MACON, PROTAT FRÈRES, IMPRIMEURS

24e Année. 1897 Tome 24.

JOURNAL
DU
DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ
ET DE LA
JURISPRUDENCE COMPARÉE

FONDÉ ET PUBLIÉ PAR

ÉDOUARD CLUNET
Avocat à la Cour d'appel de Paris,

AVEC LE CONCOURS ET LA COLLABORATION DE MM.

A. Darras, docteur en droit, secrétaire de la rédaction.

L. Beauchet, professeur à la Faculté de droit de Nancy ;
A. Chrétien, professeur à la Faculté de droit de Nancy ;
F. Despagnet, professeur à la Faculté de droit de Bordeaux ;
N. Droz, ancien président de la Confédération helvétique ;
Féraud-Giraud, président honoraire à la Cour de cassation (France) ;
P. Fiore, professeur à l'Université de Naples ;
Gabba, professeur à l'Université de Pise ;
A. Hindenburg, avocat à Copenhague ;
A. Lainé, professeur à la Faculté de droit de Paris ;
G. Lebret, professeur à la Faculté de droit de Caen ;
E. Lehr, jurisconsulte de l'ambassade de France en Suisse ;
Ch. Lyon-Caen, membre de l'Institut, professeur à la Faculté de droit de Paris ;
F. de Martens, professeur à l'Université de Saint-Pétersbourg ;
J.-B. Moore, secrétaire adjoint au Department of State (Etats-Unis) ;
W. L. P. A. Molengraaf, professeur à l'Université d'Utrecht ;
A. d'Olivecrona, conseiller à la Cour suprême de Suède ;
M. Pallamary, avocat à Smyrne ;
E. Picard, avocat à la Cour de cassation (Belgique) ;
A. Pillet, professeur à la Faculté de droit de Paris ;
P. Pradier-Fodéré, conseiller à la Cour de Lyon ;
L. Renault, professeur à la Faculté de droit de Paris ;
E. Roguin, professeur à l'Université de Lausanne ;
Russell of Killowen (Lord), Lord Chief Justice d'Angleterre ;
R. Salem, avocat à Salonique ;
F. Silvela, ministre de la Justice (Espagne) ;
L. Von Bar, professeur à l'Université de Göttingen ;
A. Wahl, professeur à la Faculté de droit de Lille ;
R.-E. Webster, Q. C. attorney général d'Angleterre ;
A. Weiss, professeur adj. à la Faculté de droit de Paris, etc., etc., etc.

PARIS
MARCHAL & BILLARD
Libraires de la Cour de Cassation, 27, place Dauphine.

qui était en force à la date de l'entrée en vigueur de ladite ordonnance, est applicable dans la mesure où les circonstances le permettent. Cela comprend probablement la « loi de 1862 sur les marques de marchandises » et la « loi de 1883 sur les brevets, dessins et marques de fabrique ».

« 2° Le Code pénal de l'Inde traite, dans ses sections 478 à 48[illegible] inclusivement, des marques de fabrique et des délits qui s'y rapportent. Il n'est pas nécessaire que ces sections soient invoquées. Elles s'appliquent à tous les sujets britanniques aussi bien qu'aux ressortissants des États qui, comme la Grèce et la Roumanie, n'ont pas de traités avec Zanzibar, mais ont placé leurs sujets, en matière consulaire et judiciaire, sous la protection et la juridiction britanniques.

« 3° L'ordonnance du Conseil privé de 1893 relative à Zanzibar (rendue en matière de marques de fabrique) déclare punissables à Zanzibar les délits qui sont punissables aux Indes en vertu de la « loi sur les marques de marchandises pour les Indes, de 1889 [1] »; la peine fixée consiste en une amende de 1.000 roupies ou en deux mois d'emprisonnement, ou dans les deux peines réunies.

« Les délinquants étrangers, sujets des Puissances qui ont conclu des traités avec Zanzibar (France, Allemagne, Autriche, Italie, Belgique, Portugal et États-Unis d'Amérique), sont soumis à l'application des lois de leurs pays respectifs.

« Ce qui précède s'applique aussi bien aux possessions insulaires du sultan qu'à celles situées sur la côte, sauf que le gouvernement allemand a renoncé à l'exterritorialité judiciaire sur le continent. » (Propriété industrielle, 31 juillet 1896.)

zibar, la juridiction criminelle et civile de Sa Majesté à Zanzibar sera, autant que les circonstances le permettront, exercée d'après les principes et en conformité des dispositions mentionnées plus loin du gouverneur général de l'Inde en Conseil et du gouverneur de Bombay en Conseil, conformément à la procédure et à la pratique observées par, et devant ceux des tribunaux de la Présidence de Bombay qui sont au-dessus des limites de la juridiction originale ordinaire de la Haute Cour de justice de Bombay, selon leur juridiction et leur autorité respective; et si les dispositions, la procédure et la pratique mentionnées sont inapplicables, la juridiction de Sa Majesté sera exercée en vertu et en conformité du droit coutumier et de la législation écrite de l'Angleterre, tels qu'ils sont en force en Angleterre au moment de l'entrée en vigueur de la présente ordonnance.

1. V., en outre, la *Propriété industrielle*, 1893, p. 151 et 177.

Les Éditeurs-Gérants : MARCHAL ET BILLARD.

MACON, PROTAT FRÈRES, IMPRIMEURS

De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois.

C'est une idée très répandue chez les internationalistes modernes, qu'un jour ou l'autre, à une date impossible à fixer, mais évidemment lointaine, tous les États civilisés professeront la même doctrine sur la solution des conflits de lois. A l'unité du droit international public, déjà plus qu'à demi réalisée, correspondra naturellement l'unité du droit international privé. En dépit de la diversité de leurs origines, ces deux disciplines différentes ne feront plus, grâce à l'identité de leur méthode comme de leur étendue d'application, qu'une seule et même science.

Il y a évidemment fort à faire pour en arriver là, et quelque brillantes perspectives que leur ouvre, dans cet ordre d'idées, le double succès de la conférence de La Haye en 1893 et 1894 [1], les internationalistes dont je parle ne se dissimulent pas qu'un pareil résultat demande beaucoup de temps. Les États intéressés devront faire bien des sacrifices et dépouiller bien des préjugés. Mais enfin, le but peut être atteint : il ne reculera pas indéfiniment devant nous.

L'examen de nombreux documents de la jurisprudence française rapprochés de quelques documents de la jurisprudence étrangère, en m'inspirant l'étude de détail qu'on va lire, m'a laissé sur ce point une impression toute différente. Une question que personne ne paraît avoir soupçonnée surgit en effet de l'analyse de ces documents, la solution n'en est guère douteuse, et rend malheureusement impossible, comme on le verra, l'unification définitive des règles du droit international privé. Le but que l'on poursuit ne sera donc jamais atteint : il reculera indéfiniment devant nous. C'est cette opinion réfléchie que je voudrais défendre en ces quelques pages, et la dissertation que je soumets aux lecteurs du *Journal* n'a pas, en définitive, un autre objet.

I

C'est déjà une difficulté que de poser clairement la question que je viens d'annoncer. Je préfère entrer en matière par

1. V. Lainé, La Conférence de La Haye relative au droit international privé, Clunet 1894, p. 5, p. 236; 1895, p. 465, p. 734; le texte des résolutions adoptées en 1893, *ibid.* 1893, p. 1275, en 1894, *ibid.* 1895, p. 197.

un exemple, que je n'emprunte pas directement aux arrêts, que me suggèrent seulement certains d'entre eux, et qui aura l'avantage, tout en me permettant de dégager la formule doctrinale de la question qu'il soulève, de faire immédiatement saisir le rapport étroit qui unit cette question au problème plus général de l'unification du droit international privé.

Supposons que deux États s'accordent sur les deux principes suivants : pour l'un et pour l'autre, la dévolution de la succession mobilière ou immobilière dépend de la loi nationale du *de cujus* au jour de son décès ; pour l'un et pour l'autre, le régime légal des biens entre époux dépend de la loi nationale du mari au jour du mariage. S'il est vrai que l'unification du droit civil international est possible, ces deux États hypothétiques en recueilleront immédiatement les fruits dans toutes les questions que peut soulever chez l'un d'eux la dévolution des successions ou le régime légal des ressortissants de l'autre. Tout conflit qui s'élèvera dans cet ordre d'idées devant les tribunaux respectifs de chacun d'eux sera immédiatement résolu pour l'un et pour l'autre par l'application de l'une ou de l'autre des deux règles de droit international privé qu'ils adoptent en commun. Eh bien, cela n'est pas. Ces deux États ont beau professer la même doctrine sur les conflits de lois que soulèvent la dévolution des successions et le régime légal des biens entre époux, il pourra fort bien arriver qu'un conflit de lois relatif à l'une ou l'autre de ces deux institutions soit résolu différemment par les tribunaux de l'un et par les tribunaux de l'autre. Ce conflit ne touche pas à d'autres institutions, il se présente exactement dans les mêmes termes entre les mêmes personnes, et peut-être, par le jeu de certaines règles de compétence internationale que je n'ai pas à préciser, à la même date, devant les tribunaux de l'un et de l'autre État. Il n'est pas du tout certain qu'il reçoive une solution identique des uns et des autres.

Deux ressortissants du premier de ces États se sont mariés sans contrat. Pour les deux États, le régime des biens des époux se rattache à leur loi nationale commune au jour du mariage. Pendant la durée du mariage, le mari, changeant seul de nationalité, devient ressortissant du second de ces États. Il meurt. Sa veuve réclame, en cette qualité, un certain droit à l'encontre de sa succession, composée de valeurs mobilières et d'immeubles situés en fait sur le territoire du second État.

droit, la loi successorale du second État, c'est-à-dire la loi nationale du *de cujus* au jour de son décès, ne le reconnaît point, mais la veuve soutient que la prétention qu'elle élève ne se rattache pas à la dévolution de la succession, qu'elle se rattache, au contraire, au régime des biens entre époux, et que justement la loi matrimoniale du premier État, c'est-à-dire la loi nationale du mari au jour du mariage, l'admet et la consacre.

Tout dépend dès lors de la nature juridique de la prétention de la veuve. Il est clair que si les lois internes des deux États que j'ai supposés l'envisageaient de même et lui reconnaissaient la même nature juridique, la solution serait fort simple et la difficulté disparaîtrait à peine née. L'accord de ces deux États sur les deux règles de droit international que met en jeu la prétention de la veuve, ferait disparaître toute espèce de doute sur la loi qu'il conviendrait de lui appliquer, parce que cet accord se doublerait d'un accord préalable sur la nature de la prétention de la veuve. Mais il peut fort bien arriver, en fait, que cet accord préalable n'existe pas, que la loi du second État rattache cette prétention à la dévolution héréditaire du patrimoine du *de cujus*, tandis que la loi du premier la rattache, au contraire, au régime des biens entre époux.

Par conséquent, nos deux États ont beau s'entendre sur les deux règles de droit international que cette prétention met en jeu, il suffit de supposer que chacun d'eux la *qualifie* différemment pour qu'à un accord théorique sur ces deux règles de principe se substitue un dissentiment irréductible sur la solution à donner au conflit.

Voilà comment se pose en théorie pure cette question des *qualifications*, qui touche, comme on vient de l'entrevoir, aux fondements mêmes du droit international privé. En fait, elle ne s'est jamais présentée de la sorte, mais entre les hypothèses fort nombreuses qui l'ont mise au jour, on en rencontre plus d'une dans laquelle on retrouve quelques-uns des éléments de celle qui m'a servi jusqu'à présent.

Supposons, par exemple, avec un arrêt de la Cour d'Alger, du 24 décembre 1889 [1], deux époux mariés sans contrat, sous l'empire de la loi maltaise qui fixe par hypothèse le régime légal de leurs biens. Il est clair que la loi maltaise ne régira pas nécessairement la dévolution de la succession du mari

[1] Clunet 1891, p. 1171.

prémourant, et, notamment, que si cette succession se compose d'immeubles situés en France, sa dévolution sera régie pour la France, aux termes d'une jurisprudence établie, par la loi française, loi de la situation des immeubles héréditaires.

Ceci posé, le conjoint survivant réclame, devant les tribunaux français, une part de la succession du prémourant [1].

La question de savoir si sa prétention est juste dépend évidemment de la question de savoir quelle loi il faut lui appliquer, s'il faut lui appliquer la loi maltaise ou la loi française, la loi qui gouverne le régime matrimonial des conjoints ou la loi qui fixe la dévolution de la succession du prémourant. Mais cette question dépend elle-même de la nature du droit invoqué par le conjoint survivant. Si l'on admet que sa prétention se rattache aux droits qu'il tire du régime légal qui déterminait ses rapports pécuniaires avec son conjoint, on appliquera la loi maltaise qui gouverne ce régime; si l'on admet, au contraire, que cette prétention concerne la dévolution héréditaire du patrimoine du conjoint prédécédé, on s'en tiendra à la loi française. Tout dépend donc, en définitive, de la nature que l'on attribue au droit invoqué, bref, de la *qualification* qu'on lui applique. Il est bien clair que si cette qualification était la même dans les deux lois en conflit, je veux dire, si la loi française et la loi étrangère s'accordaient sur la nature juridique de cette prétention, la difficulté serait aisément et immédiatement résolue. Pour l'une et pour l'autre, cette prétention serait de nature successorale ou de nature matrimoniale [2] et la détermination de la loi qu'il faudrait lui appliquer irait d'elle-même.

Il est malheureusement fort loin d'en être ainsi. La loi maltaise peut très bien rattacher cette prétention au régime des biens entre époux, tandis que la loi française estime qu'elle se rattache à la dévolution héréditaire du patrimoine du conjoint prédécédé. Dans ces conditions, il faut tout d'abord choisir entre les qualifications différentes de ces deux lois. Quand ce choix sera fait, alors on pourra choisir entre les lois différentes auxquelles on peut songer pour reconnaître ou nier le bien-fondé de cette prétention, en tous cas pour en fixer les limites

1. Nous nous plaçons, avec la Cour d'Alger, à une date antérieure promulgation de la loi du 9 mars 1891.

2. J'emploie cette expression faute de mieux.

l'étendue. Ce n'est pas une seule question de conflit que nous avons à résoudre : il y en a deux très différentes, et la solution de la seconde dépend de celle de la première.

Quelle est donc la loi à laquelle nous devons nous attacher pour donner à cette prétention du conjoint survivant la qualification qu'elle mérite ? Et pour réduire à la concision d'une formule abstraite la difficulté que je viens de dégager, quelle est, en droit international privé, la loi qui fournit la *qualification* des droits ?

Il faudrait se garder de croire, en effet, que cette difficulté de qualification ne se présente que dans l'hypothèse particulière sur laquelle j'ai raisonné. Outre qu'il serait bien facile de modifier les détails de cette hypothèse elle-même sans en changer la donnée générale, je veux dire sans sortir du domaine commun du régime des successions et du régime des biens entre époux, — et la jurisprudence nous en fournira de nombreux exemples, — une difficulté absolument identique se rencontre dans les conflits de lois que soulèvent nombre d'institutions différentes, et sans vouloir anticiper sur mes développements ultérieurs, où les exemples de qualification que fournissent la jurisprudence française et la jurisprudence étrangère seront soigneusement relevés, je puis dès maintenant signaler un autre cas bien connu dans le même ordre d'idées. On sait que certaines législations prohibent la forme olographe en matière de testament et l'interdisent à leurs ressortissants qui seraient tentés de l'employer dans un pays étranger qui l'admet. Il me suffit de rappeler que l'art. 992 du Code néerlandais statue en ce sens. Supposons donc un sujet néerlandais qui teste en France en la forme olographe : son testament sera-t-il valable en la forme devant les tribunaux français? Tout dépend de la qualification qu'il faut attribuer à la prohibition de l'art. 992 du Code néerlandais. Si les tribunaux français rattachent cette prohibition au statut personnel et y reconnaissent une règle de capacité, le testament sera nul, parce que l'incapacité du sujet néerlandais à tester en la forme olographe l'aura suivi en France où il a testé; si, au contraire, ils rattachent cette prohibition aux règles de forme des actes juridiques, le testament sera valable, à supposer qu'ils pensent que la forme du testament dépend nécessairement de la loi du lieu de rédaction, parce que cette loi, qui est la loi française, admet la forme olographe.

La jurisprudence néerlandaise, par interprétation de l'art. 992 du Code néerlandais, prend naturellement le premier parti; la jurisprudence française contient des décisions dans les deux sens. Mais la possibilité même d'une divergence d'opinions chez les jurisconsultes français sur ce point suffit à établir que c'est la qualification de la prohibition de l'art. 992 du Code néerlandais qui est le nœud de la difficulté.

Je me borne actuellement aux deux exemples que je viens d'analyser, sauf à y joindre, avant d'aborder le fond du problème, la promesse d'en ajouter beaucoup d'autres aux deux premiers. Cela me suffit provisoirement, pour justifier le caractère absolument général de la difficulté que ce travail a pour objet de résoudre.

Voici maintenant l'ordre que je suivrai dans mes développements. J'essaierai d'abord d'analyser et de séparer les éléments logiques de cette difficulté : je n'ai fait jusqu'ici qu'en indiquer sommairement les termes. J'exposerai ensuite la solution qui me semble rationnellement lui convenir, et l'on verra par là, une fois de plus, quelle place considérable elle occupe dans les théories générales du droit international privé. Enfin, j'étudierai, dans l'ordre même des théories spéciales du droit international privé, les solutions positives qui lui ont donnée, dans les hypothèses les plus variées, la jurisprudence internationale et le droit conventionnel.

II

Ce qui fait l'originalité et tout à la fois la subtilité du problème, c'est que, suivant la qualification à laquelle on s'attachera pour fixer la nature de la prétention litigieuse, la loi interne applicable à cette prétention variera.

Cela est tout à fait évident si l'on se reporte aux deux exemples qui m'ont permis de poser la question. Suivant que l'on rattache la prétention du conjoint survivant au régime des successions ou au régime des biens entre époux, on la soumet à la loi applicable à la dévolution des successions en droit international privé, ou à la loi applicable au régime des biens entre époux. Suivant qu'on rattache la faculté de tester en la forme olographe à la capacité juridique du testateur ou à la forme du testament, ou la soumet à la loi qui régit la capacité en droit international privé ou à la loi qui fixe la forme des

actes juridiques. Dans l'un et l'autre cas, la qualification n'entraînera pas le choix entre deux dispositions légales de la même loi interne dépendant de la même souveraineté, mais bien entre deux dispositions légales appartenant à des lois internes différentes, édictées par des souverainetés différentes.

Il faut, par conséquent, se garder de confondre cette question des qualifications, telle que je la pose, avec une question très voisine, qui vise également la qualification des institutions ou des droits, mais qui ne touche point, en réalité, au droit international privé ou qui n'y touche qu'accidentellement, si d'ailleurs on entend très largement l'expression de droit international privé.

Par exemple, la question de savoir si l'action introduite par un étranger devant les tribunaux français met en jeu une difficulté de nature civile ou de nature commerciale, de telle sorte qu'antérieurement à la loi du 5 mars 1895, ce demandeur étranger eût été tenu dans le premier cas et dispensé dans le second de fournir la *cautio judicatum solvi*, ne rentre pas du tout dans la donnée générale de la question des qualifications telle que j'entends l'étudier. En effet, quelle que soit ici la qualification à laquelle on s'arrête, la loi interne applicable aux conditions d'exercice de l'action et notamment à la prestation de la *cautio judicatum solvi* ne changera pas. Dans l'un et l'autre cas, que la contestation soit de nature civile ou commerciale, ce sera toujours la loi du tribunal saisi qui fixera les conditions d'exercice de l'action, et qui décidera si la *cautio* est due ou si elle ne l'est pas. La qualification de la contestation permettra de choisir entre deux dispositions légales de la même loi interne, celle qui impose la *cautio* et celle qui en dispense, mais non pas entre deux dispositions légales appartenant à des lois internes différentes. Cela suffit pour différencier profondément cette seconde question de qualification de la première, et pour justifier l'étude exclusive que je ferai ici de la première seulement.

Il s'en faut d'ailleurs que l'énoncé de celle-ci soit encore assez complet pour me permettre d'en esquisser la solution. Il peut, en effet, se présenter sous des formes et dans des conditions très différentes; j'ajoute enfin, à l'occasion de lois de nature différente, qu'il faut avant tout distinguer avec soin.

— Dans les deux hypothèses de conflit sur lesquelles j'ai

raisonné jusqu'à présent, la qualification à donner à la prétention du conjoint survivant ou du légataire du *de cujus* se réduisait pour eux au choix entre tout et rien, je veux dire au choix entre l'admission pure et simple de la prétention qu'ils élevaient et le rejet pur et simple de cette prétention. Il s'agissait, pour le conjoint survivant, de rattacher sa prétention au régime légal des biens entre époux, c'est-à-dire à la loi contemporaine du mariage qui en contenait la justification pure et simple, et d'écarter d'elle, en même temps, toute qualification de droit de succession, qualification qui la soumettait à la loi de la dévolution héréditaire, et en entraînait dès lors nécessairement le rejet pur et simple, puisque cette loi n'attribuait rien au conjoint survivant. Pareillement, il s'agissait pour le légataire de rattacher la faculté de tester en la forme olographe à la théorie de la forme des actes juridiques, ce qui devait entraîner l'application de la loi du lieu de rédaction, c'est-à-dire la validité du testament et du legs en la forme, et d'écarter, au contraire, de cette faculté toute qualification de capacité qui aurait eu pour effet inévitable d'entraîner l'application du statut personnel du testateur, c'est-à-dire la nullité du testament et du legs en la forme. Dans les deux cas il s'agissait donc bien pour le conjoint survivant et le légataire d'un choix entre tout et rien.

Ce n'est pas à dire que le conflit de qualification sur lequel je raisonne se présente toujours sous une forme aussi aiguë. Il peut arriver que le juge ait à choisir, non pas entre tout et rien, mais entre tout et quelque chose, les deux lois concurrentes qu'il s'agit pour lui d'appliquer à la prétention du demandeur, suivant la qualification qu'elle comporte, reconnaissant l'une et l'autre le bien fondé de cette prétention, mais chacune d'elle attribuant à cette prétention une étendue et une valeur différentes. Quelle que soit la qualification, et par conséquent la loi applicable, l'intéressé aura toujours quelque chose, mais il aura, suivant les cas, plus ou moins.

Il suffirait pour cela de supposer, — mais je dois reconnaître que les arrêts ne paraissent nous fournir jusqu'à présent aucune hypothèse de ce genre, — que la prétention du conjoint survivant à l'encontre de la succession de son mari trouve un appui dans la loi normalement applicable à la dévolution héréditaire du patrimoine du mari, comme dans la loi normalement applicable au régime légal des biens des con-

joints. Mais l'une de ces lois donnerait au conjoint plus que l'autre. Il faut toujours que le juge choisisse entre elles et c'est par le même raisonnement, je veux dire en résolvant la même question de qualification, qu'il choisira. En un mot, sous quelque forme que la question de qualification se présente au juge, son caractère fondamental reste le même et le point d'interrogation ne change pas de place.

II. — Indépendamment des deux formes que peut affecter la question de qualification, j'ai ajouté qu'elle pouvait encore se produire dans des conditions différentes. Voici ce que j'entends par là.

Dans les deux exemples sur lesquels j'ai raisonné, la question de qualification se présente devant un tribunal français, de telle sorte que, suivant la solution qui lui sera donnée, la loi française ou une loi étrangère quelconque s'appliquera au rapport de droit litigieux. Si la prétention du conjoint survivant, dans l'hypothèse de l'arrêt d'Alger, se rattache au régime des biens entre époux, c'est la loi maltaise, dans le cas contraire, c'est la loi française que le tribunal français appliquera. Pareillement le légataire du sujet néerlandais qui a testé en France prétend rattacher l'emploi de la forme olographe par le testateur aux règles de forme des actes juridiques, ce qui entraînera l'application par le tribunal français de la loi du lieu de rédaction de l'acte, c'est-à-dire de la loi française, tandis que l'héritier légitime entend rattacher la prohibition de l'art. 992 du Code néerlandais aux règles de capacité, ce qui entraînera l'application par le même tribunal de la loi personnelle du défunt, c'est-à-dire de la loi néerlandaise. En un mot, dans ces deux hypothèses, et j'ajoute dans la presque totalité de celles que les arrêts nous font connaître, le juge hésite entre une loi étrangère quelconque et sa propre loi ou, comme on dit, la *lex fori*. La solution de la question de qualification entraînera l'application d'une loi étrangère ou celle de la *lex fori*.

Ici encore il ne faudrait pas confondre l'accidentel avec le nécessaire. Il pourrait fort bien arriver, même dans l'état actuel du droit international, que la solution de la question de qualification entraînât simplement le choix du juge entre deux lois étrangères différentes, la sienne propre ne se trouvant point engagée dans le conflit. Il suffit de supposer pour cela que le sujet néerlandais a testé en Espagne en la forme nun-

cupative, ou en Italie en la forme olographe, et que ses bie
sont situés en France. Il s'agira pour le juge français deva
lequel sera portée la demande en délivrance du legs, de cho
sir non pas entre la loi française et la loi néerlandaise, ma
entre la loi italienne ou espagnole et la loi néerlandaise, la *l*
fori étant complètement étrangère au débat. J'ajoute qu
serait bien facile de modifier, en ce sens, l'hypothèse q
m'ont fournie les prétentions du conjoint survivant, surto
si l'on met en jeu les règles rationnelles du droit internatio
privé. Il me paraît d'ailleurs inutile de le faire ici.

Cette distinction entre les conditions dans lesquelles pe
se poser la question de qualification me semble beaucoup pl
importante que celle que je faisais plus haut entre les form
qu'elle peut revêtir. Je montrerai, en effet, lorsque j'essaie
de la résoudre, que, dans le premier cas, je veux dire lorsq
la *lex fori* est en jeu, les principes fondamentaux du dr
international privé, dans son état actuel, en fournissent ais
ment la solution. Dans le second cas, au contraire, la difficu
est beaucoup plus délicate et la solution plus douteuse.

III. — J'ai supposé jusqu'ici que le conflit s'élevait en
deux lois ayant pour caractère commun de s'imposer au mo
dans une certaine mesure à la volonté des parties. Il s'ag
sait, par exemple, de choisir entre la loi qui régit la dévo
tion des successions et la loi qui fixe le régime des bie
entre époux. La première s'impose, sans aucun doute, au
cujus et à ses ayants cause et la seconde, si elle dépend
l'autonomie des intéressés pour beaucoup de jurisconsultes
notamment pour la jurisprudence française, se rattache,
contraire, à plus juste titre, pour beaucoup d'autres, ne fût-
qu'au point de vue de la liberté et de l'immutabilité des co
ventions matrimoniales, au statut personnel, c'est-à-dire
une loi qui s'impose aux parties. Pareillement il s'agissa
dans l'autre hypothèse, de choisir entre la loi personnel
du testateur, qu'il ne peut évidemment modifier à son gr
et la loi du lieu de rédaction du testament, qui s'impose
lui, à tout le moins lorsqu'il entend mettre de côté sa loi
personnelle. En tous cas, et ceci est capital, même dans
la mesure où la loi applicable au régime des biens entre
époux et la loi applicable à la forme du testament se rat-
tachent à l'autonomie des intéressés, le doute ne s'élevait
point sur la détermination de cette loi elle-même ; la qualifica-

on du droit devait permettre de choisir entre une loi impo-
e par les principes et une loi acceptée par les parties, mais
on point entre deux lois sur lesquelles on pouvait également
ésumer que la volonté des parties s'était arrêtée.

C'est cependant ce qui pourrait se produire étant donnée
différence des présomptions légales qui déterminent, dans
haque système positif de droit international privé, la loi
plicable à une obligation par l'effet de l'autonomie des con-
ctants. Par exemple, à supposer que les contractants aient
tendu s'en tenir, dans cet ordre d'idées, à la loi du lieu
exécution, comment choisir entre deux lieux différents
ués dans des États différents et entraînant, par consé-
ent, l'application de deux lois différentes aux effets de
bligation, si l'un et l'autre peuvent passer au regard des
bunaux de l'État dont ils dépendent, pour des lieux d'exé-
ion? La jurisprudence italienne nous fournit des exemples
conflits de ce genre [1]. La qualification de lieu d'exécution
ribuée par les tribunaux de l'un de ces États à l'un de ces
x, à l'exclusion de l'autre, les conduira à rejeter l'une des
sur lesquelles on peut admettre que l'intention des par-
s'était arrêtée, tandis que la qualification contraire les
duirait à rejeter l'autre. L'influence de la qualification est
c ici bien différente de ce qu'elle était ailleurs.

Les explications préliminaires prennent ainsi fin, et je puis
ntenant, après les distinctions que j'ai faites, aborder le
même de la difficulté.

III

On peut la formuler d'une façon très simple : lorsque
l'application de telle ou telle loi à un même rapport de droit
dépend de la nature de ce rapport, quelle est la loi qui fixe la
nature de ce rapport, de façon à soustraire ce rapport à l'em-
pire de l'une des deux lois concurrentes pour lui appliquer
l'autre?

1. Gênes, 22 juillet et 27 novembre 1866, Turin, 22 décembre 1868, *Revue de dr. international*, 1876, p. 414; Cass. Turin, 13 janvier 1891, Clunet 1891, p. 1026. On rapprochera de ces arrêts, que je commenterai d'ailleurs plus loin, un arrêt de la Cour de Colmar (19 mars 1893, Clunet 1895, p. 141), un arrêt de la Cour suprême d'Autriche (Clunet 1892, p. 504) et enfin un arrêt de notre Cour de cassation du 18 décembre 1872 (Clunet 1874, p. 239).

Je vais raisonner, en premier lieu, sur l'hypothèse où l
deux lois concurrentes sont des lois qui prétendent s'imposer
aux parties, dont la détermination ne dépend pas de l'autono-
mie de leur volonté, d'une part, — de l'autre, sur l'hypothèse
où l'une des deux lois concurrentes est la loi du juge saisi, la
lex fori. Quand j'aurai donné la solution de cette premièr
hypothèse, je m'occuperai des deux autres, que je négli
d'abord entièrement, celle où les deux lois concurrentes so
des lois étrangères, celle enfin où les deux lois concurrentes
se rattachent l'une et l'autre à l'autonomie de la volonté.

La première hypothèse est la plus simple, et j'indique imm
diatement la solution que je lui donne. Lorsque l'application
de la *lex fori* ou d'une loi étrangère quelconque à un même
rapport de droit dépend de la nature de ce rapport, c'est la
lex fori qui fixe la nature de ce rapport, sauf exception.

Par exemple, la nature de la prétention du conjoint survi-
vant sur la succession de son mari sera fixée par la loi du tribu-
nal auquel sa prétention sera soumise, si la nature de cette pré-
tention doit conduire le juge à lui appliquer sa propre loi ou
bien une loi étrangère. Pareillement, la nature de la faculté de
tester en la forme olographe sera fixée par la loi du tribunal
saisi de la demande en délivrance du legs, si la nature de
cette faculté doit conduire le juge à appliquer à la forme du
testament sa propre loi ou bien une loi étrangère. Le tout, bien
entendu, sauf discussion et aussi sauf exception.

Il faut, pour justifier cette proposition, descendre jusqu'aux
fondements du droit international privé. Là seulement, elle
trouvera un appui, mais c'est un appui que je crois inébra
lable.

Lorsqu'un État, par une disposition expresse de ses l
internes ou par l'approbation tacite qu'il donne à la jurisp
dence de ses tribunaux, admet l'application des lois étra
gères sur son territoire, lorsqu'il reconnaît que certains
litiges sont soumis à leur empire, il limite volontairement le
domaine de sa propre législation, il limite volontairement sa
propre souveraineté qui, en fait, est absolue. Je n'entends pas
dire évidemment par là qu'il fasse une concession bénévole
aux souverainetés étrangères dont il permet que les lois s'in-
troduisent sur son territoire; j'admets volontiers que c'est
pour des raisons de droit qu'il accueille ces lois étrangères et
qu'il répudie ainsi la souveraineté absolue que le principe de

dépendance des États nous oblige à lui reconnaître. Mais
l fonde cette restriction de ses pouvoirs sur la *comitas*
tium ou sur des considérations juridiques, peu importe;
n'en reste pas moins volontaire de sa part, puisqu'à défaut
supérieur commun qui n'existe pas, les autres États, ses
ux, ne sauraient le contraindre à la consentir.

y a, sans doute, une contradiction apparente entre le
ctère volontaire de la restriction qu'il apporte à sa propre
souveraineté et les considérations juridiques par lesquelles
tout le monde aujourd'hui [1] s'accorde à l'expliquer. Si elle n'a
pas pour mesure les convenances de l'État qui se l'impose, en
un mot, si elle est fondée en droit, elle correspond, dès lors,
à une obligation de l'État qui la subit, et il ne faut plus par-
ler, semble-t-il, du caractère volontaire que lui donne le con-
sentement de cet État à la subir.

L'objection, pour être classique, n'en est pas plus décisive,
et le sens dans lequel j'emploie l'épithète contestée ne me
ramène, en aucune façon, à la conception démodée de l'an-
cienne *comitas gentium*. Quand je parle de l'adhésion volon-
taire d'un État aux limitations de souveraineté qui résultent
pour lui des règles du droit international privé, je n'entends
pas dire que cet État n'accepte ces limitations que parce qu'il
le veut bien, parce qu'il pousse la générosité internationale
jusqu'à s'y soumettre, — ce serait là, en effet, la formule de
comitas gentium, — j'entends dire, au contraire et seulement,
qu'il les accepte parce qu'il les *croit* justes, parce que l'idée
que se fait de la souveraineté de chaque État l'y oblige. En
un mot, les règles supérieures et les notions juridiques d'où
découle à ses yeux cette obligation ne lui étant point imposées
par une autorité de fait existant au-dessus de lui et par consé-
quent en dehors de lui, — ce que personne ne contestera, —
c'est lui qui les formule pour lui-même, en les formulant idéa-
lement pour tous les États investis d'une souveraineté égale à
la sienne et qu'il juge de même nature que la sienne.

La société des États dont il entend faire partie n'étant point
fondée sur le consentement exprès et réciproque de chacun
d'eux, les lois de son organisation ne sont consignées dans
aucun document qui les impose identiquement à tous : chacun
d'eux, en l'absence de ce document hypothétique, se fait, dès

1. Sauf, bien entendu, les jurisconsultes anglo-américains.

lors, à son usage comme à l'usage de tous, une conception de la souveraineté et de ses limites naturelles. Et c'est de cette conception, dont il est nécessairement l'auteur, malgré le caractère impersonnel qu'il lui donne, que résulte son obligation. Mais il est clair que l'origine de cette obligation est la même en définitive que celle de la notion de souveraineté qui la fonde. Par la force des choses, chaque État donne à la souveraineté la mesure qu'il croit devoir lui donner. Chaque État est nécessairement maître de sa conception de la souveraineté, puisque personne n'a qualité pour la formuler autrement qu'il ne le fait, et s'il est maître de sa conception de la souveraineté, il l'est également des obligations que cette conception entraîne à sa charge.

Ceci posé, le caractère volontaire des restrictions qu'apporte un État à l'empire de ses propres lois civiles étant mis hors de doute, il en résulte nécessairement que les tribunaux de cet État, saisis de la question de savoir quelle est la nature juridique d'un rapport de droit, et par suite de la question de savoir s'ils doivent appliquer à ce rapport leur propre loi ou bien une loi étrangère, emprunteront toujours la définition juridique de ce rapport à leur propre loi. En effet, lorsque l'État dont ils sont les organes s'est reconnu l'obligation d'appliquer à une institution quelconque une loi étrangère, il est bien évident que cet État n'a pu mesurer l'étendue de la restriction qu'il apportait ainsi à l'empire de ses propres lois civiles que par référence à la notion qu'il se faisait lui-même de cette institution. Il n'est pas admissible qu'il ait entendu laisser à la loi étrangère le soin de déterminer quels rapports de droit se rattachent et quels rapports de droit ne se rattachent pas à l'institution qu'il entend soumettre à l'empire de la loi étrangère; car alors ce n'est pas lui qui fixerait, comme il en a le droit, l'étendue de ses obligations vis-à-vis de la souveraineté étrangère dont la loi est en jeu : c'est la loi étrangère et, par conséquent, la souveraineté étrangère qui fixerait en réalité l'étendue de ces obligations. C'est elle, qui, en entendant plus largement qu'il ne le fait l'institution qu'il abandonne en principe à l'empire de la loi étrangère, deviendrait au fond maîtresse de les étendre indéfiniment. L'État qui aurait ainsi abandonné à la loi étrangère le pouvoir de fixer les rapports de droit que comprend l'institution qu'il entend soumettre à cette loi, aurait par là même abandonné à cette loi la définition

cette institution; par la brèche qu'il aurait ainsi imprudemment ouverte, et qu'il reconnaîtrait à la loi étrangère le droit d'agrandir à sa guise, la majeure partie des dispositions de cette loi pourrait passer sans son aveu. L'envahissement deviendrait complet, il ne serait plus maître chez lui.

Lors donc qu'un État entend soumettre une institution quelconque et les rapports de droit qui en découlent à la loi étrangère, il est de toute évidence qu'il s'en réfère tacitement à la notion qu'il s'est faite de cette institution et des rapports de droit qu'elle comprend. Mais cette notion, c'est sa législation qui en contient l'expression, d'où il résulte que ses tribunaux, saisis de la difficulté que je suppose, qualifieront nécessairement le rapport de droit litigieux par référence à sa propre loi, à la *lex fori*.

On peut rapprocher de cette doctrine et invoquer en ce sens une solution classique du droit international privé qui présente une grande analogie avec celle que je défends. Supposons, dans l'une des nombreuses hypothèses où le système de droit international privé sanctionné par la loi ou la jurisprudence d'un Etat quelconque, admet l'application de la loi nationale des parties à un rapport de droit donné, que l'une des parties ait en fait deux nationalités. Suivant que le juge fera prévaloir l'une ou l'autre de ces deux nationalités qui s'excluent, il appliquera l'une ou l'autre des deux lois nationales qui se disputent la personne de l'intéressé. Or, tout le monde reconnaît que si l'une de ces deux lois nationales est précisément la loi de l'Etat auquel appartient le juge, en un mot, si l'une des deux nationalités qui réclament également le plaideur est celle du juge, celui-ci négligera entièrement celle des deux nationalités qui n'est pas la sienne. Il considérera le plaideur comme un ressortissant pur et simple de l'État auquel il appartient lui-même et au nom duquel il rend la justice.

Pourquoi cela? Tout simplement parce que cet État a seul qualité pour déterminer quels sont ses nationaux, et qu'aucun des autres États, ses égaux, ne peut élever la prétention de se substituer à lui à cette fin. Les dispositions légales qui fixent dans chaque État la nationalité des personnes qui s'y rattachent, sont en dehors et au-dessus des règles ordinaires des conflits de lois. Pareillement, dans chaque État, le système de droit international privé que sanctionne sa législation ou la jurisprudence de ses tribunaux, est en dehors et au-dessus

des règles ordinaires des conflits de lois. De même que chaque État ne connaît et ne peut connaître que la loi qu'il s'est donnée sur la nationalité, de même il ne connaît et ne peut connaître que la loi qu'il s'est donnée pour résoudre les conflits de lois. Si donc le système de droit international privé consacré par un autre État contredit le sien par la différence des qualifications que cet autre État sanctionne, cette conception étrangère ne peut que s'effacer devant la sienne. C'est lui seul qui fournit à ses tribunaux la qualification internationale des institutions et des rapports de droit.

Sans rechercher encore si cette formule finale admet quelques exceptions, et pour quelles raisons elle les admet, je voudrais au préalable en montrer l'application dans un dernier exemple, de façon à mettre en garde contre le sens excessif qu'on pourrait être tenté de lui attribuer et de me reprocher.

Cette formule et la règle qu'elle exprime ont, en définitive, pour objet, d'empêcher que la loi étrangère, en appliquant une qualification artificielle à l'une des institutions qu'elle réglemente, ne fasse bénéficier arbitrairement cette institution des principes libéraux que professe un autre État sur les conflits de lois, et n'étende par là son empire à des rapports de droit qui ne la concernent point. La *lex fori* intervient alors pour rectifier une qualification sans doute volontairement inexacte, et elle ne peut évidemment la rectifier qu'en la comparant à l'idée qu'elle se fait elle-même de l'institution litigieuse. Mais si l'on suppose, en sens inverse, que la loi étrangère a correctement qualifié cette institution; plus exactement, si l'on suppose que la loi étrangère a qualifié cette institution comme elle mérite de l'être d'après l'idée que s'en fait la *lex fori*, la formule que je défends n'implique pas du tout que la *lex fori* puisse à son tour arbitrairement rejeter cette qualification pour exclure artificiellement l'institution litigieuse du bénéfice des règles de droit international privé qu'elle admet. Si la formule que je défends devait conduire à ce résultat, je reconnais volontiers que j'aurais substitué un mal à un autre : sans doute la loi étrangère se heurterait toujours à un obstacle infranchissable pour étendre de mauvaise foi son domaine; mais, en même temps, la *lex fori* disposerait toujours d'un procédé commode pour restreindre de mauvaise foi le sens des règles de droit international privé qu'elle admet, et pour retirer en détail chacune des concessions qu'elle aurait faites en bloc aux États étrangers.

C'est contre cette extension abusive du sens de la formule que je propose que j'ai maintenant à me défendre. Il est évident qu'elle n'implique pas dans ma pensée qu'il faille reconnaître à la *lex fori* le droit de qualifier au gré de sa fantaisie le rapport de droit que soulève un litige sur le territoire où elle régit. Une pareille licence équivaudrait à la négation du droit international privé, puisqu'un État qui voudrait éluder l'effet des règles de conflit qu'il aurait adoptées et des limites qu'elles imposent à sa propre souveraineté, y trouverait des ressources d'une fécondité inépuisable. La théorie des qualifications n'est heureusement pas faite pour lui fournir les moyens d'échapper à ses obligations. Quand la qualification de la loi étrangère est correcte, je veux dire lorsqu'elle correspond à celle qu'autorise l'esprit de la *lex fori*, celle-ci n'a qu'à y souscrire après l'avoir contrôlée, et il ne lui reste plus qu'à se conformer aux règles de conflit qu'elle pose elle-même, et qu'à appliquer au rapport de droit litigieux la loi à laquelle renvoie cette qualification.

Je prends un exemple pour fixer les idées. Tout le monde connaît les actes législatifs de 1870 qui ont eu pour objet d'interdire pendant la durée de la guerre franco-allemande tout protêt contre les débiteurs domiciliés en France[1]. Ces actes législatifs ne soulevaient aucune difficulté internationale dans l'hypothèse où la lettre de change, et tous les endossements auxquels elle avait donné lieu, se trouvaient en fait uniformément régis par la loi française; une difficulté internationale fort délicate s'élevait, au contraire, dans l'hypothèse inverse, quand l'un, au moins, des endosseurs de la lettre de change l'avait endossée à l'étranger, plus exactement s'était placé, en l'endossant, sous l'empire de la loi étrangère. Dans

1. On consultera, sur les difficultés internationales que ces lois de 1870 ont soulevées, la thèse de M. Chrétien, *De la lettre de change en droit international privé*, p. 186 et suiv., nos 72 et suiv. On trouvera à la note 169, p. 190, l'indication des principaux arrêts intervenus en France et à l'étranger sur la question. Il faut y joindre un arrêt de la Cour de Gand du 15 mai 1873 (Clunet 1874, p. 209). Le gouvernement italien a eu recours, en 1894, à des mesures analogues, mais qui ne paraissent avoir invoqué aucun litige international du même genre (*Annales de droit commercial*, 1895, II, p. 262).

ce cas, la question se posait de savoir s'il devait subir l'effet des lois moratoires de 1870; en d'autres termes, si son obligation de garantie persistait au regard du porteur qui n'avait pu protester dans le délai ordinaire, alors que l'efficacité de cette obligation de garantie se trouvait primitivement subordonnée à l'existence du protêt dans ce délai. Tout dépendait de la nature juridique de l'interdiction de protester que les lois de 1870 avaient établie : tout dépendait, en un mot, de la qualification qu'il fallait lui appliquer. Or il se trouvait que cette interdiction de protester pouvait se comprendre de deux façons fort différentes : — ou bien elle constituait une prorogation d'échéance pour le tiré, c'est-à-dire une règle modifiant la date du terme suspensif de l'exécution de l'obligation du tiré, — ou bien elle constituait une prorogation du délai de protêt pour le porteur, c'est-à-dire une règle modifiant la date de l'acte de procédure destiné à constater la non libération du tiré. Suivant que l'on reconnaissait aux dispositions des lois de 1870 le premier de ces caractères ou bien le second, suivant qu'on les qualifiait d'une manière ou de l'autre, la difficulté internationale qu'elles soulevaient devait être résolue en un sens ou en un autre. S'attachait-on à la première qualification, l'endosseur étranger échappait nécessairement à l'effet des lois moratoires de 1870, parce que la loi française pouvait bien modifier l'étendue des obligations régies par la loi française, mais non pas celle des obligations régies par la loi étrangère. Au contraire, appliquait-on la seconde qualification, ce même porteur subissait l'effet des lois moratoires de 1870, parce que le protêt constitue un acte de procédure dont le délai est l'une des formes et que les actes de procédure sont régis par la loi de l'époque et du lieu où ils se produisent[1].

Tout cela est bien connu, mais il était nécessaire néanmoins de le rappeler pour me servir utilement, dans l'intérêt de la clarté de ma formule générale sur les qualifications, de l'exemple que les lois de 1870 me fournissent. Je puis maintenant m'appuyer sur cet exemple pour fixer avec plus de précision le

1. Je rattache, comme on le voit, cette solution, à la théorie des actes de procédure et non pas, comme l'ont fait tous les jurisconsultes qui l'ont défendue, à la théorie de la forme des actes juridiques. Le protêt est un acte *nécessaire* et la règle *locus regit actum* ne concerne, à mon avis, que les actes *volontaires*.

ens de cette formule, dont il serait évidemment facile d'abuer.

Qu'on l'applique en effet sans discernement à cette hypothèse, les doutes les plus sérieux s'élèveront contre elle. omme il est difficile de distinguer en fait, en l'absence de oute autre indication que celle que j'ai fournie jusqu'à préent, deux qualifications dont les conséquences juridiques sont pendant si différentes, les tribunaux de chaque État auraient grâce à l'interprétation stricte de la formule que je propose, rejeter à leur gré, sous le prétexte commode que l'esprit de leur propre législation les y obligeait, et, par suite, sans qu'on pût jamais leur reprocher l'arbitraire de leur choix, celle de ces qualifications qui faisait subir à l'endosseur étranger l'effet des lois moratoires de 1870. Toute critique de leur appréciation de ces lois se fût inévitablement heurtée à cette réponse décisive : Dans l'esprit de la législation au nom de laquelle nous rendons la justice, des lois de ce genre ne prorogent qu'en apparence les délais de protêt; la longue durée de la prorogation ne permet pas qu'on s'y trompe : il s'agit pour nous d'une prorogation d'échéance et nullement d'une prorogation des délais de protêt.

Dans ces conditions, la longue discussion qui précéda au corps législatif le vote de la loi du 13 août, et qui eut précisément pour objet de choisir entre le système de la prorogation des échéances et le système de la prorogation des délais de protêt, de rejeter le premier pour consacrer le second, justement à cause de ses avantages internationaux, aurait manqué entièrement son but. Les tribunaux des autres États ayant conservé par l'effet de la théorie des qualifications le droit de rejeter celle à laquelle s'était expressément arrêté le législateur français, celui-ci aurait perdu sa peine à en choisir une, puisqu'elle ne pouvait jamais lier les juges d'un autre État.

Voilà un résultat bien grave, et s'il était réellement établi que la formule que je propose y conduit inévitablement, je ne songerais pas à la défendre plus longtemps. Il est clair qu'un État quelconque, lorsqu'il est amené à prendre des mesures analogues aux lois moratoires de 1870, doit pouvoir leur appliquer une qualification déterminée, sans risquer de voir cette qualification méconnue de propos délibéré par le bon plaisir des tribunaux des autres États, pourvu, bien entendu, que cette qualification ne heurte pas d'une manière évidente

et certaine l'esprit de la loi au nom de laquelle ces tribunaux rendent la justice. Car s'il en était autrement, je veux dire si la qualification appliquée à une règle de droit quelconque par l'État qui édicte cette règle pouvait être impunément écartée par les tribunaux des autres États, sans qu'il fût jamais possible de taxer d'arbitraire la substitution d'une qualification nouvelle à la qualification d'origine, la confiance de chaque État dans la fixité des règles de conflit admises par les autres diminuerait singulièrement, et la sécurité des relations internationales en matière d'intérêt privé aurait disparu sans retour. Il est donc de toute nécessité, je n'en veux pour preuve que l'hypothèse des lois moratoires de 1870, que la loi étrangère[1] conserve à l'encontre de la *lex fori* un certain pouvoir sur la qualification de la règle de droit qu'elle édicte. Cela n'est heureusement pas inconciliable avec la formule que je propose, malgré l'influence décisive que cette formule attribue à la *lex fori* sur la qualification. Pour en revenir à l'exemple des lois moratoires de 1870, je crois que la qualification de la prorogation, telle que le législateur français l'avait donnée, s'imposait jusqu'à preuve contraire aux tribunaux des autres États : en d'autres termes, que la qualification de la prorogation n'était pas laissée à l'arbitraire de ces tribunaux.

C'est que le législateur français, tirant logiquement les conséquences de la qualification qu'il adoptait, avait témoigné par un détail important que cette qualification n'était pas pour lui une qualification de fantaisie. Le tiré qui ne se libérait pas à l'échéance devenait, à partir de cette date, débiteur des intérêts. On a fait justement observer[2] que si les lois moratoires de 1870 avaient entendu consacrer, sous la dénomination inexacte de prorogation des délais de protêt, une véritable prorogation d'échéance, elles auraient maintenu purement et simplement, pendant la durée du répit qu'elles lui accordaient, la situation antérieure du tiré, sans l'aggraver par le cours d intérêts : ne l'ayant pas fait, c'est bien une prorogation d délais de protêt et non pas une prorogation d'échéance qu'ell avaient instituée. En un mot, la qualification sous laquelle présentaient ces lois moratoires était parfaitement juste regard de la loi française et dans l'esprit de la loi française.

1. Dans l'espèce des lois de 1870, la loi française.
2. Voir la note de M. Lyon-Caen dans Sirey, 1872, II, p. 217.

Il n'y avait pas là une qualification artificielle et inventée à plaisir. Sans doute cette qualification, bien qu'elle fût conforme à l'esprit de la loi française, ne s'imposait pas aux tribunaux des autres États, la loi du juge saisi ayant seule qualité, aux termes de ma formule générale, pour fixer en définitive la nature douteuse d'une institution ou d'une règle de droit. Encore fallait-il pour que le juge allemand, etc., pût modifier, sans tomber dans l'arbitraire, une qualification si juste au regard de la loi française, que les règles de sa propre législation en matière de change fussent assez explicites sur la distinction du délai de libération et du délai de protêt, pour imprimer à la prorogation des délais de protêt des caractères différents de ceux qu'impliquaient les termes des lois moratoires de 1870, et pour autoriser par là même le juge saisi à modifier la qualification du législateur français. Or, en fait, rien de sérieux ne paraît avoir été allégué en ce sens, et, par conséquent, c'était pur arbitraire de la part du juge allemand, etc., de rejeter cette qualification qu'aucune règle précise de la *lex fori* ne venait contredire. En fait, il pouvait bien s'abriter derrière l'allégation que la *lex fori* l'obligeait à modifier la qualification du législateur français ; mais il était hors d'état de le prouver sérieusement, et, dans ces conditions, il se servait de sa propre législation, non pas pour rectifier la qualification inexacte grâce à laquelle le législateur français aurait compté faire artificiellement bénéficier son œuvre des règles de conflit admises dans le pays du juge saisi, mais pour dénaturer la qualification parfaitement juste que lui offrait le législateur français, et refuser arbitrairement aux lois moratoires de 1870 le bénéfice des règles de conflit consacrées par la *lex fori*.

Le droit exclusif que je reconnais en principe à la *lex fori* à qualifier les règles de droit interne édictées par un État étranger n'implique donc pas que le juge saisi puisse *à priori* se dégager de la qualification sous laquelle ces règles de droit se présentent. La *lex fori* a un droit de contrôle invariable et nécessaire sur cette qualification qui vient du dehors, mais le juge saisi doit exercer ce contrôle de bonne foi. Et il peut très bien arriver que la qualification consacrée par le législateur étranger, en même temps qu'elle est conforme à l'esprit de la loi étrangère, ne soit pas sérieusement contraire à l'esprit de la *lex fori*. C'est dans cette mesure que la loi étrangère con-

serve au regard du juge saisi et sous le contrôle de la législation de ce juge, le droit de qualifier les institutions qu'elle établit.

J'espère ainsi avoir fait disparaître ce que les termes de ma formule générale pourraient avoir à première vue d'excessif et de hasardeux. Sous le bénéfice des réserves bien naturelles qui précèdent, la règle que cette formule traduit me paraît inébranlablement fondée sur les principes incontestés du droit international privé positif. Elle revient à dire, en effet, qu'à défaut d'un législateur placé au-dessus des États pour leur imposer des règles de conflit ou pour fixer dans le détail le sens de celles qu'ils adoptent, il n'appartient qu'au législateur interne de chaque État, lorsqu'il se fait l'interprète du droit international privé rationnel, en s'appropriant telle ou telle règle de conflit, de marquer la mesure dans laquelle il se l'approprie. Les États étrangers dont les institutions bénéficieront de ces règles de conflit n'ont pas plus le droit d'en fixer en détail le sens qu'ils n'ont eu le droit de les imposer. On ne conteste pas ce dernier point. Pourquoi contesterait-on l'autre?

IV

Il y a cependant une exception certaine à la règle que traduit ma formule. Pour une certaine espèce de qualifications, la *lex fori* est entièrement désarmée, elle reçoit cette qualification toute faite de la main du législateur étranger. Mais l'explication de cette anomalie est si simple et cette anomalie elle-même s'accorde si bien avec la règle, que celle-ci va y trouver au fond un nouvel appui.

Les règles de droit international privé applicables aux meubles diffèrent assez de celles qu'on applique aux immeubles pour que la question de savoir si tel bien constitue un meuble ou un immeuble présente souvent un grand intérêt. D'autre part, les dispositions de droit interne qui déterminent le caractère mobilier ou immobilier d'une chose varient, au moins dans une certaine mesure, d'une législation à une autre. De là une question de qualification qu'il est bien facile de dégager.

Il suffit pour cela de supposer qu'on soulève devant un tribunal français la question de savoir si un objet situé en pays

étranger constitue un meuble ou un immeuble, de telle sorte que s'il constitue un meuble, il faille lui appliquer, en vertu des règles de droit international privé que nous admettons en France, une disposition quelconque de la loi française; que au contraire, il constitue un immeuble, il faille le soustraire, en vertu des mêmes règles de droit international privé, à l'application de la loi française. Par exemple, nous admettons que la dévolution de la succession mobilière est régie par la loi du lieu dans lequel le défunt avait son domicile de droit, c'est-à-dire par la loi française si le défunt avait en France un domicile de droit, par la loi étrangère du lieu de son domicile, dans le cas contraire; en sens inverse, nous admettons que la dévolution de la succession composée d'immeubles est régie par la loi du lieu de la situation de chaque immeuble, c'est-à-dire par la loi française, quand l'immeuble est situé en France, par la loi étrangère du lieu de la situation, dans le cas contraire. Ceci posé, une personne domiciliée de droit en France laisse une succession comprenant des objets situés à l'étranger, auxquels la loi étrangère attribue le caractère immobilier, alors que la loi française leur attribue le caractère mobilier. Si l'on fait prévaloir la qualification de la loi française, la dévolution héréditaire, en ce qui concerne ces objets, sera fixée par la loi française : et si l'on fait prévaloir la qualification de la loi du lieu de la situation de l'objet, la dévolution héréditaire, en ce qui concerne ces objets, sera fixée par la loi étrangère.

Si l'on applique ici la formule générale de qualification que je propose, le doute n'est pas possible. Pour un tribunal français, la qualification de la loi française a seule une valeur juridique : pour un tribunal français, la qualification de la loi étrangère, en thèse générale, ne compte pas. Or la doctrine, et, je le crois du moins, la jurisprudence, donnent sur ce point un démenti éclatant à cette formule. Chaque fois qu'il s'agit de fixer la nature mobilière ou immobilière d'un bien, la *lex situs* reste souveraine, et la *lex fori* s'efface devant elle. Dans l'espèce, la dévolution héréditaire de l'objet dépendra, même pour le tribunal français, de la loi étrangère, de la *lex situs*.

Telle est l'opinion de Fœlix (t. I, p. 121, n° 60). Il s'est contredit ailleurs (t. I, p. 137, n° 64) et son annotateur Demangeat, a relevé la contradiction, en affirmant de nouveau la thèse de

l'application exclusive de la *lex situs* à la qualification de l'objet. Asser (p. 101, n° 45) raisonne de même.

La question s'est présentée en jurisprudence, mais dans des conditions bien différentes de celles que j'ai supposées. On peut répartir en trois groupes les arrêts qui l'ont résolue. Dans le premier cas, la qualification donnée à l'objet avait pour conséquence l'obligation pour le juge d'appliquer ou de ne pas appliquer à cet objet certaines dispositions légales concernant le douaire de la femme. Dans le second, la qualification donnée à l'objet conduisait à soumettre le litige qui s'y rattachait aux tribunaux d'un pays ou à ceux d'un autre. Dans le troisième, la qualification de l'objet présentait un intérêt fiscal, souvent considérable.

Dans le premier ordre d'idées, je note deux arrêts de la Cour de Bruxelles du 25 avril 1817 [1] et du 1er février 1819 [2]. Il s'agissait, dans les deux cas, d'un conflit de législations dans le temps, mais ce conflit présentait un caractère international en ce sens que le changement de législation qui faisait naître le conflit avait pour origine une annexion de territoire. Je me crois, par conséquent, autorisé, sous le bénéfice de cette observation, à me servir de ces deux arrêts comme s'ils avaient résolu de véritables conflits internationaux [3].

Il s'agissait de savoir, dans les deux hypothèses que ces arrêts ont résolues, si des biens qui avaient le caractère immobilier avant l'annexion, c'est-à-dire à l'époque où les conjoints s'étaient mariés, et qui avaient pris le caractère mobilier par l'effet du changement de législation qu'entraînait l'annexion, c'est-à-dire à l'époque où le mari était décédé, devaient être considérés comme des meubles ou comme des immeubles à cette dernière date; le douaire de la femme ne devant pas les frapper dans le premier cas, devant au contraire les frapper dans le second. Fallait-il appliquer à cette qualification la loi ancienne contemporaine du mariage ou la loi nouvelle contemporaine de la saisine du tribunal? Cette question se rapproche beaucoup de celle qui s'élèverait dans le même cas, si le tribunal saisi d'une prétention de ce genre se trouvait en présence d'objets situés à l'étranger auxquels la loi étrangère du lieu de leur situation attribuerait, comme la loi ancienne antérieure à l'annexion, la qualité d'immeubles, alors que la *lex fori*, symétrique de la loi nouvelle postérieure à l'annexion, leur attribue la qualité de meubles. Faire prévaloir la qualification de la loi ancienne dans les deux espèces de 1817 et 1819, cela équivaudrait à faire prévaloir, dans l'hypothèse d'un conflit international proprement dit, la qualification de la loi étrangère du lieu de la situation de l'objet, et réciproquement faire prévaloir dans ces deux espèces la qualification de la loi nouvelle postérieure à l'annexion, cela équivaudrait à faire prévaloir, dans l'hypothèse d'un conflit international proprement dit, la qualification de la *lex fori*.

La Cour de Bruxelles s'est précisément attachée à la loi ancienne : d'où l'on peut induire, je crois, sans trop de témérité, que la jurisprudence belge, dans l'hypothèse d'un conflit international de ce genre, s'attacherait à la qualification de la *lex situs*, et je n'en demande pas davantage actuellement.

Dans un ordre d'idées un peu différent, le tribunal de la Seine s'est inspiré de la même doctrine, le 14 mars 1894 [1]. C'est une règle bien connue de compétence internationale, que les procès relatifs à des immeubles sont généralement du ressort des tribunaux du pays sur le territoire duquel ces immeubles sont situés. Si l'on suppose que la nationalité ou le domicile des parties leur permettrait de plaider en France, et que le litige porte précisément sur un objet situé à l'étranger auquel la loi étrangère du lieu de la situation attribue la qualité de meuble, alors que la loi française le considère comme un immeuble, les tribunaux français resteront-ils compétents? — Non, si l'on fait prévaloir la qualification immobilière de la loi française, de la *lex fori*, oui, si l'on fait prévaloir celle de la loi étrangère du lieu de la situation. C'est justement ce qu'a fait le tribunal de la Seine, dans le jugement rapporté plus haut.

La Cour suprême d'Autriche, saisie d'une hypothèse ana-

1. Sirey, *Coll. nouv.*, V, II, 268.
2. Sirey, *Coll. nouv.*, VI, II, 21.
3. Il serait fort intéressant de rechercher dans quelle mesure la jurisprudence d'un pays sur les conflits non internationaux peut servir à caractériser le système de droit international privé qu'adopte ce pays. Outre que des développements de ce genre dépasseraient de beaucoup l'étendue d'une note, je suis d'autant plus éloigné de m'expliquer ici sur ce point que j'espère aborder la question dans un prochain article.

1. Clunet 1894, p. 815.

logue, semble s'être prononcée en sens contraire [1]. Mais je ne suis pas bien sûr que tel soit le sens de son arrêt.

C'est surtout en matière fiscale que notre question paraît avoir pris un degré tout particulier d'acuité. Deux arrêts de la Cour de cassation de France, du 28 juillet 1862 [2] et du 15 juillet 1865 [3] décident que des biens incorporels immobilisés par la loi étrangère conservent en France leur caractère de meubles, au point de vue de l'application de la loi fiscale française à la succession qui les comprend. En sens inverse, la même juridiction décide, le 5 avril 1887 [4], que des objets situés à l'étranger et considérés comme des meubles par la loi étrangère, alors que la loi française les rangerait dans la catégorie des immeubles, doivent être traités comme des meubles par les juridictions françaises au point de vue de l'application de la loi fiscale française aux ventes de meubles passées en France. Ainsi, pour notre Cour de cassation, la qualification de meubles ou d'immeubles en matière fiscale dépend tantôt de la *lex fori*, tantôt de la *lex sitûs*. La Cour suprême de Mexico [5], statuant sur l'application de la loi mexicaine, considère comme immeubles, et soustrait à ce titre à l'application de sa propre loi fiscale, des droits hypothécaires établis sur des immeubles situés à l'étranger, parce que la loi étrangère du lieu de la situation de ces immeubles les considère comme des droits immobiliers, alors que la loi mexicaine, la *lex fori*, les envisage comme des meubles.

Que faut-il conclure de ces documents de jurisprudence un peu contradictoires entre eux, et qui ne confirment pas *in terminis* la solution de la doctrine? Devons-nous maintenir ici la formule générale des qualifications, comme certains arrêts nous y invitent, ou bien, au contraire, devons-nous la rejeter franchement, et soumettre toujours la qualification de meuble ou d'immeuble à la loi étrangère du lieu de la situation de l'objet?

C'est cette dernière solution qui me paraît la vraie, à raison de la règle universellement admise en vertu de laquelle on applique au régime de la propriété d'une chose la loi du lieu

1. 13 juin 1893, Clunet 1894, p. 1077.
2. Sirey 1862, I, 988.
3. Sirey 1866, I, 225.
4. Clunet 1889, p. 827, et Sirey 1889, I, 387.
5. 21 septembre 1875, Clunet 1876, p. 225.

la situation réelle de cette chose, et quelque soit d'ailleurs fondement qu'on assigne à cette règle.

Je crois, en effet, qu'en dehors de l'explication traditionelle qu'on en a donnée, et qui me paraît tout à fait insuffisante, peut en donner une autre, dont les conséquences ne sont différentes, mais dont la valeur juridique me paraît supéure. C'est cette dernière explication qui me servira ppui dans les développements qui vont suivre, mais si elle it nous amener, comme je le pense, à modifier sur le point rticulier que j'ai en vue, la formule générale des qualificans, il serait bien facile de montrer qu'on arriverait au me résultat en s'attachant à l'explication classique.

On justifie ordinairement l'application de la loi du lieu de situation réelle de l'objet litigieux au régime de la propriété de cet objet, par cette considération que la souveraieté d'un État et la loi civile qui en est l'expression s'exercent vant tout sur le sol de cet Etat, de telle sorte que si elles euvent s'abstenir de frapper certaines personnes qui y journent, elles régissent toujours et nécessairement le sol i-même. Il y a là, selon moi; une amphibologie : sans doute, souveraineté de l'État s'exerce sur son sol en ce sens elle s'exerce, quel qu'en soit l'objet, sur toute l'étendue ysique de ce sol. Mais de là à conclure que l'objet sur quel elle s'exerce est le sol lui-même, il y a fort loin, et est cependant ce second sens de la formule qu'il faudrait admettre pour conclure à l'application nécessaire de la loi territoriale au régime de la propriété du sol et des objets qui s'y trouvent. Aussi bien, si cette règle de droit international privé que je viens de rappeler est exacte, c'est pour d'autres raisons que je vais indiquer sommairement et qui, à elles seules, me fourniront une explication suffisante de l'exception que j'apporte à la formule générale des qualifications. Il me faut pour cela remonter assez haut.

Beaucoup de législations décident, soit en principe, soit à titre exceptionnel, que la capacité d'une personne dépend de la loi du lieu de l'acte qu'elle passe, ou de la loi du lieu de la situation réelle de l'objet qu'elle aliène. La jurisprudence anglo-américaine est généralement fixée en ce sens, et l'on sait, d'ailleurs, que dans certaines hypothèses, la jurisprudence française applique parfois aux étrangers qui traitent en France avec des Français les dispositions de la loi française

sur la capacité. En un mot, dans tous les cas de ce genre, le droit positif de certains pays substitue, en matière de capacité, une loi locale à la loi extraterritoriale, généralement la loi personnelle déterminée par la nationalité ou le domicile.

Le but avoué ou sous-entendu d'une pareille règle est bien connu. On veut, en promettant à chacun des contractants d'appliquer à l'autre les dispositions de la loi locale sur la capacité juridique, révéler à chacun d'eux par un signe matériel et physique la loi qui fixe la capacité juridique de l'autre, garantir, par conséquent, chacun d'eux contre toute cause d'incapacité qui aurait son origine dans la loi personnelle de l'autre et qui resterait occulte au jour de l'acte à raison de cette origine. En un mot, les règles de ce genre ont pour cause le souci exclusif de la sécurité réciproque des contractants.

Malheureusement, l'esprit de la règle de droit international privé n'est pas en harmonie avec l'esprit des dispositions légales de droit interne entre lesquelles s'élève le conflit. Je m'explique. Dans chaque législation, si l'on met à part les incapacités qui se rattachent à l'exécution de certaines peines, les dispositions légales qui frappent une personne d'incapacité, la frappent dans son propre intérêt, mais non pas dans l'intérêt des tiers qui chercheront à contracter avec elle. Ce sont des mesures protectrices de la personne qui contracte; la loi interne qui les prend sacrifie à l'intérêt majeur de la protection de l'incapable l'intérêt, moindre à ses yeux, de la sécurité des tiers qui traiteront avec lui.

Dans ces conditions, il est évidemment contradictoire de déterminer en droit international privé la loi applicable à la protection d'une personne en s'inspirant de considérations précisément contraires à l'intérêt de la protection de cette personne, puisqu'elles sont favorables à l'intérêt de la sécurité des tiers. Et l'on comprend qu'une doctrine de ce genre n'ait recruté que peu d'adhérents.

Mais les choses vont changer si nous la transportons de la condition des personnes au régime des biens. D'une part, il est clair que les personnes qui traitent sur une chose ont le plus grand intérêt à connaître, sans risque d'erreur, la loi qui fixe les règles de l'aliénation comme de l'impignoration de cette chose, en un mot, le régime de propriété qui lui est applicable, et rien ne vaut évidemment, pour les renseigner

un signe matériel comme celui que leur fournit la situation de cette chose dans l'espace. Si elles peuvent, dans cet ordre d'idées, se fier absolument à la loi du lieu où cette chose est située, on aura par là même obtenu en droit international privé, le maximum de sécurité qu'elles peuvent souhaiter.

D'autre part, les dispositions de droit interne qui fixent dans chaque pays le régime de la propriété sont très généralement inspirées, à la différence des dispositions de droit interne qui visent la capacité personnelle, par l'intérêt de la sécurité des transactions. Un bon régime de la propriété, en droit interne, est celui dont les règles sont combinées de telle sorte que toute personne puisse facilement et sûrement savoir, lorsqu'elle traite sur un objet auquel ce régime de propriété s'applique, si le droit réel qu'elle entend acquérir sera solide, étant du moins que la validité et l'efficacité de ce droit réel dépendent de la condition juridique de l'objet et non de celle du propriétaire. Dans ces conditions, étant donné ce caractère des dispositions de droit interne relatives au régime des biens, qui les distingue si profondément des dispositions de droit interne relatives à la capacité des personnes, on est conduit, lorsqu'il s'agit de déterminer en droit international privé la loi applicable au régime des biens, à s'attacher exclusivement pour le faire aux considérations tirées de l'intérêt de la sécurité des transactions, par conséquent à choisir la loi qui sert le mieux cet intérêt, c'est-à-dire la loi sur la détermination de laquelle les parties ne peuvent se tromper, parce qu'un fait matériel la leur indique, en un mot la loi du lieu de la situation réelle de l'objet. L'esprit des dispositions de droit interne entre lesquelles s'élève le conflit s'accorde ainsi avec l'esprit de la règle de droit international privé qui donne la solution du conflit; cette règle trouve en définitive dans cet accord, et dans cet accord seul, sa vraie justification.

Ceci posé, l'intérêt de la sécurité des transactions constituant le fondement commun des dispositions de la loi interne qui gouvernent le régime des biens comme de la règle de droit international privé qui détermine la loi applicable au régime des biens, je vais montrer que c'est encore à cet intérêt que nous devons l'exception que subit la formule générale des qualifications.

En effet, d'une part, quelques internationalistes continuent à admettre que la loi applicable au régime de la propriété des

meubles et la loi applicable au régime de la propriété des immeubles ne se confondent pas, que les meubles dépendent de la loi du domicile du propriétaire et les immeubles de la loi du lieu de leur situation réelle; d'autre part, à supposer, comme je le pense, que les meubles comme les immeubles dépendent également de la loi du lieu de leur situation réelle, il y a toujours entre eux cette différence que la loi interne du lieu de leur situation réelle ne leur applique pas les mêmes règles. Lors donc qu'une personne traite sur une chose, comme la sécurité dont elle a besoin dépend de la connaissance qu'elle a de la loi applicable à cette chose en droit international, et des dispositions de cette loi applicables à cette chose en droit interne, si la connaissance de cette loi en droit international et des dispositions de cette loi en droit interne dépend elle-même de la qualification juridique de cette chose, il est clair qu'on n'aura rien fait pour garantir à cette personne la sécurité dont elle a besoin, tant qu'il pourra subsister dans l'esprit de cette personne un doute sur la qualification juridique de la chose sur laquelle elle traite. Mais ce doute subsistera nécessairement chez elle, tant qu'elle ne connaîtra pas d'une façon absolument certaine la loi dont dépend cette qualification. Et elle ne peut la connaître que si un signe matériel la lui indique, en un mot si elle peut se reporter sans risque d'erreur à la loi du lieu de la situation réelle aussi bien pour résoudre la question de qualification que pour résoudre ensuite celle du régime des biens qui en dépend.

On voudra bien me pardonner cette démonstration un peu lourde d'une règle généralement admise, mais j'ai cru que je devais d'autant moins sacrifier la clarté du fond à la légèreté de la forme que j'avais défendu avec plus d'énergie la formule générale que cette règle contredit.

Il ne me reste plus, pour en finir avec cette règle exceptionnelle, qu'à indiquer, en quelques mots, pourquoi la Cour de cassation me paraît s'en être écartée dans les arrêts de 1867 et de 1865. Comme il s'agissait, dans les deux hypothèses sur lesquelles sont intervenus ces arrêts, de droits dont l'objet n'avait pas de situation réelle, il ne pouvait guère être question de les soumettre au point de vue de leur qualification, comme à tous autres égards, à la loi du lieu de leur situation réelle, alors surtout que cette loi du lieu de la situation réelle est seule à laquelle on puisse reconnaître le privilège de [illegible]

échec à la théorie générale des qualifications, à cause de la sécurité que son application intégrale assure aux transactions.

Étienne BARTIN,
Professeur à la Faculté de droit de Lyon.

(*A suivre.*)

Ventes volontaires de navires nationaux à des étrangers (*fin*[1]).

73. *Effets de la vente par rapport aux créanciers du vendeur.* — On sait qu'en France ces derniers, par dérogation aux principes du droit commun[2], ont sur le navire un droit de suite[3] qui leur permet de le saisir entre les mains de l'acquéreur et que ce droit de suite appartient à tous les créanciers, non seulement aux créanciers privilégiés ou hypothécaires, comme en matière immobilière, mais même aux créanciers simplement chirographaires.

Au contraire, dans la plupart des contrées[4], le droit de suite n'existe qu'au profit des créanciers privilégiés ou hypothécaires.

D'un autre côté, d'après notre Code de commerce, ce droit s'éteint, en cas de vente volontaire, quand le navire a, sous le nom et aux risques de l'acquéreur, et sans opposition de la part des créanciers du vendeur, fait un voyage en mer dans les conditions indiquées par le texte[5]. Le Code de commerce néerlandais renferme une disposition analogue[6].

Dans d'autres pays, les choses se passent différemment. Ainsi, en Belgique[7], le droit de suite des créanciers privi-

1. V. le commencement de cette étude, Clunet 1896, p. 31, p. 745; 1897, p. 31.
2. Art. 2119 Code civ.
3. Art. 190 Code comm.
4. Loi belge du 21 août 1879, art. 3; Codes italien, art. 678 et suiv.; espagnol, art. 582; *portugais*, art. 579 et 593; hollandais, art. 312-316; allemand, art. 757-781; brésilien, art. 470; lois marit., danoise, suédoise et norwégienne, art. 271.
5. Art. 193 et 194.
6. Art. 316.
7. Loi du 21 août 1879, art. 6.

ment, devait être enregistrée, et la Cour de Douai, par arr
du 6 mars 1897, vient de confirmer ce jugement [1].

A. LAINÉ,
Professeur à la Faculté de droit de Paris.

(*A suivre.*)

De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois [2] (*suite*).

V

J'ai ainsi achevé l'étude théorique de la formule des qualifi-
cations, dans la seule hypothèse générale que j'ai eue en vue
jusqu'à présent, je veux dire dans l'hypothèse où la loi du
juge saisi est l'une des deux lois concurrentes qui se disputent
la qualification d'un rapport de droit. Dans ce cas, la loi du
juge saisi l'emporte toujours, sauf exception en ce qui con-
cerne la qualification de meuble ou d'immeuble, qui dépend
exclusivement de la loi du lieu de la situation réelle de
l'objet.

Supposons maintenant que les deux lois entre lesquelles
hésite le juge sont l'une et l'autre pour lui des lois étrangères.
J'ai indiqué, au début de ce travail, au moins une hypothèse
de ce genre, à laquelle j'en ajouterais facilement plusieurs
autres, si la longueur déjà excessive de ces développements
ne s'y opposait.

Quoi qu'il en soit, le juge ne rencontre plus ici l'appui
ferme de sa propre loi pour qualifier le rapport de droit liti-
gieux. Il en est réduit à une option désintéressée entre deux
lois étrangères : quelle que soit celle qu'il choisisse, la souve-
raineté de l'État au nom duquel il juge est hors de cause,
puisque dans aucun cas la loi qui en émane ne régira ce rap-
port de droit.

Cette hypothèse fait songer à une difficulté bien connue d
mes développements antérieurs ont préparé la comparais
avec elle. J'ai dit plus haut qu'on pouvait rapprocher la qu

1. *La Loi*, 23 mars 1897 ; *infra*, v° Nationalité.
2. V. le commencement de cette étude, *supra*, p. 225.

tion des qualifications de la question que fait naître ladoubl e
nationalité d'une personne lorsqu'il s'agit de lui appliquer sa
loi nationale. De même que le juge ne tient compte que des
dispositions de sa propre loi sur la nationalité, quand l'une
des deux nationalités qui se disputent le justiciable est celle
de l'État auquel il appartient lui-même, de même il ne tient
compte que de la qualification qui lui fournit sa propre loi,
lorsque cette qualification doit le conduire à appliquer sa
propre loi au rapport de droit litigieux.

Pareillement, à l'hypothèse où la qualification du rapport de
droit litigieux n'entraînera jamais, quelle qu'elle soit, l'appli-
cation de la *lex fori* à ce rapport de droit, mais seulement
l'application de l'une ou l'autre de deux lois étrangères, on
peut comparer l'hypothèse où les deux nationalités qui reven-
diquent la même personne sont deux nationalités étrangères
pour le juge, sa propre loi sur la nationalité n'étant point en
cause. Je me borne actuellement à signaler cette analogie sans
y insister, j'y reviendrai plus tard.

Ceci posé, comment le juge doit-il trancher cette nouvelle
difficulté de qualification ? Elle est évidemment plus délicate
que la première et c'est aussi avec moins d'assurance que j'en
pose la solution.

La *lex fori* est évidemment désintéressée de la question, en
sens que les dispositions de droit interne applicables au
port de droit litigieux par l'effet de la qualification qu'on
isira ne seront en aucun cas les siennes. Mais, au contraire,
n'est pas désintéressée de la question, en ce sens que,
ne dans cette hypothèse, le rapport de droit litigieux peut
ours être qualifié d'une façon ou d'une autre à l'aide de
propres dispositions ou conformément à son esprit.
n effet, pour qu'on puisse qualifier conformément à l'esprit
e législation une institution consacrée par une autre législ-
on, il n'est pas nécessaire que la première de ces deux
slations consacre elle-même cette institution. Il suffit qu'elle
sacre des institutions similaires, en un mot que l'institu-
étrangère qu'elle ne connaît pas puisse trouver place en
orie pure dans les cadres de sa classification juridique. Par
mple, jusqu'en 1891, la législation française n'accordait
un droit de succession au conjoint survivant. Or, il ne
ultait pas de là que les tribunaux français, appelés à con-
tre, dans les conditions que l'on sait, d'une prétention de

ce genre formulée par un étranger, ne pussent, pour se prononcer sur elle, la qualifier de prétention successorale, en s'inspirant de l'esprit de la loi française. Je m'en tiendrai purement et simplement à cet exemple qui témoigne assez de l'intervention permanente et nécessaire de la *lex fori* dans toute question de qualification, alors même qu'aucune des qualifications en concours ne conduirait à soumettre le rapport de droit litigieux à la *lex fori* elle-même. Il faudrait, pour que la *lex fori* pût rester totalement étrangère à la difficulté, que l'institution étrangère dont la qualification est discutée n'eût aucune analogie avec les institutions que la *lex fori* consacre. Mais alors, une autre théorie interviendrait immédiatement, par la force même des choses, pour tirer le juge d'embarras : une institution étrangère dont la *lex fori* est hors d'état de fournir la qualification est une institution qui répugne à son esprit et dont le juge, par conséquent, n'a pas à tenir compte, à raison de ce que l'on a si improprement appelé l'ordre public international. Je ne pourrais donner des exemples qu'en greffant sur la théorie des qualifications celle de l'ordre public international, ce qui, peut-être, m'éloignerait de mon sujet beaucoup moins qu'il ne semble, mais ce qui étendrait, en tous cas, bien au delà de ses limites, une dissertation déjà longue. Je me contente de signaler en passant ce point de contact entre la théorie de l'ordre public international et celle des qualifications. J'espère d'ailleurs y revenir dans un prochain travail.

Ceci posé, la *lex fori* fournissant toujours au juge, en dehors de l'hypothèse où l'ordre public international entre en scène, une qualification du rapport de droit litigieux entraînant l'application à ce rapport de droit de l'une des deux lois étrangères en concours, cette qualification de la *lex fori* s'impose-t-elle au juge comme elle s'imposerait à lui si elle devait le conduire à soumettre ce rapport de droit aux dispositions de la *lex fori* elle-même? Je le crois, pour ma part, et je vais essayer de l'établir, en supposant, bien entendu, pour ne pas compliquer, que la qualification de la *lex fori* coïncide avec l'une des qualifications fournies par les deux lois étrangères en concours. Peut-être pourrait-il arriver qu'il en fût autrement et que la qualification de la *lex fori*, s'opposant également aux deux qualifications fournies par les lois étrangères, entraînât l'application d'une troisième loi étrangère au rapport de droit litigieux. Cette hypothèse sera fort rare, je ne

sais même pas si elle se présentera jamais ; en tous cas, je n'en ai pas rencontré d'exemple dans les sources. Je n'éprouverais, d'ailleurs, aucune hésitation à la résoudre de même, je veux dire à faire prévaloir encore la qualification de la *lex fori*, à supposer que l'on m'accorde que cette qualification doit prévaloir lorsqu'elle coïncide avec l'une des deux qualifications fournies par les lois étrangères en concours.

Pour fixer les idées avant d'entamer la discussion, je rappelle l'espèce qui m'a servi plus haut à poser la question. Un sujet néerlandais teste en Italie en la forme olographe, contrairement à sa loi personnelle et conformément à la loi locale, et les biens dont il dispose sont situés en France. Le juge français devant lequel sera portée, en définitive, la demande en délivrance du legs, devra-t-il considérer la question de la validité du testament comme une question de forme, ce qui entraînerait l'application de la loi italienne et la validité du testament, ou comme une question de capacité, ce qui entraînerait l'application de l'art. 992 du Code néerlandais et la nullité du testament? La qualification qu'il adoptera, quelle qu'elle soit, entraînera, dans aucun cas, l'application de la loi française à la forme du testament. Il ne peut choisir qu'entre la loi italienne et la loi néerlandaise. Eh bien, à supposer que la qualification à laquelle s'arrêteraient les juges italiens soit la qualification « forme », à supposer que la qualification à laquelle il s'arrêterait lui-même, si elle pouvait avoir pour conséquence l'application de la loi française, soit également la qualification « forme », je pense qu'il y a dans cet accord de la qualification française avec la qualification italienne une raison suffisante et décisive pour le juge français de s'en tenir à la qualification « forme », pour appliquer au testament la loi italienne et consacrer sa validité.

Cela résulte, à mes yeux, de l'analyse qui m'a conduit antérieurement à soumettre à la *lex fori* la qualification des rapports de droit, quand cette qualification a pour conséquence l'application de la *lex fori* elle-même au rapport de droit litigieux.

On se rappelle que, dans cette hypothèse, le système des qualifications qu'admet la *lex fori* est le complément nécessaire du système de droit international privé qu'elle professe. L'un et l'autre sont l'expression de l'idée qu'elle se fait de son empire et des limites qu'elle se croit obligée d'y apporter.

Aucune autorité autre que l'État n'ayant qualité pour définir la souveraineté de l'État, pour fixer la mesure dans laquelle les obligations de la société internationale viennent limiter la souveraineté de l'État et l'empire des lois civiles qui en dépendent, chaque État reste investi, par la force des choses, du droit de fixer lui-même cette mesure ; et il s'inspire, dans ce but, non pas des conseils arbitraires de la *comitas gentium*, mais de l'idée qu'il se fait de la souveraineté en général et, par conséquent, de la sienne propre.

Ainsi, ce n'est pas pour lui-même et à son usage exclusif qu'il a construit la notion de souveraineté sur laquelle s'appuie son système de droit international privé et le système de qualifications qui en est le complément nécessaire. Cette notion et tout ce qui en dépend, il ne se l'applique à lui-même que parce qu'il y voit l'expression de la justice internationale. Mais alors, il est clair qu'il applique idéalement cette notion et tout ce qui en dépend, aux autres États en même temps qu'à lui-même. Lors donc que le juge qui rend la justice en son nom se trouve en présence de deux qualifications différentes d'un même rapport de droit, c'est-à-dire de deux expressions différentes de la souveraineté, il doit évidemment s'en tenir exclusivement à celle de ces qualifications qui traduit sa propre notion de la souveraineté. Cette notion, en effet, l'État au nom duquel il rend la justice, l'a construite d'une manière abstraite, impersonnelle, désintéressée, pour qu'elle serve sur son territoire, aussi bien à séparer le domaine de sa propre loi du domaine d'une loi étrangère qu'à séparer le domaine d'une loi étrangère du domaine d'une autre.

Je raisonnerais tout autrement s'il s'agissait, pour le juge, en dehors de toute question de qualification, de choisir entre les deux nationalités étrangères qui se cumulent sur la tête du même plaideur, dans l'hypothèse où le juge doit appliquer à ce plaideur sa loi nationale. On se rappelle que j'ai rapproché cette difficulté de celle que soulève la théorie des qualifications. Mais cette comparaison n'implique point dans ma pensée qu'il faille appliquer ici le même raisonnement dans les deux cas. Si j'ai fait prévaloir la *lex fori* dans l'un comme dans l'autre, quand l'une des deux nationalités en concours est celle de l'État auquel appartient le juge, et quand la qualification du rapport de droit litigieux doit conduire le juge à soumettre

ce rapport de droit à la *lex fori*, c'est qu'alors le système de droit international privé qu'admet la *lex fori* et les dispositions qu'elle édicte sur la nationalité reposent également sur l'idée qu'elle se fait de sa propre souveraineté. Mais tandis que le système de droit international privé qu'elle professe traduit l'idée qu'elle se fait de la souveraineté en général en même temps que l'idée qu'elle se fait de sa propre souveraineté, il en est tout autrement des dispositions qu'elle édicte sur la nationalité. Ces dispositions restent des dispositions de pur droit interne : ce qui signifie qu'elles n'expriment, en aucune façon, dans la pensée de l'État qui les édicte, un système de nationalité idéalement applicable à tous les autres. C'est pourquoi, quand le juge est en présence de deux nationalités étrangères qui se disputent un plaideur, ce juge n'a pas à faire prévaloir celle de ces deux nationalités qui s'adapte le mieux aux dispositions de sa propre loi, en matière de nationalité. Dans la plupart des cas, d'ailleurs, son embarras serait grand : l'une de ces deux lois étrangères, en effet, revendique le plaideur parce qu'il est né, dans certaines conditions, sur le territoire qu'elle régit. L'autre le revendique parce qu'en même temps il a pour père un ressortissant de l'État qui l'a édictée. Or, si la loi du juge est précisément une loi éclectique en matière de nationalité, je veux dire, si elle accepte à la fois comme fondement de la nationalité le *jus soli*, comme la première, le *jus originis*, comme la seconde, c'est en vain que l'on conseillerait au juge de faire prévaloir celle des deux lois étrangères qui s'adapte le mieux à la notion de la nationalité qu'admet sa propre loi, puisque les deux lois étrangères contradictoires peuvent s'y adapter également. C'est en s'attachant à d'autres éléments et à d'autres faits que le juge se décidera pour l'une ou pour l'autre, et il n'y a, dès lors, aucune analogie à établir entre cette hypothèse, où deux lois étrangères sur la nationalité sont en concours, et l'hypothèse où deux systèmes étrangers de droit international privé se disputent un même rapport de droit en le qualifiant différemment l'un et l'autre.

VI

Cette étude théorique du système des qualifications serait évidemment incomplète, si, après avoir examiné, comme je l'ai

fait, les deux hypothèses où la loi applicable au rapport de droit litigieux par l'effet de la qualification qu'on lui donne est une loi impérative, *lex fori* d'une part, loi étrangère de l'autre, je ne disais quelques mots de l'hypothèse bien différente où la qualification met en jeu deux lois entre lesquelles les parties auraient pu librement choisir. L'intervention de l'idée d'autonomie va-t-elle modifier la règle en vertu de laquelle toute difficulté de qualification dépend, en principe, de la *lex fori*?

Cela me paraît hors de doute, précisément à cause des raisons qui imposent l'application de la *lex fori* à la qualification des rapports de droit qui échappent à l'autonomie de la volonté. Nous savons, en effet, qu'en pareil cas, si la *lex fori* dispose absolument de la qualification du rapport de droit litigieux, c'est parce qu'elle est pour l'État dont les tribunaux doivent connaître de ce rapport, l'expression même de la souveraineté et de ses limites, et que ce rapport est justement de ceux qui subissent la prise d'une souveraineté quelconque sans pouvoir s'y soustraire. Lors donc que le rapport de droit litigieux dépend exclusivement de la volonté des parties, qu'il ne subit la prise d'une loi civile donnée que parce que les parties sont présumées avoir accepté cette loi, si la qualification de ce rapport de droit est douteux, la volonté présumée des parties a seule qualité pour faire disparaître ce doute : aucune souveraineté ne peut s'arroger le droit de le faire, et, par conséquent, aucune loi civile ne peut intervenir, à titre impératif, dans ce but. Tout cela est l'évidence même, et je ne prolongerai pas davantage une démonstration que sa longueur même risquerait d'affaiblir.

Je préfère m'adresser immédiatement aux arrêts, et pour donner un exemple typique à l'appui de la règle nouvelle que je substitue ainsi à la règle ordinaire des qualifications, je supposerai que les parties ayant opté pour la loi du lieu d'exécution, c'est le lieu d'exécution qu'il s'agit de fixer, pour en déduire la loi qu'elles ont réellement choisie.

Dans cet ordre d'idées, je rencontre précisément un arrêt fort curieux de la Cour de cassation du 18 décembre 1872[1] où la question du conflit des lois n'était d'ailleurs pas soulevée, mais dont les termes permettent de la poser avec une grande netteté. Il s'agissait d'un contrat d'assurance passé entre un

1. Clunet 1874, p. 239.

sujet français et une Compagnie allemande. A supposer que les parties fussent convenues de s'en tenir à la loi du lieu d'exécution, c'est justement la détermination même de ce lieu qui aurait soulevé des doutes. La jurisprudence française admet, en effet, que les primes sont quérables, c'est-à-dire payables au domicile de l'assuré, tandis que la loi prussienne admet qu'elles sont portables, c'est-à-dire payables au domicile de l'assureur. Dans ces conditions, si l'on appliquait ici la règle ordinaire des qualifications, la détermination du lieu d'exécution varierait avec la juridiction saisie du litige. Les juges prussiens déterminant le lieu d'exécution par référence à leur propre loi, qui admet que les primes sont payables au domicile de l'assureur, considéreraient le domicile de l'assureur comme étant le lieu d'exécution, ce qui entraînerait l'application de la loi prussienne au contrat d'assurance. Les juges français, déterminant le lieu d'exécution par référence à leur propre loi, considéreraient, au contraire, le domicile de l'assuré comme étant le lieu d'exécution, ce qui entraînerait l'application de la loi française au même contrat.

Il n'est pas besoin de réfléchir longtemps pour sentir ce qu'une pareille doctrine aurait d'artificiel et, par conséquent, de faux. La détermination de la loi applicable au contrat dépendant de la volonté des parties, ce que personne ne conteste, la détermination du lieu qui doit entraîner la détermination de cette loi en dépend également. Le juge allemand comme le juge français, au lieu de recourir aux procédés mécaniques de la théorie ordinaire des qualifications, et d'appliquer d'abord sa propre loi à la détermination du lieu d'exécution pour en déduire la loi qui régit le contrat d'assurance, recherchera, en fait, quel est le lieu que les parties ont considéré comme le lieu d'exécution, et quelle est la loi qu'elles ont tacitement adoptée pour le déterminer. Il est clair que ce ne sera pas nécessairement la *lex fori*.

Je rencontre dans la jurisprudence étrangère quelques hypothèses analogues à celle de 1872, en ce sens qu'elles soulevaient comme celle-ci la question de savoir quel était, de deux lieux situés en pays différents, celui que l'on devait considérer comme le lieu d'exécution du contrat. Aussi bien, pas plus dans ces hypothèses que dans celle de 1872, la détermination du lieu d'exécution ne devait entraîner, en fait, la détermination de la loi applicable au contrat, mais il aurait pu

en être autrement sans que la solution des arrêts changeât, et c'est à ce point de vue que ces arrêts me paraissent intéressants à relever, parce qu'ils confirment de tous points la doctrine qui rattache à l'autonomie de la volonté la qualification dont dépend la détermination de la loi applicable au contrat. Je citerai, dans cet ordre d'idées, un arrêt de la Cour suprême d'Autriche[1] où se posait la question de savoir quel était le lieu d'exécution d'une vente conclue à Paris, ayant pour objet des perles fausses livrables à Vienne à destination de New-York. Si la détermination du lieu d'exécution — New-York ou Vienne — avait dû entraîner celle de la loi applicable au contrat et que les dispositions de la loi de New-York sur les contrats en cause[2] eussent impliqué que le lieu d'exécution était New-York, alors que les dispositions de la loi autrichienne sur le même objet eussent impliqué que le lieu d'exécution était Vienne, ni la loi de New-York, ni celle d'Autriche n'auraient pu imposer leur qualification aux juges de ces deux pays : là encore, tout dépendait de la volonté autonome des parties. C'est ce qu'a jugé la Cour suprême d'Autriche, en fixant à Vienne le lieu d'exécution, sur indications conformes de la correspondance des parties.

Même doctrine sur une difficulté du même genre en Italie[3].

Voilà quelques exemples qui mettent dans tout son jour la règle que j'applique à la qualification des rapports de droit qui dépendent de l'autonomie de la volonté. Je vais passer maintenant à une hypothèse plus délicate, qui me permettra de marquer les limites que cette règle comporte. Il s'agit d'ailleurs ici encore de fixer la loi applicable au contrat en conséquence de la qualification qu'on attribue d'abord à l'un de ses éléments de fait.

J'ai supposé jusqu'à présent, avec les arrêts que j'ai analysés, que les parties avaient entendu soumettre le contrat à la loi du lieu où il devait s'exécuter. Je suppose maintenant qu'elles ont entendu la soumettre à la loi du lieu où il s'est formé. Une question analogue, mais beaucoup plus difficile, va s'élever : celle de savoir si la détermination du lieu de la

1. Clunet 1892, p. 504.
2. Vente et commission.
3. Gênes, 22 juillet et 27 novembre 1866; Turin, 22 décembre Revue de droit international, 1876, p. 414.

formation du contrat dépend, dans cette nouvelle hypothèse, de la volonté des parties, absolument comme en dépendait précédemment la détermination du lieu d'exécution, — sans que la *lex fori* ait jamais à intervenir sur cette qualification, pas plus dans le premier cas que dans le second.

A première vue l'affirmative s'impose, et l'on n'aperçoit aucune raison de distinguer entre ces deux difficultés de qualification. Si le principe de l'autonomie de la volonté s'applique à l'une, il semble qu'il doive pareillement s'appliquer à l'autre.

La question est cependant beaucoup moins simple que ne le ferait croire cette solution improvisée, et voici pourquoi : dans la première hypothèse, la loi du lieu d'exécution et la détermination du lieu d'exécution étant seules en cause, aucun doute ne s'élève sur la réalité même du contrat et sur l'effet obligatoire de la volonté des parties ; au contraire, la seconde hypothèse, précisément parce qu'elle met en jeu la loi du lieu de la formation du contrat, met en jeu la détermination du lieu et par conséquent de la date de la formation du contrat, c'est-à-dire la détermination de la date et du lieu où l'effet obligatoire s'attache à l'expression de la volonté des parties. Mais on peut justement se demander si, dans certains cas, notamment dans le cas d'un contrat entre absents, la détermination de ce lieu dépend de la volonté des parties. Que l'on prenne en considération la volonté des parties pour déterminer le lieu qu'elles ont entendu considérer comme le lieu d'exécution, lorsqu'il n'est pas douteux qu'elles se sont régulièrement liées l'une envers l'autre, rien de mieux. Mais que l'on fasse de même lorsqu'il s'agit de déterminer le lieu de la formation du contrat, c'est-à-dire le lieu où les parties se sont définitivement liées l'une envers l'autre, c'est peut-être bien hardi. Chaque législation, en effet, détermine pour ses ressortissants les conditions dans lesquelles leur volonté de s'obliger les oblige réellement, par conséquent la date et le lieu où cette transformation de l'offre ou de l'acceptation en un contrat se produit. On peut, dès lors, se demander si l'un de ses ressortissants peut, en s'abouchant avec le ressortissant d'un autre État dont la législation statue différemment sur la date et le lieu de cette transformation, se dégager des prescriptions de sa propre loi et prendre la qualité d'obligé dans les conditions dans lesquelles sa propre législation n'attribue pas d'effet obligatoire à l'expression de sa volonté.

Je prends un exemple. Voici un contrat par correspon dance qui se forme entre un sujet italien et un sujet prussien. L'offre est partie d'Italie, l'acceptation s'est produite en Prusse. La loi italienne répute le contrat formé à la date et au lieu où l'acceptation est portée à la connaissance de l'auteur de l'offre. En sens inverse, la loi prussienne le répute formé à la date et au lieu où se produit l'acceptation. L'Italien, que sa loi personnelle ne considère comme obligé que lorsqu'il a connaissance de l'acceptation de l'offre qu'il a faite, peut-il, en s'abouchant avec un sujet prussien, que sa loi personnelle considère comme obligé dès qu'il a accepté l'offre, se dégager des dispositions de la loi italienne, et se soumettre d'avance, avant tout contrat, aux dispositions de la loi personnelle de celui envers lequel il entend s'obliger ?

C'est au moins fort douteux. Nous touchons ici à une ques tion encore bien obscure, celle des limites de l'autonomie de la volonté [1] et j'inclinerais, pour ma part, à soustraire ici la détermination du lieu de la formation du contrat à la volonté des parties pour faire prévaloir en tous cas celle des lois concours qui retarde le plus longtemps la formation du c trat [2].

Mais, si l'on adopte cette doctrine, la question de qualif tion est par là même résolue, et elle est résolue, contr rement à celle que soulève la détermination du lieu d'e cution, par l'intervention d'une loi sur laquelle ne p s'exercer le libre choix des parties. La détermination lieu de la formation du contrat dépendant de la loi qui reta le plus longtemps cette formation, le lieu de la formation contrat sera celui que cette loi indique, et la loi applicable contrat sera, dès lors, celle de ce lieu.

C'est un résultat plus grave en apparence qu'en réali puisque les parties, si elles ne peuvent échapper, au point de vue de la détermination de la date et du lieu de la forma tion du contrat, à la qualification de la loi qui retarde l plus longtemps la formation du contrat, peuvent toujours échapper aux conséquences de cette loi en soumettant expres

1. Voir Aubry, Le domaine de la loi d'autonomie en droit internation privé, Clunet 1896, p. 465 et 721.

2. En ce sens, la note de M. Chrétien, sous l'arrêt de la Cour de cas tion de Turin du 13 janvier 1891, dans Clunet 1891, p. 1026.

ement le contrat à une autre loi que celle du lieu de forma- ion. Mais dès qu'elles entendent s'en tenir à la loi du lieu de rmation, la qualification de ce lieu leur échappe.

Elle leur échappe, mais on remarquera que ce n'est pas écessairement pour retomber sour l'empire de la *lex fori*. La oi qui retarde le plus longtemps la formation du contrat ne confondra pas toujours en fait avec la *lex fori*, et cela suffit our maintenir la différence profonde que j'ai faite entre la héorie des qualifications qui mettent en jeu des lois impéra- ives et la théorie des qualifications qui s'appliquent aux apports de droit conventionnels.

La jurisprudence italienne et la jurisprudence allemande ont eu à résoudre des questions de ce genre, et les solutions qu'elles leur ont données concordent avec la doctrine que je viens d'exposer, bien que les motifs de leurs arrêts n'en con- tiennent pas l'expression. La Cour de cassation de Turin, statuant sur le cas d'un contrat par correspondance dont offre était partie du territoire italien, et dont l'acceptation était produite sur le territoire prussien, alors que la loi ita- ienne répute le contrat formé à la date et par conséquent au u où parvient l'acceptation à l'auteur de l'offre — dans l'es- ce, en Italie, — tandis, au contraire, que la loi prussienne répute formé à la date et, par conséquent, au lieu où se roduit l'acceptation, — c'est-à-dire en Prusse dans l'espèce, — it prévaloir la qualification de la loi italienne entraînant plication de la loi italienne au contrat [1]. La loi italienne est, effet, celle des deux lois qui retarde le plus longtemps la mation du contrat : mais ce n'est pas cette raison qui paraît décidé les magistrats de Turin. S'ils ont fait prévaloir la alienne, c'est parce qu'ils ont présumé, en fait, que les es s'y étaient référées, comme si la détermination de la et du lieu où se produit l'effet obligatoire de l'échange consentements dépendait en droit de l'autonomie de la nté. On a justement fait remarquer [2] l'incorrection de cette ine, qui, si elle a conduit accidentellement les juges ita- à une solution certainement juste dans l'hypothèse qui était soumise, risquerait de les conduire à une solution emblablement fausse dans l'hypothèse inverse où l'offre,

ass. Turin, 13 janvier 1891, Clunet 1891, p. 1026.

oir la note de M. Chrétien dans Clunet 1891, p. 1029.

au lieu de partir du territoire italien, partirait du territoire prussien.

La Cour de Colmar[1], statuant à son tour sur le cas d'un contrat par correspondance intervenu dans les mêmes conditions que celui dont la Cour de Turin avait à connaître, a fait prévaloir comme celle-ci la qualification de la loi italienne et, par conséquent, l'application de la loi italienne, mais avec des motifs beaucoup moins compromettants.

Il resterait une dernière question à résoudre, commune à l'hypothèse où l'on soumet le contrat à la loi du lieu d'exécution et à celle où on le soumet à la loi du lieu de sa formation. Tous les raisonnements que j'ai faits, toutes les solutions que j'ai défendues, se comprennent, si les parties ont expressément choisi, pour fixer les conséquences du contrat, la loi du lieu d'exécution ou la loi du lieu de formation du contrat. Mais personne n'ignore que leur prévoyance ne va généralement pas jusque-là : elles traitent presque toujours sans se prononcer sur la loi qu'elles adoptent. Elles en adoptent une évidemment par la force des choses, mais elles ne l'indiquent jamais, parce qu'elles ne se rendent pas compte de l'importance qu'il y aurait pour elles à l'indiquer. Dans ces conditions, c'est aux juges qu'il appartient de tirer au clair, sur ce point comme sur beaucoup d'autres, l'expression de leur volonté réelle, de présumer à certains signes qu'elles ont dû se prononcer en faveur de telle loi ou en faveur de telle autre, ou plutôt qu'elles se seraient prononcées en faveur de telle loi ou en faveur de telle autre, si elles s'étaient posé à elles-mêmes la question. Ce serait là pour le juge une tâche si difficile qu'il a fallu établir, pour lui venir en aide, un systè de présomptions auxquelles il lui suffit de faire appel po déterminer la volonté probable des parties. Mais ce syste de présomptions varie naturellement d'un État à un autre nous admettons en France, au moins ordinairement, c défaut d'une option expresse, les parties sont présumées s soumises à la loi du lieu où le contrat s'est formé, d'aut pays se prononcent pour la présomption contraire et font pr valoir au même titre la loi du lieu d'exécution.

Ceci posé, quel est le système de présomption qu'ap quera le juge lorsqu'il connaîtra d'un litige soulevé par

1. 19 mars 1893, Clunet 1895, p. 141.

contrat intervenu entre deux ressortissants de deux Etats différents, dont le premier détermine par le lieu de formation du contrat et le second par le lieu d'exécution, la loi présomptivement acceptée par les parties? C'est là une difficulté nouvelle et fort délicate, mais qui ne touche pas, en réalité, à la question des qualifications, puisque la question des qualifications, telle que je l'ai discutée, ne peut justement se poser que lorsqu'elle a été résolue. Aussi bien, le sujet limité de ce travail m'oblige à la laisser de côté, mais je ne pouvais éviter de la rappeler et de montrer le lien qui la rattache à la question même des qualifications.

C'est à cette question des qualifications que je reviens maintenant, pour indiquer une dernière hypothèse où elle se pose à l'occasion d'un rapport de droit conventionnel et où paraît, conformément aux principes généraux, l'influence prépondérante de la volonté des parties. Je l'emprunte à un jugement du tribunal de commerce de Bordeaux[1].

Il ne s'agit plus, comme précédemment, de fixer le lieu d'exécution ou le lieu de formation du contrat pour en déduire la loi applicable à ce contrat : il s'agit, au contraire, toute difficulté de ce genre étant mise de côté, de déterminer, dans l'ensemble de relations contractuelles dont quelques-unes ont été expressément soumises à une certaine loi par les parties, quelles sont, au juste, celles de ces relations que les parties ont entendu soumettre à cette loi, — alors que cette loi elle-même ont expressément choisie, et une autre loi à laquelle elles se sont également soumises à d'autres points de vue, se disputent l'une de ces relations. Par exemple, en droit maritime, une charte-partie et le règlement du fret qui en dépend sont régis conventionnellement par la loi anglaise. Il s'agit de savoir, devant la juridiction française qui est saisie du litige, si le règlement du fret comprend le calcul des surestaries et jours de planche, de telle sorte que l'affirmative entraîne l'application de la loi anglaise au calcul des surestaries et jours de planche. La solution de la difficulté dépendra pour le tribunal de commerce de Bordeaux, malgré les termes un peu embarrassés des motifs qu'il donne, non pas des dispositions de la *lex fori* sur la définition du fret, mais des dispositions de la loi qui peut s'autoriser de la volonté présumée

30 décembre 1892, Clunet 1893, p. 832.

des parties et qui peut d'ailleurs se confondre en fait avec la *lex fori* elle-même.

VII

J'ai maintenant exposé l'ensemble de la théorie des qualifications telle que je la comprends, et je puis résumer en quelques lignes les longs développements que j'ai dû lui consacrer.

Si nous mettons à part la qualification des rapports de droit conventionnels, qui dépend, sauf exception, de l'autonomie de la volonté, comme en dépend la détermination même de la loi applicable à ces rapports de droit, la qualification des rapports de droit non conventionnels dépend nécessairement en principe de la *lex fori*, soit que la qualification de la *lex fori* ait pour conséquence l'application de la *lex fori* elle-même à ces rapports de droit, soit que la qualification de la *lex fori* doive conduire à leur appliquer une loi étrangère quelconque. Il n'en est autrement que lorsqu'il s'agit de fixer la nature mobilière ou immobilière d'une chose. Dans ce cas, pour des raisons particulières qui tiennent au fondement juridique de la détermination de la loi applicable au régime de la propriété, la *lex fori* s'efface devant la *lex situs*.

Telles sont les conséquences auxquelles nous ont conduit les principes généraux du droit international privé, tels que nous permet de les dégager la notion actuelle de la souveraineté civile. Ces conséquences, qu'il me paraît difficile de contester en théorie, ont-elles reçu l'approbation de la jurisprudence européenne, et plus particulièrement celle de la jurisprudence française? Je me suis expliqué sur ce point en ce qui concerne la qualification des rapports de droit conventionnels, et aussi en ce qui concerne le régime exceptionnel de qualification des meubles et des immeubles, et l'harmonie que j'ai notée à ce double point de vue entre les résultats de l'analyse doctrinale et les décisions jurisprudentielles est d'un heureux augure pour le succès des recherches finales que j'aborde maintenant.

L'influence prépondérante que j'ai reconnue à la *lex fori* sur la qualification des rapports de droit non conventionnels qui ne touchent pas à la distinction des meubles ou des immeubles va trouver, en effet, dans l'assentiment de nombreuses juridic-

tions européennes, une dernière justification. Je relèverai d'ailleurs les arrêts dissidents comme ceux qui me sont favorables, et je suivrai dans ces développements, comme je l'ai dit, l'ordre même des théories spéciales du droit international privé. Dispositions légales relatives à la condition juridique des personnes, au régime de la propriété, à la forme des actes juridiques, à la constitution de la famille, à la dévolution et à la liquidation du patrimoine, les arrêts que je vais analyser touchent à tout cela, et ce n'est pas la moindre preuve de la généralité de la question des qualifications que la variété des hypothèses qui le soulèvent.

Dispositions légales relatives à la capacité des personnes.

Ces dispositions ont pour objet d'interdire à certaines personnes, ou bien tous les actes de la vie civile en général, ou bien, au contraire, certains d'entre eux seulement. C'est la distinction bien connue de l'incapacité générale et des incapacités spéciales. Comme ces incapacités peuvent dériver de sources différentes, et que la loi qui les régit dépend ordinairement de la source dont elles dérivent, des difficultés de qualification peuvent naître des dispositions différentes de la *lex fori* et de la loi étrangère, qui ramènent à des sources différentes l'une quelconque de ces incapacités générales ou spéciales.

Ainsi l'incapacité velléienne, dont certaines législations frappent la femme mariée, peut se rattacher, soit au statut personnel de la femme, soit au régime des biens entre époux. Suivant qu'on adoptera la première ou la seconde qualification, la loi applicable à cette incapacité spéciale variera.

Je citerai comme exemple un arrêt de la Cour de Chambéry du 19 novembre 1877 [1] qui vise un conflit de lois consécutif à l'annexion de la Savoie à la France. Il ne s'agit donc pas, comme on le voit, d'un conflit international proprement dit, c'est-à-dire d'un conflit entre deux lois également en vigueur dictées par deux Etats indépendants. Je cite néanmoins cet arrêt, parce que rien n'est plus facile, comme je l'ai montré plus haut à l'occasion des arrêts belges du 25 avril 1817 et du 8 février 1819, que de transposer l'espèce, et de substituer à

[1] Clunet 1878, p. 160 et Sirey, 1878, II, 5.

un conflit de lois dans le temps, comme celui que la Cour
Chambéry a résolu, un conflit dans l'espace, du genre de ce
que le présent travail a pour objet.

Deux sujets sardes, mariés avant l'annexion, sous l'empi
du Code sarde qui frappait la femme de l'incapacité velléien
subissent un changement de nationalité par l'effet de l'a
nexion. L'incapacité velléienne survit-elle à ce changeme
d'État ? Cela dépend : si elle se rattache au régime matrim
nial, l'annexion ne la fait pas disparaître, parce que l'an
nexion, à cause de la règle de l'immutabilité du régime matr
monial, n'a aucune influence sur ce régime lui-même dont
l'incapacité dépend. Si, au contraire, elle se rattache au statu
personnel, le statut personnel des époux se trouve modifi
par l'effet du changement de nationalité qu'entraîne l'annexion
et la loi française ne connaissant pas l'incapacité velléienne
cette incapacité disparaît nécessairement à la date de l'an
nexion. La Cour de Chambéry, appelée ainsi à qualifier l'in
capacité velléienne du Code sarde, c'est-à-dire à la rattacher
au statut personnel de la femme ou au régime des biens entre
époux, paraît avoir emprunté la qualification du Code sarde,
mais il est permis de penser qu'elle ne la lui a empruntée que
parce que cette qualification ne lui paraissait pas contraire à
l'esprit de la loi française, absolument comme certaines Cours
d'appel étrangères [1] se sont approprié la qualification fran
çaise des lois de 1870.

Une difficulté analogue s'était déjà présentée le 1er août 181
devant la Cour de Rouen [2] qui l'avait résolue en s'inspirant des
mêmes idées. Il s'agissait de savoir si l'incapacité velléienne
de la coutume de Normandie se rattachait au statut personnel
de la femme ou à l'inaliénabilité dotale qui résultait de son
contrat de mariage. Dans le premier cas, l'incapacité vel
léienne disparaissait à raison du changement du statut per
sonnel de la femme, dû à la promulgation du Code civil ; dans
la seconde hypothèse, au contraire, cette incapacité bénéficiait
de la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales
et survivait à l'abrogation de la coutume de Normandie.
Cour de Rouen l'a qualifiée en s'inspirant des dispositions
Code civil, c'est-à-dire des dispositions de la loi civile
temporaine du litige.

1. V. *supra*, p. 241, note 1.
2. Sirey, 1819, II, 140.

On rapprochera de ces arrêts de la Cour de Chambéry et de
Cour de Rouen, qui opposent l'un et l'autre, quelle que
t l'interprétation qu'on leur applique, le statut personnel
de la femme à la loi qui fixe le régime des biens entre époux,
un arrêt de Cassation du 24 juillet 1888 [1] rendu dans un esprit
tout différent.

Les naturels de nos colonies indiennes qui ont conservé, à
certains points de vue, le bénéfice de leur coutume d'origine,
peuvent y renoncer pour se soumettre à la loi française. Or,
les actes par lesquels ils renoncent à leur coutume d'origine
impliquent non seulement qu'ils renoncent au statut person-
nel que cette coutume leur applique, mais encore aux disposi-
tions de cette coutume qui visent le régime des biens entre
époux. Il y a là une assimilation du statut personnel au régime
des biens entre époux, qui s'explique par le caractère tout
particulier des conflits de lois qui s'élèvent dans cet ordre
d'idées aux colonies, et qu'on ne peut comparer à des conflits
internationaux proprement dits.

Les difficultés de qualification que soulèvent les dispositions
d'incapacité générale sont plus rares encore et d'une cons-
truction moins aisée que celles qui concernent les dispositions
d'incapacité spéciale. Il ne serait cependant pas impossible
d'en imaginer quelques-unes. Par exemple, on peut se
demander si l'incapacité générale dont certaines législations
frappent la femme mariée, et que personne ne confondra avec
l'incapacité spéciale dont je viens de parler, se rattache au
statut personnel de cette femme ou à la loi qui régit les effets
du mariage, à supposer, d'ailleurs, que cette loi ne se con-
fonde pas avec le statut personnel de la femme, ce qui pourrait
se produire si la femme conservait après le mariage sa nationa-
lité d'origine, différente de celle de son mari. C'est une
question peu pratique, précisément à raison des conditions
qu'elle suppose, mais à laquelle certaines décisions judiciaires
ont cependant allusion [2].

1. Sirey, 1890, I, 401.
2. Seine, 6 août 1878, Clunet 1879, p. 62 ; Paris, 8 août 1880, Clunet 1880, p. 177 ; Seine, 12 avril 1882, Clunet 1882, p. 619 ; Paris, 17 décembre 1883, Clunet 1884, p. 289 ; Chambéry, 9 janvier 1885, Clunet 1885, p. 80 ; Rennes, 4 février 1890, Revue pratique du droit international privé, I, 1, 225 ; Aix 31 mars 1890, Clunet 1891, p. 1202 ; Seine, 6 mai 1893, Clunet 1893, p. 864 ; Seine, 21 mars 1894, Clunet 1894, p. 541.

II. *Dispositions légales relatives au régime des biens.*

La plus intéressante des questions de qualification que so
lève la théorie du régime des biens est évidemment celle
savoir quelle est la loi dont dépend la nature mobilière
immobilière des choses. Je me suis d'ailleurs expliqué préc
demment sur elle, et je me borne à rappeler que la qualifica
tion résulte toujours en pareil cas de la *lex situs* au lieu de
résulter, comme cela se produit ordinairement, de la *lex fori*.

Mais, en dehors de cette question classique, il y en a d'autr
qui touchent au même ordre d'idées, tout au moins si l'
admet avec moi que le système des droits intellectuels
rattache à la théorie du régime des biens. Ce sont, en effet,
certaines institutions qui concernent les droits intellectuels
qui vont me fournir les exemples nouveaux sur lesquels je
vais raisonner.

C'est au régime des marques de fabrique et de commer
que je fais allusion. A supposer qu'une marque soit invoqu
en dehors de son pays d'origine, le tribunal étranger auqu
s'adresse le titulaire de cette marque devra se demand
avant même d'appliquer au régime de la propriété de ce
marque la loi normalement compétente qui le gouverne,
cette marque est vraiment une marque au regard de la loi
nom de laquelle il rend lui-même la justice. Et il peut fo
bien arriver que cette marque, si elle répond à la notion ju
dique de la marque dans son pays d'origine, ne réponde pas
la notion juridique de la marque telle que la comprend la
fori. Dans ces conditions, conformément à la théorie généra
des qualifications, le juge saisi du litige s'en tiendra purem
et simplement à la notion juridique de la marque telle que
construite la *lex fori*, et refusera, dès lors, de voir une marq
dans le signe extérieur au moyen duquel l'industriel a pr
tendu individualiser sa fabrication, bien que la loi du lieu
ce signe a été d'abord exploité le considère comme u
marque. C'est ainsi qu'en Allemagne [1] et en Autriche, où l'

1. La nouvelle loi allemande du 12 mai 1894 (Annuaire de législati
étrangère, 1895, p. 213) admet, dans certains cas seulement, la validité d
marques composées de mots. Elle n'admet la validité ni des marqu
composées de chiffre, ni des marques composées de simples lettres.
sait qu'il en est autrement en France (Dictionnaire de la propriété indu
trielle, de Pouillet, Pataille et Martin St-Léon, Paris, 1887, v° Marques
fabrique ou de commerce, § 2, n° 27, tome II, p. 164).

ne considère pas comme des marques les signes formés sim
lement de lettres et de chiffres, les tribunaux saisis de la
oursuite en contrefaçon d'une marque d'origine française, qui
eut ne se composer que de lettres et de chiffres, refuseront
e voir dans ce signe purement graphique une marque pro
rement dite répondant à la qualification de leur propre loi [1].

Cette doctrine, parfaitement régulière en elle-même, n'en
st pas moins très préjudiciable aux intérêts des titulaires de
arque. On a fait justement remarquer [2] que lorsqu'un indus
iel crée une marque pour individualiser sa fabrication, il ne
eut avoir en vue tout d'abord que le débouché restreint du
ays où il la crée et l'exploite : c'est plus tard, grâce à l'ex
nsion progressive de ses affaires, que ses produits trouve
nt d'autres débouchés à l'étranger. Dans ces conditions,
rsqu'il crée sa marque, il se conforme nécessairement à la
tion juridique de la marque telle que la conçoit la législa
n du lieu d'émission. L'ignorance où il est de ses futurs
ébouchés lui interdit de se conformer en même temps à la
tion juridique de la marque telle que d'autres législations la
nçoivent. Il est, dès lors, très regrettable, et même injuste,
e les tribunaux qui siègent dans le pays où s'ouvriront
s nouveaux débouchés s'en tiennent rigoureusement à la
tion de la marque telle que leur propre législation l'a con
uite. D'autre part, à supposer que cet industriel cède sa
rque, l'acquéreur ne traitera en toute sécurité que s'il
t avoir pleine confiance dans les effets universels de la loi
lieu d'émission, tout comme il se fierait aux dispositions de
oi du lieu de la situation réelle d'un objet corporel de qua
cation douteuse, s'il prétendait acquérir un droit réel sur
objet. Au fond, de même que la qualification mobilière ou
obilière d'un bien dépend, pour des raisons supérieures
sécurité dans les transactions, de la *lex situs* et non de la
fori, de même la qualification d'un signe extérieur destiné
dividualiser les produits d'un industriel devrait dépendre,
épit du système de droit commun des qualifications, non

Décision du ministère du commerce d'Autriche, 18 février 1891,
et 1893, p. 220; Reichsgericht, 3 novembre 1886, Clunet 1888, p. 534;
andgericht de Dresde, 13 janvier 1887, Clunet 1890, p. 334. Je signale
écision dissidente : Hambourg, 11 décembre 1886, Clunet 1888, p. 823.
oir la note anonyme qui accompagne l'arrêt du trib. fédéral suisse
septembre 1888, dans Sirey, 1889, IV, 17.

point de la loi du lieu où siège le tribunal saisi, mais de la lo du lieu où ce signe extérieur a été d'abord adopté et exploité

Ce résultat si désirable, que la doctrine est malheureusemen impuissante à atteindre, de nombreuses dispositions du droi conventionnel l'ont sanctionné, en décidant expressément — c'est la formule invariablement employée — que le caractèr de la marque s'apprécie, dans les rapports des États contrac tants, d'après la loi du lieu d'origine de cette marque. La con vention d'union du 20 mars 1883 contient un texte formel en ce sens [1] qui a été précédé et suivi de beaucoup d'autres. Je les indique en note [2].

Conformément aux dispositions de certaines de ces conven tions, le tribunal d'Anvers a jugé, le 29 août 1890 [3], que le caractère d'une marque d'origine allemande invoquée devan les tribunaux belges était régi par la loi allemande. La Cour de Genève, réformant le 14 mai 1888 [4] un jugement du tribu nal de commerce de Genève du 14 juillet 1887 [5], et après elle

1. Protocole de clôture, art. 4, Clunet 1884, p. 652.

2. J'emprunte tous ces textes au recueil des traités de Stœrck (Continuation du recueil de Martens) : Convention du 28 mai 1872 entre la Belgique et l'Italie (I, 168); convention du 7 février 1874 entre la Belgique et la France (I, 139); déclaration du 10 juin 1874 entre la France et l'Italie (I, 369); convention d'établissement entre la Serbie et l'Italie, 9 novembre-28 octobre 1879, art. 16 (VI, 649); convention sur la propriété littéraire et la propriété industrielle entre la France et la Belgique, 31 octobre 1881, art. 14 (IX, 52); traité de commerce entre la France, la Suède et la Norvège, 30 décembre 1881, art. 14 (IX, 176); traité de commerce entre la France et l'Espagne, 6 février 1882, art. 2 (IX, 141); convention du 23 février 1882 entre la France et la Suisse, art. 2 (IX, 100); traité de commerce entre l'Italie et la Belgique, 11 décembre 1882, art. 17 (VIII, 632); traité de commerce entre l'Espagne et la Suisse, 14 mars 1883, art. 8 (IX, 600); traité de commerce entre l'Allemagne et l'Italie, 4 mai 1883, art. 5 (IX, 420); traité de commerce entre le Portugal et l'Espagne, 12 décembre 1883, art. 8 (XIV, 62); déclaration entre la France et les Pays-Bas, 19 avril 1884 (XII, 614); traité de commerce entre l'Italie et l'Espagne, 12 juin 1884, art. 3 (XIII, 608); nouveau traité entre les mêmes parties, 26 février 1888, art. 3 (XVII, 10); traité de commerce entre le Portugal, la Suède et la Norvège, 10 avril 1885, art. 9 (XIV, 73); convention entre la France et la Roumanie, 12 avril 31 mars 1889, art. 3 (XVI, 732); traité de commerce entre l'Espagne et Norvège, 27 juin 1892, art. 13 (XX, 555); traité de commerce entre l'Autriche et la Serbie, 9 août-28 juillet 1892, art. 14, § 5 (XX, 384).

3. Revue pratique de droit international privé, I, 1, 271.

4. Annales de droit commercial, 1888, I, 214.

5. Clunet 1889, p. 349.

tribunal fédéral, par arrêt du 29 septembre 1888 [1], ont veillement décidé que le caractère d'une marque d'origine ançaise invoquée devant les tribunaux suisses était régi par loi française.

Mais il faut, bien entendu, pour que la qualification de la loi étrangère se substitue ainsi à la *lex fori*, une disposition expresse du droit conventionnel. Un texte qui se bornerait à conférer, dans chacun des États contractants, le bénéfice de la protection de leurs marques aux ressortissants de l'autre, ne suffirait pas. C'est ce qu'a décidé le ministre du commerce d'Autriche dans les rapports de l'Autriche-Hongrie et de l'Angleterre, tels qu'ils résultent du traité de commerce du décembre 1876 [2].

III. *Dispositions légales qui concernent la forme et la preuve des actes juridiques.*

'est ici que les difficultés de qualification dont j'ai mainant à parler se multiplient : nous les rencontrons en matière mariage, de contrat de mariage, de légitimation et de tesent.

ux termes de l'art. 170 du Code civil, les formes de la célébration du mariage sont régies par la loi du lieu où le mariage s'est produit. Tout le monde connaît l'extrême liberté qui résulte pour les conjoints de cette règle, quand ils s'unissent dans un pays où leur cohabitation pure et simple entraîne présomption de mariage. Ici encore cependant, la loi française conservera, aux yeux des juges français, un certain pouvoir de contrôle sur le caractère de la cohabitation requise pour que le mariage soit réputé avoir eu lieu. Ils n'attribueront de valeur à cette cohabitation qu'autant qu'ils jugeront qu'elle était accompagnée chez les prétendus conjoints, conformément à l'esprit de la loi française, de l'intention de s'unir en légitime mariage, et la qualification même des faits d'où les prétendus conjoints soutiendront que cette intention résulte, ils ne la demanderont jamais qu'à la loi française, qui seule, en fin de compte, décidera si ces faits sont des faits révélateurs de l'intention requise, et si la cohabitation

Clunet 1890, p. 516 et Sirey, 1889, IV, 17.
18 février 1891, Clunet 1893, p. 220.

alléguée équivaut, par ses caractères juridiques, à une *forme* de la célébration du mariage. Et comme nous touchons ici plus qu'ailleurs aux questions de fait, il leur sera toujours facile de limiter ainsi l'effet de la liberté excessive qu'attribue aux prétendus conjoints la loi du lieu où l'union s'est produite, sans que la Cour de cassation puisse réformer leur décision. Il leur suffira pour cela d'alléguer que la cohabitation et la possession d'état ne sont pas suffisamment établies. C'est ainsi que j'interprète les deux arrêts de cassation du 20 décembre 1841 [1] et du 7 février 1860 [2].

J'arrive aux difficultés de qualification que soulèvent les formes du contrat de mariage. Un arrêt de cassation du 24 décembre 1867 [3] m'en fournit un exemple très caractéristique, où se pose la question de savoir si la règle de l'immutabilité du régime, entraînant l'antériorité nécessaire du contrat de mariage à l'égard du mariage, est une règle de forme du contrat de mariage ou une règle du fond du régime lui-même. J'aurai d'ailleurs à revenir sur cet arrêt parce qu'il a résolu deux questions différentes de qualification; la première seule se rattache à mes recherches actuelles, et je négligerai provisoirement la seconde.

Voici l'espèce : un Français épouse une Française en Espagne, sans contrat. Postérieurement au mariage, un contrat est dressé en Espagne. Est-il valable ? Si la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales se rattache à la théorie des formes, en d'autres termes, si l'antériorité du contrat de mariage à l'égard du mariage est l'une des formes du contrat de mariage, le contrat passé en Espagne postérieurement au mariage est pleinement valable, puisque ses formes sont régies par la loi espagnole et que la loi espagnole n'exige pas l'antériorité du contrat de mariage à l'égard du mariage. Au contraire, si l'on voit dans la règle de l'art. 1395, C. civ. fr. une disposition qui touche au fond même du régime, cette disposition aura pu suivre à l'étranger les conjoints français, à supposer qu'ils aient adopté, comme ils ont la liberté de le faire ou de ne pas le faire, aux termes de la jurisprudence française, un régime français : dans ce cas, le contrat de

1. Sirey, 1842, I, 321.
2. Sirey, 1860, I, 529.
3. Sirey, 1868, I, 134.

mariage sera nul. La Cour de cassation prend le premier parti, et il résulte clairement des motifs de son arrêt qu'en imprimant à la règle de l'antériorité la qualification de disposition de forme, elle s'est uniquement inspirée de l'esprit de la loi française, et n'a fait appel, en aucune façon, à ce point de vue, à la loi espagnole. Peut-être est-il permis de penser que la solution qu'elle a fait prévaloir n'est pas réellement en harmonie avec l'esprit de la loi française ; mais c'est bien l'esprit de la loi française qu'elle a entendu suivre, et cela suffit pour que je puisse invoquer son arrêt à l'appui de la théorie générale des qualifications [1].

Je trouve d'ailleurs une autre application de la même idée en matière de filiation naturelle et de légitimation. Je l'emprunte à un arrêt bien connu de la Cour de Besançon du 25 juillet 1876 [2]. On sait que la légitimation ne se produit dans notre droit, comme une conséquence nécessaire du mariage, que si l'enfant naturel qui doit en bénéficier a été préalablement reconnu par les deux futurs conjoints avant le mariage. Si l'on suppose que les deux conjoints, de nationalité française, reconnaissent l'enfant postérieurement au mariage, dans un pays dont la législation n'exige pas l'antériorité de la reconnaissance à l'égard du mariage pour que la légitimation se produise, une question identique à celle que j'ai indiquée précédemment va se poser. L'exigence de l'antériorité de la reconnaissance à l'égard du mariage se rattache-t-elle aux règles de forme ou aux règles de fond de la légitimation ? Dans le premier cas, la légitimation de l'enfant naturel se sera produite, puisque l'acte d'où elle résulte s'est produit en un lieu où l'antériorité de la reconnaissance à l'égard du mariage n'est pas exigée. Dans le second cas, la solution contraire s'impose, puisque l'exigence de l'antériorité se rattache aux règles de fond de la légitimation, et que ces règles ne dépendent pas, comme les règles de forme, de la loi du lieu où la reconnaissance est intervenue. La Cour de Besançon a pris le premier parti, mais toujours en s'inspirant de l'esprit de la loi française pour qualifier ainsi l'exigence de l'antériorité de la reconnaissance à l'égard du mariage. Elle n'a fait d'ailleurs

1. Même solution : Grenoble, 30 mai 1844, Dall., 1845, II, 36; Toulouse, 1866, Dall., 1866, II, 109; Cass., 11 juillet 1855, Dall., 1856, I, 9. Clunet 1877, p. 228.

que suivre la voie où la Cour de cassation s'était engagée en 1868, et il n'est pas plus excessif de considérer l'antériorité de la reconnaissance à l'égard du mariage comme une forme de la légitimation, que de considérer l'antériorité du contrat de mariage à l'égard du mariage comme une forme du contrat de mariage [1].

Abordons enfin les difficultés de qualification que soulève la forme du testament. Je prendrai, pour premier exemple de ces difficultés, une hypothèse bien connue et très simple, où il s'agit exclusivement de savoir si une disposition légale appliquée dans certains pays au régime du testament constitue une disposition de forme ou une disposition de fond, ce qui répond bien aux termes généraux du problème des qualifications. Les art. 968 et 1097 du Code civil français prohibent le testament conjonctif; d'autres législations, notamment la législation prussienne antérieure au Code civil allemand de 1896, en reconnaissent, au contraire, la validité. Si l'on suppose que deux sujets français, dans l'espèce deux conjoints, testent l'un pour l'autre et par le même acte en Prusse où le testament conjonctif est admis, la question de savoir quel est le caractère des art. 968 et 1097, c'est-à-dire au fond la question de savoir quelle qualification il faut appliquer à la prohibition du testament conjonctif, surgit immédiatement. Si ces dispositions de la loi française concernent la forme du testament, le testament conjonctif rédigé en Prusse par les conjoints français bénéficiera des dispositions de la loi prussienne, par application de la règle *locus regit actum*, et sa validité en résultera sans aucun doute. Au contraire, si les dispositions des art. 968 et 1097 s'adressent à la personne même des sujets français pour leur interdire un certain genre de libéralités, ces dispositions les auront suivi en Prusse où ils ont testé, le testament conjonctif sera nul. Le tribunal de la Seine [2] sta-

1. On oppose quelquefois à l'arrêt de la Cour de Besançon, que je viens d'analyser, un arrêt de la Cour de Paris du 2 août 1876 (Clunet 1877, p. 230) qui rattacherait l'exigence de l'antériorité de la reconnaissance à l'égard du mariage aux règles de fond de la légitimation. C'est, je crois, une erreur d'interprétation. La Cour de Paris, dans l'espèce qui lui était soumise, a considéré la légitimation comme nulle, non point parce que la reconnaissance était postérieure au mariage, mais parce qu'elle ne résultait pas d'actes suffisamment probants.

2. 23 décembre 1881, Clunet 1882, p. 322.

tuant sur une hypothèse voisine que j'ai modifiée, pour la rendre plus claire, a vu là une simple question de forme, et a reconnu la validité du testament. La Cour de Toulouse [1] et la Cour de Caen [2], interrogeant comme lui l'esprit de la loi française, tant pour qualifier la prohibition du testament conjonctif par la loi française que pour qualifier la permission du testament conjonctif par la loi étrangère, s'étaient déjà prononcées dans le même sens. Le tribunal suprême de l'empire d'Allemagne, appelé à statuer sur la même difficulté, a fait de même en se plaçant au point de vue de la loi allemande [3].

Voilà un premier exemple des difficultés de qualification que font naître les formes du testament. J'en indiquerai une autre, où la question de qualification ne se présente pas avec la même netteté, mais qui est trop connue pour que je n'en dise pas un mot. J'ai eu soin de faire observer, en abordant la première hypothèse, qu'il s'agissait de fixer les caractères juridiques d'une disposition légale ambiguë, où l'on peut voir à volonté, semble-t-il, une disposition de forme ou une disposition de fond. L'hypothèse nouvelle sur laquelle je vais raisonner se rattache, au contraire, à des dispositions légales qui visent incontestablement la forme du testament; seulement, comme ces dispositions ont pour objet d'interdire aux ressortissants du pays qui les édicte l'emploi d'une certaine forme de testament, on peut se demander, et on s'est, en effet, demandé, si la prohibition qu'elles contiennent se rattache à la théorie des formes du testament ou bien, au contraire, au statut personnel du disposant.

Je crois, pour ma part, que la question fort délicate que soulèvent des dispositions de ce genre est mal posée quand on la pose de cette façon, mais c'est ainsi qu'elle a été posée et discutée et c'est, par conséquent, sur ce terrain, bien qu'il me paraisse mal choisi, que je la discuterai à mon tour.

L'art. 992 du Code néerlandais interdit au sujet néerlandais de tester en la forme olographe, même dans les pays dont la législation consacre cette forme de testament. Quel est le caractère juridique de cette disposition légale? A supposer qu'un sujet néerlandais ait testé dans un pays où l'on admet le

1. 11 mai 1850, Sirey, 1850, II, 529.
2. 22 mai 1850, Sirey, 1852, II, 566.
3. Trib. d'Empire, 1er mars 1881, Clunet 1882, p. 360.

testament olographe, que décideront les tribunaux de ce pays en ce qui concerne la validité du testament en la forme ? S'ils rattachent la faculté de tester en la forme olographe à la théorie des formes, ils ne tiendront aucun compte de la disposition de l'art. 992 et se prononceront pour la validité du testament, par application de la loi du lieu de rédaction. Si, au contraire, ils considèrent la faculté de tester en la forme olographe comme dépendant du statut personnel, en un mot, s'ils s'approprient la qualification de la loi et de la jurisprudence néerlandaises [1] ils mettront de côté la loi de leur pays où le testament a été rédigé, feront intervenir la disposition de l'art. 992 et frapperont de nullité le testament litigieux.

Les tribunaux français ont eu, plusieurs fois, cette difficulté à résoudre. La Cour de Paris, le 7 thermidor an IX [2], la Cour d'Orléans, le 4 août 1859 [3], ont jugé qu'il y avait là une question de forme, étrangère par conséquent au statut personnel. La Cour de cassation s'est prononcée dans le même sens, le 25 août 1847 [4] et le 9 mars 1853 [5]. C'était tout au moins rejeter la qualification de la loi étrangère pour faire prévaloir une qualification différente, que ces hautes juridictions considéraient, sans doute, comme plus conforme à l'esprit de la loi française.

Il est vrai qu'on pourrait se demander si un texte bien connu et d'une interprétation fort difficile, l'art. 999 du Code civil, n'est pas de nature à autoriser, au regard de la loi française, la qualification contraire. On sait, en effet, que pour beaucoup de jurisconsultes et, notamment, pour MM. Aubry et Rau [6], ce texte, en reconnaissant au Français le droit de tester à l'étranger soit en la forme olographe de la loi française, soit en la forme authentique de la loi étrangère du pays où il se trouve, lui interdit par là même l'emploi de toute autre forme de testament sanctionnée par la loi de ce pays, par exemple, de la forme nuncupative de la loi espagnole. En un mot, pour les jurisconsultes dont je parle, ce texte contient un *maximum* de concessions expresses dans cet ordre d'idées.

1. Amsterdam, 6 juillet 1886, Clunet 1889, p. 175.
2. Sirey, Coll. nouv., I, II, 32.
3. Dalloz, 1859, II, 158.
4. Sirey, 1847, I, 712.
5. Dalloz, 1853, I, 217.
6. VII, 89, note 1.

Ceci posé, et si l'on admet cette interprétation de l'art. 999, les tribunaux français n'hésiteraient évidemment pas à déclarer nul le testament rédigé à l'étranger par un Français dans les formes non authentiques admises par la loi locale. La disposition de l'art. 999 et la prohibition qu'elle établit auraient donc suivi le Français à l'étranger. Or, les dispositions de la loi française qui suivent les Français à l'étranger sont des dispositions de statut personnel [1]. Mais si, au regard des tribunaux français, la défense adressée par la loi française à ses ressortissants de tester en la forme olographe de la loi étrangère est une disposition du statut personnel, pourquoi donc, au regard des mêmes tribunaux, la défense adressée par la loi néerlandaise à ses ressortissants de tester en une forme olographe quelconque ne serait-elle pas, elle aussi, une disposition du statut personnel, destinée à suivre le sujet néerlandais en France ?

L'objection me paraît très forte : à moins de revenir, sur ce point particulier, à une distinction qu'admettaient les premiers statutaires italiens [2] entre les conflits par voie d'*extension* de la loi du tribunal saisi à un autre territoire [3] et les conflits par voie d'*introduction* de la loi étrangère sur le territoire auquel appartient le tribunal saisi [4]; en d'autres termes, à moins d'admettre qu'un pays peut raisonnablement attribuer aux dispositions de sa propre loi une influence à l'étranger qu'il refuse aux dispositions analogues de la loi étrangère sur son propre territoire, il faut bien reconnaître que la qualification de dispositions de statut personnel, appliquée à l'art. 992 du Code néerlandais, peut s'appuyer, avec beaucoup de force, en France et pour des juges français, sur cette première interprétation de l'art. 999.

Aussi bien, cette interprétation me paraît inexacte, et sans discuter une doctrine dont la critique m'entraînerait beaucoup trop loin, je pense, avec beaucoup de jurisconsultes, que l'art. 999, loin d'établir un *maximum* de concessions expresses au profit du Français qui teste à l'étranger, ne consacre

1. Code civ., art. 3, § 3.
2. Voir Lainé, *Introd. au droit intern. privé*, I, 131 et suiv. (exposé des doctrines de Bartole et de Balde).
3. Hypothèse de l'art. 999 du Code français pour les juges français.
4. Hypothèse de l'art. 992 du Code néerlandais pour les juges français.

expressément que le *minimum* de ces concessions, en un mot que le Français reste libre de tester à l'étranger non seulement en la forme authentique de la loi étrangère du lieu de rédaction, comme le texte l'indique, mais encore en toute forme quelconque admise par cette même loi, comme le texte le suppose tacitement. Dans ces conditions, l'art. 999 ne contenant aucune prohibition du genre de celle qu'établit l'art. 992 du Code néerlandais, la qualification de disposition d'incapacité personnelle donnée par la loi néerlandaise à la défense qu'elle adresse au sujet néerlandais de tester en la forme olographe à l'étranger ne trouve plus aucun appui dans la loi française, et la jurisprudence des Cours de Paris et d'Orléans, sanctionnée par la Cour de cassation, échappe, dès lors, à toute critique, étant donné, je le répète, le point de départ de la discussion.

En Belgique, la même question s'est présentée le 18 juin 1874[1] et le 27 mars 1890[2] devant la Cour de Liége, et le 21 juillet 1886[3] devant la Cour de Bruxelles, qui l'ont résolue en sens opposé. La Cour de Liége et la Cour de Bruxelles ont fait prévaloir en Belgique la qualification du Code néerlandais, sans doute parce qu'elles interprètent l'art. 999 du Code civil autrement que je ne l'ai fait, et que, dans ces conditions, la qualification du Code néerlandais ne leur a pas semblé contraire à l'esprit de leur propre législation.

En Italie, la Cour de Gênes et la Cour de cassation de Turin, saisies de la même difficulté, ont également sanctionné la qualification de la loi néerlandaise et admis la nullité du testament[4]. Mais, tandis que les arrêts de la Cour de Liége et de la Cour de Bruxelles peuvent s'expliquer par l'hypothèse d'un accord entre la qualification de la loi néerlandaise et la qualification de la loi belge, dû avant tout à l'interprétation restrictive de l'art. 999 par les juges belges, les arrêts de Gênes et de Turin paraissent, au contraire, avoir accepté purement et simplement la qualification de la loi néerlandaise. Il ne semble pas que leurs auteurs aient su qu'il leur appartenait de

1. Revue de droit international, 1876, p. 495.
2. Revue pratique de droit intern. privé, 1890, I, 1, 155, et la note de M. Despagnet.
3. Clunet 1887, p. 495.
4. Gênes, 4 août 1891, Clunet 1893, p. 955, et Cour de cass. de Turin (mêmes parties), 12 avril 1892, Clunet 1894, p. 1083.

contrôler cette qualification venue du dehors, de telle sorte que son succès devant eux fût subordonné à l'assentiment de la loi italienne. A ce point de vue, les arrêts italiens sont évidemment contraires à la théorie que j'ai développée sur la question des qualifications, tandis, au contraire, que les arrêts français la soutiennent très nettement et que les arrêts belges eux-mêmes peuvent, à la rigueur, s'y rattacher.

Je ne m'arrêterai pas davantage sur la difficulté que soulève, en droit international privé, l'art. 992 du Code néerlandais, bien que cette difficulté me paraisse, comme je l'ai dit, mal posée dans les termes dans lesquels je l'ai posée et discutée à la suite des arrêts qui l'ont résolue. Si je la posais comme il est, je crois préférable de la poser, je sortirais par là même de la théorie des qualifications, dont l'exposé, par sa longueur même, n'autorise aucune digression.

Étienne BARTIN,
Professeur à la Faculté de droit de Lyon.

(*A suivre*).

Quelques considérations sur l'idée d'ordre public international[1] (*fin*).

Pour aboutir à une formule plus précise et plus juridique, peut-être pourrait-on recourir à l'idée de droits acquis ; grâce à cette idée, dans les cas où un principe conforme au droit d'un pays donné et susceptible de produire certaines conséquences juridiques aurait été accompli dans ce pays, les juges étrangers, mis en présence des conséquences de ce principe, n'auraient plus à en apprécier la moralité d'après les lois du pays auquel ils appartiennent.

Le droit acquis paraît de nature à se suffire à lui-même. Il devrait donc être considéré indépendamment de la loi qui lui a donné naissance; il devrait, par suite, être accepté ou exclu pour des considérations tout autres que celles tirées du principe auquel il se rattache. Il se passe quelque chose d'analogue en droit international public au cas de reconnaissance diplomatique d'un nouvel État : en fait, lors de la constitution

1. V. le commencement de cette étude, *supra*, p. 69.

droit; il n'a pas réfléchi que, parmi eux, pourraient se trouver des indignes ; mais il a mis, du moins, à l'exercice de leur droit une condition, celle qu'ils s'établiraient en France. Et cette condition, loin de corroborer leur droit, comme on le prétend, l'a restreint. Cette condition signifie que la pensée du législateur a été d'offrir la nationalité française à ceux-là seulement qui donneraient, en se fixant sur le territoire français, un gage de leurs sentiments affectueux pour la France, un témoignage de leur volonté d'associer effectivement leur existence à ses destinées, d'être désormais pour elle des sujets paisibles, utiles et dévoués. Or, est-ce là ce que font les individus qui, après avoir été expulsés, viennent, au mépris d'une prohibition légale, s'établir sur le territoire français? Cet établissement, que leur interdisait déjà la loi du 28 vendémiaire an VI, au moment où le Code civil a été fait, que, depuis, leur a plus expressément et plus énergiquement encore interdit la loi du 3 décembre 1849, parce que leur présence en France est redoutée, est-ce bien le domicile que désire, qu'exige le Code civil? Non, certes, et ce n'est vraiment pas eux que cette loi invite à réclamer la qualité de Français; les art. 9 et 10 n'ont vraiment pas été faits pour eux.

A. Lainé,

Professeur à la Faculté de droit de Paris.

(*A suivre*).

De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois (*fin*[1]).

IV. — Dispositions légales qui concernent les droits de famille.

J'arrive ainsi aux dispositions légales qui concernent le droit de famille, et si les difficultés de qualification qu'elles ont soulevées, en pratique, sont moins nombreuses que celles que soulèvent les règles de forme, elles sont peut-être plus curieuses et plus caractéristiques encore. Le divorce, d'une

1. V. *supra*, p. 225 et 246.

part, la filiation naturelle, de l'autre, nous en fourniront de singuliers exemples.

J'emprunte le premier à un arrêt de cassation du 13 août 1816[1]. Deux époux français, mariés sous l'empire de la loi française à une époque où elle admettait le divorce, vont s'établir dans un pays dont la législation confond le divorce et la nullité du mariage, ou plutôt, n'admet la poursuite du divorce que sous la forme d'une action en nullité du mariage. Survient un fait qui constitue une cause du divorce au regard de la loi française qui régit les effets du mariage. Ne pouvant demander le divorce en France, à cause des événements politiques de l'époque d'où résultait pour lui une impossibilité de communiquer avec son pays d'origine, l'époux trompé se résigne à engager l'instance en divorce devant le tribunal étranger, sous la forme d'une demande en nullité de mariage qui équivaut, aux termes de la législation de ce pays, à une demande en divorce. Il obtient gain de cause. Il veut ensuite se prévaloir, dans son pays d'origine, de la décision intervenue. A supposer qu'il puisse le faire s'il s'agit d'un véritable divorce, et qu'il ne puisse pas le faire s'il s'agit d'un jugement d'annulation, les tribunaux français auront à se prononcer avant tout sur le caractère de l'action qu'il a intentée à l'étranger et du jugement qu'il y a obtenu. S'ils s'en tiennent à la qualification de la loi étrangère, ils le considéreront comme divorcé en France, puisque la loi étrangère confond le divorce et la nullité du mariage, et qu'il a obtenu un jugement d'annulation. Mais s'ils s'en tiennent à l'esprit de la loi française qui distingue nettement le divorce de la nullité, ils ne verront dans le jugement étranger qu'un jugement d'annulation et comme le mariage litigieux n'était affecté, par hypothèse, aux termes de la loi française, d'aucune cause de nullité, ils considéreront ce jugement comme non avenu, sans s'arrêter en quoi que ce soit à la confusion que fait la loi étrangère entre le divorce et la nullité. C'est justement ce qu'a fait la Cour de cassation dans l'arrêt que je viens d'analyser en en modifiant d'ailleurs légèrement la donnée.

J'emprunte une autre hypothèse à un arrêt de la Cour de

1. Sirey, Coll. nouv., V, I, 225 et 466.

Paris du 2 août 1866 [1] intervenu sur une question de filiation naturelle qui mettait en jeu les règles de l'ordre public international.

On sait qu'aux termes d'une jurisprudence primitivement très discutée, mais qui paraît bien assise aujourd'hui, un étranger peut invoquer devant les tribunaux français, dans l'ordre des droits de famille, les conséquences d'une situation qu'il a antérieurement acquise à l'étranger en vertu des dispositions de sa loi personnelle, alors qu'il lui serait interdit, pour des raisons d'ordre public international, de s'adresser aux tribunaux français pour obtenir l'établissement de cet état nouveau sur le territoire français. Par exemple, deux époux, dont la loi personnelle commune admet le divorce, pourront invoquer, devant les tribunaux français, le divorce qu'ils auront obtenu à l'étranger, alors qu'il leur serait impossible de l'obtenir en France en vertu des dispositions de leur loi personnelle. C'est ainsi encore qu'un enfant naturel pourra invoquer en France le bénéfice de sa filiation telle qu'elle a été antérieurement établie à l'étranger, conformément aux dispositions de sa loi personnelle, bien qu'il lui eût été impossible de demander aux tribunaux français de l'établir eux-même en France par application des mêmes dispositions. En un mot, à supposer qu'une disposition de la loi personnelle de l'étranger soit contraire à l'ordre public international en France, de telle sorte qu'il soit interdit à cet étranger de s'en prévaloir devant les tribunaux français pour obtenir d'eux l'établissement de l'état de choses nouveau que cette disposition prévoit, les tribunaux français n'en reconnaîtront pas moins la légitimité de cet état de choses, lorsqu'il aura été antérieurement établi et définitivement consacré sur le territoire étranger, par application de cette disposition de la loi étrangère, contraire à la notion française de l'ordre public international.

Ceci posé, quand il s'agira de savoir si l'état de choses dont je parle s'est définitivement réalisé sur le territoire étranger de telle sorte qu'il suffise désormais à la personne qui en bénéficie d'invoquer devant les tribunaux français les conséquences du fait accompli, ou si, au contraire, cet état de choses en est encore à se réaliser à son profit, de telle sorte

1. Sirey, 1866, II, 342.

que la notion française de l'ordre public international interdise aux tribunaux français de contribuer à sa réalisation, — en un mot, quand il s'agira pour les juges français de distinguer le droit acquis du droit éventuel, c'est à leur propre loi, c'est à la loi française qu'ils demanderont les éléments de cette distinction. La loi étrangère pourra bien qualifier de situation acquise la situation actuelle de l'étranger, si la loi française ne ratifie pas cette qualification, les tribunaux français ne considéreront pas cette situation comme une situation acquise et refuseront à l'étranger le droit de se prévaloir devant eux des dispositions de sa loi personnelle qui la concernent.

Par exemple, un enfant naturel étranger dont la filiation à égard d'un prétendu père naturel, étranger lui-même, s'appuie sur une possession d'état qui s'est manifestée à l'étranger, réclame en France des aliments à ce prétendu père naturel, en invoquant sa possession d'état. Il se trouve que la loi étrangère commune aux deux parties considère la possession d'état comme établissant définitivement, par elle-même, la filiation naturelle, tandis que la loi française y voit seulement, quoi qu'on en ait dit, un moyen pour établir judiciairement cette filiation. Suivant que la juridiction française adoptera, en ce qui concerne la possession d'état, la qualification de la loi étrangère ou celle de la loi française, la demande de l'enfant sera pour elle admissible ou irrecevable. En effet, si la qualification de la loi étrangère l'emporte, la filiation naturelle se trouve définitivement établie à l'étranger conformément aux dispositions du statut personnel commun des parties, et l'enfant naturel, en poursuivant son père, invoque simplement les conséquences d'un état de choses qui s'est déjà réalisé à l'étranger, qui reste entièrement soumis, pour cette raison, aux dispositions de la loi étrangère, sans que les dispositions d'ordre public international de la loi française puissent rien contre lui. Au contraire, si la qualification de la loi française prévaut, la solution change du tout au tout. La possession d'état n'a pu établir la filiation naturelle à titre définitif et irrévocable. Dès lors, l'enfant naturel, sous prétexte de tirer les conséquences d'une filiation antérieurement établie, n'agit en justice que pour établir cette possession d'état; son action n'est au fond qu'une action déguisée en recherche de la paternité et, par conséquent, loin de pouvoir s'autoriser des dispositions conformes de statut personnel

commun des parties, elle se heurte à la disposition contraire de l'art. 340 C. civ. fr. qui est une disposition d'ordre public international. C'est en ce sens que s'est prononcée la Cour de Paris, le 2 août 1866 [1] et je ne veux pas abandonner l'analyse de son arrêt sans renouveler à son sujet une observation que j'ai déjà faite. La théorie des qualifications, telle que je la comprends, touche de très près à celle de l'ordre public international. L'arrêt de 1866 fournit un exemple frappant des rapports de ces deux théories entre elles, puisque la qualification de la possession d'état par la loi française y intervient justement, pour entraîner l'application d'une disposition d'ordre public international de la même loi [2].

IV. — Dispositions légales qui concernent le patrimoine.

J'aborde enfin l'étude des difficultés de qualification que soulèvent les dispositions légales relatives au patrimoine. Ces dispositions, prises dans leur ensemble, sont de quatre espèces. Les premières ont pour objet de fixer les règles de l'*administration* du patrimoine d'autrui : on en trouve le type dans l'institution de la tutelle. D'autres déterminent la *dévolution légale* du patrimoine et l'effet des actes de libéralité qui la modifient. Celles du troisième groupe fixent les règles de la *liquidation générale* du patrimoine, et spécialement les *règles de la faillite*. Les dernières enfin supposent la *constitution artificielle* d'un patrimoine au profit d'une personne civile et notamment d'une société.

De ces quatre espèces de dispositions légales relatives au patrimoine, la seconde et la troisième seulement ont fait naître, en jurisprudence, des difficultés de qualification. Je les étudierai successivement.

1° J'ai déjà parlé de celles qui concernent la dévolution du patrimoine, puisque je me suis servi précisément de l'une des hypothèses qui les mettent en jeu, pour dégager, au début de

1. Sirey, 1866, II, 342.

2. La Cour de Pau, le 13 mai 1888 (Clunet 1893, p. 358) a raisonné comme la Cour de Paris, sur une hypothèse analogue. On rapprochera d'ailleurs de l'arrêt de la Cour de Paris et de celui de la Cour de Pau, un arrêt de la Haute-Cour d'Angleterre, div. de la chancellerie, du 20 février 1882 (Clunet 1883, p. 184) rendu en matière fiscale, et qui me paraît porter la trace des mêmes idées. On y joindra un arrêt de la Cour d'appel d'Athènes, 1893 (Clunet 1894, p. 592).

ce travail, la notion des difficultés de qualification [1]. Je vais revenir sur cet arrêt de la Cour d'Alger, non certes pour étudier à nouveau l'hypothèse qu'il a résolue, mais pour le rapprocher de quelques documents analogues de la jurisprudence française.

On se rappelle qu'il s'agissait, devant la Cour d'Alger, de la question de savoir si la quarte du conjoint pauvre, attribuée à la femme par la loi maltaise, sous l'empire de laquelle elle était mariée, devait être considérée comme un droit héréditaire ou comme un droit se rattachant au régime des biens entre époux. Dans le premier cas, la femme ne pouvait pas, dans le second, elle pouvait, au contraire, s'en prévaloir sur les immeubles de son mari situés en France. La Cour d'Alger, appelée ainsi à qualifier la quarte du conjoint pauvre de la loi maltaise, l'a rattachée au régime des biens entre époux, ce qui a permis à la veuve d'en réclamer le bénéfice sur les immeubles de son mari situés en France. Mais ce qu'il importe de relever, c'est qu'elle ne s'en est pas tenue, pour qualifier cette quarte comme elle l'a fait, aux indications que lui fournissait la loi maltaise : elle a analysé en elle-même l'institution litigieuse, et c'est à cause de ses caractères intrinsèques, appréciés au point de vue de la loi française, qu'elle l'a rattachée au régime des biens entre époux.

La Cour d'Aix, appelée à se prononcer, le 21 mars 1882 [2], sur une question identique, soulevée par les dispositions de la loi grecque en matière de gains de survie, a qualifié la quarte du conjoint pauvre de la loi grecque de la même façon que la Cour d'Alger a qualifié la quarte du conjoint pauvre de la loi maltaise. Je pense, malgré les motifs un peu sommaires de son arrêt, qu'elle s'est inspirée du même principe de qualification que la Cour d'Alger.

La Cour de cassation, de son côté, avait eu à statuer, le 7 avril 1881 [3], sur une difficulté du même genre. Il s'agissait de deux conjoints mariés sans contrat sous l'empire du régime de la loi de l'État de Virginie, qui reconnaît un douaire à la femme survivante. Contrairement à l'opinion de la Cour d'Alger, la Cour de cassation a jugé que ce douaire

1. 24 décembre 1889, Clunet 1891, p. 1171 ; *supra*, p. 227.
2. Sirey, 1885, II, 117.
3. Clunet 1882, p. 87.

se rattachait, en dépit de la qualification opposée de la loi virginienne, au régime des successions, et que la veuve ne pouvait, par conséquent, pas l'invoquer sur les immeubles de son mari situés en France.

Ces trois juridictions ont ainsi apprécié différemment le douaire de la loi virginienne, d'une part, la quarte maltaise et la quarte de la loi grecque, de l'autre. Mais cela tient, non pas à la différence des règles de qualification qui les ont guidées puisque l'une et l'autre ont jugé à la mesure de la loi française, l'institution étrangère qu'elles avaient à qualifier, mais à la différence même de la quarte maltaise ou grecque et du douaire de la loi virginienne, dont la constitution juridique rapproche la première du régime des biens entre époux tel que le comprend la loi française et rapproche, au contraire, la seconde du régime des successions, tel que la loi française l'a compris. Bref, dans l'un et l'autre cas, devant la Cour d'Alger et devant la Cour d'Aix comme devant la Cour de cassation, c'est la loi française, conformément à la formule générale que j'ai défendue, qui a fourni la qualification, quelle que soit d'ailleurs la différence de la solution finale des trois arrêts.

Je passe maintenant à une hypothèse plus compliquée, dans laquelle vont intervenir les dispositions de la loi du 14 juillet 1819. Deux époux pennsylvaniens sont mariés sous l'empire du régime légal de la loi de Pennsylvanie. Aux termes de la loi pennsylvanienne, la veuve a un douaire de moitié sur les biens de son mari, et elle peut opter entre ce douaire et le legs, peut-être inférieur, que son mari lui fait. Son mari institue d'ailleurs un Français pour son légataire universel et sa succession comprend des biens situés en France. La femme entend s'en tenir à son douaire de moitié. Nouvelle difficulté de qualification : si ce douaire est un droit de succession, le légataire universel français demandera à prélever, conformément à la loi de 1819, sur les biens situés en France une valeur égale à celle dont il est privé, en conséquence de ce douaire, sur les biens situés en Pennsylvanie. Dans le cas contraire, je veux dire si le douaire se rattache au régime des biens entre époux, il n'y aura pas lieu à prélèvement [1]. La

1. Je n'ignore pas que l'art. 2 de la loi du 14 juillet 1819 autorise le prélèvement au profit du cohéritier français qui se trouve exclu, *à quelque*

Cour de Paris s'est prononcée pour la seconde qualification, mais après examen de la nature juridique de ce douaire au point de vue de l'esprit de la loi française; elle a refusé, en conséquence, le prélèvement [1].

J'ai supposé jusqu'ici que la difficulté de qualification que soulèvent les relations des conjoints, au point de vue des biens, s'élevait à l'occasion d'un gain de survie d'origine légale, en dehors de toute disposition de l'homme. Je vais

titre que ce soit, de tout ou partie de la succession du *de cujus* en pays étranger au profit du cohéritier étranger. Il semble, dès lors, que le légataire universel français, dans l'hypothèse de l'arrêt de 1862, se trouvant exclu, au profit de la veuve étrangère, d'une fraction des biens du défunt, situés en pays étranger, aurait pu, dans tous les cas, prélever une valeur égale sur les biens du défunt situés en France, alors même que l'exclusion dont il souffrait à l'étranger aurait eu pour origine les dispositions de la loi étrangère sur le régime matrimonial des conjoints.

Il y a là une confusion. Sans doute, l'art. 2 de la loi du 14 juillet 1819 autorise le prélèvement, sur les biens *héréditaires* situés en France, quel que soit le titre en vertu duquel le cohéritier français se trouve exclu, par la loi étrangère, de tout ou partie des biens *héréditaires* situés à l'étranger. Mais à une condition cependant, qui ressort implicitement de l'épithète que j'ai eu soin de souligner : c'est que l'exclusion dont souffre le cohéritier français sur les biens situés à l'étranger porte sur des biens *héréditaires*, et que le prélèvement soit demandé sur des biens *héréditaires* situés en France. Or, la consistance de la succession d'un conjoint ne se révèle qu'après que le conjoint survivant a retiré du patrimoine total apparent du défunt ce qui lui appartient en propre, aux termes des stipulations du régime sous l'empire duquel il s'est marié. Tant que cette opération préalable n'a pas eu lieu, on est en présence d'un patrimoine qui comprend d'autres biens que les biens du défunt, et le prélèvement ne peut jamais se faire que sur le patrimoine net, exclusivement composé des biens du défunt. C'est ce qu'indique, avec beaucoup de force, l'arrêt de la Cour de Paris cité au texte. Cet arrêt n'est d'ailleurs pas la seule décision de jurisprudence où l'on ait fait application de ces principes élémentaires. Je citerai, dans le même sens, un jugement du tribunal de Nice, du 5 juin 1893 (Clunet 1893, p. 884), dans la partie de ses motifs où il vise l'un des cohéritiers devenu Français par le fait de son mariage, et qui pouvait, à ce titre, invoquer la loi du 14 juillet 1819. Un arrêt de la Cour de Douai, du 28 avril 1874 (Sirey, 1874, II, 195, et Clunet 1875, p. 274), me paraît également inspiré par les mêmes idées. J'invoquerai enfin, à titre d'analogie, un jugement du tribunal de la Seine, du 13 juillet 1869 (joint à l'arrêt de la Cour de Paris du 7 janvier 1870, Sirey, 1870, II, 97) intervenu sur une espèce et visant une institution tout à fait différente, qui mettaient d'ailleurs en jeu les mêmes principes. La note anonyme qui accompagne ce jugement dans le recueil de Sirey l'indique assez clairement pour me dispenser d'y insister moi-même ici.

1. Paris, 6 janvier 1862, Sirey, 1862, II, 337.

supposer maintenant, avec de nouveaux documents de juris-prudence, qu'il s'agit de fixer le caractère juridique d'une dis-position de l'homme dans cet ordre d'idées, pour déterminer en conséquence la loi applicable à sa validité ou à ses effets.

La Cour de Paris avait à connaître, le 27 mai 1892 [1], d'une donation, entre époux italiens, d'un immeuble situé en France. La loi italienne prohibe les donations entre époux; la loi française, au contraire, les permet. D'autre part, on peut rattacher la faculté pour les conjoints de se faire des libéralités, soit au régime des successions, puisque ces libéralités modifient la dévolution de la succession du donateur, soit au régime des biens entre époux, puisqu'elles modifient la proportion primitive d'un patrimoine à l'autre. Ceci posé, la Cour de Paris, en adoptant, comme elle l'a fait, la première qualification, devait nécessairement reconnaître, par application de la loi française, la validité de la donation litigieuse, puisque cette donation portait sur un immeuble, et qu'aux termes d'une jurisprudence bien connue, la dévolution des successions composées d'immeubles situés en France est régie par la loi française. Pour appliquer à la donation contestée la nullité dont l frappait la loi italienne, il aurait fallu que la Cour de Pari modifiât la qualification, et rattachât au régime des bien entre époux l'acte qui lui était soumis. Comme ce régim dépendait, en fait, de la loi italienne, la nullité de la donatio n'aurait pas été plus douteuse que ne l'était sa validité avec l qualification contraire, qu'a sanctionnée la Cour de Paris que la Cour de cassation a ratifiée [2].

Voici enfin, dans le même ordre d'idées, une hypothèse une solution plus remarquables encore, que j'emprunte à u arrêt de cassation du 16 août 1869 [3]. Deux conjoints so mariés sous l'empire de la loi de l'État de New-York, a termes de laquelle la veuve ne peut cumuler le bénéfice legs que lui fait son mari, avec la reprise de ses apports. E un mot, la loi de l'État de New-York rattache ce legs, point de vue de ses effets, au régime des biens entre épou La Cour de cassation y verra, au contraire, un pur dro héréditaire, auquel ne s'applique pas la loi qui gouverne

1. Clunet 1892, p. 940.
2. 8 mai 1894, Clunet 1894, p. 562.
3. Sirey, 1869, I, 417.

régime et qui reste dès lors sans influence sur la reprise des apports de la veuve. Je conserve des doutes sur l'exactitude de cette doctrine, mais elle n'en prouve que mieux la profondeur de l'influence de la *lex fori* sur les questions de qualification, dans la jurisprudence française.

La difficulté sur laquelle j'ai réuni les quelques arrêts que je viens d'analyser, et qui se rencontre d'ailleurs sous la même forme dans la jurisprudence allemande [1] et dans la jurisprudence anglaise [2], se présente encore très fréquemment sous une autre forme. J'ai supposé jusqu'à présent, avec les arrêts qui précèdent, que la qualification qu'on attribue à la prétention du conjoint survivant conduit à fixer la loi qui lui est applicable. Mais la même qualification peut également servir, dans nombre de cas, à déterminer, en droit international privé, la juridiction qui doit en connaître.

Certaines conventions internationales, en effet, en même temps qu'elles attribuent aux juridictions de l'un des États contractants la connaissance des litiges que soulèvent les successions de leurs ressortissants, soumettent les litiges que soulève le régime des biens entre époux à des règles différentes de compétence internationale. C'est le cas pour le traité franco-suisse du 15 juin 1869, pour la convention franco-autrichienne du 11 décembre 1866, pour le traité du 6 décembre 1856 entre la Suisse et le Grand-Duché de Bade. Or, il arrive très souvent que les règles conventionnelles de compétence internationale édictées par des actes de ce genre sont invoquées non plus en matière de succession, mais en matière de liquidation de communauté. Presque toujours la jurisprudence des États intéressés maintient la distinction des litiges relatifs au régime des successions et des litiges relatifs au régime des biens entre époux. Et il va de soi que le caractère juridique des litiges à l'occasion desquels sont invoqués les textes conventionnels dont je parle est fixé par la jurisprudence de chaque pays d'après les dispositions de sa propre législation. La question de savoir si un litige donné se rattache au régime des successions, de telle sorte qu'il puisse bénéficier des règles de compétence internationale établies par les traités, ou

1. Theodor Niemeyer, *Das in Deutschland geltende internationale Privatrecht*, Leipzig, 1894, § 210 (Trib. suprême de Dresde, 2 juillet 1886).
2. Westlake, La doctrine anglaise en matière de droit international privé (Revue de droit internat., 1881, 439).

si, au contraire, il met en jeu le régime des biens entre époux, de telle sorte qu'il échappe nécessairement à l'empire de ces règles, est une question de qualification tout à fait semblable à celle que j'ai précédemment étudiée et chaque juridiction la résout, dès lors, d'après l'esprit de sa propre loi interne [1].

J'en ai fini maintenant avec les difficultés de qualification que fait naître la parenté du régime des successions et du régime des biens entre époux, mais je n'en ai pas entièrement fini avec les difficultés de qualification que soulève la dévolution du patrimoine, parce que je dois faire une place aux difficultés du même genre qui se rattachent aux dispositions de l'homme et qui touchent, par là même, à la dévolution du patrimoine. Je n'ai guère besoin d'ajouter que le même principe de qualification qui nous a guidés jusqu'ici a dicté le seul arrêt que j'ai relevé dans cet ordre d'idées.

C'est un arrêt de la Cour de Paris du 11 mai 1869 [2], intervenu sur une demande d'*exequatur* d'arrêt italien relatif à une disposition fiduciaire de nature douteuse, qu'on pouvait qualifier indifféremment de legs conditionnel ou de substitution prohibée. Les juges italiens l'avaient envisagée comme un legs conditionnel et avaient admis sa validité, mais l'*exequatur* de leur arrêt n'était possible que si les juges français ratifiaient cette qualification, puisque la qualification contraire eût entraîné l'application de l'art. 896 à la libéralité litigieuse, et qu'aux termes du traité de 1760 l'*exequatur* n'est dû aux décisions

1. Cass., 3 juin 1874, Sirey, 1875.1.245 ; Paris, 29 juin 1888, Clunet 1890, p. 323 ; Chambéry, 5 février 1889, Clunet 1889, p. 670 ; Trib. féd. suisse, 16 décembre 1875, Clunet 1876, p. 509 ; Neuchâtel, 6 novembre 1888, Clunet 1890, p. 517 ; Trib. fédéral suisse 12 avril 1889, Clunet 1890, p. 382 ; Genève, 24 avril 1891, Clunet 1892, p. 524 ; Genève, 22 juin 1895, Clunet 1895, p. 1108. Tous ces arrêts statuent sur l'art. 5 de la convention franco-suisse du 15 juin 1869 et maintiennent la distinction des deux catégories de litiges. Le Tribunal fédéral suisse applique la même doctrine à la convention du 6 décembre 1856 entre la Suisse et le grand-duché de Bade (16 nov. 1883, Clunet 1884, p. 650). La Cour de Dijon, statuant sur l'art 2 de la convention franco-autrichienne du 11 décembre 1866, assimile, au contraire, les deux sortes de litiges, et applique aux litiges que soulève le régime des biens entre époux les règles de compétence internationale établies par cette convention pour les litiges qui se rattachent au régime des successions (3 juillet 1888, Sirey, 1890, II, 190 et Revue pratique de droit intern. privé, I, 1, 65). C'est une solution que je crois inexacte.

2. Sirey, 1870, II, 10.

italiennes qu'autant qu'elles ne sont pas contraires à une disposition d'ordre public international comme celle de l'art. 896 La Cour de Paris s'est approprié la qualification des juges italiens, mais après contrôle, conformément à la formule générale des qualifications.

2° J'arrive ainsi, après m'être entièrement expliqué sur les questions de qualification que soulèvent les institutions relatives à la dévolution du patrimoine, à la difficulté semblable que fait naître l'institution classique d'où résulte la liquidation du patrimoine. Il s'agit de la faillite.

Les règles de droit international applicables à la faillite sont encore très imparfaitement dégagées dans la jurisprudence européenne. Cependant, la thèse de l'universalité de la faillite prononcée par la juridiction compétente fait chaque jour de nouveaux progrès dans les esprits, et les décisions judiciaires suivent de loin ce mouvement. Un jour viendra, sans doute, où la faillite régulièrement prononcée dans un pays sera sanctionnée dans tous les autres. Elle rayonnera partout où le débiteur possède des biens. Ce résultat se produit déjà, au moins en partie, et la territorialité rigoureuse de la faillite n'est plus guère défendue, même par les arrêts. Dans ces conditions, la question se pose de savoir si l'universalité des effets qu'on tend à reconnaître à la faillite peut s'étendre aux institutions voisines de la faillite, par exemple, à la liquidation judiciaire et à la cession de biens que certaines législations européennes assimilent plus ou moins complètement à la faillite elle-même. C'est encore une difficulté de qualification que cette éventualité soulève, puisqu'il s'agit au fond de savoir si la liquidation judiciaire et la cession de biens peuvent être envisagées comme une faillite en dehors du pays où elles se produisent, et, par conséquent, quelle est la loi dont dépend la possibilité de cette assimilation de la liquidation judiciaire et de la cession de biens à la faillite. La réponse reste invariablement la même ; c'est la loi du tribunal devant lequel on invoque, à l'occasion d'une liquidation judiciaire ou d'une cession de biens réalisée à l'étranger, le bénéfice des effets universels que ce tribunal reconnaîtrait à la faillite prononcée à l'étranger, qui décide souverainement si la liquidation judiciaire et la cession de biens de la loi étrangère sont équivalentes à la faillite et comportent l'universalité des effets qu'elle comporterait.

La jurisprudence française a eu fréquemment à résoudre des questions de ce genre, et elle a invariablement refusé d'assimiler à la faillite la liquidation judiciaire anglaise [1] et suisse [2] on a été plus heureux en matière de cession de biens [3].

La jurisprudence belge, la jurisprudence suisse et la Co d'Alexandrie fournissent des exemples de la même difficult La jurisprudence belge admet l'assimilation [4], la jurispru dence suisse l'admet également [5], la Cour d'Alexandrie repousse [6].

VIII

J'ai maintenant achevé l'analyse des arrêts qui me paraisse confirmer les données théoriques du système des qualification tel que je l'ai antérieurement exposé. Je voudrais maintenan pour conclure, appeler une dernière fois l'attention sur l'importance philosophique de cette doctrine, et marquer en même temps ses points de contact avec d'autres théories du droit international privé, précisément parce que ces théories ne sont pas en harmonie avec elle.

I. J'ai montré, par le détail des espèces et la succession des arrêts, que chaque État, en adoptant des règles générales de droit international privé qui n'ont pour lui de valeur que parce qu'elles correspondent à la notion qu'il se fait de la souveraineté en général et par conséquent de la sienne propre conserve par là même le droit de fixer les institutions qui doivent bénéficier de ces règles. Il a seul qualité sur son territoire pour définir sa propre souveraineté et pour limiter l'empire de ses lois civiles, définition et limitation d'où résultent pour lui, à la fois, les règles générales de droit international privé qu'il admet et l'application pratique de ces règles à telles ou telles institutions. Les lois étrangères ont

1. Conseil d'État, 8 mars 1884, Clunet 1884, p. 511 et Sirey, 1886, III, 3
Aix, 3 avril 1884, Clunet 1885, p. 81; Cass., 29 avril 1885, Clunet 1885, p. 292.
2. Nantes, 10 mai 1884, Clunet 1885, p. 179.
3. Toulouse, 4 février 1886, Clunet 1886, p. 332.
4. Bruxelles, 3 janvier 1860, Clunet 1887, p. 741; Charleroi, 14 avril 1891, Clunet 1894, p. 587; Bruxelles, 17 avril 1894, Clunet 1895, p. 430; Anvers, 10 novembre 1894, Clunet 1895, p. 871.
5. Tribunal fédéral suisse, 24 janvier 1895, Clunet 1895, p. 1109.
6. Alexandrie, 25 novembre 1891, Clunet 1892, p. 510.

beau qualifier les institutions qu'elles établissent d'une épithète qui obligerait de prime abord cet État à leur ouvrir son territoire, en vertu des règles générales de droit international privé qu'il sanctionne, il reste maître de contrôler et par conséquent de rectifier au besoin la qualification erronée ou menteuse qu'ont adoptée ces lois étrangères. La nature juridique des institutions étrangères, entraînant la détermination de la loi applicable à ces institutions elles-mêmes, ne peut être fixée que par lui. Elle dépend invariablement de ses propres conceptions juridiques, et, par conséquent, de sa propre législation qui les révèle.

C'est là, pour le dire en passant, que se trouve le point faible de la formule célèbre de Savigny. Sans doute, comme le veut Savigny, la détermination de la loi applicable à un rapport de droit dépend, en fin de compte [1], de la nature juridique de ce rapport. Mais Savigny suppose que la nature juridique de ce rapport n'est douteuse pour personne, et c'est justement pour cela qu'il oublie d'indiquer la loi qui la définit. Or le postulat sur lequel repose toute sa doctrine ne se réalise malheureusement pas toujours, et dans les cas chaque jour plus nombreux qui le démentent, il faut, de toute nécessité, fixer d'abord la loi qui définit la nature du rapport de droit litigieux. Savigny ne l'a pas fait, mais il ne faudrait peut-être pas presser beaucoup la formule à laquelle il s'est arrêté pour y retrouver la doctrine que je défends. Peut-être aussi les articles si fréquemment cités, mais si peu lus, de Waechter [2] ne signifient-ils pas autre chose, de telle sorte que les conceptions différentes de ces deux grands jurisconsultes se confondraient, si l'on y regardait de près, dans une soumission commune à la loi du juge saisi en ce qui concerne les

1. La détermination de la loi applicable à un rapport de droit dépend, pour Savigny, du *siège* de ce rapport, dont la détermination dépend elle-même de la *nature* de ce rapport. C'est là la vraie doctrine de Savigny, comme en témoignent Bar (*Esquisse du droit intern. privé*, Clunet 1887, 267); Brocher (*Les bases théoriques du droit intern. privé*, Clunet 1878, 225) et Mancini (Clunet 1874, p. 287). Cette petite rectification de formule, tendant sa place et son importance à la notion intermédiaire du *siège* du rapport de droit, donne à l'œuvre de Savigny une physionomie sensiblement différente de celle qu'on lui donne ordinairement. C'est un point que je me borne à indiquer ici : un exposé sérieusement fait de la doctrine du jurisconsulte allemand en montrerait la fécondité.
Archiv für civilistische Praxis, 1841 et 1842.

questions de qualification. Le système de qualification qu'im
posent l'analyse des fondements juridiques du droit interna
tional privé comme l'étude méthodique des arrêts trouvera
alors, dans l'autorité de ces deux théoriciens, sa dernière jus
tification.

II. J'imagine qu'il n'en faut pas davantage pour conserve
un scepticisme prudent à l'égard des projets d'unification d
droit international privé qui se multiplient chaque jour.
faudrait, pour que ces projets d'unification réussissent, no
seulement que les différents États s'entendissent pour adopte
les mêmes règles générales de droit international privé, ma
encore qu'ils s'entendissent pour déterminer uniformément
nature juridique de toutes les institutions que leurs législation
respectives comprennent. Si la première de ces deux condi
tions ne peut se réaliser que difficilement, la réalisation de
seconde nous échappe tout à fait, parce que la nature juridiqu
des institutions d'un pays se rattache à l'ensemble de sa légis
lation civile. Par conséquent, l'uniformité de qualification de
institutions civiles des différents États supposerait l'unifor
mité de l'esprit de leurs législations, c'est-à-dire l'uniformit
de leurs législations elles-mêmes. Si cette uniformité se réa
lisait jamais — pas un jurisconsulte, d'ailleurs, n'y cro
sérieusement — la condition dernière de l'unification du dro
international privé serait bien atteinte, mais ce serait là,
l'on veut me permettre l'expression, une victoire à la Py
rhus. Le droit international privé suppose la coexistence d
lois civiles différentes, et l'unification des différentes législa
tions civiles, en levant l'obstacle permanent qui s'oppose à s
propre unification, l'aurait par là même rendu inutile.

Le droit international privé restera donc nécessairemen
particulariste, puisque la condition dernière de son unification
si elle se réalisait jamais, le réduirait au suicide. Les diffé
rents États civilisés pourront bien s'entendre sur les règle
générales de solution des conflits de lois, leur accor
n'ira pas plus loin. Chacun d'eux conservera toujours u
système particulier de solution des conflits de lois, parc
que chacun d'eux, pour me servir d'une métaphore ingénieus
qui cache une pensée profonde, regardera toujours le dro
international privé à travers le prisme de son droit national [1].

1. Jitta, Méthode du droit intern. privé.

Ce n'est pas à dire assurément qu'un accord international ne puisse faire disparaître certaines difficultés de qualification, et ne diminue par là même la distance qui sépare un système positif de droit international privé d'un autre. Mais je doute fort que les questions de qualification sur lesquelles pourrait s'établir un accord soient de la nature de celles que j'ai fait connaître jusqu'à présent. Celles-là touchent de trop près à l'esprit des lois internes en conflit; il y en a d'autres, sans doute, sur lesquelles un accord serait possible; je n'en ai rien dit encore et je veux les signaler en terminant.

Le droit international privé s'occupe avant tout du conflit des lois civiles ou commerciales des différents États. Les principes qui le constituent et les règles qu'il pose restent, par conséquent, fondamentalement différents des principes et des règles qui dominent le droit pénal international. Ce n'est pas tout : même dans l'ordre des lois civiles ou commerciales, certains conflits lui échappent, en ce sens qu'il faut faire appel pour les résoudre à des notions fort différentes de celles qu'il met en jeu; je veux parler des conflits de lois en matière maritime, où intervient un principe qui n'a rien de commun avec l'idée de souveraineté sur laquelle tout le droit international privé repose, le principe de la liberté des mers.

Ceci posé, le droit international privé terrestre c'est-à-dire le seul système de conflit des lois dans l'espace, que domine exclusivement l'idée de souveraineté civile, s'opposant à la fois au droit pénal international et au droit international privé maritime, il peut arriver qu'une prétention quelconque soit envisagée par un État comme se rattachant au droit pénal international ou au droit international privé maritime, alors que les juridictions d'un autre Etat la verraient sous un autre angle et la qualifieraient autrement, pour lui appliquer les règles du droit international privé au lieu de lui appliquer celles du droit pénal international, ou pour lui appliquer les règles du droit international privé fluvial, c'est-à-dire du droit international privé terrestre, au lieu de lui appliquer celles du droit international privé maritime. Bien entendu, cette question de qualification dépend à l'heure actuelle, comme toutes les autres, de la *lex fori* [1]. Mais je

1. Cour de Vermont (États-Unis), 20 janvier 1887, Clunet 1887, p. 668; Conseil privé anglais, 17 février 1892, Clunet 1894, p. 155; Cour suprême

reconnais volontiers qu'il ne serait pas excessif de supposer qu'un accord international pût la faire disparaître dans l'avenir. Elle soulève une difficulté d'un ordre assez général pour qu'une convention puisse la résoudre. Mais les difficultés de détail que le système ordinaire des qualifications fait naître à chaque instant échapperont toujours, au moins dans leur ensemble, à toute tentative d'unification. Les règles du droit international privé, même à supposer qu'elles soient jamais uniformément codifiées pour tous les États civilisés, conserveront nécessairement dans chaque État, sur les points particuliers dont je parle, une physionomie propre et originale, et comme une forme dyssymétrique à l'égard de toutes les autres.

III. Dans ces conditions, c'est un sujet de profond étonnement que la jurisprudence qui s'est formée en Europe sur une question très voisine de la question des qualifications, et dont l'esprit diffère du tout au tout de l'esprit des arrêts qui appuient le système des qualifications.

Je fais allusion à la difficulté qui s'élève devant les tribunaux d'un pays lorsque la loi étrangère que ces tribunaux doivent appliquer, en vertu des règles de conflit qu'ils professent, à un rapport de droit donné, soumet elle-même à une loi différente ce rapport de droit et renvoie ainsi à une troisième législation la juridiction saisie du litige. Il s'agit, par exemple, pour un tribunal français, de fixer la capacité juridique d'un sujet anglais, d'un sujet danois, d'un sujet argentin domiciliés en France ou en Allemagne. Pour nous, la capacité juridique dépend de la loi nationale de l'intéressé, c'est-à-dire de la loi anglaise, de la loi danoise, de la loi argentine. Si l'on suppose que l'Angleterre, le Danemarck et la République argentine soumettent la capacité juridique à la loi du domicile, ce qui est contestable pour l'Angleterre [1], ce qui ne paraît l'être ni pour le Danemarck [2] ni pour la République argentine [3], le juge français devra-t-il appliquer au litige les dispositions des

d'Autriche, 10 décembre 1891, Clunet 1892, p. 1199, pour les qualifications civiles ou pénales ; trib. com. Anvers, 8 avril 1893, Clunet 1894, p. 367, pour les qualifications fluviales ou maritimes.

1. Lainé, dans Clunet, 1896, p. 241 et 481.

2. Copenhague, 24 janvier 1887, Clunet 1889, p. 138 et 24 janvier 1891, p. Clunet 1893, 230.

3. Daireaux, Bulletin de la Société de lég. comparée, mars 1885, et Clunet 1886, p. 286 et 414. On sait, d'ailleurs, que les actes de Montevideo statuent en ce sens. (Traité de droit civil du 18 avril 1890, art. 1.)

lois anglaises, danoises ou argentines sur la capacité juridique, ou les dispositions des lois françaises ou allemandes, auxquelles les lois anglaises, danoises ou argentines le renvoient?

C'est là une difficulté bien connue aujourd'hui, sur laquelle une courte dissertation de M. Labbé a jeté une vive lumière [1], et que M. Lainé vient d'étudier tout récemment dans le *Journal* [2]. Une jurisprudence déjà très nourrie s'est formée sur elle en France et à l'étranger. Je n'ai en aucune façon l'intention de la discuter ici, puisqu'elle fournirait à elle seule, sans aucun doute, la matière d'une dissertation d'une longueur raisonnable [3]. Mais je tiens à relever la solution que lui ont à peu près unanimement donnée les différentes juridictions européennes qui ont statué sur elle. Presque toujours, ces juridictions ont accepté le renvoi de la loi étrangère à la troisième législation que cette loi étrangère désigne. Pour reprendre l'exemple sur lequel j'ai raisonné plus haut, la capacité juridique du sujet anglais, du sujet danois, du sujet argentin, domiciliés en France ou en Allemagne, dépendra, en fin de compte, pour la jurisprudence française, des dispositions de la loi française ou de la loi allemande.

Ceci posé, la contradiction est manifeste entre cette jurisprudence et la jurisprudence qui s'est formée sur la question des qualifications. En acceptant le renvoi de la loi étrangère à une tierce législation qu'elle désigne, les tribunaux des différents États substituent en réalité à leur propre système de droit international privé le système de droit international privé que sanctionne la loi étrangère. Tout au contraire, en se réservant le droit de contrôler et, par conséquent, de méconnaître la qualification internationale que la loi étrangère applique aux institutions qu'elle établit, les mêmes tribunaux maintiennent sans défaillance le fonctionnement de leur propre système de droit international privé en face du système de droit international privé que sanctionne la loi étrangère. Dans la première hypothèse, ils abandonnent les règles générales de conflit de leur propre législation pour celles de

1. Clunet 1885, p. 5.

2. Clunet 1896, p. 241 et 481. On peut y joindre l'article de M. Tournade dans Clunet 1895, p. 484.

3. Je compte en faire l'objet d'un prochain travail, parce que je crois, tout en prisant très haut les deux articles que lui ont consacré MM. Labbé et Lainé, que ces deux jurisconsultes ne l'ont pas épuisée.

l'étranger. Dans la seconde hypothèse, ils se refusent à toute concession sur le même point.

Je n'essayerai pas de concilier entre elles deux doctrines si manifestement contraires l'une à l'autre. Elles sont inconciliables, et, tôt ou tard, l'une d'elles l'emportera sur l'autre ; je serais bien surpris que ce fût le système des qualifications qui cédât, et certains indices font déjà pressentir, au contraire, un changement de jurisprudence en matière de renvoi ; mais si, comme je pense, le système des qualifications doit l'emporter sur le système du renvoi, l'influence qu'il aura ainsi exercée sur l'une des questions de principe que le droit international privé soulève, se joignant à l'intérêt considérable des solutions qui le constituent lui-même, en fera, pour tout le monde, ce qu'il est véritablement, le fondement inébranlable du droit international privé moderne.

Étienne BARTIN,
Professeur à la Faculté de droit de Lyon.

Du mariage et du divorce des étrangers en Suisse et des Suisses à l'étranger.

Les questions concernant l'état civil, le mariage et le divorce sont réglées en Suisse, par une loi fédérale du 24 décembre 1874, qui est entrée en vigueur le 1er janvier 1876.

Son application a donné lieu à une quantité considérable de décisions judiciaires, dont les plus intéressantes à consulter émanent du tribunal fédéral.

L'autorité administrative supérieure, le Conseil fédéral, a, en outre, publié un règlement pour la tenue des registres de l'état civil et des instructions pratiques à l'usage des officiers de l'état civil, sous le titre de « Guide pour les officiers de l'état civil de la Suisse » (Berne, 1881).

Ce document est utile, sinon pour connaître le sens de la loi, puisque le Conseil fédéral n'a pas le droit de fixer l'interprétation du texte, mais pour comprendre le fonctionnement de l'organisation créée par la législation.

1. Seine, 10 février 1893, Clunet 1893, p. 530.

Notre but est d'exposer succinctement quels sont les principes qui paraissent avoir été adoptés par le législateur suisse, en ce qui concerne le mariage et le divorce des étrangers en Suisse et des Suisses à l'étranger.

I. — *Du mariage des étrangers en Suisse.*

Nous aurons à examiner successivement les points suivants :

1° Quelles sont les conditions de domicile qui sont requises pour qu'un étranger puisse se marier en Suisse ?

2° Quelle est l'autorité compétente pour célébrer le mariage de deux époux étrangers ou d'une personne étrangère à la Suisse, avec une personne de nationalité suisse ?

3° Quelles sont les formalités spéciales qui sont exigées des étrangers qui veulent contracter mariage en Suisse.

A. — Quant aux conditions de domicile qui sont requises d'un étranger, pour qu'il puisse contracter mariage en Suisse, voici les règles qui nous paraissent résulter de la loi.

D'abord, qu'un étranger domicilié en Suisse puisse s'y marier, cela ne peut faire l'objet d'aucun doute et d'aucune discussion.

L'art. 37 désigne l'arrondissement du domicile de l'époux comme étant celui où, dans la règle, le mariage doit être célébré. — Le même article ajoute qu'avec l'autorisation écrite de l'officier de l'état civil du domicile de l'époux, le mariage peut aussi être célébré devant l'officier d'un autre arrondissement dans le territoire de la Confédération, ce qui permet aux époux de se marier devant l'officier de l'état civil du domicile de la future épouse.

Ainsi un étranger, du sexe masculin, domicilié en Suisse, peut contracter mariage en Suisse, avec une personne domiciliée ou non en Suisse, quelle que soit la nationalité de cette dernière.

Une femme étrangère, domiciliée en Suisse, peut contracter mariage en Suisse, quoique son conjoint soit étranger et domicilié à l'étranger. Cela résulte évidemment de l'art. 35 qui, prévoyant le cas d'opposition à un mariage projeté, statue que l'opposant doit intenter action devant le juge compétent du lieu du domicile de l'époux ou, si ce dernier n'a pas de domicile en Suisse, devant le juge compétent du lieu du domicile de l'épouse.