 1880 (Pelaer), *Monitore*, 1880, p. 500 ; Cour de Milan, 2 août 1879 (Caviezel), *id.*, p. 762 ; Cour de Casale, 21 juillet 1881 (Giron frères), *Monitore*, 1881, p. 1143.

de vue de la doctrine, parce qu'elles sont fondées sur l'idée générale et juste, que la loi qui garantit au producteur ou au négociant le droit exclusif de faire usage de ses marques, afin de distinguer ses produits et les objets spéciaux de son commerce, ne crée pas le droit, mais déclare au contraire un droit préexistant. Aussi ce droit, quand on doit le considérer comme acquis légalement, doit être réputé un droit patrimonial, et comme tel protégé par la loi. Dès lors, l'usage des marques d'autrui est toujours punissable, quand on arrive à établir que cet usage a été abusif et frauduleux.

Si ces principes prévalaient dans la jurisprudence et dans la doctrine de tous les pays, pour apprécier les conséquences de la négligence à déposer ses marques dans les pays étrangers, il faudrait toujours examiner si cette négligence ou si le silence et la tolérance de la part du propriétaire pourraient équivaloir à une sorte d'abandon du droit, et de plus apprécier la bonne ou la mauvaise foi de ceux qui auraient fait usage des marques d'autrui.

975. — Il faut admettre que, comme dans chaque pays étranger, la propriété de la marque devrait dépendre du dépôt et de l'observation des formalités prescrites par la loi, il faudrait se reporter à celle-ci pour décider si le dépôt peut être ou non légalement opéré. Par conséquent si, aux termes de la loi territoriale, il était réputé contraire à la morale et à l'ordre public de faire usage d'un signe donné comme marque de commerce, le commerçant étranger ne pourrait pas invoquer la loi de son pays d'origine pour revendiquer l'usage de ce signe qui ne pourrait pas, d'après la loi territoriale, être employé comme marque, sans porter atteinte à la morale et à l'ordre public.

De même, on doit décider que, si aux termes de la loi territoriale, certains signes, considérés comme étant dans le domaine public, ne peuvent être employés comme marques de commerce, on ne pourrait pas leur attribuer ce caractère en vertu d'une loi étrangère. Si on doit toujours appliquer la loi



territoriale pour décider quelle est la condition juridique des choses, et si, d'après cette loi, un signe donné ne peut pas faire l'objet de la propriété industrielle, comment pourrait-il être considéré comme tel en vertu de la loi étrangère? <sup>1</sup>

On peut, en appliquant ce principe, soutenir avec raison que les expressions usuellement employées pour indiquer la nature d'un produit ne peuvent pas devenir une marque, si quelqu'un les a ainsi employées en les traduisant dans une langue étrangère et en fait le dépôt pour en revendiquer l'usage exclusif. La Cour de justice de New-York a rejeté la demande d'un pharmacien qui, vendant son produit sous le nom *d'élixir ferro-phosphoré d'écorce de calisaja*, voulait empêcher les autres d'employer la même dénomination pour désigner un produit analogue contenant les mêmes substances. <sup>2</sup>

Nous trouvons toutefois juste l'observation de Pouillet<sup>3</sup>, que certaines dénominations communes, lorsqu'elles ont été appropriées et déposées, avant de tomber dans le domaine public, dans l'intention d'en faire usage comme d'une dénomination d'imagination pour indiquer spécifiquement certains produits déterminés, peuvent former l'objet de la propriété industrielle. Nous sommes toutefois d'avis, que cela doit être laissé à l'appréciation des tribunaux et qu'on ne peut pas formuler des règles absolues.

976. — Une autre question a été aussi agitée à l'égard des personnes qui peuvent avoir le droit de se prévaloir de la loi. En d'autres termes ce droit peut-il être attribué aussi bien aux sociétés qu'aux individus?

<sup>1</sup> D'après la loi hollandaise, la marque ne peut consister en lettres, chiffres et mots ordinaires. — Voir aussi les cas, dans lesquels l'action a été rejetée, parce que les signes distinctifs déposés n'avaient pas les caractères d'une marque de commerce. Paris, 12 janvier 1874 (Coleman); New-York, 9 novembre 1880 (Van Beil, c. Prescott), Clunet, *Journal du droit international privé*, 1875, p. 355, 1881, p. 275; Leipzig, 16 avril 1878 (Armstrong) Pataille, *Journal*, 1875, p. 216.

<sup>2</sup> Clunet, *Journal*, 1875, p. 301.

<sup>3</sup> *La propriété industrielle*, n° 59.

En principe, il faut admettre que comme la profession de fabricant ou de commerçant peut être exercée par une personne morale comme par une personne physique, et que le droit d'individualiser ses produits est un droit personnel qui appartient à quiconque exerce l'industrie ou le commerce, ce droit ne peut être refusé aux personnes morales.<sup>1</sup> Du reste, pour ce qui est des conditions requises pour avoir l'exercice et la jouissance de l'usage exclusif de la marque, et pour ce qui est des garanties légales, comme on doit appliquer la loi de chaque pays, il faudra décider d'après cette loi quelle devra être la condition légale des sociétés étrangères, notamment en ce qui concerne la nécessité d'une reconnaissance antérieure, pour être admises à jouir des droits qui dérivent de l'exercice de leur commerce.

977. — Nous dirons finalement qu'on s'est aussi demandé si, étant donnée une convention diplomatique, qui aurait stipulé la protection des marques sur les bases de la réciprocité, les habitants des colonies auraient le droit de s'en prévaloir. Cette question fut discutée devant la Cour de Paris, qui refusa à un sieur Boch la faculté d'agir contre un Français, qui avait usurpé et contrefait sa marque parce : « Le traité conclu entre la France et l'Espagne, disait « la Cour, sur la protection des marques de commerce ne « contenant aucune clause qui le rende applicable aux co- « lonies françaises et aux colonies espagnoles, un fabricant « cubain ne peut poursuivre en France la contrefaçon de « sa marque de fabrique. »<sup>2</sup>

Cet arrêt s'inspire de l'idée du législateur français de subordonner tout son système en cette matière au but unique de protéger l'industrie et le commerce français, en considérant le droit à la protection comme dérivant des traités. Laissons de côté le principe général sur lequel se base la

<sup>1</sup> Cass. belge, 26 déc. 1876, (Spies, c. Kiss), *Pasicrisie*, 1877, I, 54.

<sup>2</sup> Paris, ch. corr., 4 juillet 1879, (Boch, c. Tinchant), *Clunet, Journal*, 1879, p. 548.

cour, qui admet que les traités qui règlent les rapports des métropoles ne sont pas applicables aux colonies de façon à attribuer aux colons l'exercice des droits civils accordés par traité aux citoyens de l'État, principe qui nous paraît très contestable dans sa généralité absolue, tel que la cour de Paris l'a formulé. D'après nous, tout doit dépendre en principe des rapports politiques qui unissent la colonie à la mère-patrie. Mais, nous limitant à notre cas spécial, étant donné que l'usage des marques d'autrui est un délit, pourrait-on soutenir que l'usurpation d'une marque et la fraude, en elles-mêmes illicites, pourraient cesser d'être telles, si elles étaient commises au préjudice d'un individu domicilié à La Havane ou à Porto Ricco? Le droit d'usage exclusif de la marque de fabrique, qui d'après la loi doit être garanti à chacun, est une des formes du droit de propriété; il doit pour le moins être considéré comme un droit patrimonial personnel, il doit partout être sous la protection des lois répressives de la fraude. Le fait qu'il s'agit d'un habitant des colonies, ne fait pas qu'il soit moins certain que la contrefaçon des produits et l'usurpation des marques puissent avoir lieu dans le but de s'approprier les bénéfices attachés au nom et à la marque du fabricant et du commerçant, dans l'intention d'induire en erreur les acheteurs sur l'origine des produits.

L'unique chose qu'il faille établir, c'est de savoir si celui qui allègue avoir acquis la propriété de la marque a effectivement fait ce qui est prescrit par la loi territoriale pour pouvoir se prévaloir du droit exclusif de faire usage de cette marque, et pour requérir la protection de la loi. Quand cela a été prouvé, la protection légale de ses droits doit être admise, sans amoindrir, à l'aide de sophismes et de subterfuges, la force des principes, d'après lesquels tout attentat aux droits patrimoniaux de l'homme légalement acquis d'après la loi doit être empêché. Exclure l'application de la loi qui réprime la fraude, sous le prétexte qu'il s'agit d'un commerçant établi dans les colonies, ce nous semble un raison-

nement subtil fait dans le seul but de rendre inapplicable la loi promulguée pour protéger les droits des personnes et la bonne foi des citoyens.<sup>1</sup>

978. — Les principes que nous venons d'exposer doivent s'appliquer avec plus de raison au nom commercial. L'usurpation du nom d'une personne ou d'une société doit être considérée par elle-même comme un attentat punissable en vertu du droit des gens. Le nom représente en effet la personne même ; il est le résumé de tous les éléments de son individualité ; il est, de toutes les propriétés, la plus certaine, la plus indiscutable, la plus légitime, la plus imprescriptible. Aussi, toute souveraineté devrait, indépendamment de tout traité international, appliquer, sans faire aucune différence entre les citoyens et les étrangers, ses lois pénales à quiconque aurait usurpé le nom commercial d'autrui.

Toutefois dans la pratique, le droit d'agir en justice pour usurpation du nom commercial, n'a pas été généralement reconnu comme un droit appartenant aux étrangers.

979. — En France, le délit d'usurpation du nom est régi par la loi du 28 juillet 1824, et comme la jouissance des droits civils y est accordée aux étrangers, en vertu de la simple autorisation donnée par le gouvernement d'établir leur domicile, ou par le fait d'appartenir à un État avec lequel la France a un traité sur la base de la réciprocité, l'action pour usurpation de nom commercial a été reconnue seulement

<sup>1</sup> Tout en étant d'accord avec l'auteur, pour dire que les marques étrangères devraient être protégées au même titre que celles des nationaux, et ce, dans l'intérêt même des nationaux, qui autrement deviennent la proie des usurpateurs des marques, qui les trompent impunément sur l'origine et l'authenticité des marchandises, nous ne saurions admettre qu'étant donné le principe de réciprocité stipulé dans un traité, ce traité doive forcément être étendu aux colonies. En effet, comme pour les tribunaux appelés à réprimer la fraude, il s'agit d'appliquer une loi pénale, ils doivent interpréter les textes d'une façon restrictive, et ils ne peuvent pas décider par voie d'analogie, ce qui serait contraire aux principes fondamentaux du droit pénal. (Note du traducteur Ch. A.)



aux étrangers qui se trouvaient dans les conditions prévues par les articles 11 et 13 du Code civil.<sup>1</sup> La loi de 1857 n'a pas modifié relativement aux principes la maxime consacrée par la jurisprudence, et la Cour de cassation a décidé, dans son arrêt du 27 mai 1870, que la répression du délit d'usurpation de nom commercial ou de raison sociale ne pouvait former l'objet d'une action de la part d'un étranger. C'est seulement la loi du 26 novembre 1873, art. 9, qui a pourvu d'une façon plus libérale, en consacrant le principe, que les dispositions de la loi française relatives au nom commercial doivent être appliquées même aux étrangers, lorsque dans le pays auquel ils appartiennent on admet le principe de réciprocité, soit en vertu de la loi, soit en vertu d'un traité.

980. — En Belgique, la question a été longuement discutée dans la cause *Spir* contre *Kiss*. Ce dernier, ayant fabriqué des cigarettes, avait fait apposer sur les paquets la raison commerciale *Joseph Huppmann signature la Ferme*, et avait été de ce chef cité devant la juridiction correctionnelle, pour avoir usurpé le nom de *Huppmann*, ou la raison commerciale de *Joseph Huppmann*.

Le tribunal, par jugement du 17 août 1875, avait admis l'action de la part de *Spir*, qui était citoyen saxon, en vertu de la juste considération que l'usurpation du nom commercial tombait sous le coup du code pénal, abstraction faite de l'existence de tout traité international, et qu'il ne devait être établi aucune distinction entre le cas où le nom usurpé serait celui d'un national et le cas où il serait le nom d'un étranger. Le tribunal considérait en outre, qu'on ne devait pas

<sup>1</sup> Il résulte tant de l'exposé des motifs de cette loi, que des rapports faits à la Chambre, qu'elle fut provoquée par les fabricants français, pour sauvegarder et protéger l'industrie nationale. Aussi, la jurisprudence a constamment interprété la loi en ce sens, et la Cour de cassation a décidé, toutes Chambres réunies, par arrêt du 12 juillet 1848, que cette loi, ayant eu pour but de protéger l'industrie nationale, établissait un droit ou une faculté purement civile, de la jouissance desquels l'étranger était exclu.

appliquer de principes différents, si au lieu d'un nom, il s'agissait d'une raison sociale, celle-ci ne pouvant être considérée comme une marque de commerce.<sup>1</sup>

La cour de Bruxelles, au contraire, considéra les dispositions du code pénal réprimant l'usurpation de nom comme ayant uniquement pour but de protéger l'industrie nationale, et conclut que l'étranger, qui n'avait pas en Belgique la jouissance des droits civils, et qui d'autre part n'y avait ni résidence, ni aucun établissement de commerce, ne pouvait pas être admis à agir en justice contre celui qui avait usurpé son nom commercial, s'il n'existait aucune convention internationale lui attribuant ce droit. La cour ajoutait que les principes régissant l'action en usurpation de nom ne pouvaient être appliqués en aucune façon à l'usurpation du nom ou de la raison sociale, surtout quand cette raison sociale ne comprenait le nom d'aucun des membres de la société, qui en faisait usage, puisque le nom d'une raison sociale devait être considéré comme une création de droit positif, et que le droit à l'usage exclusif d'une raison sociale ne pouvait être réservé qu'à ceux qui avaient la jouissance des droits civils.<sup>2</sup>

La Cour de cassation belge a, au contraire, admis à plusieurs reprises une théorie plus libérale, en décidant que l'usurpation du nom commercial ou d'une raison sociale est par elle-même un délit, et que les prescriptions de la loi pénale qui la punissent sont applicables à tous les intéressés, sans faire de différence entre les citoyens et les étrangers. L'arrêt de cette Cour est très intéressant au point de vue de la théorie. « Tout commerçant, dit-elle, ou tout établissement de commerce ou d'industrie a la propriété exclusive de son nom ou de sa raison commerciale. Cette propriété constitue un droit, qui d'après l'article 128 de la constitution, doit être protégé dans la personne d'un étranger

<sup>1</sup> Tribunal correctionnel de Bruxelles, 17 août 1875, *Pasicrisis*, 1876, II, 267, et Clunet, *Journal du droit international privé*, 1876, p. 302.

<sup>2</sup> Bruxelles 8 juillet 1876, *Pasicrisis*, cit.

« comme dans celle d'un régnicole. L'article 191 du Code  
 « pénal qui a pour but cette protection, ne restreint pas son  
 « application au cas où le fabricant ou l'établissement in-  
 « dustriel dont le nom a été usurpé, sont belges. D'ailleurs  
 « le fait d'apposer sur un objet fabriqué le nom d'un autre  
 « fabricant, que celui qui en est l'auteur, est non-seulement  
 « une atteinte à la propriété de ceux dont le nom a été  
 « usurpé, mais un délit contre la foi publique, c'est-à-dire  
 « une altération de la vérité portant sur certains signes dans  
 « lesquels la confiance est une nécessité sociale ; le législa-  
 « teur lui attribue ce caractère en le rangeant parmi les  
 « crimes et délits contre la foi publique. Les délits de cette  
 « nature tombent sous le coup de la loi pénale, quelle que  
 « soit la personne dont le nom a été usurpé pour tromper  
 « la foi publique. »<sup>1</sup>

Dès lors, aux termes de la doctrine bien fondée de la cour de cassation belge, le nom commercial appartient à la personne, aussi bien quand il s'agit du nom individuel, que lorsqu'il s'agit de la raison sociale, et l'usurpation d'un tel nom est passible des dispositions de la loi pénale punissant l'usurpation du nom et non de celles relatives à l'usurpation d'une marque commerciale, parce que le nom n'est ni une marque ni un signe de commerce.<sup>2</sup>

981. — En Italie, les dispositions relatives à l'usurpation du nom commercial ou de la signature sont contenues dans la loi du 30 août 1868. Il est dit, à l'article 1<sup>er</sup> de cette loi, que la signature du producteur peut constituer une marque ou signe distinctif, et à l'article 5, on défend d'usurper le nom et la signature, aussi bien quand il s'agit d'un individu,

<sup>1</sup> Cass. belge 26 déc. 1876, *Pasicrisie*, 1877, I, 54 et *Journal du Droit international privé*, 1878, p. 523. Cette même Cour avait déjà consacré la même doctrine dans son arrêt du 5 juin 1876, dans l'affaire Moët et Chandon contre Erphelins.

<sup>2</sup> La Cour de Bruxelles a appliqué ces principes à l'usurpation du nom au préjudice d'un commerçant italien appelé De Longo, par arrêt du 4 février 1880. Pataille, *Annales*, 1881, p. 106.

que lorsqu'il s'agit d'une société, et on y édicte des pénalités contre les contrevenants.

Les dispositions de cette loi ont été longuement discutées dans l'affaire entre la société *Johan Maria Farina de Cologne contre Ulrich et consorts*, inculpés d'usurpation de nom. La Cour de cassation de Turin annulant un arrêt de la Cour d'appel de cette même ville, a décidé que le nom était, comme la personnalité même indiquée par le nom ou par la signature, imprescriptible, et que l'usurpation du nom et de la signature d'une société, même quand ce nom ou cette signature n'auraient pas été désignés comme marques ou signes distinctifs des produits, constitue, par elle-même, une contravention à l'article 5 de la loi du 30 août 1868, qui défend et punit l'usurpation du nom. <sup>1</sup>

Les mêmes principes ont été aussi admis par la Cour de Milan, qui décida que c'était une règle consacrée par la loi de 1868 et par la jurisprudence, que le nom est une propriété qui, comme toute propriété, doit être protégée par la loi, de sorte que la propriété du nom doit être considérée comme inviolable, et qu'en outre, l'usage du nom d'autrui ne peut être licite, que dans le seul cas où celui qui en ferait usage, en aurait la possession légitime. <sup>2</sup>

On doit, en effet, admettre que comme toute personne a le droit de se servir de son propre nom dans l'exercice de son commerce, ce nom doit être reconnu même dans l'hypothèse de quelqu'un qui, portant le même nom qu'une autre personne, en fait usage. On ne pourrait pas admettre, dans ce cas,

<sup>1</sup> Cass. de Turin, 3 mars 1880 (*Johan Maria Farina, c. Ulrich*) *Monitore dei Tribunali*, 1880, p. 371.

<sup>2</sup> Cour d'appel de Milan, 16 mai 1881, dans la cause Erba. Dans cette affaire, fut aussi formulée la règle, qu'on ne pouvait pas admettre par présomption la cession d'un nom, mais qu'elle devait être prouvée, et que ce principe était applicable, soit qu'il s'agit du nom commercial d'un italien, soit de celui d'un étranger ou d'une raison sociale étrangère. Comme, en effet, il fut noté par la Cour de cassation de Turin dans la sentence citée, que le principe de l'égalité parfaite entre citoyen et étranger, n'est pas seulement consacré par l'article 3 du Code civil italien, mais est appliqué dans l'article 4 de la loi précitée de 1868.



qu'il y ait une usurpation de nom, en se fondant sur la considération du préjudice qui en résulte pour l'autre personne qui porte le même nom.<sup>1</sup> On peut seulement soutenir avec raison que, lorsqu'il résulte des circonstances, que l'usage du nom commun à une autre personne a eu lieu, dans l'intention d'induire le public en erreur, en ajoutant au nom d'autres combinaisons, de nature à surprendre la bonne foi des consommateurs, celui qui avait d'abord l'usage commercial du nom, pourrait exiger que l'autre ajoutât au nom commun quelque indication pour le distinguer de l'homonyme, pour prévenir ainsi une concurrence déloyale.<sup>2</sup> Cela doit, toutefois, être laissé à l'appréciation des tribunaux, qui, suivant les circonstances, peuvent statuer en connaissance de cause sur cette question.

982. — Résumant les principes qui, d'après nous, devraient servir à régler l'usage du nom commercial, il nous semble, qu'en principe, le nom de l'inventeur ou du producteur ne peut pas être assimilé à une marque de commerce. Il appartient, par droit propre, à chacun ; car, il est destiné par lui-même à individualiser la personnalité, et pour cela, il n'est pas susceptible d'appropriation privée et ne doit pas être soumis aux règles qui s'appliquent aux marques de commerce (telles que le dépôt, l'enregistrement). On doit donc

<sup>1</sup> Cette règle a été appliquée par la Cour d'appel de New-York, dans l'affaire *Glendon Iron c. Uhler*. Il s'agissait d'un sieur *Glendon*, qui imprimait son nom sur le fer qu'il fabriquait. Ayant ensuite cessé son commerce, un autre fabricant de fer du même nom, mettait sur son fer la même empreinte *Glendon*. Il fut décidé qu'en ce cas, l'usage du nom était légitime.

<sup>2</sup> Cette question fut jugée en France, où on décida que celui qui avait le premier fait connaître ses produits par l'indication de son nom, pouvait exiger que l'homonyme fût obligé d'ajouter à son nom des indications propres à distinguer ses produits à lui. Voir Cour de Paris, 29 juillet 1876, *Le Droit*, 9 août 1876, Clunet, *Journal du droit international privé*, 1876, p. 298. — Compar. aussi la sentence de la Cour anglaise des 21, 24 et 25 mai 1876 dans l'affaire *Singer, Manufacturing Company contre Wilson*, *Journal*, cit., p. 285 ; et celle de la Cour des Etats-Unis dans l'affaire *Cavrol*, *id.*, 1881, p. 275.

admettre que l'usage exclusif du nom doit être réservé à l'individu seul auquel il appartient. On doit, par conséquent, dire qu'il y a usurpation de nom toutes les fois que quelqu'un l'emploie sans autorisation expresse de la personne à laquelle il appartient, et que lorsque l'usage du nom d'autrui a lieu de bonne foi (comme lorsqu'il serait employé pour indiquer un produit donné connu du public sous ce nom donné), cela pourrait être un motif suffisant pour exclure l'action pénale et l'action en dommages et intérêts de la part de celui dont le nom aurait été employé, mais ne pourrait pas lui faire perdre le droit d'en interdire l'usage à l'avenir.<sup>1</sup> Comme ce droit doit être considéré comme fondé sur la loi qui protège la personnalité et qui doit empêcher tout attentat contre les droits de la personne, on ne peut faire à ce sujet aucune distinction entre le citoyen et l'étranger, ni subordonner la reconnaissance du droit, que chacun a de se servir exclusivement de son propre nom, à l'existence de traités internationaux ou au principe de la réciprocité légale.

On doit seulement excepter le cas où, par suite du consentement tacite, le nom d'une personne est employé pour désigner un objet donné. Dans ce cas, le nom étant publiquement employé pour l'indication de l'objet auquel il a été originairement appliqué, sans opposition de la personne à laquelle il appartient, il doit être réputé tombé dans le domaine public comme désignation de l'objet. C'est ce qui a eu lieu notamment pour les lampes appelées *Quinquet*, pour les métiers à tisser dits *Jacquart*, et ce qui très probablement arrivera pour la machine *Singer*.

983. — Il pourrait se présenter une difficulté au sujet de l'application des principes que nous venons d'exposer, dans l'hypothèse où, au lieu de s'agir d'un nom isolé, il s'agirait

<sup>1</sup> Compar. l'arrêt de la Cour de Paris, 12 janvier 1874 (*Comp. Liebig extract of meat c. Coleman*), *Le Droit*, 20 mars 1874.

d'un nom annexé à des emblèmes ou à des indications, de façon que l'ensemble constituât une marque de commerce ou de fabrique, dont le nom serait un élément constitutif. Étant donné qu'en cette circonstance, on veuille attribuer le caractère de marque de fabrique au nom ainsi employé, on devrait admettre qu'on devrait appliquer les règles concernant la propriété des marques et que l'usage exclusif ne pourrait être garanti à celui auquel le nom appartient, que d'après les conditions établies pour les marques de fabrique. <sup>1</sup>

La question a été agitée devant les tribunaux et diversement résolue. La Cour de Cassation française, dans l'affaire *Beissel et fils*, se basant sur la loi de 1857, qui dispose qu'on peut considérer comme marques de commerce les noms sous une forme distinctive, a admis que « le nom accompagné « d'emblèmes et de mentions, auxquels il s'incorpore et avec « lesquels il se confond, n'est plus, à la différence du nom « isolé, que l'un des éléments constitutifs, dont la marque « se compose ».

De plus, considérant qu'une marque de fabrique non déposée était susceptible de tomber dans le domaine public, et que lorsque cela avait eu lieu, elle ne pouvait plus être revendiquée par personne, la cour conclut que l'étiquette de la maison *Beissel et fils* ne pouvait pas être revendiquée comme imprescriptible d'après le droit des gens, parce qu'elle, « y compris le nom ou la raison sociale, ne représente rien de plus qu'une marque de fabrique ». <sup>2</sup>

<sup>1</sup> Annexé ou non à des emblèmes, le nom est toujours la caractéristique de la personne, et il ne nous paraît jamais admissible que l'usage puisse en être acquis à un autre en même temps que les signes qui l'accompagnent, et qui eux peuvent constituer une marque. Admettre le contraire, que la loi le consacre ou non, c'est aussi monstrueux que de soutenir qu'on pourrait acquérir par l'usage la signature d'un tiers, parce qu'elle serait accompagnée d'un paraphe, qu'on aurait en même temps usurpé. En effet, dans un cas comme dans l'autre, on foule au pied le principe le plus élémentaire de la foi publique, en d'autres termes on se rend coupable d'un faux. (Note du traducteur Ch. A.)

<sup>2</sup>Cass. rej., 13 février 1879 (*Beissel et fils, c. Selhingham*), Pataille,

Mais il ne nous semble pas qu'on puisse admettre en principe, que le nom ou la raison sociale puisse perdre son caractère naturel d'être comme nom une propriété imprescriptible de par le droit des gens, par le seul motif que le nom est accompagné d'emblèmes ou d'autres signes distinctifs. Le commerçant auquel le nom appartiendrait, pourrait certainement donner à l'ensemble les caractères d'une marque de fabrique, en la déposant comme telle, et lorsqu'il l'aurait fait, on pourrait admettre qu'il devrait être soumis à toutes les dispositions, qui régleraient l'usage exclusif d'une marque de fabrique, et qu'il pourrait aussi perdre le droit de procéder contre ceux qui auraient contrefait son étiquette, quand se trouveraient réalisées les conditions établies à cet égard pour une marque de fabrique quelconque.<sup>1</sup> Dans cette circonstance, on pourrait dire avec raison, que le commerçant aurait lui-même assimilé son nom à tout autre signe distinctif d'une marque de commerce, en déposant comme une marque de fabrique l'étiquette qui lui appartient et sur laquelle son nom était accompagné d'autres signes distinctifs, et qu'en agissant ainsi, il aurait fait lui-même de son nom un élément constitutif de la marque, et que dès lors il ne pourrait plus se prévaloir d'autres principes pour prouver la contrefaçon et l'usage illicite de son nom, en dehors de ceux qui s'appliquent aux marques de commerce. Mais si le commerçant n'avait pas déposé son étiquette comme marque de fabrique, on ne pourrait pas ôter au nom sa

*Annales*, 1880, p. 113. Voir avec cet arrêt les conclusions contraires du procureur général Bertaud.

<sup>1</sup> Ces principes ont été admis par la Cour de Bruxelles dans l'affaire de certains fabricants de Calabre, Cantanzaro et Caraffa, qui avaient déposé leurs noms comme marque à Bruxelles. Leur étiquette ayant été contrefaite en Belgique, ils avaient intenté une action pour usurpation de nom, en invoquant l'article 191 du Code pénal belge. La Cour déclara cet article inapplicable, parce que les fabricants italiens dont s'agit avaient déposé l'étiquette portant leur nom comme une marque de commerce, et qu'on devait appliquer les règles relatives à la contrefaçon des marques et non à celles concernant l'usurpation de nom. Bruxelles, 11 février 1880, Pataille, *Annales*, 1881, p. 106.



qualité de propriété imprescriptible par le seul fait qu'il serait accompagné d'autres signes distinctifs. Dans tous les cas toutefois on ne devrait pas admettre que le tribunal pût se faire l'interprète de l'intention du possesseur du nom, en considérant qu'il eût voulu faire de ce nom une marque, par le seul motif qu'il l'aurait accompagné de signes ou emblèmes, tandis que d'après les principes les plus exacts, le nom est une propriété, et que la faculté d'en faire usage est un droit personnel, dont on ne doit pas admettre la cession ou l'abandon par voie de simple présomption.<sup>1</sup>

984.— Les principes, que nous venons d'exposer en ce qui concerne les marques de commerce et le nom commercial, ne peuvent pas être réputés suffisants pour résoudre les difficultés qui se présentent à propos du droit attribué selon certaines lois aux inventeurs industriels, d'obtenir moyennant un brevet le droit exclusif de fabriquer les objets de leur invention. On ne saurait certes contester à aucune souveraineté le droit de régler l'exercice des arts industriels et d'accorder aux fabricants le privilège de la vente à leur profit des objets de leur invention, de façon à mieux pourvoir ainsi au développement de l'industrie. Toutefois, nous ne saurions admettre que ce droit ainsi concédé puisse être regardé comme un droit patrimonial de l'inventeur, et comme tel digne partout de la protection légale au même titre que toute autre chose faisant partie du patrimoine de chaque personne. On peut, en effet, soutenir que la loi de chaque État peut attribuer à l'auteur d'une découverte la faculté exclusive de la réaliser et de l'exploiter à son bénéfice, pendant un certain temps et sous les conditions fixées par la loi. Toutefois, comme cette concession ne peut être considérée que comme un avantage accordé par la souveraineté pour encourager les arts industriels, avantage qui comme

<sup>1</sup> Compar. l'arrêt cité de la Cour de Milan du 16 mai 1881, dans l'affaire Erba.

tel a le caractère d'un privilège, il est nécessaire de la regarder comme restreinte dans les limites du territoire sur lequel la souveraineté exerce son empire, en excluant en principe de la part du possesseur du brevet le droit à la protection internationale fondée sur le droit des gens, ainsi que nous avons dit que cela a lieu à l'égard de toute chose faisant partie du patrimoine de chacun.

Nous soutenons cela avec d'autant plus de raison qu'il existe une vive discussion entre les partisans et les adversaires des brevets<sup>1</sup> et qu'on est arrivé, au moyen d'arguments sérieux, à démontrer que le système des brevets, même considéré par rapport à la loi interne de chaque État, tel qu'il se trouve réglé actuellement, entrave plutôt qu'il ne favorise le développement de l'industrie, de sorte que la grande majorité est d'accord pour reconnaître la nécessité d'une réforme dans les législations internes, pour que le système des brevets ne soit pas un obstacle à la liberté du travail.<sup>2</sup>

985. — Étant donné cet état de choses, il est facile de

<sup>1</sup> Michel Chevalier, *Introduction aux rapports de la section française du jury international sur l'ensemble de l'Exposition universelle de Londres de 1862*, et le compte rendu de l'Institut de France (t. LXIII, p. 235 et suiv.), 1863, *Compte rendu* par M. Vergé ; le discours de Macfie dans les *Actes du Congrès de Bruxelles de 1862* ; *Annales de l'association internationale pour le progrès des sciences sociales* et les *Actes du Congrès de Gand*, *Annales*, cit., 1863. En 1883, le gouvernement prussien ayant demandé l'avis des Chambres de commerce et des corporations commerciales sur la question, eu égard à la situation de l'industrie, à l'esprit d'invention et aux inconvénients résultant du système des brevets, pour savoir s'il y avait ou non nécessité de les accorder aux inventeurs pour les encourager, 31 chambres de commerce contre 16 se prononcèrent pour la suppression absolue des brevets.

<sup>2</sup> Voir les communications de M. De Lavergne à l'Institut de France, *Académie des sciences morales et politiques*, 1863, t. LXIII, p. 282) ; le rapport fait au Congrès de Dublin en 1861 ; celui présenté au congrès de New-York en 1869, et les discussions durant l'exposition internationale de Paris de 1878, au sein du Congrès de la propriété industrielle, et la lettre de M. Matile de Washington, dans la *Revue de droit international*, 1869 p. 310-312.

comprendre que les principes que nous avons mis en lumière à l'égard de la propriété industrielle ne sont pas applicables aux brevets d'invention. Étant donnée la différence des principes juridiques dont s'inspirent les lois des divers pays pour déterminer les inventions susceptibles d'être brevetées : les personnes auxquelles le brevet peut être valablement concédé : le régime des brevets de perfectionnement et d'importation : la durée et l'étendue du privilège, il apparaît clairement que non-seulement on ne peut pas soutenir que le brevet doive être en principe assuré au titulaire hors du territoire de l'État dont il émane, mais qu'un droit commun en cette matière ne pourrait être promulgué pour établir la reconnaissance internationale des brevets, sans mettre en harmonie les législations particulières des divers pays, pour empêcher que le privilège ne devienne un obstacle à la liberté du travail et aux progrès de l'industrie, ainsi qu'une source interminable de procès.<sup>1</sup>

986. — On ne peut, en principe, contester l'autorité ab-

<sup>1</sup> Il y a des pays où on ne reconnaît pas le privilège des brevets, tels sont le Danemark, la Suisse, les Pays-Bas, le Mecklembourg, la Turquie et la Grèce. Le système de procédure, consacré dans les lois qui admettent les brevets et destiné à en constater la régularité et la validité, ouvre le plus large champ aux contestations à l'intérieur de chaque Etat. C'est là une question, où l'accord sur les principes est très difficile. « Il n'y a pas de matière plus litigieuse que celle des brevets d'invention, disait M. de Lavergne à l'académie des sciences morales française, jusqu'à quel point une invention prétendue est-elle une invention ? Jusqu'à quel point une contrefaçon prétendue est-elle une contrefaçon ? Ces questions sont dans la pratique à peu près insolubles. » La vérité est que les expositions universelles ont favorisé l'organisation du travail, et que la majeure partie des découvertes n'est pas le fruit du travail d'un homme, mais le résultat du travail combiné et des patientes recherches de beaucoup de personnes. Dans cet état de choses, peut-on attribuer le monopole de l'invention au prétendu inventeur ?

De même, le prince de Bismark, dans son mémoire, présenté le 10 décembre 1868 au Conseil fédéral de l'Allemagne du Nord, concluait contrairement au monopole des brevets, en faisant valoir, entre autres raisons, qu'aucun des systèmes législatifs ne peut donner de bons résultats.

Voir Rolin Jaquemyns, *De quelques manifestations récentes de l'opinion publique en Europe au sujet des brevets d'invention.*

solue de la loi territoriale à cet égard. En effet, comme la souveraineté de chaque État peut accorder à l'inventeur et à ses ayants cause le privilège d'exploiter exclusivement l'invention, on doit aussi admettre son droit de déterminer par une loi les conditions d'après lesquelles le privilège peut exister, ainsi que la durée, l'étendue et la protection du privilège conféré. Il est clair que les dispositions de chaque souveraineté à cet égard ne peuvent avoir d'autorité que dans les limites du territoire soumis à son autorité. Par conséquent, l'inventeur ne pourrait demander de jouir dans un autre pays du privilège qui lui est conféré d'après la loi de celui où le brevet lui a été accordé à l'origine. Les souverainetés doivent se considérer comme entièrement indépendantes pour tout ce qui concerne cette matière, et par conséquent chacune d'elles peut conférer le privilège, en cas de réunion des conditions exigées par la loi pour l'acquisition et la jouissance du droit; et elle peut admettre les étrangers à jouir du même privilège. On peut également soutenir qu'elle ne doit pas les exclure pour ne pas établir une inégalité de condition juridique dans le champ des rapports privés entre citoyens et étrangers.<sup>1</sup> Mais celui qui aurait obtenu le privilège en vertu de la loi ne pourrait pas le considérer avec raison comme un de ses droits patrimoniaux, et en exiger le respect dans les autres pays. Cet avantage pourrait être établi seulement par un traité *ad hoc*, ou pourrait résulter de la loi, qui pourrait, indépendamment des traités, conférer à ceux qui auraient obtenu un brevet à l'étranger, la faculté de jouir du privilège de l'exploitation exclusive de l'invention dans l'État, en remplissant les formalités prescrites par la loi locale. On

<sup>1</sup> A ce point de vue, la loi française du 5 juillet 1844 est conforme aux justes principes du droit international. Elle accorde, en effet, aux étrangers le droit d'obtenir le brevet pour une invention non brevetée, sans subordonner cela à la condition de la réciprocité, ni à celles de la jouissance des droits civils, de la résidence ou d'un établissement commercial en France.



doit, même à cet égard, admettre l'autorité absolue de chaque État, et par conséquent toute difficulté doit être résolue d'après la loi territoriale. Il peut en effet se faire, que cette loi consacre des règles différentes relativement à l'acquisition et à la déchéance du droit de l'inventeur breveté à l'étranger.

Il est très désirable que, pour écarter beaucoup des difficultés qui se rencontrent en cette matière, les États se mettent d'accord pour établir les bases d'une loi commune relative aux brevets industriels, en constituant en cette matière une *Union internationale*, et en limitant le privilège aux seuls objets, qui seraient préalablement reconnus comme d'utilité internationale et qui auraient le caractère d'une véritable invention favorable à la majorité.<sup>1</sup>

Tant qu'on n'arrivera pas à ce résultat, il faudra admettre comme règle, qu'on devra appliquer sur le territoire de chaque État la loi territoriale, pour décider d'après elle si on doit ou non admettre le brevet et comment on doit empêcher et réprimer les contrefaçons et la vente des objets brevetés.

Étant donné que la loi territoriale défende et punisse la contrefaçon et la vente dont elle aurait attribué le monopole à l'inventeur, on devrait admettre que celui-ci ne pourrait pas empêcher la contrefaçon et la vente de ces objets à l'é-

<sup>1</sup> Voir les propositions faites par Macfie au Congrès de Bruxelles de 1862, *Les brevets d'invention considérés au point de vue international* (Annales de l'association, cit.).

A la suite des discussions du congrès de la propriété industrielle réuni à Paris, au Trocadéro, durant l'Exposition de 1878, un projet fut élaboré à la suite des résolutions adoptées par cette assemblée. Voir Clunet, *Journal*, 1878, p. 413.

La loi fédérale suisse du 29 juin 1888, qui admet la protection des brevets d'invention, et qui accorde à ceux qui ont obtenu un brevet à l'étranger la faculté de l'obtenir aussi en Suisse conformément aux traités en vigueur (art. 32) pose le juste principe suivant, à l'article 2 : « Ne sont pas considérées comme nouvelles les inventions qui, au moment de la demande du brevet, seront suffisamment connues en Suisse pour pouvoir être exécutées par un homme du métier. »

tranger ; mais qu'il pourrait seulement demander dans l'État où il a obtenu le brevet la prohibition de la vente des objets contrefaits à l'étranger, par application de la loi territoriale. Il est dès lors clair que si, d'après cette loi, il était permis à l'inventeur de faire saisir ces objets, il pourrait se prévaloir de ce droit, même à l'encontre de ceux qui auraient introduit dans l'État pour les vendre les objets par eux contrefaits à l'étranger.

987. — La difficulté à cet égard peut se présenter dans l'hypothèse où les objets contrefaits à l'étranger se trouveraient dans l'État où le brevet a été accordé, non pour y être employés ou vendus, mais accidentellement en *transit*.

Il ne nous semble pas qu'on puisse alors invoquer l'application de la loi territoriale. En effet, comme cette loi ne peut avoir d'autorité qu'à l'égard des faits juridiques accomplis sur le territoire soumis à son empire, et comme le fait par elle prohibé serait la vente ou la contrefaçon des objets brevetés dans l'État, et que dans notre cas ni l'une ni l'autre de ces circonstances ne se trouverait réalisée, parce que le transit n'implique ni la vente ni la tentative de vente, on n'aurait aucun juste motif de soumettre le fait à la loi territoriale. Il faut dès lors admettre, en principe, que lorsqu'il ne résulte pas des circonstances que les objets contrefaits à l'étranger ont été introduits dans l'État où existe le brevet, dans l'intention de s'en servir ou de les vendre sur le territoire, on ne peut jamais appliquer la loi territoriale.<sup>1</sup> Par conséquent, quand il s'agit de *transit* proprement dit, c'est-à-dire de marchandises qui se trouvent accidentellement et temporairement sur le territoire pour être expédiées à l'étranger, il ne saurait y avoir lieu d'appliquer la loi territoriale. Le doute pourrait exister dans l'hypothèse d'objets contrefaits à l'étranger et déposés dans des docks,

<sup>1</sup> Compar. Pouillet, *Brevets d'invention*, p. 707 et en sens contraire à notre doctrine, Rouen, 12 février 1874 (Teschen, c. Manque), Clunet, *Journal*, 1875, p. 113; Bozérian, *Propriété industrielle*, § 172.

parce que comme ils pourraient être retirés de la douane aussitôt après le paiement des droits, le dépôt qui en aurait eu lieu pourrait être considéré comme une introduction en vue de la vente.

988. — Une autre difficulté s'est présentée à l'égard de l'application de la loi territoriale aux objets brevetés dans un État et contrefaits à l'étranger, puis exposés dans les locaux destinés à une exposition internationale ouverte dans l'État qui a accordé le brevet.

On a dit, d'une part, que l'exposition des objets contrefaits, dans la seule intention de les faire connaître pour les vendre ensuite à l'étranger, ne pouvait être par elle-même un fait de nature à motiver l'application de la loi territoriale. En effet, la souveraineté territoriale, en accordant le brevet, confère à l'auteur de cette découverte la faculté exclusive de la réaliser et d'en tirer profit sur le territoire soumis à son autorité ; mais comme cette souveraineté ne peut pas protéger le privilège dans les pays étrangers indépendamment des traités, ni y empêcher la fabrication ou la vente des objets brevetés, on ne saurait dès lors soutenir que les dispositions de la loi territoriale relative à la contrefaçon et à la vente de ces objets puissent être appliquées aux objets contrefaits à l'étranger et exposés dans le pays, parce que ni la contrefaçon ni la vente ne se réalisant sur le territoire, le fait juridique soumis à l'empire de la loi territoriale n'existerait pas.

On a dit, en sens contraire, que l'individu qui se trouve investi de la possession et de l'exercice d'un brevet industriel sous la protection de la loi territoriale a le droit d'exiger que le privilège qui lui est concédé par la loi territoriale soit efficacement garanti par celle-ci. L'exhibition dans une exposition des objets fabriqués à l'étranger a pour résultat, non-seulement de les faire connaître de tous ceux qui veulent les acquérir, mais de les faire vendre dans l'enceinte de l'exposition, l'exposant pouvant recevoir les com-

mandes et conclure les contrats de vente, sauf à opérer la livraison des objets vendus dans le pays étranger où le brevet n'existe pas. La vente étant interdite par la loi territoriale, cette loi doit être considérée comme devant faire obstacle à une opération juridique qui devient parfaite au lieu où elle exerce son empire, au préjudice de la personne dont elle reconnaît le brevet.

Certainement, en s'en tenant à la rigueur des principes, on ne pourrait pas exclure l'application de la loi territoriale au fait de l'individu qui expose sur le territoire de l'État où le brevet existe des objets contrefaits pour les offrir à ceux qui veulent les acheter, sauf la clause d'exécuter la livraison hors du territoire de l'État où l'exposition a lieu. Toutefois on peut considérer que toute difficulté a disparu dans la pratique, parce que les gouvernements, qui naturellement cherchent à attirer les exposants, ont écarté, par des lois spéciales, toute discussion possible, en garantissant aux exposants des objets brevetés fabriqués à l'étranger toute sécurité, quand ils se bornent à exposer les objets contrefaits et les réexpédient à l'étranger dans le délai fixé après la clôture de l'exposition.<sup>1</sup>

989. — Dans le cas où le bénéfice des brevets d'invention serait assuré entre deux États par des traités, il faudrait appliquer les règles, que nous avons exposées plus haut en ce qui concerne les marques de fabrique. Par conséquent, le traité peut être le titre assurant la jouissance du

<sup>1</sup> La question se posa à propos de l'exposition universelle de Paris en 1878. A la suite des difficultés élevées par les gouvernements étrangers, une loi spéciale fut promulguée le 8 avril 1878, par laquelle, en dérogation à celles du 5 juillet 1844 et des 20-31 mai 1856, on permit l'exposition des objets brevetés en France et fabriqués à l'étranger, à la condition toutefois qu'il s'agit d'un modèle unique et que ce modèle fût réexporté après la fermeture de l'exposition. Une loi semblable a été promulguée le 30 octobre 1888 à l'occasion de l'exposition de 1889. De même l'Espagne a réglé cette matière par des règles spéciales édictées par un décret royal en date de 1888.



brevet dans le pays étranger ; mais il faut toujours appliquer la loi de ce pays pour déterminer toutes les conditions d'après lesquelles on peut jouir du privilège, pour déterminer les formalités qu'on doit observer et ce qui concerne la conservation et la déchéance du droit. Il peut dès lors arriver que, dans l'hypothèse de la déchéance par suite d'un fait prévu par la loi, cette déchéance puisse se produire dans le pays d'origine en vertu de la loi qui y est en vigueur, et que le brevet doive néanmoins être considéré comme subsistant dans l'autre pays où le privilège a été légalement acquis et où il ne s'est produit aucune cause de déchéance. Il faut, en cette matière, admettre en principe, non-seulement l'indépendance des souverainetés, mais aussi l'autorité exclusive de chaque loi territoriale.<sup>1</sup>

Toutefois, à l'égard de la durée du brevet, il nous paraît juste d'admettre que, lorsque d'après la loi du pays où il a été originairement acquis, il cesse par l'expiration du délai fixé par cette même loi, on doit le considérer comme ayant également cessé d'exister dans les autres pays où le cessionnaire a obtenu la protection légale de ce même brevet en vertu des traités.<sup>2</sup> Comme on doit admettre que la protection légale, qui est due en vertu d'un traité, a pour objet la sauvegarde du droit originairement attribué à l'inventeur, il est naturel de décider qu'une fois le droit originaire éteint, on doit considérer également comme éteinte la protection légale du même droit dans les autres pays.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> La Cour de cassation française a consacré la doctrine contraire, en décidant par arrêt du 14 janvier 1864 (*Rebour, c. Duboucheron*, Sirey, 1869, I, 200), que la déchéance du brevet obtenu à l'étranger produisait la déchéance de celui acquis en France.

<sup>2</sup> La durée du brevet est dans certains cas déterminée d'une façon uniforme par la loi. Il en est ainsi en Angleterre et en Belgique, ainsi qu'en Allemagne, d'après la loi de 1877, tandis qu'en France, en Autriche, en Italie, en Espagne, au Portugal, il dépend jusqu'à un certain *maximum* du choix de l'intéressé, et en Russie ainsi qu'en Suède, de la décision de l'autorité qui le délivre.

<sup>3</sup> Il est ainsi disposé par l'article 25 de l'acte anglais sur les brevets d'invention de 1852 (15 et 16 Victoria, C. 83), et par l'article 29 de la loi française de 1844, ainsi que par d'autres lois.

990. — On doit aussi admettre, en vertu du principe de l'autorité absolue de la loi territoriale en matière de brevets, que l'inventeur breveté, même lorsqu'il a obtenu la protection de son privilège en pays étranger en vertu d'un traité, peut subir l'expropriation de son invention pour cause d'utilité publique, et qu'on doit alors décider, d'après la loi de l'État, si la souveraineté a le droit de s'approprier l'invention et si elle est tenue d'indemniser le titulaire de ce brevet. On doit incontestablement considérer comme contraire aux justes principes du droit, qu'une souveraineté, après avoir garanti le respect d'une invention brevetée à l'étranger, puisse ensuite se l'approprier sans allouer une juste indemnité à l'intéressé. Il faut cependant admettre sans contestation l'autorité de la loi territoriale à cet égard, tant pour la fixation de l'indemnité que pour les règles, d'après lesquelles cette indemnité doit être déterminée. <sup>1</sup>

<sup>1</sup> L'article 16 de la loi anglaise de 1852 précitée dispose que les prérogatives de la couronne comprennent le droit de révoquer le brevet et que dès lors le gouvernement peut réaliser ou imiter pour son compte l'invention brevetée, ou autoriser un tiers à la contrefaire. Les tribunaux anglais ont, par conséquent, décidé que l'inventeur breveté n'a d'action ni contre le gouvernement, ni contre le tiers qui a travaillé pour le compte du gouvernement, et que celui-ci doit être affranchi de toute responsabilité. Voir en ce sens la sentence de la Cour des 10, 14 et 25 février 1876 (*Dixin, c. The London Small arms company limited*), *Week, Report*, t. XXIV, p. 766.

Les tribunaux américains, au contraire, ont toujours décidé que le Gouvernement ne peut, après avoir accordé le brevet, utiliser l'invention à son profit, et que ses droits à cet égard ne sont pas plus étendus que ceux d'un particulier, et qu'il doit toujours rémunérer et indemniser l'inventeur. Voir la sentence de la Cour suprême des États-Unis dans la cause *Cammer, c. Newton*, (15, *Albany Law Journal*, p. 115) rapportée par *Clunet, Journal*, 1877, p. 258.

La Cour de Paris, dans l'affaire *Boxer Gevillot, c. Chalbert*, a aussi décidé, par son arrêt du 11 janvier 1876 que, « les brevets délivrés par « l'État français à un étranger ne sont pas un obstacle, à ce que l'État, « dans l'intérêt supérieur de sa défense, n'introduise directement ou par « l'entremise d'un tiers les objets brevetés pour l'armement des troupes », « et a conclu, que, « l'action en dommages intérêts formés par Boxer « ne saurait être accueillie par les tribunaux français. »

La loi allemande du 25 mai 1871 réserve également à l'État le droit d'u-

991. — Nous croyons utile de noter à ce point de vue, que si le cessionnaire du brevet avait cédé à une autre personne le droit de fabriquer et de vendre l'objet breveté à l'étranger, ce serait au concessionnaire qu'il appartiendrait de satisfaire aux conditions prescrites par la loi étrangère pour l'usage de ce brevet. Dans le cas où il encourrait la déchéance pour inaccomplissement des formalités légales, ou lorsque, par suite du fait de l'administration publique du pays étranger, il ne pourrait pas jouir de l'invention qui lui aurait été cédée, il ne pourrait pas se prévaloir de ces circonstances pour prétendre que la cession serait nulle. Celui qui a cédé le brevet doit la garantie du fait qu'il est en possession d'une découverte ou d'une invention brevetée, et qu'on peut, au moment de la cession, obtenir la reconnaissance du brevet en pays étranger, en le faisant reconnaître par la souveraineté territoriale en conformité des lois et des traités existants ; mais ce que le cessionnaire doit faire pour pouvoir jouir de l'invention et tout ce qui peut être la conséquence de la loi territoriale publiée depuis la cession et qui peut entraver la jouissance de l'invention cédée ne saurait modifier les rapports contractuels dérivant de la cession.<sup>1</sup>

utiliser l'invention au profit de l'armée ou de la marine, ou dans l'intérêt du public. Toutefois, elle reconnaît alors à l'inventeur le droit de réclamer à l'empire ou à l'Etat, qui aurait profité de l'invention pour ses intérêts publics, une indemnité, qui, en l'absence d'accord amiable devrait être fixée par les tribunaux.

Il est clair, qu'en admettant le système des brevets d'invention, l'unique solution d'après l'équité et la justice est celle reconnue par la jurisprudence américaine et admise par la loi allemande.

<sup>1</sup> La Cour de cassation française a décidé, que la cession d'un brevet ne pouvait pas être considérée comme nulle, si le brevet cédé était sujet à déchéance par suite du retard à réaliser l'invention, si cette déchéance n'était pas encore prononcée par l'autorité étrangère (dans l'espèce, par le gouvernement hollandais). Cass. rej. 1<sup>er</sup> juin 1875 (San et Dietz c. Tessie), Clunet, *Journal*, 1876, p. 356. Voir aussi l'arrêt de la Cour de Paris du 11 mai 1874, id., id., p. 179.

Voir pour les formalités acquises pour l'efficacité de la cession d'un brevet français convenue en pays étranger, Clunet, *Journal*, 1879, 478. Compar. la sentence de la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique dans la cause *Hendry c. Logles*, (*Albany Journal*, T. XIX, p. 179).

Il pourrait dès lors arriver que le cessionnaire subit une expropriation sans indemnité de la part du gouvernement étranger qui aurait réalisé ou imité pour son usage l'invention brevetée. Il pourrait aussi arriver qu'après avoir accordé le brevet, l'autorité administrative, à laquelle la loi attribuerait le droit d'examiner l'objet matériel mis en vente et d'en interdire dans certains cas l'usage et la vente, ait fait cette défense pour le motif que l'objet résultant de la découverte ne serait pas de nature à remplir toutes les conditions requises par la loi pour en autoriser la mise en vente. Cela pourrait empêcher le cessionnaire de jouir de l'invention brevetée, mais ne pourrait pas constituer une raison suffisante pour faire considérer la cession comme nulle.

Nous avons déjà dit plusieurs fois, et nous devons le répéter pour conclure, qu'en cette matière, on doit reconnaître toujours et à tous points de vue l'autorité de la loi territoriale. Par conséquent, on doit décider, par application de cette loi, si étant données certaines conditions, la personne à laquelle a été valablement cédé un brevet à l'étranger, peut en jouir d'une façon utile et effective sur le territoire de l'État.

Voir sur les brevets d'invention : Calvo, *Droit internat.* T. II, § 1386; Renouard, *Traité des brevets*; Picard et Olmi, *Traité des brevets d'invention*; Legrand, *Rapport sur les brevets*, (rapport français sur l'exposition de 1862, class. eVIII, sect. VII); Vergé, *Compte rendu des séances de l'académie des sciences morales*, t. LXIII; Tillière, *Traité des brevets*; Pouillet, *Des brevets*; Ruben de Couder, *Dictionnaire de Droit commercial, Brevets d'invention*; Schmoll, *Traité pratique des brevets*; Le rapport de Dupin à propos de la loi française de 1844.

---



## APPENDICE

---

Nous avons plusieurs fois rappelé ce que nous avons écrit dans les ouvrages que nous avons publiés antérieurement, c'est-à-dire dans notre *Droit public international*, imprimé à Milan en 1865 et dans notre *Droit international privé*, imprimé à Florence en 1869. Or, comme ces ouvrages ne se trouvent plus dans le commerce, nous avons cru utile de faire connaître à toutes les personnes qui n'ont pas la possibilité de se les procurer, ce que nous avons écrit antérieurement à l'égard de l'autorité territoriale et de l'autorité extraterritoriale et de l'application des lois. Nous allons dès lors reproduire ici un chapitre de notre *Droit international public* et un autre chapitre de notre *Traité de droit international privé*, à seule fin de constater qu'à l'égard des principes fondamentaux, nous n'avons trouvé aucune raison de modifier ce que nous avons précédemment écrit.

Nous appellerons l'attention du lecteur surtout sur le chapitre extrait du *Nouveau droit international public*, imprimé à Milan dans les premiers mois de 1865, et par conséquent avant la publication du code civil italien. Les principes fondamentaux de toute la théorie du *Droit international privé*, que nous avons développée d'une façon plus étendue dans nos ouvrages postérieurs sont parfaitement établis dans ce chapitre.

Il était naturel que nous les soutenions avec une grande conviction. D'une part, nous avons pour nous l'autorité de la commission, qui préparait le projet du Code civil italien, et qui était composée de jurisconsultes éminents, au nombre desquels on comptait Mancini, vaillant champion du droit

international et défenseur des théories les plus libérales de la science moderne; car cette commission avait déjà formulé les mêmes principes comme base de la réforme législative importante, qui constitue la principale gloire de la législation italienne. En effet, la codification de ces principes a eu pour résultat de réformer et de transformer les bases du droit international privé dans le sens le plus libéral. D'autre part, nous avons, à l'appui de notre doctrine, d'autres éminents jurisconsultes et l'Institut de droit international, qui réunit l'élite des publicistes, qui ont modifié la base de l'autorité internationale des lois, en transformant complètement la théorie traditionnelle à l'égard de l'idée du statut réel.

---



nière, la capacité personnelle, suivant l'âge, le sexe, la qualité et la nature des actes, la transmission des biens et leur régime ; la forme des actes et des contrats et leurs effets. Les lois de la patrie où l'individu naît l'assistent dès le moment de sa naissance, et lui donnent l'état civil, mais celles-ci peuvent se trouver en conflit avec les lois du lieu où l'individu a fixé son domicile, et si l'indivisibilité de la personne empêche qu'on lui applique une loi différente de celle qui règle la personne même, la divisibilité des biens qu'une personne peut posséder, et leur situation en différents territoires, mettent l'individu en relation avec des lois différentes de celles de son domicile. Que si l'individu veut contracter hors de sa patrie, il se trouve dans la nécessité de régler la forme de ses actes avec la loi du lieu où l'acte s'accomplit et s'exécute. De là, il suit que bien que la garantie juridique des étrangers soit un devoir de toutes les nations, quand on détermine la manière d'assurer aux étrangers la garantie de leurs droits, le conflit des législations est non-seulement possible, mais inévitable, et de là, la nécessité d'établir quelques règles générales pour résoudre les questions multiples qui peuvent s'élever.

De tous les différents systèmes, le plus ancien et le plus communément adopté est celui de la réciprocité suivant lequel les lois d'un État devraient s'appliquer aux étrangers de la même manière que les lois de l'État étranger s'appliquent aux nationaux y résidant. Suivant ce système, on admettait comme permises les représailles juridiques, en soutenant que non-seulement l'exercice des droits civils, mais celui aussi des droits naturels devrait être interdit aux étrangers, ou réglé d'une manière plutôt que de l'autre, lorsque l'État étranger défend aux nationaux l'exercice de ces droits. Ce système n'est pas du tout rationnel, parce qu'il soumet les principes du droit à la raison d'utilité, et nous regrettons que Rocco lui-même, auteur si savant et si exact, ait voulu le soutenir. En effet, il s'exprime ainsi : « Quoique les lois, vis-à-vis des étrangers, doivent être bienveillantes, il ne faut



pas croire cependant que lorsque l'État auquel ils appartiennent nous refuse à nous l'exercice de quelque-une de ces facultés que la nature elle-même nous confère, il ne nous soit pas permis chez nous de leur appliquer la même loi par représailles. Comment penser que les étrangers puissent succéder dans notre pays et disposer des biens, si la même faculté ne nous est pas accordée dans leur pays? »

Suivant ce système, les lois d'un État devraient s'appliquer à l'étranger de la même manière qu'on applique dans l'État étranger les lois de l'autre État. Mais on comprend clairement que si l'usage et l'arbitraire ne peuvent pas légitimer l'injustice, ce système ne repose pas sur un *criterium* rationnel, et nous le rejetons absolument.

D'autres auteurs, parmi lesquels le célèbre Fœlix, soutiennent que tous les effets produits par les lois étrangères dans le territoire d'une nation dépendent du consentement de celle-ci, exprès ou tacite. En effet, dit-il, une nation n'étant pas obligée d'admettre dans son territoire les effets et l'application des lois promulguées sur un territoire étranger, peut incontestablement leur refuser tout effet, ou peut prononcer ce *veto* pour quelques-unes seulement; aussi l'auteur conclut-il qu'il faut tenir compte ou de son consentement tacite qu'on déduit des décisions rendues par l'autorité judiciaire ou administrative. Ce système est faux, parce qu'il n'admet aucun fondement rationnel du droit, et fait tout dépendre du consentement, et nous le rejetons.

D'autres, parmi lesquels nous citons Demolombe et Marcadé, ont soutenu le système des statuts, en les distinguant en personnels et mixtes. Suivant ces auteurs, les lois se rapportent aux personnes et aux choses, et de là, la différence du statut personnel et du statut réel. Ezio définit le premier, de la manière suivante: *In personam constituit lex quando personam afficit, et quidem primarie; nihil enim obstat si secundarie et per consequentiam vi legis jus aliquod vel acquirendi rem vel disponendi de eadem tribuitur.* Voët définit le second ainsi qu'il suit: *Realia sunt quæ rem principaliter*

*afficiunt et circa rem aliquid disponunt sive personæ mentio facta sit sive non, si modo primaria mens statuentis sit non de personis sed de rebus disponi, etc.* Depuis cette distinction, les auteurs ont établi le principe que pour régler la capacité de la personne, on doit appliquer la loi de la nation à laquelle appartient la personne, et pour déterminer les relations juridiques des choses, on doit appliquer la loi du lieu où les choses existent. Mais, dans l'application de ces principes indéterminés, n'ayant pu résoudre toutes les difficultés, ils ont dû recourir aux distinctions et aux subdivisions, en donnant quelquefois des définitions arbitraires, et en admettant les statuts mixtes, de manière que leur théorie n'a pas pu établir un principe général. Savigny, en parlant de cette théorie, dit : « On ne pourrait pas absolument la rejeter, parce qu'elle est susceptible d'une interprétation et d'applications quelquefois justes, mais elle est incomplète, et donne lieu à d'innombrables équivoques. »

Une autre doctrine admet la théorie du consentement présumé des intéressés et, suivant cette doctrine, les relations civiles internationales devraient être réglées par la législation que les intéressés ont présomptivement acceptée; mais ce principe ne définit pas la question, parce qu'il faut rechercher les règles à l'aide desquelles on a à décider, suivant la nature différente des faits, quelle est la législation qu'on doit présumer être acceptée par les intéressés. Les principes de raison suivant lesquels on doit appliquer les diverses lois, une fois établis, celles-ci n'obligent pas, parce qu'on les présume acceptées, mais on les présume acceptées, parce qu'elles obligent nécessairement; par conséquent, la question n'est pas résolue, mais seulement détournée. Quant à nous, sans nous arrêter à examiner d'autres hypothèses, nous concluons qu'aucun des systèmes n'est suffisant pour établir le *criterium* avec lequel on devrait appliquer les diverses lois en cas de conflit.

Pour substituer aux théories vagues, indéterminées et incomplètes un principe rationnel, qui se trouve en harmonie

avec le système général par nous adopté, nous le déduirons des principes de la philosophie du droit, et nous établirons les principes suivants : 1° le droit positif résulte de la combinaison de l'élément moral et de l'élément utile ; 2° dans toute société bien réglée, l'économie sociale de l'État résulte du rapport de la loi faite par l'autorité publique avec les droits individuels des associés ; 3° l'action de l'État trouve une limite dans la liberté inoffensive des individus ; 4° si de la position individuelle de l'homme dans le sein d'une société civile, quelle qu'elle soit, nous nous élevons à considérer la position collective des nations dans la grande société qu'on appelle humanité, nous trouvons que la position de chaque nation est analogue à celle de chaque individu, parce que, de même que l'individu, considéré dans la société, ne perd pas sa personnalité et son individualité, ne se confond pas dans la communauté comme une goutte d'eau dans l'Océan, ainsi chaque nation conserve sa personnalité et son individualité dans la grande société universelle, de manière que l'économie internationale doit être l'harmonie de la loi internationale avec le droit de chaque nation, et l'action de chaque État et sa juridiction territoriale trouve une limite dans la liberté inoffensive des autres États. De là il résulte un quatrième principe, que chaque État autonome peut exercer ses droits avec indépendance dans la grande société universelle, pourvu qu'il n'offense pas l'intérêt public, économique, moral et politique des autres États. Cela posé, nous faisons observer que, dans toute législation, nous pouvons distinguer une double catégorie de lois : les unes pourraient se dire communes à tous les temps, à tous les lieux, à tous les peuples ; les autres, dépendantes des conditions naturelles de climat, de position géographique, de coutumes, de tempérament, de génie civil du peuple ; et celles-ci sont spéciales pour chaque nation, et elles dépendent de la différence du mode suivant lequel l'élément utile, qui est variable, se trouve combiné avec l'élément moral. Sous ce rapport, nous pouvons accepter comme vraie la pen-

sée de Montesquieu, qui disait que les lois, dans la plus ample signification, sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses. En recherchant l'origine et la raison des lois, en examinant les institutions civiles et politiques dans leurs rapports avec les diverses causes qui les produisent, il comprit que les lois ne sont pas une émanation arbitraire, mais une expression des rapports essentiels qui existent entre les hommes et les choses, et reconnaissant parmi les diverses causes qui les produisent et les modifient, le climat, le territoire, la religion, l'usage, les coutumes, etc., il donna aux circonstances extérieures une si grande influence sur l'organisation sociale, qu'il mit la société sous le joug de la nature, ce qui entraîna quelques publicistes à traiter la politique et chaque science sociale comme un chapitre de la physiologie humaine. Nous rejetons la théorie de Montesquieu. En effet, le droit privé de chaque peuple n'est autre que le développement progressif du principe éternel du droit suivant les usages, les mœurs, les besoins, les tendances, les habitudes de la masse des citoyens ; de manière que les législations particulières de chaque nation portent l'empreinte de l'usage individuel.

De là il suit que les lois privées ne peuvent être appliquées qu'aux nationaux. A un étranger résidant dans un autre État, on ne peut pas appliquer le droit privé de la nation au sein de laquelle il se trouve, parce que, sur quelque territoire qu'il séjourne, l'individu ne perd pas sa nationalité, et ne cesse pas d'appartenir à sa patrie ; aussi les lois privées doivent-elles accompagner l'individu comme l'ombre le corps, partout où il se trouve, et puisque le droit de diriger le citoyen dans sa vie privée appartient exclusivement à l'État dont le citoyen est membre, l'usage inoffensif de ce droit doit être reconnu dans la grande société universelle. Ainsi, par exemple, le terme de la minorité ne peut pas être aussi précoce dans les climats froids que dans les climats chauds, et si un citoyen, né dans la Suisse, se trouve accidentellement en Italie, où la minorité cesse plus tôt, il ne cessera



pas pour cela d'être mineur. Il s'ensuit que dans les rapports du simple droit privé, la légitime et inviolable autonomie de chaque État est limitée par la liberté inoffensive des autres États, comme il arrive pour chaque individu dans toute société constituée. Le fondement des rapports de droit international privé n'est donc pas la réciprocité ou le mutuel consentement, mais les principes rationnels du droit.

Nous ne pouvons pas dire du droit public de chaque État ce que nous avons dit du droit privé. Le droit public, en effet, a pour but la conservation de l'organisme social, c'est pourquoi toutes les personnes et les choses qui se trouvent dans le territoire national doivent observer les principes du droit public de cet État. De là il suit en premier lieu que les étrangers sont obligés, pendant qu'ils demeurent dans un autre État, d'observer les principes du droit public de cet État, parce qu'ils ne peuvent pas violer les lois constitutives de cet organisme social. Comme le droit individuel des citoyens peut être limité en vue de l'intérêt public, on peut aussi limiter le droit individuel de chaque État, et le droit qu'a chaque État de régler la vie privée de ses sujets peut s'exercer à l'étranger tant que son usage est inoffensif, ou bien tant qu'il n'est pas en opposition avec les principes du droit public de cet État.

De ce que nous avons dit, il découle que la condition et la capacité des personnes, en quelque pays qu'elles aient à exercer leurs droits, la condition civile des familles, les droits et les devoirs réciproques des individus qui composent les familles, et les effets de ces droits et devoirs sur les propriétés que la famille ou ses membres individuels possèdent dans les différentes parties du monde; les obligations dérivant des contrats relatifs à toutes ces choses et autres semblables, doivent être réglés par les lois de l'État, et que le citoyen, dans ses relations juridiques internationales, peut invoquer justement partout l'application de la loi qui régit dans leur origine les conventions par lui stipulées, pourvu cependant que *l'application de la loi dans l'État dont elle*

*n'émane point, n'offense pas l'intérêt politique et économique de cet État lui-même, et qu'elle ne soit pas en opposition avec les principes que le législateur a consacrés comme des lois d'ordre public, moral et religieux.*<sup>1</sup> On comprend par là combien la théorie des statuts est d'elle-même imparfaite, car le statut personnel accompagne le citoyen partout ; mais cette partie du statut personnel, qui viole l'ordre public de la nation où entre l'étranger, s'arrête aux frontières. Ainsi, que les personnes de mainmorte aient la faculté d'acquérir et de posséder dans l'État qui les a créées, mais qu'elles subissent l'incapacité dans le territoire étranger dont la législation ne reconnaît pas l'existence juridique des corps moraux. Une convention ouvertement usuraire, bien que dépendante d'une loi qui la permet, n'aura pas son application dans un État dont la législation condamne l'usure comme immorale. L'esclave, provenant de pays étranger, exercera ses droits d'homme libre dans un pays qui condamne l'esclavage, et c'est pour cela qu'au principe que le statut personnel accompagne l'étranger partout, nous pensons devoir substituer cet autre principe : les lois civiles de tout État quelconque doivent s'appliquer partout aux personnes et aux choses qui en dépendent, mais toujours à la condition qu'elles ne soient pas en opposition avec le droit public de l'État où elles doivent s'appliquer.

<sup>1</sup> Nous croyons devoir rappeler l'attention du lecteur sur le principe fondamental par nous posé pour déterminer l'autorité de la loi, et sur celui d'après lequel nous avons limité l'autorité de la loi étrangère. Nous n'avons pas dit, que la loi étrangère ne devait pas être appliquée lorsqu'elle était contraire et opposée à la loi territoriale, ou, comme l'a dit ensuite Mancini dans sa règle proposée à l'Institut de Droit international, lorsqu'elle serait en opposition avec le droit public et avec l'ordre public du territoire soumis à une autre souveraineté (voir la critique que nous en avons fait, t. I, § 254). Nous avons dit, au contraire, qu'on ne devait pas reconnaître l'autorité de la loi étrangère, quand l'application de cette loi, dans l'État dont elle n'émanait pas, portait atteinte à l'ordre politique et économique de cet État. Ce n'est dès lors pas, d'après nous, l'opposition de la loi, mais l'effet juridique, qui pouvait résulter de son application, qui pouvait en limiter l'autorité, toutes les fois que cet effet juridique pouvait porter atteinte à l'intérêt politique et économique de l'État où on en demandait l'application.

EXTRAIT DU NOUVEAU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

Traduit de l'Italien par Pradier Fodéré.

Paris, 1868, tome premier, page 290.

CHAPITRE IX

*De la législation de chaque État par rapport aux personnes,  
aux choses et aux obligations des étrangers.*

Tome premier, p. 302.

. . . . .  
. . . . . En considérant l'état de la personne dans les rapports avec les choses, nous devons admettre conséquemment que les effets sur les choses ne peuvent pas valoir dans le territoire où les choses existent, quand l'effet serait en contradiction avec la loi du lieu où existent les choses elles-mêmes. Nous pouvons distinguer les choses sous un double rapport ; à l'égard de l'intérêt personnel et de l'intérêt territorial. Les relations de la propriété avec la personne du propriétaire et les droits et les devoirs du propriétaire lui-même envers la chose et envers la famille à laquelle il appartient, sont d'un intérêt privé personnel. Chaque nation définit et gouverne les intérêts privés personnels des membres qui lui appartiennent, et ne peut être intéressée à appliquer à des familles étrangères ce qu'elle établit pour définir et régir les intérêts

des familles qui lui sont propres. Mais la propriété, considérée dans son organisation, intéresse le territoire et l'ordre public, et sous ce rapport quelle que soit la personne du propriétaire, elle ne peut violer l'organisation territoriale de la propriété. Nous pouvons donc établir le principe général, que chaque citoyen peut acquérir une propriété sur les territoires des différentes nations, et peut en jouir pleinement suivant les lois qui règlent ses intérêts personnels, pourvu qu'il ne blesse pas l'intérêt de la nation où se trouvent les biens. Pour faire une application des principes ci-dessus exposés, examinons le cas suivant : Il s'ouvre une succession testamentaire, ou *ab intestat*, comprenant l'universalité des biens appartenant au défunt, et ces biens sont situés sur divers territoires ; dans ce cas, comment doit se régler cette succession ? sera-ce par la loi de la nation à laquelle appartient le défunt, ou par celle de la nation où existent les biens ? Les opinions des publicistes sur la question proposée sont différentes ; quelques-uns soutiennent qu'il faut appliquer la loi de la nation à laquelle appartient le défunt, et cela d'après le principe que la loi de succession ne fait que protéger la volonté présumée du propriétaire défunt, et sanctionner les devoirs qui le lient à la famille elle-même, ou à la parenté ; et de quelque manière qu'une nation interprète les devoirs et les besoins des familles, elle n'a pas le droit ni l'intérêt d'imposer sa volonté à des familles étrangères qui possèdent des biens sur son territoire. Les familles qui succèdent suivant la loi de leur nation, ne font rien autre qu'exercer le droit de propriété, et jouir, suivant les lois, de leur intérêt personnel ; or comme en cela elles ne lèsent aucunement le droit de la nation où se trouvent les biens, celle-ci ne peut pas prétendre régler par sa loi les intérêts d'une famille étrangère, par la seule raison que les biens qu'elle possède existent sur son territoire. A cet argument d'autres auteurs, parmi lesquels Mittermaier et Eichorn, ajoutent que l'universalité des biens de la personne défunte forme un tout inséparable, et représente de certaine manière la personne elle-même du défunt ; et comme la per-



sonne du défunt était, dans n'importe quel territoire, soumise à la loi de sa nation, pour ses intérêts privés et pour ses relations avec la famille, on doit appliquer à sa succession la loi de la nation à laquelle elle appartient. En outre, quand la succession est *ab intestat*, on s'appuie sur la volonté présumée du défunt de se conformer aux dispositions de la loi civile, et puisque l'on ne peut pas présumer que le défunt eût voulu se conformer à une autre loi, différente de celle de sa nation, c'est celle-ci qu'on doit appliquer à sa succession. D'autres auteurs, et, entre autres Rocco et Fœlix, ayant admis comme principe que les choses doivent être réglées par la loi du lieu où elles existent, soutiennent que, pour ne pas violer la juridiction territoriale du souverain, on doit succéder à chaque partie de l'hoirie, suivant la loi du lieu où existe chaque partie, de manière que, suivant eux, autant de successions différentes s'ouvriraient qu'il y aurait de lieux différents où existeraient les biens. M. Chassat, appuyant cette opinion, dit que le but de la souveraineté étant de maintenir l'unité politique et de disposer des choses existant sur son territoire, on ne doit pas faire prévaloir dans la succession *ab intestat* le principe de droit romain de l'indivisibilité de l'hérédité et de la représentation de la personne du défunt.

Pour résoudre la question conformément aux principes que nous avons adoptés, nous dirons que la loi de succession étant dans l'intérêt privé de la famille du défunt, elle doit être reconnue partout, parce qu'aucune nation ne peut prétendre régler les intérêts des familles étrangères; mais si la loi de succession violait l'intérêt économique et public de la nation où existent les biens, elle ne devrait pas être exécutée, parce qu'elle contredirait l'organisation de la propriété. Il en serait ainsi, par exemple, si une loi de succession admettait des liens fidéicommissaires, qui n'auraient aucune valeur dans un pays étranger, si ces liens avaient été abolis dans la législation.

## CHAPITRE IV

### DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Traduit de l'Italien par Pradier-Fodéré.

Paris 1875, Pedone-Lauriel, éditeur, page 47.<sup>1</sup>

#### *Principes fondamentaux selon notre système.*

En établissant les règles générales par lesquelles on peut résoudre les conflits des législations, les auteurs ont adopté des principes différents pour base de leurs théories. Avant d'exposer leurs systèmes et d'en faire la critique, il convient de parler des principes qui sont le fondement de notre doctrine.

*Les Etats et les nations doivent coexister harmoniquement et juridiquement dans la grande société.*

Quoique les États qui, selon nous, devraient être les nations politiquement constituées, soient autonomes et indépendants, ils ne peuvent vivre isolés, parce qu'aucun ne peut se suffire à soi-même. La loi de la division du travail est vraie, soit qu'elle s'applique aux individus, soit qu'elle s'applique aux peuples. Chacun d'eux a une tâche spéciale, selon les différentes conditions géographiques, ethnographiques et morales qui déterminent sa vocation et sa vie; et pour pourvoir à son

<sup>1</sup> Le traité de *Droit international privé*, publié à Florence en 1869, contient les leçons, que j'ai professées à Pise en 1867, 1868 et 1869. Ces leçons étaient dans les mains de tous les étudiants qui suivaient mon cours.

amélioration civile, il est obligé d'entrer en relations avec les autres. Le besoin de l'association et la loi de la division du travail unissent entre eux les peuples et sont les fondements du commerce international. Nous considérons donc l'humanité comme un organisme dont les peuples sont les éléments, sa vie comme un développement continu de la loi de sociabilité et un rapprochement des forces individuelles et collectives. Tout cela bien étudié prouve la nécessité de la coexistence harmonique et juridique des nations.

*Chaque Etat a le droit de se garder et de se conserver.*

En effet, chaque nation peut s'organiser politiquement de la façon la plus conforme aux besoins des associés et au degré de civilisation, et déterminer les conditions extérieures nécessaires à sa conservation. La souveraineté exerce, par conséquent, ses droits et sa juridiction dans toute l'étendue du territoire, dans les limites et la forme déterminées par la loi constitutionnelle du pays; elle assure le développement régulier des libertés individuelles et en modère les abus; elle pourvoit aux intérêts économiques, administratifs et militaires; elle protège les droits de ceux qui vivent dans le territoire; elle garantit la propriété et en conserve l'organisation. La souveraineté a, par conséquent le droit exclusif de faire les lois nécessaires pour garder et conserver l'organisme politique et défendre les intérêts des particuliers.

*Les lois d'un État ne peuvent s'appliquer qu'aux sujets pour lesquels elles ont été spécialement faites.*

La législation de chaque État est, en effet, l'ensemble des maximes formulées et promulguées par la souveraineté afin de conserver et de garder l'organisme politique et pour servir de règle constante à l'exercice des pouvoirs sociaux et des libertés individuelles. La source vraie et essentielle, de quelque législation que ce soit, est dans la justice im-

muable et dans les rapports nécessaires des choses ; pourtant, en la considérant dans son origine apparente et sensible d'après les organes représentatifs de la souveraineté, elle varie selon les temps et selon les lieux. La nation, pour nous, est une agglomération de gens qui parlent la même langue, qui habitent la même contrée, qui ont les mêmes inclinations et les mêmes tendances d'affinités. Les mêmes conditions de race, de climat, de position géographique et ethnographique, d'aptitudes physiques et morales, et de tous les éléments qui constituent historiquement la vie d'un peuple, non seulement agissent sur la formation de cet organisme, mais exercent encore une influence très grande sur le développement de la vie intime de chaque nation. C'est pour cela que chaque législation positive porte l'empreinte des usages, des traditions, de la civilisation du peuple ; et puisqu'elle est fondée sur les rapports naturels des personnes et des choses, on ne peut équitablement l'appliquer qu'à ceux qui appartiennent au même corps politique.

Sous ce rapport, le système de Montesquieu mérite toute considération. En effet, il disait que les lois, dans la signification la plus large du mot, sont les rapports qui dérivent de la nature des choses. En recherchant l'origine et la raison d'être des lois, en examinant les institutions civiles et politiques en rapport avec les différentes causes qui les produisent et les modifient, Montesquieu a compris que les lois ne sont pas une émanation arbitraire, mais une expression des rapports essentiels qui existent entre les hommes et les choses ; et, en reconnaissant parmi les différentes choses qui concourent à leur formation le climat, le territoire, la religion et les coutumes, il donna une importance telle aux circonstances extérieures dans l'organisation de la société, qu'il est allé jusqu'à mettre la société sous le joug de la nature. Ses disciples ont exagéré encore sa théorie, et sont arrivés à considérer la politique et toutes les sciences sociales comme autant de chapitres de la physiologie humaine. Nous n'acceptons pas une semblable doctrine interprétée



avec tant d'exagération ; mais nous ne saurions expliquer le développement historique et progressif du droit sans la théorie de Montesquieu. Selon nous, les lois de chaque État portent l'empreinte de ses usages et de ses traditions, et ne peuvent s'appliquer aux sujets d'un autre État.

*Chaque souveraineté peut exercer ses droits au-delà des limites de son propre territoire, pourvu qu'elle ne blesse pas les droits des autres souverains.*

De la même manière que, dans la société civile, l'exercice de la liberté individuelle ne peut être limité que dans les cas où elle blesse les droits des autres individus avec lesquels on coexiste, ou les droits généraux de la masse au milieu de laquelle on vit ; de même les droits de chaque nation, comme pouvoir souverain, ne peuvent être limités que dans le cas où ils offensent les droits des autres souverainetés. Pour nous, la situation de l'individu dans la société est identique à celle des nations dans l'humanité. La société n'est pas un mécanisme, mais un organisme. L'individu ne perd pas sa personnalité comme une goutte d'eau qui se fond dans l'Océan ; il n'est pas un moyen, mais un membre vivant de sa vie propre, avec des droits qui lui sont transmis par la nature même, et avec la liberté d'agir tant qu'il ne blesse pas les droits d'autrui. Le pouvoir du législateur trouve, par conséquent, une limite dans le développement inoffensif de la liberté de l'individu, et la loi doit harmoniser les droits individuels des associés avec les intérêts généraux de l'universalité. De cela résulte l'économie d'un État bien ordonné.

En considérant de la même façon les rapports des nations dans l'humanité, nous observons que chacune d'elles a son autonomie absolue et sa juridiction absolue dans les limites de son propre territoire ; mais elle ne doit pas empêcher les droits des autres, du moment que ses droits et ses intérêts propres ne se trouvent pas lésés. Comme le pouvoir du

législateur est limité par le droit de la nature, de même l'autonomie absolue de chaque souverain à l'intérieur est modifiée par les principes du droit international primitif, parce que les intérêts de chaque État doivent être harmonisés avec les intérêts généraux de l'humanité. Il est bien vrai qu'en droit strict, les lois de chaque souverain n'ont force et autorité que dans les limites de ses domaines : « *Nullum statutum sive in rem sive in personam, si de ratione juris civilis sermo instituat, sese extendit ultra statuentis territorium.* » Mais il est vrai aussi, selon les principes du droit primitif, que l'application des lois ne doit pas être empêchée, même au-delà des limites du territoire de chaque État, lorsqu'il ne s'en suit aucune offense aux droits et aux intérêts du souverain territorial. Nous concluons donc qu'aucun souverain ne devrait empêcher l'exercice inoffensif des droits de souveraineté des autres.

*L'exercice des droits de souveraineté cesse d'être inoffensif, lorsqu'il blesse les principes d'ordre public, ou l'intérêt économique, politique, moral, religieux, d'un autre État.*

Dans toutes les législations, nous pouvons distinguer deux parties : l'une qui pose les bases fondamentales de l'organisme politique, pourvoit à sa conservation et établit les rapports entre l'individu et l'État; l'autre, qui détermine les droits et les devoirs des personnes dans leurs rapports mutuels. La première forme le droit public de l'État, la seconde le droit privé. Ces deux parties sont intimement liées et inséparables, mais pourtant bien distinctes. La première comprend cette partie préliminaire de la législation qu'on nomme loi fondamentale ou constitution, et toutes les dispositions établies pour défendre la personnalité morale de l'État, *uti universitas*; la seconde protège les droits des individus, *uti singuli*, dans leurs rapports réciproques.

La conservation d'un Droit public est d'un très grand in-

térêt. C'est le dépôt des actes les plus solennels de la vie politique de chaque peuple, et il révèle ses coutumes, ses traditions, l'empreinte de sa vie politique et sociale. Aucun souverain étranger ne peut attenter, si légèrement que ce soit, au Droit public d'un autre État, parce que l'exercice des droits de souveraineté, dans ce cas, deviendrait véritablement nuisible aux intérêts généraux de cet État. Par conséquent, toutes les personnes, que ce soient des sujets, ou des naturalisés, ou des étrangers, toutes les choses existantes dans le territoire, quel que soit le propriétaire auquel elles appartiennent, et toutes les actions de quelque nature qu'elles soient, ou en vertu de quelque droit qu'elles s'exercent, sont soumises aux principes établis pour conserver l'ordre public et l'intérêt économique, politique, moral, religieux, qui servent de base à cette association particulière.

*La magistrature seule, dans les cas controversés, est compétente pour juger si une loi étrangère peut être réputée contraire aux principes d'ordre public de l'État.*

Vouloir énumérer d'une manière précise toutes les dispositions d'une législation qui appartiennent au Droit public et celles qui appartiennent au Droit privé, est une chose presque impossible dans la pratique. C'est la question de toute la science du Droit, et elle ne peut être développée que successivement. Il ne faut pourtant pas en conclure que cette grande et importante division du Droit n'ait pas une base scientifique et une grande importance pratique. Les lois ont pour but de régler et de diriger tous les intérêts et les relations sociales, et puisque les intérêts et les relations sont de différentes natures et de différents ordres, il doit y avoir plusieurs ordres et plusieurs natures de lois.

La distinction entre les lois établies pour conserver l'organisme politique et classer les pouvoirs publics, — *quod ad statum reipublicæ spectat*, — et celles établies pour protéger

les intérêts des particuliers dans leurs rapports mutuels, — *quod ad singulorum utilitatem pertinet*, — n'est pas une différence de mots, mais une distinction essentiellement fondamentale reconnue par les *jurisconsultes* de toutes les nations.

Il est vrai qu'on a abusé des mots Droit public et Droit privé, en les employant dans un sens très indéterminé ; mais on n'a pas le droit de conclure pour cela que ces expressions n'ont pas une signification technique et spéciale. Nous pensons qu'au Droit public appartiennent non-seulement toutes les lois constitutionnelles, mais aussi toutes les dispositions contenues dans les autres parties de la législation qui sont d'intérêt général et établies pour la conservation de l'État. De ces dispositions, quelques-unes pourvoient à sauvegarder les mœurs, la moralité publique, les intérêts économiques de la société et le régime territorial de la propriété ; d'autres sont dictées par des motifs d'humanité ; d'autres protègent les intérêts moraux et religieux. Il nous serait impossible d'énumérer toutes les dispositions qui appartiennent au Droit public dans le sens que nous avons attribué à ce mot, soit parce que les principes de Droit public sont différents, selon que diffèrent les principes politiques, économiques, moraux et religieux, qui forment la base de l'organisme des divers États, soit parce que ce serait une œuvre vaine et insuffisante que de vouloir établir des *criterium* généraux pour distinguer dans chaque législation les dispositions d'ordre public et d'ordre privé, comme on a essayé de le faire en divisant, par exemple, les lois en prohibitives et en impératives. Nous pensons que c'est là le champ le plus vaste et souvent le plus difficile dans lequel se manifeste l'esprit de recherche des *jurisconsultes* et des magistrats. Pour nous, il nous suffit de noter que la base de la distinction une fois admise, la principale différence, quant aux résultats, consiste en ce qu'aucune renonciation ou dérogation ne peut être faite au Droit public, tandis que les particuliers peuvent déroger au pur Droit privé. Le souverain qui doit conserver l'organisme politique de l'État et protéger les intérêts géné-



raux de la société, ne peut pas permettre qu'on applique dans le territoire où il commande une loi étrangère, lorsqu'elle offense une disposition de Droit public. Dans le fait, lorsqu'il y a doute, si une disposition qui semble appartenir au Droit privé intéresse l'ordre général de la société, il appartient à la magistrature de chaque État de mettre en œuvre son esprit de recherche pour résoudre le doute.

FIN DU DEUXIÈME VOLUME.

# TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

## DU DEUXIÈME VOLUME

### LIVRE DEUXIÈME

#### Droits qui dérivent des rapports de famille,

|  | Pages |
|--|-------|
| 509. Généralités. — 510. Ordre des matières..... | 1     |

#### CHAPITRE PREMIER

##### CONDITIONS REQUISES POUR LA CÉLÉBRATION JURIDIQUE DU MARIAGE.

|   |   |
|---|---|
| 511. Des conditions requises pour la célébration du mariage d'après la loi qui doit les régir. — 512. De la promesse de mariage. — 513. Objet de notre étude..... | 4 |
|---|---|

##### § I. — *De la capacité des parties.*

|   |   |
|---|---|
| 514. De la capacité pour contracter le mariage. — 515. Principes qui ont prévalu en Angleterre et en Amérique relativement à la loi qui doit régir cette capacité. — 516. Notre opinion. — 517. La capacité pour la femme de se remarier doit être régie par la loi personnelle du mari. — 518. Application du principe en cas de divorce. — 519. En cas de veuvage. — 520. Condition juridique des protégés en Orient..... | 8 |
|---|---|

##### § II. — *Du consentement en vue du mariage et de l'officier public compétent.*

521. Le consentement en vue du mariage doit être régi par la loi personnelle. — 522. Cette loi doit régler les conséquences des vices du consentement et l'existence juridique de ces vices. — 523. Du consentement des père et mère ou d'autres personnes, et des actes respectueux requis d'après la loi. — 524. Officier public compétent pour recevoir le consentement durant l'occupation militaire ou dans les districts consulaires. — 525. Compétence des agents diplomatiques. — 526. Jurisprudence en cette matière. — 527. Doutes qui peuvent s'élever dans l'hypothèse d'un mariage célébré devant un ministre ecclésiastique. — 528. Examen des cas où le mariage religieux est substantiel d'après la

loi personnelle. — 529. Que doit-on décider lorsque la *lex loci actus* n'a pas été observée en ce qui concerne le rite religieux ? — 530. Cas de deux étrangers appartenant à la même patrie qui auraient contracté mariage devant un ministre ecclésiastique conformément à leur loi nationale dans un pays où ce ministre n'était pas compétent. — 531. Que doit-on décider, lorsqu'aux termes de la loi personnelle le mariage célébré à l'étranger devant un ministre ecclésiastique produit les effets civils ?..... 17

§ III. — *Des conditions intrinsèques du mariage.*

532. Le mariage doit remplir certaines conditions qui doivent être fixées par la loi. — 533. Principes généraux pour déterminer la loi qui doit régir ces conditions. — 534. Le délai pour se remarier doit dépendre de la loi personnelle. — 535. De cette loi doit dépendre aussi l'empêchement fondé sur la différence de condition religieuse. — 536. De l'empêchement de l'ordination et du vœu religieux. — 537. Autorité de la loi territoriale qui défend la polygamie. — 538. Empêchement fondé sur la parenté. — 539. Rapport de l'adoption. — 540. Principe général relatif à l'application de la loi territoriale..... 32

§ IV. — *Des formalités requises pour la célébration du mariage.*

541. Les formalités requises pour la célébration du mariage sous l'application de la règle, *locus regit actum*. — 542. D'après le droit américain, il n'est requis aucune solennité. — 543. Droit en vigueur en Angleterre. — 544. Certaines formalités peuvent être rendues nécessaires par la loi personnelle. — 545. De la nécessité des publications dans la patrie. — 546. Comment peut-on, dans la pratique, prévenir l'inobservation de la loi de la patrie. — 547. Mariages célébrés devant les consuls. — 548. Mariages célébrés dans l'empire ottoman..... 41

## CHAPITRE II

### PREUVE DE LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE.

549. Principe général relatif à la preuve de la célébration du mariage. — 550. La possession d'état peut-elle tenir lieu d'acte de célébration. — 551. Observations sur l'opinion de Brocher. — 552. Comment l'acte signé par un rabin peut servir de preuve de la célébration du mariage. — 553. Preuve du mariage administrée par les enfants. — 554. La loi qui admet la possession d'état en faveur des fils, qui entendent établir leur légitimité peut elle être invoquée par les étrangers..... 48

## CHAPITRE III

### OPPOSITIONS AU MARIAGE ET ACTIONS EN NULLITÉ ET EN ANNULATION DU MARIAGE.

555. Le droit d'opposition au mariage doit être régi par le statut personnel. — 556. Quand doit-on appliquer la loi territoriale.

— 557. Gravité des questions relatives à la nullité du mariage, surtout par suite de l'absence d'un droit uniforme à l'égard de la loi qui doit le régir. — 558. Propositions faites pour écarter les inconvénients résultant de cette diversité. — 559. Principes généraux pour résoudre les questions de nullité du mariage célébré à l'étranger. — 560. On doit appliquer des règles différentes au mariage juridiquement inexistant. — 561. Action en nullité fondée sur le défaut d'âge requis. — 562. Nullité fondée sur l'absence du consentement. — 563. Loi qui doit régir l'action fondée sur la fraude, sur les artifices et le dol. — 564. Autres causes qui peuvent vicier le consentement. — 565. Action fondée sur l'absence du consentement des personnes autres que les époux appelés à le donner. — 566. Observations sur la jurisprudence française relative à l'absence du consentement des ascendants ou à l'absence des actes respectueux. — 567. De la clandestinité volontaire en cas de mariage célébré à l'étranger. — 568. Conséquences de l'absence du consentement des ascendants ou des autres personnes appelées à le donner. — 569. Conséquences pouvant résulter de l'omission des publications : droit français, droit italien. — 570. Règle générale en cette matière. — 571. De la transcription du mariage célébré à l'étranger. — 572. Nullité pour inobservation des formalités requises. — 573. Examen de la question de savoir si le mariage célébré suivant le rite religieux et irrégulier d'après le droit canon, au point de vue de la forme, doit être réputé tel d'après le droit civil. — 574. Action en nullité fondée sur l'absence de capacité. — 575. De l'empêchement pour différence de religion. — 576. La loi qui défend le mariage entre personnes de couleur différente ne peut avoir aucune autorité extraterritoriale. — 577. Il doit en être de même de celle qui défend le mariage entre personnes appartenant à des classes différentes. — 578. De l'empêchement fondé sur l'ordination et les vœux religieux. — 579. Examen du cas dans lequel la loi personnelle relative à l'empêchement à raison de l'ordination peut n'avoir aucune autorité extraterritoriale. — 580. Action en nullité à raison de l'impuissance. — 581. Action en nullité résultant de la loi territoriale. — 582. Existence d'un mariage précédent. — 583. Questions relatives au mariage *polygamique*. — 584. Comment doit être établie l'existence d'un mariage précédent. — 585. Du mariage entre époux catholiques annulé par le tribunal ecclésiastique. — 586. Du droit d'attaquer le mariage contracté par le conjoint d'un absent : principe de droit positif. — 587. Loi qui doit régir la nullité du second mariage contracté par le conjoint d'un absent. — 588. De la charge de la preuve du mariage précédent. — 589. De l'action en nullité fondée sur l'existence de la parenté naturelle ou de l'alliance. — 590. Empêchement résultant des rapports d'adoption. — 591. La nullité à raison de l'*impedimentum criminis* doit être régie par la loi territoriale. — 592. Principes généraux relatifs à l'exercice de l'action en nullité.....

55

## CHAPITRE IV

## DES EFFETS CIVILS DU MARIAGE ET DE LA LOI QUI DOIT LES RÉGLER.

593. Effets civils qui dérivent du mariage. — 594. Division de la matière.....

97



§ I. — *De la puissance maritale.*

595. Conception différente de l'autorité maritale d'après les diverses législations. — 596. Conséquences qui en résultent en ce qui concerne la subordination de la femme au mari. — 597. Loi qui doit régir la puissance maritale. — 598. Mesures d'exécution personnelle contre la femme. — 599. Autorité de la loi territoriale.

99

§ II. — *De la condition juridique de la femme mariée et de l'assistance réciproque des époux.*

600. Condition civile de la femme mariée. — 601. De l'obligation réciproque d'assistance des époux. — 602. De la capacité juridique de la femme. — 603. Action en nullité de la part d'une femme mariée. — 604. La nécessité de l'autorisation maritale doit être régie par le statut personnel. — 605. Loi qui doit régler la capacité de la femme mariée en cas de changement du domicile conjugal ou de la qualité de citoyen. — 606. Condition de la femme légalement séparée. — 607. Condition de la veuve.....

106

§ III. — *Des droits et des devoirs des conjoints à l'égard de leurs enfants. Puissance paternelle.*

608. Droits et devoirs des époux envers leurs enfants. — 609. L'instruction obligatoire doit dépendre du statut personnel. — 610. Il en est de même de l'instruction des enfants. — 611. De la puissance paternelle dans le droit ancien et dans le droit moderne. — 612. Les droits attribués au père diffèrent dans les divers systèmes. — 613. Prépondérance du statut personnel. — 614. Conflit entre la loi personnelle du père et celle du fils: opinion de Merlin. — 615. Notre opinion sur la loi qui doit régir la puissance paternelle. — 616. Droit des parents à l'égard de l'éducation religieuse de leurs enfants. — 617. Doctrine des juristes sur la loi qui doit régler les effets de la puissance paternelle à l'égard des biens. — 618. Notre opinion. — 619. Du droit d'usufruit légal en cas de changement de qualité de citoyen du père. — 620. Comment doit être réglée l'administration des biens de l'enfant en cas d'abus.....

116

§ IV. — *De l'obligation de fournir des aliments.*

621. Dispositions de droit positif relatives à l'obligation de fournir les aliments. — 622. Etendue et nature de l'obligation alimentaire. — 623. On ne peut lui appliquer ni le statut personnel, ni le statut réel dans tous les cas. — 624. A quel point de vue la loi relative aux aliments peut avoir un caractère de statut réel. — 625. A quel point de vue doit-on admettre l'autorité du statut personnel. — 626. Comment doit-on appliquer la loi territoriale ou la loi personnelle dans l'instance relative à la demande d'aliments. — 627. Cas où le demandeur et le défendeur sont citoyens d'Etats différents, et où la loi de ces deux Etats sur l'obligation de fournir des aliments n'est pas uniforme. — 628. Application des principes dans l'hypothèse où un membre de la famille s'est fait naturaliser à l'étranger. — 629. Résumé de la théorie.....

134

§ V.—*Effets du mariage à l'égard du régime légal des biens des époux.*

630. Systèmes divers admis relativement au régime légal des biens des époux. — 631. Système qui a prévalu en Italie. — 632. Doctrine des juristes à l'égard de la loi qui doit régler le régime légal des biens. — 633. On doit admettre l'opinion qui reconnaît l'autorité du statut personnel. — 634. Théorie de Laurent. — 635. Doctrine consacrée par la jurisprudence française. — 636. Notre opinion. — 637. Observations sur la doctrine contraire de Laurent. — 638. Application des principes à un mariage célébré par un italien en France ou par un français en Italie..... 145

§ VI. — *Effets civils du mariage putatif.*

639. Conception du mariage putatif d'après le droit positif. — 640. Les effets de ce mariage doivent être régis en principe par le statut personnel. — 641. Cas dans lesquels on peut admettre l'application de la loi territoriale. — 642. L'union célébrée devant une personne dépourvue de toute qualité pour assister au mariage ne peut pas être regardée comme un mariage putatif. — 643. Le mariage célébré de bonne foi avec quelqu'un qui était réputé citoyen d'un Etat peut justifier l'application de la loi de cet Etat relative au mariage putatif. — 644. La loi territoriale relative aux effets du mariage putatif peut être invoquée par un individu qui veut faire produire un effet donné à un mariage nul. — 645. Application de la règle concernant l'efficacité du statut personnel..... 160

## CHAPITRE V

## DE LA SÉPARATION DE CORPS.

646. Conception de la séparation de corps. — 647. Divergence des lois des différents Etats à cet égard. — 648. Questions qui peuvent naître quand l'instance est introduite par des conjoints étrangers. — 649. Un étranger peut demander la séparation de corps. — 650. Prépondérance du statut personnel. — 651. Question de la compétence du tribunal : systèmes différents. — 652. Notre opinion. — 653. Le tribunal saisi de la demande peut toujours prononcer la séparation de fait. — 654. Conséquences ultérieures de la séparation déjà prononcée par un tribunal étranger. — 655. Loi d'après laquelle l'instance en séparation doit être jugée quant au fond. — 656. La procédure doit être régie par la loi territoriale. — 657. Effets de la séparation de corps... 167

## CHAPITRE VI

## DU DIVORCE.

658. L'idée de l'indissolubilité du mariage diffère dans les divers systèmes législatifs. — 659. Lois en vigueur en Autriche. — 660. En France. — 661. En Allemagne. — 662. En Suisse. — 663.

En Danemark, en Suède, en Norvège. — 664. En Turquie. — 665. En Belgique. — 666. En Angleterre. — 667. Aux Etats-Unis d'Amérique. — 668. Les principes relatifs à la compétence du tribunal différent aussi. — 669. Résumé des divers systèmes relatifs à la compétence. — 670. Inconvénients qui en résultent; mesures proposées pour y remédier. — 671. Observations sur le fondement de la compétence. — 672. Discussions sur la loi, d'après laquelle la demande en divorce doit être jugée au fond. — 673. La loi sur le divorce fait partie des lois d'ordre public. — 674. Le droit de divorcer ne peut être considéré comme un droit privé personnel. — 675. Il ne nous paraît pas exact d'attribuer à la loi sur le divorce le caractère de loi de police et de loi pénale. — 676. Le divorce doit être considéré comme étant en rapport direct avec le droit de famille et doit être régi par les mêmes principes que les rapports de famille. — 677. En Allemagne prévaut la théorie, d'après laquelle on admet la prépondérance de la *lex fori*. — 678. En France, on avait attribué à la loi sur le divorce le caractère de statut réel. — 679. En Grande-Bretagne, on a admis une doctrine qui manque d'uniformité. — 680. La jurisprudence des tribunaux écossais est conforme au système, d'après lequel le divorce a le caractère de statut réel. — 681. En Angleterre, la jurisprudence la plus récente lui reconnaît le caractère de statut personnel et admet la prépondérance de la loi du domicile conjugal. — 682. Théorie admise par les tribunaux américains. — 683. L'existence et la dissolution du lien conjugal doit dépendre du statut personnel. — 684. A quel point de vue doit-on admettre la prépondérance de la loi territoriale. — 685. Résumé de notre doctrine. — 686. Observations critiques sur l'arrêt de la cour de Bruxelles du 14 mai 1831. — 687. Les principes établis par la jurisprudence des tribunaux ne font pas partie du statut personnel. — 688. Un étranger peut-il invoquer son propre statut personnel pour divorcer dans un pays où le divorce est défendu par la loi. — 689. Comment l'instance en divorce peut porter atteinte à l'ordre public. — 690. Les conventions des parties pour modifier la loi sur le divorce doivent être réputées sans effet. — 691. Instance en divorce introduite par un naturalisé et fondée sur des faits antérieurs à la naturalisation. — 692. Difficulté en cas de naturalisation du mari, dans l'hypothèse où la femme ayant conservé sa qualité de citoyen première, le divorce ne peut avoir lieu d'après sa loi personnelle à elle. — 693. Quand la naturalisation peut-elle être attaquée comme frauduleuse et doit-on réputer sans effet dans la patrie le divorce d'un individu naturalisé à l'étranger. — 694. Loi qui doit régler la procédure et la preuve des faits. — 695. Effets du jugement du divorce. — 696. Discussion relative au nouveau mariage de l'époux divorcé. — 697. Notre opinion que l'individu divorcé peut se marier est admissible même en droit italien. — 698. Cas dans lesquels l'ordre public peut être considéré comme atteint, si on accorde au divorcé le droit de se remarier. — 699. Restrictions d'après la loi personnelle et d'après la loi territoriale à l'égard du mariage du divorcé. — 700. Décision de la congrégation de la sainte inquisition relative aux effets du divorce.....



## CHAPITRE VII

## DE LA PATERNITÉ ET DE LA FILIATION.

701. Notions générales, divisions des matières..... 232

§ I. — *Filiation légitime.*

702. La légitimité doit dépendre de la même loi que le mariage et les rapports de famille. — 703. L'action en réclamation ou contestation d'état doit être régie par le statut personnel. — 704. Difficulté dans l'hypothèse où le père et l'enfant appartiennent à deux Etats différents. — 705. La contestation ou la réclamation d'état doivent-elles constituer un droit personnel du père ou de l'enfant, et dans le cas où ils sont citoyens de deux Etats différents, doit-on préférer le statut personnel de l'un ou de l'autre ? — 706. De la loi, d'après laquelle on doit juger l'instance pour établir la maternité, quand la femme appartient à un pays différent de celui dont le mari est citoyen. — 707. Examen de la question dans l'hypothèse, où le changement de qualité de citoyen a eu lieu dans une période intermédiaire entre la conception et la naissance. — 708. De la présomption de légitimité dans l'hypothèse de nationalité acquise après la célébration du mariage, mais avant la naissance de l'enfant. — 709. Examen de la question dans le cas où le changement de nationalité s'est produit avant la naturalisation. — 710. De la loi qui doit régir les moyens de preuve de nature à établir la légitimité. — 711. Le citoyen né à l'étranger ne peut pas se prévaloir de la loi étrangère pour établir d'après elle sa légitimité. — 712. La preuve de la légitimité d'un étranger doit être régie par son statut personnel. — 713. Il faut réserver le cas où l'administration de la preuve porterait atteinte à l'ordre public. — 714. La preuve de l'impuissance peut-elle être admise en conformité du statut personnel ? — 715. Désaveu pour cause d'adultère. — 716. De la légitimité établie par l'acte de naissance et par la possession d'état. — 717. L'étranger peut-il se prévaloir en France de la disposition de l'article 322 du Code civil ? — 718. La possession d'état peut être régie par la loi territoriale quand elle s'est réalisée sur le territoire. — 719. De l'autorité du statut personnel à l'égard de la possession d'état..... 233

§ II. — *Des enfants nés hors du mariage.*

720. De la condition juridique de l'enfant naturel d'après les lois des différents Etats. — 721. Les systèmes législatifs concernant les modes légaux de constater la paternité ou la maternité naturelles sont différents. — 722. Les dispositions relatives aux enfants qui peuvent être reconnus et aux droits qui leur sont attribués diffèrent aussi. — 723. Comment sont inévitables les conflits de lois et comment doit être établi le principe pour les résoudre. — 724. La capacité pour faire valablement l'acte de reconnaissance doit dépendre du statut personnel du père. — 725. Comment doit-on déterminer la capacité pour l'enfant d'être



reconnu. — 726. Son droit d'attaquer la reconnaissance doit être régi par sa loi personnelle. — 727. La reconnaissance d'un enfant naturel adultérin par un père étranger, d'après sa loi personnelle qui l'autorise, peut-elle être valable en France? — 728. Un étranger ne peut pas reconnaître son enfant adultérin dans l'acte de naissance dressé en France ou en Italie. — 729. La reconnaissance de l'enfant naturel faite à l'étranger dans un même acte par un étranger marié et par une femme française ou italienne non mariée peut-il être valable en France ou en Italie à l'égard de la mère de cet enfant? — 730. Un italien peut-il, à la suite d'un serment qui lui a été déféré à l'étranger pour établir la paternité, être tenu de donner des aliments à son enfant adultérin? — 731. De la filiation naturelle établie par sentence judiciaire. — 732. Loi qui doit régir le droit de faire la preuve de la paternité. — 733. L'admissibilité de l'action doit être régie par le statut personnel de l'étranger. — 734. Examen critique de la jurisprudence contraire. — 735. Un individu inscrit sur les registres de l'état civil comme français ou comme italien ne peut pas être admis en France ou en Italie à faire la preuve de la paternité de son auteur étranger. — 736. Un individu naturalisé français ou italien ne peut pas rechercher en France ou en Italie la paternité de son auteur étranger. — 737. *Quid juris* s'il faisait cette recherche dans la patrie de son auteur. — 738. La sentence judiciaire étrangère qui déclare la paternité naturelle peut-elle produire certains effets dans la patrie de celui qui a été déclaré le père de l'enfant? — 739. Cas d'un français dont la paternité naturelle a été déclarée en Autriche par un jugement d'un tribunal autrichien. — 740. On peut toujours invoquer sa propre loi personnelle pour établir que le statut civil de filiation ne peut être établi qu'en conformité de cette loi. — 741. Résumé de notre théorie. — 742. Comment les principes exposés doivent-ils être appliqués à l'égard de la recherche de la maternité. — 743. La possession d'état peut-elle servir de base à la filiation naturelle. — 744. Cas exceptionnel où la possession d'état judiciairement établie peut équivaloir à un aveu judiciaire à l'égard du père naturel. — 745. Formes de la reconnaissance. — 746. Effets de la reconnaissance valide. — 747. Du changement de qualité de citoyen postérieur à la reconnaissance.....

253

### § III. — De la légitimation des enfants naturels.

748. Légitimation de l'enfant naturel d'après les lois positives. — 749. Incertitudes sur la loi régulatrice de la légitimation : doctrine des auteurs. — 750. Notre opinion. — 751. Jurisprudence conforme. — 752. La légitimation par mariage subséquent doit être régie exclusivement par le statut personnel du père. — 753. Il faut se reporter à ce même statut pour décider sur la validité de la reconnaissance. — 754. Effets résultant du changement de qualité de citoyen à l'égard de la loi régulatrice de la légitimation. — 755. De la loi qui doit régir les effets juridiques de la légitimation. — 756. De la légitimation par rescrit royal et de ses effets extraterritoriaux.....

291

## CHAPITRE VIII

## DE L'ADOPTION.

757. Caractères de l'adoption dans les temps modernes. — 758. De la capacité quant à l'adoption. — 759. L'étranger peut-il adopter et être adopté. — 760. Des conditions intrinsèques requises pour l'adoption. — 761. Adoption de l'enfant naturel d'un étranger. — 762. Effets de l'adoption. — 763. Question de savoir si l'adoptant acquiert la qualité de citoyen du pays de l'adopté. 305

## LIVRE TROISIÈME

## Des droits qui ont les choses pour objet.

764. Conception générale du présent livre..... 315

## CHAPITRE PREMIER

## DE LA CONDITION JURIDIQUE DES CHOSSES.

765. Importance de la détermination des choses mobilières et des choses immobilières. — 766. La qualification des choses doit dépendre de la *lex rei sitæ*. — 767. Diversité des lois relatives aux immeubles par destination. — 768. Il est intéressant d'établir si on doit admettre l'autorité du statut personnel pour décider si les choses mobilières doivent ou non être considérées comme immobilisées. — 769. Exclusion de l'autorité de ce statut à ce point de vue. — 770. Application de la théorie. — 771. L'autorité de la loi territoriale à l'égard de la qualification des choses doit être absolue. — 772. Citoyens de la même patrie qui contractent à l'étranger relativement à leurs choses mobilières qui y sont hors du commerce..... 317

## CHAPITRE II

## DE LA LOI QUI DOIT RÉGIR LA POSSESSION ET LE DROIT DE RÉTENTION.

773. Conception de la possession. — 774. Loi qui régit les actions possessoires. — 775. Les mêmes principes sont applicables aux meubles et aux immeubles. — 776. La règle qu'en fait de meubles la possession vaut titre doit être appliquée même entre étrangers. — 777. L'introduction à l'étranger d'une instance au pétitoire ne fait pas obstacle à l'exercice de l'action possessoire. — 778. Conception du droit de rétention. — 779. Comment ce droit a été défini et réglé par les lois des différents Etats. — 780. La rétention d'un immeuble doit être régie par la *lex rei sitæ*. — 781. Controverse à l'égard des meubles. — 782. Caractères du droit de rétention et règle générale pour déterminer la loi dont il doit dépendre. — 783. Application de notre théorie : observa-

tions sur la doctrine de Laurent. — 784. Réten-tion de la chose donnée en gage. — 785. Réten-tion en cas d'accession mobilière. — 786. Réten-tion de la chose dérobée ou perdue et acquise par le possesseur. — 787. Controverse relative aux titres français au porteur dérobés ou perdus et achetés à la Bourse. — 788. Résumé de notre théorie..... 325

### CHAPITRE III

#### DE LA PROPRIÉTÉ.

789. Loi qui doit régir la propriété. — 790. Droits de la souveraineté territoriale. — 791. La propriété foncière a des rapports avec le principe politique et le droit social. — 792. Idées qui ont prévalu dans les différents systèmes législatifs. — 793. D'après le droit positif, les étrangers peuvent être exclus en tout ou partie de la jouissance de la propriété. — 794. En l'absence d'une loi spéciale, les étrangers doivent être assimilés aux citoyens. — 795. Application du principe à la propriété des mines. — 796. Il en est de même de la propriété littéraire et industrielle. — 797. Application de la théorie aux modes d'acquisition de la propriété..... 343

#### A) De l'occupation.

798. L'occupation comme mode d'acquisition de la propriété doit être régie par la *lex rei sitæ*. — 799. Les lois positives disposent diversement au sujet de l'acquisition du trésor. — 800. Détermination de la loi applicable..... 351

#### B) De l'accession.

801. De la loi qui doit régler l'accession à l'égard des choses immobilières. — 802. De l'accession qui s'est produite entre des immeubles situés sur le territoire d'Etats différents. — 803. Loi qui doit régir en cette hypothèse le droit de prévenir ou de provoquer l'alluvion. — 804. Loi qui doit régir l'alluvion déjà formée. — 805. Droit d'accession à l'égard des choses mobilières..... 354

#### C) De la prescription acquisitive ou usucapion.

806. Fondement de l'usucapion. — 807. Les étrangers peuvent s'en prévaloir. — 808. Diversité des lois réglant cette matière. — 809. La prescription des immeubles doit être régie par la *lex rei sitæ*. — 810. Hypothèse où la souveraineté de l'Etat vient à être changée. — 811. Les règles de droit transitoire ne peuvent pas servir à résoudre une telle controverse. — 812. Difficulté relative à la loi qui doit régler la possession qui a commencé à exister. — 813. Comment on doit, d'après nous, résoudre cette question. — 814. Notre théorie a pour elle l'autorité de la jurisprudence. — 815. Les lois règlent d'une façon différente la prescription acquisitive des choses mobilières. — 816. Les dispositions relatives au droit de revendiquer les choses mobilières et les ti-



tres au porteur sont également diverses. — 817. Opinions différentes des auteurs sur la loi régulatrice de la prescription. — 818. Observations critiques et notre théorie. — 819. Comment doit-on entendre la règle qu'en fait de meubles possession vaut titre..... 359

## CHAPITRE IV

## DES DROITS COMPRIS DANS CELUI DE PROPRIÉTÉ ET DE LA LOI QUI DOIT EN RÉGLER LA JOUISSANCE ET L'EXERCICE.

820. Le droit de propriété peut être limité. — 821. Il ne peut pas être, à tout point de vue, soumis à la *lex rei sitæ*. — 822. Principes généraux relatifs à l'autorité de la loi. — 823. Application de ces principes dans le système du droit féodal et dans celui du droit moderne. — 824. Restrictions fondées sur le droit social. — 825. Restrictions fondées sur le statut personnel. — 826. De la loi qui doit régler la capacité de la femme pour consentir au partage des biens héréditaires situés à l'étranger. — 827. Comment la *lex rei sitæ* peut limiter le droit du propriétaire. — 828. Restrictions fondées sur l'autonomie du propriétaire. — 829. De la loi qui doit régir la transmission de la propriété. — 830. Conditions requises pour la validité de cette transmission. — 831. Conflit entre le statut personnel et le statut réel à l'égard des meubles. — 832. De la tradition. — 833. De la possession réelle et effective des choses mobilières. — 834. Cas dans lesquels le statut personnel peut être applicable. — 835. Cela ne peut pas rendre la tradition nécessaire entre les citoyens de la même patrie, si les choses se trouvent à l'étranger. — 836. Les lois régissent diversement le transfert de la propriété des créances. — 837. Conflits qui peuvent résulter de cette diversité des lois. — 838. Notre opinion. — 839. Exemples, pour mettre en lumière notre opinion. — 840. De la transcription et des autres systèmes de publicité. — 841. Difficultés relatives au transfert des navires. — 842. Théorie établie par les tribunaux français. — 843. Critique de cette théorie, et notre opinion. — 844. De l'action en revendication. — 845. De l'action publicienne. — 846. De l'action négatoire. — 847. De la revendication des choses mobilières. — 848. Comment en certains cas cette action peut être régie par la *lex loci contractus*. — 849. Les droits acquis par les tiers sous l'empire de la *lex rei sitæ* doivent être régis par cette loi, même à l'égard des meubles..... 375

## CHAPITRE V

## DES SERVITUDES.

850. Idée générale des servitudes. — 851. La servitude est toujours un droit réel qui appartient à une personne sur la chose d'autrui. — 852. Servitudes personnelles et prédiales. — 853. Principes généraux relatifs à la loi régulatrice des servitudes prédiales. — 854. De l'usufruit. — 855. L'usufruit légal peut résulter de la loi étrangère. — 856. Comment les droits et les obligations ré-



sultant de l'usufruit doivent être régis. — 857. Usufruit constitué en faveur d'un étranger sur un immeuble appartenant à un citoyen. — 858. Cas dans lesquels la loi territoriale doit avoir une autorité absolue. — 859. Droits d'usage et d'habitation. — 860. Loi qui doit régler l'étendue de ces droits. — 861. Controverse relative à la validité de l'aliénation ou de la cession de l'usage. — 862. Principes généraux relatifs à la loi régulatrice des servitudes prédales. — 863. Les servitudes légales établies pour l'utilité des particuliers doivent dépendre de la *lex rei sitæ*. — 864. Application à la servitude de passage. — 865. Autorité de la *lex rei sitæ*. — 866. Principes généraux relatifs aux servitudes établies par le fait de l'homme : limite de l'autonomie des particuliers. — 867. Controverse relative aux servitudes par destination du père de famille. — 868. Détermination de la loi qui doit régler cette servitude.....

416

## CHAPITRE VI

## DE L'EMPHYTÉOSE ET DU DROIT DE SUPERFICIE.

869. Idée générale de la loi qui doit régir l'emphytéose. — 870. L'admissibilité et les caractères de cette institution doivent dépendre de la *lex rei sitæ*. — 871. Loi qui doit régir les droits du bailleur et l'emphytéote. — 872. Autorité de la loi territoriale à l'égard de l'affranchissement de l'emphytéose. — 873. Si le droit de *laudemium* peut être reconnu d'après la loi étrangère, malgré la défense de la loi territoriale. — 874. Du droit de superficie.

444

## CHAPITRE VII

## DE LA LOI QUI DOIT RÉGIR LES HYPOTHÈQUES.

875. Idée générale de l'hypothèque. — 876. On ne peut pas admettre qu'elle doive être régie en tous points par la *lex rei sitæ*. — 877. Autorité du statut personnel à l'égard de la capacité des parties et du statut réel à l'égard des biens susceptibles d'hypothèques. — 878. Du navire à ce point de vue. — 879. Des droits réels susceptibles d'hypothèques. — 880. L'hypothèque de l'usufruit légal des descendants doit dépendre du statut personnel.....

452

## § I. — De l'hypothèque conventionnelle.

881. En matière d'hypothèque conventionnelle on doit admettre l'autonomie des parties. — 882. Principe consacré par le Code civil français et observations critiques. — 883. De la loi qui doit régir l'hypothèque constituée par contrat passé à l'étranger et de l'efficacité de cette loi. — 884. Comment la forme du contrat doit être régie par la loi territoriale. — 885. On doit décider, d'après cette loi, comment l'hypothèque doit être spécifiée. — 886. Le droit de requérir l'inscription de l'hypothèque peut être basé sur le contrat passé à l'étranger. — 887. De l'hypothèque constituée au moyen du testament et de son efficacité.....

457

§ II. — *De l'hypothèque légale.*

888. Idée générale de l'hypothèque légale. — 889. Théorie des auteurs sur la loi qui doit la régir. — 890. Principes consacrés par les tribunaux français : fondement juridique de ces principes. — 891. Comment la question doit être envisagée à son véritable point de vue. — 892. Notre opinion sur le fondement de l'hypothèque légale. — 893. Cette hypothèque peut dériver de la loi étrangère. — 894. Cas de l'hypothèque légale appartenant à la femme mariée, loi qui doit la régir. — 895. Application de notre théorie dans le système du Code civil italien. — 896. Hypothèque légale au profit des incapables. — 897. Examen critique de l'opinion de Laurent à l'égard de l'hypothèque légale appartenant à un mineur belge sur les biens du tuteur situés dans les Pays-Bas. — 898. L'admission de l'autorité de la loi personnelle à l'égard du droit d'hypothèque n'implique pas une atteinte aux droits de la souveraineté territoriale. — 899. Application de ce principe dans le système consacré par le Code des Pays-Bas. — 900. De l'hypothèque légale attribuée au vendeur ou à toute autre personne qui a aliéné une chose. — 901. Application des mêmes principes aux autres cas d'hypothèque légale. — 902. Comment l'intéressé doit procéder pour obtenir l'inscription. — 903. De l'hypothèque légale attribuée à l'Etat, aux communes et aux établissements publics.....

467

§ III. — *De l'hypothèque judiciaire.*

904. De l'hypothèque judiciaire et de ses caractères. — 905. On ne peut pas lui appliquer les mêmes règles qu'à l'hypothèque légale. — 906. Elle ne peut être considérée comme un droit appartenant à la partie et déclaré par le juge. — 907. Effets de cette hypothèque en pays étranger. — 908. Importance des traités....

488

§ IV. — *De l'hypothèque maritime.*

909. L'hypothèque sur le navire est reconnue par les lois de certains pays. — 910. Elle n'est pas soumise aux mêmes règles que les autres hypothèques. — 911. Principes relatifs à la loi qui doit régir la constitution de cette hypothèque. — 912. Théorie de Laurent. — 913. Notre opinion. — 914. Principes admis par la jurisprudence. — 915. Observations critiques. — 916. L'hypothèque du navire doit, en principe, être régie par la loi qui règle la condition juridique de ce bâtiment. — 917. Pour se prévaloir des droits dérivant de la constitution d'hypothèque passée à l'étranger, le contrat doit-il être d'abord déclaré exécutoire. ? — 918. Observations sur l'arrêt de la Cour de cassation française relatif à la validité de l'hypothèque constituée sur le navire grec *Dio Adelphi*. — 919. Principes relatifs aux formalités de publicité. — 920. Application des principes dans le système consacré par la loi anglaise.....

493

## CHAPITRE VIII

## DU GAGE ET DE L'ANTICHRÈSE.

921. Idée générale du gage d'après le droit ancien et d'après le droit moderne. — 922. Idée exacte du droit de prélèvement qui résulte du gage. — 923. Loi qui doit en régir la constitution. — 924. Comment l'autonomie des parties peut-elle être limitée. — 925. Loi qui doit régir l'efficacité des droits du créancier gagiste. — 926. De la forme du contrat de gage. — 927. Loi qui doit régir l'action du créancier gagiste et l'étendue des droits de ce créancier à l'égard des tiers. — 928. Principes qui doivent régir la mise en gage des créances et des titres au porteur. — 929. Du droit d'antichrèse et comment les lois le déterminent. — 930. De la loi qui doit régir les rapports qui résultent de l'antichrèse. — 931. Forme du contrat..... 512

## CHAPITRE IX

## DES PRIVILÈGES ET DE LA SUBROGATION A L'HYPOTHÈQUE.

932. Idée du privilège. — 933. Loi qui doit le régir. — 934. Examen des divers cas de privilège et démonstration de l'autorité absolue de la loi territoriale en cette matière. — 935. Privilège du bailleur. — 936. Comment le droit de saisir les meubles garnissant la maison louée peut être basé, même à l'étranger, sur la loi du contrat. — 937. Du privilège attribué aux cohéritiers. — 938. Subrogation légale à l'hypothèque..... 528

## CHAPITRE X

## DE LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE.

939. Idée de la propriété littéraire. — 940. La protection doit-elle en être admise à l'égard des seuls citoyens. — 941. Le droit de propriété littéraire doit-il être protégé dans les pays étrangers. — 942. Doctrine des auteurs à ce sujet. — 943. Systèmes consacrés par les divers législateurs. — 944. Autorité territoriale des lois relatives à la propriété littéraire. — 945. Comment la règle de la réciprocité doit-elle être appliquée. — 946. Les photographies doivent-elles jouir de la protection légale. — 947. Solution de la question d'après les principes du droit international privé. — 948. Les mêmes principes devraient s'appliquer aux œuvres produites par des procédés aujourd'hui inconnus. — 949. Application des lois pour déterminer les caractères de la contrefaçon. — 950. Controverse relative à la contrefaçon des compositions musicales exécutées à l'aide de moyens mécaniques (*organes mécaniques*). — 951. Principes pour déterminer quand le droit d'auteur peut être reconnu à l'étranger. — 952. De la protection internationale du droit de traduction. — 953. Convention pour la protection des œuvres littéraires et artistiques conclue en 1886..... 539



## CHAPITRE XI

## DE LA PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE.

954. A quel point de vue traiterons-nous de la propriété industrielle. — 955. Autorité des lois des Etats différents. — 956. La propriété de la marque de commerce dérive de la loi civile. — 957. Il n'en est pas de même du nom commercial. — 958. Les lois des divers Etats sur les marques manquent d'uniformité. — 959. Belgique. — 960. France. — 961. Luxembourg. — 962. Danemarck. — 963. Brésil. — 964. Allemagne. — 965. Italie et autres Etats. — 966. Grande-Bretagne. — 967. Utilité d'un accord : convention internationale de 1883. — 968. La protection de la propriété ne doit pas être établie en faveur des citoyens seuls. — 969. Elle ne doit pas l'être en faveur seulement des personnes qui exercent le commerce dans l'Etat. — 970. Les repréailles ne peuvent pas être érigées en principe de droit. — 971. Conditions auxquelles doit être subordonnée la propriété internationale des marques. — 972. Formalités indispensables d'après la loi italienne. — 973. Controverse relative à l'usage illégal des marques étrangères non déposées. — 974. Théorie des tribunaux italiens et sa grande importance doctrinale. — 975. Comment la loi territoriale doit être appliquée aux marques étrangères. — 976. Les sociétés étrangères peuvent-elles invoquer la protection légale. — 977. Les habitants des colonies peuvent-ils profiter des traités conclus par leur mère patrie. — 978. Le respect du nom commercial est indépendant des traités. — 979. Droit en vigueur en France. — 980. Théorie des cours belges relative à l'usurpation du nom commercial étranger. — 981. Théorie des tribunaux italiens. — 982. Principes qui devraient régler l'usage du nom commercial étranger. — 983. Difficulté dans le cas où le nom est accompagné de signes emblématiques. — 984. Du privilège des inventeurs brevetés. — 985. On ne peut pas leur appliquer les mêmes principes qu'à la propriété industrielle. — 986. Autorité territoriale des lois en matière de brevets. — 987. Objets contrefaits à l'étranger et en transit. — 988. Objets contrefaits à l'étranger et mis en montre dans les expositions internationales. — 989. Application des traités à l'égard des prérogatives industrielles. — 990. De l'expropriation de l'invention brevetée. — 991. Examen du cas d'une cession d'invention brevetée, dont le cessionnaire n'a pas pu profiter dans l'Etat étranger..... 564

## APPENDICE

## CHAPITRE VIII

## EXTRAIT DU NOUVEAU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

Traduit de l'Italien par Pradier-Fodéré. Paris, 1868, tome premier, page 290.....



## CHAPITRE IX

DE LA LÉGISLATION DE CHAQUE ÉTAT PAR RAPPORT AUX PERSONNES,  
AUX CHOSES ET AUX OBLIGATIONS DES ÉTRANGERS.

Extrait du *Nouveau Droit international public*, traduit  
de l'Italien par Pradier-Fodéré. Paris, 1868, tome premier, page 302. 618

## CHAPITRE XII

EXTRAIT DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Traduit de l'Italien par Pradier-Fodéré. Paris, 1875, page 47... 621

