

141  
RÉPÉTITIONS ÉCRITES  
Pour la Préparation de tous les  
EXAMENS DE DROIT

1933-1934

DIPLOME D'ÉTUDES SUPÉRIEURES  
DROIT PRIVÉ

REPÉTITIONS ÉCRITES

DE

Droit International Privé

rédigées d'après le Cours et sous le contrôle

de

M. LEVY-ULLMANN

Professeur à la Faculté de Droit de Paris

141  
" LES COURS DE DROIT "

RÉPÉTITIONS ÉCRITES & ORALES  
RÉSUMES — PRÉPARATION A L'EXAMEN ÉCRIT

3, Place de la Sorbonne (au premier)

— PARIS —





1001-1077

CHURCH OF THE

1001-1077

217103 24

1001-1077

1001-1077

1001-1077

1001-1077

1001-1077

1001-1077

1001-1077

1001-1077



1881

OBJET. ESPRIT ET METHODE DU COURS.

Le titre du  
Cours et le  
L. I de la  
Codification  
du D.I.P. de  
la Havane  
(20.2.28).

Ce titre, "Le Droit Civil International", correspond au Livre Premier de la Codification de Droit International Privé adoptée le 20 Février 1928 à La Havane, par la 6ème Conférence Internationale Panaméricaine. Cette convention a réuni 21 Etats Américains, dont les Etats-Unis d'Amérique. Elle avait pour objet de réglementer les conflits de lois d'une manière uniforme, en matière civile, commerciale et pénale. A l'heure qu'il est, cette convention a été ratifiée par quinze des Etats qui avaient, en principe, adhéré à la Convention ; le dernier, l'Equateur, a adhéré au cours de cette année; il reste donc, très peu d'Etats qui n'ont pas encore ratifié la Convention, mais parmi lesquels les Etats-Unis d'Amérique.

Les leçons qui vont remplir ce semestre n'ont point le caractère d'un cours de Doctorat, s'étendant sur deux semestres, comprenant au moins quarante leçons; ce ne sont que des leçons complémentaires au cours de Licence, en nombre variable, ayant pour objet, - à titre de démonstration, pourrait-on dire, en employant le langage consacré, - de développer un point particulier intéressant dans les doctrines du **Droit International**.



Les leçons de cette année font suite à celles consacrées l'an dernier aux 8 premiers articles de la codification qui, sous l'intitulé : Titre préliminaire : "Règles générales", contenaient un certain nombre de principes fondamentaux que je rappellerai tout à l'heure en termes très brefs.

Renseignements bibliographiques. Avant d'en venir à ce qui est contenu dans le Livre Premier : Droit Civil International, je crois devoir rappeler en quelques mots, tout d'abord au point de vue bibliographique, les livres qui donnent les textes et les travaux préparatoires auxquels nous aurons toujours à nous référer, et ensuite l'historique assez bref de la confection du Code.

En ce qui concerne tout d'abord les sources, le texte du Code Bustamante, traduit en langue française, se trouve dans le recueil de textes usuels de Droit International de M.M. Niboyet et Goulé, Tome II. - 1929. - pp. 508 et ss.

On peut rapprocher de la traduction française le texte original en langue espagnole, qui figure dans le Traité de Droit International Privé du Professeur Bustamante (Tratado de derecho internacional privado) Tome III, à la fin du volume paru en 1931.

Pour ce qui regarde la bibliographie des travaux préparatoires, et de l'historique, on se reportera à diverses publications. Tout d'abord, deux articles du Répertoire de Droit International de M.M. de Lapradelle et Niboyet, au tome III, V° "Codification du Droit International" § II. N° 147 à 166, "La codification américaine". Puis, au Tome IV du même répertoire, V° "Conférence Panaméricaine" et "Code Bustamante", un article de M. Bustamante lui-même, pp. 107 et ss.

De manière plus détaillée, vous pouvez consulter d'une part un article de M. Rodrigo Octavio, Juge à la Cour Suprême du Brésil, l'un des principaux rédacteurs ou tout au moins l'un des principaux membres des commissions d'où est sorti le Code Bustamante, article intitulé : "L'Amérique et la codification de Droit International Privé", Revue de Droit International Privé 1930. - pp. 633 et ss.; et, d'autre part, en langue espagnole, le traité de M. Bustamante T.I.L.I pp. 29 et ss.

Enfin, et alors plus spécialement, j'aurai à me reporter très fréquemment à la préface de M. Bustamante au projet de code, paru en 1925, traduit par M. Goulé, publié à la Librairie Sirey, et aussi du même M. Bustamante en 1928 et traduit de la même façon, "La Commission des Juristes de Rio de Janeiro et le Droit International".

Tels sont les principaux livres, concernant les



travaux préparatoires du Code, auxquels j'aurai, chemin faisant, à me reporter.

En effet, nous ne pouvons nous placer exclusivement en face du texte lui-même ; le texte est pour la plupart du temps très sobre, rédigé très brièvement, laconiquement même, — trop laconiquement dans certains cas — et il est indispensable d'éclairer la pensée du rédacteur par l'examen des étapes par lesquelles ont souvent passé certains des articles que nous rencontrerons. A cet effet, il faut donc se rappeler, dans l'historique du Code Bustamante, que ce code a passé par trois étapes successives :

Les trois phases d'élaboration du Code B.

Les Congrès des Etats de l'Amérique Ibérique.

Il est le fruit de plusieurs de ces très nombreux Congrès qui se sont tenus au cours du XIX<sup>ème</sup> siècle entre les Etats de l'Amérique Centrale et de l'Amérique Méridionale, de ce que l'on appelle l'Amérique Ibérique, l'Amérique Espagnole et Portugaise. Ces Congrès sont très nombreux, puisque le plus ancien remonte en 1826. Pour ce qui concerne le Droit International Privé, on s'accorde à reconnaître que c'est du Congrès de Lima, 1878, que date véritablement le début de l'élaboration du Code qui a fini par aboutir en 1928.

le Congrès de Lima (1878)

Cette Convention de Lima, qui allait être suivie de cinquante ans d'efforts ininterrompus, avait réuni plusieurs Etats : Argentine, Pérou, Chili, Bolivie, Vénézuéla, Equateur, Costa-Rica, et Cuba. Plus tard y adhèrent l'Uruguay et le Guatemala.

Ce Congrès avait abouti à un projet de Convention du 8 Novembre 1878, convention très étudiée, en huit chapitres et soixante articles (résumé dans l'étude de M. Rodrigo Octavio, op. cit.)

Malgré l'importance des travaux, la Conférence échoua. Elle échoua d'abord pour des raisons extérieures (la Guerre du Pacifique éclata peu après), mais surtout pour des raisons d'ordre interne. En effet, l'article 2 de la Convention en matière de statut personnel, établissait comme base la loi nationale. Or, un certain nombre des Etats de l'Amérique du Sud, notamment la République Argentine et l'Uruguay étaient, et sont restés très attachés au principe de la loi du domicile, et toute concession sur ce point ne put être obtenue de la part des Etats que je viens de citer.

Malgré son échec, momentanément cependant, le Congrès de Lima, et la Convention qui s'en est suivie, ont servi de base à tous les efforts ultérieurs. Telle fut la première étape.

le Congrès de Montevideo.

Une deuxième étape fut marquée deux ans plus tard par le Congrès de Montevideo, 1888-1889, organisé par l'auteur du Code de Droit International Privé, un juriste uruguayen, Ramirez.



Ce Congrès était convoqué par l'Argentine et l'Uruguay, dans un but identique, mais inverse de celui pour lequel on avait réuni le Congrès de Lima, pour tâcher de faire triompher la loi du domicile, comme base du Statut personnel. Pour les mêmes raisons, et d'une manière inverse, le succès ne couronna pas ses efforts. La Convention sur le Droit Civil échoua; conque en faveur du principe du domicile, elle s'attira les critiques d'Etats très attachés au principe de la nationalité, tels que le Brésil, qui refusa d'adhérer à la Convention, laquelle resta à cette époque limitée aux Etats riverains de la Plata, plus le Pérou et la Bolivie.

Il fallut l'entrée en jeu de deux collectivités, dont le rôle est aujourd'hui considérable dans l'histoire de la législation internationale panaméricaine pour faire aboutir les efforts qui, jusqu'alors, étaient restés inopérants.

De ces deux organismes, le premier est la célèbre Conférence Panaméricaine, créée en 1889, conférence à laquelle participèrent presque toutes les Républiques de l'Amérique, aussi bien de l'Amérique du Sud et de l'Amérique Centrale que de l'Amérique du Nord, puisque l'initiative en était précisément due à deux juristes des Etats-Unis d'Amérique du Nord, James Plaine et John Bassett-Moore, qui est aujourd'hui professeur de Droit International à l'Université Columbia à New-York.

Les conférences panaméricaines.

Le Congrès de Washington de 1889 et la Commission des Juristes de Rio.

La première conférence fut tenue à Washington, et vota le 7 Décembre 1889 une proposition tendant à confier à cinq délégués la mission d'élaborer un système de règle uniforme pour trancher le conflit des lois.

Cette commission fut nommée pour travailler les matières du droit civil et du droit commercial, et ce fut elle qui, perfectionnée par la suite, modifiée dans sa composition, dans ses attributs, fut la cellule d'où sortit le travail qui est devenu le Code de Droit International. C'est ainsi que, parmi les perfectionnements qu'il faut noter, on doit mettre en lumière plus particulièrement la Convention du 23 Août 1906 de Rio de Janeiro, qui créa la célèbre Commission des Jurisconsultes Américains, pour la codification du Droit International Public et Privé, ce qu'on a appelé la Commission des Jurisconsultes de Rio, dont le professeur Bustamante a résumé les travaux.

Cette Commission, qui tint des réunions, notamment à Rio, en 1912, et plus tard, en 1927, finit par être composée de deux délégués par Etat, et elle créa une sous-commission de Droit International Privé, sous la présidence de Rodrigo Octavio.



Tel fut l'apport du premier des organismes dont j'avais à mentionner le nom, la Conférence Panaméricaine.

Mais celle-ci était surtout un organisme de force, elle avait donné aux travaux l'autorité qui était nécessaire, pour dominer les tendances diverses qui avaient mené à l'échec les conférences de Lima et de Montevideo.

Dans sa contexture même, et malgré la réunion de la Commission des Jurisconsultes, peut-être ses travaux auraient-ils languì si un deuxième organisme, plus scientifique, celui-là, que politique, n'était entré en jeu.

L'Institut Américain de D.I. et le projet de Code de D.I.P.

Ce deuxième organisme, c'est L'Institut Américain de Droit International.

L'Institut Américain de Droit International, fut fondé en Amérique en 1912, par les efforts de deux professeurs, l'un de l'Amérique du Nord, le professeur James Brown Scott, professeur à l'Université de Princeton, et le professeur de Alvarez, jurisconsulte chilien, aujourd'hui membre de l'Institut de France.

Cet organisme, créé à l'image de l'Institut de Droit International, qui ne comprenait en principe que des Etats européens, avait inauguré ses travaux le 29 Décembre 1915, et dans son sein, s'était élaboré un projet de Code de Droit International Privé. C'est ce projet qui, finalement, se substituant peu à peu aux projets antérieurs, finit par être mis au point par une Commission de quatre membres, dont le professeur Rodrigo Octavio, et le professeur de Bustamante. Celui-ci qui était l'auteur principal de la codification, s'y attela, et, à travers toutes les sessions, notamment la session de 1927 de Rio de Janeiro, finit par la faire voter dans son propre pays, à la Havane, (le professeur Bustamante est professeur de Droit International à l'Université de la Havane à Cuba) Donc, il finit par faire aboutir, le 20 Février 1928, à la 6ème Conférence Panaméricaine, le code en question.

3°) Le vote du Code Bustamante en 1928.

C'est par un acte de justice que, dans une session spéciale du 13 Février 1928, qui précéda d'une semaine le vote définitif du Code, le Congrès de la Conférence Panaméricaine décida que le Code de Droit International Privé approuvé par la Conférence aurait pour titre officiel le nom de Code Bustamante.

Tel est, très brièvement, résumé l'histoire du Texte dont nous allons avoir à étudier un certain nombre de dispositions.

L'an dernier, nous avons examiné, par une méthode que je reprendrai tout à l'heure, les 8 premiers articles qui forment le titre préliminaire, ou "Règles



Générales". Ces 8 premiers articles se référaient à cinq questions primordiales : les deux premiers articles à la condition des étrangers ; les suivants, 3, 4, et 5 à une vue systématique des divers lois, sur lesquelles je reviendrai dans un instant ; l'article 6 était relatif aux qualifications ; l'article 7 au statut personnel ; l'article 8 au respect international des droits acquis.

Ce sont les principes fondamentaux qui dominent toute la matière des conflits de lois.

Division du  
Code.

Le code est divisé en quatre livres :

Livre Premier : Droit Civil International (articles 9 à 231).

Livre Deux : Droit Commercial International (articles 232 à 314).

Livre Trois : Droit Pénal International (articles 296 à 316).

Livre Quatre : Procédure Internationale (articles 314 à 426).

Division du  
L.I. : Droit  
Civil Interna-  
tional.

Le Livre Premier, qui nous retiendra cette année, contient quatre titres, répartis entre les articles 9 à 231, c'est-à-dire en 222 articles.

Titre Ier : "DES PERSONNES" (Articles 9 à 104) 13 Chapitres.

Titre II : "DES BIENS" (articles 105 à 139) 7 Chapitres.

Titre III : "DES DIVERS MODES D'ACQUERIR LA PROPRIÉTÉ" (Articles 140 à 163) 5 Chapitres.

Titre IV : "DES OBLIGATIONS ET CONTRATS" (Articles 164 à 231) 16 Chapitres, dont le dernier est consacré à la matière importante de la prescription.

Il ne saurait être question d'expliquer les articles de ce livre texte par texte. La méthode exégétique, qui a fini par être répudiée en France pour le Droit Interne, ne saurait s'imposer pour le Droit International.

Et c'est afin de définir le procédé par lequel nous allons avoir à étudier ces articles, que je m'en vais maintenant exposer l'esprit et la méthode qui vont présider à notre étude.

Esprit et mé-  
thode de cette  
étude.

Cet esprit, je l'indique d'un mot : c'est l'esprit universaliste. Cette méthode, je l'indique d'un mot aussi, c'est la méthode comparative.

Il est nécessaire de définir et de préciser l'un et l'autre de ces deux fondements sur lesquels nous allons bâtir notre construction.

I) L'esprit u-  
niversaliste  
par

Pour comprendre ce qu'est l'esprit universaliste, il est indispensable de l'opposer aux tendances qui, depuis l'apparition du problème des conflits de lois,



opposition  
aux tendances  
des internatio-  
nalistes anté-  
rieurs.

devant la conscience des juristes, se sont successive-  
ment, puis cumulativement proposées au choix de ces  
jurisconsultes.

1) La tendance  
impressionnis-  
te.

La première de ces tendances, la plus naturelle  
peut-être, et certainement la plus ancienne, est la  
tendance impressionniste. L'impressionnisme est le  
premier mouvement - la première démarche pour employer  
le langage philosophique - dans l'esprit du juriste,  
en présence d'un conflit de lois, à se laisser aller  
à l'appel du sentiment, de l'instinct juridique, - de  
l'intuition, dirait-on ici encore, en langage philoso-  
phique -. C'est la tendance la plus ancienne ; nous  
en avons la preuve dans un passage que j'ai coutume  
de citer souvent, car il est bien frappant. C'est le  
passage de la fameuse dissertation intitulée : "Dissen-  
siones Minorum" (Les Dissensions des Maîtres) qui  
date de la seconde moitié du XII<sup>ème</sup> siècle dans l'Ita-  
lie du Nord, entre 1170 et 1200. Dans ce passage, rela-  
tant les controverses scolastiques des maîtres du  
droit de l'époque, l'on se posait la question de savoir  
lorsque des hommes de diverses provinces et qui rele-  
vaient de diverses coutumes venaient à plaider devant  
un juge unique, laquelle des coutumes devait suivre  
le juge. Et la réponse était : "la coutume qui parais-  
sait être préférable et la plus utile", car, ajoutait  
le passage, "le juge doit juger selon ce qui lui sem-  
ble le meilleur" (debet enim judicare secundum quod  
melius et visum fuerit secundum Aldricum), et le pas-  
sage indiquait que cette vue était conforme à celle  
d'un maître du moment. Magister Aldricus la règle est  
donnée secundum Alricum.

Cette méthode selon Aldric on la retrouve encore  
aujourd'hui à la base de bien des décisions judiciaires,  
à la base d'un très grand nombre de doctrines, et même  
dans les systèmes les plus rigides en apparence, les  
plus sévères dans la conduite du raisonnement logique.  
En perçant un peu et en approfondissant, on découvre  
l'appel du sentiment.

Si je repousse en principe la tendance impression-  
niste, je ne voudrais cependant pas laisser croire  
que tout soit à rejeter dans l'appel au sentiment, en  
matière de Droit International Privé, pas plus d'ail-  
leurs que cela n'est à rejeter dans l'ensemble des  
Droits et dans l'ensemble du droit interne des divers  
pays.

J'ai montré, dans la Définition du Droit, que  
l'appel à l'intuition a sa place, et qu'il a sa place  
dans toutes les définitions juridiques. Dans toute  
définition juridique, en dehors des termes qui préci-  
sent l'objet à définir, il est nécessaire de faire



intervenir des termes qui appellent devant l'esprit, par le rassemblement d'éléments, l'impression, l'image de l'objet à définir.

Dans l'interprétation et dans la législation, incontestablement, le sentiment joue un rôle et plus particulièrement dans le Droit International Privé; le sens de l'équité, auquel on fait bien souvent allusion joue son rôle, qui est un rôle nécessaire. C'est ainsi que, en ce qui concerne par exemple le conflit des nationalités, dans une théorie rationnelle - la théorie de la nationalité effective ou active - on s'aperçoit, si l'on examine bien, qu'à la base de cette solution se trouve un sentiment d'équité, qui n'est pas autre chose qu'un appel au sentiment, à l'instinct juridique, et, à tout instant, dans les solutions que l'on s'efforce de trouver aux problèmes complexes que pose tous les jours aux spécialistes le droit international privé, aussi bien en matière de nationalité, qu'en matière de conflits de lois on trouve cette pesée que le juriste est obligé de faire et où est mis en jeu presque autant son sentiment que ses facultés rationnelles.

Mais, la part du feu faite, pourrai-je dire, il faut au contraire se tourner du côté de la raison, et demander à des éléments rationnels les bases de la solution du problème du conflit. Le problème est complexe - on a dit que c'était le problème le plus complexe qui ait été présenté à l'intelligence - mais plus le problème est complexe, plus la raison doit intervenir.

Dans l'ordre, lors, des efforts rationnels tentés pour résoudre le problème et les problèmes du conflit des lois, nous trouvons historiquement une deuxième tendance : c'est la tendance analytique.

Celle-ci est apparue presque à la même époque que la tendance impressionniste trouvait son expression, notamment dans la célèbre Glose d'Accurse, sur la loi Cunctos Populos, au début du XIIIème siècle. C'est là qu'on trouve le premier effort tenté par les jurisconsultes, pour appuyer une solution acceptable du conflit des lois sur un raisonnement logique. Le principe des glossateurs inscrit dans la célèbre Glose, c'est "que la règle de droit n'oblige que ceux pour qui elle a été faite". "Le statut ne lie que ceux qui lui sont assujettis." Effort rationnel, tiré d'un examen, d'une analyse du pouvoir des lois, et qui établit la limite de ce pouvoir aux sujets que ces lois régissent.

L'Ecole de Bologne, sur cette base, poussa son analyse, et notamment avec les post-glossateurs, en vint à établir des groupements, des répartitions par

B) La tendance analytique.  
Les Bolonais.



matières, suivant les différents aspects du problème soulevé par la pratique et posé comme autant d'interrogations à la sagacité des juristes du temps. Toutefois, malgré ces efforts analytiques, la méthode bolognaise resta fragmentaire et morcelée. Elle était casuistique, elle statuait par cas, et cas par cas, ce n'est que par un effort doctrinal que le chef de l'école des commentateurs, Bartole, avait broché ensemble les fameux 9 points sur lesquels portait son examen.

Elle était également scolastique, c'est-à-dire qu'elle tendait à faire sortir la solution, non pas tant d'un effort rationnel que d'un effort d'exégèse. Se rattachant à des textes qui n'avaient parfois aucune espèce de rapport avec la question et qui visaient des cas bien différents, elle rattachait par des procédés factices et tout à fait arbitraires la solution à un texte des célèbres compilations de Justiti.

Malgré tout, l'école de Bologne resta la base des travaux de tous ceux qui, par la suite, empruntèrent l'analyse comme méthode principale, par parvenir à la solution des conflits de statuts, des conflits de coutumes.

es perfec-  
tionnements :  
avigny.

Par la suite, le procédé fut perfectionné, raffiné même. Au XIX<sup>ème</sup> siècle, Savigny rajeunit la méthode analytique, en adoptant un point de départ différent ; c'est-à-dire qu'au lieu de procéder à l'étude du caractère de la loi pour en tirer une application pour divers rapports de droit, il se livrait comme point de départ à l'analyse du rapport de droit, pour en dégager, en remontant à la loi, la règle de droit applicable.

Mais bien que le point de départ ait été changé, la méthode était la même, c'était une analyse.

artin.

Un deuxième perfectionnement, d'autre part, a été apporté à la méthode analytique, perfectionnement dû notamment à mon prédécesseur et collègue M. E. Bartin, perfectionnement consistant pour dégager la solution du conflit des lois, à scruter dans le droit interne de chaque pays la nature de l'institution juridique d'où dépend le rapport de droit.

Mais tout ceci, ce sont des perfectionnements à la méthode analytique, dont la tendance reste la même depuis le XII<sup>ème</sup> siècle jusqu'à nos jours ; rechercher par l'effort de l'analyse scrupuleuse portant tantôt sur la nature de la loi, tantôt sur la nature du rapport de droit, tantôt sur la nature de l'institution juridique dont le rapport de droit dépend, dégager cas par cas, espèce par espèce, en les groupant sous des têtes de chapitres, les diverses règles de rattachement de solutions d'un conflit des lois.

Très différente est la tendance systématique, qui



C) La tendance systématique.

est l'aspect inverse du procédé rationnel.

C'est la troisième tendance à laquelle j'opposerais, dans un instant, l'esprit universaliste. La tendance systématique procède d'une vue générale. Elle a pour objet d'établir et de poser au frontispice de la matière du conflit des lois une formule d'ensemble dont le précepte gouvernera, sauf exception, l'ensemble des conflits.

Ses 4 principaux aspects.

Dans l'ensemble de cette tendance, quatre systèmes, à mon sens, dominent cette histoire de l'esprit juridique.

1) système de Dargentré.

Le premier en date, le système de Dargentré, opérant une discrimination entre les lois quant à leur pouvoir à raison de l'objet sur lequel ces lois portent : la loi portant sur des choses tenant au sol, la loi portant au contraire sur les personnes, et le principe étant que le pouvoir des lois, des coutumes, se limite aux frontières du territoire qu'elles régissent. La construction est célèbre; elle aboutit à cette distinction entre les statuts dits réels et les statuts dits personnels qui domine encore notre terminologie, et qui l'emporte encore dans l'esprit de beaucoup de juristes.

2) système de Mancini.

La deuxième construction célèbre est celle de Mancini reprise par André Weiss : systématisation du point de départ bolonais le plus ancien, systématisation de la Glose d'Accurse puisqu'elle n'avait pour base qu'un examen attentif des relations qui existent entre les lois et les sujets qu'elles régissent, systématisation en somme d'un rapport, entre l'assujettissement et la loi, la loi le suivant partout en principe, c'est le triomphe de la loi nationale.

3) système de Pillet.

La troisième construction systématique est celle de Pillet, basée sur une analyse de la nature des lois suivant leur but social.

4) système de Zitelmann.

Enfin, la quatrième construction intéressante dans la tendance systématique, c'est la construction du professeur Allemand Zitelmann, dans son *Internationales Privatrecht* - 1912. - Tome I. - basée, non plus sur le terrain du Droit objectif de la règle de droit, mais sur le terrain de l'analyse du droit subjectif, le principe étant que dans toute règle de droit, il y a un droit subjectif, un privilège appartenant à un individu vis-à-vis d'un autre, quelqu'un qui doit et quelqu'un à qui il est dû, puisque le précepte de droit comporte un commandement aux hommes de faire ou de ne pas faire, et que la loi préférable, dans ce cas, c'est la loi qui, relativement au droit subjectif, a le pouvoir de contraindre l'obligé.

La loi qui a le pouvoir de contraindre, telle



est la formule générale sur laquelle Zitelmann, et après lui le juriste allemand le docteur Frankenstein ont posé un système qui, aujourd'hui séduit un très grand nombre de juristes.

## II) L'Ecole Universaliste.

En face de ces tendances impressionniste, analytique et systématique, se dresse l'école universaliste à laquelle, pour ma part, je me rattache, après l'enseignement magistral de mon maître A. Weiss, qui en a fixé les principes dans le dernier écrit qu'il a consacré sur la matière dans le tome I des Acta de l'Académie Internationale de Droit Comparé.

Son point de départ et sa tendance.

La tendance universaliste part d'un point de vue positif, pragmatique, pourrait-on dire. Que ce soit par l'effort des impressionnistes, que ce soit par ceux de l'analyse ou du système, un fait existe et s'impose à nous : il y a des règles de conflits des lois qui sont reçues, dans leurs principes, dans tout l'univers, par tous les peuples civilisés.

Tels sont, par exemple, et je n'en citerai que deux, le respect international des droits acquis, règle tellement fondamentale que, pendant très longtemps, elle a passé inaperçue tant on l'appliquait, comme M. Jourdain faisait de la prose, sans le savoir !

D'autre part, autre exemple, le précepte qu'exprime dans notre droit (non pas sous cette forme partout), la règle *locus regit actum*, car si la règle est reçue partout, elle n'est pas reçue sous cette forme latine qui est relativement récente; mais dans tous les pays du monde civilisé, on trouve le principe que la forme d'un acte doit suivre la loi du lieu où l'acte est passé.

Voilà deux exemples, il y en a d'autres. Dresser le catalogue de ces principes généraux reçus partout, examiner sous quelles formes, avec quelles modalités, avec quelles différences parfois ils sont accueillis et admis dans les divers pays, rechercher si ces divergences sont irréductibles ou, au contraire, s'il est possible de les ramener à l'unité, et finalement faire des efforts dans cette voie, telle est la formule même de la tendance universaliste.

Les règles communes du D.I. et comment réaliser leur généralisation universelle.

Peu importe l'origine de ces règles communes, elles tirent leur valeur de leur aptitude à l'universalité. Et, ce qui va compter désormais, c'est la possibilité de les faire accueillir dans les différents pays.

Quels sont les moyens par lesquels on y aboutira?

Il en est de très variés ; le moyen le plus simple serait la Convention Internationale. Tel est précisément l'exemple que nous donne le code Bustamante. Le Code Bustamante est une manifestation, la plus



éclatante, peut-être, à notre époque, de la tendance universaliste puisque adopté par quinze Etats Américains et, en principe, par vingt et un, ce code a bénéficié d'une décision de l'Académie Internationale de Droit Comparé de la Haye, à la session de 1925, recommandant à l'attention de la Société des Nations la nécessité d'adopter dans tous les pays le Code de la Havane.

Cette solution simple, est peut-être trop simple pour notre époque ; on peut envisager d'autres procédés directs tels que le restatement, qui a été admis dans l'Amérique du Nord, une collection de recommandations faites au juge en lui demandant d'adopter telle ou telle loi, tel ou tel principe, dans la matière des conflits de lois. Quel que soit le procédé en question il laisse place à une investigation scientifique.

Cette investigation scientifique, c'est celle, précisément, à laquelle nous allons nous livrer ici.

La méthode à suivre.

L'esprit que je viens ainsi de définir, commande la méthode que j'ai employée l'an dernier et que j'emploierai encore cette année.

Il ne s'agit pas de prendre article par article, et d'en donner l'explication ; ce qu'il faudra surtout en étudiant ces quatre titres (les personnes, les biens, les divers modes d'acquérir la propriété, les obligations et les contrats) c'est en dégager les principes, et voir si ces principes sont admis dans toutes les législations, pourquoi et comment, avec quelles variétés, avec quelles modalités. C'est la méthode comparative, méthode que j'avais l'an dernier pratiquée sur les huit premiers articles du code Bustamante, et en particulier en ce qui concernait la matière des qualifications, du statut personnel et du principe des droits acquis. C'est cette méthode que j'emploierai pour l'étude des articles 9 et suivants, sélectionnant, bien entendu, dans ces 222 articles, les matières les plus importantes, les remplaçant d'abord dans l'esprit du législateur international de la Convention du 20 Février 1928, et comparant la solution avec les solutions qui prédominent, non pas dans tous les pays pris séparément, mais dans leur ensemble, ou dans un certain nombre d'entre eux, pris comme témoins, et qui nous montreront que nous sommes peut-être, et sans le savoir, beaucoup plus près de l'uniformité qu'on ne le croit. Si, incontestablement, le droit international privé n'est point encore mûr pour une codification totale, du moins on peut espérer que, par dessus les divergences des lois, on pourrait s'entendre entre hommes raisonnables, pour faire disparaître tout au moins les conflits entre les règles de rattachement.



conflits qui n'ont que trop duré, et les divergences dans certaines matières où tout au moins l'uniformité relative aux conflits de lois est hautement désirable pour la civilisation moderne.

Pour terminer cette introduction, il reste à présenter une observation générale complémentaire qui doit me servir de transition entre ces données introductives et l'examen, titre par titre et chapitre par chapitre, du titre premier : DES PERSONNES, du Code Bustamante. C'est une observation qui n'est pas seulement une observation de terminologie, mais une observation de fond qui domine et embrasse l'ensemble de la codification panaméricaine.

Cette observation vise la classification que l'on trouve à l'article 3 de la codification, article qui répartit, en effet, en trois catégories, les diverses lois à raison, dans une certaine mesure, de leur objet, et, dans une autre mesure, de leur caractère.

Il y a là, d'abord, une terminologie à laquelle il faut que nous soyons familiarisés, car j'aurai à l'employer fréquemment et il y a là, aussi, et surtout, une vue fondamentale dans la pensée des auteurs du Code.

L'article 3 de la codification distingue, en effet, trois catégories de lois;

- 1°) Les lois dites personnelles ou d'ordre public interne ("denominadas personales ó de orden publico interno").
- 2°) les lois territoriales qui portent aussi le nom de lois locales ou d'ordre public international ("territoriales, locales ó de orden publico internacional").
- 3°) Les lois facultatives, volontaires ou d'ordre privé ("facultativas, voluntarias ó de orden privado").

Personnelles ou d'ordre public interne; territoriales, locales, ou d'ordre public international; volontaires ou d'ordre privé, telle est la répartition des lois en trois classes du point de vue du droit international privé.

Cette répartition en trois classes est fondamentale dans la codification et n'est que la traduction, dans le domaine législatif international-conventionnel international- si l'on préfère, des principes fondamentaux de la doctrine qui porte le nom d'Ecole de La Havane, de la doctrine de droit international privé dont le Professeur de Bustamante s'est fait le grand propagandiste.

Il n'est pas question, naturellement, de développer dans le détail ce qu'est cette division et quel en



est le caractère fondamental. Mais, il est indispensable d'en faire connaître la substance, car c'est justement l'application de cette triple catégorie qui forme, cette année, notre étude.

Rapport que présente cette classification avec la division tripartite des lois.

En effet, d'après les données de l'Ecole de La Havane<sup>(1)</sup>, selon Bustamante, le droit international privé, dans la matière des conflits de lois, doit se poser trois questions principales :

Première question. - Pourquoi les lois étrangères doivent-elles recevoir application dans un territoire autre que celui où elles ont été édictées ?.

Deuxième question. - Classer les lois suivant qu'elles possèdent ou non l'efficacité extraterritoriale et d'après les motifs déterminant leurs différences.

Troisième partie de l'application. - Répartition des institutions juridiques et des rapports de droit dans chacun des groupes de lois.

A la première question, répond la notion même du droit international privé; à la deuxième, la classification de l'art. 3 de la codification; à la troisième, l'ensemble même du Code, la répartition des institutions et des rapports de droit dans chacun de ces groupes. C'est précisément le travail que nous allons examiner avec les articles 9 et ss. Nous demandant dans chaque cas, si l'institution envisagée, si le rapport de droit qui en découle doit répondre, dans une catégorie déterminée, à une classification telle ou telle.

Qu'entend on par lois personnelles, lois territoriales, lois facultatives ?.

Il est donc nécessaire de connaître, au moins d'une façon générale, ce que l'Ecole de la Havane entend par lois personnelles, lois territoriales et lois facultatives.

Le Professeur de Bustamante, dans son Introduction (loi. cit), et dans son Traité (Ch. II, Livre III, p. 175 et ss.) y répond par l'examen d'un certain nombre de situations pratiques dans lesquelles peut se trouver, dans le monde contemporain, à raison du caractère cosmopolite de la vie, un individu par rapport aux diverses lois sous le commandement desquelles il peut être astreint.

Quatre catégories de situations sont examinées d'une façon très ingénieuse par l'auteur :

- 1<sup>o</sup>) Cas d'une personne résidant dans son propre pays, au regard des lois de son propre pays.
- 2<sup>o</sup>) Cas d'une personne résidant dans un autre pays que le sien, au regard des lois de ce pays.

(1) Bustamante, PROJET DE CODE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE, 1925, Trad. Goulé, introduction p. 20 à 31, et Traité, tome I livre III, p. 59-136.



- 3°) Situation de la personne qui réside dans un pays autre que le sien, par rapport aux lois de son propre pays.
- 4°) Situation d'une personne qui réside dans son propre pays, au regard des lois étrangères.

Ces quatre situations amènent à discriminer un certain nombre de lois dont certaines s'imposent à l'individu avec le caractère impératif ; d'autres avec le caractère supplétif ou facultatif ; d'autres, enfin, qui ne lui sont pas applicables. Si bien que le Professeur de Bustamante en arrive à établir, parmi les lois supplétives, volontaires, impératives, ou même celles qui sont inapplicables, des tableaux assez curieux et qui aboutissent à la triple catégorisation que je viens d'indiquer. Je n'ai pas à donner d'exemples ; nous allons en trouver tout au long, au cours de cet enseignement, de lois d'ordre privé, de lois d'ordre public interne, de lois d'ordre public international.

Que vaut cette catégorisation, que vaut ce point de départ ?

Le Code Bustamante nous montre, d'abord, que la Caractère éclectique du point de départ et du principe de discrimination de cette classification, tendance universaliste, à laquelle répond la codification Bustamante, n'est pas nécessairement exclusive de l'esprit de système. On aurait tort de croire que toutes les manifestations de l'école universaliste ont pour but de renverser les anciennes idoles et de substituer, à l'examen rationnel, à l'analyse ou à la construction logique, une sorte d'empirisme fataliste. Nullement. Seulement, dans l'intention même de ceux qui se préoccupent de l'expansion universelle d'une codification, si l'on admet un système à la base d'une rédaction de ce genre, il faut que ce système soit suffisamment éclectique pour pouvoir rencontrer une adhésion quasi-universelle.

Espérer que tout le monde souscrira à la triple classification de l'Ecole de La Havane est peut-être un peu vain. Mais faire ressortir le caractère éclectique de son point de départ et de son principe de discrimination, était nécessaire. Quant au point de départ et quant au principe de discrimination, on peut dire que cette distinction répond, d'une manière générale, à un certain nombre de constructions qui ont été présentées antérieurement et, par conséquent est susceptible d'être admise par les plus différentes écoles.

Sans doute, le point de départ est différent de celui de l'école de SAVIGNY. On ne recherche pas la classification du rapport de droit en tant que tel. On ne part pas du rapport de droit. On ne prend pas le



rapport de droit comme base de la classification, suivant en cela l'école de BOLOGNE et toutes les autres écoles, sauf celle de SAVIGNY. On cherche à déterminer les limites locales de l'empire des règles de droit par une classification des lois. C'est toujours, au fond, la règle "le statut lie les personnes qui lui sont assujetties" que l'on trouve derrière la classification de La Havane comme dans celles qui se sont inspirées du point de départ de l'Ecole de BOLOGNE. Qu'il s'agisse de la construction de Dargentré (où on part de la coutume, où on se demande, eu égard aux territoires qu'elle régit, quels sont les rapports de droit qu'elle atteint), qu'il s'agisse de l'Ecole de MANCINI et de WEISS, qu'il s'agisse de celle de PILLET, le point de départ, c'est toujours l'analyse du caractère des lois.

Par conséquent, le point de départ de l'Ecole de LA HAVANE, adopté par la codification, n'est pas de nature à choquer les juriscensultes du droit international. D'autre part, dans la discrimination des lois elle-même, sous ces épithètes un peu nouvelles et en langue espagnole, traduites en français plus ou moins approximativement, en rencontre une chose bien vieille, comme l'a fort bien montré le Professeur suisse Guetzwiler dans une très intéressante série de cours professés par lui, en 1929; à l'Académie de La Haye (Recueil des Cours de l'Académie de La Haye, 1929 p. 393) la triple distinction de Bustamante rappelle singulièrement la trilogie des statuts réels et des statuts personnels auxquels s'ajoutait la théorie de l'autonomie de la volonté que l'on trouve dans les lois volontaires du Droit privé de Bustamante. Comme, d'autre part, il a été assez facile, à la critique contemporaine, au XIXème et au XXème siècles, de trouver, derrière les doctrines de construction de MANCINI et de WEISS et derrière celle de PILLET, la vieille distinction statutaire, en somme, on peut dire que l'esprit juridique, sous des dehors un peu différents, n'a guère innové, et que l'on se trouve toujours en présence d'une classification qui, étant au fond admise par tout le monde, ne peut choquer personne lorsqu'on la rencontre habillée nouvellement dans le code de droit international.

En conséquence, retenons que le Code Bustamante a fait la part à l'esprit de système, qu'il a, dans un article liminaire, réparti les lois en trois catégories et que la question que nous allons avoir à examiner à propos des titres que nous étudierons et notamment du Titre premier, "DES PERSONNES", c'est essayer de savoir, eu égard aux institutions juridi-



ques et aux rapports de droit qui trouvent leur classification dans cette répartition de matières, comment elles doivent être appréciées au regard de la triple catégorisation établie par l'Ecole de La Havane et posée par l'article 3.

Ceci dit, et c'était nécessaire, j'arrive à l'étude du :

## TITRE I

### DES PERSONNES

#### CHAPITRE I

#### NATIONALITE ET NATURALISATION

art. 9 à 21.

(Nacionalidad y naturalizacion)

Dans ces quelques articles, se trouvent, d'une part, des articles concernant les personnes physiques (art. 9 à 15); puis, les personnes juridiques (Art. 16 à 21).

pourquoi le C.  
Bustamante ex-  
amine-t-il cet-  
te matière de  
la nationalité,  
en qu'elle ne  
soit pas partie  
du D.I. privé ?

Avant d'étudier notre matière, se pose un point d'interrogation. Le Code Bustamante débute par une étude de la nationalité et de la naturalisation. Est-ce à dire qu'il considère que la matière de la nationalité et de la naturalisation rentre dans le droit international privé ?

Est-ce à dire aussi que, dans ces quelques articles et notamment l'article 6 qui concerne les personnes physiques, on a eu la prétention de traiter une matière qui exige, dans certains pays comme le nôtre, des lois extrêmement diffuses, avec des articles aussi compliqués qu'ils l'étaient dans la loi de 1889 et qu'ils le sont restés dans la loi de 1927 ? Nullement. Ce qu'il faut dire, tout de suite, en face de ces quelques courts articles, et notamment des articles sur les personnes physiques, c'est que ce n'est nullement la pensée du Code BUSTAMANTE.

Selon le Professeur de Bustamante et selon les auteurs du code qui l'ont suivi sur ce point, la nationalité en tant que telle, ne fait pas partie du droit international privé et fait partie du droit interne de chaque Etat. Le Professeur de Bustamante l'a notamment affirmé avec beaucoup d'énergie au Tome I, N° 464, p. 292, de son TRAITE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE où il étudie la matière au point de vue des rè-



gles internes de la nationalité et de la naturalisation. Mais, il dit que les règles purement internes ne correspondent pas au droit international privé; elles sont, dit-il, une conséquence d'une réglementation administrative de l'enseignement, réglementation d'origine française. Cela est parfaitement exact car toute la controverse sur la position de nationalité par rapport au droit international privé provient de ce que cette matière, traitée dans le code civil, était enseignée par le professeur de droit privé et que, lorsqu'on a voulu alléger les programmes on a chargé les professeurs de D.I. privé d'étudier en 3ème année la matière de la nationalité. C'est donc une réglementation administrative de l'enseignement qui a placé les règles de la nationalité dans le cadre du droit international privé, ce qui permet de les étudier comme l'a fait le Professeur de Bustamante, alors qu'au contraire la condition des étrangers apparaissait aux juriscultes de La Havane (et ce point a été admis par la codification), comme rentrant, par son objet même et par la conception qu'on peut s'en faire, dans le droit international public. L'article 1 et l'article 2 de la codification, se réfèrent à la condition des étrangers et précisément en conséquence d'une conception du droit international privé sur la condition des étrangers qui se rapproche beaucoup de celle qui est partagée par bien des auteurs aujourd'hui, à savoir, qu'au fond de la condition des étrangers, il y a une question de conflit des lois.

Mesure dans laquelle cette matière relève du D.I. privé et des conflits de lois.

Mais alors, qu'est-ce donc qui va appartenir au droit international privé dans la matière de la nationalité et de la naturalisation, et pourquoi avoir adopté ce plan? C'est qu'il y a, en cette matière, des parties qui relèvent du droit international privé et de la matière des conflits de lois. Ces parties sont, pour les individus, les conflits de nationalité et, dans la codification d'après le professeur de Bustamante, pour les personnes juridiques, la question même de la nationalité qui repose sur un conflit de lois. Voilà pourquoi nous trouvons tranchée par la codification, dans les articles 9 à 15, la matière des conflits de nationalité pour les personnes physiques, et tranchée, dans les articles 16 à 21, pour les personnes morales, les personnes juridiques, la question dite de la nationalité. Ce sont ces deux questions que je m'en vais successivement étudier.

## I - LE CONFLIT DES NATIONALITES POUR LES

### PERSONNES PHYSIQUES.



Pour cette question comme pour toutes les suivantes, conformément à la méthode que j'ai adoptée l'an dernier, j'examinerai successivement :

- 1°) la position de la question en droit international privé;
- 2°) les dispositions du Code Bustamante;
- 3°) l'appréciation critique des solutions adoptées.

Je vais d'abord rappeler, aussi brièvement qu'il est possible, les données essentielles du problème.

Il n'est pas question d'exposer dans le détail la question du conflit des nationalités qui exigerait, à elle seule, une série de cours. Ce que je voudrais dégager du droit international privé, c'est la position exacte de la question en face des jurisconsultes qui se préoccupent de l'universalité de notre droit.

Conflits négatifs et conflits positifs.

Ces conflits on le sait se présentent sous une double forme : sous la forme des conflits dits négatifs et sous la forme des conflits dits positifs, ils sont dus à la divergence des lois sur la nationalité et ils résultent des lacunes ou de double emploi.

Le conflit négatif, c'est celui qui se produit du fait que la divergence des lois aboutit à un résultat assez surprenant : un individu déterminé n'a aucune nationalité et ne peut être rattaché à aucun Etat déterminé. Le conflit positif, au contraire, est celui qui résulte du fait que la diversité des lois conduit à attribuer, à un même individu, plusieurs nationalités.

Il en résulte les deux positions de : apatridie et de cumul de nationalités. Ce sont les mots que j'emploierai. Il y a d'autres vocables. Ceux-là me paraissent consacrés par une majorité et ce sont les plus clairs : Apatridie, situation de celui qui n'a pas de patrie; cumul de nationalités, situation de celui qu'on appelle parfois le sujet mixte, de l'individu qui pourrait se réclamer ou qui pourrait se voir réclamer à l'égard de plusieurs Etats.

Vanité de tous les moyens préventifs tentés par les Etats pour éviter ces conflits.

La question des conflits négatifs et des conflits positifs soulève une question préalable et que nous ne pouvons éviter ici. C'est celle de savoir dans quelle mesure la fatalité oblige à subir ces conflits. Est-ce que le jurisconsulte est nécessairement obligé d'avoir à en discuter et de chercher une solution dans des principes ? Est-ce qu'il ne serait pas possible aux Etats, par une série de moyens préventifs, de faire en sorte que des conflits de ce genre ne se produisent pas ? Cette question est importante car si elle devait être résolue par l'affirmative, il faut bien reconnaître alors que notre conclusion serait que le Code Bustamante a eu tort d'envisager, dans une codification



destinée à l'avenir, des problèmes de ce genre; que c'est est perdre son temps et qu'il vaudrait bien mieux encourager les Etats à supprimer le mal par des mesures préventives qu'à essayer d'y porter des remèdes par une médication qui laisse subsister la maladie.

Mais, nous allons le voir très brièvement, toutes les mesures préventives auxquelles on a pu songer et auxquelles les Etats aujourd'hui même sous l'impulsion d'ailleurs, de la science du droit international privé sous l'impulsion en particulier, de l'Institut de droit international, toutes les mesures auxquelles on a songé et auxquelles on a eu recours, se sont avérées impuissantes, sinon à atténuer le mal, tout au moins certainement, à le faire disparaître.

On a songé à diverses mesures tant sur le terrain législatif que sur le terrain administratif. L'Institut de droit international ayant proclamé la double règle que tout individu doit avoir une nationalité et n'en avoir qu'une seule, on a essayé d'abord d'obtenir par la force législative un résultat de ce genre. Y es-on arrivé ? Certainement non. On n'y est pas arrivé pour l'apatride, et on n'est pas arrivé non plus à supprimer le cumul de nationalités.

Procédés directs  
ou indirects  
tentés pour  
éviter l'apatridie.

Les méthodes ont différé. En ce qui concerne l'apatride, on a cherché d'abord, pour supprimer l'apatridie à éliminer les cas qui existent, on a tâché de faire disparaître l'apatridie par le moyen d'un texte ou de textes de lois indirectement ou directement. Indirectement, par exemple, en faisant, aux apatrides, une situation diminuée; en privant les individus qui ne peuvent pas prouver dans un pays donné, qu'ils ont une situation de nationalité claire, d'avantages légaux (secours, assistance); en les frappant de charges fiscales ou tout au moins en les frappant des mêmes charges que les nationaux. D'autre part, on a cherché à les pousser à la naturalisation en facilitant la naturalisation et la réintégration.

Mais, ces mouvements se sont heurtés à des mouvements contraires par suite des circonstances dans lesquelles les peuples se sont trouvés; et cette action indirecte n'a pas abouti à faire disparaître et ne peut pas aboutir à faire disparaître l'apatridie.

On a songé à une action législative directe, c'est-à-dire à appliquer, aux apatrides, d'office, les lois du pays dans lequel ils ont leur domicile, où ils résident.

C'est une solution notamment à laquelle, de très bonne heure, a eu recours la Suisse, pays de refuge par excellence, où sont venus, depuis 1850 notamment se mettre à l'abri, des personnes dont la situation



de nationalité était des plus obscure. Si bien que, de très bonne heure, des textes de la République Helvétique ont appliqué le droit suisse aux réfugiés de ce genre. Le dernier texte sur la matière est l'article 59 du Titre final du Code civil suisse qui complète et réforme la loi du 25 Juin 1891, dans un article 7a, où nous lisons que les règles du droit civil suisse sont applicables aux personnes dont la nationalité, ni le domicile ne peuvent être établis. Mais ceci est un moyen de fortune dont tous les pays, d'ailleurs, n'accepteraient pas de prendre la responsabilité, et qui ne fait pas disparaître l'apatridie. Malgré tout, l'individu, quoique soumis aux lois civiles suisses, reste sans patrie ou nationalité.

Alors, pour éviter le moindre mal, on a surtout cherché à éviter législativement de créer des apatrides. On a tâché d'éviter de créer des cas d'apatridie, dans les textes qui, notamment, réglementent la répudiation ou la perte de nationalité. C'est ainsi que la loi de 1927, en France, dans ses articles 2 et 4, pour la répudiation de nationalité, a exigé que celui qui répudie la nationalité française prouve, par une attestation en due forme de son Gouvernement, annexée à sa déclaration, qu'il a conservé la nationalité de ses parents (art 2). Et on l'oblige même, le cas échéant, à produire, en outre, un certificat constatant qu'il a satisfait à la loi militaire dans son pays.

De même, au sujet de la condition de la femme étrangère qui épouse un Français, l'article 8 s'est préoccupé de ne point créer d'apatrides à raison de cette disposition, puisque, de la règle posée par cette loi, que la femme étrangère qui épouse un Français conserve sa nationalité, l'article 8 excepte le cas où la femme suit, nécessairement, de par les dispositions de sa loi nationale, la condition de son mari, car s'il en était autrement, la femme deviendrait apatride. Voilà des exemples.

De même, pour la perte de nationalité, on a, de très bonne heure, écarté l'ancienne disposition de l'article 17, § 3, du C.civ. qui stipulait la perte de la nationalité par tout établissement fait en pays étranger, sans esprit de retour. La loi de 1889 a supprimé ce cas de perte de la nationalité. D'autres dispositions encore ont été prises, mais, tout ceci, ne sont que des palliatifs, et il est impossible d'éviter la position d'apatride.

De même, les mesures prises pour supprimer le cumul par voie législative ont échoué. Dans le domaine de la nationalité d'origine, les textes se sont souciés d'éviter de créer des cas de double nationalité

ité des mo-  
s législa-  
s tentés  
r éviter



les cumuls de nationalités.

tel (exemple le plus frappant), l'article 9 de la loi de 1927 : Le Français même mineur, qui possède, par l'effet de la loi, sans manifestation de volonté de sa part, une nationalité étrangère, est autorisé sur sa demande, par le gouvernement français, à la conserver. On a même été plus loin. On a demandé que l'on généralise les dispositions qui se rencontrent dans la loi anglaise, notamment dans les lois anglaises de 1914 et de 1922, consistant dans des déclarations solennelles qui sont bien conformes à l'esprit de la législation britannique, la déclaration de rétentio[n] de la nationalité britannique, doublée d'une déclaration d'extranéité par rapport à la nationalité que l'on pourrait demander par cumul (declaration of British nationality), lois de 1914 et de 1922, article I in fine.

De même, pour la naturalisation, on a songé, dans divers pays, à exiger, de la part du naturalisé, la justification de la perte de son ancienne nationalité, ceci notamment au regard de la loi allemande de 1913, dite loi Delbrück. Ainsi encore, le droit anglais contient la nécessité, pour celui qui obtient par naturalisation, la nationalité britannique, de prêter le serment d'allégeance au Roi. (art. 2, al. 4, de la loi de 1914).

Mais, tout ceci est vain, et la preuve la plus claire que, dans cet ordre d'idées, la législation n'aboutira pas par une action interne, c'est que l'identité de législations n'arriverait pas à supprimer le cumul. Supposons deux pays possédant, sur la nationalité, deux lois identiques, l'état de cumul ne serait pas, pour cela, supprimé, au contraire; et nous en avons la preuve dans la célèbre affaire **CARLIER** qui a éclaté parce que la Belgique et la France avaient à cette époque, exactement les mêmes textes (art. 9 initial et art. 10 du Code Napoléon) et parce que, précisément, ces deux articles se trouvaient identiques en Belgique et en France, ils ont entraîné un cumul de nationalités. Par conséquent, l'uniformité du droit elle-même en cette matière n'aboutirait pas à faire disparaître le mal.

Insuffisance des moyens administratifs imaginés pour exclure les cas d'apatridie ou de cumul de nationalités.

Du terrain législatif, si l'on se porte en terrain administratif, on dresse un même procès-verbal, non pas de carence, mais d'insuffisance. Qu'a-t-on imaginé, dans l'ordre administratif, pour faire disparaître les cas d'apatridie ou les cas de double nationalité ?

La pratique des chancelleries, des affaires étrangères, nous le verrons dans les conférences de La Haye et dans les dispositions de la Convention de La Haye



qui les a généralisées, a engendré l'habitude de priver de protection diplomatique, dans un des Etats à l'encontre de l'autre Etat, le sujet mixte qui pourrait se réclamer de deux Etats. Absence de protection diplomatique qui est assez couramment employée par certains pays à l'égard des sujets mixtes pour les obliger à choisir et à avoir une seule nationalité; pratique du ministère de l'intérieur de certains pays comme en France, pratique des expulsions tout au moins des refoulements des travailleurs autorisés à travailler sur la frontière; pratique des ministères du travail, ou de la Prévoyance sociale, des fonds de chômage, d'assurances sociales; pratique du ministère de la justice, par un octroi plus ou moins large de la naturalisation; tout ceci s'est avéré très insuffisant.

La vérité, c'est que la question ne peut être éliminée ni par la voie législative, ni par la voie administrative. Il faut aborder la question et chercher une solution.

Les efforts de la doctrine et de la jurisprudence pour résoudre les conflits des nationalités.

Cette solution du conflit des nationalités, conflit positif, conflit négatif - ou plutôt conflit négatif, conflit positif, dans l'ordre où nous allons les revoir, - ces solutions la doctrine et la jurisprudence internationales ont-elles été à même de nous en proposer d'acceptables ?

L'effort, il faut le reconnaître, a été méritoire. Il a même, à certains égards, été considérable. Mais, est-on parvenu à dégager des principes généraux suffisants pour être adoptés sur le terrain international par tous les Etats; d'une clarté telle que des textes ou des conventions internationales ne soient pas indispensables ? Ici encore, nous sommes obligés de répondre "non", car quels que soient l'art et la science avec lesquels les jurisconsultes et les tribunaux ont procédé dans ces conflits, nous sommes bien obligés de reconnaître qu'aucune solution s'imposant absolument à l'esprit et susceptible d'être universellement acceptée, ne peut se dégager de la doctrine et de la jurisprudence internationales. Je le rappelle sommairement.

L'apatridie est-elle une solution légale ou illégale ? Les deux conceptions en présument les efforts tentés

En ce qui concerne le conflit négatif (qui crée l'apatridie), nous trouvons d'abord la question préalable : Est-ce que l'apatridie est une solution légale ou illégale, est-elle admissible, est-ce une position juridique acceptable en droit international ?

Il est des auteurs qui prétendent que l'apatridie est en dehors de tout droit et illégale; qu'un individu doit avoir, malgré tout, une patrie. Et alors on



par chacune d'elles.

s'évertue à trouver, à l'apatride, artificiellement, une nationalité, à la lui imposer. Dès lors, les solutions se précisent. Les unes, c'était le cas de la jurisprudence anglaise avant 1921, donnent à l'apatride la nationalité qu'il avait antérieurement, lorsqu'on était en face d'un cas de perte de nationalité; les autres, plus audacieuses, vont jusqu'à attribuer, à l'apatride, la nationalité du pays où il réside. C'est aller jusqu'au bout, en somme, de la pensée de l'article du Code suisse que je signalais tout à l'heure.

Mais, la jurisprudence internationale et les auteurs se dirigent dans une autre voie, la majorité des auteurs et la majorité des décisions judiciaires tendent à reconnaître, à l'apatride, un statut. D'abord, du point de vue négatif, ils proclament que le résultat engendré par la divergence des lois, qui aboutit à créer une personne sans patrie, est de caractère acceptable, acceptable tout au moins pour la législation interne. C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation française, notamment le 15 Mars 1922, dans l'affaire Kampfmeyer (S. 1922.I. p. 105). C'est ce qu'a jugé la jurisprudence belge. C'est ce qu'a jugé la jurisprudence anglaise, depuis 1921, dans l'Affaire Stoeck, de 1921 : Stoeck c. / le Public Trustee, affaire de séquestre où la Haute Cour de Justice d'Angleterre, Division de la Chancellerie, a proclamé que la condition de "stateless", de "sans patrie", était, au regard du droit anglais tout au moins - réservant les principes du droit international - comme, d'ailleurs, au regard du droit allemand, une situation juridique admissible.

Mais, tout ceci, là encore ne conduit pas à une solution surtout dans le deuxième cas. Ceux qui imposent à l'apatride, tant bien que mal, une nationalité, ceux qui le laissent apatride, ne tranchent point la question. La question demeure ouverte et l'apatridie demeure. De même, et plus encore, le grand mouvement de doctrine et de jurisprudence qui s'est développé sur le cas du conflit positif, n'a pas abouti à des solutions très précises.

**Distinction doctrinale entre le cas où la question de cumul de nationalités se pose devant la juridiction d'un des Etats en cause ou devant la juridiction d'une**

Sans doute, il est deux points sur lesquels des résultats assez sensibles et assez durables ont été obtenus. C'est une division de la difficulté. On a, en doctrine et fort judicieusement, distingué deux cas qu'il ne faut point confondre.

#### Premier cas :

C'est l'hypothèse où, le litige d'un cas de double nationalité, est jugé dans l'un des Etats dont le droit est impliqué dans le conflit, devant les tribunaux d'un des nationalités en cause. Et ici, doctrine et jurisprudence concordent pour dire qu'en pareil cas, c'est



erce puissan-

la loi du juge saisi, la "lex fori" qui s'impose, c'est la loi dont le juge a le manement, qu'il doit appliquer professionnellement, qui déclarera quelle est la nationalité de l'individu dont la question est débattue. Compétence exclusive de la lex fori. Le tribunal devra donc appliquer la loi de l'Etat dont il dépend, et déclarer, le cas échéant, l'individu national de l'Etat devant lequel on plaide. Ceci a été proclamé par de très nombreuses décisions, a été l'objet de vœux et de décisions, de délibérations de congrès. L'affaire CARLIER, fameuse affaire jugée à Douai, le 14 Décembre 1881, S 84, 2, p. 1, en est, dans la jurisprudence française, l'une des plus nettes applications.

#### 2ème cas :

Au contraire, on a bien fait de discriminer une seconde hypothèque, celle où le litige est jugé devant les tribunaux d'une tierce puissance ou devant un tribunal international.

Mais, c'est ici que nous allons rencontrer des difficultés. Car, quelle sera la doctrine, quelle sera la jurisprudence qui dira la solution à appliquer ? Sur ce terrain des conflits positifs, deux résultats appréciables peuvent être enregistrés. J'ai indiqué le premier comme étant la discrimination des hypothèses. Voici le second, c'est qu'une orientation assez forte dans la doctrine et dans la jurisprudence, tend à faire prévaloir, par dessus tout autre, le système dit de la nationalité effective ou active, système qui a été préconisé par des auteurs considérables, système qui a été enregistré dans des décisions nationales et internationales retentissantes, notamment en ce qui concerne les décisions internationales, l'affaire Canevaro, devant la COUR D'ARBITRAGE DE LA HAYE, du 3 mai 1912, (R.D.I.P. 1921, p. 312) et aussi plus récemment devant les tribunaux arbitraux mixtes, le Tribunal d'arbitrage mixte franco-allemand, le 10 Juillet 1926, Sirey 1928, 2, p. 49, l'affaire Barthez de Montfort.

Mais, cette solution, ce système de la nationalité effective ou active, qui constitue un des apports les plus importants de la doctrine et de la jurisprudence internationales à notre science, est insuffisant. Il n'est pas admis par tout le monde. Il est contesté et discuté. On présente d'autres solutions. On présente, notamment, des systèmes de distinction, et c'est un système de distinction de ce genre que nous allons retrouver dans le Code Bustamante.

origine de la  
otion de na-  
nationalité ef-

La nationalité effective, ou la nationalité active, est une idée qui a été particulièrement mise en lumière dans les travaux de l'Institut de Droit Inter-



fective dans  
les travaux de  
l'Institut de  
D.I.

national, et en particulier, dans ses sessions de Lausanne, le 8 Septembre 1888, où la savante compagnie était saisie du problème, à propos de la nationalité d'un sujet antérieurement autrichien, ou tout au moins dont la première nationalité connue était la nationalité autrichienne, mais qui avait sollicité par la suite en Allemagne la naturalisation, et avait accepté des fonctions universitaires. A l'occasion de ce conflit qui faisait apparaître un cumul de nationalités, l'Institut de Droit International avait émis l'avis suivant "Nous pensons qu'il est naturel de considérer l'individu en question comme étant seulement le ressortissant de l'Etat auquel l'unissent le droit et le fait dont il est le national et sur le terrain duquel il réside, et au service duquel il se trouve". (1)

C'est, pour ainsi dire, la nationalité active qui doit être envisagée, et non la nationalité un peu théorique, qui peut subsister à côté de celle-ci.

A la suite de ces travaux, l'idée est entrée plus ou moins dans la doctrine des divers pays, dans la jurisprudence, et surtout dans la jurisprudence internationale.

Adoption de  
cette idée par  
des juridic-  
tions interna-  
tionales dans  
des conflits  
positifs de  
nationalités.

Arrêtons nous un moment sur deux décisions qui émanent de tribunaux internationaux. Nous allons y voir cette théorie de la nationalité active ou effective adoptée sur le terrain d'une jurisprudence qui ne peut être rattachée à aucun pays déterminé. Une des décisions, parmi les plus récentes qui ont consacré d'une manière absolument formelle et explicite la théorie de la nationalité active, c'est la décision rendue dans l'affaire Barthez de Montfort, par le Tribunal Mixte Franco-Allemand, constitué en vertu du Traité de Versailles, en date du 10 Juillet 1926 (S. 1928.-2,49).

Dans l'espèce, il s'agissait de biens qui avaient été l'objet d'une mesure de séquestre en Allemagne, et en vertu des séquestres de biens ennemis, et Mme Barthez de Montfort plaidait contre le séquestre des biens ennemis en Allemagne. La dame Barthez, veuve de M. Barthez, Baron de Montfort, était française et domiciliée à Montpellier (française tout au moins, nous allons le voir, au regard de la loi française). Elle avait été susceptible, également, d'être considérée comme Allemande, en raison de ce que son mari avait sollicité, le 11 Juillet 1928, une naturalisation du gouvernement Wurtembourgeois. Le baron de Montfort semble avoir sollicité cette naturalisation pour éviter les inconvénients du régime matrimonial des pays du Midi de la France, le régime dotal. Quoiqu'il en soit de ce point de fait, le Tribunal ne l'a retenu que pour en

(1) Annales de l'Institut de D.I. An. 1888, pp. 24 & 25.



établir une fraude à la loi française. La question principale de la procédure était surtout le conflit de nationalités qui existait, conflit positif puisque, aux termes de l'article 41 de la loi d'introduction du Code Civil Allemand, modifiant l'article II de la loi du 1er juin 1870, la naturalisation du mari s'étend en principe, à la femme.

L'article 17 du C.C. Français, et la jurisprudence sur la perte de nationalité en vertu de cet article, estimaient, au contraire, à l'époque, antérieurement à la loi de 1927, que la femme française ne perdait pas la nationalité française par la naturalisation, sauf si elle se faisait individuellement naturaliser à l'étranger. L'effet collectif de la naturalisation, en vertu de la loi étrangère, ne suffisait pas, aux yeux de la loi française, et depuis lors, d'ailleurs, ce point a été renforcé par les nouvelles dispositions de la loi de 1927.

Tel était le conflit.

Et le Tribunal Arbitral Mixte a statué en faveur de la nationalité française de la dame Barthez de Montfort, pour des raisons théoriques et pratiques extrêmement explicites.

Le Tribunal repousse l'idée qu'il y aurait à chercher une solution dans des lois nationales concernant ce conflit. Il repousse la solution de la lex fori, appliquée en cas de litige par les tribunaux nationaux des pays intéressés. C'est une observation à retenir, car nous allons voir la lex fori acceptée dans une certaine mesure par le Code Bustamante. Ainsi la solution renvoyée à la lex fori est repoussée par le Tribunal Arbitral d'une part, parce que cette solution serait nécessairement variable selon les pays ; on ne peut pas remettre la solution d'une question internationale à la jurisprudence divergente de pays différents, et d'autre part, parce que si la solution de la lex fori se conçoit, dans une certaine mesure dans un tribunal de caractère national, il n'y a pas de lex fori pour un tribunal international. Le tribunal international ne peut statuer, comme le dit très bien la décision, qu'en appliquant les principes généraux du Droit International Privé, et c'est alors que nous rencontrons, dans cette décision, rapportée en toutes lettres, la solution préconisée à la réunion de Lausanne, par l'Institut de Droit International, en 1888.

Après avoir rappelé cette solution, le Tribunal Arbitral ajoute : "Attendu que le principe de la nationalité active, qui a présidé cette résolution, forme une base adéquate pour trancher le présent conflit de lois...." Et alors, appliquant le principe aux faits



de la cause, le Tribunal remarque que la requérante, née à Montpellier, n'avait jamais cessé d'y avoir son domicile et de remplir dans cette ville ses devoirs civiques.

Je note simplement que c'est la solution de la nationalité effective expressis verbis qui a été retenue par ce Tribunal Arbitral.

Cette décision, parmi celles du même genre, est à mon sens, l'une des plus explicites.

Je noterai encore, comme autre décision sanctionnant la nationalité active devant les tribunaux internationaux, la décision classique de la célèbre affaire Canevaro, jugée le 3 Mai 1912, rendue par la Cour d'Arbitrage de la Haye, - non pas la Cour Permanente de Justice Internationale, qui n'existait pas encore - mais par la Cour d'Arbitrage, qui existait déjà. (R.D.I.P. - 1912. - P.331)

Il s'agissait là d'un conflit positif de nationalités entre le droit italien et le droit péruvien, l'art. 4.C.C. italien d'une part consacrant le "jus sanguinis" pour la nationalité des enfants d'Italiens nés à l'étranger, et d'autre part, l'article 34 de la Constitution Péruvienne, consacrant, à l'inverse, le "jus soli". C'est un des cas classiques qui engendrent le cumul de nationalités; un pays admet le "jus soli" l'autre pays admet le "jus sanguinis". Le Comte Raphaël Canevaro se trouvait être né d'un père italien sur terre péruvienne, Jure soli, il était péruvien, d'après la Constitution du Pérou. Jure sanguinis, d'après le Code Civil Italien, il était Italien. Les faits de la cause ont permis à la Cour d'Arbitrage le 3 Mai 1912 de trancher le litige, en faveur de la nationalité péruvienne, et ceci pour des raisons de fait telles que la considération que le Comte Canevaro avait, au Pérou, brigué des fonctions électives comme candidat au Sénat, qu'il y occupait une situation diplomatique comme Consul des Pays-Bas, avec l'autorisation du gouvernement péruvien, et qu'il y avait là une série de faits manifestant qu'entre les deux nationalités en conflit, l'efficiencie des circonstances de fait devait amener le juge à se prononcer pour la nationalité que ces faits faisaient ressortir.

Il résulte donc de ces deux éléments de jurisprudence (1) que la nationalité effective apparaît comme le résultat engendré par les faits, la solution dictée par les faits et l'activité de l'homme. Il y a sans doute à la base de ces faits une sorte d'option, mais

(1) Cf. M. Maury Etude sur la nationalité en droit français et Lapradelle et Niboyet Répertoire de Droit International T. IX.



ce n'est pas une simple option mentale, ce n'est pas une simple volonté qui ne se traduit pas à l'extérieur par des éléments concrets, susceptibles d'être saisis par les juges, mais au contraire, une option se traduisant dans des faits.

Cette solution apparaît tout d'abord, quand on la compare aux autres solutions préconisées en doctrine et en jurisprudence sur la question, comme un moyen terme entre deux systèmes radicalement opposés, le système dit du refus à statuer, et le système dit de l'option libre.

Critique du  
système de  
refus à sta-  
tuer.

Le système du refus à statuer a trouvé son expression la plus énergique dans un article français de M. Camille Jordan, Ministre Plénipotentiaire (Répertoire de D.I. de MM. Lapradelle et Niboyet, V° "Conflit de Nationalités" N° 12 et 168). Suivant cet auteur, il n'y aurait point de solution possible. Quand un conflit positif de nationalités se présente devant un juge international ou un juge d'un Etat non intéressé dans le conflit, le juge doit refuser de statuer, parce que, dit l'auteur, il n'y a aucune règle de Droit International positive s'imposant aux Etats pour l'attribution de la nationalité.

La nationalité est une décision prise souverainement et arbitrairement par chaque pays relativement à ses ressortissants possibles, et nul n'a le droit de s'entremettre pour attribuer arbitrairement cette nationalité soit en vertu de l'une, soit en vertu de l'autre des lois en présence. Il n'y a pas, à proprement parler de conflits de nationalités, il y a des cas de double nationalité provenant de l'attribution à un même individu de leurs nationalités par les législations de deux Etats, mais ces deux Etats sont souverains et indépendants. Le juge saisi d'un cas de ce genre doit se déclarer incompétent.

Ce système a été très vivement critiqué (Cf. Répertoire et Maury, op. cit N° 105).

On ne peut, en effet, admettre la double nationalité comme un fait normal, sauf des tempéraments, que j'aurai peut-être l'occasion d'indiquer. En tout cas, ce premier système, qui aboutit au refus de statuer, est une solution en antinomie avec l'existence même du Droit International. Le Droit International doit fournir précisément une solution aux conflits de lois. Dire qu'on ne tranchera pas le conflit, c'est à la fois une carence du droit, et en même temps un déni de justice, surtout lorsque la question est remise à un arbitrage international.

A l'inverse, le système de l'option libre est également exagéré. Dire que dans les deux nationalités



Critique du système de l'option libre.

en conflit, l'individu intéressé choisira, par une décision qu'il exprimera au moment du conflit, la nationalité à laquelle il veut être rattaché, c'est insuffisant.

L'individu ne doit pas pouvoir choisir à sa guise au moment qui lui convient, selon ses intérêts, et se prononcer, même contre des circonstances de fait. En cette matière la liberté illimitée engendrerait et favoriserait très certainement des fraudes, créerait l'instabilité et l'incertitude, sacrifierait les intérêts des Etats, comme l'a dit M. Maury (N° IIO) : "La Nationalité voulue est la Nationalité vécue".

Par conséquent, il semble bien qu'au regard des principes généraux, le système de la nationalité active ou effective présente, par rapport aux deux systèmes extrêmes que je viens d'analyser, des avantages certains.

Autres systèmes mixtes proposés par les auteurs ou par la Jurisprudence.

Mais le système de la nationalité active n'est pas le seul système intermédiaire auquel on a pu songer. Nombreuses sont les solutions auxquelles certains auteurs ou certains tribunaux ont eu recours.

J'indique quelques uns de ces systèmes mixtes parce que, précisément, le Code Bustamante va nous plaquer en présence d'un système de ce genre.

Voici quelques-uns de ces systèmes :

A - Considération chronologique de l'acquisition de la double nationalité.

Quelques auteurs ont proposé, pour trancher le conflit, de donner la préférence à l'une des deux nationalités opposée sur l'autre, en tenant compte de leur place dans le temps, c'est-à-dire en prenant en considération l'ordre chronologique dans lequel elles se sont présentées dans les vies des individus, et en tirant telles conséquences. (Je dis telles conséquences, parce que là les écoles divergent).

Selon Pillet, il y a lieu de tenir compte de la première en date des nationalités. (Traité Pratique. - Tome I. - N° 126. - p.252).

Selon le juriste allemand Von Bar, c'est au contraire de la plus récente de ces deux nationalités qu'il faut s'inspirer, à laquelle il faut donner la préférence.

Le système de Pillet repose sur la considération du respect international des droits acquis. Ce droit acquis ne saurait être écarté par l'intervention d'une autre législation il est acquis sous l'empire d'une législation première.

Au contraire, Von Bar, fait reposer son système sur le principe de la liberté de nationalité et sur une option véritable.

On a également essayé de faire dépendre la solution d'autres principes, et notamment, on s'est ratta-



- Prédominance accordée au domicile ou à la résidence.

ché à l'élément de volonté, on s'est attaché automatiquement à la résidence ou au domicile de l'intéressé. On a envisagé de déduire la solution de la question du conflit de nationalités, du domicile ou de la résidence du ressortissant réclamé par les deux lois en conflit. Retenons ce système que nous allons retrouver dans un instant.

- Prise en considération de la loi la plus proche de la lex fori.

Enfin, dernier système mixte que j'indique : il y a des pays, notamment la Belgique, la jurisprudence belge et certains auteurs belges comme Pouillet, dans son Manuel classique de Droit International, Dernière Edition N° 97, qui font prévaloir, en pareil cas, devant le tribunal tiers lorsque ce n'est pas un tribunal international, la solution sur la nationalité dictée par le pays dont la loi est la plus proche de la lex fori, de la loi belge. En principe, la Belgique étant saisie d'un conflit de nationalités entre deux législations autres que la législation belge, comme par exemple dans l'affaire de Beaufremont où étaient en conflit les nationalités française et allemande de Saxe Altenbourg, on donnerait en principe la préférence à la loi qui se rapprocherait le plus près de la loi belge, de la loi du tribunal saisi.

Tels sont les divers systèmes en présence dans la doctrine et la jurisprudence internationales.

Tempéraments divers apportés à ces systèmes notamment du fait de la distinction de la nationalité d'origine et de la nationalité acquise.

Ces systèmes ne sont pas toujours présentés d'une façon aussi absolue et aussi tranchante que je viens de l'indiquer car notamment, l'affaire de Beaufremont nous met en présence d'un tempérament de ce genre. La Cour de Bruxelles, le 5 août 1880, ayant à se prononcer sur la validité de la naturalisation de la princesse de Caraman-Chimay, femme du prince de Beaufremont, qui avait acquis la nationalité de Saxe Altenbourg pour divorcer d'avec son mari, et pouvoir se remarier par la suite avec le prince Bibesco, sujet roumain. La Cour de Bruxelles, le 5 Août 1880, (D. 1882. - 2 - 81) a déclaré qu'il n'y avait pas lieu de retenir la nationalité allemande de la princesse, qu'elle était toujours restée Française, parce qu'elle était incapable de changer de nationalité sans l'autorisation de son mari. Il y avait là une question de capacité qui militait en faveur du Droit Français, en même temps que la solution qui consistait à considérer le Droit Français comme beaucoup plus rapproché du Droit Belge, que la loi de Saxe-Altenbourg. On déduit de ces conséquences générales que la théorie de la nationalité effective est tout au moins théorique et doit tenir compte du statut personnel des personnes



intéressées, et notamment du point de savoir si l'on est en présence de personnes capables ou de personnes incapables.

On fait intervenir aussi d'autres éléments de distinction, tels que, par exemple, la distinction entre la nationalité d'origine et la nationalité d'acquisition. Je ne puis entrer dans ces détails; je renvoie simplement pour l'étude plus approfondie de cette distinction, à deux décisions de notre Cour de Cassation Française statuant comme Etat tiers, sur la nationalité de sujets étrangers. Telles sont d'abord l'affaire Freudenberg (Cas. Civ. 28 Juin 1922. - S 1923. I, 125). Il s'agissait, en l'espèce, d'un conflit de nationalités mettant en présence le Droit Russe et le Droit Allemand, un allemand naturalisé en Russie sans avoir obtenu le congé sur sa demande ou sans justifier de dix ans de séjour ininterrompu à l'étranger, faisant perdre sa nationalité, conformément à la loi allemande de 1870.

Il s'agissait d'une espèce assez analogue dans l'affaire Springer (Cas. Req. 17 Décembre 1923. D. 1924 I, 9). Il s'agissait d'un Autrichien naturalisé en Angleterre, et l'on se posait la question de savoir des deux nationalités qui pouvaient être appliquées cumulativement au ressortissant quelle était celle pour laquelle devait se prononcer l'Etat tiers, c'est-à-dire la juridiction française. Il y a dans ces arrêts des indications sur les distinctions nécessaires entre la nationalité d'origine et la nationalité d'acquisition.

Malgré la diversité des systèmes, nous constatons qu'on pouvait, à l'époque où était promulgué le Code Bustamante (en 1928) considérer, comme l'écrit M. Maury en conclusion de son étude (N° II4) que, malgré toutes les divergences et tous les systèmes soutenus sur la matière, la directive de la nationalité effective est de Droit International positif.

Ceci dit, voyons maintenant le Code Bustamante, et les résolutions auxquelles il a conduit les Etats de l'Amérique du Sud et de l'Amérique Centrale qui ont déjà ratifié ses conclusions. C'est le deuxième point de mon étude, sur cette question du conflit de nationalités pour les personnes physiques.

II - Les dispositions du Code Bustamante, en ce qui concerne le conflit de nationalités chez les personnes physiques. (a.9-15)

Procédé employé par le C.B. en décidant non Ce qui frappe immédiatement, c'est que le Code Bustamante, par un scrupule de rédaction dont il y a lieu, d'ailleurs, de le féliciter, ne tranche pas di-



Directement sur la nationalité à attribuer, mais sur la loi compétente.

rectement la question de la solution du conflit de nationalités au point de vue de la nationalité à attribuer à chaque individu. Très correctement, plus correctement encore que tous les auteurs dont j'ai résumé les doctrines, le Code Bustamante se souvient que ce sont surtout des conflits de lois, et il statue, non pas directement sur la nationalité à attribuer à l'individu, mais sur la loi à laquelle on doit donner la préférence.

Sans doute, en principe, les résultats positifs seront les mêmes, car lorsqu'il s'agit, dans les conflits positifs notamment, de deux législations qui se disputent un même individu, donner la préférence à une législation sur l'autre, c'est dire indirectement que l'individu a la nationalité de la législation préférée.

Voyons donc maintenant ces articles 9 à 15 (1) qui n'ont fait que reproduire les solutions contenues dans l'enseignement du professeur de Bustamante.

Dès que nous lisons les articles, nous apercevons que l'auteur s'est approprié les distinctions résultant de la doctrine contemporaine, la distinction entre le cas où le litige est soumis à un Tribunal dont la nationalité est en cause, et, deuxième hypothèse, lorsque le litige est soumis à un Tribunal d'un Etat qui n'est pas intéressé dans la question.

Distinction adoptée entre le cas où le conflit est soumis au tribunal d'un des Etats intéressés ou à celui d'un Etat tiers.

Seulement, par un progrès dont il y a lieu, en somme, de tenir compte, il a réuni les espèces, et dans l'article 9 nous trouvons tranchés à la fois - le professeur de Bustamante le dit dans son commentaire - et les conflits négatifs, et les conflits positifs, se présentant devant un Tribunal dont la nationalité est intéressée (art. 9) pour réserver alors, (art. 10 et suivants) les conflits de nationalités déferés devant un Etat tiers.

Application par le tribunal de l'Etat intéressés ou à celui d'un Etat tiers.

L'article 9 qui est relatif aux conflits déferés aux Tribunaux d'un Etat intéressé, est ainsi conçu :

"Chaque Etat contractant appliquera son propre droit à la détermination de la nationalité d'origine

(1) Cf. de Bustamante, 1, N° 645, P. 384 et ss. Com. mission des Jurisconsultes de Rio, N° 111 et ss. pp. 108 et ss. - Pour mieux comprendre la doctrine du Professeur de Bustamante Cf. Traité N° 621 et ss. pp. 377 et ss. où ne statuant pas comme mandataire du Code nouveau, mais comme auteur professant "ex cathédra" il expose les solutions sur la nationalité et la naturalisation en Droit International Privé.



de toute personne physique ou juridique" (le principe est le même pour les personnes morales, nous le verrons), "à l'acquisition, à la perte, à la réacquisition ultérieure de cette nationalité, que les circonstances se soient réalisées sur son territoire ou au dehors, quand l'une des nationalités en cause est celle du dit Etat".

L'article se termine par un renvoi à l'article suivant "dans les autres cas, on appliquera les dispositions prévues aux autres articles du présent chapitre ce qui est inutile à dire.

La solution est donc la suivante : dans l'article on vise d'une part les apatrides, et d'autre part la première hypothèse du conflit positif de nationalités et on déclare que la solution dépend de la *lex fori*, de la loi du tribunal du juge saisi, puisque l'Etat en question est intéressé dans le conflit.

Les motifs, très clairs d'ailleurs, de la solution admise, sont indiqués très brièvement notamment dans le commentaire sur les Jurisconsultes de Rio, N° 113, p. 109 : "un seul article suffit: chaque Etat applique son propre droit". La législation sur ces problèmes est nécessairement d'ordre public international."

C'est ici, pour la première fois, que nous voyons catégoriser une règle de droit dans l'une des trois célèbres catégories de l'Ecole de la Havane.

"On ne conçoit pas que le droit d'un Etat attribue ou laisse à un autre ses nationaux, et que le premier s'incline devant ces règles contraires à ses propres lois".

C'est là une solution d'ordre international et pour les apatrides et pour le conflit positif de nationalité, lorsqu'il se présente devant les tribunaux d'un Etat intéressé. Que veut dire l'observation que ce sont des règles d'ordre public international ?

Reportons-nous à l'article 3 où se trouve le catalogue des lois établi par l'Ecole de la Havane. Les dispositions d'ordre public international, ce sont celles qui obligent également ceux qui résident sur les territoires, qu'ils soient ou non des nationaux, dispositions appelées territoriales, locales, ou d'ordre public international.

Sur ce point il n'y a pas lieu d'insister outre mesure; la règle est claire, elle correspond à toutes les doctrines et à toutes les jurisprudences internationales.

B. Cas où le conflit est porté devant le tribunal d'un Etat Mais c'est dans les articles 10 et suivants, que nous allons rencontrer des originalités. D'abord cette série d'articles commence par distinguer entre les hypothèses; l'article 10 statue sur 1



tiers, distinctions faites par le C.B. conflits de nationalités d'origine, l'article 11 également, ainsi que l'article 12.

L'article 13 est relatif aux naturalisations collectives.

L'article 14 est relatif à la perte de nationalité.

L'article 15 au recouvrement de la nationalité.

Voilà donc une première série de distinctions établies dans l'examen de la deuxième des questions posées dans les doctrines internationales, la deuxième hypothèse, celle où la question se présente devant les tribunaux d'un Etat qui n'est pas intéressé dans la question.

Ces distinctions posées, quelles sont les règles ?

Articles 10, 11 et 12, conflits sur la nationalité d'origine.

Préférence donnée dans les conflits sur la nationalité d'origine à la loi du domicile, a. 10 et 11.

La solution est très complexe. En principe, le code Bustamante se prononce pour l'application, pour résoudre ce conflit, de la loi du domicile. Voilà quel est le principe pose à l'article 10 : "pour les conflits sur les nationalités d'origine, auxquels n'est pas intéressé l'Etat où ils sont soulevés, (c'est bien la seconde hypothèse du droit international), on appliquera la loi de celles des nationalités en litige où la personne dont il s'agit a son domicile". Ce domicile, le professeur de Bustamante ajoute qu'on doit combiner l'article 10 avec l'article 25, lorsque le domicile actuel ne peut pas être découvert (art. 25 de la codification) "à son défaut, on prend la loi du lieu où le dernier domicile est prétendu acquis".

Mais de quel domicile est-il question ? Là, une distinction importante intervient. On ne prend la loi du domicile que si le domicile de l'individu considéré est fixé dans l'un des deux ou des plusieurs Etats qui peuvent se disputer le ressortissant.

S'il a son domicile ailleurs, alors la loi applicable change, et la loi qui devra être appliquée pour trancher le litige est la loi du juge saisi. Article 11 : "on appliquera au cas prévu à l'article précédent les règles adoptées par la loi du tribunal, la lex fori.

Ainsi, en principe, c'est la loi du domicile qui doit trancher le conflit, lorsque l'un des individus considérés se trouve domicilié dans l'un des Etats qui se disputent leurs ressortissants, et si ce n'est pas le cas, on fait alors appel à la lex fori. Voilà la distinction fondamentale; nous verrons ce qu'elle vaut, en dehors alors de ces deux hypothèses qui sont les plus importantes.

Voici très brièvement résumées les solutions qui sont établies dans les articles suivants. En ce qui



Les conflits  
en matière de  
naturalisation.

concerne la naturalisation, (art. 12) les conflits sont résolus suivant la loi de la nationalité supposée acquise.

Article 13, pour les naturalisations collectives on appliquera la loi de l'Etat nouvellement formé.

Ici, je ferai une observation : une addition à l'art. 13 a été introduite par les jurisconsultes de Rio. En principe, on voulait que toutes les naturalisations collectives ressortissent de la loi nouvelle, mais on a restreint l'hypothèse au cas d'Etats tout nouvellement formés, pour n'avoir point à obliger les Etats Sud-Américains à se prononcer sur les questions d'annexion (cf. la Commission de Rio, page 218).

Perte et recouvrement de nationalité.

Enfin, dernières règles, articles 14 et 15, sur lesquelles il n'y aurait pas lieu d'insister : "à la perte de la nationalité doit s'appliquer la loi de la nationalité perdue; au recouvrement de la nationalité, la loi de la nationalité recouvrée". Ce sont là des règles qui n'offrent pas de grande difficulté.

Le noeud de la question consiste dans la première, dans les articles 10 et 11, où le Tribunal indiqué, la loi indiquée comme ayant compétence pour trancher la question, est la loi du domicile, ou la loi du Tribunal saisi.

Ce n'est donc pas la théorie de la nationalité effective qui l'emporte tout au moins en apparence; peut-être n'en est-il pas de même en réalité, nous le verrons.

Art. 10 et 11  
Compétence dans  
les conflits  
positifs de  
nationalités,  
devant la ju-  
ridiction d'un  
Etat tiers,  
de la loi du  
domicile et à  
défaut de la  
lex fori.

Attachons nous surtout à l'essentiel, c'est-à-dire à l'ensemble des dispositions des articles 10 et 11, qui statuent sur la nationalité et sur la loi applicable à la question de nationalité, lorsqu'un conflit positif se présente devant une juridiction qui n'est point celle d'un des Etats intéressés dans le conflit.

La solution, assez surprenante, consiste à appliquer aux nationalités en litige la loi du domicile, la loi de celle des nationalités en litige où la personne dont il s'agit a son domicile, et à défaut de ce domicile ou d'un ancien domicile conservé, on appliquera aux cas en question la loi du tribunal, la lex fori. Occupons nous simplement de cette attribution de compétence législative, pour trancher la question de nationalité, à la loi du domicile ou à son défaut à la lex fori.

Nous sommes assez loin, en apparence, du système qui domine dans le Droit International positif actuel, des directives du principe de la nationalité effective. Cependant, lorsqu'on lit les commentaires plus qu'autorisés de M. de Bustamante, on s'aperçoit que



peut-être, sous cette forme, les auteurs de la codification se sont inspirés de la théorie de la nationalité effective ou active, et on cru en faire une application. C'est, en effet, ce qui paraît ressortir des motifs à l'appui de cette solution que nous lisons dans le livre de M. de Bustamante consacré à la Commission des Jurisconsultes de Rio de Janeiro, N° II4, p. II0.

Voici comment s'exprime l'auteur :

Justification  
de cette solu-  
tion par Bus-  
tamante; cri-  
tique des mo-  
tifs soumis à  
l'appui.

"Quant aux personnes physiques, et en ce qui concerne leur nationalité d'origine, on préfère la loi de celle des nationalités litigieuses dans laquelle la personne dont il s'agit a son domicile. C'est un critérium communément admis par la jurisprudence et par la doctrine en Europe et en Amérique et il repose, non seulement sur le fait qu'à défaut du principe de la nationalité, aucune règle ne peut disputer la primauté à celle du domicile dans ce genre de cas, mais aussi sur ce que le domicile, sous forme de résidence continue, est précisément un des éléments sur lesquels repose l'acquisition de la nationalité comme symptôme d'expression de l'amour de la patrie".

Voilà justifiée la première partie de la première disposition que nous étudions, le principe de l'article 10 : l'attribution de la loi du domicile.

1° "critérium communément admis par la jurisprudence et par la doctrine en Europe et en Amérique", dit M. de Bustamante.

2° ce critérium repose sur la primauté de la loi du domicile, à défaut du principe de la nationalité, sur l'importance de la loi du domicile dans le droit international privé.

3° enfin, le domicile est considéré sous la forme de résidence continue, comme une des conditions de l'acquisition de la nationalité, symptôme de l'attachement à un pays.

De ces trois raisons, la première pourrait être discutée : est-il bien exact que la jurisprudence et la doctrine en Europe et en Amérique admettent le domicile comme critérium dans le cas des nationalités litigieuses, ou soumises à un Etat tiers, ou à une juridiction internationale ? Ce n'est qu'en partie exact.

Nous avons vu en effet que, si le domicile ou la résidence continue sont retenus par la doctrine de la nationalité effective ou active, ils ne le sont seulement qu'à la manière d'un élément d'appréciation; il y en a d'autres, et il est tout au moins exagéré de venir dire que le domicile est le critérium admis communément par la doctrine et la jurisprudence en Europe et en Amérique. C'est un des éléments, si l'on veut,



d'un ensemble de critères qui permettent de déterminer des deux nationalités litigieuses quelle est celle pour laquelle il faut, de préférence, se prononcer.

Le second des motifs, l'importance de la loi du domicile, à défaut du principe de la nationalité, n'est point discutable, mais peut-être qu'il faut se demander si c'était le cas de faire intervenir cette observation; elle ne paraît pas pertinente. Il ne semble pas qu'on puisse dégager de l'importance, de la primauté, même si l'on veut, de la notion de domicile, à laquelle je m'attacherai dans une prochaine leçon, cette conséquence que ce soit à titre de corollaire immédiat que le domicile gouverne l'attribution de la nationalité.

Enfin, évidemment, l'importance du domicile, de la résidence continue pour l'acquisition de la nationalité, notamment en ce qui concerne ce qu'on appelle la nationalité par le bienfait de la loi, ou la nationalité d'acquisition par la naturalisation, est encore une observation exacte, mais il ne me paraît pas qu'il y ait un lien de logique absolu à déduire de cette observation la préférence donnée à la loi du domicile.

J'estime donc que les raisons présentées à l'appui de la solution peuvent être assez discutables au moins pour leur pertinence dans le cas considéré, et ne sont point, à mon sens, aussi impérieuses, aussi déterminantes, que celles qui se tirent de l'ensemble des éléments de la nationalité effective. Nous verrons d'ailleurs, tout à l'heure, dans quelle mesure on pourra discuter ces considérations.

Justification  
à défaut de la  
loi du domicile  
de l'application  
de la lex  
fori.

"Si l'intéressé n'a son domicile en aucun des pays dont la nationalité est contestée" ajoute le N° II4, page IIO, "le projet recommande, suivant la majorité des auteurs, qu'on applique les principes admis par la loi du tribunal".

Ici, nous trouvons déjà un premier argument : "suivant la majorité des auteurs". Je dois faire une réserve; dire que la majorité des auteurs se prononce, à défaut de domicile, pour la lex fori, c'est exagéré. Nous avons vu que la Belgique, notamment, se prononce pour la loi la plus rapprochée de la lex fori; certains auteurs ont admis la compétence de la lex fori, mais dire que c'est la majorité, c'est exagéré.

L'auteur ajoute : "Il n'y a pas de raison de préférer aucune de celles des deux ou plusieurs législations qui sont en conflit, et le cas est pour le troisième Etat sans droit applicable". Ceci est exact, il n'y a pas de raison en soi, mais il peut y avoir des raisons extérieures.



Enfin, troisième motif : "une règle très fréquente dans les codes civils ordonne aux juges, dans la vie interne, quand la loi manque de contrainte et qu'il n'y a pas de coutume locale, d'appliquer les principes généraux du Droit. Ces derniers doivent être en harmonie avec la législation du juge et en dériver. Ce même critérium fait présumer dans l'hypothèse que nous exposons, la *lex fori*". Autrement dit, lorsqu'il n'y a pas de raison de décider, les législations en général, le Droit International, le statut même de la Cour de la Haye, convient le juge à statuer d'après les principes généraux du droit.

Ces principes généraux du Droit, où le juge va-t-il les chercher ? C'est généralement de sa législation personnelle qu'il les fait dériver, et ce critérium, dans l'hypothèse où il est posé, conduit par conséquent à la considération de la *lex fori*, qui inspire nécessairement le juge.

Ici encore, des réserves peuvent être faites, car les principes généraux du Droit ne sont pas nécessairement les principes généraux du Droit Interne. Le juge d'un Etat tiers, ou plus certainement le juge d'un Tribunal International, Tribunal Mixte, ou Tribunal d'Arbitrage, ou Cour Permanente, s'inspire, non pas des principes généraux d'un Droit déterminé, puisqu'il n'y a pas de *lex fori*, mais des principes généraux du Droit International.

Ainsi, les raisons données à l'appui du système, des articles IO et II, paraissent déjà susceptibles d'être critiquées, et ceci nous amène alors immédiatement à apprécier la solution contenue dans les articles que je viens d'analyser, du point de vue universaliste, du point de vue international, et à nous demander si, étant donné ces articles, ils sont de nature à solliciter et à retenir l'attention des juristes des autres pays, de manière à devenir la loi internationale universellement consentie, par l'acceptation de l'ensemble des Etats.

C'est le troisième point que je vais, alors, examiner relativement au conflit de nationalités pour les personnes physiques.

III - Appréciation critique des dispositions contenues dans les articles IO & II du Code Bustamante, en ce qui concerne les conflits de nationalités pour les personnes physiques.

Pour nous rendre compte de l'esprit international

" Les Cours de Droit "

3. PLACE DE LA SORBONNE. 3

Répétitions Écrites et Orales

T



Peu d'influence du C. Bustamante sur les conventions postérieures tranchant des questions de double nationalité.

en cette matière, il ne faut pas nous prononcer à priori. Il faut rechercher si, depuis le Code Bustamante, et en connaissance de cause, des Etats ont eu à se prononcer, et le sens dans lequel ils l'ont fait.

Fort heureusement, malgré la date récente du Code Bustamante, nous pouvons, pour apprécier ses solutions avoir recours à des conversations, et même à des conventions internationales.

Tout d'abord, pour régler les conflits de nationalités, il existe plusieurs catégories de conversations et de conventions internationales : les négociations aboutissant souvent à des conventions bilatérales, les "conversations à deux", pour employer l'expression à la mode d'aujourd'hui. D'autre part, les négociations générales, les discussions de Congrès internationaux, les discussions de commissions internationales peuvent aboutir à des conventions générales, englobant un nombre important d'Etats.

Nous avons justement la bonne fortune, depuis l'apparition du Code Bustamante, de pouvoir examiner quelle est la solution qui a des préférences, soit dans certaines conventions bilatérales, soit dans une grande convention générale.

Convention franco-belge de 1928; compétence non de la loi du domicile mais de celle du pays où le mariage est célébré.

Comme convention bilatérale, je prendrais l'exemple de la Convention Franco-Belge du 12 Septembre 1928, postérieure d'un certain nombre de mois au Code Bustamante, Convention relative à la nationalité de la femme mariée. C'est le type peut-être le plus accompli des Conventions bilatérales.

Le conflit né de la combinaison des lois récentes sur la nationalité de la femme mariée, tant en Belgique qu'en France, pouvait aboutir, et aboutissait nécessairement, soit à créer des cas d'apatridie, soit surtout, à créer des cas de cumul de nationalités. C'est pour éviter ces résultats que la Belgique et la France ont signé cette Convention approuvée, ratifiée et promulguée dans les deux pays dans les années suivantes.

Or, si la Convention présente un critère de solutions, à quel critérium s'est-elle référée ? Elle aurait pu songer au critère de la loi du domicile, et dire que la loi qui l'emportera sera la loi du domicile des époux. Il y avait même une raison qui pouvait conduire les négociateurs à admettre cette solution, c'est que dans les travaux préparatoires de la loi de 1927 en France, on avait fait à la loi du domicile une place prépondérante; il en est resté trace dans le troisième alinéa de l'article 8 de la loi de 1927, qui prend en considération le premier domicile des époux, pour déterminer, dans certains cas, la na-



tionalité de la femme. Il y avait donc comme une sorte d'invitation du législatif à prendre en considération le domicile des époux pour trancher la question de double nationalité.

Or, ce n'est pas du tout dans cette voie que se sont orientés les négociateurs, et la loi à qui on donne la préférence pour trancher la question de double nationalité dans un sens déterminé, ce n'est pas la loi du domicile, c'est la loi du pays où le mariage est célébré.

En effet, si on se reporte au texte de cette Convention (Niboyet et Goulé, Recueil Supplément 1929, p. 33) on y voit que le principe de solution est très simple : aux mariages célébrés en Belgique on appliquera la loi belge, aux mariages célébrés en France, on appliquera la loi française. On fait reposer cette solution sur une sorte d'option tacite des époux, le lieu où le mariage étant célébré étant considéré comme celui d'un pays auquel la femme, par son consentement personnel, - sauf, bien entendu, une intention contraire réservée par la Convention, - adhère, et, par conséquent, se soumet.

Voilà donc une première donnée internationale intéressante. Là où l'on aurait pu admettre la loi du domicile comme susceptible de trancher un cas de double nationalité, là même où l'une des législations en conflit semblait y conduire, les négociateurs s'en sont écartés.

Convention de  
La Haye de 1930  
en matière de  
nationalité.

Mais plus déterminantes encore sont les solutions auxquelles s'est arrêtée la grande Convention Internationale signée à La Haye, le 12 Avril 1930, par suite de la conférence qui eut lieu à ce moment dans la capitale des Bays-Bas, où 48 États étaient représentés.

Cette Convention de La Haye, ou plutôt ces protocoles de La Haye (car elle se composait d'une Convention et de trois protocoles), était venue à la suite d'un mouvement doctrinal et scientifique intense.

La question ne se posait pas devant les représentants des puissances réunies à la Conférence sous une forme nouvelle, et comme une surprise. Depuis longtemps déjà, dans les Instituts Internationaux, dans les Sociétés scientifiques, dans les livres, ouvrages et revues, la question était retournée et débattue. L'Institut de Droit International - la vieille Académie de Droit International - avait, dans plusieurs sessions : Oxford, 1880; Cambridge, 1885; Venise, 1887; Stockholm, 1928, discuté la question. L'association qui siégeait à Londres, mais dont l'ensemble des membres sont répartis dans les divers pays, l'"International Law Association" (La Société Internationale de Droit) avait,



dans plusieurs assemblées récentes : 1922, à Buenos-Aires, 1923 à Londres, 1924 à Stockholm, élaboré un projet de loi uniforme. La Faculté de Droit de Harvard en Amérique, avait consacré des études spéciales dans un projet de convention publié dans l'"American Journal of international law". Enfin en Allemagne, la "Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht", avait également élaboré un projet de convention.

C'est dans ces conditions qu'à la suite d'une résolution de l'Assemblée de la Société des Nations, du 18 Septembre 1924, le Comité d'Experts constitué en vertu de cette résolution avait, par l'intermédiaire d'un Comité préparatoire de cette Commission importante, élaboré des bases de discussion, réunies aujourd'hui dans un volume qui forme un document considérable en la matière et préparé, par conséquent une discussion éclairée qui eut lieu, en toute connaissance de cause, à La Haye (voir texte dans Rev. D.I.P. 1930, p.337).

Il ne peut être question d'analyser ici la Convention et les protocoles. Je voudrais simplement m'arrêter aux quelques articles qui tranchent la question visée dans le Code Bustamante, aux articles 10 et 11, en faisant remarquer, d'ailleurs, que toutes les autres distinctions et nuances qui figurent dans les articles 12 à 15 de la codification américaine, n'ont trouvé aucun écho dans la codification internationale de La Haye.

Aux articles 9, 10, et 11 de la codification Bustamante, correspondent respectivement les articles 2 et 3 d'une part, les articles 5 et 6 d'autre part de la Convention de La Haye.

Les articles 2 et 3 correspondent à l'article 9 du code Bustamante.

Les articles 5 et 6, aux articles 10 et 11.

Les articles 2 et 3 visent l'hypothèse où se présente devant le Tribunal d'un Etat intéressé, soit la question de l'apatridie, soit la question du cumul de nationalités.

Dans ces deux cas, les articles 2 et 3 sanctionnent le principe de la lex fori. Sur ce point, par conséquent, il y a une coïncidence entre la solution des articles 2 et 3 de la Convention de La Haye, et l'article 9 du Code Bustamante.

Article 2 : "Toute question relative au point de savoir si un individu possède la nationalité d'un Etat doit être résolue conformément à la législation de cet Etat".

Article 3 : "Sous réserve des dispositions de la présente Convention, un individu possédant deux ou



plusieurs nationalités pourra être considéré par chacun des Etats dont il a la nationalité comme son ressortissant".

C'est bien là, en somme, la solution qui se dégage de l'article 9 du Code Bustamante, pour ce qui est de la nationalité d'origine, soit qu'il s'agisse de l'apatridie, soit qu'il s'agisse du cumul de nationalités.

Mais c'est la question épineuse de la solution à donner, en présence d'un conflit qui ne se déroule par devant le Tribunal d'un des Etats intéressés, (art. 10 et suivants du Code Bustamante) que tranchent les articles 5 et 6 de la Convention.

Admission devant le Tribunal d'un Etat tiers du principe de la nationalité effective.

Ces articles, on peut le dire d'une façon générale, s'inspirent entièrement du principe de la nationalité active ou effective. Ils en sont l'expression complète, en insistant même dans une certaine mesure sur le caractère d'option, le caractère volontaire qui se rencontre, nous l'avons vu, à la base de la théorie de la doctrine de la nationalité active.

A propos de cet article 5 on doit indiquer tout de suite un défaut de rédaction et pour la clarté des explications il importe de le corriger. C'est à mon sens, une erreur regrettable que de faire précéder, dans la législation interne comme dans les conventions internationales, la disposition principale, de la mention des "exceptions". Ce défaut est inhérent, on pourrait dire constitutif, congénital, dans les rédactions anglo-saxonnes. On commence par l'exception, on finit par la règle. On excepte ce qui doit être excepté, et ensuite on indique le principe général. Les raisons pour lesquelles les législations anglo-saxonnes rédigent ainsi, sont des raisons tirées des principes généraux de leur système juridique, où la loi écrite apparaît toujours comme dérogeant à la coutume générale. Mais pour nous, qui sommes des pays de droit écrit, qui nous réclamons à cet égard de la tradition du Droit Romain, j'estime qu'il y a là une erreur de système, et, dans tous les cas, un défaut manifeste de rédaction.

Je corrigerai donc sur ce point l'article 5 en faisant sauter trois lignes : "Sans préjudice des règles du droit appliqué en Etat tiers en matière de statuts personnels, et sous réserve des conventions en vigueur" qui commencent la deuxième phrase, je les remettrai à la fin, et voici alors, dans le texte corrigé, comment se présente l'article :

"Dans un Etat tiers, l'individu possédant plusieurs nationalités devra être traité comme s'il n'en avait qu'une".



Voilà le premier passage, la première proposition, le premier "satz", comme on dit en législation allemande, de l'article 5.

Principe général : un individu, dont la nationalité est contestée pour cumul devant le Tribunal d'un Etat tiers, doit sortir de ce tribunal avec l'attribution d'une seule nationalité. Le juge international, le juge d'un Etat tiers adhérent à la Convention devra dire quelle est la nationalité de cet individu; il n'en a qu'une.

Deuxième proposition : "Cet Etat pourra sur son territoire, reconnaître exclusivement parmi les nationalités que possède un des individus, soit la nationalité du pays dans lequel il a sa résidence habituelle et principale, soit la nationalité de celui auquel, d'après les circonstances, il apparaît comme se rattachant le plus en fait".

Voilà la formule : parmi les nationalités que possède cet individu, celle à qui on doit donner la préférence, c'est celle du pays dans lequel il a sa résidence habituelle et principale, ou celui auquel, d'après les circonstances de fait, il apparaît comme se rattachant le plus.

Qu'est-ce là, sinon l'expression absolue de la théorie de la nationalité effective ou active ?

Et une autre disposition ponctue encore l'accentuation de la solution adoptée dans le sens de l'option volontaire de l'individu, dans la Convention Internationale, c'est l'article 6.

L'article 6 vise une hypothèse fréquente, envisagée d'ailleurs par notre droit sur les nationalités dans son article 9 (3°). C'est le cas où, sans volonté de sa part, nous dirons par le bienfait de la loi, un individu possède deux nationalités. C'est le cas, pour la nationalité d'origine de certaines personnes qui, sans l'avoir adoptée, se trouvent "jure sanguinis" appartenir à un pays, et "jure soli" à un autre; dans ce cas, nous dit l'article 6 "tout individu possédant deux nationalités acquises sans manifestation de volonté de sa part pourra renoncer à l'une d'elles, avec l'autorisation de l'Etat à la nationalité duquel il entend renoncer."

C'est là le principe écrit dans notre article 9 (3°) de la loi de 1927. Ceci souligne l'intention du législateur international de placer, en quelque sorte, sous l'empire de la volonté individuelle, la solution de la directive de la nationalité effective ou active adoptée par lui dans les articles qui précèdent.

Sans doute, à l'heure qu'il est, la Convention



de La Haye, à laquelle participaient tant de nations assemblées et représentées, n'est encore ratifiée que par trois des Etats signataires : le Brésil, Monaco et la Norvège. Résultat, il faut bien le dire, assez mince et assez regrettable, tenant à ce que la législation interne des pays doit se mettre en harmonie avec certains des principes accueillis dans la Convention et les 3 protocoles, ce qui nécessite un travail législatif assez long. C'est la raison pour laquelle la France n'a pas encore ratifié la Convention.

Malgré cette non ratification, ce qu'il faut retenir, c'est que les Etats représentés se sont ralliés à la solution de la nationalité effective, et là plus encore, que ceux de la Convention Franco-Belge de 1928 ils agissaient en connaissance de cause, car deux années s'étaient écoulées depuis l'apparition du Code Bustamante; il était connu des négociateurs; la solution était sous leurs yeux; ils s'en sont donc écartés volontairement, c'est donc une raison pour laquelle on peut dire que la Convention Internationale, a, in parte qua, repoussé les solutions du Code Bustamante.

Différence entre la Convention de La Haye et le C. Bustamante.

Parmi les différences qui séparent les solutions du Code Bustamante et les solutions admises à la Convention de La Haye, il convient d'en noter un certain nombre.

D'abord, la formule de l'article 5 de la Convention Internationale de La Haye tient compte de la résidence habituelle et principale. Le Code Bustamante parle du domicile.

Il n'y a pas qu'une nuance, il y a une différence, qui est sensible, car la notion de domicile présente un caractère double : international et national.

Dans l'ordre national, la notion de domicile se présente comme une notion, en quelque sorte fictive ou factice, car, on peut avoir son domicile dans un endroit où on n'a jamais résidé, où on ne réside pas. (Cela est une des conséquences de la notion moderne du domicile, dont j'aurai à parler très prochainement, à propos de tel article du Code Bustamante sur le domicile), tandis que la résidence est un élément de fait, un élément qui comporte non seulement l'intention, mais l'efficacité, l'actualité, la vérité dans les faits et dans les actes, et il n'est pas indifférent qu'on ait placé le mot "résidence habituelle et principale", au lieu du mot "domicile" qui figurait dans le Code Bustamante. Donc, première différence.

Deuxième différence : Alors que le Code Bustamante prend le domicile pour élément d'appréciation, dans le cas de son article 10, au contraire, dans l'article 5



de la Convention Internationale nous voyons que la résidence habituelle et principale n'est qu'un des éléments, car cet article dit que l'Etat reconnaitra parmi les nationalités de cumul de l'individu, soit la nationalité du pays dans lequel il a sa résidence habituelle et principale, soit la nationalité de celui auquel, d'après les circonstances de fait, il apparaît comme rattaché le plus. Ce n'est donc pas le seul élément pris en considération, dans la Convention Internationale c'est un des éléments susceptibles d'être pris en considération. Voilà la deuxième différence.

Troisième différence : Et c'est alors que nous approchons le plus du système repoussé dans la codification Bustamante. Rien de semblable à l'article 11 de la codification Bustamante, rien de semblable dans les Conventions Internationales à ce singulier article qui donne, en cas d'absence de domicile ou d'ancien domicile, la compétence pour trancher la question de juridiction à la lex fori.

Pourquoi la loi du Tribunal ?

Tout à l'heure, j'indiquais, quelques réserves concernant les motifs sur lesquels l'article 11 reposait dans la codification Bustamante, mais voici maintenant des critiques directes. Elles résultent des raisons pour lesquelles l'article 5 n'a nullement songé en pareil cas, à indiquer la lex fori, comme supplétive.

Critique de la compétence reconnue par le C.B. à la lex fori.

Ce sont, tout d'abord, dans ces raisons, celles qui ont été indiquées par le Tribunal Mixte Franco-Allemand, dans l'affaire Barthez : la lex fori est variable; elle change d'Etat à Etat. Par conséquent, la solution ne pourra jamais être uniforme au point de vue international, elle sera dans un sens, dans un pays, dans un autre sens dans un autre.

En second lieu, lorsqu'il s'agirait d'un Tribunal International, - et la Convention n'a eu garde d'oublier que le cas peut se présenter - on ne peut plus parler de lex fori, car la lex fori n'est pas une loi spéciale, ce sont des principes généraux du Droit International.

Et puis, enfin, quelle compétence a la lex fori pour trancher le cas de deux nationalités se disputant un individu ? Pourquoi la lex fori serait-elle mieux qualifiée que tout autre loi extérieure, que, par exemple, la dernière loi votée sur la nationalité par le dernier des pays légiférants, et enfin, pourquoi s'en référer à la lex fori, et ne pas statuer directement sur la nationalité.

Il y a là une distinction scientifique, mais qui



n'a aucun intérêt en la matière. Telle est la troisième observation.

Enfin, la quatrième différence, c'est que la Convention Internationale fait place à l'option individuelle, dans son article 6, alors qu'au contraire, dans la codification Bustamante, aucune place n'y est faite, et qu'on semble bien avoir écarté, à beaucoup d'égards cette volonté des individus.

Supériorité des  
formules de La  
Haye sur celles  
du C.B. du point  
de vue univer-  
saliste.

Ainsi, il y a des divergences importantes entre les deux textes. Et, puisque nous avons à apprécier la solution du Code Bustamante, non pas en soi, mais du point de vue universaliste, force nous est bien de reconnaître que, de ce point de vue, les formules à préférer ne sont pas celles du Code Bustamante, mais sont beaucoup plutôt celles de la Convention Internationale de La Haye.

Ce n'est pas à dire que ces solutions de La Haye soient entièrement à approuver, tout au moins pour ce qui est de l'estimation de leur valeur, par rapport aux deux problèmes fondamentaux que la Convention avait lieu de discuter et de trancher, la question de l'apatridie, et la question du cumul de nationalités.

Si la Convention de La Haye, est apparue comme le dernier mot sur la matière, c'est par conséquent, du point de vue universaliste; dès l'instant qu'un certain nombre d'Etats s'y sont ralliés, le pragmatisme, le côté pratique auquel nous nous attachons, doit lui faire donner la préférence.

Insuffisance des  
textes de La  
Haye. Le double  
principe pro-  
clamé (tout indi-  
vidu doit a-  
voir une natio-  
nalité et n'en  
avoir qu'une)  
et son retard  
sur les faits.

Nous ne pouvons tout de même pas nous dissimuler que ces textes ne couvrent pas entièrement le problème.

Dans les autres articles de la Convention, il est recommandé aux Etats de prendre telles ou telles mesures législatives ou administratives, par exemple, Art. 4, on conseille aux Etats de ne pas exercer de protection diplomatique au profit d'un de leurs nationaux, à l'encontre d'un Etat dont celui-ci est aussi le national. C'est une solution administrative que j'ai déjà indiquée. De même, pour éviter les cas de cumul ou d'apatridie, (l'apatridie surtout) on recommande un certain nombre de solutions, et les Etats se sont trouvés d'accord pour faire disparaître et pour éliminer telle ou telle cause d'apatridie ou de double nationalité.

Mais ceci ne fait pas disparaître le problème; ce problème demeurera tant que les Etats resteront attachés au double principe proclamé dans les Conven-



tions internationales précédentes, et dont le préambule de la Convention signée à La Haye reproduit en substance la teneur, dans ses premières lignes.

"Indications des hautes parties contractantes... Considérant qu'il importerait de régler, par voie d'accord international, les questions relatives aux conflits de lois sur les nationalités,... convaincu qu'il est de l'intérêt général de la communauté internationale de faire admettre par tous ses membres que tout individu devrait n'avoir qu'une nationalité, et n'en posséder qu'une seule" (double principe : un individu ne peut avoir qu'une nationalité, mais il doit en avoir une, il doit avoir toujours une nationalité, premier principe. Second principe : il ne peut en avoir qu'une). Et, pour affirmer plus solennellement cette double proclamation de principes, le troisième alinéa du préambule ajoute :

"Reconnaissant par suite que l'idéal vers lequel l'humanité doit s'orienter dans ce domaine consiste à supprimer tout ensemble les cas d'apatridie et ceux de double nationalité." Le problème est-il soluble, posé dans ces termes ? Cela me paraît impossible. Il me paraît insoluble, car un des principes proclamés par la Convention elle-même, c'est que chaque Etat est maître de sa nationalité. Supprimer les cas d'apatridie, ce serait donc obliger certains Etats à admettre malgré leur volonté certains individus comme leurs ressortissants, et, dans les cas de double nationalité, trancher des questions de nationalité, en se basant sur des principes qui ne sont peut-être pas les principes dominants dans le pays auquel on rattache l'individu considéré.

Et c'est pourquoi il faut se demander - et les faits sont là pour le prouver - si ces deux formules placées à la tête de la Convention signée en 1930, ne sont pas déjà très en retard sur les faits, et si on ne les a pas maintenues comme un exposé de principes communs à toutes les anciennes décisions des Congrès, alors que cependant des faits internationaux sont là pour établir que ces principes sont insuffisants, et que les faits ont dépassé la réglementation internationale, parce qu'il arrive très souvent, le plus souvent même, que les faits sont en avance sur le Droit.

Amorce d'une solution positive du problème de l'apatridie.

En ce qui concerne l'apatridie, une étude faite par un spécialiste, M. Trachtenberg (R.D.I. 1933.- N° 2) évalue au nombre suivant les réfugiés qui n'ont pas de nationalité : Un million de réfugiés russes; environ trois cent mille réfugiés arméniens; cent mille personnes restées sans nationalité en vertu du Traité de paix. A ce chiffre, il faudrait ajouter les



personnes qui ont perdu leur nationalité en vertu des mesures prises par le gouvernement du Reich Allemand, au cours de ces derniers mois. Par conséquent l'apatridie fait des progrès.

Les solutions contenues dans la Convention ont-elles porté ?

On sait vers quelle solution s'oriente aujourd'hui le concert des Nations. Nous en avons l'indication très nette dans l'arrangement signé en 1928, et mis en vigueur en 1930 à la S.D.N. en ce qui concerne les émigrés russes et arméniens. Un statut spécial leur est conféré, sous la direction d'un Haut Commissariat établi par la S.D.N. La tutelle de la S.D.N. conférée aux individus sans nationalité, voilà une solution positive, alors que les solutions des Conférences Internationales sont, à certains égards, négatives, et aboutissent simplement à atténuer l'apatridie, sans pouvoir la faire disparaître.

La solution positive, qui est en ce moment en gestation à l'assemblée des Nations, aboutit au contraire à l'élaboration de ce qu'on a appelé, assez audacieusement d'ailleurs, la nationalité internationale.

Voilà une première solution positive.

En ce qui concerne la plurinationalité, est-il aujourd'hui vraiment exact de venir dire que la volonté des Etats est qu'un individu n'ait qu'une seule nationalité ?

Ici encore, les faits ont précédé les théories, et c'est avec beaucoup de curiosité qu'on a pu lire récemment, dans la nouvelle Constitution de la République Espagnole du 9 Décembre 1931, un article 24 dont les dispositions finales sont des plus étonnantes. Cet article 24 admet le cumul de nationalités pour tous ceux qui sont ressortissants des pays de langue espagnole et portugaise. L'article dit que, sur la base de réciprocité nationale effective, et moyennant des formalités, la nationalité espagnole sera concédée aux originaires du Portugal et des pays de langue espagnole et portugaise, y compris le Brésil, qui le solliciteront. Et tant qu'ils habiteront le territoire espagnol, sans que soit perdue l'inamovibilité de leur nationalité d'origine, et, dans ces mêmes pays, si leurs lois ne l'interdisaient pas, même s'ils ne reconnaissent pas le droit de réciprocité, les Espagnols pourront se faire naturaliser, sans perdre leur nationalité d'origine.

Qu'est-ce à dire ?

C'est à dire que l'Espagne a proclamé l'apparement ethnique des Etats, et en a dégagé cette solution au point de vue de l'apparement de nationalités.



C'est, il faut bien le dire, aussi contraire que la "nationalité internationale", aux dispositions qui figurent dans le préambule de la Conférence de La Haye, mais peut-être est-ce là une solution vers laquelle se dirigeront les conférences qui se tiendront par la suite.

Telles sont les observations que j'avais à vous présenter notamment aux articles 9 à 15 de la codification Bustamante, et dans les leçons suivantes, je m'occuperai alors de la redoutable question de la nationalité des collectivités.

### NATIONALITE DES PERSONNES JURIDIQUES.

Cette matière est traitée dans les articles 16 à 21 du Code I3

Distinction du problème en droit interne et en droit international.

Le problème du droit des collectivités est une question grave dans la législation interne; il faut distinguer le problème en droit interne et en droit international.

#### En droit interne

Importance de la question de la reconnaissance des personnes juridiques.

Les collectivités ont de tout temps attiré l'attention du législateur. Réunions permanentes de personnes occupant une fraction du territoire, dépassant les buts d'un seul individu, elles constituent plus ou moins une concurrence pour l'Etat.

Aussi dit-on communément que les législations ont été toujours en cette matière plus ou moins draconiennes, arbitraires, excessives. Les collectivités bénéficient en effet, 1° de ce qu'on a appelé en Angleterre la succession perpétuelle, c'est-à-dire le fait, qu'après la mort du dernier de ceux qui les ont créés, elles persistent avec des éléments nouveaux.

2° Elles ont une tenacité dans les desseins et une persistance qui s'expliquent par l'absence de nature physique; elles ne sont pas soumises aux dérivations propres à l'être humain et vont directement vers leur but.

3° N'ayant pas d'existence physique qui leur soit propre, elles cherchent par "ambition corporelle" à s'extérioriser, à s'imposer matériellement, d'où la possession d'immeubles importants et magnifiques.

Le triple problème soulevé par les personnes Juridiques: 1° l'attache légale.

Au sujet des collectivités juridiques se présente un triple problème. 1° quel est le lien de droit qui existe entre la collectivité et les lois d'un pays donné? C'est le problème du rattachement ou de l'attache légale.

Il s'agit de déterminer sous quel régime juridique se constituera la collectivité, à quelle règles



obéiront le fonctionnement des assemblées, du conseil quels principes gouverneront la dissolution. Au point de vue du droit international, la question se pose de savoir à la loi de quel pays devra se rattacher la collectivité.

Les personnes qui la composent auront-elles le droit de choisir cette loi ou au contraire n'y a-t-il pas un lien obligatoire de rattachement entre l'entité et la loi du pays où elle se forme ?

Donc, à la base même de la constitution de la société, le droit international est intéressé et il l'est à un double point de vue.

1° Rattachement à une loi déterminée quand plusieurs sont en concurrence pour la constitution

2° Rattachement de l'être nouvellement constitué à la loi du pays.

Ce problème est si proche de celui de la nationalité pour les individus qu'on n'a pas hésité à le qualifier de nationalité de la personne juridique.

° la reconnaissance internationale.

2° Le second problème que pose l'existence des collectivités est celui de leur activité en dehors des frontières. Cette activité est-elle possible ? C'est le problème de la reconnaissance internationale qui se pose surtout en matière de société de capitaux.

° L'assimilation.

3° Dans quelle mesure enfin les Etats peuvent-ils ou doivent-ils établir une certaine assimilation entre les collectivités nationales et les collectivités étrangères reconnues par eux ? C'est le problème de l'assimilation. En temps de paix, on assiste à une tendance de plus en plus marquée de l'Etat à accorder à ses ressortissants le plus d'avantages possibles (art. 19 et 27 de la loi de 1926 sur la propriété commerciale.)

En temps de guerre, les personnes morales subissent les mêmes mesures que les individus - sequestre des biens appartenant à l'ennemi, interdiction du commerce avec l'ennemi.

La doctrine  
Bibliographie.

Me Maurice Travers : la nationalité des Sociétés commerciales (cours professé à l'Académie de La Haye) 1931.

Me Maurice Leven : Nationalité et régime des sociétés étrangères en France (1926).

Sociétés étrangères . Rapport au Congrès International de droit comparé de La Haye (Rev. de droit international privé 1932).



### 1<sup>o</sup> Le problème du rattachement.

Eléments d'  
extranéité qui  
peuvent compli-  
quer la ques-  
tion du ratta-  
chement.

Au moment de la constitution de la société se posent souvent des questions d'extranéité, c'est ce qui s'est passé lors de la constitution de la Cie Universelle du Canal de Suez devant les tribunaux mixtes d'Alexandrie. Cette société comportait : des éléments français (création par de Lesseps - direction à Paris - statuts à base française) - des éléments égyptiens (autorisation donnée en Egypte - 15 % des bénéfices prom. au gouvernement égyptien - siège social à Alexandrie) - des éléments internationaux (actions et obligations libellées en quatre langues - conseil de 32 membres représentant les principales nations intéressées dans l'entreprise).

L'arrêt du 4 Juin 1925 (Gaz. Pal. 25.2. 344) a décidé qu'on était en présence d'une société égyptienne.

Les 9 systèmes  
possibles; leur  
réduction à  
deux types  
principaux.

Le professeur de Bustamante (Traité tome I N<sup>o</sup> 52.100 p. 323) a fixé au chiffre de 9 les différents systèmes de rattachement qui s'offrent au juriste. On peut, dit-il, appliquer la loi :

- 1) de l'Etat qui autorise;
- 2) du territoire sur lequel se constitue la collectivité;
- 3) de la nationalité des associés;
- 4) du lieu de souscription du capital social;
- 5) du lieu de réunion des conseils et assemblées;
- 6) du lieu du domicile social;
- 7) du juge saisi;
- 8) de la libre volonté des parties;
- 9) de l'Etat qui, d'après les circonstances, a manifesté sa domination.

On aurait pu grouper scientifiquement ces différents systèmes sous deux types.

- 1) systèmes se rattachant aux éléments réels;
- 2) systèmes se rattachant aux éléments personnels.

En doctrine, une question préjudicielle se pose.

Est-il correct de parler de la "nationalité" d'une société ? (ou d'une association, etc...)

Deux thèses s'affrontent :

Les sociétés  
ont-elles une  
nationalité ?  
Les deux thèses  
en présence.

1<sup>o</sup> la thèse négative soutient que la nationalité constituant un rapport politique entre un individu et l'Etat, les personnes vivantes seules peuvent avoir une nationalité; la société, en effet, contrat d'ordre privé, ne peut faire naître une idée politique. Elle ajoute que la nationalité des sociétés ne se distingue pas de leur statut juridique; or, en matière successorale, les meubles suivent le statut personnel et les immeubles la *lex rei sitae*. Il en est ainsi en matière de sociétés.



2° A ceci, la thèse positive répond d'abord que la concession de droits politiques n'est pas forcément une conséquence de la nationalité (cf femmes en France, mineurs, condamnés); ensuite que le fait même d'être attaché aux lois d'un pays est un criterium de nationalité.

Le débat se ramène donc à une définition de la nationalité (cf Maurice Leven travaux précités).

La loi française parle de nationalité des sociétés dans de nombreuses lois, notamment de 1925 (Soc. à resp. limitée) du 31 Mai 1924 (navigation aérienne) - de 1913 et 1930 (modifiant l'art. 31 loi 1867).

La doctrine française. MM. Leven et Maurice Travers sont partisans de la théorie positive.

La jurisprudence française recherche un criterium de nationalité. Avant la guerre, elle croyait l'avoir trouvé dans le lieu du siège social. Depuis la guerre, elle adopte un système mixte, qui tient compte du centre d'exploitation des personnes qui composent la société et qui ont la majorité des capitaux (affaires Remington Ch. Req. 12 Mai 1931 S. 1932 I. 57).

La jurisprudence anglaise dans une affaire Continental Tyre Co. v. Daimler Cie de 1916 (Rev. dr. Int. Privé 1915 - 1916 p. 260) adopte le criterium du contrôle, rompant avec la jurisprudence antérieure attachée à la loi du pays de création.

Le traité de Versailles dans son article 297, § 2, a adopté l'idée que les entités collectives, et plus particulièrement les sociétés de commerce, ont une nationalité, et que leur condition à cet égard doit être envisagée d'après le criterium dit du contrôle, c'est-à-dire l'examen de savoir quelles sont les personnes qui en ont la domination, la maîtrise, et quelle est leur propre nationalité. L'article 297, § 2, parlant de la liquidation des biens des ressortissants ex-ennemis y assimile les sociétés contrôlées par eux sur leur territoire dans leurs colonies, possessions et pays de protectorat. Les sociétés contrôlées par eux, c'est bien là l'admission de l'idée d'une nationalité des sociétés, et également l'admission du criterium du contrôle. Le traité de Saint-Germain (art. 249 et suivants) le traité de Neuilly (art. 177 et suivants) ont recueilli la même notion.

Mais à l'inverse, le traité de Lausanne n'a pas reproduit cette disposition, pour la raison que la Turquie qui signa le traité avait refusé toute sorte d'assimilation entre les ressortissants alliés et les sociétés de nationalité turque, constituées au moyen de capitaux alliés.

Les tribunaux mixtes issus du traité de Versailles, et même, à certains égard, la Cour permanente de Justice



internationale de La Haye ont été amenés à examiner, soit le principe de l'idée de nationalité appliquée ou non aux entités collectives, plus particulièrement aux sociétés, soit le criterium admis pour discriminer ces sociétés. Les tribunaux mixtes et la Cour permanente de Justice de La Haye ont admis l'idée de nationalité appliquée aux entités collectives, et plus particulièrement aux sociétés. La jurisprudence internationale sur ce point est très abondante. (cf l'énumération qu'en donne dans ses cours de La Haye Me Mauri Travers, N° 8). La Cour de La Haye a également sanctionné la même doctrine dans l'affaire bien connue, concessions Mavromatis (arrêt du 26 Mars 1925 - voir Travers N° 41). D'autre part, la juridiction internationale a admis l'idée de contrôle comme criterium de discrimination de la nationalité des sociétés, et plus particulièrement pour déterminer la limite de leur compétence. Ceci a été jugé très fréquemment par les tribunaux arbitro-mixtes. (Tribunal mixte franco-allemand, 31 août 1921, Recueil des Décisions des Tribunaux mixtes tome 1. p. 401 et 30 Septembre 1921, même Recueil, tome 1. p. 422).

Distinction entre la notion de nationalité et la notion d'ennemi ou d'allié.

Mais il faut remarquer, et cette remarque est importante, que ces tribunaux mixtes ont cherché une distinction et ont bien marqué qu'il y avait lieu d'établir une différence entre la notion de nationalité étrangère d'une société de commerce et le caractère ennemi ou allié, que l'on pouvait être tenté de lui donner. La notion de nationalité, disent les tribunaux mixtes, est une notion originaire et stable. Au contraire, celle du caractère ennemi est heureusement momentanée et accidentelle. Une société a une nationalité, elle appartient à un pays momentanément engagé dans une guerre. Vienne la paix, le caractère ennemi s'efface; au contraire, la nationalité est permanente et se maintient. Dès lors, les tribunaux mixtes se sont efforcés de restreindre les effets de la théorie du contrôle à la seule détermination du caractère ennemi de la société. C'est là une distinction féconde, que nous allons retrouver lorsque nous apprécierons les solutions du point de vue universaliste, et qu'il convenait de recueillir dans la jurisprudence internationale (Me Travers N° 143 notes parmi lesquelles figure notamment la décision précitée du Tribunal mixte franco-allemand, 30 Septembre 1921).

Voilà ce que l'on peut dégager de l'ensemble du D.I.P. sur cette première question. Or dans le D.I.P. se trouve engagée la notion de nationalité des collectivités.



la reconnais-  
sance interna-  
tionale des en-  
tités collec-  
tives.

sentée la question de nationalité, et qui donne pré-  
cisément à cette notion une grande partie de son inté-  
rêt, c'est la question de la reconnaissance internatio-  
nale. L'attache légale, bien que donnant à une collec-  
tivité une loi, à laquelle elle est rattachée, se pré-  
sente dans une certaine mesure avec un caractère inter-  
ne. On pourrait concevoir, à l'extrême rigueur, que  
des collectivités possèdent des droits dans leur pays  
de création et pas à l'extérieur. Dès lors, le problè-  
me serait purement interne, le droit international n'  
aurait point à en connaître. Mais les pays ne vivent  
pas séparés par des cloisons absolument étanches, et  
à l'époque où s'est posée la question de l'attache lé-  
gale se posait nécessairement aussi la question de la  
reconnaissance internationale. C'est là, notamment en  
ce qui concerne les sociétés de commerce, que se pose  
la question. Une grande société par actions, a des vi-  
sées qui dépassent nécessairement les frontières, elle  
a amassé des capitaux dans un pays; restreindre son  
exploitation dans ce seul pays serait illusoire et vain  
pour une société d'une certaine ampleur. Aussi dès le  
début s'est présentée la question de la reconnaissance  
des êtres collectifs au-delà des frontières.

spects multi-  
ples de la  
question.

Multiplés sont les aspects de la question. En ef-  
fet, les entités collectives se présentent, soit en  
droit public, soit en droit privé, sous les formes  
les plus diverses : depuis les collectivités souve-  
raines que forment les Etats, jusqu'à d'autres entités  
plus modestes, mais importantes, les personnes mora-  
les du droit public à base territoriale (comme le sont  
les provinces, les départements, les communes, les mu-  
nicipalités), les personnes morales du droit public,  
qui n'ont pas de base territoriale, mais qui sont des  
services publics érigés à la hauteur de la personne,  
les universités, les académies, les instituts. Puis  
viennent les sociétés : sociétés de personnes, socié-  
tés de capitaux, et enfin les établissements dits d'  
utilité publique dont les deux types sont l'associa-  
tion et la fondation, qui peuvent avoir dans certains  
pays, et suivant les législations, une existence lé-  
gale en dehors de toute reconnaissance d'utilité pu-  
blique, mais qui dans la plupart des pays, pour béné-  
ficier d'un statut général leur permettant notamment,  
-car c'est là le terrain pratique où se pose la ques-  
tion-, de recevoir des donations et des legs, ont be-  
soin d'une décision bienveillante de l'autorité publi-  
que, analogue à notre reconnaissance d'utilité publi-  
que par décret en Conseil d'Etat.



Toutes ces catégories nous mettent donc en présence d'un problème très complexe qui s'est présenté aux législateurs, et surtout aux jurisprudences de la plupart des pays civilisés.

Reconnaissance en France de la personnalité des Etats étrangers et de la plupart des personnes morales de droit public étrangères.

La personnalité des Etats étrangers est reconnue en France. On admet que l'existence légale des pays étrangers est imposée par les principes fondamentaux du droit international public; que les Etats sont les personnes du droit international public, et on en tire un certain nombre de conséquences de droit privé, par exemple la possibilité pour un Etat d'acheter ou de louer un hôtel pour son Ambassade en pays étranger. On a également tendance à admettre la personnalité extraterritoriale des personnes morales du droit public étranger à base territoriale, départements, provinces ou communes; pour les services publics, et notamment pour les Académies il y a plus de difficulté. On doit cependant mentionner que la pratique constante de notre Conseil d'Etat français a été d'admettre l'existence légale, en France, de ces sortes de personnes morales étrangères, lorsqu'elles ont, au regard de la loi du pays où elles ont été créées, été légalement constituées, et qu'elles fonctionnent à l'état d'établissements d'utilité publique. Cette jurisprudence du Conseil d'Etat est presque séculaire, elle monte à une décision du 12 Janvier 1854 (S. 1855, 2, p.800) qui porte le nom, on ne sait trop pourquoi, d'"avis Debussière". Cet avis a fait jurisprudence, au point qu'il est encore rappelé dans une des dernières décisions du Conseil d'Etat concernant une question de ce genre, la validité du legs fait par un philanthrope Roumain domicilié en France et décédé en France à l'Académie roumaine de Bucarest. L'Académie roumaine étant personne morale en Roumanie depuis une loi de 1919, qui proclame que cette Académie est et demeure personne morale, le Conseil d'Etat français a admis la validité du legs, et cette décision a été rappelée notamment dans une discussion à la Société d'Etudes législatives de France (séance du 9 Mai 1930, Bulletin de la Société d'Etudes législatives, p. 160), par un des membres les plus distingués de la grande assemblée administrative.

Ainsi, en ce qui concerne les établissements d'utilité publique, toutes les personnes morales qui exercent des services publics ou tout au moins qui sont considérées comme établissements d'utilité publique, notre jurisprudence est formelle dans une certaine mesure tout au moins.

La personnalité des Sociétés étrangères.

En ce qui concerne les sociétés on fait, en France, une distinction qui est d'ailleurs reproduite dans la plupart des jurisprudences étrangères, entre les so-



es. Distinc-  
tion entre Stés  
de personnes  
et Stés de ca-  
pitaux.

ciétés dites de personnes et les sociétés de capitaux.

Les sociétés de personnes sont reconnues comme ayant une existence légale en dehors des frontières, en vertu de la coutume internationale. La coutume internationale accorde à ces sortes d'entités, qui n'ont pas les dangers des sociétés par actions -car la responsabilité est illimitée- l'existence au delà des frontières (cf Weiss Manuel p. 336, dernière édition, et Travaux préparatoires de la loi de 1857).

Quant aux sociétés de capitaux, de bonne heure en France, dès le milieu du XIXème siècle, ont s'est préoccupé de leur cas. La loi du 30 Mai 1837 à propos des sociétés anonymes et autres associations commerciales, industrielles ou financières belges, statue sur leurs conditions. On a admis, dans l'article 1er, l'existence de plano en France des sociétés belges dûment autorisées dans leur pays, et l'article 2 a déclaré que pour les autres pays la reconnaissance légale internationale de la part de la France pourrait avoir lieu par décret collectif ou résulter d'une convention internationale. Tel est l'état de la question en France en ce qui concerne les sociétés.

Discussion sur  
la reconnais-  
sance de la  
personnalité  
des associa-  
tions étran-  
gères.

Solution im-  
plicité de la  
loi de 1901 fa-  
vorable à cet-  
te reconnais-  
sance.

Quant aux associations et aux fondations, la controverse est très ardente, en ce qui concerne notamment les associations, car l'association a été pendant très longtemps en France -et est encore dans certains pays étrangers- considérée avec les plus grandes appréhensions. En France, jusqu'à la loi du 1er juillet 1901 sur les associations, l'art. 291 du code pénal punissait comme délit toute constitution d'une association de plus de 20 personnes qui n'avait pas obtenu au préalable l'autorisation des pouvoirs publics. Il existe encore un certain nombre d'Etats où l'association est ainsi vue à regret et autorisée parcimonieusement. La loi de 1901, en France, semble admettre l'existence légale sur le territoire français des associations étrangères. En effet, aux termes de l'art. 12 de la loi de 1901 : "Les associations étrangères... pourront être dissoutes par décret du président de la République rendu en Conseil des ministres", et sont étrangères les associations "composées en majeure partie d'étrangers, qui ont des administrateurs étrangers, ou dont le siège est à l'étranger, à la condition alors que leurs agissements soient de nature, soit à fausser les conditions normales du marché des valeurs ou des marchandises, soit à menacer la sûreté intérieure ou extérieure de l'Etat, dans les conditions prévues par les articles 75 à 101 du code pénal français". Ainsi les associations étrangères, de par l'article 12 de la loi de 1901 semblent, lorsqu'elles ne tombent pas sous le coup de cet article, devoir être reconnues



Solution moins libérale de la Jurisprudence.

légalement en France.

Cependant, la jurisprudence des tribunaux judiciaires apparaît chez nous beaucoup plus étroite et moins libérale. A cet égard un arrêt très retentissant de la Cour de Cassation, Chambre civile, dans une affaire célèbre, semble estimer que pour des associations de ce genre, et sur le terrain même des articles 10 et 11 de la loi du 1er juillet 1901, il faut, pour que associations puissent recevoir en France une donation ou un legs, qu'elles aient bénéficié de la déclaration d'utilité publique française, et non pas de la déclaration d'utilité publique à l'étranger, ou de formalités équivalentes. D'autre part, il faut une autorisation conformément à l'art. 910 du code civil. C'est l'arrêt sur l'affaire du testament Narcisse Thibault, dite de la "Peace association", l'association pour l'arbitrage international et la paix (Cass. Chambre civile, 7 Février 1912, S. 1914, I. p. 305, D. 1914, I. p. 433). La Peace Association était une association anglaise, dont les tribunaux, dont la Cour de Cassation avait à réviser la sentence n'avaient point voulu connaître le statut étranger, envisageant exclusivement le statut au regard de la loi française.

Si telle est la question sur le terrain du droit français, il convient d'ajouter que toutes les législations ne sont pas à cet égard aussi restrictives que notre législation française et que notre jurisprudence. En particulier, la Belgique a sur ce point et une législation et une jurisprudence infiniment plus libérales. En ce qui concerne les sociétés notamment l'art. 171 de l'arrêté royal du 22 Juillet 1913, consolidant les nombreuses lois de 73, 86, 1913, etc., sur les sociétés en Belgique, déclare d'une façon générale que les sociétés anonymes et les autres associations, commerciales, industrielles et financières, constituées et ayant leur siège en pays étrangers, pourront faire leurs opérations et ester en justice en Belgique. Ainsi une reconnaissance légale complète et de plein droit est faite en Belgique.

Il en est de même pour les associations qui présentent un caractère international ou un intérêt international. La loi du 25 Octobre 1919 autorise le gouvernement belge à accorder la personnification civile - c'est le nom en Belgique - aux associations internationales qui ont leur siège en Belgique et qui poursuivent un but scientifique sans esprit de lucre. Pour les associations similaires à l'étranger, l'art. 8 dit que à certaines conditions, les associations internationales, qui ont leur siège à l'étranger et qui sont régies par une loi étrangère, peuvent exercer en Belgique les droits qui résultent de leur statut national.



La jurisprudence belge est également très libérale. A maintes reprises, des Etats étrangers, des communes, des provinces, des établissements publics et même des établissements privés, ont été autorisés par les autorités belges à obtenir la délivrance de legs faits en leur faveur : legs à des sociétés de secours mutuels, d'artistes dramatiques français notamment, à des sociétés des Arts, Sciences et Lettres, ou à des Académies des Sciences, notamment en 1912 approbation d'un legs fait sur le territoire belge à l'Académie des Sciences de Berlin.

D'autres législations encore sont aussi libérales. Sans entrer dans le détail, retenons qu'en ce qui concerne la reconnaissance internationale, nous sommes loin de trouver des cloisons étanches entre Etats, si bien que la nationalité des sociétés comme celle des individus reçoit à cet égard une reconnaissance au-delà des frontières.

III. Limites de la reconnaissance de la personnalité des entités collectives étrangères. Assimilation des collectivités étrangères aux individus étrangers.

III - Mais quelle est la limite de cette reconnaissance ? C'est là le troisième point. Où intervient le droit international privé ? Ceci alors met en jeu une question, dans le détail de laquelle je ne puis entrer, la condition complète des sociétés étrangères ou plus généralement des collectivités étrangères au-delà des frontières, en dehors de la seule reconnaissance légale, le point de savoir dans quelle mesure il y a ou non assimilation. Sur ce point, sauf quelques spécialités relatives aux sociétés, aux entités collectives, la question est la même pour les entités collectives et pour les individus. On met sur le même pied individus et collectivités. Là où les individus ont leurs droits restreints, à fortiori les collectivités voient leurs droits restreints également.

Dans les mêmes termes, c'est ce qui existe en France, sauf quelques textes spéciaux, les collectivités étrangères sont assimilées aux individus étrangers.

Voilà peut-être un peu longuement, mais il était nécessaire de préparer la question, exposé le terrain sur lequel se présente la question très délicate de la nationalité des collectivités. Voyons maintenant comment le Code Bustamante a réglé la question.

La nationalité des collectivités dans le C. Bustamante. Art. 16 à 21. Réserve concernant les Etats qui n'admettent

Le code Bustamante l'a réglée dans les articles 16 à 21. Bien que l'art. 21 soit le dernier, c'est cependant le premier auquel nous devons nous arrêter. En effet, il est ainsi conçu : "Les dispositions de l'art. 9, en tant qu'elles se réfèrent aux personnes juridiques, et celles des art. 16 et 21, ne s'appliquent pas aux Etats contractants, qui n'accordent pas la nationalité aux personnes civiles". Bien qu'il



pas le principal de la nationalité des collectifs. soit de mauvaise méthode de commencer par l'exception, je suis obligé d'indiquer à quoi se réfère cette réserve terminale. Elle a été insérée dans le projet de code à la suite des délibérations de Rio. Elle ne figurerait pas dans le projet initial de M. de Bustamante. C'est pourquoi à partir de l'art. 21 un décalage a été opéré, par suite de l'addition d'un article, addition qui décala tous les articles du projet. Pourquoi cette réserve ? Un certain nombre d'Etats de l'Amérique du sud et de l'Amérique centrale sont résolument opposés à l'idée de nationalité des collectivités, et plus particulièrement des sociétés. C'est dans un but de conciliation que l'art. 21 a été amené à permettre aux Etats contractants, qui n'accordent pas la nationalité aux personnes civiles, de ne point se considérer comme liés par les dispositions des art. 16 et suivants. Pourquoi ? Le livre sur les Travaux préparatoires de la Commission des jurisconsultes de Rio, p. 218, N° 231, s'exprime ainsi : "Etant donné que certaines de ces républiques ne reconnaissent pas qu'il soit possible d'attribuer la nationalité aux personnes juridiques, leur situation liée à un motif d'ordre public est définie clairement par un nouvel article (l'article inséré) qui exclut l'application des principes relatifs aux donations dans ce cas. D'où il résulte qu'il faut que le code soit une œuvre de concorde qui ne lèse aucun intérêt et que toutes les républiques américaines puissent accepter sans danger et sans lésion de leurs droits". Ceci, il faut le reconnaître, est un peu vague et un peu sibyllin. Il faut voir ce qui est dissimulé derrière cette résistance, qui au premier abord pourrait surprendre, car nous allons voir qu'il y a eu des réserves formelles insérées sur ce point. Pourquoi donc cette résistance ? Est-ce que vraiment les jurisconsultes du sud et du centre de l'Amérique latine sont à ce point passionnés pour la controverse juridique, qu'il leur semble indispensable de faire figurer des réserves sur ce point ? Est-ce une question d'école, de savoir si les sociétés peuvent avoir une nationalité ? Il faut voir le problème politique et économique qui est le suivant.

Les pays de l'Amérique latine, centrale et méridionale, nourrissent à l'égard de la grande république des Etats-Unis d'Amérique une défiance dont nous n'avons pas à rechercher si elle est légitime ou non. Mais incontestablement c'est au moyen de constitutions de sociétés à capitaux puissants que les Etats-Unis d'Amérique se sont infiltrés dans l'Amérique latine; prenant texte de certaines législations, notamment de certains Etats Américains, ou même des législations continentales européennes, ils ont revendiqué la nationa-



lité du pays où s'exerce l'entreprise pour échapper à certains textes prohibitifs et parfois draconiens. On aperçoit dès lors la raison d'ordre public, comme le disent les jurisconsultes de Rio, pour laquelle un certain nombre de républiques américaines ont failli refuser en entier le code Bustamante, à raison des articles 16 et suivants, qui donnent les critères de nationalité des êtres collectifs, des sociétés de commerce en particulier et notamment des sociétés anonymes. Les réserves sur ce point ont été formelles. Elles sont exposées in extenso dans la Revue de D.I.P. de La Pradelle, année 1928, p. 578 et ss. En voici quelques extraits qui permettent d'en saisir exactement le sens. Art. 4 des réserves de la délégation argentine (Revue, p. 578) : "Je n'approuve pas les dispositions qui affectent directement ou indirectement la règle posée par les législations civiles et commerciales de la République Argentine, suivant laquelle les personnes juridiques doivent exclusivement leur existence à la loi de l'Etat qui les autorise, et par conséquent ne sont ni nationales ni étrangères, et leurs attributions sont déterminées par la dite loi, conformément aux règles du domicile qu'elle reconnaît". Ainsi d'ordre public, en Argentine, les entités collectives n'ont pas de nationalité, elles ne sont ni nationales ni étrangères, leurs attributions, leur existence légale interne et internationale est déterminée par la loi argentine, dans les conditions où elles ont leur domicile fixé par la loi argentine elle-même. Sauf le dernier membre de phrase nous retrouvons la même formule dans les réserves des délégations du Paraguay, art. 2 (Revue, p. 580), dans celles de la République Dominicaine (p. 582, réserves 2 et 3) et surtout dans les déclarations conjointes faites par les délégations de Colombie et de Costa-Rica (p. 580) "D'après les législations ci-dessus, dit la déclaration, les personnes juridiques ne peuvent avoir de nationalité, ni suivant les principes scientifiques - on invoque la théorie - ni conformément aux plus hautes et permanentes convenances de l'Amérique. Il eût été préférable que dans le code, que nous allons signer, l'on eût mis tout ce qui peut servir à affirmer que les personnes juridiques, particulièrement les sociétés de capitaux, ont une nationalité." On voit combien les réserves sont formelles, et à quoi correspond cette réserve de l'art. 21. Retenons donc l'exception avant la règle, que les textes que je vais citer, même pour les Etats signataires du code Bustamante, n'ont pas vis à vis de tous valeur de traité les liant réciproquement.

Ceci dit, voici alors pour finir comment le code Bustamante dans les art. 16 à 21, pour les Etats res-



sortissants, qui n'ont pas fait de réserve sur le principe de la nationalité des êtres collectifs, règle la question. Nous trouvons dans ces articles les dispositions, non pas sur la reconnaissance internationale, mais simplement sur la nationalité, c'est-à-dire sur l'attache légale, première question, ce que le code appelle la nationalité d'origine et la nationalité d'acquisition par changement de nationalité.

La nationalité d'origine :

a) Corporations fondations et associations : détermination de la nationalité par la loi de création.

Le code, à juste raison, distingue les entités, comme le fait la jurisprudence française, à propos de la reconnaissance et à propos de l'attache légale. L'article 16 vise d'abord les corporations et fondations (corporaciones et fundaciones). Leur nationalité d'origine est déterminée, nous dirions par la loi qui les reconnaît d'une manière interne, par la loi de reconnaissance interne, par la loi de création : "la nationalité d'origine des corporations est déterminée par la loi de l'Etat qui les autorise ou les approuve" (art. 16).

Deuxièmement, la nationalité d'origine des associations (asociaciones). La nationalité d'origine des associations - même principe - sera celle du pays où elles sont constituées et dans lequel elles doivent être enregistrées ou inscrites (inscribirse o inscribirse" si la législation locale exige cette condition (art. 17). Ici encore, même principe : la nationalité est fixée par la loi du pays de création.

b) Système différent pour les sociétés : distinction entre les sociétés de personnes et les sociétés par actions.

Dès lors, on pouvait s'attendre à ce que, dans les articles suivants, relatifs aux sociétés, le code s'arrête à l'idée anglo-saxonne, antérieure à la guerre, de la nationalité du pays de création. Mais précisément, sous l'empire des préoccupations internationales, et par souci d'indépendance, même dans les Etats qui admettent l'idée de la nationalité des sociétés, nous allons trouver des solutions différentes. En effet, il serait trop facile de bénéficier des lois des pays, dans lesquels se constituent les sociétés étrangères, en créant des filiales dans le pays qui dès lors les admet. Ceci leur donnerait ipso facto la nationalité de ce pays. Aussi les art. 18 et 19 stipulent ainsi. L'article 18 est relatif aux sociétés non anonymes : "Les sociétés civiles commerciales ou industrielles non anonymes auront la nationalité fixée par les statuts". On ne se méfie pas outre mesure des sociétés de personnes, étant donné la responsabilité illimitée de leurs membres. Donc on admet, à cet égard, le système dit de l'option; parmi les 9 systèmes énumérés par le professeur de Bustamante, c'est le système de l'option qui va dominer en cette matière. "Et s'il y a lieu, ce sera celle du lieu où siège habituellement leur administration ou leur direction



principale". Ce "s'il y a lieu" est très vague et permet justement aux Etats signataires et intéressés de faire prévaloir un criterium différent, le critère du siège social : le lieu où siège habituellement l'administration et la direction principale.

Quant aux sociétés anonymes, la solution est donnée dans l'art. 19 : la nationalité sera déterminée par les statuts, et s'il y a lieu, - et alors voici la nuance - par la loi du lieu où se réunit normalement l'assemblée générale de leurs actionnaires. Ceci implique pour les grandes sociétés par actions la possibilité, pour une société sud américaine, d'être qualifiée nord américaine, grâce au lieu de la réunion de l'assemblée des actionnaires, "Et, à défaut, par celle du lieu où siège leur principale assemblée ou conseil de direction ou d'administration". C'est bien en somme une arme de défense, que l'art. 19 dans cette disposition a mise entre les mains des Etats signataires du code Bustamante, et l'on s'explique dès lors que jusqu'à présent les Etats-Unis d'Amérique n'aient pas encore donné leur ratification au code, sur lequel cependant avaient apposé leur signature à la convention de La Havane les délégués des Etats-Unis de l'Amérique du Nord.

Je laisse de côté l'art. 20 sur le changement de nationalité. Donc en ce qui concerne le problème du rattachement, on trouve résolue la question de la nationalité.

caractère d'ordre public des dispositions concernant la reconnaissance des collectivités, leur assimilation, la réglementation des émissions..

En ce qui concerne la reconnaissance, j'ai analysé l'an dernier, je n'y reviens pas, les articles 30 et suivants. Je me borne simplement à indiquer le principe de l'article 32 : "La notion, - le traducteur a mis la nature - et la reconnaissance des personnes civiles seront déterminées par la loi du territoire". C'est là une formule qu'il convient de bien pénétrer. Autrement dit, ce sont des dispositions qui rentrent dans la catégorie visée à l'article 3, 2°, "les lois qui obligent également ceux qui résident sur le territoire, qu'ils soient ou non des nationaux, sont appelées territoriales, locales ou d'ordre public international". Autrement dit, la reconnaissance internationale est d'ordre public. Chaque Etat est libre de reconnaître - avec les restrictions qu'il y apporte - ou non les collectivités des autres pays. Ceci d'ailleurs est précisé en outre par l'article 33.

Enfin, il faut ajouter, en ce qui concerne l'assimilation, que le principe de l'assimilation rentre également dans le principe territorial d'ordre public.



C'est ce qui ressortit à la fois pour les étrangers individus et pour les collectivités, de l'art. 1er du code. "Chaque Etat contractant peut, pour des raisons d'ordre public, refuser l'exercice de certains droits civils aux ressortissants des autres Etats contractants ou le subordonner à certaines conditions spéciales".

Enfin, pour terminer avec l'ensemble des textes du code Bustamante relatifs à la matière, il convient d'indiquer certaines dispositions qui figurent dans le titre relatif aux contrats spéciaux du commerce, art. 247 et ss., notamment art. 250, 251 et 252, sur les émissions d'actions et d'obligations dans un Etat contractant, lesquelles sont soumises d'une manière absolue et rigoureuse au principe de la territorialité c'est-à-dire de l'ordre public. Art. 250 : "L'émission d'actions et d'obligations dans un Etat contractant, les formes et garanties de publicité et la responsabilité des gérants d'agences et de succursales vis à vis des tiers, sont soumises à la loi territoriale". Art. 251 : "Sont également territoriales les lois qui imposent aux sociétés un régime spécial en raison de leurs opérations". Enfin, art. 252 : "Les sociétés commerciales dûment constituées dans l'un des Etats contractants jouiront dans les autres Etats de la même personnalité civile, sauf les restrictions imposées par la législation territoriale". Par conséquent, c'est une matière gouvernée presque entièrement par le principe de la territorialité, par le principe de l'ordre public international, suivant la terminologie du code Bustamante.

Que valent maintenant ces dispositions dans un code international ? Comment les apprécier, notamment du point de vue universaliste ?

Après avoir examiné la teneur des textes du C. Bustamante, demandons-nous maintenant si ces textes seraient susceptibles d'être admis par l'ensemble des pays de la communauté juridique civilisée, et si non, pour quelles raisons, et que devrait-on leur substituer ?

Ce qui frappe tout d'abord dans l'ensemble des textes, que nous avons étudiés (articles 16 à 21) c'est le souci dicté par les préoccupations de l'Amérique latine, pour éviter le schisme et les critiques d'une partie de ces républiques, d'éviter de statuer pour ceux des pays qui n'admettent pas le principe ou l'idée de nationalité des personnes civiles.

Ainsi l'article 21 déclarait que les dispositions en question ne s'appliquent pas aux Etats contractants qui n'accordent pas la nationalité aux personnes civiles, ceci pour tenir compte des observations et des



les Etats qui n'admettent pas la notion de nationalité des collectivités.

réserve formulées par certaines délégations.

Y a-t-il lieu de critiquer ces réserves ? Ou au contraire doit-on les approuver ? Le fait d'avoir ainsi inséré cette réserve, puis d'avoir, pour les pays qui reconnaissent la nationalité des sociétés, admis les nationalités et réglementé la matière, ne nuit-il pas à l'unité de la réglementation légale internationale ? Quoique l'apparence soit contraire, à mon avis on doit approuver cette méthode. En effet, comme nous allons le voir, cette méthode n'introduit pas dans la codification une contradiction ou tout au moins un élément disparate, car il faut voir en effet ce qui se cache derrière l'article 21. L'article 21 en apparence contient une solution négative. Il vient dire que l'on s'arrête devant les Etats qui n'admettent pas la notion de nationalité. Mais si ces Etats n'admettent pas la notion de nationalité des personnes civiles, ils admettent quelque chose. Derrière cette négation il y a une affirmation. Voyons donc à quoi correspond la disposition négative excluant dans certains cas la nationalité des personnes civiles et quelle solution positive elle dissimule.

Ceci, on l'aperçoit très nettement quand on se reporte au texte complet des réserves des délégations, qui n'admettent pas l'idée de nationalité des personnes civiles, notamment des réserves de la délégation argentine et de la déclaration conjointe faite par les délégations de Colombie et de Costa-Rica.

Que lisons-nous en effet en tête de la réserve de la délégation argentine ? Elle veut sauvegarder le principe fondamental posé par la législation de cette république, principe suivant lequel la personnalité juridique est une création de l'Etat souverain. "Les personnes juridiques, disent les réserves, doivent exclusivement leur existence à la loi de l'Etat qui les autorise, et par conséquent ne sont ni nationales ni étrangères". Elles sont de création légale, et c'est là que se trouve la solution positive de la question. En refusant de reconnaître une nationalité aux personnes civiles, on déclare qu'elles dépendent exclusivement, quant à leur existence, de la loi de l'Etat créateur, c'est une solution positive. C'est la loi de l'Etat qui les autorise, qui les approuve, qui les met au monde.

Nous trouvons le même élément de solution dans la déclaration conjointe des délégations de Colombie et de Costa-Rica. Antérieurement au paragraphe, que nous avons précédemment cité, se trouve un alinéa où il est dit : "En ce qui concerne les personnes juridiques, notre avis est qu'elles doivent être soumises à la loi



locale, pour tout ce qui se réfère à leur notion et à leur reconnaissance", la loi locale, la loi de création. Les délégations montrent bien qu'en adoptant ce système, elles ne sont pas en contradiction avec le code Bustamante, elles ne font qu'appliquer sa pensée intime. En effet, l'alinéa ajoute : "Comme le dit savamment l'article 32 du code". Art. 32 : "La notion et la reconnaissance des personnes civiles seront déterminées par la loi du territoire". Y a-t-il contradiction, au moins apparente, avec les autres dispositions du même code, telles que les articles 16 à 21, c'est ce que nous allons voir.

Pour résumer cette première objection, j'approuve donc, pour ma part, la réserve de l'article 21. Je l'approuve d'abord d'avoir maintenu la cohésion de tous les Etats Américains dans une codification générale; je l'approuve ensuite parce qu'elle contient une solution qui est, nous allons le voir, en harmonie avec les principes généraux du code, et d'autre part avec le mouvement actuel de la législation, des conventions internationales et de la doctrine.

Approbation du  
procédé de dis-  
crimination em-  
ployé par le  
C.B. dans la  
réglementation  
des différentes  
collectivités.

D'autre part, en dehors de l'article 21, qui est une question de détail, il faut apprécier au point de vue juridique les articles 16 à 19. Ici encore nouvelle approbation. Le code a bien fait de discriminer les hypothèses. Sans doute, cela donne dans une certaine mesure une apparence fragmentaire à la réglementation. Il a envisagé les corporations, les fondations, puis les associations, puis les sociétés ordinaires civiles commerciales ou industrielles, qui ne sont pas anonymes, puis les sociétés anonymes : ce sont là 4 séries d'hypothèses qu'il paraît compliqué de distinguer; mais nous avons vu, en étudiant la question dans le cadre du droit international, que c'est toujours sous ces différentes espèces qu'elles se présentent. Par conséquent, le code n'a fait sur ce point que répondre, par une réglementation législative appropriée, à des questions qui se posent sur le terrain pratique du droit international.

Les différentes  
lois applica-  
bles aux collec-  
tivités :  
corporations,  
fondations, as-  
sociations :  
loi de création.

Reste maintenant à envisager le fond et à apprécier, à approuver ou à blâmer, les solutions qui y sont contenues. Pour les deux premiers articles, les art. 16 et 17, ce ne sont là que des dispositions qui sanctionnent le même principe, que celui que je viens de dégager dans les législations qui refusent l'idée de nationalité appliquée aux personnes civiles. En effet, que disent ces deux articles ? "La nationalité d'origine des corporations, des fondations, est déterminée par la loi de l'Etat qui les autorise ou les approuve", loi de création. Art. 17; pour les asso-



ciations : "La nationalité d'origine des associations sera celle du pays où elles sont constituées", loi de création, "et dans lequel elles doivent être enregistrées ou inscrites, si la législation locale exige cette condition", loi de création. Ceci alors est en corrélation intime avec l'article 32 ; comme le disaient les délégations conjointes de Colombie et de Costa-Rica, "la notion et la reconnaissance des personnes civiles seront déterminées par la loi du territoire". S'il y a contradiction et si des critiques peuvent être formulées, c'est donc à l'égard des articles 18 et 19 statuant sur les sociétés.

Système différent admis pour les sociétés : principe de l'option pour les sociétés non anonymes;

Ici, conformément d'ailleurs aux solutions préconisées par le professeur de Bustamante dans son savant Traité de D.I.P., on a adopté des solutions différentes de celles de la loi de création. Pour les sociétés, qui ne sont pas anonymes, on admet le principe de l'option. Avant tout, ce sont les statuts, et "s'il y a lieu la loi du siège", du siège déterminé par le lieu de l'administration ou de la direction principale. Donc loi déterminée par le système de l'option, ou "s'il y a lieu, loi déterminée par le lieu du siège". Ce "s'il y a lieu" n'est pas très heureux, et il est difficile d'apercevoir dans les Travaux préparatoires quelle est l'hypothèse qui a été envisagée. Si les Travaux préparatoires ne le disent pas, on le devine. On sait que les Républiques Américaines de langue latine essaient de résister à l'emprise et à l'introduction un peu trop énergique dans leurs pays des sociétés, sinon Britanniques, du moins de l'Amérique Anglaise. Et ce "s'il y a lieu" doit permettre aux Républiques latines de lutter contre des statuts, qui auraient fixé la nationalité dans le pays intéressé, alors que leur siège habituel se trouve dans un pays où sont les administrations et directions principales des Etats-Unis de l'Amérique du Nord. Ce "s'il y a lieu" n'est pas difficile à expliquer.

Les statuts ou le lieu du siège de l'Assemblée générale pour les Stés anonymes-

De même pour l'art. 19, pour les sociétés anonymes : "La nationalité sera déterminée par les statuts, "et s'il y a lieu" -(toujours la même réserve)- par la loi du lieu du siège de l'assemblée générale". Dans ce cas la loi du siège est réglée d'une façon un peu différente, en raison de la présence dans ces sociétés, ce qui n'existe pas dans les autres sociétés, de l'assemblée générale; alors c'est surtout le lieu du siège de l'assemblée générale qui est pris en considération. Bref, c'est, ou le système de l'option, ou, s'il y a lieu, le système de la loi du siège social.

Ainsi le code s'est écarté du principe purement



territorial reconnu par l'article 32, sanctionné d'une façon générale par les articles 16 et 17, et que l'on trouve derrière la réserve de l'article 21, système de l'option ou système de la loi du siège. Ici nous avons à prendre parti, à dire si oui ou non nous estimons que la dérogation au principe est de nature à être adoptée dans l'ensemble de la communauté juridique à l'heure où nous parlons.

Critique du système de l'option au point de vue universaliste.

a) au point de vue rationnel. Identité de nature du problème de la reconnaissance à l'intérieur et à l'extérieur - compétence de la loi de création.

Pour ma part, je ne crois pas que, le système de l'option, même corrigé par le système du siège, soit le système vers lequel aujourd'hui se dirigent la plupart des Etats civilisés. Les raisons de cette opinion sont tirées, d'abord, raison à priori, d'un examen rationnel de la question, ensuite, raison à posteriori, d'une récente consultation internationale.

A priori tout d'abord et sur le terrain rationnel. Quelle est exactement la loi qui rationnellement doit gouverner les 3 problèmes distingués dans l'ensemble de la question : problème de l'attache légale, problème de la reconnaissance internationale, problème du régime d'assimilation ? Pour les deux dernières questions, la solution ne fait pas de doute. Elle est dans le code Bustamante, elle est écrite ou appliquée dans tous les pays, c'est une question qui, dans chaque territoire, dépend de la loi territoriale. La reconnaissance internationale, l'assimilation ou non des entités collectives ou des individus aux individus et aux entités collectives d'un pays déterminé dépend essentiellement de la loi territoriale, de l'ordre social : l'ordre public gouverne la matière.

Doit-il en être différemment de la loi à choisir pour établir exactement la contexture, la constitution légale d'une entité collective naissant sur le territoire ? Quand on creuse la question, on s'aperçoit que ce premier problème n'est pas d'une nature autre que le second ou le troisième, et qu'entre le problème de l'attache légale et le problème de la reconnaissance internationale il y a une véritable similitude. Toute la différence, c'est que le premier problème est un problème interne et que le second problème dépasse la frontière. En réalité, le problème de l'attache légale, ce n'est pas autre chose que le problème de la reconnaissance interne, tandis que le problème de la reconnaissance au-delà des frontières, de l'existence légale d'un être collectif, c'est la reconnaissance internationale, mais c'est toujours la reconnaissance par la loi. Que ce soit la reconnaissance juridique à l'intérieur des frontières, ou la reconnaissance juridique à l'extérieur, le problème est le même, la question est la même. Du moment que



la question est la même, la solution doit être la même. Pour ma part, j'estime que du point de vue rationnel, la loi qui doit gouverner le principe de la constitution d'une société, par conséquent qui fixe, ce que l'on est convenu d'appeler sa nationalité, c'est la loi de création, la loi du pays de création, la loi du pays de constitution.

Objection faite  
contre la loi  
de création,  
quant aux frau-  
des auxquelles  
elle peut don-  
ner lieu.

A vrai dire, on pourrait invoquer à l'encontre de cette solution, - et c'est l'argument précisément que l'on invoque toujours à l'encontre de la loi de création ou de constitution - qu'elle peut se prêter à des combinaisons qui lèsent les Etats dans lequel l'entité est créée. Tout à l'heure je faisais allusion au "s'il y a lieu" des articles 18 et 19 de la codification Bustamante, est-ce que la création dans ces pays de filiales ou de sociétés déguisées, derrière lesquelles se trouveront dissimulées des entités nord-Américaines, est-ce que le principe de la loi de création ne serait pas de nature à justifier les appréhensions et les refus des Etats sud-Américains ? Je ne le crois pas, parce que, comme l'a fort bien dit la jurisprudence des Tribunaux mixtes, il y a à distinguer deux catégories de notions différentes : la notion dite de la nationalité, qui dépend de l'attache légale originaire, qui est une notion stable, initiale, une notion première acquise dès la constitution, puis les conséquences juridiques qui en découlent, conséquences juridiques qu'une législation temporaire spéciale appropriée peut venir compléter subsidiairement. C'est ainsi par exemple que quand la guerre éclate, il est possible de substituer à la notion originaire de l'attache légale résultant du pays de création une législation temporaire, appropriée, qui soumet certaines de ces entités à une réglementation spéciale, temporaire aussi, et qui n'est pas en contradiction avec la première, qui tiendra compte d'autres caractères, tels que ceux de la constitution du conseil d'administration, du lieu où siègent les assemblées, de la nationalité des personnes, dont se compose le conseil d'administration, dont se composent les assemblées des actionnaires, etc... Ce sont les divers critères qu'on a vu sortir pendant la guerre, et qui sont groupés sous la théorie générale, la notion dite de contrôle, de domination ou de maîtrise.

Voilà, à priori, comment il y a lieu d'envisager le problème.

b) au point de  
vue des tenden-  
ces actuelles

Et, à posteriori, c'est bien dans ce sens que se dirigent aujourd'hui les assemblées de juristes internationaux, qui sur certains points du territoire



des juristes :  
Le Congrès de  
D. comparé de  
La Haye 1932 :  
détermination  
de la nationalité d'une société par la  
loi de création.

de l'Amérique ou de l'Europe ont été appelés à donner leur avis sur ce problème. Parmi les délibérations très nombreuses, qui ont eu lieu sur la question, au cours des dernières années, je retiens principalement la discussion, qui a eu lieu en Août 1932, à La Haye, au Congrès international de Droit comparé, organisé par l'Académie internationale de Droit comparé, dont le siège est à La Haye. Parmi les questions qui figuraient au programme, on trouve précisément celle de la nationalité des sociétés de commerce. Cette question avait été précédée, comme pour tous les Travaux préparatoires du Congrès, de rapports spéciaux émanant des principaux pays, et d'un rapport général fait par un rapporteur, qui devait extraire la substance des rapports particuliers pour présenter la question en synthèse. C'est précisément le rapport français, que nous avons déjà cité, le rapport de Me Leven, avocat. Quant au rapport synoptique, au rapport synthétique général, il était l'oeuvre de deux avocats de Londres très réputés pour leur connaissance des sociétés et du Droit commercial, le grand avocat spécialiste de la matière, Vaughan Williams, assisté de son collaborateur M. Mathieu Georges Chrissachi. Le rapport n'a pas encore été publié, il figurera très prochainement dans l'ensemble des Travaux du Congrès de 1932, qui va paraître prochainement à la librairie Sirey. Mais la discussion a été résumée dans un compte rendu du Congrès inséré dans le premier numéro de 1933 de la Revue de Droit international dirigée par M. Geouffre de La Pradelle, pages 419 à 420, résumé fait par le commissaire assistant de l'Institut de Droit comparé.

La formule qui a rallié l'unanimité de la section et qui a été ratifiée par l'assemblée générale du Congrès porte la solution suivante : "La nationalité d'une société de commerce est déterminée par le lieu où elle a reçu l'existence juridique, tout pouvoir étant réservé aux Etats, autres que celui dont la société a la nationalité, de prendre à son égard toutes mesures tendant à la protection de leurs propres intérêts."

Il y a deux parties dans cette résolution : 1°) détermination de la nationalité d'une société de commerce par le criterium de la loi de création, déterminée par le lieu où elle a reçu l'existence juridique ; 2°) possibilité pour les Etats intéressés, qui ne sont pas des Etats du lieu de création, de prendre à l'égard de la société en question toutes mesures tendant à la protection de leurs propres intérêts. Voilà la solution.

possibilité  
pour les autres  
Etats de prendre les mesures de protection



tion exigées  
par leurs pro-  
pres intérêts.

Les motifs de cette solution sont exactement ceux que j'ai déterminés tout à l'heure, et notamment ceux sur lesquels repose la distinction des Tribunaux mixtes, la distinction entre la notion de nationalité, qui est originaire et stable, et celle de caractères plus ou moins temporaires, que par une législation momentanée, accidentelle et appropriée, les Etats peuvent avoir à modifier, suivant les circonstances.

Le rapport de l'avocat Vaughan Williams fait la balance entre l'ancienne théorie adoptée par les pays anglo-saxons, la théorie de la création et son évolution. C'est précisément la théorie de la doctrine toujours adoptée notamment par l'Angleterre, que l'on appelle en Allemagne la théorie du fondement, la base, la création. La nationalité dépend du lieu de l'origine de l'entité en question. Le rapporteur général montre comment petit à petit et sous l'influence de la guerre, et notamment en Angleterre, les fameuses dispositions légales sur le "Trade with enemy", le commerce avec l'ennemi, ont à la vieille théorie, "the old theory", substitué la "domicilial control theory", la théorie du contrôle. Mais la "control theory" présente des inconvénients, que dans la deuxième partie du rapport le rapporteur met bien en relief. Le rapporteur montre comment petit à petit dans la conscience juridique des différents pays de langue anglaise, la préférence va de plus en plus à l'ancien système, qui fait dépendre la nationalité de l'endroit, de ce que les Anglais appellent "incorporation", l'incorporation, c'est-à-dire le pays où l'entité en question a reçu la personnalité juridique, la qualité de corporation. Outre ce rapport, on pourra consulter l'analyse donnée par Mlle Mitchell (p.419 et p.420 de la Revue précitée) de l'intervention très intéressante d'un jurisconsulte, ancien avocat à Pétrograd, Me Schevden, qui a contribué, lui aussi, avec Williams, au succès de la motion, dont nous avons donné le texte. En substance, Me Schevden fait ressortir que ce n'est qu'en présence de mesures législatives et administratives prises par les différents Etats, sous l'influence de la guerre, en présence des sociétés ennemies, des mesures dictées par les nécessités de la défense nationale, que la controverse, sur la nationalité des sociétés de commerce, a pris son ampleur actuelle et que l'on a vu substituer la notion de contrôle à la notion de création.

Mais une grande confusion est résultée de l'intervention de ces données accidentelles. Les difficul-



tés, auxquelles on se heurtait dans ce criterium unique, résultent d'un vice de méthode. Comme a dit Schevden, il y a une confusion entre la conception de nationalité appliquée en D.I.P. pour des fins qu'il appelle de droit privé, et la conception de nationalité appliquée pour des fins publiques, dans ce qu'il appelle la législation administrative. Derrière cette terminologie sur laquelle on pourrait faire des réserves <sup>(1)</sup> on aperçoit la pensée de Schevden, c'est bien celle que j'ai développée un peu plus haut, c'est toujours la nécessité de distinguer la loi nationale, qui régit la constitution et le fonctionnement de l'être moral, loi qui ne peut être que la loi de création, et les dispositions législatives plus ou moins accidentelles, qui ont pour objet, à un moment donné, sous l'empire des circonstances, de soumettre ces personnes à une législation d'exception.

C'est donc l'ensemble de ces dispositions, qui me paraît résumer à l'heure qu'il est la pensée internationale. L'évolution se dirige semble-t-il de plus en plus vers l'acceptation de la loi d'incorporation, de la loi de création, qui se trouve en somme en substance dans la codification de Bustamante, et que l'on pourrait adopter, si l'on pouvait accepter, dans les articles I8 et I9, de remplacer les formules, qui visent le siège social, le "s'il y a lieu", par des formules repoussant l'option, visant en principe la règle de création, exceptionnellement par des règles différentes. Je crois que les Etats Sud-Américains qui avaient fait les réserves relatives à ces articles y souscriraient, et je crois que ceux qui ont adopté l'article I8 et l'article I9 avec une disposition analogue à celle qui a été votée à La Haye en 1932, trouveraient également satisfaction.

De l'intérêt  
qu'il y aurait  
à rechercher  
une solution  
internationa-  
le de la ques-

Je termine sur ce point par une réflexion qui m'est personnelle. Je crois qu'à côté de disposition analogue à celle qui a été votée en 1932 à La Haye, il y aurait lieu d'envisager, toujours du point de vue universaliste, pour les Etats assemblés dans les assises internationales, une solution internationale d'un caractère assez analogue à celui dont j'ai parlé.

(1) En effet, la question de personnalité même lorsqu'il s'agit de fins du D.I.P. ou de droit privé, pour les sociétés de commerce, implique toujours une question du droit public, et est toujours dominée par les règles de droit public.



tion des collec-  
tivités, analo-  
que à celle ad-  
mise pour la  
situation des  
apatrides.

pour finir à propos de la nationalité des individus, des conflits de nationalité et de l'apatridie. J'ai dit, en ce qui concerne l'apatridie, que la véritable solution ne consistait pas à donner à des personnes repoussées par un pays, et dont un autre ne veut pas, soit la nationalité du pays qui les repousse, soit la nationalité d'un autre pays qui ne veut pas d'elles. La vérité est dans la confection et dans le développement d'un statut international établissant une situation juridique déterminée sous l'égide du concert des Etats, statut international analogue à celui que la S.D.N. a cherché à établir pour les réfugiés russes et arméniens. N'y aurait-il pas, pour les entités collectives, une solution du même genre, qui serait susceptible d'être envisagée ? Pour ma part, je le crois. Je le crois sur le terrain des sociétés, et plus particulièrement des sociétés de commerce, et je le crois aussi pour les entités désintéressées, telles que les associations et telles que les fondations.

a) création d'  
un type de so-  
ciété interna-  
tionale.

D'abord en ce qui concerne les sociétés. On pourrait concevoir une solution internationale, sous deux aspects : On pourrait concevoir d'abord que la Société des Nations, par l'organe de ses Commissions compétentes, composées de savants illustres, de jurisconsultes internationaux réputés, mit sur pied un type de société par actions, un type de société internationale, combinant pour la protection de l'épargne, qui est à l'ordre du jour, les différentes mesures de protection envisagées par les différentes législations nationales, notamment les mesures de protection qui figurent dans les lois anglaises sur les "companies" mesures qui ont toujours été plus ou moins adoptées par les pays du continent. On pourrait créer pour les sociétés à fins internationales, dont l'objet est purement international, comme c'est le cas du Canal de Suez, le prototype d'une société internationale, dont le statut serait ainsi déterminé par le résultat d'une législation internationale, d'une convention internationale, valant pour les différents Etats. Cette idée n'est point nouvelle. Thaller, à ses cours de Droit commercial, ne manquait jamais de faire observer que c'était dans cette direction que devaient se diriger les efforts des Etats. Est-ce une chimère ? Est-il extraordinaire d'envisager ainsi la constitution d'une société qui n'aurait pas de caractère national, qui aurait un caractère international ? C'est ici le deuxième argument de ma démonstration. Non, car il en existe. De même que la Société des Nations a mis au monde la Commission pour les étrangers, qui n'ont plus



de patrie, de même au sein de la Société des Nations, et en vertu d'accords internationaux, est né un organisme purement international, et qui mieux est, un organisme financier, un organisme bancaire, dont il serait difficile de dire la nationalité, car il n'en a aucune, et qui, par divers articles de sa charte constitutive, en le faisant dépendre en dernier ressort de la juridiction de la Cour permanente de Justice internationale, le place sous l'obédience de la Société des Nations. Cet organisme, c'est la B.R.I., la Banque des règlements internationaux, dont personne ne saurait dire la nationalité. La Banque des règlements internationaux n'a pas d'autre statut qu'un statut international, précisément, parce que ses fins sont internationales. Les statuts sont bien intéressants à étudier. Ils sont le résultat d'une collaboration des juristes du Continent et des juristes anglais. On n'y trouve pas que des institutions telles que l'institution des "trusts" américains, on y trouve aussi des apports du droit du continent. Bref le modèle existe, et alors on ne voit pas pourquoi on ne créerait pas dans l'ordre international d'autres sociétés universelles de ce type, qui existe déjà. C'est ainsi que la création d'une Société internationale de crédit hypothécaire agricole à long terme a été approuvée, en 1931, par la Société des Nations. Voilà en ce qui concerne les sociétés.

b) création d'un statut international des associations et fondations.

Pour ce qui concerne les associations, j'estime aussi qu'il y aurait lieu d'aboutir le plus promptement possible à la création d'un statut international des associations et des fondations. La Belgique, dans une loi récente, s'était préoccupée d'assurer aux associations internationales un statut juridique. Par une pensée scientifique désintéressée, et en même temps ce qui est très légitime, par le souci de conserver en Belgique le siège de beaucoup de ces entités collectives savantes et désintéressées, la loi belge a fait sur le territoire belge un sort particulier à ces entités. Mais elles n'existent, même avec leur caractère international facilité, que sur le territoire belge. Une société savante se fonde dans un pays; elle est reconnue dans ce pays, elle y reçoit la personnalité civile elle y prend figure de corporation, comme disent les Anglais, mais au delà des frontières le problème se dresse, le problème de la reconnaissance et de l'assimilation. Un statut international devrait fixer là aussi un type international d'association pour des associations scientifiques, telles que par exemple l'Académie internationale de Droit comparé, qui, à l'origine créée à Genève en 1924,



s'est précisément pour des fins juridiques transportée à La Haye et a obtenu à La Haye, du gouvernement néerlandais, la personnalité civile, la déclaration correspondant à l'utilité publique française. Il y aurait intérêt qu'elles reçoivent l'hospitalité très gracieuse que reçoivent ces entités dans des pays tels que la Belgique et la Hollande; il y aurait intérêt pour tout le monde à ce qu'un statut, élaboré dans les Commissions de Genève, permît à une association scientifique désintéressée de prendre directement la caractéristique d'une société ou d'une association nettement internationale. Ce sont des sociétés, qui portent l'étiquette internationale, dont l'objet est international, pourquoi ne pas leur donner un statut juridique approprié ?

Il en est de même pour les fondations. Les fondations ne se distinguent des associations que parce que, au lieu que ce soit les personnes qui sont mises en avant, c'est une masse de biens, affectés à un but. Il y aurait lieu également de prévoir et d'organiser un statut international des fondations à but international, telles que par exemple la fondation Carnégie ou la fondation Rockefeller, qui sont constituées sur des bases internationales, et qui auraient certainement à bénéficier d'un statut international.

Ce n'est pas que la Société des Nations se soit jusqu'à présent désintéressée de la question. L'un de ses organismes, qui est précisément celui qui paraît le plus qualifié pour aboutir à une solution du genre de celle que je préconise, a ouvert une enquête. Cet organisme, qui a son siège à Paris, c'est l'Institut international de Coopération intellectuelle. L'Institut international de Coopération intellectuelle a ouvert, il y a quelques années, une enquête sur la meilleure législation à envisager pour les associations scientifiques désintéressées et internationales, et également pour les fondations. Malheureusement, les résultats de cette enquête comparative n'ont pas encore été publiés. Il est à espérer qu'ils le seront un jour, et il est à désirer qu'ils le soient, de manière à ce que cette enquête étant portée à la connaissance des milieux juridiques des divers pays, puisse aboutir à la création d'un type d'association et d'un type de fondation internationales, susceptibles d'être accueillies par tous les Etats et d'engendrer pour la durée de ce qui reste du XX<sup>ème</sup> siècle un statut utile et profitable pour les associations et les fondations désintéressées. Telle est la vue d'avenir, par laquelle il y a lieu de clore les appréciations critiques.



Elles s'inspirent du point de vue universaliste, en ce sens que, n'étant dominées par aucun souci national déterminé, elles ont pour but de tâcher de concentrer sur la solution préconisée l'adhésion de la plupart des Etats, de tous les Etats si possible. Je ne sache pas qu'il y ait dans ces conclusions et ces vues, quoi que ce soit qui puisse faire obstacle dans un pays déterminé à une adhésion de ce genre, et je souhaite vivement que les faits qui se produiront par la suite finissent par faire triompher des vues de ce genre pour le meilleur rendement de la société internationale.

## LE DOMICILE

Cette question figure sous le Chapitre II de la codification, le domicile, "el domicilio".

Réglementation  
par le C.B. de  
la question  
du domicile  
sous l'angle  
du conflit des  
lois.

Dans les articles 22 à 26 inclus, qui forment la substance de ce chapitre, la codification traite d'une question fondamentale dans le D.I.P., et la traite sous l'angle du conflit des lois. L'art. 22 (qui est l'article important de la section) tranche la question de la détermination de la loi applicable au domicile, plus généralement, déclare quelle est la loi applicable au domicile, quant à sa notion et à sa détermination. L'art. 22, en effet, statue à la fois sur la nature, la notion, ("el concepto", le concept), l'acquisition, la perte et la récupération du domicile général et spécial des personnes physiques ou civiles.

Nous examinerons successivement, 1° la position de la question en D.I.P., 2° la solution positive adoptée par la codification, et 3° l'appréciation critique des solutions adoptées par le code.

### 1 - La position de la question en D.I.P.

La position de la question en D.I.P. est essentiellement dominée par un certain nombre de données, dont on peut retrouver les éléments documentaires dans des écrits relativement récents : d'abord le cours professé à La Haye, à l'Académie de Droit International en 1928, par un jurisconsulte du Portugal, professeur à l'Université de Lisbonne, le professeur Barbosa de Magalhaes (la doctrine du domicile en D.I.P. Recueil des Cours de La Haye, 1928). Ce professeur avait précisément, dans l'année même où il faisait son cours, déposé à la Société des Nations, à la Commission des experts pour la codification du droit international, un rapport suivi d'un projet sur la question.



du domicile en D.I.P. dans les conflits de lois; c'est la substance de son rapport, qu'il avait fait passer dans la série de ses cours. On pourra se reporter également à un autre cours plus récent, professé à la même Académie, par M. Cassin "La nouvelle conception du domicile dans le règlement des conflits de lois", décembre 1931. Enfin, deux autres documents : d'une part, la thèse de M. Levasseur (Paris, Juin 1931) "La détermination du domicile en D.I.P." et le Répertoire de Droit International de MM. La Pradelle et Niboyet V<sup>e</sup> domicile et résidence (t. V. 1930 par M. de S. Grimmer, avocat à la Cour).

Les trois données du problème :

1- rôle du domicile en D.I.P.

La question dont s'occupe la codification dans les articles 22 à 26, est dominée essentiellement par trois données : D'une part, le rôle du domicile en D.I.P., c'est-à-dire les intérêts qui s'attachent en D.I.P. à la réponse qu'il y a lieu de faire à la question "Où une personne déterminée a-t-elle son domicile ?", c'est ce que l'on appelle le rôle du domicile en D.I.P.

2- de la loi compétente en matière de conflit de lois sur la détermination du domicile.

En effet, cette question domine une seconde donnée du problème, c'est la controverse elle-même, très ardente, qui porte sur le point de savoir comment on doit régler le conflit de lois relatif à la détermination du domicile. La question, de savoir où une personne a son domicile, peut être tranchée de façons différentes par diverses lois. Quelle est la loi compétente ? quelle est celle qui a le dernier mot pour déterminer le domicile ? Il y a de nombreux systèmes en présence, entre lesquels le choix est difficile.

3- La conception du domicile.

Au-dessus, à la fois du domicile et de la controverse de Droit International en matière de conflit de lois, plane alors une question fondamentale, qui relève du droit comparé : c'est la conception même du domicile, la notion du domicile, la nature, - el concept, comme dit l'art. 20 -, car cette notion qui en France et dans les pays latins paraît claire, paraît classique, à la suite des éléments qu'on trouve réunis dans les codes issus du code civil, est loin d'être la seule conception du domicile dans l'univers civilisé, tout au contraire. Le monde actuellement est divisé en ce qui concerne la conception du domicile en deux théories qui répondent à ces concepts très différents, et c'est cette double conception du domicile, qui au fond va expliquer les divers intérêts, qui s'attachent à la question de la controverse, que j'indiquais, et à la solution de la controverse elle-même.

Voilà l'ordre des idées, que je m'en vais maintenant aborder.



## I - Rôle du domicile en D.I.P.

1 - Intérêts multiples qui s'attachent en D.I.P. à la réponse à faire à la question : "Où une personne a-t-elle son domicile ?" C'est là la question du rôle du domicile en D.I.P., rôle complexe, infiniment varié, et qui peut être là encore classée sous diverses rubriques.

Importance du rôle du domicile en D.I.P. pour la détermination du statut personnel dans un grand nombre de législations par opposition à celles s'attachant à la loi nationale.

La première des constatations, qui frappe toute personne s'occupant du D.I.P., c'est l'importance considérable jouée par le domicile en matière de conflit de lois : c'est là son importance primordiale, importance différente cependant suivant les législations. Il est en effet des législations qui donnent au domicile une importance de tout premier plan; il en est d'autres, au contraire, où le domicile, tout en ayant de l'importance, n'engendre pas cependant des conséquences aussi capitales que dans le premier cas. Je fais allusion ici au grand schisme, qui sépare aujourd'hui les législations du monde civilisé concernant la fixation du statut personnel des individus. Le statut personnel est réglé en France et dans la plupart des pays latins et dans les pays qui ont suivi le code civil français, par la loi nationale. Au contraire, dans une autre moitié du monde, et c'est peut-être la plus considérable, il est réglé par la loi du domicile. C'est la loi du domicile qui sort de base au statut personnel dans une très grande partie de l'univers civilisé, et ceci par le maintien de la tradition, de la coutume internationale, qui s'est développée entre Dargentré et les auteurs du XVIIIème siècle. L'école de Dargentré, toute l'école hollandaise, toute l'école allemande, toute l'école anglaise et l'école anglo-américaine, l'école française du XVIIIème siècle reprenant alors à la suite de l'école hollandaise ses conclusions, attachaient à la loi du domicile le statut personnel.

C'est le code civil d'abord, ensuite la codification qui a suivi le code, enfin au milieu du XIXème siècle, le principe des nationalités et l'école de Mancini, qui ont attaché alors les pays du continent européen en matière de statut personnel à la loi nationale par préférence à la loi du domicile. Mais quoi qu'il en soit, à côté de cette innovation, sont encore restés attachés à la loi du domicile comme base du statut personnel, l'Angleterre, tous les pays ressortissant de la couronne de Grande-Bretagne, les dominions : Canada, Australie, Inde, etc... les Etats-Unis de l'Amérique du Nord et dans l'Amérique latine, un très grand nombre de pays, notamment l'Argentine,



l'Uruguay, qui en réaction contre la conférence de Lima (1878) avait fait prévaloir à la conférence de Montévidéo (1889) la loi du domicile, la Colombie, Costa-Rica et le Guatemala. J'expliquerai la doctrine de la Colombie et de Costa-Rica, sur ce point, lors de la codification du code Bustamante.

En Europe, les pays restés fidèles à la loi du domicile sont très rares. Autrefois on pouvait compter parmi eux l'Allemagne, jusqu'à la loi d'Introduction au code civil allemand; la Suisse, le Danemark, la Norvège, sont restés attachés à la loi du domicile. Tout le reste du monde civilisé fait dépendre le statut personnel de la loi nationale, par imitation de l'art. 3 du code civil en France, adopté en Belgique et dans le Luxembourg, du code civil italien, expression de la doctrine de Mancini, et du code civil allemand de 1900, qui dans les art. 7 à 13 de la loi d'Introduction au code civil a modifié l'ancienne doctrine allemande et a adopté la loi nationale, l'Autriche, la Hongrie, les Pays-Bas, la Suède et enfin dans l'Europe orientale, la Serbie, la Roumanie, le Monténégro; dans le Bassin méditerranéen : l'Egypte; en Asie, le Japon; les Etats nouveaux imbus de la doctrine nationale, la Pologne, la Tchécoslovaquie, la Finlande, et, dans l'Amérique latine, par imitation du code allemand, le Brésil, ou par tradition, le Chili, le Vénézuéla, et quelques autres encore.

lien entre l'adoption de l'un ou l'autre système et le phénomène de l'immigration ou de l'émigration dans le pays considéré.

Les Etats de l'Amérique latine qui sont restés attachés à la tradition de la loi du domicile ne le font pas seulement par amour de la tradition, au fond de cette question du choix de la loi du domicile comme base du statut personnel, on peut dire que se trouve le problème de l'émigration et de l'immigration. Tout pays a faible population et qui voit, par cette loi des vases communicants, qui domine les sociétés, comme elle domine le monde physique, s'accroître sa population d'éléments étrangers, là où il y avait des territoires vides, tout pays d'immigration sera attaché à la loi du domicile. En effet, nous lisons dans les réserves émises par les délégations de Colombie et de Costa-Rica déjà citées (Revue de D.I.P., 1928, p. 581) ce passage (cité en note dans le cours de M. Cassin, sous le numéro 502, note I. p. 89, du tirage à part) "Peuples d'immigration, comme le sont ou doivent l'être ces républiques, elles ne peuvent songer, sans une suprême inquiétude, que les émigrants européens auraient la prétention d'invoquer en Amérique leur propre loi nationale pour régir ici leur état ci-



vil et leur aptitude à contracter. Admettre cette possibilité, c'est créer en Amérique un Etat dans l'Etat, et nous mettre presque sous le régime des capitulations, que l'Europe a imposé pendant des siècles aux nations de l'Asie, considérées par elle comme inférieures dans leurs relations internationales. Les délégations soussignées font des vœux pour que bien vite disparaissent des législations américaines toutes les traces des théories préconisées par l'Europe pour conserver ici la juridiction sur ses nationaux établis dans les terres libres d'Amérique, et espèrent que la législation du Continent s'unifiera selon les principes, qui soumettent les étrangers émigrants à l'empire, sans restriction, les lois locales".

Au contraire, les pays d'émigration, les pays à forte population, Allemagne, Italie, dont les ressortissants passent la frontière pour chercher leur subsistance, ont une tendance à maintenir l'emprise de leur loi civile sur leurs nationaux égrénés dans tout le monde. Tel était le cas de la France, lorsqu'elle était pays de forte population. Aujourd'hui la France, devenue pays d'immigration, a une tendance à incliner vers l'adoption de la loi du domicile.

Le rôle supplé-  
tif du domici-  
le en matière  
de conflit des  
lois dans les  
pays admettant  
la détermina-  
tion du statut  
personnel par  
la loi natio-  
nale \*

Telle est l'importance du domicile, au point de vue du conflit des lois, dans les pays où le statut personnel est régi par le domicile. Mais il ne faudrait pas croire que les pays, où le statut personnel est régi par la loi nationale, n'attachent pas dans le conflit des lois une importance considérable à la fixation du domicile. C'est ainsi que dans les législations qui, comme la nôtre, sont encore attachées à la loi nationale comme base du statut personnel, le domicile joue un rôle supplétif très important, non pas seulement dans les questions de nationalité douteuse ou de double nationalité, mais dans les conflits de lois eux-mêmes. La question de la tutelle, des effets personnels du mariage, les questions en matière de testament, les successions mobilières, la règle "mobilia sequuntur personam" appliquant la loi du domicile du défunt, le domicile matrimonial déterminant le régime légal des époux mariés sans contrat, voilà entre autres quelques points où à titre supplétif, même dans les pays où la loi nationale établit la base du statut personnel, le domicile est pris en considération.

Autres consé-  
quences atta-  
chées en D.I.P.  
au domicile :  
dans les con-

Si la matière des conflits de lois est celle où l'importance du domicile se révèle dans toute sa force, les autres divisions du D.I.P. attachent également au domicile une importance très grande, dans les conflits de juridiction notamment. Le principe général



its de ju-  
dictions,

"Actor sequitur forum rei" (le demandeur est obligé d'assigner le défendeur devant le tribunal du domicile du défendeur) est, quelles que soient les restrictions qui y sont apportées en D.I.P. (C.C. art. 14 et 15) dans la doctrine internationale et dans les institutions du D.I.P., de plus en plus admis. C'est cette règle notamment qui détermine en France la compétence des Tribunaux français; dans les litiges entre étrangers, on s'attache au domicile des étrangers, et particulièrement lorsqu'ils n'ont pas de domicile à l'étranger, à leur domicile ou résidence en France, et dans les traités de compétence, c'est le domicile qui est pris en considération. Ainsi, dans le Traité Franco-Suisse du 15 Juin 1869, c'est la compétence du Tribunal du domicile du défendeur, dans les litiges entre la Suisse et la France, qui est adoptée par l'instrument diplomatique franco-helvétique.

ans la matière  
e la condition  
es étrangers

De même dans la matière de la condition des étrangers, l'importance du domicile a été considérable pendant très longtemps, puisque l'art. 13 du code civil français, - abrogé en France, depuis la nouvelle loi de 1927 sur la nationalité, mais en vigueur en Belgique, en Italie, et autres pays - avait appelé aux droits civils, sur un pied d'égalité de principe avec les nationaux, les étrangers admis à domicile. C'est ce que l'on avait appelé l'admission à domicile.

en matière fis-  
ale,

Le domicile joue encore un rôle considérable, non seulement dans les matières de droit privé, mais dans les matières de droit public, notamment en ce qui concerne le domicile fiscal, la question de double imposition, dans la condition des étrangers, personnes physiques ou personnes morales.

en matière de  
nationalité,

Enfin, pour terminer cette revue générale de l'importance du domicile dans le D.I.P., dans la matière de la nationalité, le domicile joue encore un rôle considérable, sans doute s'est-il amoindri, mais il a encore une place très large, dans l'attribution de la nationalité d'origine. Tout le mouvement qui s'est effectué au cours du XIXème siècle, sur l'art. 9 du code civil, depuis l'art. 9 jusqu'aux dispositions, qui aujourd'hui le remplacent, notamment les art. 3 et 4 de la loi de 1927, le prouve. On sait que le domicile sur le sol français, joint à la naissance sur le sol, donc au jus soli, donne la faculté d'engendrer la nationalité française. (Art. 3 et 4 de la loi du 10 Août 1927).

D'autre part, le domicile a joué et joue encore un rôle important dans l'acquisition et la perte de la nationalité : dans l'acquisition de la nationalité par la naturalisation où pendant très longtemps on



s'est attaché au domicile - on s'attache plus volontiers à la résidence aujourd'hui - et l'art. 8 de la loi de 1927 porte encore la trace de l'ancien art. 9 du code civil; en ce qui concerne la perte de la nationalité, c'est encore au domicile matrimonial que l'art. 8 3<sup>e</sup> de la loi de 1927 s'attache pour fixer la perte pour la femme française de la nationalité française.

Il était indispensable d'indiquer dès le début ces différents intérêts car ils ont une attache fondamentale, d'une part avec la controverse sur la loi applicable à la détermination du domicile, et d'autre part avec les diverses conceptions du domicile en droit comparé.

#### Loi applicable à la détermination du domicile.

Le point central, le point névralgique, celui sur lequel avaient statué les articles 22 et suivants de la codification du code Bustamante, concerne la loi applicable dans un conflit de lois sur la détermination du domicile. Quelle est la loi qui bénéficie de la préférence législative ?

Sur ce point, il existe dans le D.I.P. une controverse classique, reproduite tout au long dans les divers documents signalés, notamment dans le cours de M. le Professeur Barbosa de Magalhaes et dans la thèse de M. Levasseur.

Il existe 4 systèmes de solution, sans compter les systèmes de distinction, dans un groupement qui, je le crois, correspond aux conceptions diverses qui prévalent dans le droit comparé et aux intérêts qui s'y attachent. Pour ce qui est des 4 systèmes tranchés abstraction faite des systèmes de distinction, on peut les conjuguer deux par deux.

Dans un premier groupe figurent le système intégral de la loi nationale et le système de l'autonomie de la volonté.

Dans le second groupe, je classerai le système de la lex fori et de la loi territoriale. Nous verrons plus tard pour quelles raisons ces deux groupes s'opposent et doivent être, à mon sens, distingués. Cela nous donne 4 systèmes : système intégral de la loi nationale; système de l'autonomie de la volonté; système de la lex fori; système de la loi territoriale. Il convient d'indiquer, bien qu'assez sommairement, la teneur de cette controverse, puisqu'en somme elle est à la base de l'article 22 de la codification.

Les 4 grands systèmes répartis en 2 groupes.



- le système  
de la loi na-  
tionale.

Le système de la loi nationale, le système qui attribue à la loi nationale de l'individu, dont il s'agit de déterminer le domicile, est un système qui naturellement est défendu par certains protagonistes de l'école de Mancini. Il ne faut pas nous étonner de trouver André Weiss parmi les tenants de ce système. Mais en dehors de ceux qui sont les partisans résolus et déterminés de la loi nationale en matière de statut personnel, on trouve des disciples de Savigny, des analystes, qui dans le cas particulier se rattachent à la loi nationale, abstraction faite de toute adoption de la doctrine générale de Mancini. Tel est le cas du Doyen Valéry dans son Manuel de D.I.P. § 14.

argument tiré  
de l'art. 102  
C.

Quels sont les arguments qui sont donnés à l'appui de cette thèse, de ce premier système ? M. Valéry, qui examine cas par cas la doctrine de Savigny et qui analyse chacune des questions qui se présentent à lui, puise son argumentation dans l'art. 102 du code civil français : "Le domicile de tout Français, quant à l'exercice des droits civils, est au lieu où il a son principal établissement". Ainsi la loi française régit le domicile de tout Français. La loi ne dit pas si c'est le domicile en France ou le domicile à l'étranger, la loi ne faisant pas de distinction, l'interprète n'en doit pas faire. La loi française entend donc régir la détermination du domicile de ses nationaux, même à l'étranger, même au delà des frontières. Alors, la réciproque dominant l'interprétation des articles du code civil en matière de D.I.P., notamment à propos de l'article 3, § 3; cette réciproque veut que nécessairement le domicile de l'étranger en France soit réglé par sa loi nationale.

argument tiré  
du lien entre  
le domicile et  
le traitement  
des droits pri-  
vés de la  
personne.

Voilà le premier argument. Quant à André Weiss, il estime que la nature et le rôle du domicile sont des questions qui se rattachent indissolublement au traitement des droits privés de la personne, et les droits privés de la personne étant établis par la loi nationale, on comprend que ce soit à la loi nationale qu'il faille s'adresser pour savoir où est le domicile d'un individu. Tels sont les deux arguments fondamentaux. Il en est d'autres.

Les adversaires de ce premier système lui opposent les objections suivantes :

Réponse :  
portée exagérée  
attachée à l'  
art. 102 et  
difficultés  
auxquelles

En premier lieu, l'argument tiré de l'article 102 du code civil est un argument exagéré. En effet, quand on lit le texte, on voit que l'article 102 ne vise la question du domicile que quant à l'exercice des droits civils. Or, le domicile a bien d'autres visées que celle du droit privé. Je parlais tout à l'heure du



aboutit l'application de la loi nationale.

domicile fiscal. Dans beaucoup de matières de droit administratif et de droit public, le domicile joue son rôle. C'est pourquoi M. Valéry lui-même admet des exceptions à son principe dans les matières autres que celle du droit privé.

D'autre part, les Travaux préparatoires de l'art. 102 ne font nullement ressortir que le législateur en 1804 ait voulu viser le domicile du Français au delà des frontières. Rien ne le fait supposer, rien ne l'indique dans la pensée des auteurs du code civil.

En troisième lieu, on fait remarquer que le système de la loi nationale conduit à des difficultés inextricables, lorsqu'il y a lieu de déterminer le domicile des personnes qui n'ont pas un domicile propre, personnel, mais qui ont de par la loi, ce que l'on appelle un domicile de dépendance. Ainsi la femme mariée, le mineur, l'interdit, le domestique attaché à la personne et vivant avec ses maîtres, ont un domicile fixé par la loi. A quelles complications inextricables peut conduire le système de la loi nationale, lorsque les nationalités sont différentes, lorsque, c'est le cas très fréquent aujourd'hui, le personnel domestique d'une maison est de nationalité étrangère ?

Insuffisance du système de la loi nationale en cas d'apatridie ou de nationalité multiple.

Enfin, d'autres questions se présentent où le système de la loi nationale est insuffisant ou sans réponse bien nette. Dans le cas d'apatridie, quelle solution adopter pour l'individu qui n'a pas de nationalité ? On ne peut lui appliquer une loi nationale. De même pour celui qui a deux nationalités.

Telles sont les objections au système de la loi nationale.

2 - Le système de l'autonomie de la volonté.

Le deuxième de ces systèmes, le système de l'autonomie de la volonté, est également un système qui s'apparente au premier, en ce sens qu'il ressortit très nettement des conceptions du code civil et des auteurs français. Ce sont d'ailleurs les auteurs français qui l'ont soutenu, il n'a guère été admis à l'étranger. Il a été particulièrement défendu par un jeune candidat à l'Agrégation dans sa thèse de 1893, M. Loiseau, mort prématurément pendant le concours. Il admettait le domicile comme principe de compétence législative. Cette thèse avait été soutenue antérieurement par le Procureur général Bertault en 1867, mais il a été presque partout repoussé. Le domicile, disaient ces auteurs, est le résultat d'un fait, et d'une intention. Nous le verrons, les auteurs anglais, qui ont analysé la matière de très près, emploient les expressions latines, sinon romaines, "factum" et "animus manendi", le fait et l'intention de demeurer.



Cr, aussi bien le fait que l'intention sont dans la pleine dépendance de la personne qui crée le fait et qui manifeste l'intention, "de la personne qui crée l'un et manifeste l'autre", écrivait Loiseau. La doctrine est claire.

Les critiques ont été nombreuses et presque déterminantes. Tout d'abord, disait-on, ce système impose au juge, à l'interprète, une recherche psychologique particulièrement délicate, particulièrement difficile. Comment faire dépendre la loi applicable d'une intention, d'un élément psychologique, qui quelquefois ne se révèle pas par les faits ni même par les paroles ? D'autres critiques du même genre que celles adressées au système intégral de la loi nationale, ont été émises en ce qui concerne, mutatis mutandis, le domicile de dépendance. On peut répéter ici les mêmes objections.

En troisième lieu, comment admettre le système de l'autonomie de la volonté dans les cas où le domicile manifeste un intérêt public ? où l'intérêt qui s'attache au domicile touche à la souveraineté ? La souveraineté de l'Etat est impliquée par exemple en matière d'impôt.

Enfin, et ceci est l'argument qui tend vraiment à réfuter la théorie, le domicile, dit-on, n'est point seulement dans le fait et l'intention, il réside surtout dans la sanction que la loi donne à ce fait intentionnel, en lui attachant des effets juridiques qu'elle détermine à son gré.

Telles sont les objections adressées au système de l'autonomie de la volonté. Et si le système de la loi nationale a été admis dans certains pays, notamment en Italie, dans des pays où le système de la loi nationale est toujours en honneur, le système de l'autonomie de la volonté n'a guère été adopté par personne.

J'en arrive maintenant aux systèmes territoriaux, au système de la lex fori et de la loi territoriale, que nous allons avoir à distinguer.

- Système  
la Lex fori.

Le système qui fait prévaloir la loi du juge saisi, la lex fori, pour la détermination du domicile, est celui qui aujourd'hui apparaît comme adopté par le plus grand nombre des auteurs et par le plus grand nombre des jurisprudences dans le monde. Il paraît tout naturel que, ayant à statuer sur le domicile, le juge s'adresse à la loi qu'il est chargé d'appliquer. Où donc trouverait-il mieux les éléments de la solution que dans sa propre loi ? le juge français dans le code civil, le juge anglais dans ses principes généraux, etc.....



Si cette doctrine se réclame de la simplicité pratique et de l'élément logique, elle n'est pas sans avoir trouvé dans des arguments plus savants des fondements très sérieux. C'est ainsi que l'on a dit que le domicile est en liaison étroite avec le système de D.I.P., avec ce que l'on appelle les règles de rattachement, avec le système adopté pour la solution des conflits de lois. La détermination du domicile, dit-on, fait partie du système général de D.I.P. de chaque pays, il en fait partie au même titre que les principes de qualification. De même que pour la qualification, on s'entend généralement, sauf controverses, à faire dépendre la qualification de la *lex fori*, de même on dira que la détermination du domicile, eu égard à son lien étroit avec les règles en matière de conflits de lois, dépend du système de droit international; des règles de rattachement adoptées par un pays. Mais il y a plus; M. Niboyet (dans une note au Sirey, 1927, I. p. 57, et dans la 2ème édition du Manuel de Pillet) soutient que, non seulement il y a là quelque chose d'analogue aux questions de qualification, mais que la détermination du domicile est une question de qualification.

Quoiqu'elle soit généralement adoptée par la majorité des auteurs et des jurisprudences, on a fait au système de la *lex fori* un certain nombre d'objections. Tout d'abord, lorsque des conventions internationales, comme la convention franco-suisse, renvoient au domicile, comment peut-on songer à faire dépendre de la *lex fori* la détermination du domicile. Et soumettre ainsi à des solutions nécessairement variables et divergentes un point unique dans les instruments diplomatiques échangés entre deux nations ?

D'autre part, il est difficile d'admettre la compétence législative de la *lex fori*, lorsque la détermination du domicile est à faire dans l'hypothèse du renvoi. Elle apparaît en contradiction, lorsqu'il s'agit, après un renvoi, de déterminer le domicile, lorsque par exemple, pour un Anglais domicilié en France, se pose la question de savoir si on peut lui donner un conseil judiciaire : la loi anglaise renvoie à la loi française en pareil cas, la loi française peut-elle être bien qualifiée pour trancher le point de savoir si vraiment il y a domicile dans l'espèce ?

Enfin, comme l'a fort bien démontré M. Levasseur (p. 61 et p. 62) la *lex fori* par sa rigidité, par sa simplicité, par son unité dans l'intérieur d'un pays, ne se plie pas pour toutes les questions aux infinies complexités de la matière.



de la loi territoriale (ou de la lex rei sitae ou de la lex loci) en quoi il diffère du système de la lex fori.

territoriale. Il demande d'abord à être défini.

Quelle différence y a-t-il en effet entre le système dit de la loi territoriale et le système de la lex fori ? En apparence le système de la lex fori c'est le système de la loi territoriale, et un certain nombre d'auteurs font la confusion. Cependant, il faut faire la distinction, elle est indispensable dans le cas qui nous occupe, puisque l'article 22 du code Bustamante adopte la loi territoriale et que l'article 25 n'adopte la lex fori qu'à titre supplétif. La loi territoriale dans le cas présent, dans l'espèce envisagée en matière de détermination du domicile, c'est la loi de l'Etat sur le sol de qui se trouve l'établissement susceptible d'être qualifié domicile. C'est pourquoi un certain nombre d'auteurs qualifient ce système de système de la lex rei sitae, le système de la situation de la chose, ou encore de la lex loci.

Ce système ne coïncide donc pas avec le système de la lex fori, car il se peut très bien que l'établissement, dont on prétend qu'il fonde le domicile de la personne, soit situé en dehors de la juridiction sur laquelle le tribunal saisi a compétence. Par exemple, si l'on soutient devant une cour anglaise que l'individu considéré a son domicile en France, et que l'établissement sur lequel on fonde cette argumentation se trouve en effet en territoire français, c'est la France qui est le pays du lieu de la chose située, ce serait la loi française, la lex rei sitae, alors que la loi anglaise serait la lex fori. Voilà la distinction.

Alors l'argument en faveur de ce système consiste à dire que le domicile est un lien juridique résultant d'un lien matériel, qu'il est naturel que la détermination du caractère de ce lien appartienne à l'Etat avec lequel ce lien a été matériellement établi, car il est, dit-on, beaucoup plus que par le lien national l'Etat le plus intéressé. L'Etat sur lequel l'établissement se trouve est au premier chef intéressé à ce que la détermination du caractère de ce lien appartienne à sa propre loi et donne compétence à sa propre loi.

L'objection fondamentale adressée à ce principe, a été surtout développée dans le cours de Cassin (N° 15), cette théorie a le tort d'exagérer le caractère public du domicile. Dans cette conception, le domicile est envisagé uniquement comme une institution du droit public, un rattachement de nature politique de même que la nationalité. Cette théorie négative est dangereuse, parce qu'elle ne tient pas suffisamment comp-



te de la liberté individuelle en matière de domicile.

Voilà les 4 systèmes tranchés, entre lesquels se partagent les auteurs et les **jurisprudences**.

Tempéraments  
divers appor-  
tés aux sys-  
tèmes notam-  
ment à celui  
de la lex fori.

Les systèmes de distinction sont assez nombreux et beaucoup d'auteurs ont, pour des raisons diverses adopté tel ou tel tempérament à apporter, soit à la loi territoriale, soit à la lex fori, plus particulièrement. Ces systèmes ont vu le jour dans la plupart des pays, en Belgique M. A. Rollin, en Italie M. Pascal Fiore, en France M. Donnedieu de Vabres, M. Levasseur; plus particulièrement, le juriste portugais le professeur Barbosa de Magalhaes a dans ses leçons de La Haye et également à la Société des Nations proposé une distinction sur laquelle il faut s'arrêter un instant, car nous allons voir qu'elle a trouvé place dans l'art. 25 de la codification. Le professeur Barbosa de Magalhaes fait observer qu'il est assez choquant, lorsqu'on adopte le système de la lex fori, de la loi du domicile, pour trancher la détermination du domicile, d'appeler cette loi du juge saisi à décider de la question, lorsque le domicile sur lequel on discute doit nécessairement être situé dans un pays différent de celui du Tribunal, lorsque par exemple on se demande en France si un sujet russe a son domicile en Chine ou au Japon, question qui serait susceptible de se poser aujourd'hui. N'est-il pas contradictoire, contraire à la logique, un peu surprenant, de faire trancher cette question de domicile par la loi française ? Ne serait-il pas surprenant de faire trancher la détermination du domicile au moyen des éléments de détermination à puiser dans le code civil ? Dans ce cas, il faut choisir une autre loi, et le professeur Barbosa de Magalhaes préconisait de choisir tout au moins celle du domicile réclamé par l'un des plaideurs, par celui qui se réclame précisément du domicile, par le principal intéressé. Ainsi la détermination du domicile aurait lieu, d'après la loi du pays où le principal intéressé prétend avoir son domicile. Art. II et I2 de la codification, proposés par le professeur Barbosa de Magalhaes (Cours de 1926 et Cassin Etude sur le domicile, tirage à part N° 11 p. 26)

Raisons de lo-  
gique et d'u-  
tilité en fa-  
veur de la dé-  
termination du  
domicile par  
la loi nationa-  
le dans l'hy-

Je signale également, puisque M. Cassin y a fait allusion, une opinion que j'avais émise dans un cours de 1931, sur une distinction à faire à propos de la controverse. J'ai indiqué qu'à mon sens on devrait se rattacher à la loi nationale pour déterminer le domicile dans une série d'hypothèses importantes en D.I.P. lorsqu'il y a lieu à renvoi. Dans ce cas c'est, en principe la loi nationale de l'intéressé qui devrait déci-



thèse de ren-  
voi.

der où se trouve le domicile. Il y a là à mon sens une donnée à la fois imposée par la logique et par l'utilité. Supposons en effet un anglais, prétendument domicilié en France, il se pose relativement à son cas une question d'état, de capacité. D'après la jurisprudence française et la doctrine, l'état et la capacité des étrangers sont régis par la loi nationale. Ce serait donc la loi anglaise qui devrait régir l'état et la capacité de l'anglais prétendument domicilié en France. Mais le droit anglais fait régir le statut personnel par la loi du domicile. Par conséquent, si l'anglais est domicilié en France, aux yeux de la loi anglaise, son état et sa capacité sont régis par la loi française : c'est une hypothèse classique de renvoi. J'estime pour ma part que, lorsqu'une question de ce genre se présente devant les tribunaux français et la jurisprudence française, ce n'est pas la loi française, c'est la loi anglaise qui doit décider si l'anglais a son domicile en France. Il y a là une solution logique et cohérente. Dès l'instant où nous admettons le renvoi, c'est-à-dire quand la loi française accepte le don qui lui est fait par la loi anglaise, par les règles de rattachement du droit anglais, le lien étroit qui existe, (M. Niboyet a bien signalé ce fait dans l'étude précédemment indiquée) entre les règles de rattachement et le principe du domicile, veut que ce soit également d'après la loi anglaise que soit situé le domicile de son ressortissant ou de son ancien ressortissant. Dès l'instant que c'est le domicile à l'étranger qui va permettre d'appliquer la loi étrangère, à mon sens il est logique que ce soit le droit anglais qui détermine dans quelles conditions cet anglais est aux yeux de la loi anglaise domicilié en France. C'est cohérent, cela donne un ensemble logique à tout le système.

Et non seulement c'est logique, mais l'utilité intervient car la conception anglaise du domicile est radicalement différente de la conception française. Ces deux conceptions en législation comparée s'affrontent d'une manière totale, et il peut être utile précisément au regard du droit français, au regard des tribunaux français, et aussi pour tenir compte des objections très valables qui peuvent être invoquées à certains égards contre la doctrine du renvoi, de faire trancher la question par le droit anglais plutôt que par le droit français. Notamment les principes concernant la conservation du domicile d'origine en Angleterre, font que dans beaucoup d'hypothèses, quand l'anglais se trouve en France, il pourrait être considéré, aux yeux de la loi française, comme ayant son



domicile en France, tandis qu'aux yeux de la loi anglaise, il serait considéré comme étant encore domicilié dans son pays d'origine : si bien que si les tribunaux français admettaient, et comme ils le font d'ailleurs, de trancher la question de la détermination du domicile par la loi anglaise, l'anglais ne serait pas considéré comme domicilié en France, et par conséquent il n'y aurait pas lieu à renvoi. Une jurisprudence de ce genre serait donc de nature à limiter les cas de renvoi. M. Cassin (Op. cit. n° 11) indique bien que c'est précisément pour limiter les cas de renvoi que j'ai présenté ce tempérament aux autres systèmes, notamment au système de la lex fori. Il y a là, il me semble, un tempérament logique et cohérent : c'est d'ailleurs le système de la jurisprudence française, dans les cas où la question de renvoi s'est posée (Voir La Pradelle et Niboyet Répertoire et particulièrement l'article de Mme Grinberg fournissant des indications de jurisprudence française, belge, anglaise, en vertu desquelles lorsque la question de renvoi se pose, c'est la loi nationale que l'on consulte pour la détermination du domicile). La Jurisprudence anglaise, tout au moins, a manifesté, dans les dernières années, une très grande hésitation sur la question.

3° - Opposition entre la conception française et la conception anglaise du domicile, l'une correspondant à une notion de droit interne, l'autre à une notion de D.I.P.

3° - La troisième donnée de la position de la question en D.I.P. n'avait pas été aperçue jusqu'à ces dernières années et domine cependant la matière : l'opposition, on ne peut pas dire l'antagonisme, qui se manifeste dans la manière dont on conçoit la notion du domicile dans les pays continentaux, en tête desquels la France, qui a la première inauguré cette notion nouvelle, et la conception anglo-saxonne qui a perpétué au contraire la conception traditionnelle du domicile de l'ancien droit des statutaires et de la coutume internationale.

Pratiquement on peut synthétiser et illustrer par une image cette opposition. Lorsque l'on pose à un français, à un anglais, à un américain, la même question : Où est votre domicile ? A cette question, un français, un continental, répondra par l'indication d'une ville avec une adresse : mon domicile est dans telle ville, tel lieu, telle rue, tel numéro. C'est d'ailleurs l'indication que l'on donne dans les actes de l'état civil, et dans les déclarations pour l'impôt sur le revenu. Si on pose la question à un anglais, il ne dira ni ville, ni lieu, ni adresse ; il dira : mon domicile, c'est l'Angleterre. Il indique un pays. Un citoyen des Etats-Unis d'Amérique répondra par l'indication d'un Etat, Etat de Californie



Etat du Texas, etc.... Ces diverses réponses attestent l'image même qu'elles évoquent, l'opposition entre les deux conceptions : la conception française et continentale, la conception anglo-américaine, la conception anglo-saxonne... La conception française et continentale est une conception de droit interne; la conception anglaise et américaine est une conception de conflit de lois, de droit interprovincial, dirions-nous, et international. Dans la conception française actuelle, le domicile, c'est la localisation d'un individu déterminé en un point du territoire d'un pays pour l'application des règles du droit interne; c'est le rattachement à une localité administrative. Dans la conception anglaise, anglo-saxonne et américaine, le domicile, c'est le rattachement à un territorium legis, à un territoire tout entier, pour l'application des règles relatives aux conflits des lois, non pas pour l'application de règles de droit interne, de caractère administratif ou de caractère de police et d'ordre public, mais pour l'application des règles du D.I.P., et notamment des règles des conflits de lois. Voilà les deux conceptions. Essayons maintenant de les caractériser, pour bien comprendre comment se présente l'opposition.

- la conception française-  
hésitations de  
la doctrine sur  
la définition  
du domicile.

Pour aller du connu à l'inconnu, ou du plus connu au moins connu, prenons d'abord, quoique ce soit la plus récente, la conception française, nous prendrons ensuite la conception traditionnelle qui est celle à laquelle sont restés attachés les pays anglo-saxons.

En France, la définition du domicile ne figure pas au code. Tous les commentateurs actuels du code civil, tous les auteurs du droit civil français, nous font remarquer que le code ne définit pas dans l'art. 102 du code civil et qu'il se borne à indiquer où se trouve le domicile. "Le domicile de tout Français, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son principal établissement". Par conséquent, le domicile n'est pas défini. On indique simplement à quel endroit il se trouve. La définition du domicile a donné lieu en doctrine à beaucoup de divergences en France : tantôt le domicile est défini concrètement comme un lieu, Planiol le définit comme le lieu d'habitation d'une personne, Aubry et Rau en donnent une définition abstraite, et le définissent comme une relation d'ordre juridique (t. I. § 141) : "Le domicile est la relation juridique existant entre une personne et le lieu où cette personne est, quant à l'exercice de ses droits et quant à l'accomplissement de ses obligations, toujours sensée présente, quoiqu'elle ne



s'y trouve pas à tel moment donné, et que même elle n'y réside pas habituellement". Voilà les deux conceptions de la définition du domicile : conception concrète ou conception abstraite. Certains auteurs plus éclectiques prennent à la fois les deux méthodes et définissent à la fois d'une façon concrète et d'une façon abstraite le domicile, tel est le cas de MM. Colin et Capitant; ils définissent le domicile comme "la demeure que la personne est censée avoir aux yeux de la loi pour l'exercice de certains droits et l'accomplissement de certains actes". Si les auteurs français se sont ainsi exercés à définir le domicile, c'est qu'ils n'ont pas aperçu, et c'est là quelque chose d'assez curieux, à quel point la notion, que nous rencontrons dans les art. 102 et ss. du code civil, était nouvelle en 1804.

Nouveauté de la conception du domicile dans le C.C. en tant qu'institution de police civile.

Cette conception, telle qu'elle se dégage maintenant du code, et aussi d'autres articles du code et de nos lois qui ont précisé l'institution, était une véritable innovation du Consulat et de l'Empire. Le code civil par la volonté même du dictateur de l'époque a fait du domicile une chose qui n'était point dans l'ancien droit, une institution de police civile, et on peut proprement qualifier le domicile d'institution de police civile, issue de l'ordre napoléonien. C'est la localisation d'une personne à un endroit du territoire dans un but de police civile. On n'admet pas, d'après le code organisateur de l'ordre nouveau, qu'un individu sur le territoire de la république, ne puisse pas être juridiquement localisé à tel point du territoire. C'est une sorte de conception de la conscription civile, analogue à la conscription militaire, dont l'organisation militaire de la dictature et de l'empire allait faire une des bases du système napoléonien. Il faut que l'individu puisse toujours être retrouvé sur le territoire français et la conséquence directe de cette conception, nous la trouvons dans un article du code pénal, l'art. 270, qui fait de l'absence de domicile certain une des conditions de qualification du délit de vagabondage. "Les vagabonds, ou gens sans aveu, sont ceux qui n'ont ni domicile certain, ni moyens de subsistance et qui n'exercent habituellement ni métier ni profession". Cette conception était nouvelle, et tranchait avec les conceptions de l'ancien droit, où le domicile avait surtout, - et presque uniquement - pour but, comme en Angleterre aujourd'hui - de déterminer la loi applicable dans un conflit de coutumes et de déterminer par la situation même de ce domicile à quelle loi il fallait s'adresser pour trancher les questions de



statut personnel. Aussi, Toullier, premier commentateur du code civil en présence de la transformation du droit français, qui rattachait à la loi nationale, et non plus à la loi du domicile, le statut personnel des français, indiquait-il (Traité T.I n° 303, 365 et 366) combien l'institution du domicile avait perdu et allait perdre d'importance avec le code civil.

Au premier tiers du **XI<sup>ème</sup>** siècle, si l'on jette un coup d'oeil sur les intérêts que présente dans les textes l'institution du domicile en France, on s'aperçoit que ces intérêts se rattachent tous à cette conception de police civile d'individualisation de la personne et de localisation de la personne sur le territoire. C'est sous cette forme purement interne que s'est développée chez nous, et que se développe encore l'institution du domicile. Si l'on jette un coup d'oeil notamment sur le dernier des grands traités de droit civil paru en France, traité de M. Ripert, t. 1 rédigé par M. Savatier, professeur à l'Université de Poitiers, n° 146, on trouve l'énumération des divers intérêts pratiques, auxquels l'institution du domicile correspond en droit français. On voit que c'est dans ce sens d'institution de police civile que s'est développé dans le droit postérieur le droit français. Le domicile apparaît comme protégeant l'intérêt des tiers qui, grâce au domicile, sont dispensés de rechercher la personne et peuvent par exemple signifier les actes extra-judiciaires et les exploits au domicile (C. Pr.C. art. 68 et 69). Le domicile sert aux yeux des tiers à centraliser les rapports d'affaires ou d'affection qui concernent un individu. C'est au domicile que sont prises dans l'intérêt des tiers un nombre considérable de mesures de publicité concernant l'état et la capacité de la personne, que ce soit dans le code, que ce soit dans la pratique : les jugements de divorce, les extraits de reprise de la vie commune après séparation de corps, les jugements d'interdiction, de nomination de conseil judiciaire, la publicité en matière de séparation de biens (art. 250, 311 501, 1445 C.C.). De même toute la publicité en matière d'état civil que l'on trouve dans certains cas de naissance ou de décès, par exemple à bord d'un navire, art. 60 à 97 du code civil, tout ceci met en jeu des publicités au lieu du domicile. C'est encore au domicile que pour l'exercice de certains droits internes doivent avoir lieu les formalités : le mariage, art. 165, avec une conception du domicile particulière; l'adoption, art. 360, le juge de paix du domicile de l'adoptant est compétent; de même pour le consentement du père naturel, art. 349, l'émancipation, art. 477,



c'est une pratique, la loi elle-même ne le dit pas; enfin pour la liquidation globale de certaines affaires, qu'il s'agisse de succession (C.P.C. art. 59 § 6), de faillite (art. 59 § 7), d'ouverture de tutelle, de liquidation de communauté, c'est toujours la compétence du domicile ou du tribunal du domicile qui se manifeste. Voilà dans l'intérêt des tiers.

Dans l'intérêt de la personne domiciliée elle-même c'est le domicile (C.P.C. a. 59) qui fixe la compétence en matière personnelle et mobilière, et en matière extra-patrimoniale. C'est au tribunal du domicile du défendeur que les assignations doivent avoir lieu et que le procès doit se dérouler, c'est là que toutes les questions doivent être portées. De même, la demande de paiement doit avoir lieu au domicile du débiteur, la dette est quérable en droit français et non pas portable, à la différence du droit anglo-saxon (art. 1257, aliéna 2 Cf. pour la caution judiciaire, art. 2.018, pour la prescription, art. 2.255). Bref en dehors même de la conception littérale des art. 102 et ss. dans tout le code et dans toutes les lois qui se sont inspirées du code et qui l'ont prolongé, nous trouvons développée, nous trouvons incluse, cette notion d'institution de police civile : l'individu doit être localisé sur un point du territoire pour les fins exclusives de la loi civile.

B - La conception anglo-saxonne, territorium legis.

Tout autre se manifeste la conception anglo-saxonne. Pour nos voisins d'Outre-Manche et d'Outre-Atlantique, le domicile c'est une notion qui existe en fonction d'un territoire, en fonction du territoire où s'exercent l'empire et l'autorité d'un droit déterminé. C'est ce que nos voisins appellent un territorium legis, un territoire de loi, ou encore c'est une notion existant en fonction de la relation entre les lois d'un pays déterminé, "country", d'un pays, et d'un individu déterminé. Dès lors, cette notion s'apparente étrangement, mais s'en distingue nous allons le voir, à la notion de nationalité. La nationalité, c'est l'allégeance, le domicile c'est l'obédience, l'allégeance, c'est-à-dire le lien personnel de sujétion dû à l'hommage lige, existant ou censé exister entre le suzerain et le vassal; en Angleterre, c'est le lien personnel qui unit le souverain, le roi d'Angleterre et les sujets britanniques. L'obédience, c'est le lien de droit avec les lois du sol, les lois du territoire, les leges terrae, les liens d'ordre réel, avec un pays déterminé. En d'autres termes, dès sa naissance sur le sol anglais, le sujet britannique est lié, d'une part avec le souverain, par le lien d'allégeance, qui lui donne, disent les anglais, une

Rapprochement de cette notion avec celle de nationalité.



"patria", une patrie. Le terme est barbare, le mot patria n'existait pas dans le latin, il a été formé pour les besoins de la cause. Et il est lié avec les lois de l'Angleterre par l'obédience, en vertu du domicilium qui s'oppose à patria. Les anglais et les américains emploient l'expression domicile, soit avec un "e", comme sur le continent, soit sans "e". Pour montrer en quoi peut se distinguer patria et domicilium, prenons le cas d'un écossais. Un écossais est lié au roi d'Angleterre par le lien personnel, par le lien de la patria, il fait partie de la Grande Bretagne, mais au point de vue de l'obédience, il est attaché à des lois très différentes des lois anglaises, il est lié au droit écossais, qui est un droit de tradition écrite, dû à une réception du droit romain au Moyen-Age en Ecosse, ce qui fait, quoique le rapprochement s'opère de plus en plus, que le droit privé écossais diffère très sensiblement du droit privé anglais. Voilà grosso modo en quoi consiste la notion et non pas les définitions, car les anglais ne définissent pas, ils décrivent; les descriptions données du domicile en Angleterre correspondent rigoureusement à cette conception. Un des derniers exposés en a été fait avec beaucoup d'autorité au sein de la Société des Nations, lors de la discussion qui s'est élevée sur la notion du domicile dans l'organisme créé par la Société des Nations pour favoriser la codification progressive du droit international. En 1926, le comité d'experts pour cette codification s'était, imprudemment d'ailleurs, saisi de cette notion du domicile à l'effet de rechercher dans quelle mesure on ne pourrait pas sur cette question, qui en apparence paraissait mûre pour une unification internationale, trouver le moyen de jeter les bases d'une convention, question n° 12. Ce questionnaire donna lieu à un grand nombre de réponses, à des travaux importants, dont précisément le professeur Barbosa de Magalhaes fut le rapporteur. (Documents de la Société des Nations, 1928, n° 5, fasc. 5 sous fas. 3, Bibliothèque de la Faculté, n° 9. 486 an. 1929, pp. 1 à 18). Le représentant anglais, M. Brierley, professeur de droit international public et privé à l'Université d'Oxford, 13 Avril 1928, dans une lettre adressée au rapporteur M. Barbosa de Magalhaes, dans les termes où je l'ai fait, oppose la conception anglaise et la conception continentale, et aboutit à une conclusion qui a dominé, non pas la suite, mais la fin des travaux, c'est qu'il n'y avait pas de concilia-

Impossibilité  
de concilier  
les deux con-  
ceptions.



tion possible entre la conception du domicile continentale et la conception anglo-saxonne. Pour faire comprendre la conception anglo-saxonne, le professeur Brierley cite in extenso la notion donnée du domicile anglais par l'ouvrage, qui jouit en Angleterre de la plus grande autorité dans le milieu des praticiens, la 1ère édition de la grande encyclopédie anglaise placée sous l'autorité du Comte Halsbury, intitulée "Laws of England", les lois de l'Angleterre, t. VI v° "conflict of laws" car c'est à ce propos précisément en Angleterre que l'on analyse l'institution du domicile. Voici comment le domicile anglais est présenté. On indique d'abord le domicile de l'individu correspondant à un pays et non pas à un endroit, pour les fins du statut personnel. A cet effet, la loi anglaise considère le monde civilisé comme une réunion de sociétés civiles, dont chacune est composée de toutes les personnes qui habitent un territoire déterminé, soumises aux mêmes systèmes juridiques. Elle ne tient pas compte de la division du monde civilisé en sociétés politiques ou Etats, dont chacun peut coïncider avec un seul système juridique, tel est le cas de la France en général, sauf exception de l'Alsace-Lorraine, où sont réunis sous sa souveraineté plusieurs systèmes différents. Cas de la Grande Bretagne : Angleterre, Ecosse, Irlande, tous les individus qui, soit en fait, soit d'après une présomption légale, ont leur résidence permanente dans la zone d'application d'un même système juridique, sont domiciliés dans le pays soumis à ce système, ces individus sont domiciliés dans toute l'étendue du pays, quoique leur résidence puisse se trouver à un endroit déterminé du pays en question. Alors, pour bien opposer la nationalité et le domicile, voici ce qu'ajoute le répertoire Halsbury : "Tout individu en naissant devient membre à la fois d'une société politique et d'une société civile. La première détermine son statut politique, c'est-à-dire sa nationalité, qui règle la question de savoir de quel souverain relève cet individu, la deuxième détermine son statut civil, ce qui veut dire que la législation à laquelle se trouve soumise la société civile, dont il est devenu membre par sa naissance, c'est-à-dire la législation du pays de son domicile, est "attachée" à sa personne et le reste partout, aussi longtemps que l'individu en question ne cesse pas de faire partie de la dite société". Ce passage est frappant; il est d'ailleurs donné par les juristes anglais comme le prototype des institutions de leur pays, pour vous montrer ce qu'il faut entendre par la conception internationale du domicile.



La démonstration de l'opposition entre la conception française interne et la conception anglo-saxonne externe, interprovinciale, ou internationale, devrait se poursuivre par des détails dans lesquels je ne puis entrer, notamment en montrant que dans les ouvrages de droit anglais où l'on parle du domicile, on ne discute jamais la question du domicile, autrement que pour des fins internationales, que pour des fins d'application de règles de conflits de lois. Preuve beaucoup plus frappante, les intérêts pratiques du domicile que l'on rencontre en droit français, et qui se sont développés au cours du XIX<sup>e</sup> siècle et au début du XX<sup>e</sup> siècle, ne sont pas tranchés en Angleterre par un appel à la notion de domicile, mais simplement par un appel à des mots de langue courante et n'ayant aucune espèce de signification juridique, comme les mots d'adresse, de résidence, d'habitation ou de demeure. Ainsi en Angleterre la signification des assignations des exploits introductifs d'instance n'a pas lieu comme en France régulièrement au domicile. L'assignation anglaise, conformément aux principes féodaux, qui dominaient d'ailleurs l'ancien droit français, doit être faite à personne et non pas à domicile. Les ordonnances qui servent en Angleterre de code de procédure civile, l'Ordonnance 9, règle 2, des Ordonnances de la Cour suprême, sur le service de l'exploit d'assignation (le service c'est-à-dire la manière de faire parvenir au défendeur) déclare que le service du bref de sommation d'assignation, se fait à personne (personal service). L'officier public chargé de servir l'assignation doit faire tous ses efforts pour trouver en personne l'assigné, le défendeur, l'intimé, pour lui servir personnellement, corporellement, l'assignation, pour tâcher de le dépister s'il se cache, pour tâcher de la lui mettre en main sans violence, et il a même le droit de la glisser dans la poche du défendeur, mais à la condition de ne pas employer la violence, "No assault committed". Le domicile s'efface donc on une pareille conception, et on pourrait montrer que la plupart des intérêts que nous indiquions ci-dessus à propos du domicile sont inconnus en Angleterre.

La notion anglaise de domicile d'origine.

Dans la texture même du domicile anglais, dans la construction que les Cours judiciaires anglaises ont faite de la notion de domicile, il existe un principe très important et qui domine toute la détermination du domicile en Angleterre, qui rayonne sur toute l'institution et qui la fait encore beaucoup plus distincte du droit français actuel et plus originale qu'on ne le croit, c'est ce qu'on appelle le domicile d'origine. L'anglais en naissant a son domi-



cile en Angleterre, il le tient de ses parents, et ce domicile lui est attaché toute sa vie comme l'ombre suit le corps humain. Que l'Anglais vienne à résider à l'étranger, si les éléments formalistes du changement de domicile ne sont pas réunis, il garde son domicile d'origine. Que si au contraire le "factum et animus manendi" se rencontrent chez un anglais domicilié en France, le domicile d'origine n'en est pas pour cela perdu, il sommeille, il est latent comme l'ombre disparaît lorsque le nuage cache le soleil. Dès l'instant où quittant le sol français, cet anglais abandonne son domicile français et met le pied sur un paquebot au Havre ou à Marseille, pour cingler vers les Indes orientales ou occidentales, le domicile d'origine reparaît, et si l'anglais vient à mourir en mer, c'est le statut personnel du domicile anglais qui s'applique, c'est la loi anglaise. Va-t-il en Amérique ou en Angleterre, aborde-t-il au lieu vers lequel il cinglait, il rétablit un domicile nouveau, le domicile anglais tombe une nouvelle fois. Que l'anglais reparte, grand voyageur, des endroits où il se trouve pour s'en aller ailleurs, le domicile anglais reparaît. Cette conception du domicile rattache et apparente encore plus l'institution du domicile à la nationalité et on comprend pour quelle raison les Anglais sont attachés au principe du domicile en matière de statut personnel; c'est que c'est une des formes de la loi nationale, et qu'il n'y a pas entre les conceptions anglo-saxonnes et les conceptions continentales cet abîme que l'on prétend souvent exister, entre la loi du domicile et la loi nationale. Au fond, la loi du domicile dans les pays anglo-saxons, c'est une loi nationale déguisée. Il est donc très important d'entrer dans le détail d'une notion de ce genre pour comprendre comment doivent se régler les conflits de détermination de domicile. Quand on emploie le même mot avec la même orthographe d'un point à l'autre de deux pays séparés par un bras de mer et avec des conceptions si différentes, il ne faut pas s'attendre à ce que dans une codification internationale le même mot puisse correspondre à des conceptions identiques. (I)

-----  
 (I) Observation complémentaire.-

Observation  
complémentaire:  
importance de  
l'art. 104 C.  
civ. dans la  
conception  
française du  
domicile.

Parmi les textes du code civil, il en est un qui manifeste particulièrement le caractère de "police civile" conféré à notre institution du domicile en 1804; c'est un article tombé en quelque sorte en désuétude, mais qui avait, à l'époque, une utilité: c'est l'art. 104 du code civil, qui indique que pour établir l'intention de



applications  
de la concep-  
tion anglaise  
du domicile  
d'origine.

Dans la conception anglo-saxonne et surtout dans la conception anglaise, le domicile est considéré du point de vue international, du point de vue du conflit des lois, c'est-à-dire pour des fins se rapportant à l'application des lois dans l'espace. Cette conception présente un trait dominant, un trait spécifique : l'institution du domicile d'origine. Ce domicile est donné une fois pour toutes à l'anglais dès sa naissance; il le suit partout comme son ombre; il revit dès l'instant où un domicile ne s'est pas substitué ou a cessé de se substituer à lui. Cette notion est très vivante dans la jurisprudence anglaise. Elle remonte à plus de cent ans; à l'heure actuelle, elle s'appuie sur des "leading cases", des cas directeurs, nous dirions sur des décisions d'une jurisprudence souveraine, analogue à celles de notre Cour de Cassation. La décision la plus importante où s'est manifestée cette notion du domicile d'origine est une décision rendue à propos d'un procès célèbre plaidé en 1869 devant la Chambre des Lords sur appel de décisions écossaises : l'affaire Udny contre Udny, qui a été rapportée un peu partout et notamment dans les "Law Reports" t. 1, Appels d'Ecosse, p. 448. L'espèce était assez curieuse; elle englobe d'ailleurs le territoire français dans une certaine mesure. Il s'agissait d'un Ecossais d'origine, ayant habité Londres pendant 32 ans. Après quoi, ayant fait de mauvaises affaires, il se retira au delà du détroit, à Boulogne-sur-Mer, où il resta 9 ans sans intention bien établie de s'y fixer, et où il décéda. La question était de savoir quelle était la loi qui s'appliquait à la dévolution successorale : la loi anglaise, ou la loi écossaise ? L'intérêt venait de ce qu'un enfant se disant légitimé par mariage subséquent (port subsequens matrimonium) réclamait la succession. Or la légitimation

note I - suite)

changer de domicile en cas de changement, il y a lieu de faire une double déclaration, une déclaration à la mairie du lieu où l'on veut établir le nouveau domicile, et une déclaration à la mairie du lieu que l'on quitte. Cette double déclaration à la municipalité rentre très bien dans le cadre des préoccupations de l'époque, et montre peut-être mieux encore que tous les autres éléments, déjà analysés, à quel point la conception de police civile, que l'on peut trouver à la base du domicile prévu par l'ordre napoléonien, se trouve confirmée.



par mariage subséquent, admise par le droit écossais héritier du droit romain, est restée pendant longtemps en Angleterre une institution repoussée par le droit anglais. Depuis le moyen-âge jusqu'à une loi toute récente, les Anglais ont repoussé l'idée de la légitimation par mariage subséquent. Par conséquent, la question était de savoir quelle était la loi applicable : la loi anglaise ou la loi écossaise ? Il a été jugé par la Chambre des Lords, que, étant Ecossais d'origine, ayant habité Londres, ayant eu un domicile à Londres sans doute pendant un certain temps, mais ayant abandonné ce domicile anglais pour aller en France, c'était le domicile d'origine, l'Ecosse, qui à défaut du domicile de choix ayant disparu, revivait et reprenait son empire. La question fut donc tranchée conformément à la loi écossaise. On aperçoit le rôle joué dans l'espèce par le domicile d'origine. Cette espèce a été analysée dans des livres anglais classiques sur la matière.

Depuis lors, les tribunaux anglais se sont toujours maintenus sur ce terrain de la permanence du domicile d'origine, à défaut de tout autre domicile de choix ou lorsque le domicile de choix est venu à disparaître. Aussi peut-on se borner à citer seulement, pour l'époque récente, deux décisions. Voici en particulier une décision de la Chambre des Lords de 1904, l'affaire Winans contre l'attorney général, rapportée dans les "Law Reports" de 1904, Chambre des Lords, cas d'appel, p. 287. Il s'agissait d'une personne ayant eu son domicile d'origine aux Etats-Unis d'Amérique, mais l'ayant quitté à l'âge de 36 ans et n'y étant jamais retourné. Elle avait longtemps travaillé en Russie, puis, sa santé atteinte, était allée en Angleterre, et s'était retirée à Brighton et à Londres. Elle s'était intéressée à diverses inventions, notamment à l'invention d'un navire de guerre destiné aux Etats-Unis d'Amérique et elle mourut en Angleterre à l'âge de 74 ans. Cet homme n'était jamais retourné aux Etats-Unis d'Amérique. Néanmoins la Chambre des Lords a décidé que son domicile d'origine et par conséquent la loi applicable à sa succession était celle des Etats-Unis d'Amérique. Même doctrine dans une décision encore plus récente, qui émane alors d'une juridiction moins élevée que celle de la Chambre des Lords, quoique très importante, "the court of Probate", de la Haute Cour d'Angleterre. C'est l'affaire Fleming contre Horniman, 1928, rapportée dans les "Law times", t. 138, p. 669. C'est une hypothèse à peu près identique à la précédente. Il s'agissait d'un originaire du Canada (né à Halifax).



qui, de bonne heure, avait passé en Argentine où il avait vécu très longtemps. Se sentant sur la fin de sa vie, vers 70 ans, et désireux de revoir le pays d'origine de ses parents qui étaient anglais, il s'embarqua de Buenos-Aires le 3 Mars 1926, arriva en Angleterre; se sentant malade, il fit un testament le 24 juillet et il mourut le 28 Juillet 1926. Il fut jugé que, dès l'instant où le navire avait levé l'ancre et avait quitté l'Argentine, le défunt avait cessé d'y avoir son domicile, et que la loi applicable à sa succession, c'était la loi du Canada, car il devait être considéré comme ayant conservé le domicile d'origine canadien. La question était importante, car il s'agissait de savoir si l'on devait admettre ou non l'institution de la réserve. Cet homme avait un fils et une fille, qu'il avait deshérités dans son testament. Si le domicile était en Argentine, on devait appliquer le principe de la réserve; si au contraire on le plaçait sous la juridiction de la loi en vigueur dans le Canada anglais, l'institution de la réserve y était inconnue. C'est donc le domicile canadien qui l'a emporté pour un homme âgé de 70 ans, et qui avait quitté dans sa jeunesse son pays d'origine. C'est une décision récente, 1928, et qui montre à quel point la jurisprudence anglaise est orientée dans le sens établi par l'arrêt de 1869, lequel d'ailleurs n'a fait que perpétuer une jurisprudence plus ancienne, comme on va le voir.

Tels sont les quelques témoignages, qui permettent d'étayer cette assertion, consistant à dire que le trait spécifique de la doctrine anglaise en matière de domicile, c'est cette institution très curieuse du domicile d'origine.

Possibilité de  
remplacer le  
domicile d'o-  
rigine par un  
domicile de  
choix.  
Éléments cons-  
titutifs du  
domicile de  
choix.

Mais, d'autre part, les Anglais admettent la possibilité de remplacer le domicile d'origine par un domicile de choix, "domicile of choice". Les éléments constitutifs de ce domicile de choix sont en apparence analogues à ceux sur lesquels on fonde en France les éléments constituant le domicile : un élément de fait et un élément intentionnel. Le fait : une résidence plus ou moins permanente, ce que nous appelons le principal établissement. Et l'intention de fixer son domicile. Les Anglais appliquent à ces deux éléments les termes, sinon romains, du moins pseudo-latins, de "factum" d'une part, et d'"animus manendi" de l'autre, - le fait et l'intention de se maintenir, le désir de rester à un endroit déterminé. Il peut paraître assez singulier de voir les anglais faire appel, pour une notion de ce genre, à un élément psychologique. En effet, tout le droit anglais est



orienté, depuis le Moyen-Age à l'encontre de toute recherche de ce genre; c'est un principe fondamental en Angleterre, que l'on ne doit jamais rechercher l'intention des hommes, et un dictum, c'est-à-dire une assertion tombée du haut du tribunal, un dictum d'un juge du Moyen-Age, le juge Bryan, a traversé les siècles, d'ailleurs sous la forme de l'adage en vieux français qui était la langue judiciaire de l'époque. Que dit cet adage ? C'est que l'intention des hommes ne peut pas faire l'objet d'un débat judiciaire et d'une recherche de preuves en justice, parce que le diable lui-même n'a pas la possibilité de connaître l'intention des humains. "Commune érudition est que l'intent de homme se seroit tryé, - car le diable n'a point conuissance de l'intent de homme". Voilà en vieux français en vieux jargon judiciaire du XII<sup>e</sup> et du XIII<sup>e</sup> siècle cet adage, qui a traversé les siècles, et que l'on cite encore dans les arrêts récents des décisions d'Angleterre. Mais, puisque l'on ne peut déduire en justice, "tryer" par les preuves devant le jury, puisqu'on ne peut pas déduire l'intention des hommes en justice, de quoi donc se composera cet "animus manendi", qui est l'un des éléments du domicile anglais ? Les anglais appliquent à cette recherche d'abord le principe de l'appréciation souveraine du juge du fait. En outre, cette recherche va être, si l'on peut dire, une recherche objective : au lieu de rechercher subjectivement ce qu'a pensé réellement l'intéressé au sujet de sa résidence, on recherche comment il s'est comporté. C'est de ses faits, c'est de ses actes, c'est de ses gestes, que l'on déduira l'animus manendi, et les anglais vont si loin qu'il y a des espèces où, malgré des déclarations formelles de l'intéressé, l'on fait prévaloir le domicile d'origine sur le domicile de choix. Plus particulièrement lorsque ce domicile d'origine est l'Angleterre, tout militera en faveur du domicile d'origine; il y a là une véritable présomption judiciaire à l'encontre du domicile de choix. Il y a eu de très nombreuses décisions judiciaires à propos de cette question. Je vous en citerai deux : une de 1929 et une de 1930. L'affaire de 1929, c'est l'affaire Ross (Chambre des Lords, 1929, les "Law Reports, 1930, cas d'appel, 1<sup>ère</sup> décision citée p. 1 et "Law times", tome 141 p. 666). L'affaire Ross est encore une des nombreuses affaires analogues aux autres déjà citées. Il s'agissait d'un Ecossais parti en Amérique en 1895. Il s'était marié avec une américaine en 1901. On le retrouve à Québec de 1902 à 1917. En 1918 il revient en Angleterre, loue une maison à Londres. En 1922, il retourne à New-York, y loue

Tendance à faire prévaloir le domicile d'origine en faveur de l'Angleterre.



un appartement. En 1923 il fait procéder à son divorce en Amérique. La question se posait, après sa mort, de savoir quel était son domicile. Malgré les déclarations produites devant le tribunal saisi de l'affaire, déclarations écrites et orales émanant du décédé et faisant connaître expressément son intention de prendre domicile aux Etats-Unis d'Amérique, le tribunal a estimé qu'il avait conservé son domicile d'origine en Ecosse, ceci parce que les "statements", les déclarations qu'il avait faites aux Etats-Unis n'avaient pas été faites à ses plus proches et notamment à sa femme et à ses amis personnels. Vous voyez à quel point les Cours anglaises poussent l'objectivité de l'appréciation en matière d'*animus manendi*".

Une autre décision, c'est celle de 1930, se rapportant également à l'Ecosse, c'est l'affaire Bowie. Il s'agissait encore d'un écossais né à Glasgow en 1845. Il était venu s'établir à Londres et n'était jamais retourné en Ecosse. Il mourut à un âge avancé à Liverpool, laissant un testament olographe en la forme écossaise, c'est-à-dire "non attesté", ne contenant pas la signature de témoins, comme le veut la forme olographe anglaise. Il fut jugé que la longue résidence en Angleterre n'était pas suffisante pour créer un domicile de choix, et que malgré son départ tout jeune d'Ecosse il n'avait jamais acquis de domicile de choix en Angleterre, que c'était le domicile d'origine qui s'était toujours maintenu. Le testament fut donc déclaré valable. Ainsi, on voit nettement qu'en droit anglais, la conception du domicile se rapporte étroitement à l'application des lois dans l'espace; et que la pièce maîtresse de toute la construction, c'est le domicile d'origine.

Les bases de cette conception sont françaises.

Il faut toutefois remarquer que si cette conception est très anglaise par les traits qui la constituent aujourd'hui, les bases en sont continentales, et même françaises. C'est en effet une chose très curieuse : le droit anglais des conflits de lois tel qu'il se présente de nos jours est beaucoup plus près du droit, issu de la coutume internationale reçue par nos statutaires et développé partout en Europe à la suite de leur école, que notre droit lui-même. Le droit anglais des conflits de lois représente aujourd'hui ce que serait le droit français (sauf des points de psychologie comme ceux qui ont été développés), s'il n'y avait pas eu une codification napoléonienne. En particulier, la conception internationale du domicile et même les bases de la théorie du domicile d'



Pothier.

origine, se retrouvent dans les plus français des auteurs, dans ceux dont est sorti notre droit civil moderne et même le code civil, notamment dans Pothier. Si l'on ouvre l'Introduction de Pothier, l'Introduction générale aux coutumes, qui figure en tête de la coutume d'Orléans, on y trouve à la fois, d'une part la conception du domicile, que nous appelons la conception internationale, qui à l'époque vise surtout les conflits de coutumes et non pas les conflits de droit écrit, une conception à la fois interprovinciale et internationale; et d'autre part, la notion du domicile d'origine. C'est ainsi que dans l'intitulé même du chapitre 1er, § 1 de l'Introduction de Pothier ce dernier a donné pour titre à son paragraphe "Du statut personnel et du domicile qui rend la personne sujette". Dans l'ancienne France, il n'y avait pas de loi nationale; c'était la loi du domicile qui gouvernait le statut personnel depuis d'Argentré. Pothier indique, au n° 6, "On appelle statut personnel les dispositions coutumières qui ont pour objet principal de régler l'état des personnes"; au n° 7, "Ces statuts personnels n'ont lieu qu'à l'égard des personnes qui y sont sujettes par le domicile qu'elles ont dans le bailliage d'Orléans et autres lieux régis par notre coutume", au n° 8, même doctrine, "Le domicile des personnes les rend sujettes au statut personnel du lieu où il est établi"; au n° 13, "Le changement de domicile délivre les personnes de l'empire des lois du lieu du domicile qu'elle quitte et les assujettit à celles du lieu du nouveau domicile qu'elles acquièrent". Par conséquent, c'est bien la conception interprovinciale, intercoutumière, nous dirions aujourd'hui internationale du domicile.

Voici maintenant l'indication du domicile d'origine au n° 12, "Parmi les divers domiciles qui doivent être considérés il y a trois espèces : le domicile de choix, le domicile paternel ou d'origine et le domicile qu'une femme tient de son mari", c'est ce que nous appelons le domicile légal ou de dépendance. Voici comment s'exprime Pothier pour le deuxième domicile "paternel ou d'origine". Il y a le domicile paternel ou d'origine, qui est celui que les enfants ont reçu de leurs parents, et qu'ils sont censés conserver, même après la mort de leurs parents, tant qu'ils ne s'en sont pas choisi un autre, mais qu'ils perdent même du vivant de leur père aussitôt qu'ils s'en sont choisi et établi un autre". Par conséquent, il y a permanence du domicile paternel ou d'origine, jusqu'à ce qu'un domicile de choix s'y soit nettement substitué. Sans doute on ne trouve pas nettement exprimées



dans Pothier des indications qui font que le domicile de choix ne le cède que difficilement au domicile d'origine, mais le principe s'y trouve écrit.

Guyot et Merlin.  
Si, de Pothier, on jette un coup d'oeil sur les auteurs qui ont écrit sur la matière, il en est de deux sortes. D'abord les auteurs de répertoires, ceux à qui il faut s'adresser pour connaître le dernier état de notre ancien droit, dont Guyot, et Merlin son continuateur. La notion du domicile intercoutumier et la notion du domicile d'origine figurent dans Guyot et dans Merlin. Dans Guyot, notamment, dans l'édition du Répertoire de 1784, au mot domicile, on trouve (tome VI, p. 106) la notion du domicile d'origine et cette indication suivant laquelle dans le doute le domicile d'origine est celui qui obtient la préférence. De même, le principe est conservé par Merlin, sous l'empire du code civil, aux origines du code civil, au mot domicile, t. V. p. 2 avec des arrêts de la Cour de Cassation et de Paris s'échelonnant de l'an XII à 1809. D'autre part, ceux qui ont donné la conception internationale du domicile et aussi sur le domicile des notions les plus nettes, ce sont les auteurs qui ont écrit sur les conflits de coutumes, c'est-à-dire en France au XVIIIème siècle, Boullenois, Frolant et Bouhier. Dans de très nombreux passages,

Boullenois et Frolant.  
Boullenois traite de la personnalité et de la réalité (Dissertations sur la contrariété des lois); Frolant (Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts). Ils ont insisté sur cette permanence du domicile d'origine, et on comprend que ces auteurs l'aient fait. Ils l'ont fait parce qu'il eut été facile, dans un pays comme la France, malgré l'époque où la difficulté des communications se faisait sentir et rendait compliqué un changement de domicile, et par là un changement de coutumes, de faire varier la coutume; cela se prêtait à la fraude, notamment en matière successorale. Voilà pourquoi Boullenois et Frolant, dans de très nombreux passages, ont insisté sur la permanence du domicile d'origine et sur la précarité du domicile de choix. On trouve là toute l'essence de la doctrine anglaise moderne sur le domicile d'origine. Nous citerons en particulier un passage des "observations sur la coutume de Bourgogne" du Président Bouhier où l'on voit que d'après lui le domicile d'origine est le domicile naturel des individus. Voici comment cet auteur s'exprime, t. I. p. 383, de ses Observations sur la coutume de Bourgogne: "Les hommes sont naturellement soumis à la loi de leur domicile. C'est là une espèce d'obligation, que nous contractons en naissant". Il ajoute au sujet de ce domicile d'origine

Bouhier.



qui fixe la loi applicable : "Ce n'est pas toujours la loi du lieu où naît l'enfant, mais celle de son père et de sa mère, car si le hasard le fait naître dans un lieu différent, en ce cas, par une espèce de fiction, il est censé né au domicile paternel", et -voici le passage important- "c'est le domicile de naissance et d'origine qui, suivant les lois, est le domicile naturel des hommes, et qui dans le doute est censé durer jusqu'à la mort". On trouve dans ce passage des observations sur la coutume de Bourgogne toute la substance même de la jurisprudence anglaise moderne.

Raisons pour  
lesquelles les  
Anglais ont  
emprunté les  
doctrines du  
continent.

Est-ce qu'il y a coïncidence ? Est-ce qu'il y a hasard ? dans le fait que les anglais, aujourd'hui, conçoivent le domicile sur les bases où le concevaient nos anciens auteurs coutumiers ? Nullement. Il y a filiation; il y a eu emprunt. Les anglais nous ont emprunté l'institution; ils l'ont développée à leur manière et suivant leur psychologie, mais le fait de la filiation peut être très nettement établi. C'est au XVIIIème siècle que se sont surtout développés dans les décisions anglaises d'une part, le principe de la loi du domicile en matière de statut personnel et en matière successorale, et d'autre part la consécration de la notion du domicile d'origine. Il y a de très nombreuses raisons pour lesquelles les anglais ont été ainsi amenés à faire emprunt des doctrines du continent. Ces raisons sont de diverse nature. En premier lieu, les relations ayant existé de très bonne heure entre l'Angleterre, l'Ecosse, et la Hollande, à la suite du traité d'Utrecht, et qui ont fait que les anglais ayant eu contact avec la doctrine de nos statutaires par l'intermédiaire de l'école hollandaise, en ont adopté les solutions pour trancher des questions d'ordre familial et successoral mettant en conflit des législations différentes; savoir : le droit anglais et le droit écossais, ou encore, à raison de leur empire colonial, le droit des pays des Indes et le droit anglais, ou encore, pour rester sur le continent européen, le droit de Jersey et de Guernesey et le droit anglais. Au courant du XVIIIème siècle, dans des procès célèbres, l'Angleterre a eu à faire appel à la notion du domicile comme principe de base du statut personnel ou de la dévolution successorale, notamment en 1790 à l'occasion de la succession du major Bruce qui a donné lieu à une décision importante de la Chambre des Lords.

Mais c'est surtout à l'occasion de l'émigration française, qui s'est opérée au temps de la révolution, que l'Angleterre a fait ses emprunts aux doctrines du continent. De nombreux émigrés étaient venus se fixer



en Angleterre, comme l'ont fait les membres de la famille royale détrônée. Ils y restèrent, et à la suite de la Restauration rentrèrent en France. C'est à propos de la succession d'un Français de cette catégorie que s'est posée la question. M. de Bonneval émigré français de 1792 à 1814, revenu en France après la Restauration, mais conservant un souvenir ému de ses années passées en Angleterre, y retourna, faisant le va et vient, puis enfin mourut en Angleterre. La question se posa de savoir où il avait son domicile. La Cour ecclésiastique d'Angleterre fit prévaloir le principe du domicile d'origine. Cette décision n'est d'ailleurs pas isolée. Il est incontestable que c'est sous l'empire de toutes ces influences que s'est développée la jurisprudence anglaise; dans les décisions de celle-ci, on trouve des références et des renvois aux doctrines du continent, aux doctrines hollandaises notamment et aux doctrines qui ont succédé à celle de d'Argentré.

Mais il y a plus. Cet apport de la doctrine statutaire dans le droit anglais, que nous avons qualifié de "réception", car c'était une véritable réception, s'est opéré en deux fois. La première fois à l'époque indiquée, au cours du XVIIIème siècle; et le second apport, la seconde réception, par l'intermédiaire de l'Américain Story. Le professeur américain Story, dans son fameux ouvrage sur les conflits de lois, a développé la théorie du domicile, et notamment du domicile d'origine, "*domicilium originis*" telle qu'on la trouvait dans Pothier et Boullenois et dans tous les statutaires. Or c'est l'extension de l'ouvrage de Story en Angleterre dès son apparition qui a recristallisé le droit anglais autour de ces notions. La chapitre III de Story, qui est intitulé : "*National domicile*" domicile national, épithète curieuse, constitue l'échelon intermédiaire et permet de rétablir alors la filiation très nette entre les auteurs anglais qui ont emprunté et développé les doctrines de Story et de nos auteurs coutumiers du XVIIIème siècle.

autres diver-  
gences existant  
entre les lé-  
gislations en  
matière de  
domicile.

Telles sont les deux conceptions du domicile qui dans le droit comparé s'affrontent et constituent une des données, les plus troublantes du problème de la codification du droit international privé, en matière de domicile. Mais il ne faudrait pas croire que ces divergences soient les seules, et qu'il n'y ait pas, en la matière du domicile, d'autres différences entre les législations, qui créent encore des difficultés plus nombreuses. Il y en a, dans le détail des législations, même de celles qui se rapprochent de nos législations continentales. Elles ont avec notre code



civil une véritable filiation; dans certains pays de l'Amérique latine codifiés sur les bases du code napoléonien, il existe des divergences qui au premier abord paraissent comme des divergences de détail, mais qui ont eu assez d'importance pour compliquer singulièrement le travail des codificateurs du droit de l'Amérique latine et du droit de l'Amérique en général. Parmi les divergences, il en est qui portent sur l'admission ou non de l'élément intentionnel. Il est des pays dans l'Amérique latine, qui admettent comme en France que le domicile s'établit par le double élément : matériel et intentionnel. Il en est d'autres au contraire qui excluent explicitement ou implicitement l'élément intentionnel. D'autre part, on se demande, et ceci aussi dans les pays de l'Amérique latine, lorsqu'un individu a des intérêts de famille et d'affection dans un endroit et ses intérêts patrimoniaux et d'affaires dans un autre, ce qui est assez fréquent, et ce qui quelquefois entraîne, simplement par le fait comme à New-York d'un fleuve à franchir, d'un pont à traverser, une différence de législations, quel est celui qui doit l'emporter ? On se demande si c'est la résidence de la famille qui fixera le domicile ou si c'est la résidence des affaires ? Le problème était assez troublant et assez complexe pour que le professeur Barbosa de Magalhaes, spécialiste de la matière, ait été jusqu'à préconiser, dans son projet, de centraliser dans un premier domicile tout ce qui se rapporte aux intérêts de famille et dans un autre domicile tout ce qui concerne le patrimoine, ce qu'il appelle les droits *in rem* et *in personam*. On voit dès lors combien de divergences interviennent pour compliquer la tâche de ceux qui s'étaient donné pour mission de rédiger sur la question du domicile un code international susceptible de donner satisfaction à tous les intérêts en présence. Les républiques américaines, et notamment celles de l'Amérique centrale et de l'Amérique du sud, présentent une bigarrure de législations et manifestent par la rédaction même de leurs lois qu'elles ont été influencées par les différents mouvements, par les différentes conceptions. En réalité, elles constituent peut-être une troisième catégorie de législations, en face des législations tranchées du continent et de la législation de l'Angleterre, conception mixte qui tient compte à la fois de la conception de droit interne, qui est la conception française, et de la conception internationale, qui est la conception anglaise, sur lesquelles les Etats-Unis et les divers Etats qui figurent sur la bannière étoilée ont brodé de très nombreuses variations.



lens exis-  
tant entre les  
diverses don-  
nées ainsi  
analysées.

Il convient de remarquer que les trois données qui ont été analysées : les intérêts qui s'attachent à la détermination du domicile, la controverse sur la solution des conflits de lois en cette matière, et enfin les différentes conceptions du domicile en droit comparé, sont liées entre elles par une relation étroite. Il y a un lien étroit et indissoluble par exemple entre les intérêts qui s'attachent à la réponse : Où une personne a-t-elle son domicile ? et la conception même de ce domicile. Par exemple, dans les pays où la conception de domicile est "interne", purement nationale, comme en France, on conçoit très bien pourquoi chez nous, pour la condition des étrangers, on a admis aussi longtemps l'institution de l'autorisation de domicile. On comprend qu'un étranger qui demande à fixer son domicile en France, et par conséquent à se soumettre à cette police civile qu'est le domicile, puisse être appelé à bénéficier de la jouissance des droits civils et que ce soit sous cet angle que l'article 13 du code civil ait immédiatement utilisé la nouvelle notion du domicile pour des fins internationales. On comprend également que dans l'article 9 originaire du code civil, l'individu né en France de parents étrangers ait pu réclamer d'office et d'autorité, dans l'année suivant sa majorité, la nationalité française, à la condition fixée par l'article 9, d'avoir son domicile en France à l'époque de sa majorité ou s'il ne l'avait pas "de faire sa soumission", (art. 9 du code de 1804) d'établir son domicile en France et de l'y maintenir, sa "soumission" aux lois françaises, sa "soumission" à la police civile française. On comprend également que le code civil et les lois françaises aient attaché des conséquences, au point de vue de la compétence des tribunaux, à la fixation en France d'un domicile. Il s'agit sans doute des intérêts de D.I.P., mais qui se rattachent étroitement à la notion interne de domicile, telle que le code civil la concevait.

A l'inverse, dans les pays qui ont adopté la conception internationale du domicile, l'Angleterre, la conception du domicile est dominée par des préoccupations se rattachant à l'application des lois dans l'espace, et l'on comprend très bien qu'il y ait une véritable indissolubilité entre cette notion du domicile et la préoccupation essentielle de la fixation du statut personnel par ce domicile. Il y a là deux données, qui ont été distinguées pour l'analyse, mais qui en réalité ne font qu'une. Donc, on conçoit que, dans les législations comme la nôtre où c'est la loi nationale qui gouverne l'état et la capacité des per-



sommes, et non pas la loi du domicile, l'on se détache dans une certaine mesure de la conception territoriale, et que l'on s'attache pour la détermination du domicile, plutôt à la loi nationale ou même au besoin à l'autonomie de la volonté, comme élément de solution du conflit de lois; on conçoit bien que l'on s'attache à la loi nationale ou à la loi désignée par les parties, résultant de leur option, pour trancher cette question d'un point de vue "personnaliste". Au contraire, on conçoit que dans les pays où domine la conception internationale, on donne à la question une solution "territorialiste", et surtout dans les pays comme ceux de l'Amérique latine, où dominent les conceptions mixtes, où les différents courants qui se manifestent dans ces républiques sont entrés en combinaison; certaines de ces républiques doivent, en ce qui concerne la solution des conflits de lois sur la détermination du domicile, se montrer territorialistes à outrance. Prenez, par exemple, ces pays qui redoutent de voir, comme le disent les auteurs déjà cités, s'instaurer par suite des éléments étrangers qui habitent leur territoire, un "Etat dans l'Etat"; ils ont adopté la loi du domicile comme élément du statut personnel, précisément pour éviter l'introduction de la souveraineté des législations étrangères sur leur territoire. Ces législations s'attacheront désormais à tout ce qui est d'ordre territorial dans cette controverse; elles décideront que la loi qui détermine le domicile, c'est la loi du lieu sur lequel se trouve l'établissement, dont l'intéressé se réclame, et ceci sera plus net encore dans les législations qui bannissent tout élément intentionnel, comme susceptible de contrebattre la réalité des faits. Voilà pourquoi il fallait s'attendre à trouver dans une codification comme celle du code Bustamante une conception ultra-territorialiste, et c'est précisément ce que nous allons rencontrer en étudiant les art. 22 à 25 du code Bustamante. Les étapes traversées au cours de la préparation de ce code vont montrer comment il s'est opéré, dans les projets, une alternance, à raison de l'alternative où se trouvaient les codificateurs de choisir entre l'unification du droit de la matière ou la fixation de la solution du conflit de lois. Cette alternance a été dominée par les diverses données qui viennent d'être analysées et qu'il était indispensable de connaître pour comprendre les solutions positives du code.

II - Solutions positives admises par le Code Bustamante

Il convient maintenant d'étudier la codification du code Bustamante, notamment les articles 22 et suivants; ces articles seront ensuite soumis à l'appréciation critique du point de vue universaliste.



Place impor-  
tante attri-  
buée au domi-  
cile par le  
Code Busta-  
mante.

Avant d'entrer dans l'examen de ces textes, il convient d'indiquer tout d'abord la question qui est traitée. Ce qui est réglé, c'est le principe de la loi applicable à la notion du domicile et à sa détermination. Ainsi se trouve laissée en dehors du champ des articles 22 à 26 de la codification, une des données sur lesquelles on s'est arrêté pour déterminer la position de la question en D.I.P., c'est celle des intérêts qui s'attachent à cette notion. Il n'était point question dans les articles de ce genre, qui statuent sur une réglementation, de régler les détails d'une manière qui relève de la doctrine. Il faut simplement signaler à titre de rappel que le Code Bustamante a tenu la balance égale entre les pays d'Amérique adhérant à la convention, où la loi qui gouverne le statut personnel est la loi nationale, et ceux où la loi qui gouverne le statut personnel est la loi du domicile. L'article 7, dont on s'occupe longuement dans le cours de 3ème année, indique le principe fondamental que "chaque Etat contractant appliquera comme loi personnelle la loi du domicile ou la loi de la nationalité, soit celles déjà adoptées ou qui seront adoptées par sa législation interne". Par conséquent, les articles qui vont être commentés ne sont pas plus influencés par la notion du domicile, par la loi du domicile, comme base du statut personnel, que par la notion de la loi nationale. Ce n'est pas à dire que le Code Bustamante n'ait pas fait dans le conflit des lois une place très importante à la loi du domicile. En restant neutre dans la grande divergence qui sépare les législations sur la base du statut personnel, le code Bustamante a, dans de nombreux articles, à propos des droits de famille et des matières commerciales, fait au domicile et à l'influence du domicile par rapport à la loi applicable une place importante. Nous verrons dans une prochaine leçon à propos du divorce et de la séparation de corps, que le droit d'accorder la séparation de corps et le divorce est régi par le droit du domicile matrimonial pour des causes ultérieures à l'acquisition de ce domicile, (art. 52); que les causes mêmes de divorce et de séparation de corps sont régies par la loi du domicile du lieu de la demande, si les époux y sont domiciliés (art. 54). Dans le droit de famille, en ce qui concerne le contrat de mariage (art. 187) c'est la loi personnelle commune aux époux qui gouverne les principes du contrat, ou à défaut le premier domicile matrimonial. Dans le droit des biens, signalons l'article



107 de la codification, qui, pour les créances, les localise fictivement, soit au lieu du paiement, *lex loci solutionis*, ou, à défaut, au lieu du domicile du débiteur. Dans les matières commerciales, l'importance du domicile et son influence sur la loi compétente est considérable, ainsi dans les articles suivants de la codification, 234, pour la publicité nécessaire pour l'exercice du commerce; 247, quant au caractère commercial d'une société de personnes; 255, pour la représentation, les obligations du représentant sont soumises à la loi du domicile commercial du représenté; 329, pour la compétence du juge en matière de concordat et de faillite provoquée, on donne la préférence à la loi du domicile du débiteur. Ce sont là des exemples qui montrent la place considérable tenue par le domicile et la loi du domicile dans la codification.

Le règlement de la notion de domicile et de sa détermination en cas de conflit de lois.

Comment le code Bustamante a-t-il résolu le problème du règlement de la notion de domicile et de sa détermination en cas de conflit de lois ?

La codification Bustamante, sur ces deux points présente un intérêt considérable, non seulement par ses dispositions positives, mais encore et surtout par les longues hésitations par lesquelles ont passé les rédacteurs de ce projet et des projets présentés précédemment. On peut en effet hésiter entre deux branches d'une alternative : ou bien, unifier la matière, se mettre d'accord sur une conception unique du domicile; et alors il n'y a plus de conflit de lois, le D.I.P. n'interviendrait plus; ou bien, faute de pouvoir s'entendre sur une conception unique du domicile, réglementer, indiquer les principes en vertu desquels cette conception sera gouvernée, et régler ensuite la loi applicable en matière de conflits de lois concernant la détermination du domicile.

C'est cette seconde solution, cette seconde branche de l'alternative, que l'on rencontre dans les articles 22 et suivants. Après de longues hésitations, après divers projets, les codificateurs de La Havane ont fini par se ranger à une solution de résignation: indiquer en vertu de quel principe sera déterminée la conception du domicile, et quelle est la loi applicable à sa détermination. Mais dans le cours des travaux préparatoires, la solution inverse avait été admise; nous allons voir comment elle avait pu s'introduire et pour quelles raisons elle n'a pas été retenue.

Les textes fondamentaux.

Les deux textes fondamentaux, ceux surtout sur lesquels doit porter l'effort pour l'exégèse, sont les articles 22 et 25; l'art. 22 qui détermine comment se réglera la notion du domicile, et la loi ap-



plicable à la détermination; l'art. 25 qui parle de la réglementation du changement de domicile. Voici d'abord ces deux articles, qu'il importe de détacher; on examinera ensuite les autres, qui ne tranchent que des questions de détails importantes au point de vue pratique, mais qui pour la doctrine sont de moindre intérêt.

Art. 22. "La notion, - el concepto -, (le concept est un mot qui revient souvent, c'est le "begriff" allemand, c'est la conception, la notion même. On le traduit parfois par la "nature" mais le terme est faible), l'acquisition la perte et la récupération du domicile général et spécial des personnes physiques ou civiles, seront régies par la loi territoriale (per la ley territorial).

Art. 25 "Les questions relatives au changement de domicile des personnes naturelles ou civiles sont résolues conformément à la loi du tribunal, - la ley del tribunal -, s'il est celui de l'un des Etats intéressés, et à défaut, (c'est-à-dire s'il n'est pas celui de l'un des Etats intéressés) par la loi du lieu où le dernier domicile est prétendu acquis," (la ley del lugar en que se pretenda haber adquitido el ultimo domicilio, - littéralement : où il est prétendu que le dernier domicile a été acquis).

es solutions  
e principe.

Ce qui ressort à la lecture des deux textes, c'est que le code Bustamante s'est rallié aux solutions suivantes :

1°/ En qui ce qui concerne la notion, la conception du domicile, elle sera régie par la loi territoriale. Nous sommes en présence d'une disposition qui rentre, par conséquent, dans l'énumération de l'art. 3 du code Bustamante, sous le deuxième chef, celui des lois qui obligent également ceux qui résident sur le territoire, qu'ils soient ou non des nationaux. Ces lois sont appelées dans la codification : territoriales, locales ou d'ordre public international; par conséquent, la conception du domicile est d'ordre public international; pour toutes les personnes résidant sur le territoire de l'un des Etats contractants, c'est cette loi qui détermine la notion.

2°/ La détermination du domicile, non plus la notion, mais la détermination, l'acquisition, la perte, la récupération du domicile général et spécial des personnes physiques ou civiles, - le code ne distingue plus - seront régies également par la loi territoriale, la loi de la résidence, la loi du lieu où se trouve l'individu intéressé. C'est, en somme, le triomphe de la solution la plus territorialiste; c'est la loi de l'Etat sur le sol de qui se trouve l'établisse-



ment susceptible d'être qualifié domicile, la *lex loci*, comme on l'appelle souvent, la loi du lieu, la *lex rei sitae*, la loi du lieu où se trouve la chose, qui sera la loi compétente.

3<sup>e</sup>/ dernier point enfin, l'article 25. Lorsqu'il se pose une question de changement de domicile, on appliquera le système de la *lex fori*, si la controverse s'élève pour savoir si le domicile se trouve dans le territoire de l'Etat, auquel ressortit le tribunal, ou dans un autre territoire. On comprend dans ce cas qu'on n'applique pas la *lex rei sitae*, puisque précisément il peut se trouver que l'établissement qui donne lieu à la discussion se trouve en dehors du territoire sur lequel le tribunal a compétence. D'autre part, si le tribunal qui est saisi se trouve ressortir d'un Etat désintéressé dans la question, si par exemple, il s'agit d'un tribunal Brésilien, et que le domicile, dont il est question, puisse être placé suivant la solution que l'on donne, soit dans l'Uruguay, soit dans l'Argentine, dans ce cas c'est la loi du lieu où il est prétendu que le dernier domicile a été acquis qui se trouve alors la loi compétente. La loi du lieu où le dernier domicile est prétendu acquis, n'est autre que le système de distinction préconisé par le professeur Barbosa de Magalhaes, qui indiquait un système de distinction, dans les articles 11 et 12 de sa codification proposée. Telles sont les solutions de principe.

Il reste à mentionner pour mémoire le contenu des articles 23, 24 et 26. Ils ont surtout une importance pratique, qui permet de les laisser provisoirement de côté dans l'étude générale des théories.

L'art. 23 parle du domicile des agents diplomatiques et des personnes qui résident temporairement à l'étranger, par suite de leurs fonctions, pour remplir une mission de leur gouvernement, pour s'y livrer à des études scientifiques ou artistiques. Leur domicile sera le dernier qu'ils ont eu sur le territoire national.

L'art. 24 indique comment est réglée la question du domicile légal dans l'intérieur de tous les Etats contractants. Le domicile légal du chef de famille sera considéré comme s'étendant à la femme et aux enfants non émancipés, celui du tuteur ou du curateur sera considéré comme s'étendant aux mineurs ou incapables, placés sous leur garde, le tout sauf dispositions contraires de la loi personnelle. C'est le code qui indique le domicile légal de ceux à qui est attribué le domicile d'un autre - voilà le grand principe - sauf dérogation par la loi qui régit le statut person-



nel des intéressés, c'est-à-dire, soit la loi du domicile, soit la loi nationale.

L'art. 26 enfin, dans une disposition terminale, règle la question des personnes qui n'ont pas de domicile, par une solution très simple et très recommandable, qui est d'ailleurs d'ordre universel. Quand les personnes n'auront pas de domicile, on considérera comme tel le lieu de leur résidence où celui où elles se trouvent. Ainsi à défaut de domicile, on prendra la résidence ou l'habitation.

les étapes de  
la codifica-  
tion.

Difficultés  
de la matière  
tenant à la  
divergence  
des législa-  
tions des  
Etats d'Amé-  
rique.

Divergences  
dans la notion  
de domicile.

Telles sont les dispositions du code. Sans s'attarder sur ces trois articles de détails, il convient de dégager l'évolution des idées, les différentes étapes, par lesquelles ont passé les codificateurs, pour en venir à ce système final qui, renonçant à statuer d'une façon unique et uniforme sur la notion du domicile, s'est borné à indiquer comment cette notion serait réglée et comment serait tranché le conflit de lois sur sa détermination. Cette recherche des Travaux préparatoires du code est indispensable. L'auteur de la codification le dit lui-même. En particulier dans son traité de D.I.P., t. 1 dernier chapitre, intitulé "la réglementation du domicile en D.I.P.", le professeur de Bustamante a exposé d'abord la difficulté en face de laquelle se trouvaient les codificateurs, et les diverses étapes par lesquelles a passé la codification. Les dernières d'entre elles apparaîtront dans les délibérations de la commission de Rio. La difficulté de la matière tenait à la divergence extrême des législations des Etats d'Amérique, et notamment d'Amérique latine, sur la conception du domicile. En laissant de côté les Etats-Unis d'Amérique où domine la conception du domicile héritée de la "Common law" d'Angleterre, avec des nuances infinies, états qui participaient à la convention signataire de la convention de la Havane, bien qu'ils n'aient pas, tant s'en faut, ratifié la convention, et en s'en tenant aux Etats de l'Amérique latine, on voit quelle bigarrure de solutions nous offre cette partie du monde. Au n° 652, p. 393, t.I., le professeur de Bustamante nous donne le tableau succinct de ces divergences. Certaines de ces législations, pour définir le domicile, ne parlent que du principal établissement, passent sous silence l'élément intentionnel, l'"animus manendi", et ne prennent que le "factum", comme disent les Anglais, ne s'attachent qu'au fait d'un principal établissement. En ce sens sont notamment les codes civils de la Bolivie, de Costa-Rica et de Saint Domingue. Certains autres codes se rapprochent de notre conception continentale ils font figurer à côté de la mention



de la résidence habituelle l'esprit, l'animus, l'intention de résider, - intencion di residir, ou, animo di residir -, soit expressément, c'est-à-dire, en vertu d'éléments de preuve réels, soit tout au moins en vertu d'une présomption. Dans ce sens, il y a le code de la Colombie, du Chili, de l'Equateur, du Pérou, de l'Uruguay, et surtout le code du Brésil, art. 31. A l'autre extrême, certains codes éliminent complètement et expressément l'élément intentionnel. Ils sont purement objectifs, et s'attachent exclusivement à l'endroit où se trouve le centre d'affaires ou d'intérêts de l'individu considéré, abstraction faite de tout élément intentionnel de résider. Tel est le code civil du Vénézuéla de 1922. Enfin dans un quatrième groupe, d'autres conceptions se font jour. L'art. 89 du code argentin admet que le double élément matériel et intentionnel déterminera le domicile. Mais, chose curieuse, lorsqu'un individu possède à la fois, à un endroit, une résidence familiale, et dans un autre endroit le chef lieu de ses affaires, l'art. 94 du même code fait prévaloir l'établissement de la famille sur celui des affaires, pour des raisons d'ordre à la fois sentimental et social.

Divergences  
pour le chan-  
gement de do-  
micile.

Ces divergences qui se rencontrent pour l'établissement de la notion du domicile, se rencontrent également pour le changement de domicile. C'est ainsi que l'art. 97 du code argentin dit en termes exprès que, dès l'instant où il y a un changement de résidence dans l'établissement familial, le changement de domicile s'effectue automatiquement, instantanément, "instantaneamente", comme dit le code. Au contraire, d'autres législations (le Pérou, art. 46 du code - la Bolivie, art. 29 du code civil) exigent une déclaration expresse de changement de domicile. Le changement de domicile ne résultera, malgré les faits, que d'une déclaration expresse de l'intention de l'intéressé.

Voilà les principales divergences en face desquelles se trouvaient les codificateurs. On comprend bien que ces divergences ne portent pas sur une distinction aussi fondamentale du domicile, que celle que nous rencontrons entre la conception française et la conception anglaise. Il ne s'agit en somme que de détails. Mais ces détails ont leur importance, certaines de ces lois admettant le domicile comme base du statut personnel, certaines autres s'y attachant pour lutter contre l'invasion étrangère. Ces législations sont l'oeuvre de pays qui en défendant leur propre notion du domicile, ont l'impression de défendre leur propre indépendance.



l'œuvre des  
congrès.

Le congrès de Lima en 1878 n'avait pas tranché la question. On le comprend. Il avait surtout pour objet de faire prévaloir la loi nationale sur la loi du domicile. On conçoit qu'il ait passé la notion du domicile sous silence. Au contraire, le congrès de Montevideo, 1888-1889, qui avait pour but de faire prévaloir la loi du domicile comme principe de rattachement du statut personnel, avait tranché la question, et l'avait tranchée d'une manière très ferme et très nette. C'est la formule de Montevideo qui, à travers toutes les oscillations, a fini par passer dans l'article 22 de la codification Bustamante. Au titre 2 du Traité de Droit civil international, qui a lié les contractants à Montevideo, art. 6, on lisait que la loi du lieu où réside une personne déterminera les conditions exigées pour que la résidence constitue le domicile. C'était donc la victoire du principe territorialiste, admis par les Etats qui faisaient d'ailleurs du domicile la base du statut personnel.

les divers  
projets.

Les projets suivants oscillèrent. Certains ne tranchaient pas la question. Certains autres reprenaient la formule de Montevideo. Notamment, en 1913, lors de la réunion à Montevideo de la sous-commission nommée à Rio l'année précédente, le projet Oliveira reprenait la formule de Montevideo. Mais à l'inverse, certaines autres propositions, et notamment la proposition du professeur de Bustamante, plus hardiment, s'attaquèrent au problème de l'unification et prétendirent le trancher. Le projet Bustamante prétendait n'avoir pas à rechercher la loi applicable, et espérait par une formule générale réunir sur la notion même l'assentiment de tous les pays intéressés. Il pensait trancher la question, non plus en fonction du problème du conflit de lois, mais en fonction de l'unification législative. Le projet présenté en 1925 par le professeur de Bustamante, et en face duquel s'est trouvée la commission de Rio en 1927, contenait en effet un article 21, qui ne figure plus dans la codification, et un article 25 qu'il importe de signaler, car c'est justement l'expression du système inverse de celui qui a été admis. Voici les termes de l'article 21 : "Aux effets du présent code, on entend par domicile des personnes naturelles le lieu de leur résidence habituelle". Alinéa 2 : L'habitude est présumée en cas de séjour continu pendant une année sur le territoire, sauf le cas d'emploi ou de mission donné par un gouvernement étranger, ou d'études scientifiques ou artistiques". L'article 22 et l'article 23 visaient les dispositions qui sont restées respectivement dans les articles 23 et 24 de la codification. L'art. 24

le projet de  
Bustamante de  
1925



était identique à l'art. 25 actuel, et l'art. 25 du projet contenait alors un article qui a également disparu sur le domicile des personnes juridiques. "Le domicile des personnes juridiques aux effets du présent code concorde avec leur nationalité ; il est déterminé par celle-ci". Puis venait l'art. 27, l'art. 26 actuel, qui remplace le domicile par la résidence au cas échéant. Cet article a été peu modifié. On y a simplement ajouté : "ou celui où elle se trouve", qui figure à l'art. 26 actuel.

Ainsi, par rapport aux textes adoptés, en fin de compte, ce qui frappe, c'est que le projet Bustamante définissait le domicile des personnes naturelles et le domicile des personnes civiles.

On trouve dans le livre du professeur de Bustamante, sur l'oeuvre de la commission des jurisconsultes de Rio-de-Janeiro, les motifs par lesquels il justifie sa conception.

En ce qui concerne d'abord le domicile des personnes naturelles, voici les raisons données par le codificateur (N° II7, pages II3 et II4).

1°/ Pour le domicile, ce n'est pas communément une matière constitutionnelle, mais une matière qui touche aux lois générales et organiques, et un code international peut se consacrer à régler ces questions, dans lesquelles les limites et le champ d'action de ce droit et du droit interne paraissent se confondre. Ainsi le problème du domicile apparaît comme pouvant être tranché par un code international, sans que la législation interne puisse venir y faire obstacle, car à beaucoup d'égards les deux conceptions, internationale et interne, se confondent. D'autre part, ce n'est pas une question constitutionnelle qui s'engage, comme la question de la nationalité.

2°/ Il y a en outre toujours à noter qu'il s'agit d'une notion complexe, dont les éléments diffèrent dans chaque pays, suivant qu'il s'agit de l'ordre politique, administratif, etc... Les pays défenseurs du système consistant à unifier la notion, trouvent dans l'unité de cette conception une facilité nouvelle pour réaliser son implantation. Le professeur de Bustamante estimait que réaliser l'unité sur la notion de domicile était un motif déterminant pour permettre au code international de s'implanter dans les divers pays.

Voici ensuite le commentaire qui est donné de la définition précitée : "Le domicile est défini en conséquence pour les personnes naturelles comme étant le lieu de leur résidence habituelle, en suivant la pratique la plus généralisée et en tenant pour admis que le fait matériel de cette résidence sert de preuve



et de formule extérieure à l'*animus manendi*". Le professeur de Bustamante estime que la formule qu'il proposait donnait à la fois satisfaction et à ceux qui exigent l'*animus manendi* et à ceux qui ne l'exigent pas. L'habitude est présumée non point d'après le séjour continu sur un territoire, etc.... Tel est le commentaire donné par le professeur de Bustamante du système unificateur. Quant aux personnes juridiques, il semblait, dit-il, aller de soi que leur domicile concorde avec leur nationalité.

Rejet de cette conception par la Commission de Rio.

Ces articles n'ont pas trouvé grâce à la commission de Rio qui les a repoussés. La sous-commission de D.I.P. a repoussé à la fois le projet sur le domicile des personnes physiques et sur le domicile des personnes juridiques.

Pourquoi n'a-t-on pas accepté la partie du projet sur les personnes juridiques ? Il nous est facile de le saisir maintenant, car nous savons que beaucoup de républiques ne voulaient point attribuer de nationalité aux personnes juridiques : admettre un texte qui disait que le domicile et la nationalité des personnes juridiques ne faisaient qu'un, c'était souscrire à la notion de nationalité des personnes juridiques. Nous avons vu que certaines républiques y étaient opposées. L'article 25 devait donc disparaître.

Mais ce n'est pas seulement le projet de l'art. 25 qui est tombé. C'est aussi la belle entreprise, courageuse, consistant à établir une définition unique du domicile, à laquelle devaient se rallier toutes les républiques américaines, de l'Amérique latine, de l'Amérique centrale, etc...

Voici simplement sur cette disparition ce que dit très brièvement le professeur de Bustamante, au n° 232, p. 218 à p. 219 du volume sur les délibérations de Rio : "En raison de certains doutes soulevés relativement à la définition du domicile des personnes naturelles ou juridiques, on a jugé plus convenable de laisser la question sur le terrain du droit national, en approuvant un article ainsi rédigé (Suit la rédaction)". Ainsi en quelques lignes le professeur de Bustamante, non sans une mélancolie que l'on lit à travers les lignes, signale la disparition de la conception qui lui était chère et indique qu'elle a été repoussée. La solution qui a prévalu, on l'aperçoit maintenant, est la solution ultra-territorialiste, c'est la solution admise à Montévidéo, 1888-1889.

Adoption de la solution territorialiste.



Il est facile de rétablir alors les raisons pour lesquelles cette solution a prévalu. Ceux des Etats attachés à la loi du domicile, comme loi du statut personnel, ceux des Etats qui estiment qu'une loi de ce genre constitue une arme de défense, ne pouvaient pas admettre de voir fixer la notion de domicile par une loi différente de celle sur lequel se trouve l'établissement, dont on discute s'il fonde ou non le domicile. D'autre part, ces législations ne pouvaient pas non plus accepter une notion du domicile autre que celle qu'elles avaient établie, et pour la notion du domicile et pour la détermination du domicile on ne pouvait admettre d'autre solution que la solution territoriale territorialiste, ultra-territorialiste. C'est ainsi, pour conclure, qu'en présence de l'alternative qui s'offre aux législateurs de la nouvelle Amérique, entre l'unification de la notion ou l'indication de la loi compétente pour la notion, et, en cas de conflit de lois, pour la détermination, c'est à la seconde conception, à la seconde branche de l'alternative que les auteurs de la codification Bustamante ont finalement donné la préférence.

III - Appréciation critique. Valeur de la solution adoptée par le Code.

Que vaut cette solution ? C'est l'objet de la troisième et dernière question que l'on doit se poser du point de vue universaliste. Mr. Levy-Ullmann se borne à indiquer la position de sa critique.

La question, du point de vue universaliste, est celle de savoir si les auteurs de la codification ont eu tort ou raison d'abandonner la recherche d'une conception unique du domicile. D'autre part et s'étant ainsi résignés à la seconde alternative, si la solution qu'ils ont adoptée en matière de conflits de lois serait de nature à être adoptée par tous les Etats, qui n'ont pas encore adhéré à la convention de La Haye ?

Mr Levy-Ullmann indique immédiatement le sens qui doit orienter les efforts. Il estime que la solution de la codification est acceptable; mais acceptable seulement à titre subsidiaire. L'acceptation de la loi territoriale, ainsi que le système de distinction du professeur Barbosa de Magalhaes, ne sont pas de nature à soulever des controverses passionnées dans les Etats qui n'ont pas jusqu'à présent adhéré à cette solution. Entre le système de la lex fori et le système de la loi territoriale, il y a en somme très peu de différence. Le système de distinction du professeur Barbosa est rationnel et logique, et le système de la loi nationale n'est plus guère défendu, même en France; le système de l'autonomie de la volonté n'a jamais eu qu'un ou deux partisans, les autres systèmes de dis-



tion émettent la matière, notamment celui de M. Levasseur qui a été fort critiqué. Mr. Levy Ullmann estime donc que si l'on devait s'en tenir à la deuxième solution, à celle qui consiste à se placer exclusivement en face d'une détermination de la loi compétente pour fixer la notion et pour établir la détermination du domicile; les articles 22 à 26 du Code Bustamante sont de nature à être admis universellement et il s'y rallierait très volontiers. Mais n'étant pas de ceux qui acceptent qu'il y ait lieu de se décourager dans la recherche d'une certaine uniformité parmi les législations, d'une certaine uniformité dans la notion ou dans la conception du domicile, il croit que l'on peut faire un effort utile dans cette voie, non pas seulement un effort utile au point de vue de l'uniformité des conceptions au point de vue théorique, mais un effort utile au point de vue pratique, au point de vue du D.I.P. appliqué. On peut ainsi creuser dans cette voie, mais par une méthode différente, et particulièrement par une méthode différente de celle des conventions internationales. C'est cette méthode et son application qu'il convient de déterminer.

Recherche d'une méthode permettant de rapprocher les diverses conceptions du domicile.

Il importe de dégager maintenant dans l'appréciation critique du point de vue universaliste des dispositions adoptées dans le code Bustamante, non seulement des données d'ordre négatif, mais une construction positive, permettant de compléter, dans une certaine mesure, l'œuvre des codificateurs Américains et de montrer comment par une méthode un peu différente on pourrait arriver à l'avenir à réaliser ce qu'ils n'ont pu réaliser.

Comment peut-on arriver, par un effort doctrinal, sinon législatif, à rapprocher les divers points de vue quant à la conception du domicile ?

Rejet de la méthode des conventions internationales pour aboutir à l'unification de la conception du domicile.

M. Levy Ullmann pense que ce n'est pas par la méthode des conventions internationales que l'on peut y parvenir. En effet, en dehors de l'échec que marque le code Bustamante à cet égard, la législation par voie de conventions internationales a enregistré sur la même question deux autres échecs encore : l'un bien plus ancien que le code Bustamante, l'autre à peu près contemporain.

Premier échec de cette méthode : le "domicil act" de 1861.

Le premier échec de la tentative de rapprochement des diverses conceptions du domicile par la voie de conventions internationales remonte au commencement de la seconde moitié du XIXème siècle, à l'époque où, sous le second empire en France, et en Angleterre, à l'apogée de l'ère Victorienne, il s'opérait entre les deux pays un rapprochement politique, économique et moral. C'est l'époque de la politique des traités de



commerce, de l'entente politique franco-britannique, des expositions internationales, du mouvement libre-échangiste, bref d'un mouvement de rapprochement entre la France et la Grande-Bretagne, puisant de très fortes racines dans des intérêts à l'époque communs, et dans un mouvement de sympathie réciproque, comme on en compte un certain nombre dans l'histoire de ces deux nations. A ce moment, la quantité assez considérable d'Anglais venus en France, l'échange des services et des produits, amenèrent les Anglais à envisager la possibilité de régler par voie de conventions internationales, - et ils pensaient nécessairement à la France en pareil cas - la notion du domicile.

Cela peut paraître assez curieux; en voici la raison. C'est plus particulièrement dans l'ordre successoral que les Anglais ressentaient la nécessité de fixer d'un commun accord, autant que possible, de l'autre côté du détroit de la Manche cette notion du domicile. Le droit anglais pour les successions mobilières est très attaché en effet au principe de notre ancien droit coutumier exprimé dans le fameux adage : *mobilia sequuntur personam*, la succession mobilière est régie par la loi du domicile. En France, à la même époque, et jusqu'à nos jours où il y a quelques fléchissements, on a toujours admis que la loi qui gouverne la succession mobilière, c'est la loi du domicile. Il était donc tout naturel et tout indiqué que prenant en considération les diverses hypothèses pratiques, où des Anglais étaient décédés en France et où se présentaient d'une façon précisément assez vive les difficultés concernant la notion du domicile, les Anglais aient envisagé l'éventualité de régler par voie de convention diplomatique cette notion juridique. C'est alors qu'en 1861 une loi qui porte pour titre "domicil act", 24ème et 25ème années du règne de la Reine Victoria, chapitre 121, fut rendue. Cette loi avait pour objet de fixer pour les ressortissants la notion de domicile et de considérer qu'en principe chacun des ressortissants des Etats contractants n'aurait pas son domicile ailleurs que dans son Etat d'origine, à moins qu'il n'ait expressément spécifié dans une déclaration écrite son intention de fixer ailleurs son domicile. L'idée était excellente, mais la loi anglaise resta lettre morte. Les livres anglais relatent les détails concernant l'histoire de ce premier échec de règlement par voie de convention internationale, de la notion du domicile, notamment l'ouvrage classique de Dicey, "conflict of laws", dans la troisième édition par Keith, p. 102, chapitre sur le domicile, sous la règle 3 (exception



à la règle sur l'unité de domicile). Les Anglais envisageant la possibilité d'une exception à l'unité du domicile, à laquelle ils sont très attachés, Dicey imagine des exemples empruntés au droit anglais et au droit français sur la matière, mais il montre, avec quelque mélancolie, que tout cela n'est que théorie. Le "domicil act" n'a jamais été suivi de convention internationale. On pourrait concevoir, le "domicil act" n'ayant pas été abrogé, que, dans les rapports franco-anglais de l'avenir, on puisse encore entreprendre une oeuvre de rapprochement des conceptions, Mais ce premier échec d'une tentative de régler la question de l'unification de la conception du domicile par voie de convention internationale montre que ce n'est pas par cette voie qu'il convient de procéder aujourd'hui utilement.

Deuxième échec:  
le code Bustamante.

Le deuxième échec, c'est le code Bustamante.

Troisième échec:  
la tentative  
de 1928 de la  
Société des  
Nations.

Le troisième échec, contemporain du code Bustamante, date du mois d'avril et du mois de juin 1928; c'est l'impasse à laquelle se sont trouvés acculés les experts de la Société des Nations. On a déjà vu sommairement que parmi les questions qui paraissaient mûres pour une codification internationale, les experts, chargés de dresser un questionnaire par la Société des Nations, avaient cru devoir faire figurer la question du domicile.

Après plusieurs tentatives, en juin 1928, les experts se sont séparés; et la lettre du 13 Avril 1928 du professeur Brierley, qui indique l'impossibilité de rapprocher sur ce point les points de vue britanniques et continentaux, a clos la discussion par un procès verbal de carence.

Méthode proposée :  
méthode doctrinale.

Si donc on veut parvenir, et on le peut, à rapprocher les points de vue sur les conceptions fondamentales du domicile, c'est par une autre méthode qu'il faut procéder. En effet, dans l'ordre du rapprochement international, il n'y a pas, pour l'unification des conceptions, comme d'ailleurs des règles de conflit de lois, que la méthode des conventions internationales qui s'impose. La véritable méthode qu'il faut préconiser, pour l'instant, dans l'ordre du rapprochement concernant les principes du droit international privé, c'est une méthode moins officielle que les conventions internationales, une méthode privée, une méthode à portée des grandes associations scientifiques internationales, qui s'adonnent au rapprochement des conceptions entre pays, bref une méthode doctrinale. C'est cette méthode que les Américains viennent d'employer avec beaucoup de succès en vue d'unifier leur



droit dans les Etats-Unis de l'Amérique du Nord sur certains points où cette unification est désirable. C'est la fameuse méthode dite du "Restatement".

Les Etats-Unis de l'Amérique du nord, plus qu'aucun autre pays, souffrent de la diversité des législations internes; chaque Etat a conservé jalousement son pouvoir législatif, et notamment en matière civile et en matière privée. Il en est résulté une bigarrure de législations favorables à la procédure, à la chicane, très défavorable pour les intérêts généraux. La législation fédérale uniforme pour toute la grande République est rare. La machine parlementaire fonctionne difficilement. Un comité composé de magistrats, de professeurs, d'avocats, l'"American law Institute", le grand Institut pour le droit américain, a créé dans son sein un organisme en vue d'aboutir à une législation uniforme. Cet organisme a procédé d'abord en rédigeant des projets de lois uniformes et en essayant de les faire adopter par divers Etats. Mais là on se trouve toujours en présence de la jalousie et de l'indépendance législative des Etats. Nous le verrons à propos du mariage. La plupart du temps, à moins qu'il ne s'agisse d'une réforme véritablement urgente, on n'obtient pas de l'ensemble des pays l'adoption du projet uniforme, et c'est pourquoi les américains se sont rabattus sur la méthode du "restatement".

La méthode du  
"restatement"

Quelle est cette méthode ? C'est une méthode qui consiste à rédiger un certain nombre de principes, dont on recommande l'adoption, non pas aux divers Etats, comme on le fait pour divers actes législatifs, mais aux jurisprudences et aux doctrines des divers Etats, aux juristes privés et aux magistrats. On estime que par un certain nombre d'articles, de règles claires, précises, faisant la moyenne scientifique des opinions admises dans l'ensemble des Etats de l'Union, on pourra obtenir des juges qu'ils jugent dans ce sens, des auteurs qu'ils préconisent dans leurs livres des solutions contenues dans la compilation, dans le restatement. Le restatement a été établi ces derniers temps dans deux matières avec un très grand succès. Dans le domaine des contrats, le restatement, qui n'a pas encore été étudié en France, a été examiné de très près en Angleterre, et chose assez rare, y a obtenu de l'approbation. Cette initiative américaine a été approuvée notamment dans les universités anglaises et particulièrement à l'université de Cambridge. Le restatement américain a réussi, en outre, dans la matière des conflits de lois, conflits of laws. On peut consulter dans la littérature récente un ouvrage consacré aux principes généraux de cette oeuvre doctrinale, le



livre de M. Wigny, "Essai sur le D.I.P. américain", paru à la librairie Sirey en 1932.

Sans entrer dans le détail du restatement - consultez pour cela le livre de M. Wigny, où vous pourrez saisir sur le principe même du D.I.P. les bénéfices de la méthode -, c'est par un projet de ce genre, par une méthode de ce genre, que l'on pourrait, dans les divers domaines du D.I.P. et notamment celui des conflits de lois, arriver très utilement à une entente entre les divers Etats. En laissant de côté le système, peu heureux dans ses résultats, des conférences internationales, des conférences officielles, il est permis d'avancer qu'un rapprochement doctrinal sur des bases déterminées faisant la moyenne et la somme des principales conceptions, des principales règles reçues en D.I.P. dans l'ensemble des Etats civilisés, condenserait alors du point de vue universaliste et d'une façon très heureuse les efforts contemporains.

En matière de domicile, trois séries de recommandations pourraient rapprocher les deux conceptions nationales et la conception internationale.

La première recommandation serait celle qui consisterait, dans les pays continentaux, à admettre la conception internationale du domicile à côté de la conception nationale, c'est-à-dire admettre dans notre droit français par exemple à côté de la notion de domicile, institution de police civile, une notion du domicile existant en fonction d'un territoire où s'exerce l'empire d'un droit déterminé, d'un territorium legis : en d'autres termes, d'un domicile envisagé pour des fins se rapportant à l'empire des lois dans l'espace.

Est-ce que ce serait, dans notre doctrine française et même dans nos lois, une si grande révolution ? Nullement. En ce qui concerne la doctrine, un auteur français du D.I.P., en avance d'ailleurs sur ce point sur ses contemporains, M. de Doyen Valéry de Montpellier, a dans son Manuel de D.I.P. très nettement dégagé en 1914, cette conception internationale du domicile s'opposant à la conception nationale. M. Valéry (Manuel, p. 109 et ss.) indique que le rapport d'ordre juridique créé par le domicile entre une personne et un lieu déterminé ne revêt pas le même caractère en droit international qu'en droit interne. M. Valéry dit expressément "qu'en droit interne le domicile correspond au rapport qui existe entre une personne et une



certaine localité. Un individu est-il de telle ou telle commune ?" Voilà le point dont on a à se préoccuper alors qu'en droit international ce qu'il importe de savoir, c'est le pays où une personne a son domicile. Est-ce en France, en Allemagne, ou aux Etats-Unis ?" Telle est la question intéressante à résoudre. Vous voyez par conséquent que déjà en France les esprits sont préparés à l'acceptation de cette suggestion. Mais il y a plus. Dans un projet récent, examiné il y a quelques années à la Société Française d'Etudes législatives, on a discuté la question du statut des français en pays étrangers et le statut des étrangers en France. (Bulletin de la Société d'Etudes législatives question n° 73, Bulletin de 1928, p. 339 et ss. et dernier état du projet après dernière discussion dans le Bulletin de 1930, séance du 9 Mai 1930, p. 161 et ss.)

Dans divers articles de ce projet, le point de vue international a dominé la matière du domicile (Bulletin de 1930, p. 169); ainsi, soit pour l'enfant mineur, soit pour les majeurs, et notamment pour le français majeur, on a envisagé l'institution du domicile du point de vue international. C'est ainsi que, lorsque l'enfant mineur possède un domicile en France, on le soumet à la loi française en ce qui concerne la tutelle, la puissance paternelle, la capacité, etc. C'est bien le point de vue international qui a dominé dans cette discussion. Par conséquent, sur ce premier point, le restatement proposé dans sa première recommandation, serait susceptible d'être accepté dans la plupart des pays intéressés, même avec le maintien de la loi nationale comme base du statut personnel, comme c'est encore le cas du droit français. Telle est la première recommandation : l'admission de la conception internationale du domicile a côté de la conception interne.

Deuxième recommandation : admission de la notion traditionnelle du domicile d'origine.

La deuxième recommandation, est un peu plus délicate : c'est l'admission généralisée de la notion traditionnelle du domicile d'origine. Il faut renouer avec la tradition de l'ancien droit, et puisque le domicile est, comme dans l'ancien droit, envisagé maintenant, de par la première recommandation, comme une institution qui a des effets internationaux, il faut admettre, comme dans l'ancien droit, un domicile d'origine, caractérisé par les traits suivants : Ce domicile, jusqu'à la majorité des enfants, serait celui des parents ou en cas de séparation des deux parents, le domicile du père. Ce domicile se maintiendrait jusqu'à un changement sérieux et consacré, non pas par une recherche psychologique, mais objectivement, par un établissement d'où résulterait la volonté de s'établir



à demeure fixe sur un territorium legis. Enfin, troisième trait caractéristique : au cas de disparition du domicile de choix, résurrection immédiate et automatique du domicile d'origine. Ces trois caractères sont, à peu de choses près, les traits généraux admis dans le domicile anglais, tel qu'il était déjà réglé dans notre ancien droit.

Avantages de  
cette concep-  
tion.

Voici les avantages, en dehors même du point de vue doctrinal et du point de vue du rapprochement scientifique, de cette conception. Les avantages pratiques s'affirmeraient tout d'abord dans le cas du renvoi. Lorsque la loi étrangère, adoptant le domicile comme base du statut personnel, renvoie, dans un pays où se trouve domicilié l'un de ses ressortissants, à la loi de ce pays, ce pays adoptant de son côté la loi nationale, il y a renvoi; et il y a, on le sait, à l'encontre du renvoi, des objections très graves, quoique le renvoi soit adopté, en partie, par la jurisprudence française et par la législation de certains pays. L'adoption de l'institution du domicile d'origine diminue très nettement les cas de renvoi en permettant de maintenir dans le pays d'origine le domicile de l'intéressé et par conséquent de lui appliquer de cette façon sa loi nationale. Il y aurait avantage, dans les pays comme la France, l'Allemagne, l'Italie, qui sont encore régies par la loi nationale au point de vue du statut personnel, à adopter cette conception du domicile d'origine; et pour les étrangers cette conception serait de nature, dans la plupart des cas, à maintenir l'obédience de leurs lois originaires sur leur statut personnel. Ce serait là le premier avantage.

Le second serait, à mon avis, de restituer au domicile, dans l'ordre international le caractère que doit avoir cette institution. Le jurisconsulte américain, Story, avait qualifié le domicile : "national domicile", domicile national. C'est bien en effet une institution nationale, et il est assez curieux que ce soit par la voie du droit international que l'on en vienne à qualifier de nationale l'institution du domicile.

Tels seraient, entre autres, les avantages théoriques et pratiques de l'adoption de la notion du domicile d'origine dans les pays continentaux.

L'adoption du  
domicile d'o-  
rigine est-  
elle possible  
pour la Fran-  
ce ?

Est-elle possible pour la France ? Le problème est curieux et mérite qu'on s'y attache quelques instants, car c'est dans l'ancienne France qu'était née et que s'était développée particulièrement cette institution et cette conception du domicile d'origine. Il est re-



Transforma-  
tion en France  
de la notion  
du domicile  
d'origine.

marquable, tout d'abord, qu'au lendemain de l'apparition du code civil, les premiers commentateurs du code aient encore conservé cette conception du domicile d'origine. Tel est le cas de Toullier, dans son traité de droit civil, n° 370 à 372, qui parlent du domicile originaire; et le domicile d'origine est présenté avant le domicile de choix. Dans son commentaire sur l'art. 103, sur le changement de domicile, Toullier présente le domicile de choix comme une dérogation au domicile d'origine. Ainsi, même au lendemain du code civil, bien que l'institution du domicile, comme l'a noté Toullier, ait alors perdu beaucoup de son importance, à raison de l'abandon qu'en avait fait l'article 3 comme base du statut personnel, on conservait encore la notion du domicile d'origine. Or il s'est produit au XIXème siècle une évolution curieuse, qui, dans la doctrine, a transformé singulièrement l'institution du domicile d'origine, si bien qu'aujourd'hui des maîtres du droit civil français désignent comme domicile d'origine quelque chose de tout à fait différent.

La base, le point de départ de cette nouvelle conception doit être rattachée au grand ouvrage d'Aubry et Rau. C'est par l'autorité de ces deux célèbres auteurs que l'institution a évolué, et, chose assez curieuse, ils l'ont fait en connaissance de chose, car au tome 1, § 140, de leur traité, 4ème édition, sur l'établissement du domicile de fait, à propos de l'art. 103, à la note 3, Aubry et Rau remarquent bien à quel point les rédacteurs du code civil étaient restés eux aussi attachés à l'institution du domicile d'origine. En effet, le projet de l'article 103, rappellent Aubry et Rau dans cette note, était ainsi conçu : "Le domicile se formera par l'intention jointe au fait d'une habitation réelle". Le Conseil d'Etat retrancha cette disposition par ce motif que toute personne a un domicile d'origine. On ne peut pas dire le domicile "se formera" puisqu'il est déjà formé. Il se transférera, il se transformera, mais il ne se formera pas. Ainsi les Travaux préparatoires étaient très nets. On conservait l'institution du domicile d'origine.

Mais, par la suite, Aubry et Rau s'élèvent contre cette conception du domicile d'origine. "Il n'existe pas, écrivent-ils, d'après la loi, de domicile qui serait le résultat nécessaire de la naissance dans un lieu. Ce qu'on appelle domicile d'origine n'est autre chose que le lieu où à défaut de manifestation contraire on doit présumer qu'un mineur devenu majeur ou un mineur émancipé a entendu établir le siège de ses affaires, et ce lieu n'est pas toujours celui de la nais-



sance". Il est impossible de détruire d'une façon plus vigoureuse et plus autoritaire la vieille notion coutumière. Tel est le point de départ de l'évolution de la notion du domicile dans notre droit français moderne.

Par la suite, si l'on examine sur ce point les manuels classiques et courants, les traités de MM. Capitant et Colin, le traité élémentaire de MM. Planiol et Ripert, on aperçoit, au sujet du domicile d'origine, qui n'est point méconnu par ces auteurs, que la question n'est abordée par eux que d'une manière incidente, et notamment à propos de celle de savoir si une personne peut n'avoir point de domicile ou en avoir plusieurs. C'est à ce propos que MM. Capitant et Colin, (dernière édition, t. 1. n° 423 et ss.) font apparaître la notion du domicile d'origine, dont ils disent qu'elle n'a pas grande utilité, car ils admettent la possibilité qu'une personne n'ait point de domicile. De même MM. Planiol et Ripert, donnent au n° 565 la notion du domicile d'origine, exposée d'après Pothier, mais écartée dans une certaine mesure par le fait qu'eux aussi admettent l'idée qu'une personne peut n'avoir point de domicile. Mais c'est surtout dans le traité pratique de droit civil de MM. Planiol Ripert et Savatier, tome I. n° 160, p. 179, que l'on aperçoit la transformation de l'institution du domicile d'origine.

M. Savatier déclare : "Pour beaucoup de personnes, on peut trouver un domicile d'origine sans remonter jus qu'au jour de leur majorité. Il suffit que la personne ait eu à un moment quelconque un domicile certain, par exemple un domicile légal"; soit, par exemple, le domicile de la femme après divorce ou séparation de corps, soit le domicile du domestique, quand il a cessé de cohabiter ou quand il quitte la place". Qu'est-ce que le domicile d'origine dans ce cas ? C'est le dernier domicile connu. On transforme le domicile d'origine qui était le domicile de la naissance, et on en fait le dernier domicile connu, que ce soit un domicile de choix ou un domicile de droit. Telle est la transformation radicale de la conception.

La jurisprudence française soit restée attachée beaucoup plus que la doctrine à l'idée du domicile d'origine, telle qu'elle existait dans l'ancien droit, elle s'est cependant laissée influencer, nous allons le voir, par cette conception du dernier domicile connu.

La jurisprudence en effet est restée attachée à l'idée que toute personne a toujours son domicile et au maintien du principe du domicile d'origine (Cas-



sation, Chambre des Requêtes, 24 Avril 1884, D. 1884, I. p. 101, sur une question de compétence judiciaire concernant la liquidation d'une succession, maintien du domicile d'origine; - Chambre Civile, 23 mai 1890 Sirey 1890. I. p. 420. "Attendu, dit l'arrêt, que nul n'est présumé avoir abandonné son domicile d'origine, si son intention n'est point certaine de fixer son principal établissement dans un autre lieu".) Par conséquent, la Cour de Cassation est très attachée à l'idée du domicile d'origine. Elle l'a encore manifesté plus récemment dans un arrêt de la Chambre des Requêtes du 3 Janvier 1923, D. 1923. I. p. 187. Il s'agissait du maintien à Mulhouse du domicile d'origine d'un Alsacien, qui avait dû quitter cette ville en 1914, par suite des circonstances de la guerre. Egalement, Chambre des Requêtes, 2 mars 1925, D. Hebd. 1925, p. 223, sur une question de liste électorale, "Attendu que si le domicile d'origine se conserve aussi longtemps que l'intention d'en adopter un nouveau n'est point établie".

Il semblerait donc que notre jurisprudence puisse être favorable, étant donné ces principes posés dans les arrêts, à notre recommandation du restatement. Malheureusement, la Chambre des Requêtes a récemment manqué l'occasion de proclamer la résurrection du domicile d'origine, et cette occasion lui était présentée d'une façon inespérée. Il s'agissait d'une personne qui était restée pendant un certain temps domestique dans une localité. Puis elle avait quitté sa place, et elle se plaignait de n'être point portée sur les listes électorales de son domicile d'origine. Ainsi elle plaidait littéralement la résurrection du domicile d'origine. Le domicile - dans l'espèce le domicile de droit -, venant à disparaître, elle plaidait la résurrection automatique du domicile d'origine; mais malheureusement cet arrêt a été influencé manifestement par la doctrine des auteurs et notamment par la conception du "dernier domicile connu". La Chambre des Requêtes, au rapport de M. le Conseiller Pilon, 28 Avril 1931, a jugé en sens contraire (D. Hebd. 1931, p. 333). La Cour de Cassation a estimé que le domicile de droit avait fait perdre le domicile d'origine, que le domicile d'origine ne revivait pas automatiquement. Il fallait que le domestique en question fût revenu effectivement dans son pays d'origine, et ait marqué sa volonté expresse d'y rétablir son domicile. Voici les considérants qui sont très nets et très curieux sur le moyen pris de la violation de l'art. 102 du code de civil: "Attendu que le jugement attaqué ayant prononcé la radiation de Moussu de la liste électorale



de la commune de Lenizeul, le pourvoi lui fait grief de n'avoir pas reconnu que Moussu était domicilié à Lenizeul où, ayant cessé d'avoir le domicile de droit qu'il avait acquis à Rançonnières, comme travaillant et habitant chez autrui, il devait être considéré comme ayant conservé son domicile d'origine". Voilà la thèse du pourvoi, et voici la réponse : "Mais attendu que la personne perd son domicile d'origine en acquérant un domicile de droit; que lors de la cessation de ce dernier domicile elle ne recouvre son ancien domicile d'origine que si elle y devient à nouveau domiciliée, soit par l'effet de la loi, soit par l'habitation réelle jointe à l'intention de fixer en ce lieu de façon définitive son principal établissement; attendu qu'en la cause Moussu avait perdu son domicile d'origine à Lenizeul, en allant travailler chez autrui à Rançonnières;...attendu qu'il n'avait pas acquis à nouveau son domicile à Lenizeul, etc..". On ne condamne pas plus formellement la réviviscence du domicile d'origine.

Il est désirable qu'on réintroduise en France la notion du domicile d'origine.

Cette jurisprudence mettrait obstacle momentanément à la tentative de ceux qui voudraient introduire en France la notion du domicile d'origine par voie de restatement; mais il n'est point dit que cet arrêt fasse définitivement jurisprudence, et l'on peut espérer que, soit par voie doctrinale et jurisprudentielle, soit au besoin par voie législative, on réintroduise en France la notion du domicile d'origine, telle qu'elle existait dans l'ancien droit. Il est permis de l'espérer en raison des dispositions insérées dans le projet de la Société d'Etudes Législatives.

En effet, à deux endroits de ce projet notamment, on relève la conception du domicile d'origine. (Bulletin de la Société d'Etudes législatives, année 1930, p. 163, dans le projet modifiant la notion du domicile nouvel art. 12 du code civil, 3°) Art. 12 : "Sont domiciliés en France.....3° l'étranger mineur, dont les père, mère et tuteur sont domiciliés en France". Voilà le domicile d'origine consacré pour l'étranger mineur. De même pour ce qui est du Français (p. 169) dans l'art. 5, modifiant également l'article 102 C. Civ. en l'absence de domicile ou de résidence, le Français né en France, sera considéré comme "domicilié au lieu de sa naissance". Ici, on constate encore le maintien du domicile d'origine. Par conséquent, le droit français n'est pas si éloigné qu'on le croirait de revenir au point de vue traditionnel, malgré la direction prise aujourd'hui par la doctrine contraire et par une jurisprudence peu heureuse. Ce n'est pas une raison pour ne point recommander l'adoption doctrinale, jurispru-



dontielle, au besoin législative, de la notion de domicile d'origine.

La troisième recommandation à faire dans ce restatement, à laquelle nous arrivons maintenant, est d'ordre très délicat, car elle implique dans une mesure importante l'adoption du domicile comme principe de rattachement pour la solution des conflits de lois.

Troisième recommandation :  
Augmenter le champ de la loi du domicile.

La troisième recommandation met en cause la substance même de la loi, à laquelle se rattache le statut personnel. M. Levy-Ullmann estime que, dans les pays qui, comme la France, admettent la loi nationale comme base du statut personnel, il serait possible de faire un effort en vue d'augmenter dans le D.I.P. reçu dans ces divers pays le champ de la loi du domicile par la voie de l'interprétation doctrinale, jurisprudentielle ou même, le cas échéant, par la voie législative. On ne peut pas dire : adoption du domicile comme principe général de rattachement pour la solution des conflits de lois. Sans doute, ce serait hautement désirable et l'on n'est pas en France, à l'heure actuelle (en égard à la forte immigration) très éloigné de ce point de vue. Il faut reconnaître cependant que dans les pays très attachés à la loi nationale comme base du statut personnel, tels l'Italie, ou même l'Allemagne depuis la loi d'Introduction au code civil, ce serait une tâche très difficile. Il faut donc ne pas exagérer les desiderata, et il convient de se borner à parler simplement de la possibilité d'augmenter le champ de la loi du domicile dans les pays de cette catégorie.

Cette extension est possible même dans les pays qui admettent le principe de la loi nationale.

Est-ce possible ? A priori, d'une façon générale, on ne voit pas pourquoi les tenants même les plus résolus de la théorie de la loi nationale n'accepteraient pas un pareil tempérament au principe. La doctrine de Mancini, adoptée en Italie, reçue dans de nombreux pays, et aussi dans les conventions de La Haye, sur lesquelles on reviendra, n'a jamais été présentée sous une forme absolue. Ses partisans eux-mêmes, comme André Weiss, admettaient au principe de la loi nationale des exceptions importantes dictées par des motifs de choix. C'est ainsi, en premier lieu, que la doctrine de Weiss a toujours fait une place à ce qu'il appelait l' "ordre public international". Il est impossible d'imposer partout la loi nationale, lorsque dans certains pays elle se heurte à des principes qui se rattachent à la constitution même d'une société.

Pareillement, dans l'intérêt des relations internationales, la doctrine de Mancini a fait sa place au fameux adage : *locus regit actum*. C'est précisément pour respecter une nécessité reconnue dès le Moyen-Âge



nécessité pratique, que l'on attribue compétence législative à la loi du lieu où est passé un acte, la *lex loci actus*, comme nous le verrons à propos des formes du mariage.

Enfin, dans l'intérêt de la liberté des parties, dès le XVIème siècle avec Dumoulin, on a été amené à admettre que celles-ci peuvent, dans une certaine mesure, choisir la loi applicable : c'est le principe de l'autonomie de la volonté. Ainsi, ordre social, intérêt des relations de pays à pays, liberté des parties, voilà les motifs des limitations à l'extension complète de la loi nationale. Ce sont là les trois exceptions célèbres acceptées par la doctrine de Mancini. Il en est même d'autres qui rentrent dans ce cadre, comme la nécessité évidente de rattacher à la loi territoriale tout ce qui est relatif aux immeubles, la *lex rei sitae* s'appliquant aux immeubles par la nature des choses; et l'on se demande, parmi les interprètes partisans de la doctrine de Mancini, si l'on doit faire de cette exception une exception à part, ou la faire rentrer dans l'ordre public international. Et ainsi l'on aperçoit que des considérations générales sont à la base d'exceptions de ce genre.

Ne pourrait-on dès lors par conséquent, dans le cadre où domine encore la loi nationale, dans les pays qui en admettent le principe, pousser plus loin les exceptions revues et faire une place plus large à la loi du domicile ? Mr Levy-Ullmann l'estime. Si l'on examine le droit international reçu en France, on peut apercevoir que, soit par l'interprétation, soit même législativement, il serait possible, sans bouleverser le moins du monde notre système, d'accroître la place accordée à la loi du domicile.

Premier moyen :  
par interpré-  
tation.

Par interprétation, tout d'abord. Il y a dans l'interprétation classique, que l'on donne en France à l'article 3 du code civil, des points évidemment acquis en jurisprudence et en doctrine, sur lesquels sans révolution on pourrait peut-être songer à apporter une atténuation.

Application à  
tous les étran-  
gers, ou à cer-  
tains d'entre  
eux, de la loi  
du domicile  
pour l'état et  
la capacité.

En premier lieu, il s'agira de réformer l'argumentation en vertu de laquelle on applique à tout étranger en France, et sans distinction, comme règle de son statut personnel, sa loi nationale. L'article 3, § 3, ne statue que pour les Français; il est ainsi conçu : "Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger." Ce n'est que par un argument d'extension, par analogie, que l'on a établi en doctrine et en jurisprudence la même règle pour les étrangers. Le code civil ne dit nullement : les lois



concernant l'état et la capacité des étrangers en France sont régies par leur loi nationale. En effet, le code civil a refusé de statuer sur l'application de la loi étrangère. Il n'a voulu parler que de l'extension dans l'espace de l'application des lois françaises, du code civil. Mais ce n'est pas une raison, parce que le législateur a gardé le silence pour considérer comme écrit dans la loi le résultat de cet argument d'analogie. Pourquoi n'appliquerait-on pas l'argument à contrario ? pourquoi ne pas dire que les étrangers qui habitent la France et qui y ont leur domicile seront régis par la loi française, ou encore : Les questions concernant l'état et la capacité des étrangers sont régies en France par la loi du domicile. Telles sont les formules que l'on pourrait songer à suggérer.

Si la solution proposée sous cette forme générale paraissait discutable, il en est une autre, moins étendue, qui se comprendrait pleinement, s'appliquant au cas où la loi nationale de l'individu considéré admet précisément comme base du statut personnel la loi du domicile (cas par exemple des ressortissants des pays anglo-saxons). La formule serait alors la suivante : les questions qui concernent l'état et la capacité des étrangers en France sont régies par la loi française, lorsque la loi nationale des intéressés fait de la loi du domicile la base de leur statut personnel.

Cette idée n'est point nouvelle. Nous l'avons rencontrée précisément dans la fameuse controverse sur le renvoi. C'est l'argumentation qui a été exposée en particulier par M. Lerebours-Pigeonnière, professeur à la Faculté de Droit de Rennes, dans ses observations sur la question du renvoi, *Journal Clunet*, 1924, p. 877. Il est tout naturel que l'on applique la loi du domicile en France à ceux des étrangers, dont la loi nationale fait de la loi du domicile la base du statut personnel. De bons esprits, on le voit, admettent ce tempérament. Puisque la jurisprudence française, sauf dans certains cas que nous allons retrouver, admet le principe du renvoi, on pourrait donc assez facilement faire adopter dans notre pays cette solution modérée.

#### Résistances

de la jurisprudence française.

Malgré tout, il faut bien reconnaître que la jurisprudence française est relativement attachée au principe de l'application de la loi nationale aux étrangers vivant en France. Voici un exemple tout récent, dans un arrêt de la Cour de Paris, 1er mars 1933, à propos d'une affaire de divorce (affaire Stewart contre Stewart. *Revue de D.I.P.*, 1933, p. 632 et ss.) Cet arrêt déclare : "Considérant que, lorsqu'un étranger porte devant les tribunaux français une action concer-



nant son état, le litige ne peut être apprécié que d'après les dispositions de sa loi nationale, que à cette règle classique notamment aux instances de divorce, qui intéressent essentiellement l'état des personnes...." (Puis vient expressément l'argument tiré de l'article 3 : "qu'au surplus on peut déduire de l'article 3 du code civil que l'état et la capacité de l'étranger sont gouvernés en France par sa loi nationale" Ainsi, dans la jurisprudence française, l'idée est bien ancrée que c'est par argument de l'article 3 qu'il faut appliquer à l'étranger, sur le territoire français, sa loi nationale, même lorsque la loi nationale du dit étranger a admis la loi du domicile; et ce qu'il y a de particulièrement frappant dans cette affaire Stewart, c'est qu'il s'agissait de la loi anglaise qui, elle, d'une façon absolue, règle les questions d'état par la loi du domicile. En outre, cet arrêt a refusé d'appliquer la loi du domicile en matière de divorce, c'est-à-dire a repoussé le renvoi, alors qu'en général dans la jurisprudence française le renvoi est admis. On limite la portée du renvoi aux questions de succession, on ne consent pas à l'admettre dans la matière du divorce et dans la matière de l'état de la personne. Par conséquent, même la jurisprudence française, en dépit de l'admission du principe du renvoi contenue dans l'arrêt Forgo, et auquel les tribunaux se conforment généralement, on rencontre des résistances.

Un autre effort d'interprétation : soumettre certains Français à la loi du domicile.

Un autre effort d'interprétation pourrait être envisagé. Ici il ne s'agirait plus de l'application de la loi nationale ou de la loi du domicile aux étrangers, mais de soustraire certains Français à l'application de la loi française et de les placer sous l'empire de la loi du domicile. Ceci est plus grave. Cependant une doctrine, déjà ancienne, a été soutenue dans ce sens, et l'on pourrait songer à y revenir. C'est une doctrine que, vers le milieu du XIX<sup>ème</sup> siècle, l'un des fondateurs du D.I.P., l'avocat Foelix, avait soutenue dans certains passages de son livre classique de D.I.P.; doctrine que son continuateur Demangeat avait reprise (Demangeat, Statut personnel, Revue pratique de 1856, t. 1, p. 66, et sur de Foelix, t. 1, p. 105, note A.) L'argumentation a été reprise par M. Loiseau dans sa thèse de Doctorat, déjà citée, 1893, sur le domicile comme principe de compétence législative, dans la doctrine et la jurisprudence française depuis le code civil, notamment p. 168.

En quoi consiste cette suggestion ? Elle consiste à dire que l'application de l'article 3, § 3 du code



civil n'est susceptible de s'opérer que sur des Français résidant à l'étranger, mais ayant conservé leur domicile en France. Mais si l'on est, au contraire, en face d'un Français qui n'a pas conservé son domicile en France, et qui a son domicile à l'étranger, la doctrine en question soutenait que, dans ce cas, la loi française n'est plus applicable. Au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle et même vers la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, régnait en France l'école exégétique, celle qui ne croyait devoir présenter de solution que s'appuyant sur des textes du code; et alors, peut-être avec quelque subtilité, on faisait remarquer que l'article 3, § 3, comporte l'expression "même résidant en pays étranger", et que cet article ne parle pas du domicile. "Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les français, même résidant en pays étranger". Cela veut dire, même ayant leur résidence en pays étranger; or, si le Français n'a que sa résidence en pays étranger, c'est qu'il a son domicile en France. L'article 3 ne parle pas du domicile, il ne parle que de la résidence; par conséquent, en interprétant strictement le texte, on pourrait dire que la seule hypothèse visée par l'article 3, c'est uniquement celle où le Français a conservé son domicile en France. Mais, a contrario, on devrait dire que le Français domicilié en pays étranger ne sera pas atteint par l'article 3, § 3.

Nous ne sommes plus aujourd'hui à l'époque de l'interprétation exégétique. L'argumentation de Demangeat et de Foelix a été repoussée par la doctrine aujourd'hui reçue en France. L'argumentation, même reprise par Loiseau, n'a pas été recueillie et reproduite. Néanmoins, il n'y a pas de raison pour que l'on ne revienne pas à la solution que ces auteurs ont défendue, et dans un pays très traditionaliste comme la France, on pourrait faire remarquer, à l'appui de ces efforts d'interprétation, qu'en réalité on ne ferait que tendre à renouer avec la doctrine de l'ancien droit. L'ancien droit était attaché à la loi du domicile. L'effort à faire, comme pour le domicile d'origine, comporterait un retour à notre tradition ancienne, nous rapprochant ainsi des pays étrangers, qui ont bien voulu l'accueillir et faire crédit à la théorie statutaire. Tel est un second exemple des efforts d'interprétation que l'on pourrait suggérer en France.

Deuxième moyen :  
par voie législative.

On pourrait également, comme nous l'avons annoncé, faire un effort de *lege ferenda*, ainsi qu'en témoigne la discussion du projet de loi à la Société d'Etudes législatives déjà citée. Deux articles de ce projet montrent que l'on a admis le domicile comme



Possibilités  
pour la France.

principe de rattachement en matière de conflit de lois dans des questions touchant à l'état et à la capacité des personnes et au régime matrimonial. C'est ainsi qu'en ce qui concerne la tutelle, la puissance paternelle et la capacité du mineur étranger en France, le projet de l'article 27 (que vous retrouverez dans sa forme définitive dans le Bulletin de la Société d'Etudes Législatives, 1930, p. 169) est ainsi conçu : "L'enfant mineur qui possède un domicile en France, conformément à l'article 12 du code civil, est soumis exclusivement à la loi française, en ce qui concerne la tutelle, la puissance paternelle et la capacité, à l'exception de la capacité de contracter mariage". Ainsi, par conséquent, c'est la loi du domicile qui devrait, en France, d'après ce texte, gouverner la tutelle, la puissance paternelle et la capacité de l'enfant mineur. A cet article, pour tenir compte des observations présentées dans une assemblée générale antérieure, le rapporteur a suggéré l'addition d'un deuxième alinéa ainsi conçu : "Lorsque l'enfant mineur acquiert un domicile en France durant sa minorité, il lui est organisé une tutelle conformément à la loi française, et la tutelle antérieure cesse de produire ses effets". Ceci donnerait, si la loi était acceptée par le Parlement, une base sérieuse à des pratiques qui s'opèrent actuellement dans les justices de paix, mais qui jusqu'à présent ne trouvent de fondement dans aucune loi, pratiques touchant à l'organisation de la tutelle des enfants mineurs de nationalité étrangère domiciliés ou résidant sur le territoire français. Quoi qu'il en soit de cette pratique et des discussions soulevées, l'article 27, on le voit, accorderait à la loi du domicile, pour les étrangers mineurs, en France, une place très importante.

De même, dans une matière un peu voisine, pour le régime matrimonial des époux, le nouvel article 20 du code civil, dans la proposition votée par la Société d'Etudes législatives, est ainsi conçu : "Le régime matrimonial des époux mariés sans avoir fait un contrat de mariage est régi par la loi française, lorsque les époux fixent leur domicile en France, immédiatement après le mariage". (p. 164 du Bulletin de la Société d'Etudes législatives, 1930). Ainsi, le premier domicile en France des époux fixé immédiatement après le mariage, lorsque les époux n'ont pas fait de contrat, ferait régir par la loi française le régime matrimonial de ces époux.

Voilà deux dispositions de lege ferenda, qui montrent de façon très nette qu'une assemblée de praticiens et de théoriciens français n'a nullement été



choquée de voir adopter des solutions reposant sur l'adoption de la loi du domicile.

Possibilités pour tous les Etats en général.

Examinons maintenant les possibilités que pourraient s'offrir d'autres Etats, et d'une façon générale, pour le concert des Etats, d'admettre dans un "restatement" des solutions élargissant le champ d'application de la loi du domicile. M. Cassin, comme conclusion de ses leçons de La Haye, 1931 (déjà citées), n° 85 et suivants, a dressé un tableau très suggestif des principales applications qui pourraient être positivement données de la loi du domicile dans le D.I.P. admis dans tous les Etats.

Système de M. Cassin distinguant d'abord catégories de rapports de droit dans les questions d'état et de capacité.

Pour ce qui est de l'état et de la capacité, tout d'abord, M. Cassin estime qu'il y a lieu de procéder par catégories. Il existe, évidemment, dans les rapports de famille et de parenté, des rapports qui ne peuvent être arrachés à l'application de la loi nationale dans les pays qui y sont attachés. Mais il y en a d'autres, au contraire, qui appellent, par la nature même de ces rapports, la loi du domicile, d'autres enfin qui sont dans une catégorie moyenne, et qui pourraient être, dans une seconde étape législative, confiés à la loi du domicile.

La première catégorie, dit M. Cassin, comprend les rapports personnels de génération à génération : la filiation légitime, naturelle ou adoptive, la légitimation, le désaveu, la reconnaissance volontaire ou judiciaire, le nom et l'état civil en général sont de par leur nature même du ressort de la loi nationale. Ces questions en dépendent étroitement, de même, ajoute-t-il que la nationalité dépend étroitement des jus sanguinis. C'est là le domaine propre de la loi nationale dans les pays qui y sont attachés.

A l'inverse, et à l'extrême opposé, se tiennent un certain nombre de questions touchant à l'état et à la capacité, auxquelles non seulement on peut, mais on doit, dit M. Cassin, appliquer le principe de la loi du domicile. Telles sont les questions de tutelle, de curatelle, de conseil judiciaire, de prestations alimentaires. Pourquoi des rapports de droit de ce genre appellent-ils plutôt la compétence de la loi du domicile que celle de la loi nationale ? Pour deux motifs, dit M. Cassin. Le premier, c'est le lien intime entre la règle de fond, qui édicte l'incapacité d'exercice, et, d'autre part, les moyens de protection de l'incapable organisés par la loi locale. Il est certain qu'il y a là des rapports qui sont en relation étroite avec l'organisation que l'on pourrait qualifier d'administrative de la famille, qui touchent presque plus au droit public qu'au droit privé, ou qui



du moins s'en rapprochent beaucoup. Il y a même des pays où l'organisation de la tutelle est une pure question administrative dépendant d'un tribunal ou d'une autorité administrative, comme en Allemagne ou dans certains cantons suisses. On comprend alors que ce soit la loi locale, la loi du cercle local où se trouve évoluer l'activité juridique de la famille, qui soit compétente plutôt que la loi nationale, qui est peut-être à l'autre extrémité du monde, aux antipodes.

Deuxième argument : l'intérêt des tiers; les exigences du crédit public doivent être réglées par la loi du siège visible de ces intérêts, par la loi du domicile de la personne, car ce n'est pas dans le pays d'origine, mais dans le pays du domicile, que les intéressés doivent pouvoir se renseigner sur la capacité d'agir, d'exercer, de passer des actes juridiques d'une personne. Tels sont les deux arguments.

M. Cassin prévoit une objection : si l'on admet que la loi du domicile s'appliquera dans les matières telles que la tutelle, le conseil judiciaire, la curatelle, bref dans les matières qui touchent à la capacité d'exercice de la personne, le changement de domicile pourra se prêter à des fraudes; on changera de domicile pour faire fraude à la loi, pour permettre par exemple au tuteur d'accomplir seul dans certains pays des actes que la loi nationale ne lui permettrait pas d'accomplir par lui-même. A cette objection prise dans l'intérêt de l'incapable, M. Cassin répond : "Mais la loi du domicile n'est pas toujours la loi du lieu où se trouve la personne" : c'est le point de savoir où une personne a son domicile, qui se trouve en jeu, et alors, dit-il, on peut protéger l'incapable en faisant que la loi du domicile le suive où il se trouve. "On peut protéger celui-ci contre l'abus des changements de domicile de pays à pays par plusieurs moyens, et notamment en suivant le droit anglo-saxon qui prend pour base le "domicil of origine" particulièrement stable. Il y a là, sous la plume de M. Cassin, un argument tiré de notre deuxième recommandation. Il est certain qu'en adoptant l'institution du domicile d'origine on met un frein aux abus possibles de la loi du domicile. M. Cassin expose d'ailleurs d'autres moyens d'éviter la fraude : par exemple, que les autorités du pays d'origine ou de l'ancien domicile, avisées d'un changement de domicile de l'incapable, le signalent aux autorités du pays dont la loi deviendra applicable. - Telle est la deuxième catégorie de rapports personnels, auxquels la loi du domicile - dans ce cas ce serait la loi du domicile du père -, qui pourrait être applicable : la matière de la tutelle, la curatelle des



mineurs émancipés, l'institution du conseil judiciaire ou légal des prodigues, les règles de protection spéciales pour les enfants naturels, les demandes de prestation alimentaires.

Dans une troisième catégorie, intermédiaire, M. Cassin indique que l'on pourrait grouper certaines règles d'état et de capacité susceptibles de recevoir l'application de la loi du domicile, mais en deuxième analyse seulement. Tel est le cas de l'âge de la majorité, ou encore de l'ensemble des conditions de fond que doivent remplir les époux pour se marier. M. Cassin fait remarquer que, d'ailleurs, en ce qui concerne l'âge de la majorité, dans certains pays on a fait la place à la loi du domicile, sinon directement dans la loi, du moins dans la jurisprudence. M. Cassin évoque à cette occasion la fameuse jurisprudence française de l'intérêt national, où l'on fait intervenir la considération de la bonne foi des ressortissants français pour écarter l'application de la loi nationale en matière d'âge et de capacité. Rappelez-vous l'affaire de Lizardi où il s'agissait d'un mineur mexicain, dont la loi nationale fixait la majorité à 25 ans, alors que la loi française la fixe à 21 ans; et dans l'intérêt du négoce français, du commerce honnête, on avait fait prévaloir la loi française sur la loi nationale. Enfin, M. Cassin indique que, pour certaines incapacités spéciales, qui sont en principe des incapacités de jouissance dans l'intérêt des tiers, on conçoit qu'elles soient régies par la loi du domicile, mais surtout la loi territoriale.

C'est surtout, lorsqu'il y a dans la famille, particulièrement depuis l'application de la loi du 10 Août 1927, pluralité de nationalités, que l'on peut concevoir que l'état et la capacité soient régis par la loi du domicile. La loi du domicile du ménage fixerait, dans la famille, l'unité de loi, en cas de pluralité de nationalités. Lorsqu'on peut appliquer distributivement les deux lois, il n'y a pas d'inconvénient; lorsqu'au contraire, il ne faut qu'une seule loi, et qu'il faut départager le conflit, on donnera la préférence à la loi du domicile du ménage. Tels sont les cas où, en matière d'état et de capacité, on peut concevoir une recommandation adressée aux Etats qui acceptent le principe de la loi nationale.

Autres applications possibles de la loi du domicile.

M. Cassin adopte le même procédé, la même méthode, la même analyse minutieuse, pour les recommandations qu'il fait à propos d'autres questions, en faveur de la loi du domicile. C'est ainsi par exemple qu'en matière de biens, non pas pour les biens corporels mobiliers, pour lesquels s'impose la *lex rei sitae*, mais



en matière de biens incorporels, notamment pour les créances, il admet l'application de la loi du domicile du débiteur. Il n'y aurait d'exception à cette loi, en matière de biens incorporels, que lorsque ceux-ci ont été fixés par la nature des choses ou par la réglementation légale, en un point stable et précis; tel est le cas d'un enregistrement d'un brevet d'invention, tel est le cas, pour la propriété littéraire et artistique, du lieu de la première publication, qui ont le pas sur la loi du domicile dans certaines législations. Cela peut se défendre, mais en dehors de ces hypothèses, il admettrait, en principe, le lieu du domicile du débiteur comme fixant la loi applicable en ce qui concerne les biens incorporels.

Pour les actes juridiques, fond comme forme, M. Cassin admettrait la loi du domicile commun des contractants comme loi présomptive, et par argument tiré de toute la doctrine de Dumoulin sur la loi présomptive. Il appliquerait notamment cette solution en matière de testament.

Pour les institutions commerciales, M. Cassin fait remarquer très justement que dans la matière du droit commercial on observe partout un revirement très important en faveur de la loi du domicile, principal établissement commercial, pour décider de la capacité de faire le commerce, des formes habilitantes, des obligations concernant les livres de commerce, de la publicité; en matière de faillite où, dit-il, l'idée a produit les conséquences les plus saisissantes puisqu'elle a amené les auteurs partisans de l'idée de la faillite à accepter que la faillite soit régie par une loi unique, internationalement compétente et que cette loi soit celle du domicile et non la loi nationale du commerçant débiteur.

Enfin, M. Cassin prône la même solution pour les régimes matrimoniaux, pour les successions, non seulement pour les successions mobilières, où en France, bien que ce soit aujourd'hui un peu contesté, a toujours régné l'application de la loi du domicile, mais même pour l'universalité des successions. Egalement pour les personnes morales, pour les sociétés, etc.

Cette doctrine méritait d'être analysée, parce qu'elle est l'une des dernières présentées; elle offre un cadre séduisant de propositions à insérer sous le chef de la troisième recommandation, qui serait, selon M. Levy-Ullmann la dernière, mais la plus importante, que l'on pourrait insérer dans le restatement proposé à l'assentiment international.

Par conséquent, des solutions de ce genre sont théoriquement et parfaitement acceptables.



Conclusion sur l'admissibilité internationale des règles du Code Bustamante.

Pour conclure, en ce qui concerne l'appréciation critique du code Bustamante, M. Levy-Ullmann estime que les solutions du Code Bustamante sont admissibles; les solutions contenues notamment dans les articles 22 et 25 sont admissibles, mais elles ne le sont qu'en deuxième analyse, elles le seraient par voie de convention internationale; mais à la condition que cette convention internationale ne vienne qu'en seconde ligne, et qu'elle soit précédée par la proposition d'un "restatement", qui contiendrait les trois recommandations dont l'analyse succincte vient d'être faite.

L'étude du domicile dans le code Bustamante est ainsi terminée. Dès lors, voici les points sur lesquels dans les leçons suivantes le code Bustamante sera étudié.

Indication du contenu du chapitre III du code Bustamante. Ce chapitre sera laissé de côté.

Immédiatement après les deux chapitres, l'un sur la nationalité, l'autre sur le domicile, vient dans le code Bustamante un chapitre III relatif à la naissance, à l'extinction et à l'effet de la personnalité civile. Nous laisserons de côté ce chapitre. Il comporte quelques articles, articles 27 à 35. Il est divisé en deux sections : des personnes physiques, des personnes civiles. Ecartons tout de suite la question des personnes civiles : nous en avons vu l'essentiel en étudiant la matière de la nationalité des êtres moraux. L'article le plus important de cette section est l'article 32, qui confie à la loi du territoire la notion et la reconnaissance de la personnalité civile. Nous l'avons donc étudié dans ce cours, il est inutile d'insister. Quant aux articles relatifs aux personnes physiques, ils sont dominés par l'article 27, dont nous connaissons le principe, qui confie la question de capacité des personnes physiques à la loi personnelle, et nous savons que le code Bustamante n'a pas pris parti sur la loi personnelle, que l'article 7 du code permet à chaque Etat contractant d'appliquer comme loi personnelle la loi du domicile ou la loi de la nationalité. Par conséquent, on ne trouverait à commenter dans ces articles 27 à 30 que des questions de détails, la loi qui joue pour déterminer l'époque de la naissance de la personnalité (question de l'enfant conçu), les présomptions de survie (commorientes) ou enfin l'article 30 qui établit certaines qualifications en ce qui concerne le point de savoir si la minorité, la démence, l'imbécillité, ou la surdité sont uniquement des restrictions de la personnalité, et dont conformément à l'article 6 du code, la solution relève de la lex fori. Ce chapitre III sera écarté.



Etude du Cha-  
pitre IV.

Sera étudié, au contraire, le chapitre IV, intitulé "du mariage et du divorce" "del matrimonio y el divorcio". Ce chapitre étant assez long, articles 36 à 56, toutes les questions ne seront pas examinées, mais seulement certaines qui dominent.

### DE LA FORMATION DU MARIAGE.

Plan du Chapitre  
IV du Code  
Bustamante.

Le chapitre IV du code Bustamante s'étend des articles 36 à 56 inclus, et comprend 5 sections. La première est relative aux conditions juridiques, qui doivent précéder la célébration du mariage. Ce sont les conditions intrinsèques, les conditions de fond, et cette rubrique correspond rigoureusement à une des divisions du traité scientifique du professeur de Bustamante. "Las condiciones juridicas, que han de preceder a la celebracion del matrimonio". Cette première section s'étend des articles 36 à 40. La deuxième section est relative à la forme du mariage (de la forma del matrimonio) elle ne comprend que 2 articles, 41 et 42. La troisième section est relative aux effets du mariage quant à la personne des époux, articles 43 à 46. La quatrième section, à la nullité du mariage et à ses effets, articles 47 à 51. Enfin, la cinquième section, à la séparation de corps et au divorce, articles 52 à 56.

Indication  
des matières  
qui seront  
traitées.

Dans tous ces articles, il y a lieu d'étudier, avant tout, ce qui concerne la formation du mariage, c'est-à-dire les deux premières sections.

Etude de la  
formation du  
mariage.

L'étude de la formation du mariage se compose de deux éléments : d'une part, l'étude des conditions intrinsèques, et d'autre part, celle des formalités extérieures. Ces deux éléments seront examinés parce que le mariage, dans ces conditions de fond comme dans ses conditions de forme, constitue l'un des terrains de luttes classiques entre deux lois principalement, d'une part la loi personnelle des époux, c'est-à-dire loi soit nationale, soit du domicile, et d'autre part, la loi de l'endroit où le mariage a été célébré. C'est la lex loci actus, la loi du lieu de l'acte. On lui donne dans la pratique, et suivant les pays, des noms différents; les uns disent : la lex loci actus, d'autres : la lex loci contractus, la loi du lieu du contrat, d'autres encore : la lex loci matrimonii, la loi du lieu du mariage. En Angleterre on donne même une formule plus complète : la lex loci

Son intérêt.



matrimonii celebrati, la loi du lieu où le mariage a été célébré. Il vaudrait mieux dire, d'ailleurs, la loi du lieu de la célébration (*lex loci celebrationis*)

Ces deux lois ne sont pas les seules qui se trouvent engagées dans le conflit. On peut imaginer que parfois la *lex fori* ait à intervenir, - la *lex fori*, la loi du juge saisi, étant appelée alors en face de la loi personnelle des parties, ou de la loi du lieu de célébration. Tel sera, par hypothèse, le cas, lorsque le tribunal d'un pays, la France par exemple, est appelé à juger de la validité d'un mariage d'étrangers célébré à l'étranger ; par exemple encore de russes mariés en Yougo-Slavie. La loi nationale est la loi russe, la *lex celebrationis*, c'est la loi serbe, et la question se pose devant un tribunal français. Dans ce cas la *lex fori* peut être appelée, nous le verrons, à prononcer sa sentence dans une hypothèse où en somme elle fait figure de loi tierce. Ce sont des hypothèses, qui se présentent, et qui se présentent de plus en plus devant nos tribunaux, mais qui ne doivent être envisagées qu'en deuxième analyse. Le véritable conflit grave, classique et complexe, c'est celui qui existe entre la loi personnelle et la loi du lieu de célébration.

Gravité du  
conflit entre  
la loi personnelle  
et la  
loi du lieu de  
célébration.

On comprend que ce conflit doive être considéré comme très grave. Derrière la loi personnelle, qui régit l'état des personnes, dans quelque pays qu'elles se trouvent, est impliquée toute une organisation sociale, celle qui suit le statut personnel ou qui l'accompagne : la loi nationale ou la loi du domicile. D'autre part, dans le pays où le mariage est contracté, il y a aussi un ordre social, qu'il importe au plus haut point de respecter, et ce qui fait la difficulté en la matière, c'est qu'il s'agit du mariage, c'est-à-dire de la cellule même de la société. A ce propos, dans un des congrès internationaux, 1882, à Liverpool, appelé à discuter de la question des conflits de lois en matière de mariage, un juriste anglais, Sir Travers Twiss, exprima cet adage que le mariage est l'auteur, le "parent" (c'est-à-dire le père ou la mère) et "not the child", et non pas l'enfant, de la société civile. Par conséquent, c'est la cellule même de la société que l'on rencontre dans l'institution du mariage. De la sorte, si l'on est tenté de rechercher tant dans les conditions intrinsèques que dans les formalités extérieures les questions qui vont se débattre, on voit à quel point elles intéressent de part et d'autre la société. Dans les règles de fond, la question de l'âge, la question du sort du mariage antérieur, subsistant ou dissous, la question des empêchements résultant de la parenté ou de l'alliance, les



différences de religion, de race, les vœux religieux, et monastiques, sont dominées essentiellement dans chaque pays par la tradition, la coutume, les mœurs. Dans les questions de forme, on rencontre l'opposition, aujourd'hui classique des diverses législations, concernant la forme extérieure du mariage. Dans certains pays, aujourd'hui les pays orientaux, le mariage religieux est le seul pratiqué. Dans d'autres, comme en France et en Belgique, le principe de la sécularisation du mariage fait qu'aux yeux de la loi civile, seul le mariage civil est envisagé. Dans certains autres pays, l'Angleterre, l'Italie, depuis les accords de Latran, on trouve la coexistence légale des deux formes. C'est pourquoi la matière offre le spectacle d'un conflit, qui, derrière le conflit des lois, reflète le conflit des principes sociaux.

Bibliographie  
en matière de  
formation du  
mariage.

Sur cette matière, voici quelques ouvrages intéressants à consulter. D'abord les traités classiques de D.I.P., l'ancien traité d'André Weiss, aujourd'hui naturellement dépassé par le temps; le Traité pratique plus récent de Pillet, 1923, surtout tome 1 § 250 et suivants. Mais parmi les publications plus récentes, il faut noter l'excellent article rédigé par M. Paul Goulé, Secrétaire général de la Société de Législation comparée, en 1931, dans le Répertoire de Droit International de MM. de La Pradelle et Niboyet, au mot Mariage, t. IX, pp. 24 et ss.; notamment toute la bibliographie qui figure p. 24 à 26. Dans l'ordre des monographies, signalons deux études spéciales au conflit de lois en matière de mariage : d'une part, c'est la plus ancienne, l'étude en deux volumes de Me Maurice Travers, avocat à la Cour de Paris, "La convention de La Haye relative au mariage", 1912; et d'autre part, le cours fait à La Haye en 1926, par M. le professeur Audinet, "Les conflits de loi en matière de mariage et de divorce", Recueil des cours de La Haye, tome 1. Il est assez curieux que sur la matière de la formation du mariage, les thèses de doctorat soient relativement rares et très anciennes. On ne voit guère à citer que la thèse de M. Varnier, 1891, "Du mariage au point de vue du D.I.P.", c'est une thèse générale; et surtout la thèse de M. Oresco, qui précisément correspond à la question qui va être abordée, "le mariage quant aux conditions intrinsèques et aux formalités extérieures en D.I.P.", 1908.

-----  
Erratum :

Pages 73 et 74  
au lieu de : Schevden  
lire : Scheftel.



Plan de l'étude de la formation du mariage.

## I

La position de la question en D.I.P.

Première cause de complexité : la délimitation du champ d'application de la loi personnelle.

On étudiera tout d'abord la position de la question en D.I.P.; puis, les dispositions du code Bustamante, articles 41 et 42; et en troisième lieu, l'appréciation critique du point de vue universaliste, et plus particulièrement au regard de la convention de La Haye.

Etudions d'abord la position de la question en D.I.P.. Il faut signaler immédiatement la complexité de la matière et tâcher d'en analyser les causes. Pourquoi la formation du mariage en D.I.P., en dehors du caractère grave qu'elle présente au point de vue social, présente-t-elle également de graves difficultés au point de vue de la technique du droit ? Pour plusieurs raisons. La question en effet constitue le champ de bataille entre la loi personnelle et la *lex loci celebrationis*. Si l'une de ces deux lois pouvait l'emporter totalement sur l'autre, soit dans un pays, soit dans l'autre, la question serait relativement simple. Mais nulle part, même dans les pays les plus absolus, l'une des lois ne l'a complètement emporté sur l'autre. Même dans les systèmes et même dans les pays qui sont le plus résolument attachés à la loi personnelle, et plus particulièrement encore à la loi nationale comme loi personnelle, on a fait une place à la loi du lieu de célébration. L'école de Mancini, de M. André Weiss, qui admettent la loi nationale comme base du statut personnel, s'inclinent devant l'application de l'adage : *locus regit actum*.

En ce qui concerne les formes, M. Martin, qui est aussi le défenseur de la loi nationale, fait place à la loi locale au t. II § 263 et ss., de son Traité. A l'inverse, dans les pays où l'on a, même parfois d'une façon très vigoureuse, donné le pas à la *lex loci celebrationis*, on fait une place à la loi personnelle des parties. Tels sont les pays anglo-saxons, et surtout l'Angleterre et les Etats-Unis. En Angleterre, on a admis la distinction entre la capacité et les formes, l'une gouvernée par la loi personnelle, la loi du domicile, l'autre gouvernée par la loi du pays de célébration. Aux Etats-Unis d'Amérique, où l'on a pu rencontrer autrefois, poussée à l'extrême, l'acceptation de la *lex loci celebrationis*, gouvernement, non pas seulement la forme, mais aussi les conditions de fond, ce n'est plus entièrement exact aujourd'hui. Une loi, "Uniform marriage evasion act", recommandée par la commission d'uniformisation des lois à l'adoption unanime des Etats de l'Union, mais admise seulement dans quelques Etats, loi qui vise l'"évasion" en matière de mariage, (nous dirions : la fraude à la loi) et, d'autre part, des jurisprudences



et des doctrines dans les différents Etats qui consacrent justement la doctrine de la fraude à la loi, ont bien été forcés de faire place, envers et contre tous les vieux principes, à la loi personnelle des parties. Par conséquent, la première raison, pour laquelle la matière est complexe résulte de ce qu'il faut délimiter le champ d'application de la loi personnelle et le champ de la loi du lieu de célébration; et cette délimitation est très nuancée. Evidemment, on pourrait dire que la distinction est facile : le fond sera dominé par la loi du statut personnel, la forme par la *lex loci actus*. C'est bien cette distinction qui est admise, en substance, par tous les Etats. C'est bien le terrain sur lequel se rencontrent les législations aujourd'hui. C'est pourquoi elles ont toutes un air de famille, et du point de vue universaliste cela rend les choses plus simples. Mais on est obligé cependant de tracer une frontière, et les tracés de frontières, dans le droit comme dans la politique internationale, sont les opérations les plus délicates et parfois les plus dangereuses. Jusqu'où doit aller la loi personnelle ? Jusqu'où peut aller la loi du lieu de célébration ? Cela ne peut pas se préciser par une formule aussi générale que celle qui a été citée. Il va falloir entrer dans le détail de la réglementation technique, envisager toutes les questions d'empêchements, d'âge, de consentement, etc..

Deuxième cause de complexité : les multiples manières par lesquelles la question est soumise au juge.

Mais la matière apparaît plus complexe si l'on se retourne, non plus du côté des textes et des jurisprudences ou des doctrines, mais du côté de la pratique. C'est en effet une série de catégories d'hypothèses, qu'il faut chaque fois envisager. En effet, il peut s'agir en premier lieu de la formation du mariage de deux nationaux de la même nationalité, en dehors de leur pays, par exemple, mariage de deux français en Angleterre. Il peut s'agir à l'inverse, c'est l'hypothèse inverse, du mariage de deux étrangers en France. Ces deux catégories d'hypothèses, qui sont les hypothèses types, mariage du français à l'étranger, de l'étranger en France, se compliquent encore davantage, lorsque l'on suppose que les deux parties ne sont pas de même nationalité, que l'un est étranger et l'autre national du pays où se passe le mariage, par exemple, en France un Français épouse une étrangère, ou en Angleterre, une Française épouse un Anglais. Les hypothèses foisonnent et les espèces sont très nombreuses.

Troisième cause de complexité : l'appréciation

Enfin, une dernière source de complexité résulte de l'appréciation de la validité d'un mariage d'étrangers à l'étranger. Aux yeux de la loi française, lors-



de la validité d'un mariage d'étrangers à l'étranger.

qu'il s'agit du mariage de deux étrangers dans leur propre pays et que ce mariage est conforme aux lois de ce pays, il y a des droits acquis dont le respect international s'impose. Mais, en dehors de ce principe, que de complications, que de difficultés, lorsqu'il s'agit du mariage de deux étrangers, soit de même nationalité, soit de nationalité différente, dans un pays autre que le leur ! Et la vie internationale est telle qu'il y a des espèces qui se présentent dans tous ces cas et qui se présenteront de plus en plus avec la rapidité des communications et avec les facilités données au mariage qui, de plus en plus, dans les législations, tend à se développer.

Telles sont les difficultés qui se présentent en cette matière.

Méthode appliquée : méthode comparative.

Ces difficultés posées, la meilleure méthode pour dégager une sorte de vue d'ensemble de la manière dont ces questions se présentent devant les législations et dont elles sont réglées dans ces législations, consiste, selon M. Lévy-Ullmann à partir d'une façon très générale et le plus clairement possible du D.I.P. reçu en France, d'observer ensuite les pays qui nous entourent, de voir en comparaison avec le droit français ce qui est commun, ou ce qui est différent; bref, c'est la méthode comparative qui s'impose ici, plus impérativement qu'en toute autre matière.

Le D.I.P. reçu en France.

Partons donc très brièvement du droit français, c'est-à-dire du D.I.P. reçu en France. Il y a sur ce point des facilités particulières, à raison des textes.

A - Les conditions intrinsèques du mariage.

Il faut procéder en distinguant, d'une part les conditions intrinsèques, et d'autre part, les formalités extérieures. Cette façon de procéder, qui correspond à la prédominance de la loi du statut personnel dans le premier cas, à la prédominance de la loi du pays de célébration dans le second, permet de s'appuyer sur une base assez solide.

Définition.

Prenons tout d'abord la manière dont est réglé le conflit de lois pour les conditions intrinsèques aux yeux de la loi française, de la doctrine et de la jurisprudence. Que faut-il entendre par les conditions intrinsèques en matière de mariage en France ? D'après le livre premier, titre 5, chapitre 1 du code civil (art. 144 à 164) chapitre intitulé : "des qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage", il s'agit ici, en premier lieu, des conditions générales : âge, consentement des époux et de leurs parents. Des conditions spéciales s'y ajoutent : empêchement pour parenté, pour mariage antérieur, alliance, délai de viduité.



La loi française règle la question du conflit des lois expressis verbis; d'une part par la formule générale de l'article 3, et, d'autre part, par des articles spéciaux. Mais afin de mieux serrer de plus près les hypothèses concrètes, il faut tout d'abord se préoccuper du mariage du Français à l'étranger, et ensuite du mariage de l'étranger en France. Cette méthode est imposée par les textes mêmes, auxquels on vient de faire allusion.

Mariage du  
Français à l'  
étranger.

En effet, l'article 3, § 3, ne statue que pour le Français. "Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français même résidant en pays étranger". Il en est de même du texte spécial de l'article 170, qui vise le mariage contracté en pays étranger par des Français. Par conséquent, condition intrinsèque : premier cas, mariage du Français à l'étranger : la règle posée par l'article 3, § 3, principe général, se double pour le mariage de la disposition spéciale contenue à la fin de l'article 170. L'article 170, qui parle des formes du mariage, dit que le mariage contracté en pays étranger est valable entre Français, et entre Français et étrangers, s'il a été célébré dans les formes usitées dans le dit pays, pourvu qu'il ait été précédé de la publication prescrite par l'article 163, au titre des actes de l'état civil, et que le Français n'ait point contrevenu aux dispositions contenues au chapitre précédent, c'est-à-dire au chapitre relatif aux qualités et conditions requises pour contracter mariage. Par conséquent, la règle est formelle, elle est écrite dans notre code : pour le mariage du Français à l'étranger, c'est la loi française, la loi nationale, loi du statut personnel, qui régit toutes ces questions de fond, de conditions intrinsèques.

On trouve dans les livres, dans les répertoires, de nombreux cas, de nombreuses décisions jurisprudentielles, relatives à l'application de la loi française aux français qui se marient à l'étranger : décisions relatives à l'âge requis, au consentement des époux et des parents, aux empêchements résultant de la parenté, de l'alliance, de l'existence d'un mariage antérieur dissous ou non dissous, etc. Voici quelques décisions types, à titre d'exemple : pour l'âge, une décision du tribunal civil de Lyon, déjà ancienne, 1er juin 1881, d. 1882, II. p. 113., l'affaire du mariage Gouzenne. Il s'agissait dans cette espèce d'un mariage en Argentine d'un Français qui n'avait pas atteint l'âge de 25 ans (c'était à une époque où il fallait se munir de certains consentements, qui ont disparu dans la législation actuelle). Il fut décidé que la



loi française s'appliquait au mariage, pour l'âge et pour le consentement.

Une autre décision, beaucoup plus récente en matière de vices de consentement, souvent citée, est l'affaire Photiadès (Tribunal civil de la Seine, 11 juin 1929, *Revue de D.I.P.* 1930, p. 458). La solution est peut-être plus implicite qu'explicite. Mais il semble qu'il s'en dégage très nettement que, dans la pensée du Tribunal de la Seine, la question des vices de consentement relève de la loi nationale. Cette solution est importante, car il y a controverse sur la matière.

Enfin, pour la condition de bigamie, de dissolution valable d'un premier mariage pouvant permettre un second mariage : Cour d'Alger, 18 Juin 1927, *Revue de D.I.P.*, 1928, p. 655, affaire Cols contre Donnet. Il s'agissait d'un mariage in extremis entre deux personnes, l'une et l'autre divorcées chacune de leur côté. On discutait sur la valeur de leurs divorces respectifs antérieurs, et partant sur la valeur du mariage in extremis. La solution admise par la Cour d'Alger, très nette indique en termes exprès, que les règles de fond du mariage restent régies par la loi nationale des parties. C'est un des arrêts qui ont fait avec le plus de vigueur la distinction entre les conditions intrinsèques et les formalités extérieures. (On trouvera une énumération complète de ces espèces dans le Répertoire de droit international, article précité de M. Goulé, n° 239 et suivants).

Il convient de faire, quant aux conditions intrinsèques, deux observations. La première, c'est que l'exigence des conditions intrinsèques et de leur respect, joue un rôle très important dans une jurisprudence qui s'est développée surtout à propos des formalités extérieures, la jurisprudence de la fraude à la loi; des conditions qui, dans le droit interne français, n'engendreraient pas la nullité du mariage, peuvent y conduire, en droit international, lorsqu'elles se doublent d'une clandestinité, qui trahit l'intention de frauder la loi française. A elles seules peut-être ne suffiraient-elles pas; doublées de la clandestinité, d'un défaut des formalités extérieures, avec l'intention de tourner la loi française, elles sont considérées comme les éléments de fraude à la loi.

Autre observation. J'ai parlé du mariage des français à l'étranger. C'est le cas de deux français par exemple qui se marient en Angleterre. Quid juris lorsque le mariage contracté en pays étranger est passé entre un Français et une étrangère, ou réciproquement entre une Française et un étranger ? Chose



curieuse, ce cas est surtout étudié pour l'hypothèse du mariage des étrangers en France, et la plupart des arrêts que l'on cite, et que l'on cite parfois comme relatifs au mariage des Français à l'étranger, sont des arrêts qui statuent sur un mariage contracté en France, mais, peu importe, la question est la même.

A cet égard, deux opinions se partagent la doctrine et la jurisprudence. La première opinion, suivant laquelle on doit appliquer distributivement à chacun des conjoints les règles de leur statut personnel. Si c'est le Français qui épouse une anglaise en Angleterre, on appliquera au Français les règles de fond de la loi française, à l'anglaise les règles de fond de la loi anglaise. Mais cette solution, qui est celle de la jurisprudence, n'est point admise par certains auteurs, et notamment par M. Bartin. Au tome II, déjà cité, de ses Principes de D.I.P., § 263, M. Bartin fait prédominer en cette matière la loi personnelle du mari. Suivant lui, eu égard aux principes de notre D.I.P. français, lorsqu'un Français se marie à l'étranger, avec une étrangère, ou réciproquement lorsqu'une Française se marie avec un étranger, il fait prédominer, comme d'ailleurs lorsque le cas se produit en France, la loi du mari.

Il convient enfin de remarquer que toute cette matière est dominée par les considérations d'ordre public français. C'est ainsi par exemple qu'aux yeux de la loi française, on ne tiendrait pas compte des empêchements édictés dans des lois étrangères contraires aux idées françaises et à l'ordre public français, s'il s'agit par exemple d'un mariage contracté par un Français avec une étrangère à l'étranger. Cela a été jugé dans une espèce classique par le Tribunal de Pontoise, 1884, (Journal Clunet, 1885, p. 296) dans l'hypothèse où, en Louisiane, un Français avait épousé une femme de couleur. L'interdiction qui pesait sur le mariage de ce genre dans le pays en question qui constitue un empêchement aux yeux de la loi locale, n'a pas été estimée être un empêchement aux yeux de la loi française. Telles sont les règles du mariage du français à l'étranger, quant aux conditions intrinsèques.

Mariage de l'étranger en France.

Il reste à déterminer, toujours quant aux conditions intrinsèques, comment la question du mariage de l'étranger en France est résolue au point de vue du droit français.

Il n'y a pas de texte. Mais jurisprudence et doctrine, par l'argument d'analogie déjà signalé, s'en-



tendent pour proclamer que, quant aux conditions intrinsèques, c'est la loi nationale des époux qui doit les fixer. Par conséquent, deux époux anglais seront, pour un mariage passé en France, gouvernés, quant aux conditions intrinsèques, par les règles du droit anglais. Ce principe est formulé dans l'affaire Stewart Tribunal Civil de la Seine, 1er mars 1933, Revue de D.I.P. 1933, p. 632 (statuant en matière de divorce). Mais antérieurement, et à propos du mariage, on peut citer d'autres décisions de ce genre, et notamment l'affaire Littauer, Tribunal civil de la Seine, 30 Janvier 1923, Revue de D.I.P., 22-23, p. 494. Il s'agissait d'une question d'âge et de consentement des parents. Il y a donc eu sur ce point de nombreuses affirmations jurisprudentielles, et le principe semble acquis et admis partout. Mais c'est sur ce point que le tracé de la frontière entre la loi personnelle et la loi du lieu de célébration devient délicat. On est obligé, considérant le mariage de l'étranger en France, de faire intervenir d'une manière formelle et dans des conditions sur lesquelles il faut s'arrêter, les principes de l'ordre public envisagés par la jurisprudence et la doctrine françaises. Les moyens d'ordre public jouent, en matière de mariage, avec leurs effets positifs et négatifs (ce sont des termes auxquels les auteurs donnent des sens différents), c'est-à-dire tantôt permettant de refuser aux tribunaux français de sanctionner certaines dispositions de la loi nationale étrangère (c'est l'effet négatif, ou du moins une des formes de l'effet négatif), tantôt permettant d'introduire, en vertu du principe d'ordre public, pour apprécier la validité au fond du mariage, certaines règles françaises, que le droit étranger ne connaît pas. Dans cet ordre d'idées, il convient de signaler, comme refus de sanctionner certaines dispositions de la loi nationale étrangère, la jurisprudence célèbre qui refuse de tenir compte en France des lois d'Orient ou d'Extrême-Orient, qui autorisent la polygamie; (Décision classique de la Cour de Caen, 9 Février 1910, affaire Zermati, Revue de D.I.P., 1913, p. 103). Refus également par les tribunaux français de sanctionner les dispositions des lois étrangères, qui n'acceptent pas que deux époux de religion différente contractent valablement mariage; par exemple, les dispositions de la loi serbe (affaire Abramovitch, Cour de Paris, 1ère chambre, 17 Novembre 1922, S. 1924, II. p. 65 D. 1924 II p. 59). Enfin, refus par les tribunaux français d'accepter la validité des dispositions étrangères interdisant aux personnes divorcées de se remarier ou même interdisant aux personnes divorcées de se rema-

Intervention  
de la notion  
d'ordre public  
pour refuser  
de sanctionner  
des dispositions  
de la loi nationale.



rier dans des conditions de formes déterminées avec les autorisations établies. Cette jurisprudence est curieuse. Elle est intéressante à étudier de près. On en retrouve les éléments dans les décisions suivantes : l'affaire Zetchewitch Tribunal Civil de Marseille, 25 Novembre 1925, Revue de D.I.P. 1926, I. p. 537. Il s'agissait d'une législation qui soumettait le remariage des divorcés à une autorisation préalable d'une autorité ecclésiastique. D'autre part, l'affaire Montoriol (Tribunal Civil de la Seine, 5 Mai 1919, S. 1921, II. p. 9); dans cette affaire, il s'agissait de l'un des époux de nationalité espagnole, qui invoquait sa loi personnelle pour demander la nullité du mariage avec une française. L'Espagnol invoquait la disposition de la loi espagnole, aujourd'hui disparue, qui ne permet pas d'épouser une personne divorcée. Le Tribunal civil de la Seine déclara que le mariage était valable et que la loi espagnole ne pouvait pas s'appliquer en la matière. Même décision de la Cour d'Aix (24 Janvier 1924, Revue de D.I.P., 1924, p. 277). En sens contraire, une ancienne décision du Tribunal civil de Montpellier (1ère chambre, affaire Arnero, 18 Mars 1920, S. 1921, II. p. 11) décision approuvée par M. Bartin, tome II, § 263, p. 125 de ses Principes, puisqu'il s'agissait de faire prévaloir la loi personnelle du mari.

Voilà des cas, où la jurisprudence française a fait intervenir l'idée de l'ordre public pour refuser "négativement" de sanctionner certaines dispositions de la loi nationale.

Intervention de l'ordre public pour substituer la loi française à la loi nationale.

Dans d'autres espèces, plus "positivement", la loi française a été substituée à la loi nationale pour des conditions intrinsèques, tel est par exemple, le cas du délai de viduité, Cour de Paris, 15 Février 1872, affaire Mayer, D. 1873, II. p. 160. On a estimé qu'en égard aux principes de moralité, qui dominent la question du délai de viduité, l'ordre public français était intéressé à ce que même des étrangers respectent sur le territoire français les règles des articles 228 et 296 du code civil.

Tels sont les principes qui gouvernent la délimitation entre la loi du pays de célébration et la loi nationale, en ce qui concerne les conditions intrinsèques, qu'il s'agisse du mariage du Français à l'étranger ou du mariage de l'étranger en France.

Il convient d'étudier maintenant les formalités extérieures du mariage, qu'il s'agisse : 1°/ du mariage du Français à l'étranger, 2°/ du mariage de l'étranger en France.

Mariage du Français à l'étranger, relative-



çais à l'étranger.

ment à ses formalités extérieures, est prévu par les articles classiques 170 et 171 du code civil, articles sur lesquels on se fonde pour dire que le droit français a sanctionné par un certain nombre de dispositions positives la règle traditionnelle, "locus regit actum". Ces articles contiennent toute une réglementation de la matière; ils décident que le Français à l'étranger peut contracter mariage, soit dans les formes locales, soit devant les agents diplomatiques français, dans les conditions suivantes : Art. 170 : "Le mariage contracté en pays étranger entre Français et entre Français et étranger sera valable, s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays (locus regit actum) pourvu qu'il ait été précédé de la publication prescrite par l'article 63, au titre "Des actes de l'état civil". Par conséquent, nécessité d'une publication préalable conformément à la loi française. Voilà pour ce qui est de la forme,

De plus, article 171 : "Dans les trois mois après le retour du Français sur le territoire de la République, l'acte de célébration du mariage contracté en pays étranger, dans les conditions prévues par le paragraphe 1er de l'article précédent, sera transcrit sur les registres publics des mariages du lieu de son domicile. Il sera fait mention de cette transcription en marge de l'acte de naissance de chacun des époux". Voilà pour le mariage en la forme locale.

Pour ce qui concerne le mariage en la forme diplomatique française (article 170, ali. 2 et 3) il en sera de même, "Il en sera de même du mariage contracté en pays étranger entre un Français et une étrangère, s'il a été célébré par les agents diplomatiques ou par les consuls de France, conformément aux lois françaises. Toutefois les agents diplomatiques ou les consuls ne pourront procéder à la célébration du mariage entre un Français et une étrangère que dans les pays qui seront désignés par décrets du Président de la République". Les dispositions sont claires. Voyons seulement ce que la pratique et la jurisprudence, secondées par la doctrine, ont trouvé à y ajouter.

Travail de la doctrine et de la jurisprudence.

a) relatif au mariage en la forme diplomatique.

En ce qui concerne le mariage, en la forme diplomatique, il n'y a pas grande observation à faire. Pour le Français qui se marie à l'étranger, on peut observer simplement que la loi parle du mariage contracté en pays étranger entre un Français et une étrangère, il semble qu'il n'y ait là qu'une seule hypothèse envisagée. En réalité le texte peut être considéré comme ayant une portée plus générale. Tout d'abord, lorsque les deux parties sont françaises; le mariage célébré en pays étranger devant les agents diplomatiques fran-



çais devra à fortiori être considéré comme valable. La question est plus délicate, lorsqu'il s'agit d'apprécier le mariage entre un étranger et une femme française devant les agents diplomatiques français. En effet, la loi du 29 Novembre 1901 qui sur ce point complétait le code, n'a visé que l'hypothèse du Français qui épouse une étrangère. La vérité, c'est que jusqu'à la loi du 10 Août 1927, la question ne paraissait pas présenter un grand intérêt, eu égard à ce que la femme française qui épousait un étranger à l'étranger perdait sa nationalité française. Depuis la loi du 10 Août 1927 il en est différemment; les auteurs qui ont eu à s'occuper de la question admettent d'une façon générale que l'on pourrait étendre l'article 170, alinéa 2 et alinéa 3, à l'hypothèse de la femme française qui épouse un étranger à l'étranger, puisqu'elle conserverait dans certains cas, tout au moins aux yeux de la loi française, si elle le réclame, la nationalité française. Laissons donc de côté la forme diplomatique pour le mariage des Français à l'étranger.

relatif au  
mariage en la  
forme locale.

Étudions le mariage en la forme locale. Sur ce point, de très nombreuses questions, passionnément débattues d'ailleurs, ont sollicité la doctrine et suscité des décisions judiciaires.

Première obser-  
vation : Il faut  
que le mariage  
soit célébré  
dans les for-  
mes usitées  
dans le pays.

Première observation. Pour que le mariage contracté en pays étranger entre Français ou entre Français et étranger soit valable, il faut qu'il soit célébré dans les formes usitées dans le pays; par conséquent, si l'on n'emploie pas les formes usitées dans le pays, même s'il s'agissait de formes usitées en France, en principe, le mariage ne devrait pas être considéré comme valable. Il y a sur ce point de grandes controverses et quelques arrêts. La question surtout s'est posée pour certains mariages, qui ont lieu dans les pays exotiques, et où il est assez difficile de savoir exactement si l'acte a été valablement passé dans les formes locales. Voyez, sur ce point, la décision relativement récente, qui a le plus sollicité les commentateurs, l'affaire Bouly de Lesdin (Cour de Paris 24 Avril 1926, D. 1927, II. p. 9) contre Mabel Bailey. Il s'agissait d'un mariage en Mongolie passé entre un Français et une américaine. Ce mariage avait été célébré devant des missionnaires belges. La Cour de Paris a estimé que le mariage n'était pas valable, parce que c'était un mariage en la forme religieuse et que cette forme n'était point reconnue à l'époque en Mongolie. (Voyez sur ce point la note de M. Escarra dans le Dalloz à l'endroit précité).

Deuxième obser-  
vation ; Les

La deuxième observation a trait à la question de savoir dans quelle mesure les principes du droit fran-



principes du droit français peuvent ils y faire obstacle ?

çais peuvent intervenir pour faire obstacle à la validité d'un mariage passé valablement dans la forme locale. Le mariage a été passé valablement en la forme locale, mais il s'agit de formes que la loi française ne connaît pas. Est-ce que le droit français va en admettre la validité ? Le droit français, en ce qui concerne la forme du mariage, est dominé par deux grands principes : d'une part le principe de la sécularisation, le mariage doit être célébré devant l'autorité civile. Sans doute, les parties ont la liberté de le doubler d'un mariage religieux, mais le mariage religieux ne peut pas remplacer, aux yeux de la loi française, la solennité civile. D'autre part, deuxième principe, il faut que le mariage soit célébré solennellement. Si on n'est point passé devant l'autorité municipale, on n'est pas marié. Quid juris du mariage contracté par des Français ou par un Français à l'étranger, qui ne satisfait pas, quoique passé valablement dans les formes locales, aux deux exigences de la loi française : la sécularisation et la solennité ? Sur ce point, il y a d'abondantes décisions judiciaires.

Principe de la sécularisation du mariage.

Prenons d'abord la question de la sécularisation du mariage. On peut dire qu'aujourd'hui il est acquis dans notre jurisprudence que des Français qui passent mariage à l'étranger, sous la forme religieuse simplement, et sans intervention, conformément à la loi française, de l'autorité laïque, ou avec une intervention qui ne correspond pas aux formes françaises, font un mariage reconnu valable par notre jurisprudence. Voici quelques décisions intéressantes : un arrêt de la Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation (31 Janvier 1927, S. 1927, I. p. 143 affaire Dartiguelongue) a sanctionné la jurisprudence en vertu de laquelle un mariage dans la forme purement canonique contracté en Espagne par un Français catholique, conformément aux formalités de la loi religieuse admise, est valable. Même solution pour un mariage musulman, contracté en Tunisie, entre un naturalisé Français et une femme tunisienne, conformément aux formes locales; il n'y avait eu qu'une bénédiction religieuse en la forme musulmane, qui avait constitué la formalité du mariage. La Cour d'Alger (3 Février 1930, Gaz. du Palais, 31 Mars 1930) l'a déclaré valable; c'est l'affaire Zouari. Enfin, chose assez curieuse, une décision d'un Tribunal civil un peu antérieure, mais qui n'a été publiée qu'à la dernière époque, celle du Tribunal civil d'Avranches, 23 Novembre 1922, doit être ajoutée à ces citations. C'est l'affaire Hennequin contre Trublet. Cette dé-



cision a été rapportée dans le Répertoire de D.I.P., du tome 9, dernier volume paru, au mot mariage, p. 44, en note. Cette décision est intéressante, non seulement à raison du côté pittoresque de la célébration et le caractère un peu subtil de la décision, mais parce que ce mariage a été contracté dans des conditions assez curieuses. Deux personnes, de nationalité française et de religion catholique, s'étaient mariées en Nouvelle-Ecosse, à Halifax, devant un ministre du rite de l'Eglise Anglicane, assisté de deux témoins. Aux yeux de la loi régnant en Nouvelle-Ecosse, à Halifax, un mariage de ce genre, bien qu'entre personnes n'appartenant pas au culte réformé, est valable au regard du "common law" anglais, et chose curieuse, la décision a donné pour référence un ouvrage qui venait alors de paraître, le digeste de droit civil anglais de James articles 1835 et 1836. Le droit comparé a été mis à contribution. Ainsi, bien qu'aux yeux de la loi religieuse des deux parties, ce mariage religieux eût été sans valeur, aux yeux du Tribunal civil français, comme il est contracté conformément à la forme reçue dans le pays où le mariage a été célébré, on doit le tenir pour valable. Telles sont les décisions les plus importantes sur cette question.

Principe de  
la solennité  
du mariage.

D'autre part, en ce qui concerne la solennité, on trouve une jurisprudence très ancienne. Il y a environ 100 ans que la question s'est posée en France de savoir si deux Français contractant à l'étranger mariage sans forme, le mariage consensuel, le mariage solo consensu, ont contracté un mariage valable aux yeux de la loi française ? Comment se forme le mariage dans les pays qui admettent le mariage consensuel ? soit par un échange de consentement verbal devant témoins, soit par la cohabitation et la réputation. C'est le vieux mariage "usu" des Romains. Cette absence de forme était reçue dans la loi civile par certains Etats, les Etats-Unis de l'Amérique et les Etats de la Nouvelle Angleterre, qui, encore imbus des principes de grande liberté des premiers pionniers qui colonisèrent étaient en réaction de la loi anglaise : la Pensylvanie, notamment, et l'Etat de New-York. C'est en 1840 environ que la question s'est posée en France, à propos d'un mariage contracté à Philadelphie, en Pensylvanie, et où les conjoints avaient purement et simplement contracté mariage par cohabitation et réputation. C'est l'affaire Bousquet (Cour de Cassation, Chambre des Requêtes, 20 Décembre 1841, S. 1842 I. p. 321). Le mariage a été déclaré valable. Il en a été de même quelques années après, la question s'étant posée lors de la discussion survenue entre cohé-



ritiers sur la succession de la Duchesse de Plaisance, (Chambre des Requêtes, Cour de Cassation, 13 Janvier 1857, S. 1857. I. p. 81, D. 1857. I. p. 106).

Depuis lors, la jurisprudence française a toujours maintenu sa position. Les mariages Américains, notamment ceux de l'Etat de New-York, ont toujours été considérés comme valables, bien qu'ayant été passés solo consensu, et même usu, par cohabitation et réputation.

Voici quelques arrêts plus récents : Paris 20 Janvier 1873, S. 1873. II. p. 177, D. 1873. 2. 59. Tribunal civil de la Seine, 1ère Chambre, 7 Janvier 1924, Revue de D.I.P., 1925, p. 226. Mais ce n'est pas seulement au regard de la libre Amérique que la question du mariage consensuel ou du mariage sans forme s'est posée. Elle s'est posée, et elle se pose à maintes reprises à propos des mariages plus ou moins exotiques qui sont passés par des Français, soit dans les colonies françaises, soit même dans les colonies étrangères ou dans les pays indigènes, pays qui ne sont pas encore sous le protectorat ou sous la dépendance d'un pays européen. Il a été souvent jugé que le mariage contracté suivant des formes trop rudimentaires ou même sans forme, ne devrait pas être considéré par la loi française comme valable. Il y a eu de très nombreuses décisions sur ce point. (Voyez le Répertoire de D. International, au mot mariage, n° 165 et suivants; également le Traité de droit civil de MM. Planiol et Ripert, tome II, par M. Rouast, p. 189, note 4). Il y a eu une décision de la Cour de Saïgon 1er mars 1905, Clunet 1905, p. 160 ; décision du Tribunal civil de la Seine, 22 Octobre 1919, Revue de D.I.P. 1921, p. 240 ; plus récemment, une décision de la Cour de Nîmes, 7 Juin 1929, Moniteur Judiciaire du Midi, 15 Octobre 1929. Il s'agissait d'un fonctionnaire français qui, conformément à la forme locale, avait épousé les deux soeurs dans le même mariage. Le principe théorique, que soutient M. Rouast, est la validité du mariage, quant à la forme.

Troisième observation :  
Sanction des  
art. 170 et  
171.

La troisième observation a trait à la sanction des articles 170 et 171. Les formalités prévues par les articles 170 et 171, nécessité de la publication et de la transcription au lieu du domicile, ne sont pas accompagnées dans le texte du code et de la loi de l'indication d'une sanction. Est-ce que ces dispositions sont exigées à peine de nullité ? La jurisprudence française ne l'a pas estimé. Elle a jugé qu'il valait mieux, sur ce point, faire une distinction entre les mariages qui ne sont pas faits conformément à la loi française, mais qui ne sont pas faits et



Distinction  
fondée sur  
l'idée de fraude  
à la loi.

fraude à la loi, et les mariages au contraire où les formalités n'ont pas été respectées, et où l'on découvrirait l'intention de tourner les lois françaises, non pas au point de vue de la forme, mais au point de vue des règles de fond. De bonne heure la jurisprudence française a annulé le mariage quand l'absence de publicité a eu pour but de frauder la loi française et que cela est manifeste. C'est ce qui a été jugé par la Chambre des Requêtes le 28 Mars 1854 (S. 1854 I. p. 295. D. 1854. I. p. 201) C'est dans des décisions de ce genre que l'on rencontre, non pas pour la première fois, mais une des premières fois l'expression : fraude à la loi; ce sont des mariages contractés en fraude à la loi. A l'inverse, un arrêt de la Cour de Cassation, 8 Mars 1875, admettait la validité du mariage même en l'absence de la publicité, lorsqu'il n'y avait pas eu intention de violer frauduleusement la loi française. (S. 1875. I. p. 171. D. 1875. I. p. 482). La jurisprudence, dans ces conditions, apparaît comme ayant établi une distinction. Depuis lors, elle a maintenu cette distinction, et tantôt les tribunaux annulent, tantôt ils valident les mariages ainsi contractés en violation des formes des articles 170 et 171. Voici quelques exemples, d'abord de décisions de mariage annulé, parce qu'il y avait fraude à la loi : affaire Ferchault, (Requêtes 5 Juillet 1905. S. 1906 I. p. 141) il s'agissait d'un mariage à Londres en fraude d'une opposition faite par la mère du jeune homme au mariage. En outre, 3 Janvier 1906, affaire Brienz (S. 1906. I. p. 142) : mariage à Londres également, mais dans des conditions bien différentes, entre un homme de 50 ans et une femme de 68 ans, pour cacher le mariage à l'entourage, le mariage étant resté secret en France, et les époux ayant vécu séparés jusqu'à leur mort. Dans ces cas il y avait manifestement fraude à la loi française. A l'inverse, la Cour de Cassation et la Cour de Paris ont été amenées à proclamer la validité du mariage, même contracté en fraude à la loi dans les cas suivants : Cour de Paris, 1ère Chambre, 11 Février 1920, D. 1920. II. p. 150 S. 1921. II. p. 60. Il s'agissait de la validité du premier mariage de Bolo, qui a été considérée comme acquise, bien qu'en 1894 ce mariage ait eu lieu sans publicité, mais il fut jugé qu'il s'agissait du mariage d'une personne ayant eu une vie aventureuse et que cette personne n'avait pas eu, en omettant la publication, l'intention de frauder la loi française. Il s'était marié à l'endroit où il avait trouvé à se



marier.

Voici l'arrêt directeur, l'arrêt Bernard (Cassation, Chambre civile, 13 Juillet 1926, S. 1926, I. p. 263) Cet arrêt proclame le droit, pour les juges du fond, d'apprécier souverainement si les parties ont entendu, en n'observant pas l'article 170 et l'article 171, faire fraude à la loi et éluder les publicités exigées par celle-ci. Il s'agissait dans l'espèce d'un mariage in extremis contracté au Pérou. Le de cujus avait depuis longtemps perdu en France tout domicile et toute attache. On a estimé qu'un mariage de ce genre n'avait pas le moins du monde pour objet de frauder la loi française, et le mariage a été considéré comme valable.

Cette jurisprudence sur la fraude à la loi a été analysée particulièrement dans la thèse de M. Desbois, sur la notion de fraude à la loi (Thèse Paris, 1927).

Voilà comment notre jurisprudence a réglé l'interprétation des articles 170 et 171 du code civil.

Voyons maintenant la position prise par la jurisprudence française, en ce qui concerne le second aspect de la question : la validité du mariage des étrangers en France, quant aux formalités extérieures.

Sur ce point, la jurisprudence et la pratique françaises avaient plus libre carrière que dans la série d'hypothèses précédemment étudiées, car il n'y a pas de texte. La loi parle du mariage des Français à l'étranger, elle ne parle pas du mariage des étrangers en France; et la jurisprudence, la doctrine, par des règles de caractère coutumier, admettent la coexistence, soit du mariage en la forme locale, c'est-à-dire française, soit du mariage des étrangers dans la forme diplomatique.

En ce qui concerne le mariage en la forme diplomatique, la question ne soulève pas de grandes difficultés. C'est admis par la coutume en France. Nous verrons qu'il y a des pays étrangers, qui ont admis, par une sorte de réciprocité avec notre article 170, que les étrangers en France ont la liberté de se marier devant leurs autorités diplomatiques ou consulaires. Toutefois, la jurisprudence et la pratique ont posé quelques règles. D'abord, on admet le mariage entre deux personnes ayant la même nationalité et se présentant tous deux devant le consul, ou devant l'ambassadeur de leur pays. S'il y a deux étrangers de nationalité différente, la question reste encore controversée, mais elle cesse de l'être lorsqu'il s'agit d'un étranger qui veut épouser une française. La question s'est posée et elle a été jugée dans l'affaire Gélian contre Dussuc. Il s'agissait d'un Anglais qui

avait



épousé, une Française devant le consul britannique de Nantes. Le mariage était conforme à la loi anglaise, et il a été déclaré inexistant par les tribunaux saisis, Cour de Cassation, Chambre civile, 30 Juillet 1900, affaire Gélinau c/ Dussuc, D. 1901 I. p. 317 S. 1902. I. p. 225. On en concluait là une règle que donnent la plupart des auteurs, que le mariage n'est valable que entre deux étrangers, et généralement de même nationalité.

D'autre part, toujours en ce qui concerne le mariage diplomatique, il faut que ce mariage ait été véritablement passé en la forme diplomatique qui peut être reconnue par les autorités françaises, c'est-à-dire devant le consul ou devant l'ambassadeur et dans les lieux bénéficiant de l'extraterritorialité, c'est-à-dire dans l'hôtel de l'Ambassade, ou au siège du consulat. Or la question s'est posée devant la première Chambre de la Cour d'Appel de Paris, de savoir quelle était la validité d'un mariage contracté devant le prêtre grec-orthodoxe à la chapelle grecque, laquelle ne fait pas partie de l'ambassade ou de la Légation de Grèce. Il a été jugé qu'en raison de cette disposition des locaux, le mariage en question ne pouvait pas être considéré comme un mariage valable en la forme diplomatique. (Affaire Basiliadis Cour de Paris, 1ère Chambre, 1er mars 1922, D. 1923. II. p. 59 S. 1922. 2. p. 65 note de M. Audinet). Telles sont les règles qui gouvernent le mariage en la forme diplomatique.

Mariage en la  
forme fran-  
çaise.

Mais si l'on étudie maintenant le mariage en la forme française, la forme locale, le principe admis par notre jurisprudence n'est autre que celui de la règle "Locus regit actum", à savoir que les étrangers contractant mariage en France, suivant la forme française, le font valablement aux yeux de la loi française. Mais ce principe a donné lieu à beaucoup de difficultés. On s'est demandé si notre règle "locus regit actum", lorsqu'on l'applique ainsi aux formes du mariage, avait le caractère obligatoire ou facultatif. C'est un des aspects d'une querelle plus générale. La controverse, en effet, se pose ailleurs qu'en matière de mariage. D'une façon générale, on se demande si le principe fondamental I.2.a a le caractère obligatoire ou facultatif. En matière de mariage, la jurisprudence française a eu l'occasion de se prononcer, et, d'une manière générale, de considérer que la règle locus regit actum avait le caractère obligatoire, et d'estimer que le mariage célébré conformément à la loi française, et notamment le mariage en la forme civile, était valable, alors même que la loi nationale des époux aurait dû s'opposer à cette validité



parce que le statut personnel des étrangers considérés exigeait la forme religieuse.

Il y a sur ce point un revirement dans la jurisprudence française. Pendant quelque temps, relativement à certains étrangers, notamment aux Orientaux, dont le statut personnel exigeait une célébration religieuse, et exclusivement religieuse, les tribunaux français, le tribunal civil de la Seine en particulier, avaient eu tendance à considérer le mariage comme nul, s'il n'avait pas été passé dans la forme religieuse. Cf deux décisions : Tribunal civil de la Seine affaire Mosticzker, 28 Avril 1906, Rev. 08 p. 242 et affaire Edinson, Revue de D.I.P. 1906, p. 751. Tri. Civ. Seine 25 Nov. 07

Mais depuis lors la jurisprudence a évolué et un grand nombre de décisions du tribunal civil de la Seine et de la Cour de Paris ont admis la solution contraire : la validité du mariage civil français malgré les dispositions inverses de la loi du statut personnel des étrangers. Une des premières décisions de ce genre est de 1912, avec les conclusions de M. l'Avocat général Volnay, affaire Roitstein, 26 Juin 1912, Revue 1913 de D.I.P. p. 134 (Voyez l'article de M. Goulé, Répertoire, t. IX, n° 319 et suivants pour les indications). Enfin l'affaire Avrakovitch, arrêt de la 1ère Chambre de la Cour d'Appel de Paris, 27 Novembre 1922. D. 1923. II. p. 59 S. 1924. II. p. 65. C'est l'affaire du mariage purement civil de deux ressortissants de nationalité serbe, dont la loi exigeait l'unité de religion et le mariage religieux. Voilà les principales questions qui se sont présentées devant la jurisprudence française, en ce qui concerne les formalités extérieures du mariage des étrangers en France.

Enfin, en ce qui concerne la validité, aux yeux de la loi française, du mariage passé par deux étrangers à l'étranger, la jurisprudence française a eu souvent l'occasion de poser la question à propos du divorce. On se demandait si le mariage considéré avait une certaine validité, pour savoir si le divorce était possible. Mais en dehors même du divorce, la question s'est posée. Voici quelques décisions sur cette question curieuse, notamment en ce qui concerne la forme. Aux yeux de la loi française, le tribunal civil de la Seine dans des décisions récentes a estimé que lorsque les étrangers ont passé un mariage purement religieux à l'étranger, conformément à la loi locale et au statut personnel, le mariage est valable. C'est l'affaire du mariage de deux russes orthodoxes en Yougo-Slavie, mariage béni par un prêtre russe orthodoxe. Le Tribunal civil de la Seine (1ère Chambre,

Observation :  
Validité en  
France du ma-  
riage contracté  
par deux étran-  
gers à l'étran-  
ger.



2 Juin 1930, Revue de D.I.P., 1930, p. 456) a déclaré que le mariage était valable, affaire Gerebkow. De même, décision encore plus récente, Tribunal civil de la Seine, 1ère Chambre, 11 mai 1933, affaire Mondet c/ Rouxel (Revue critique de Droit International - année 1934, p. 129). Il s'agissait du mariage religieux, passé en 1887, entre un Italien et une femme de nationalité argentine, à Buenos-Aires, tous deux catholiques romains, en application de l'article 167 du code civil argentin. Le Tribunal civil de la Seine considère comme valable aux yeux de la loi française un mariage de ce genre, et en tire la conséquence que l'union était indissoluble et qu'un divorce prononcé en Uruguay en 1916 n'était point valable. Par conséquent, les unions ultérieures contractées par les deux époux, qui avaient divorcé dans de pareilles conditions, étaient considérés comme entachés de bigamie.

A l'inverse, le Tribunal civil de la Seine, 4ème Chambre, 27 Avril 1933 (Semaine juridique 1933, p. 650), a estimé qu'un mariage non religieux était valable, s'il était conforme à la loi locale, même s'il n'était pas conforme au statut personnel. Dans ce cas, il a fait prévaloir, d'une part la règle locus regit actum, et, d'autre part, la compétence de la lex fori française, de la loi du Tribunal saisi, laquelle considère la validité du mariage en cas de mariage civil. C'est un des cas où intervient la considération de la lex fori en dehors de la lex loci celebrationis ou la loi personnelle des époux. L'espèce était la suivante : Un mariage avait été contracté dans l'île de Chypre, suivant les formes locales, par un polonais du rite orthodoxe russo-grec. La loi polonaise exigeait une bénédiction nuptiale par l'intervention du ministre du culte. Le Tribunal civil estime qu'il y a là une condition extrinsèque, alors que les seules conditions de fond relèvent du statut personnel aux yeux de la loi française. (Semaine juridique, 1933, p. 650).

Cette distinction entre les formalités extérieures et les conditions intrinsèques se retrouve-t-elle dans d'autres pays ?

Il resterait maintenant à se demander si l'on rencontre dans les pays étrangers cette distinction entre les formalités extérieures et les conditions intrinsèques, les unes dominées par la règle locus regit actum, les autres dominées par le statut personnel. M. Lévy-Ullmann ne fera pas une étude complète de droit comparé sur la matière, mais le fait qu'il n'y a pas sur ce point de monographie spéciale l'incite à examiner les pays qui avoisinent immédiatement la France, et à montrer quels aspects prend cette distinction entre les formalités extérieures et les conditions intrinsèques, et quelles modalités,



parfois différentes des modalités françaises, l'on rencontre dans les pays qui nous entourent immédiatement la Belgique, l'Allemagne, la Suisse, l'Italie, l'Espagne et l'Angleterre.

Sur l'état du droit des conflits de lois concernant le mariage dans les divers pays, on pourra se reporter à un bref aperçu des principales législations dans le Manuel de D.I.P. belge de M. le professeur Pouillet, ministre d'Etat de Belgique, 2ème édition, 1928, p. 438 et suivantes, en note. On y trouvera un tableau général. On pourra, en outre, se reporter aux tomes VI et VII du Répertoire de Droit international de MM. de La Pradelle et Niboyet, sous la rubrique de D.I.P. comparé, où sont examinées les principales matières du droit privé et particulièrement la matière du mariage.

Il convient donc d'étudier très brièvement comment la question est résolue suivant les diverses sources dans les divers pays qui entourent la France, d'abord, en allant du nord au sud, Belgique, Allemagne, Suisse, Italie, puis Espagne et enfin Angleterre. Ces pays offrent pour nous l'avantage, d'une part, d'être ceux où se produisent le plus souvent des conflits avec la loi française, en raison de la proximité et, d'autre part, de présenter à la comparaison, les premiers le système continental, et, le dernier, le système anglo-saxon.

## 1) La Belgique.

En ce qui concerne la Belgique tout d'abord. Bien que la Belgique ait une source commune avec la France, le code civil, les Belges qui sont très législateurs et très versés dans la législation expérimentale, ont eu bientôt fait de s'apercevoir de l'insuffisance du code civil et de le compléter sur un point important. La loi du 20 Mai 1882 est venue, en ce qui concerne les conditions intrinsèques du mariage et les formalités extérieures, pour le mariage, des Belges à l'étranger, modifier l'article 170 du code Napoléon. L'article 171 a gardé la teneur qu'il possédait en 1804, mais l'article 170 se trouve aujourd'hui modifié très profondément et comprend un certain nombre d'alinéas, 1°, 2°, etc... où se trouve condensée la matière de la loi applicable au mariage des Belges à l'étranger. (Manuel de D.I.P. de M. de Professeur Pouillet, n° 342 et ss; Répertoire de D.I., au mot : D.I.P., Belgique, Répertoire, Tome VI, n° 42 et ss., article écrit par M. Xavier Janne, Professeur et Doyen de l'Université de Liège).

## A - Mariage des Belges à l'étranger -

Les conditions intrinsèques du mariage du Belge à l'étranger sont visées expressément en dehors de l'article 3, § 3 du Code de Napoléon, auquel les



a)  
Conditions intrinsèques du mariage.

Belges se reportent comme nous pour l'application du principe de la loi nationale, - par le nouvel alinéa 5, le 5° de l'article 170 du code civil, tel qu'il résulte de la loi du 20 Mai 1882. "Les mariages (ainsi contractés) seront valables, si les Belges n'ont pas contrevenu aux dispositions prévues, sous peine de nullité, du chapitre 1, livre V, titre 1 du code civil". Les mariages des Belges contractés à l'étranger sont donc en principe gouvernés, quant aux conditions de fond, par la loi belge, la loi nationale, et on ne tient pas compte du droit étranger. Le tribunal civil de Liège, le 9 Mars 1922 (voir l'article précité de M. Janne, n° 44) a expressément jugé que la question de l'ordre public étranger n'a pas à intervenir. Seules les dispositions de la loi belge comptent pour la validité du mariage.

Le sixième alinéa de l'article 170 prévoit, quant aux conditions de fond, le mariage entre un Belge et une étrangère, et il déclare que la capacité de la femme étrangère est régie par son statut personnel. Ainsi, on applique donc le principe distributif, relativement à la loi applicable à chacun des époux, en cas de divergence de nationalité. Il en est ainsi, sauf application de l'ordre public international belge, c'est-à-dire des règles qui en Belgique apparaissent d'ordre public. Voilà ce qu'il y a lieu d'indiquer en ce qui concerne les conditions intrinsèques du mariage du belge à l'étranger, par exemple du mariage du Belge en France, ce qui a lieu très fréquemment dans notre région du Nord.

b)  
Formalités extérieures du mariage ;  
application absolue de la règle : locus regit actum.

Quant aux formalités extérieures, c'est l'article 170, 1°, 2° et 3° qui réglemente la matière. L'article 170, 1°, édicte expressément l'application de la règle locus regit actum. "Les mariages en pays étranger entre Belges et entre Belge et étranger, seront célébrés dans les formes usitées dans le dit pays". Par conséquent, c'est l'application expresse de la règle "locus regit actum". Les alinéas 2 et 3 réservent la possibilité du mariage diplomatique dans les formes diplomatiques, mariage qui est alors célébré suivant les formes prévues par les textes belges devant l'agent diplomatique de Belgique : ce mariage peut avoir lieu entre Belges, ipso jure, deux Belges peuvent se marier sans nécessité d'autorisation devant le représentant diplomatique de la Belgique; s'il s'agit d'un Belge et d'une étrangère, la forme diplomatique peut être admise, mais à la condition d'obtenir une autorisation spéciale de la part du ministre des affaires étrangères.

Relativement aux formalités extérieures au ma-



riage des Belges à l'étranger, il faut observer tout d'abord que l'interprétation stricte est l'une des dominantes de la jurisprudence belge, et la doctrine belge a invité les tribunaux à accorder à la règle *locus regit actum* un caractère obligatoire. C'est ainsi que pour la validité du mariage à l'étranger, en Angleterre, notamment, les Tribunaux belges respectent d'une manière absolue la validité d'un mariage contracté sous quelque forme que ce soit, civile ou religieuse, devant les autorités préposées à cet effet par le droit anglais. Exemples : En premier lieu, le Tribunal d'Anvers le 20 Avril 1927 (Pasicrisie belge, 1927, 3ème partie, p. 159) a déclaré valable un mariage civil contracté par un Belge en Angleterre, alors que son conjoint appartenait à un pays où la loi personnelle exigeait un mariage religieux. Dans l'espèce, il s'agissait du mariage d'une personne de nationalité belge avec un conjoint de nationalité polonaise, la loi polonaise de l'époque exigeant le mariage religieux. Le Tribunal d'Anvers a déclaré le mariage valable, bien qu'il fût célébré civilement. L'hypothèse inverse, d'autre part, a été jugée par la Cour d'Appel de Bruxelles, le 13 Décembre 1911 (Revue de D.I.P., 1912, p. 772, affaire Du Bois de Bianco). Il s'agissait d'un mariage religieux contracté en Angleterre, par des Belges, devant un prêtre catholique, et sans accompagnement de cérémonie civile, toujours conformément à la loi anglaise. Ce mariage est valable aux yeux de la loi belge, bien que la loi belge connaisse, comme la loi française, la sécularisation du mariage. Il a été jugé qu'un mariage passé exclusivement religieusement dans les formes canoniques dans un autre pays, l'Angleterre, qui admet cette forme, ne peut pas être attaqué devant les tribunaux belges, la règle *locus regit actum* ayant sur ce point un caractère déterminant. Telle est la manière dont les tribunaux belges, d'ailleurs comme les tribunaux français, ont tranché la question.

Une dernière observation concernant les formalités extérieures du mariage des Belges à l'étranger. L'article 170, 4°, rédaction 1882, prévoit en Belgique des publications analogues à celles qu'exige la loi française. Un grand nombre de décisions belges (Voir le manuel de M. Pouillet, p. 462, note 1) estiment, à la suite d'ailleurs des auteurs français et de la jurisprudence française, que la sanction des dispositions de l'article 170, en principe, ne doit pas être la nullité, à moins qu'il n'y ait fraude à la loi. Telles sont les règles qui gouvernent le mariage des Belges à l'étranger. Les principes sont



à peu près identiques aux principes français. La différence est dans le système législatif où les Belges possèdent un texte détaillé sur la matière.

B - Mariage de l'étranger en Belgique :

a)  
Conditions intrinsèques.

En ce qui concerne l'hypothèse de l'étranger se mariant en Belgique, on retrouve dans la doctrine et dans les décisions judiciaires belges les mêmes solutions qu'en droit français, notamment les règles qui imposent, soit quant au fond, soit quant à la forme, le respect des principes d'ordre public du lieu de célébration. Voici des exemples, pour les conditions intrinsèques : en Belgique, l'étranger se mariant devra respecter, par exemple, le délai de viduité, quelle que soit sa loi personnelle, article 228 du code civil : il ne pourra épouser son complice d'adultère, article 298 du code. On discute relativement au consentement des parents, à l'âge requis pour le mariage ; mais, d'autre part, le tribunal civil de Bruxelles admet la possibilité pour le divorcé de se remarier, quelle que soit la législation de son pays d'origine ou son statut personnel, (tribunal civil de Bruxelles, 17 Juil. let 1913, Revue de D.I.P. 1914, p. 605). Pour les formes extérieures, on rencontre, concernant le mariage de l'étranger en Belgique, des principes analogues aux principes français, notamment l'absolue validité du mariage civil aux yeux de la loi belge, quelle que soit la nationalité de celui qui se marie en Belgique et quelles que soient les dispositions de sa loi personnelle. Ainsi, par exemple, une décision de la Cour de Bruxelles (8 Janvier 1927, rapportée dans La Loi du 27 Août 1927) a estimé que l'on ne pouvait prononcer la nullité du mariage civil en Belgique entre ressortissants de pays d'Orient, pour lesquels seule la cérémonie religieuse était requise. Ainsi donc, on se trouve en présence de solutions qui sont en parallélisme étroit avec celles de la jurisprudence française.

b)  
Formes extérieures.

On le voit dans un pays voisin du nôtre, certes partageant avec lui une source commune, le code civil, mais ayant subi des remaniements législatifs à une époque relativement récente, on rencontre ce fond commun, qui caractérise la position de la question en D.I.P. général.

II - L'Allemagne.

En Allemagne, le système est dominé par les textes de la loi d'Introduction au code civil allemand. Ce sont des principes généraux très nets qui s'appliquent à la matière et qui font qu'il n'y a pas lieu de s'y arrêter longtemps. Il suffira de lire les textes. En



**Principes :** substance, on rencontre également en Allemagne la différence classique entre les conditions intrinsèques et les formalités extérieures. Pour les conditions intrinsèques, c'est, en principe, la loi personnelle qui joue et, notamment, la loi nationale des parties. Pour les formalités extérieures, on fait jouer aussi la règle "locus regit actum".

**Particularités relatives** Voici alors maintenant les quelques particularités des textes. Ces textes sont, d'une part, l'article I3, alinéa 1 et alinéa 3 de la loi d'Introduction au code civil allemand, et, d'autre part, l'article 11, alinéa 1 et alinéa 2 de la même loi d'Introduction. L'un de ces textes est relatif aux conditions de fond, les autres sont relatifs aux formalités extérieures.

**a) aux conditions intrinsèques.** Conditions intrinsèques (article I3, alinéa 1)  
 "Les conditions de la validité du mariage, si l'un au moins des futurs époux est allemand, se règlent, par rapport à chacun d'eux, d'après les lois de l'Etat dont il est ressortissant. Il en est de même pour les étrangers qui contractent mariage en Allemagne". Par conséquent, les conditions de validité sont appréciées en principe, d'après la loi nationale, qu'il s'agisse d'un allemand ou qu'il s'agisse d'un étranger (sauf l'hypothèque du renvoi, que nous rencontrerons plus loin).

**b) aux conditions de forme.** Conditions de forme (art. 11 et art. I3 al. 3)  
 D'une façon générale, l'article 11 pose le principe de la règle "locus regit actum", mais le code civil allemand n'a pas, à la différence du droit belge, et à la différence dans une certaine mesure d'autres législations, considéré la règle "locus regit actum" comme une règle de caractère obligatoire. Elle n'a jamais eu, dans la pensée de la loi allemande, que le caractère subsidiaire, et c'est ainsi que l'article 11 est conçu dans les termes suivants : "La forme d'un acte juridique est déterminée par les lois qui régissent le rapport de droit formant l'objet de l'acte".  
 § 2 : "Il suffit cependant d'observer les lois du lieu où l'acte est passé". Ainsi, en principe, la loi applicable aux formes d'un acte, c'est la loi qui régit le rapport de droit qui forme l'objet de l'acte, ce n'est que subsidiairement que l'on permet d'observer les lois du pays où l'acte est passé. Cette disposition du code a été faite précisément pour souligner le caractère facultatif de la règle "locus regit actum". Dans la pensée du législateur allemand et spécialement en ce qui concerne le mariage, l'article I3, qui dans ses premières dispositions visait les conditions de validité, intervient dans son § 2 pour rappeler et appliquer à la disposition du maria-



ge le principe de l'article 11. "La forme du mariage conclu en Allemagne se détermine exclusivement d'après les lois allemandes". Ici, la règle n'est pas édictée d'une façon générale et n'embrasse pas les mariages conclus à l'étranger. Evidemment, l'interprétation y supplée par l'argument d'analogie, mais le code allemand n'a pas édicté de dispositions pour les mariages contractés à l'étranger, il n'a visé que les mariages contractés en Allemagne, pour lesquels, dans la pensée des auteurs du code, la forme du mariage conclu d'après la loi allemande est exclusive.

Telles sont les règles générales du droit allemand de la matière, qui doivent se combiner avec celles de la Convention de La Haye, ainsi que nous le verrons. Pour ce qui est des détails d'application, qui sont d'ailleurs d'un caractère assez large, car la jurisprudence n'a pas fourni grande matière sur cette question, on peut se reporter aux commentaires donnés dans le Répertoire de D.I., t. VII, 1930, n° 128 et ss. article de M. Lewald, professeur à l'université de Francfort-sur-le-Mein, actuellement professeur à Berlin.

### III - La Suisse

La question du mariage entre Français et citoyens Helvètes se pose très fréquemment. On consultera sur la question d'abord l'article publié dans le Répertoire de D.I., t. VII, D.I.P. comparé pour la Suisse, par le professeur de l'université de Neuchâtel, M. Max Petitpierre, p. 145 et ss. et dans quelques temps il sera possible de consulter dans le volume sur la Suisse, qui est actuellement en préparation, dans la Bibliothèque de la vie juridique des peuples, l'article consacré au D.I.P. suisse par M. Sauser-Hall professeur aux Universités de Genève et de Neuchâtel. En Suisse, la source du droit concernant le mariage est double : une loi interne, un traité diplomatique. La loi interne, est la loi fédérale du 25 Juin 1891, qui est fondamentale pour le D.I.P. suisse et qui s'intitule "loi sur les rapports de droit civil des citoyens établis et en séjour". La loi de 1891 avait surtout pour objet de statuer sur les statuts intercantonaux, le droit civil suisse à cette époque étant encore morcelé par cantons, la plupart d'entre eux ayant un code civil particulier. Depuis l'apparition du code civil suisse, la loi fédérale de 1891 a perdu la plus grande partie de son importance interne, puisque le droit s'est unifié; mais, comme dès le début, la loi s'est appliquée, non seulement aux conflits intercantonaux, mais aussi aux conflits internationaux, elle a gardé toute sa vigueur et toute son

Sources du droit concernant le mariage.



importance dans les rapports internationaux.

A côté de ce texte, il y a lieu de mentionner encore ici une des conventions de La Haye, la convention du 12 Juin 1902 sur les conflits de lois en matière de mariage, dans les liens de laquelle la Suisse comme l'Allemagne, est depuis l'origine engagée, et s'y est maintenue, alors qu'au contraire la Suisse a dénoncé la convention sur le divorce et la séparation de corps et n'a jamais adhéré à la convention sur la procédure. C'est donc de l'ensemble de ces textes, que seront dégagées les règles qui prévalent en Suisse et qui ne sont pas substantiellement différentes du fond commun, rencontré en France, en Belgique et en Allemagne. Il convient de rappeler toutefois que la Suisse est attachée, pour le statut personnel, à la loi du domicile. Comme dans tous les pays où la législation interne était soumise à des dispositions divergentes, des divergences intercantionales, la Suisse a toujours été attachée au principe de la loi du domicile comme base du statut personnel. Sans doute fait-elle dans certains cas la part au canton d'origine, mais le principe c'est la *lex domicilii*.

Ces indications générales posées, voici alors comment se présente en Suisse le double principe concernant les conditions intrinsèques et les formes extérieures.

La forme sous laquelle les Suisses présentent en général la question, est un peu différente de celle rencontrée jusqu'à présent : on oppose les mariages passés en Suisse et les mariages passés à l'étranger, et l'on joint les règles, qu'il s'agisse d'étrangers ou de nationaux.

A - Mariages  
passés en Suisse  
a)  
conditions intrinsèques.

Mariages passés en Suisse : 1°/ conditions intrinsèques : principe, la loi personnelle. Si ce sont des personnes de nationalités différentes, on applique respectivement à chacune sa loi personnelle (Loi de 1891, article 7, lettre c.) Toutefois la jurisprudence et la doctrine suisse, ainsi que dans certains cas, le code civil, imposent des tempéraments dictés par l'ordre public suisse, et des tempéraments se présentant sous la même forme que les tempéraments français, soit avec l'effet positif, soit avec l'effet négatif. Exemple d'effet positif : les empêchements prévus par la loi suisse l'emportent. C'est ainsi que les empêchements fondés sur la maladie mentale, l'incapacité de discernement, le degré de parenté, le délai de viduité, un divorce antérieur, dans certains cas, (article 104 du code civil suisse) l'emportent sur les dispositions de la loi personnelle. Deuxième aspect, effet négatif, article 54 de la constitution



suisse : aucun empêchement de mariage ne peut être fondé sur des motifs confessionnels; et il y a lieu de joindre à cette disposition l'article 7, lettre f, § 2, de la loi fédérale du 25 Juin 1891 : un mariage non valable aux yeux de la loi étrangère ne peut être annulé en Suisse, s'il n'est pas annulable aux yeux de la loi suisse elle-même. Voilà pour les conditions intrinsèques relativement au mariage contracté en Suisse.

b) formalités extérieures.

2°/ Formalités extérieures : c'est la règle "locus regit actum", avec un caractère très rigoureux. Le mariage en Suisse doit être célébré dans la forme prévue par la loi suisse et réglementée par elle. Le mariage civil doit obligatoirement précéder le mariage religieux (article 118 du code); sans aucune exception. Le droit suisse refuse de reconnaître la validité du mariage passé dans la forme diplomatique ou consulaire. Tels sont les principes reçus pour les conditions intrinsèques et pour les formalités extérieures relativement au mariage en Suisse.

B - Mariages passés à l'étranger.

Quant aux mariages passés à l'étranger par les suisses ou par les étrangers, on rencontre encore les deux règles connues. D'une part, les règles de fond : application de la loi personnelle, notamment en ce qui concerne le sujet suisse la loi suisse, dans la mesure où elle est applicable; puisqu'il s'agit de la loi du domicile, (article 7, lettre f, § 1) il ne faut pas que la loi suisse se trouve fraudée. S'il y a eu par le jeu de la loi du domicile une fraude à la loi suisse, intervient la considération de la loi nationale suisse, alors qu'en principe la loi suisse s'incline devant la loi du domicile. D'autre part, quant à la forme, c'est le principe "locus regit actum". Le droit suisse s'incline devant la validité du mariage passé à l'étranger, quelles que soient ces formes, et même si elles sont exclusivement religieuses; alors que la loi suisse ne connaît elle-même que le mariage civil, comme la Belgique et comme la France, elle admet le principe de la sécularisation du mariage. Elle reconnaît, par un texte formel, la validité du seul mariage religieux si telle est la forme prescrite par la loi du pays ou si cette loi du pays laisse aux parties la faculté de recourir à ce mariage (article 7, lettre f, de la loi de 1891).

De cet examen du droit suisse, il résulte que le fond commun relevé dans les législations précédentes, se trouve encore respecté ici.

IV - L'Italie.

L'Italie a ce caractère particulier d'être attachée à l'école de Mancini, à l'école de la loi na-



tionale, dont elle a codifié les principes dans des textes célèbres, les art. 6 à 12 du titre préliminaire du code civil, promulgué en 1866, sous l'influence même de Mancini; et d'autre part, ainsi que la Suisse, elle est engagée dans les conventions de La Haye. (Cf. notamment Répertoire de D.I.P., t. VI, p. 47 et ss., article de M. le Professeur Udina). Les textes du code de 1866, contiennent des solutions qui coïncident avec les conventions de La Haye, lesquelles sont dominées, par le principe de la loi nationale. Ces textes posent, et pour les conditions de fond, et pour les conditions de forme, les mêmes principes que ceux qui ont déjà été rencontrés. Ils sont expressément consacrés par le texte législatif lui-même.

Conditions de fond : application, en principe, de la loi nationale.

Conditions de fond, principe général : la loi nationale s'applique au mariage, quant aux conditions de fond, au regard de la loi italienne. Ceci résulte tout d'abord du principe général de l'article 6 du titre préliminaire du code. "L'état et la capacité des personnes et les rapports de famille sont régis par la loi de la nation à laquelle elles appartiennent". C'est là le principe fondamental de l'école de Mancini : Le statut personnel est gouverné par la loi nationale. Puis en ce qui concerne spécialement le mariage, (art. 100 et art. 102 du code civil) l'italien doit, soit en Italie bien entendu, soit à l'étranger, respecter, quant aux conditions de fond, les empêchements prescrits par les dispositions du droit italien (art. 100, dernière phrase du code civil). Pour ce qui est, à l'inverse, de l'étranger se mariant en Italie, (art. 102 § 1) l'étranger est soumis aux dispositions de sa loi nationale, mais si l'article 102, § 1, contient cette règle, l'article 102, § 2, y ajoute cette restriction : les empêchements du code civil italien sont applicables à ce mariage aux yeux de la loi italienne; et, par conséquent, quant aux conditions de fond l'ordre public italien veut que l'étranger qui se marie en Italie respecte les empêchements de la loi italienne.

Conditions de forme : Règle : locus regit actum.

Conditions de forme maintenant. Ici encore, on rencontre la règle "locus regit actum" (article 100 du code civil). "Le mariage contracté en pays étranger entre citoyens ou entre un citoyen et un étranger est valable pourvu qu'il soit célébré suivant les formes établies dans le dit pays et que le citoyen n'ait pas contrevenu aux dispositions contenues dans deuxième section du chapitre 1er du présent titre". Telle est la rédaction de l'art. 100 du code civil. Il en résulte que si le mariage a lieu à l'étranger, l'article 100 considérera comme valable le mariage



passé en quelque forme que ce soit, pourvu qu'elle soit en vigueur dans le pays en question, sauf la nécessité de publications en Italie, conformément aux articles 70 et 71 du code civil. D'autre part, l'article 368 du code italien prévoit que deux italiens peuvent contracter à l'étranger un mariage en la forme diplomatique, mais la réciprocité n'est pas exacte. En Italie, en principe, le mariage en la forme diplomatique des étrangers n'est point admis, sauf application de la convention de La Haye aux pays qui sont liés avec l'Italie par cette convention.

V - L'Espagne.

Reste enfin, pour les pays continentaux, à parler de l'Espagne. A cet égard, on peut consulter pour la législation antérieure à la République, l'excellent article du Professeur Trias de Bès, tome VI, du Répertoire de D.I. 1930, p. 228 et ss., n° 86 et ss. Mais la législation espagnole s'est beaucoup modifiée et il faut chercher des indications complémentaires qu'on trouvera dans le livre qui vient de paraître sur l'Espagne dans la collection la Vie juridique des peuples la vie internationale de l'Espagne, par le même auteur M. Trias de Bès, p. 355 et ss., les conflits de lois, système général, et p. 357 et ss. pour le mariage.

Comme en droit italien, le droit espagnol connaît, relativement au mariage, un système de conflit de lois contenu dans les articles 8, 9, 10 et 11 du code civil.

Il y a lieu de compléter ces dispositions par la doctrine, par la jurisprudence et parfois par quelques textes spéciaux. Le professeur Trias de Bès, dans les pages 357 à 359 de son chapitre dans la Vie Juridique des peuples précité, expose la matière de la façon suivante : "La nouvelle constitution espagnole du 9 décembre 1931 et quelques dispositions du gouvernement provisoire ont transformé toute la matière du mariage". Les deux traits caractéristiques que l'institution du mariage avait jusqu'à présent en Espagne caractère confessionnel et indissolubilité, ont disparu par l'effet des nouvelles dispositions constitutionnelles. La sécularisation des actes civils a été imposée de la façon la plus absolue par le nouveau régime et le droit de divorce a été inscrit dans la constitution (article 43, § 1). Telle est la modification fondamentale intervenue en matière de mariage en Espagne depuis le nouveau régime politique. Voici alors comment, en ce qui concerne le mariage, le professeur Trias de Bes présente la question. D'abord, mariage des Espagnols à l'étranger; règles de fond : toutes les conditions de validité du mariage sont soumises

mariage des Espagnols à l'étranger.



à la loi nationale (art. 9 du code civil). En ce qui concerne les règles de forme, on peut soutenir, d'après les textes de la loi, que les Espagnols contractant mariage à l'étranger ont la faculté d'opter entre la loi du lieu (règle "locus regit actum") et les formalités de la loi espagnole en célébrant le mariage devant le consul ou le vice-consul espagnol. Mais à la suite de la jurisprudence et de quelques textes interprétés par elle, notamment des articles 100, § 2 et 101, n° 4 du code, il se trouve qu'en fait c'est le mariage diplomatique qui doit l'emporter aux yeux de la loi espagnole; les consuls et vices-consuls remplissant les fonctions de juges de paix dans les mariages d'Espagnols célébrés à l'étranger; et, comme, pratiquement, le juge de paix doit figurer dans le mariage de l'espagnol, on estime, par la combinaison de ces deux articles, que c'est surtout le mariage diplomatique qui s'imposera aux yeux de la loi espagnole.

Mariage des étrangers en Espagne.

Quant au mariage des étrangers en Espagne, il y a deux règles : 1°) conditions de fond, régies par la loi nationale : article 9 du code civil, largement interprété par la jurisprudence, mais limité pour des motifs d'ordre public par les empêchements au mariage prévus par le droit espagnol (art. 11 du code civil). 2°) Quant aux règles de forme, mariage civil valable, d'après la loi espagnole; et, d'après un droit coutumier traditionnel, admission du mariage à l'Ambassade ou au Consulat pour les étrangers, à la condition que les deux contractants soient tous les deux des étrangers.

En résumé, pour cette fraction du droit constitutionnel, bien qu'il s'agisse de textes différents, le regard circulaire qui vient d'être jeté sur les législations des pays qui nous entourent et entre les ressortissants desquels s'opèrent avec les Français ou les Françaises des mariages très fréquents, permet d'apercevoir un fond commun du droit, quant aux conditions intrinsèques et quant aux formes extérieures.

V - L'Angleterre.

Le droit de l'Angleterre, est un droit dont la source principale se trouve dans la doctrine et dans la jurisprudence. C'est la "common law" anglaise, le "droit commun" que l'on peut traduire par le "droit coutumier" dans un sens particulier, le droit des conflits de lois fait partie de la "common law"; il en est une des têtes de chapitre.

Observations relatives à l'introduction

D'autre part, il y a quelques filots de droit écrit, que les Anglais appellent le "statute law", 10 droit des statuts. Mais le droit des statuts, dans



du "statute  
law"

quelque matière que ce soit, n'a jamais qu'un caractère exceptionnel et dérogatoire à la common law; c'est toujours une sorte d'exception au droit général du Royaume que viennent poser des actes du Parlement anglais.

En la matière, il y a un texte. C'est un texte de 1892 sur le mariage des Anglais en dehors de l'Angleterre, quelque chose d'analogue à la loi belge de 1882, "Foreign marriage Act", loi sur le mariage des sujets britanniques à l'étranger. Cette loi est doublée d'un certain nombre d'ordonnances, "orders in council", ordonnances en conseil, rendues précisément en vertu de l'Act lui-même. Cet Act n'a pas très grande importance doctrinale. Il a pour objet principal de fixer la forme exceptionnelle du mariage diplomatique. En effet, l'Act laisse tout d'abord subsister dans son entier le principe de la validité du mariage passé dans les formes locales; il détermine ensuite les formalités qui doivent présider au mariage devant le représentant du souverain de l'Angleterre, qui doit être un ambassadeur, un consul, ou quelque autre officier public dûment préposé à cet effet.

Le texte ajoute la nécessité des consentements requis par le droit anglais, consentements qui sont loin d'être exigés avec la rigueur de notre droit.

Enfin, il établit des distinctions dans le détail desquelles il n'est point utile d'entrer, lorsque les deux conjoints n'appartiennent pas à la nationalité britannique.

Voilà les quelques observations qu'il y a lieu de faire, relativement à l'introduction du "statute law" qui, dans la matière, ne constitue qu'un flot isolé. Prenons maintenant les principes généraux de la common law.

principes généraux de la "common law".

Ces principes ont été de bonne heure dégagés par la doctrine; et en cette matière particulièrement, la doctrine, c'est-à-dire l'exposé systématique des auteurs, a une importance qu'elle n'a nulle part ailleurs en Angleterre. En Angleterre, c'est toujours la jurisprudence qui prime. La science juridique s'est bornée pendant fort longtemps à la classification et au commentaire très respectueux des décisions judiciaires. C'est l'inverse qui s'est produit en ce qui concerne les conflits de lois. La doctrine a, dans une certaine mesure, précédé la jurisprudence et lui a montré le chemin.

Les ouvrages classiques, auxquels il sera utile



de se reporter pour le détail, sont ceux de Dicey "conflict of laws"; de Westlake, "international private law", droit international privé, dont la traduction a été faite par M. Goulé dans une récente édition; et, tout particulièrement, le Manuel publié à l'usage des étudiants, qui est une sorte de résumé très clarifié de Dicey, "Student is conflict of laws", la matière des conflits de lois mise à la portée des étudiants, écrit par un auteur très versé en la matière, le Docteur Burgin, Docteur en droit. Ce n'est pas seulement un des "solicitors" les plus connus de Londres, il est également membre du Parlement anglais, et actuellement secrétaire parlementaire du "Board of trade", (Ministère du commerce); c'est lui qui négocie pour l'instant la question des accords commerciaux avec la France. M. Burgin a été aidé dans ce travail destiné aux étudiants qui veulent connaître le droit international privé d'Angleterre par son collaborateur M. Fletcher. On peut consulter également un volume contenant les "leading cases" de la matière, non pas du mariage, mais du D.I.P. en général, où l'on rencontre une division spéciale au mariage; les "Leading cases in conflict of laws" de Hibbert. (Cet ouvrage se trouve également à la Bibliothèque). C'est un recueil d'arrêts directeurs. En ce qui concerne la formation du mariage, il existe un certain nombre de leading cases, qui vont être examinés.

Principe - Distinction des conditions intrinsèques extérieures : loi personnelle d'une part, lex loci contractus d'autre part.

Le principe général reçu par le droit anglais en la matière ne s'écarte pas dans sa base de tout ce qui a été étudié jusqu'ici dans les autres droits. Bien que le droit anglo-saxon soit plus influencé que tout autre par la loi du lieu de célébration, on y trouve cependant la distinction déjà rencontrée dans les autres droits, entre la loi personnelle et la loi du lieu de célébration de mariage. Pour les conditions intrinsèques, la loi personnelle; pour les formes extérieures, la lex loci contractus. C'est là ce qui ressort des décisions judiciaires anglaises. C'est la doctrine qu'en a extraite notamment le livre de M. Burgin; (Voir le chapitre IV sur le mariage, p. 72, art. 27. Cet ouvrage est divisé en articles suivant la méthode de Dicey). "Des conditions essentielles pour qu'un mariage soit valide" au point de vue du Droit anglais des conflits de lois". Pour créer un mariage valide, il est essentiel :

1°/ que chaque partie ait, en vertu du droit de son domicile, capacité pour entrer dans les liens du mariage projeté.

2°/ que les formalités et cérémonies exigées par le droit du lieu de célébration soient observées



"the forms and ceremonies required by the law of the place of celebration should be observed".

En commentant ce double principe, qui, on le voit, reflète la doctrine internationale, le docteur Burgin écrit ceci : "Le mariage est un contrat engendrant un "status". (La notion de "status" est une notion fondamentale dans le droit anglais. Les contrats qui engendrent un status sont soumis à des règles particulières qui jouent un rôle considérable. Les pays où les parties sont domiciliées et le pays où la cérémonie est célébrée, sont tous deux particulièrement intéressés à voir observer leurs idées respectives sur l'ordre public et la moralité. C'est en vertu de ce point de départ que les conditions essentielles du contrat concernant la capacité des parties sont rattachées à la *lex domicilii*, et que les formes pour entrer dans le contrat sont réglées par la *lex loci contractus*. Etant donné, donc, un mariage où la capacité des deux parties est réglée par la *lex domicilii*, et où les formalités sont conformes à la *lex loci celebrationis* (sauf les exceptions qui vont être notées) on sera en présence d'un mariage valable, "valid marriage". Voilà le principe, *exceptis exceptionibus*. Car en droit anglais, il n'y a pas de règle sans exception. On peut même dire qu'il y a plus d'exceptions que de règles, et un auteur anglais a défini le droit anglais le "*liber exceptionum*", le livre des exceptions, comme on le disait au Xème siècle et au XIIème siècle, en Italie, de quelques ouvrages publiés sur les droits locaux greffés sur le droit romain. Quelles sont donc ces exceptions ?

Observation relative à l'application de la loi du domicile, en égard aux conditions intrinsèques.

Avant d'entrer dans l'examen de ces exceptions, il faut faire une observation en ce qui concerne le fond. La loi personnelle qui gouverne les conditions intrinsèques, c'est la loi du domicile. En droit anglais, la matière du statut personnel dépend du domicile et de la loi du domicile. Il va en résulter un certain nombre de conséquences. Pour examiner les conditions de capacité, il va falloir regarder quel est le domicile des parties. Si les parties sont domiciliées à l'étranger, même si le mariage est passé en Angleterre, c'est la loi du domicile qui s'applique. Si, au contraire, les deux parties sont domiciliées en Angleterre, même si leur loi nationale ne leur permet pas le mariage à raison des conditions de fond, aux yeux du droit anglais le mariage sera valable. Et enfin, si l'une seulement des deux parties est domiciliée en Angleterre, le domicile de cette partie l'emporte et le mariage sera valable s'il est passé valablement au regard du droit anglais.



Ces principes ont été affirmés dans un leading case célèbre l'affaire Sottomayor contre de Barros. C'est là un des premiers cas directeurs, ou plutôt ce sont là les premiers arrêts directeurs, car il y a eu plusieurs arrêts dans cette affaire, en 1877 et en 1879 (cf. "leading cases" de Hibbert, p. 204 et p. 271). L'espèce était curieuse : deux Portugais cousins germains contractent mariage en Angleterre. Au degré de cousin germain, le mariage est valable aux yeux de la loi anglaise; il est au contraire nul aux yeux du droit portugais, qui avait encore à l'époque adopté les règles canoniques. Quid juris du mariage ? Il y a eu un certain nombre de décisions, plus ou moins hésitantes, à raison du point de savoir si les Portugais en question étaient, ou non, ou si l'un des deux était ou non, domiciliés en Angleterre. En fin de compte, comme l'un des deux était domicilié en Angleterre, le mariage a été déclaré valable. Voilà une décision fondamentale. D'autres sont citées dans le livre de Burgin. En voici une, c'est l'affaire Brook contre Brook, jugée devant la Chambre des Lords en 1861. Il s'agissait de deux Anglais ayant leur domicile en Angleterre, un veuf et la soeur de sa femme prédécédée. Le mariage est en principe interdit en Angleterre à ce degré d'alliance; ils allèrent donc se marier au Danemark, alors qu'ils avaient encore leur domicile en Angleterre. Le mariage fut jugé "invalid" par la Chambre des Lords d'Angleterre.

Voyez également l'affaire Bozzeli, jugement reconnaissant inversement la validité d'un mariage contracté en Italie dans les mêmes conditions, alors que les conjoints étaient domiciliés en Italie (1902). Voilà une première observation.

Exceptions  
quant aux règles de fond.

Mais voyons maintenant les exceptions.

Quant aux conditions intrinsèques, tout d'abord, le droit anglais, comme d'ailleurs les droits du continent, n'accepte pas de reconnaître certains empêchements prévus par les lois étrangères. Un mariage passé en Angleterre sera considéré comme valable quant au fond, même si certaines conditions de capacité ne sont pas remplies au regard de la loi compétente pour trancher la question de capacité. C'est la première exception. On en trouve l'affirmation notamment dans un leading case de 1909, mettant en présence un Hindou domicilié dans l'Inde et sa femme, sujette britannique (affaire Chetti contre Chetti, Hibbert p. 275). La loi hindoue n'admet pas la validité du mariage d'un Hindou avec une personne qui n'est pas de la religion hindoue. En cette matière, la Haute Cour de Justice (division de Probate) déclara que le droit anglais ne



devait pas s'incliner devant cet empêchement d'ordre religieux qu'il ne connaît pas. Voilà donc un premier tempérament. Le droit anglais ne reconnaît pas certains empêchements étrangers, alors que ces empêchements sont, dirions nous en France, contraires à l'ordre public; mais les anglais n'emploient pas ce langage. Ils disent simplement, "lorsqu'il s'agit de conditions que les cours anglaises refusent de reconnaître", auxquelles elle refusent la "recognition", (p. 74, exception 2, Burgin).

Mais, à l'inverse, - et c'est là qu'apparaît encore le côté positif de l'exception - le droit anglais se substitue au droit étranger pour lui imposer ses propres empêchements et pour faire obstacle à la validité, quant au fond, d'un mariage qui serait valable au regard de la loi étrangère, mais qui n'est pas valable au regard de la loi anglaise. Voici alors les cas directeurs de la matière. D'abord, question intéressante, la validité devant les cours anglaises du mariage passé conformément au principe de la morale des Mormons, autrement dit le mariage polygamique. Dès 1866, les cours anglaises ont été saisies de cette question, et dans une affaire Hyde contre Hyde de 1866 (Hibbert, p. 278) il a été décidé qu'un mariage de ce genre n'avait aucune valeur au regard du droit anglais, bien qu'il ait été réglé conformément à la loi du domicile, loi applicable en la matière.

De même, le droit anglais a refusé de reconnaître la validité du mariage passé à l'étranger entre un oncle et sa nièce, sans dispense. Il s'agissait, il est vrai, dans l'espèce, de personnes domiciliées en Angleterre, mais sujettes par leur loi nationale à une autre loi; le droit anglais ne l'a pas accepté. C'est l'affaire de Wilton contre Montefiore, 1900 (Hibbert, p. 273).

Enfin, à l'inverse, lorsqu'il s'agit de mariage dont les règles ne correspondent pas complètement à celles du droit anglais, mais où l'ordre public anglais n'est pas atteint, le droit anglais consacre la validité du mariage, et c'est ce qui a été jugé en 1930, à propos de la validité d'un mariage contracté entre deux russes ayant leur domicile en Russie. On prétendait que le droit anglais ne devait pas reconnaître la validité d'un mariage de ce genre, parce que, d'après les principes du droit soviétique, ce mariage est susceptible de se dissoudre par la seule volonté des parties, et même par le consentement d'un seul, le mariage soviétique étant une sorte d'union libre. Malgré tout, comme il s'agissait de personnes domiciliées en Russie, et que ces principes ne pa-



raissaient pas de nature à offusquer l'ordre public anglais, le mariage a été déclaré valable (Hibbert, p. 281, affaire Nachimson contre Nachimson, Cour d'Appel d'Angleterre, 1901). Telles sont les exceptions relatives aux règles de fond.

**Règles de formes.** Quant aux règles de forme, les Anglais sur ce point ont été très larges. La règle qui veut qu'un mariage est valablement passé à l'endroit de la célébration, lorsque les formes locales ont été respectées, a été de très bonne heure proclamée par les cours d'Angleterre (Voyez Burgin, art. 9 p. 77). En particulier, un des grands juges de l'Angleterre, le Lord Justice Cotton, dans une affaire qui a fixé la jurisprudence en 1881 (Cour d'Appel d'Angleterre, affaire Harvey contre Farnie) s'exprimait ainsi : "La règle que je prends en main s'applique universellement lorsqu'un mariage a été solennisé selon les formalités et de la manière requises à l'endroit où il est célébré, il sera reconnu dans le pays du domicile, et étant reconnu dans le pays du domicile, la personne sera considérée comme valablement mariée".

Les Anglais avaient d'autant plus d'intérêt à établir ce principe que, sinon en Angleterre, du moins tout près de l'Angleterre, fonctionnait un droit qui a fait du mariage un simple échange de consentements presque sans formalités. Au nord de l'Angleterre, à la frontière de l'Ecosse, un forgeron s'était rendu célèbre pour marier devant son enclume quiconque venait lui demander une bénédiction laïque : c'est le célèbre forgeron de Gretna Green, qui a défrayé la chronique au siècle dernier. Le mariage écossais s'opère "per verba de presenti" (par paroles de présent) ou même par simple échange d'écrit; et il suffit de 21 jours de résidence. Un mariage de ce genre a été annulé en 1921 (affaire Pepper contre Pepper, Burgin, p. 78) parce qu'au lieu de 21 jours de résidence, les imprudents mariés ne justifiaient que de 20 jours. Par conséquent, l'Angleterre avait intérêt à valider les mariages passés en la forme locale, étant donné qu'elle avait à ses portes une législation qui n'en connaissait pas pour ainsi dire aucune. C'est pourquoi, on ne trouve pas dans la jurisprudence anglaise de décisions analogues à celles rencontrées dans la jurisprudence française, sur l'influence des formes du mariage dans certains pays. C'est ainsi, par exemple, que l'Angleterre admet la validité d'un mariage entre Chinois passé suivant les usages chinois, c'est-à-dire sans aucune forme de cérémonie, (décision de 1926, la Cour d'Appel d'Angleterre, Burgin, p. 78). Pareillement, les Anglais ne sont pas, même pour un mariage



célébré en Mongolie, par exemple, aussi exigeants que les tribunaux français. Dans une affaire Philipps de 1921 (Burgin ibidem) les tribunaux d'Angleterre ont reconnu la validité d'un mariage passé ainsi dans une partie lointaine de la Chine précisément par une autorité ecclésiastique dans des conditions où certainement des cours françaises (voyez l'affaire Bouly de Lesdain, précitée) auraient estimé qu'il n'y avait pas un mariage valable. Sur le point de la forme, donc, l'Angleterre a admis très largement le principe de l'application de la loi du lieu de célébration, et il ne semble pas qu'elle y ait établi des dérogations aussi grandes que celles que nous avons rencontrées jusqu'à présent dans le droit du continent.

Le tour d'horizon sur les législations des pays qui nous entourent concernant les formalités extérieures et les conditions intrinsèques est ainsi terminé. Il convient d'en venir au code Bustamante.

Observation  
relative à la  
question du  
renvoi et de  
la qualification.

Auparavant, une dernière observation s'impose. Elle est relative aux conséquences des quelques différences qui ont été signalées. Si peu qu'il y en ait, il y en a, et l'on est alors en présence d'un conflit au deuxième degré, non plus d'un conflit des lois, mais d'un conflit des systèmes, du conflit des règles de rattachement. Là comme ailleurs, on est obligé d'y faire attention. En effet, les conflits de système sont plus particulièrement les deux conflits classiques du renvoi et du conflit de qualification. On rencontre ici les deux.

es pays de la  
loi nationale  
admettent le  
renvoi.

On rencontre d'abord le renvoi, et en cette matière, il peut se produire très facilement. Un pays comme l'Angleterre, qui rattache les principes des conditions de fond à la loi du domicile, doit nécessairement, par son système, entrer en conflit avec un système comme le nôtre qui rattache ces conditions à la loi nationale : c'est l'hypothèse classique du renvoi. En pareil cas, les pays de loi nationale ne font aucune difficulté pour admettre le renvoi. En France, bien qu'il n'y ait pas de jurisprudence, les auteurs s'accordent pour accepter en cette matière le renvoi. (Voyez Goulé n° 328, le mariage, dans le Répertoire du Droit international). L'Allemagne, en vertu d'un principe général, écrit dans l'article 27 de la loi d'Introduction, admet le renvoi comme principe général. La Suisse et l'Italie l'admettent en vertu des accords de La Haye. La jurisprudence espagnole l'admet également. Par conséquent, sauf la controverse de principe, le renvoi est accepté pour ce cas particulier du mariage par la plus grande partie des législations. Il en est autrement du divorce, notam-



ment en France (v. l'affaire Stewart précitée).

Au contraire, des difficultés existent en matière de qualification.

Quant à la question des qualifications, elle se présente en la matière sous une forme curieuse, et celle-là aussi classique. En effet, dès l'instant où l'on dit : conditions intrinsèques, loi personnelle; formalités extérieures, loi du pays de célébration, le principe étant admis par tout le monde, il peut se poser la question de savoir ce qui rentre, soit dans l'une, ou l'autre de ces catégories. Tout irait bien, si tout le monde était prêt à admettre que telle ou telle condition rentre dans les formalités extérieures. Mais il n'en est rien. Si bien qu'en face de plusieurs questions, notamment en face de la question du consentement des parents, on a pu se demander si le consentement constituerait une condition intrinsèque ou au contraire une formalité extérieure. Condition intrinsèque, la loi personnelle l'emporterait; formalité extérieure, ce serait la loi du lieu de célébration. Pour nous, Français, eu égard à la notion que nous avons du consentement des parents au mariage, nous n'acceptons pas de le voir placer dans les formalités extérieures. Il en est autrement de l'Angleterre. En Angleterre, on considère les consentements comme une partie de la cérémonie du mariage. Cette règle a été proclamée de très bonne heure dans la jurisprudence anglaise. Elle a été notamment affirmée par Lord Cotton dans l'affaire Sottomayor contre de Barros (précitée) en 1877, et sa sentence a été reproduite depuis, dans le leading case de la matière, (affaire Ogden contre Ogden, cour d'Appel d'Angleterre 1907, Hibbert, p. 276). L'affaire est intéressante parce qu'elle montre précisément l'opposition entre le droit anglais et le droit français sur cette question. Il s'agissait d'un français mineur domicilié en France, qui avait, en Angleterre, épousé une anglaise, sans le consentement de ses parents. Le mariage fut annulé devant les tribunaux français, et les deux conjoints voyant leur mariage annulé, se remarièrent chacun de leur côté; mais lorsque la validité du second mariage fut discutée en Angleterre pour l'Anglaise qui avait ainsi reconvolé, la Cour d'Appel d'Angleterre déclara qu'elle avait été bien et valablement mariée la première fois et que par conséquent son second mariage était nul comme entaché de bigamie, parce que aux yeux de la loi anglaise, le mariage passé en Angleterre sans le consentement des parents était valable, non pas que le consentement ne soit pas requis, mais il est requis dans d'autres conditions qu'en France, et en l'espèce les conditions étaient remplies. C'est à cette occasion qu'une fois de plus la Cour d'Appel d'Angleterre



proclama le principe que le consentement doit être considéré comme une partie de la cérémonie du mariage et non pas comme une question dépendant de la capacité personnelle des parties pour contracter mariage. "The consent must be considered a part of the ceremony of marriage, and not a matter affecting the personal capacity of the parties to contract marriage". Telle est l'importance que présente en la matière la qualification, c'est-à-dire la nécessité où se trouvent et où doivent se trouver les législateurs qui veulent réglementer la matière, d'entrer dans les détails.

Une bonne législation internationale sur la matière ne pourrait donc pas se borner à l'exposé du double principe de la compétence de la loi personnelle pour les conditions intrinsèques, de la compétence de la loi du lieu de célébration pour les formalités extérieures; il faudra, bon gré mal gré, qu'elle entre dans les détails et qu'à propos de l'application de chaque loi elle qualifie toutes les conditions de fond et de forme du mariage. C'est précisément ce qu'a fait le code Bustamante, et si les quelques articles qui traitent de la matière, notamment les articles 36 à 40 concernant les conditions de fond, sont assez difficiles à lire, c'est que précisément il était nécessaire pour le code, non seulement de poser le principe, mais d'établir les qualifications.

## II

Examen des dispositions du Code Bustamante.

Grâce aux explications antérieures, ces articles qui, au premier abord, pourraient apparaître difficiles à comprendre, vont sembler dans leur principe et dans leurs applications beaucoup plus clairs qu'à une première lecture sans préparation.

Observation relative à la méthode employée par le Code.

Une première observation s'impose, avant même de lire ces articles. Elle concerne la méthode employée par le code. Le code aurait pu, comme nous l'avons fait jusqu'à présent, dans cette question, statuer hypothèse par hypothèse, examinant chaque cas en particulier. Très sagement, étant donné qu'il s'agissait de poser des principes, le code est parti de la technique juridique. Au lieu de partir des faits pour arriver au droit, il part au contraire de données techniques pour descendre dans le détail des applications concrètes. C'est ainsi que dans les articles 36 à 40 auxquels il faudra joindre l'article 53, toute une série de règles visent l'application de telle ou telle loi, et y subordonnent les hypothèses concrètes et les règles juridiques. C'est ainsi que l'on trouve d'abord l'article 36 et l'article 37 pour l'indica-



cation du domaine de la loi personnelle. Puis on trouve les articles 38 et 39 au sujet de la détermination du domaine de la loi du lieu de célébration. Troisièmement, on trouve une hypothèse, article 39, où est visée la loi personnelle en première ligne et la loi locale en deuxième ligne. Quatrièmement, l'article 40, où l'on trouve des hypothèses où l'on combine la loi personnelle et la lex fori. Et il y a lieu de rapprocher de cette hypothèse visée à l'art. 40 celle qui est visée à propos de la séparation de corps et du divorce à l'article 53 (lex fori substituée à la loi personnelle).

Domaine de la loi personnelle.

Prenons d'abord, la première de ces catégories, articles 36 et 37. En réalité, il n'y a à retenir, ici pour le principe, que l'article 36; l'article 37 vise simplement l'organisation de la preuve. Art. 36 : "Les contractants sont soumis à leur loi personnelle, pour tout ce qui se réfère à leur aptitude à contracter mariage, au consentement, au conseil des parents, aux empêchements, et aux dispenses". Le domaine de la loi personnelle, d'après l'article 36, c'est un certain nombre de questions spécifiées, qualifiées : l'aptitude à contracter mariage, le consentement ou le conseil des parents, que l'on fait ainsi rentrer dans le fond et non pas dans la forme, les empêchements, les dispenses. Et ceci est alors applicable à toute hypothèse, celle des nationaux se mariant dans l'un des Etats contractants ou à l'étranger, aussi bien qu'à celle des étrangers se mariant dans l'un des Etats contractants ou à l'étranger. Ainsi, les hypothèses sont ici subordonnées à l'application générale du principe. Laissons de côté l'article 37, que l'on retrouve d'ailleurs dans les dispositions de la Convention de La Haye, il est relatif à la manière dont les étrangers doivent prouver qu'ils remplissent les conditions exigées par leur loi personnelle.

Domaine de la loi du lieu de célébration.

Deuxième catégorie : domaine de la loi du lieu de célébration. Art. 38 "La législation locale est applicable aux étrangers quant aux empêchements qu'elle institue qui ne sont pas susceptibles de dispense, à la forme du consentement, à la force obligatoire ou non des fiançailles, à l'opposition du mariage à l'obligation d'aviser des empêchements, et aux conséquences civiles des fausses déclarations, à la forme des diligences préliminaires, et à l'autorité compétente pour la célébration". Voilà la deuxième catégorie de règles : application en principe de la loi du lieu de célébration pour les questions qui viennent d'être spécifiées, ce qui tranche, relativement à ces questions, le problème de la qualification



Question des  
promesses de  
mariage -  
loi personnel-  
le ou subsi-  
diairement  
loi locale)

Loi personnel-  
le combinée a-  
vec lex fori-

Quatrième caté-  
gorie de dis-  
positions rela-  
tives aux con-  
ditions intrin-  
sèques.

La troisième catégorie comprend simplement la question des promesses de mariage. On verra qu'il ne faut pas les confondre avec les fiançailles. La promesse de mariage, en principe, est régie par la loi personnelle commune, et, à son défaut, par le droit local.

Enfin, la quatrième catégorie, la dernière, lex fori combinée avec la loi personnelle ou se substituant à elle, ressort des articles 41 et 53, dont le détail est assez précis.

L'article 40 établit une combinaison entre la loi personnelle et la lex fori. Il fait intervenir la loi personnelle s'il s'agit d'un national, et la lex fori s'il s'agit d'un étranger. L'hypothèse envisagée, c'est le cas où un national ou un étranger se marie en dehors de l'un des Etats contractants déterminés, soit dans un autre des Etats contractants, soit, à fortiori, en dehors du terrain d'application du code. L'article 40 est ainsi libellé : "Les Etats contractants ne sont pas tenus de reconnaître le mariage célébré dans l'un d'eux par leurs nationaux ou des étrangers, quand il est contraire à leurs dispositions légales relatives : 1°/ à la nécessité de la dissolution d'un mariage antérieur, 2°/ aux degrés de parenté ou d'alliance qui créeraient un empêchement dirimant (*impedimento absoluto*), 3°/ à la prohibition de se marier concernant les coupables de l'adultère, qui a causé la dissolution du mariage, 4°/ à la même prohibition interdisant à celui qui s'est rendu coupable d'un attentat contre la vie de l'un des époux d'épouser le survivant". Voilà les quatre catégories de cas dans lesquels joue, soit la loi nationale, s'il s'agit d'un national de l'un des Etats contractants; soit la lex fori, lorsqu'il s'agit d'un étranger. L'article 40 termine par une formule générale qui embrasse d'autres cas "ou à toute autre cause de nullité irrémédiable". A cette série de cas envisagés dans l'article 40, il faut joindre la disposition de l'article 53. Evidemment l'article 53 s'est placé à propos de l'exception relative à la séparation de corps et au divorce et vise surtout le divorce. Mais la disposition qui est contenue dans l'article 53 statuant sur un mariage après divorce statue en réalité sur une validité de mariage quant au fond. L'article 53 établit alors une combinaison entre la lex fori et la loi du lieu de célébration : "Chaque Etat contractant a le droit d'autoriser ou de reconnaître ou non le nouveau mariage de personnes divorcées à l'étranger dans les cas, avec les effets et pour des causes que leur droit personnel n'admet pas."



Ainsi on préférera éventuellement au droit personnel la *lex fori* ou la loi du lieu de célébration "autoriser, reconnaître ou ne pas reconnaître le nouveau mariage". On met en jeu par l'autorisation de la reconnaissance ou de la non reconnaissance, soit la loi du lieu du tribunal saisi, soit la loi du lieu où le mariage est passé. Tel est l'ensemble des dispositions de la codification en ce qui concerne les conditions intrinsèques.

Dispositions relatives aux formalités extérieures.

Principe : Règle *locus regit actum*.

Quant aux formalités extérieures, la codification ne comprend que deux articles dans la section 2 sur la forme du mariage : l'article 41 et l'article 42. Ces deux articles, en principe, admettent la règle "*locus regit actum*" comme principe général, et ils établissent deux exceptions, l'une dans la deuxième partie de l'article 41, l'autre dans l'article 42. Voici ces dispositions :

Article 41, 1ère disposition : "Sera tenu à tous égards pour valable, quant à la forme, le mariage célébré suivant celle qui est reconnue comme valable par les lois du pays où il est conclu (*per las leyes del pais en que è efectuo*)". Voilà le principe, c'est la règle *locus*. Voici maintenant la première exception :

Deux exceptions.

Article 41, 2ème partie : "Cependant les Etats, dont la législation exige une cérémonie religieuse, pourront refuser toute validité (*negar validez*) au mariage contracté par leurs nationaux à l'étranger sans observer cette forme". C'est le cas des Etats dont la législation exige une cérémonie religieuse pour le mariage, et la codification admet que tous les Etats dont la législation comprend une disposition de ce genre, puissent refuser toute validité au mariage contracté par leur nationaux en dehors de l'Etat sans observer cette forme. Voilà la première exception.

La seconde exception est relative au mariage diplomatique.

Article 42 : "Dans les pays où la législation le permet, les mariages contractés devant les agents diplomatiques ou consulaires des deux conjoints seront célébrés selon leur loi personnelle sans préjudice de l'application à ces unions des dispositions de l'article 40". Là on vise les règles de fond, ce n'est peut-être pas utile à mettre, on l'a mis par habitude, par imitation de notre article du code Français. Ainsi, lorsque les deux conjoints dépendent des mêmes agents diplomatiques ou consulaires, on permet le mariage diplomatique.

Les précédents de la codifica-

Tels sont, dans l'ensemble, les textes qui gouvernent la codification de Bustamante à propos de no



tion de Bustamante :

a) les travaux préparatoires.

tre matière. Le commentaire pourrait en être assez difficile au regard des simples Travaux Préparatoires, car si l'on se reporte au projet rédigé par le Professeur de Bustamante, au volume concernant la commission des juristes de Rio, on s'aperçoit qu'il y a eu peu de modifications : des modifications apportées sur quelques points de détail, comme celle qui a consisté à faire disparaître de l'article 36 la mention des publications que le Professeur de Bustamante avait placées dans son projet comme dépendant de la loi personnelle. De même dans l'article 40 in fine, cette formule générale "ou à tout autre cause de nullité irrémédiable" ne figurait pas. Voilà les seules modifications que l'on peut apercevoir dans les Travaux préparatoires, ou tout au moins dans la forme générale des Travaux préparatoires.

b) l'histoire des conventions sud-américaines.

Mais si de ces réformes de rédaction, on remonte dans l'histoire des conventions sud-américaines, on s'aperçoit, au contraire, que la matière a fait l'objet d'un très grand nombre de variations. En effet, le traité de Lima de 1878 contenait, en ce qui concerne le fond, un article 10 et un article 12. L'article 10 pour les conditions intrinsèques établissait le principe de la loi nationale, en ce qui concerne la capacité; cela n'est point surprenant, puisque la convention de Lima a précisément pour objet de faire prévaloir la loi nationale. L'article 12 n'appelait la loi locale, la loi du lieu de célébration, qu'à régler la question des empêchements dirimants.

Quant aux formes extérieures, l'article 7 ne consacrait la règle "locus regit actum" qu'implicitement; et en raison de ce que l'article 7 appelait cette règle pour régir les effets civils, on en déduisait, par l'interprétation logique, qu'elle devait à fortiori gouverner les formes.

Le traité de droit civil international de Montévidéo intervenu en réaction du traité de Lima avait pour but de faire prévaloir la loi du domicile à l'encontre de la loi personnelle et il devait nécessairement engendrer un revirement de la situation.

Le traité de Montévidéo : Principe territorial -

C'est ce que l'on observe en effet dans le traité de Montévidéo. Quant aux conditions intrinsèques, l'article 11 et unique, dans son paragraphe 1er, donne compétence, pour régler la question de capacité, à la *lex loci celebrationis*. C'était le principe purement territorial qui avait inspiré les rédacteurs de la convention du traité de Montévidéo. Le paragraphe 2 admettait cependant les Etats contractants à refuser de reconnaître la validité d'un mariage célébré dans l'un d'entre eux et affectant les empêchements



tenant à l'âge, à la parenté, au meurtre du conjoint prédécédé comme auteur ou complice) qui amenaient la dissolution du mariage précédent. On faisait échec à la loi de célébration pour donner plus de valeur encore au territoire et pour faire prévaloir la loi locale sur la loi du lieu de célébration. Voilà pour le fond.

En ce qui concerne la forme, l'article 12 établissait explicitement la compétence de la loi locale, règle "locus regit actum", sans aucune exception.

Par la suite, diverses propositions furent faites, et avant l'apparition du projet Bustamante la majorité de la sous-commission compétente des jurisconsultes de Rio avait admis un article 6 sanctionnant d'une façon générale le principe de la loi du lieu de célébration, de la *lex loci celebrationis*. C'était la formule de Montévidéo, poussée à son extrême rigueur. Pour le fond d'abord, l'article 6 disait : "La capacité des personnes pour contracter mariage est régie par la loi du pays où le mariage est célébré". La solution était la même pour la forme. On n'admettait, en ce qui concerne le fond, que l'exception relative à la polygamie et au degré de parenté.

Le professeur de Bustamante repoussa cette conception. En particulier, il s'attaqua à la formule de Montévidéo que reproduisait le nouvel article 6. Il déclare (dans le volume de la commission des jurisconsultes de Rio, n° 120, p. 118) que la formule consistant à donner à la loi de célébration la compétence en matière de capacité est une formule dangereuse, pour deux raisons : d'abord parce qu'elle permet d'écluder des prescriptions de la loi personnelle ou du droit local, en se transportant seulement pour la célébration du mariage dans un lieu où elle ne régit ni les deux époux, ni l'un d'eux. Ensuite parce qu'elle n'explique pas pour quelles raisons on a tenu à faire échapper la capacité matrimoniale à la règle générale applicable dans tous les actes de la vie civile, qui est la loi personnelle applicable aux matières de capacité, alors surtout ajoute le Professeur de Bustamante que "d'après le traité de Montévidéo la loi personnelle était la loi du domicile".

C'est pour ces raisons que, dans le projet Bustamante, l'auteur de la codification revenait à la loi personnelle. Dans le projet de l'article 35 devenu l'article 36, pour les cas spécifiés, quant à la forme, le professeur de Bustamante admettait bien le principe de la règle "locus regit actum", mais il a cru devoir y ajouter les deux exceptions qui existent dans la codification : la première relative à la cé-

Adoption de la loi personnelle par M. de Bustamante.



réunion religieuse, permettant aux Etats qui exigent une cérémonie religieuse, de reconnaître un mariage passé à l'encontre de ces dispositions. Le professeur de Bustamante indique qu'il a été amené à présenter cette exception pour faciliter l'admission du code dans tous les pays contractants. Ce n'est pas pour des raisons théoriques, mais pour des raisons d'opportunité pratique et législative. D'autre part, il a consacré également l'exception du mariage diplomatique, et il ajoute en terminant (n° 121, p. 119 et p. 120 du livre sur la Commission des jurisconsultes de Rio) que c'est la nécessité de donner immédiatement des exceptions à la règle *locus* qui lui a fait apercevoir l'impossibilité où on était de faire figurer la règle "*locus regit actum*" comme principe général dans la partie générale des articles 1 à 8 du titre préliminaire. "On ne pouvait pas, dit-il, songer à faire figurer dans ces articles comme règle générale à côté des règles sur le statut personnel, sur les qualifications, etc., la règle *locus*, puisque la première fois qu'on la rencontre dans les applications pratiques on est obligé immédiatement d'y apporter deux exceptions". On ne peut pas, par conséquent, faire figurer comme règle générale une règle qui subit dès le premier choc la nécessité d'exceptions. Telles sont au premier abord les raisons qui ont gouverné l'ensemble des articles 36 à 42 de la codification Bustamante.

Raisons pour lesquelles l'auteur de la codification a adopté ses solutions.

Si l'on veut voir quelle est la véritable pensée de l'auteur de la codification dans ces articles un peu touffus, il faut aller la rechercher dans son traité de D.I.P., au tome II, chapitre II et chapitre III du droit civil international : chapitre II, conditions légales préalables au mariage, n° 687 et ss., chapitre III, Forme et effets personnels du mariage n° 713 et ss. au tome II p. 23 à 46. Dans cette répartition d'hypothèses, on retrouve, peut-être un peu noyée, contrairement d'ailleurs à la pensée de l'auteur du code, la fameuse classification tripartite du professeur de Bustamante, qui inspire toute l'école de La Havane et qui figure dans l'article 3 du code : la distinction des lois de droit privé personnelles, d'ordre public interne, et d'ordre public international. Le professeur de Bustamante n'a pas pu, techniquement, maintenir la division qu'il a indiquée dans son livre. Pour la technique de la codification, il a été obligé de répartir les matières d'une façon un peu différente, mais le fond reste le même. En effet, là où il avait toute liberté doctrinale, dans son livre de D.I.P., on voit bien qu'il s'est inspiré de sa classification tripartite, de la division des



règles de orden privato, de ordern publico interno y de orden publico internacional.

Voici alors sous quelle forme et avec quels motifs l'auteur de la codification présente les règles.

1) Règles qui dépendent de l'autonomie de la volonté.

Tout d'abord, dit l'auteur, il y a, dans la matière, des règles qui dépendent de l'autonomie de la volonté, quant à la loi applicable; appartient à ce domaine, la promesa del matrimonio, la promesse de mariage, règle rencontrée à l'article 39. Ce texte fait régir par la loi personnelle commune des parties, ou, à son défaut, par le droit local les conséquences juridiques de la promesse de mariage. L'obligation de payer ou non une indemnité pour promesse de mariage non tenue, les publications des bans non suivies de mariage, sont réglées par la loi personnelle commune ou à défaut par le droit local. Pourquoi ? Parce qu'on est en présence d'une matière contractuelle et qu'en matière contractuelle le principe, c'est l'autonomie de la volonté, c'est un principe de droit d'ordre privé, dans lequel doit prévaloir l'autonomie personnelle. Alors la règle en question que l'on retrouve dans l'article 39, est une règle présomptive, à caractère supplétif, dit expressément le professeur de Bustamante. Et ceci explique la distinction que l'on rencontre dans cet article 39 par rapport à l'article 38 entre la promesse de mariage et les fiançailles (les sponsales). La promesse de mariage est une convention qui est réglée par la loi contractuelle, la loi présomptive. Au contraire, la réglementation des fiançailles est laissée (article 38) au droit local, parce qu'il s'agit d'une matière d'ordre public, et d'ordre public interne. Pourquoi. Parce que, selon certains droits, les fiançailles sont une sorte d'engagement d'un caractère bien différent de la promesse de mariage, c'est une ultime garantie de la liberté des contractants. Et les contractants n'ont pas le droit de supprimer arbitrairement par le choix d'une autre loi, par exemple d'une loi qui rendrait les fiançailles obligatoires, une garantie de leur liberté individuelle en cette matière. Si on laissait la matière des fiançailles à la disposition de l'autonomie de la volonté des parties, quant à la loi applicable, les époux pourraient se placer sous l'empire d'une loi qui, par exemple, les rendrait obligatoires, alors que la force obligatoire leur est déniée dans leur droit personnel. Dans ces conditions, ils pourraient changer la loi qui est applicable à leur liberté personnelle, ou même, comme le dit d'une façon très imagée le professeur de Bustamante, cette garantie de leur bonheur. Ainsi, les



fiançailles sont, dans certaines législations, une garantie de la liberté individuelle, et c'est la raison pour laquelle on a placé dans l'article 38 les fiançailles et dans l'article 39 la promesse de mariage.

2) règles d'ordre public interne?

La deuxième catégorie de la division tripartite, qu'indique le professeur de Bustamante dans son livre, ce sont les règles d'ordre public interne, de orden publico interno, c'est-à-dire celles qui suivent les personnes, même quand elles changent de pays, c'est le statut personnel. Dans cette catégorie il est tout naturel que l'on place, comme l'a fait Bustamante, et l'on retrouve la trace de sa pensée dans l'article 36, la capacité, le consentement et le conseil des parents, les dispenses, les empêchements relatifs aux dispenses. Et le traité du professeur de Bustamante y ajoute les publications (las proclamas) parce que les publications sont placées dans le statut de capacité. Mais, sur ce point, l'article 35 devenu l'article 36 a été modifié, et la commission de Rio n'a pas suivi le professeur de Bustamante dans cette voie.

3) règles d'ordre public international

Restaient enfin les conditions de fond, celles qui relèvent de l'ordre public international, de la catégorie qui s'applique sur un territoire déterminé à tous ceux qui y résident, qu'ils soient ou non des nationaux. On trouve, à cet égard, dans le livre de Bustamante au numéro 699 et au n° 700, les empêchements qui sont énumérés respectivement dans l'article 38, les empêchements sans dispense possible, pour lesquels on doit respecter le droit local; et dans l'article 40 les dispositions pour lesquelles les Etats ont la liberté de ne pas souscrire à certaines dispositions reconnaissant la validité du mariage : telles sont l'incapacité du dément, l'impossibilité de procréer, l'impossibilité perpétuelle et incurable, (article 40 et article 38 du code) la forme du consentement, parce que, a dit le professeur de Bustamante, la forme du consentement des époux et des tiers est une règle territoriale; la règle locus regit actum pourrait également la justifier, on la retrouvera à l'article 38. Enfin, les 4 empêchements fondamentaux, les cuatro impedimentos fundamentales : parenté directe ou collatérale, parenté adoptive et le meurtre, ce sont là les empêchements qui s'inspirent de raisons indiscutables d'ordre moral et social.

Bustamante justifie également du point de vue de l'ordre public international, les oppositions au mariage, les diligences préliminaires, etc... Telles



sont les raisons fondamentales, que l'on retrouve dans la discrimination de toutes les espèces, de toutes les catégorisations, qui sont nettes dans les articles 36 à 40. Derrière la technique spéciale de ces articles, on retrouve la classification doctrinale scientifique en 3 catégories, qui est le fond de la doctrine de La Havane et qui est le fond du code Bustamante.

Quant aux règles de forme, il convient de se reporter pour leur commentaire aux n° 713 à 728 du traité du professeur de Bustamante. Les deux exceptions qui figurent dans le code, articles 41 et 42, ont été réfutées et discutées d'une façon particulière par l'auteur de la codification.

### III

Appréciation des règles et solutions adoptées par le code Bustamante.

Il ne reste plus maintenant, pour en finir avec cette matière, qu'à apprécier d'un point de vue universaliste les règles et solutions rencontrées dans ces articles.

Cette appréciation du point de vue universaliste sera relativement aisée, car la Convention de La Haye du 12 Juin 1902, convention internationale en vue de régler les conflits de lois en matière de mariage, offre un terrain favorable pour la comparaison, du point de vue universaliste et pour l'appréciation soit en bien, soit en mal, de ce premier essai de codification internationale et de ce second essai, en somme, que marque le code Bustamante.

Point de départ : la convention de La Haye sur le mariage.

Il convient de rappeler en quoi consistait la convention de La Haye sur le mariage. C'est une des trois conventions, votée le 12 Juin 1902, conjointement avec celle relative au divorce et à la séparation de corps, ainsi qu'à la tutelle des mineurs. (Voir le texte dans "Les Textes de Droit usuel" de MM. Niboyet et Goulé, t. II p. 143). Cette convention avait été débattue initialement entre 15 états présents à la conférence. Un état ne l'avait pas signée, la Russie, et 3 autres ne l'avaient point ratifiée : deux d'entre eux, l'Espagne et l'Autriche, parce qu'ils n'admettaient pas à cette époque l'assimilation entre le mariage civil et le mariage religieux, et un troisième état, le Danemark, parce que, la convention de La Haye sanctionnait la loi nationale et que le Danemark fait réglementer le statut personnel et la capacité par la loi du domicile. La convention de La Haye n'était donc en vigueur que dans le reste des Etats qui avaient ainsi signé. Depuis lors, la France et la Belgique en sont sorties, et à l'inverse, depuis les traités de paix, la ville de Dantzig et la Pologne y ont adhéré. La liste des Etats adhérant à la convention



se trouve dans la note 1 qui figure à la page 143 du recueil des textes de MM. Niboyet et Goulé. La convention est actuellement en vigueur en Allemagne, Hongrie, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Portugal, Roumanie, Suède, Suisse, Dantzig et Pologne. Le texte de cette convention n'appelle pas de longs commentaires. L'article fondamental, en ce qui concerne les règles de fond, est l'article 1er, qui est ainsi conçu : "Le droit de contracter mariage est réglé par la loi nationale de chacun des futurs époux, à moins qu'une disposition de cette loi ne se réfère expressément à une autre loi". Par conséquent, pour les conditions de fond, les conditions intrinsèques, le principe, c'est non seulement la loi personnelle, mais la loi nationale avec possibilité de renvoi, ce que signifie la formule de la fin de l'article.

En ce qui concerne la forme (articles 5 à 7) : compétence reconnue à la loi du lieu de célébration, (*lex celebrationis*); "sera reconnu partout comme valable, quant à la forme, le mariage célébré selon la loi du pays où il a eu lieu". Tels sont les deux principes consacrés. En somme, la convention du 12 Juin 1902 consacrait le principe, qui peut être considéré à présent comme de droit universel, de la distinction entre les conditions intrinsèques et les formalités extérieures, les conditions intrinsèques étant régies en principe par la loi personnelle, les formalités extérieures étant régies, en principe, par la loi du lieu de célébration.

Dans les autres articles, on rencontre des exceptions qui donnent, 1°/ en ce qui concerne le fond, dans certains cas, compétence à la loi du lieu de célébration (article 2) 2°/ en ce qui concerne la forme, permettant de faire intervenir la loi personnelle pour combattre la loi locale dans certains cas, notamment pour le mariage religieux (article 5, alinéa 2 et article 7).

Comparaison a-  
vec le code  
Bustamante.  
Supériorité du  
code Bustaman-  
te.

Il convient de comparer cette convention avec le code Bustamante. M. Lévy-Ullmann indique immédiatement ses préférences pour le code Bustamante.

En effet, la convention de La Haye présentait un certain nombre de faiblesses, qui se sont accusées par la suite et qui en faisaient le vice congénital. A cet égard, deux reproches fondamentaux peuvent être faits à la dite convention. Quant aux conditions intrinsèques, le premier tort de la Convention est d'avoir imposé la loi nationale comme loi personnelle. C'est sur ce point là que le code Bustamante est nettement supérieur. En effet, le Code Bustamante s'est bien gardé de choisir entre la loi du domicile et la



loi nationale. Il parle toujours de "loi personnelle", que ce soit la loi nationale ou la loi du domicile. Les conventions de La Haye, surtout en 1902, ont été conclues sous l'influence de la doctrine de Mancini, pour affirmer la prépondérance de la théorie de la loi nationale, de la personnalité du droit. A cette époque ces doctrines étaient en plein essor, et il n'est point étonnant que les auteurs de la convention s'y soient presque tous ralliés, sauf le Danemark. Mais il saute aux yeux que dans une convention qui tend à l'universalité, qui se propose de grouper tous les pays, on ne pourrait et on ne doit pas accepter une formule aussi tranchante et susceptible d'écarter de la convention tous les Etats, qui sont régis, quant au statut personnel, par la loi du domicile. Voilà la première faiblesse de la convention de La Haye, faiblesse qui s'est encore accusée à la 6ème conférence de 1928, lorsqu'on a essayé de modifier les conventions et qu'on s'est aperçu que jamais on ne pourrait sur ce point, tant qu'on conservera le principe de la loi nationale, obtenir l'adhésion des Etats, notamment des Etats anglo-saxons. Voilà la première infirmité de la convention de La Haye, dont le code Bustamante est exempt.

Il y a une seconde faiblesse qui s'est révélée relativement peu de temps après la ratification de la convention de La Haye. Il s'agit du sens des premiers mots de l'article 1er : "Le droit de contracter mariage est réglé par la loi nationale". Que fallait-il entendre par ces mots : le droit de contracter mariage ? Sans doute, à l'article 2, là où on établit des exceptions à l'empire de la loi nationale, où l'on donne dans certaines hypothèses compétence à la loi du lieu de célébration, on a visé quelques règles, mais, dans l'ensemble, la convention de La Haye a eu le tort de ne point faire de qualifications. C'est précisément - l'histoire est célèbre - sur une question de qualifications que la convention a perdu quelques uns des pays qui y avaient adhéré à l'origine, notamment la France et la Belgique, et voici pourquoi. C'est la fameuse question, qui a surgi en 1913 en Belgique, de la validité du mariage passé en Belgique par les Alsaciens-Lorrains réfractaires au service militaire. La loi allemande exigeait, pour les militaires en service ou pour les insoumis, l'autorisation des supérieurs hiérarchiques pour contracter mariage. La question se posait devant les tribunaux belges de savoir si les Alsaciens-Lorrains se mariant en Belgique sans l'autorisation des supérieurs hiérarchiques Allemands pourraient être considérés comme ayant passé un maria-



ge valable. Il s'est agi d'interpréter ce que voulait dire dans la convention de La Haye les mots "le droit de contracter mariage". Devant les tribunaux belges, la thèse française qui consistait à dire que dans les mots : "le droit de contracter mariage", on n'avait fait que viser le droit privé et non pas le droit public, ne l'emporta pas. On a considéré qu'on avait visé tous les empêchements tenant à la capacité, qu'ils soient de droit public ou de droit privé, et d'après le Tribunal civil de Bruxelles (21 Juin 1913), la Cour d'Appel de Bruxelles (26 Novembre 1913) et la Cour de Cassation belge (11 juin 1914) on donna tort à la thèse française. La France d'ailleurs n'avait point attendu les décisions en dernier ressort : le 12 Novembre 1913, (Journal Officiel du 13 Décembre 1913) elle avait dénoncé les 3 conventions du 12 Juin 1902.

Le 5 Décembre 1916, elle dénonça d'ailleurs les autres conventions, une et deux, de 1905.

La Belgique qui cependant avait antérieurement à la guerre, condamné la thèse française, suivit la France dans la voie des dénonciations, et le 30 Octobre 1918 s'échappa des conventions de La Haye.

Que faut-il retenir de cette histoire célèbre ? La nécessité - et à cet égard les codificateurs de La Haye l'ont bien compris, puisqu'en 1928 ils ont essayé, dans leur remaniement de la convention, de procéder ainsi - de faire des qualifications - la nécessité de déterminer, dans la mesure du possible, par le détail, ce qui rentre très exactement sous l'empire de la loi locale et ce qui reste très exactement sous l'empire de la loi personnelle. C'est une supériorité de la qualification Bustamante, supériorité qui malheureusement se traduit par une complication : l'obligation de spécifier les hypothèses, d'entrer dans le détail, ce qui est toujours assez fâcheux pour une codification, mais qui, en l'espèce, est indispensable, puisque si cela n'avait pas été fait, il y aurait des fissures qui surgiraient, des difficultés de qualifications, telles que celles qui ont surgi à propos de la convention de La Haye. M. Lévy-Ullmann conclut sur ce point, et d'une façon très simple, à la grande supériorité de la codification Bustamante sur la convention de La Haye, à une préférence pour l'adoption du code Bustamante pour le cas où devant l'opinion publique se poserait la question de savoir si l'on doit ou non accepter, dans les relations internationales, un code ou des principes généraux de règlement des conflits de lois.

Conclusion.

L'étude de la formation du mariage dans le code



