

UNIVERSITÉ DE FRANCE  
FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

---

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

DU CONFLIT DES LOIS EN MATIÈRE  
DE SUCCESSION AB INTESTAT

DROIT ROMAIN

DES CONDITIONS ESSENTIELLES  
POUR LA FORMATION DU MUTUUM

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

*Le mardi 5 août 1884, à 4 heures*

PAR

Nicolas BASILESCO

Boursier du Gouvernement roumain  
Lauréat de l'École des Sciences politiques de Paris  
Licencié de la Faculté de droit de Bucarest  
Avocat au Barreau de Bucarest  
Membre de la Société de Législation comparée, etc., etc.

*Président : M. RENAULT, professeur.*

*Suffragants :* { MM. BEUDANT,           *professeur.*  
                          LAINÉ,                    } *agregés.*  
                          LÉON MICHEL,           }

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites.  
sur les autres matières de l'enseignement.

---

PARIS

ALPHONSE DERENNE

52, Boulevard Saint-Michel, 52

1884

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

DU CONFLIT DES LOIS EN MATIÈRE  
DE SUCCESSION AB INTESTAT

DROIT ROMAIN

DES CONDITIONS ESSENTIELLES  
POUR LA FORMATION DU MUTUUM

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

*Le mardi 5 août 1884, à 4 heures*

PAR

**Nicolas BASILESCO**

Boursier du Gouvernement roumain  
Lauréat de l'École des Sciences politiques de Paris  
Licencié de la Faculté de droit de Bucarest  
Avocat au Barreau de Bucarest  
Membre de la Société de Législation comparée, etc., etc.

*Président : M. RENAULT, professeur.*

*Suffragants :* { MM. BEUDANT,           *professeur.*  
                          LAINÉ,                    }  
                          LÉON MICHEL,       *agrégés.*

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites.  
sur les autres matières de l'enseignement.

---

PARIS

ALPHONSE DERENNE

52, Boulevard Saint-Michel, 52

1884

à Monsieur J. Canteli, mon très distingué  
Maître en témoignage de ma très haute  
estime et considération.

V. Basilevsky  
17<sup>h</sup> 40<sup>m</sup> 12<sup>e</sup>  
Paris

A MON PAYS

*Amour, dévouement et profonde reconnaissance.*

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

A MA MÈRE ET A MES FRÈRES

*Amour et reconnaissance.*

A MA SOEUR

*Amour.*

# DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

---

## DU CONFLIT DES LOIS EN MATIÈRE DE SUCCESSION AB INTESTAT

---

### INTRODUCTION

Les nouvelles conditions économiques et sociales ont pour effet de faire aujourd'hui voyager et même vivre hors de leur patrie des millions d'hommes. De là une multiplication infinie des actes juridiques relevant du droit international privé.

Ceux qui meurent hors de leur pays, ceux qui laissent des biens à l'étranger, ouvrent par le fait même de leur décès la porte à de très graves conflits de lois. Une des parties principales du droit international privé étudie ces conflits. Nous n'avons point la prétention d'épuiser cette étude : nous nous bornerons à l'examen des conflits de lois en matière de

successions *ab intestat*. Tout ce qui concerne les testaments nous sera étranger.

Etudier la manière dont peuvent se régler ces conflits suppose que le règlement soit possible. Il a été longtemps entravé par le système qui refusait aux étrangers le droit de laisser ou de recueillir des successions. Cette doctrine a disparu, mais elle a laissé dans les législations des traces en ore appréciables. Nous devrons l'examiner d'une manière brève dans cette introduction. Elle comprendra trois sections.

Nous établirons d'abord que le droit de laisser une succession étant un droit naturel, les législations ne peuvent, en raison pure, le refuser aux étrangers.

Nous montrerons ensuite ce principe généralement méconnu autrefois, et se dégageant avec effort des abus qui tendaient à perpétuer sa méconnaissance.

Nous verrons enfin son triomphe dans les législations actuelles.

Quand nous aurons ainsi étudié et établi ce principe, dont l'importance actuelle est égale à l'intérêt historique, nous aborderons la matière qui fait notre objet principal.

Il sera établi que les étrangers doivent pouvoir laisser des successions : nous pourrons nous demander quelle loi doit les régir, et comme, sur cette matière, il n'y a point

de textes, il nous faudra recourir à la raison pour trouver la solution générale.

Dans une première partie, purement scientifique, nous chercherons la meilleure règle générale.

Dans la seconde partie, essentiellement pratique, nous étudierons les solutions données par les législations positives.



# I

## NATURE DU DROIT DE SUCCESSION

Parmi les droits primitifs et aux premiers rangs des plus inaliénables, car ils sont inhérents à la personnalité même, sont le droit de propriété et celui de succession. Propriété et succession sont l'œuvre de la Nature ou de Dieu, qui ont fait les hommes, non de l'Etat, que les hommes ont fait.

Montesquieu a écrit : « La loi naturelle ordonne aux pères de nourrir leurs enfants, mais elle n'oblige pas de les faire héritiers. Le partage des biens, les lois sur ce partage, les successions après la mort de celui qui a eu ce partage : tout cela ne peut avoir été réglé que par la société, et par conséquent, par des lois politiques ou civiles » (1).

1. Montesquieu, *de l'Esprit des Loix*, livre XXVI, chapitre VI. L'auteur ajoute : « Il est vrai que l'ordre politique ou civil demande souvent que les enfants succèdent aux pères ; mais il ne l'exige pas toujours ». Montesquieu conclut en terminant le chapitre : « Maxime générale : nourrir ses enfants est une obligation du droit naturel ; leur donner sa succession est une obligation de droit civil ou politique. De là dérivent les différentes dispositions sur les bâtards dans les différents pays du monde : elles suivent les lois civiles ou politiques de chaque pays ».



Erreur profonde, dans laquelle le grand publiciste français a été suivi par les législateurs de 1804.

Assurément il convient que les lois viennent régler ces questions, mais elles les règlent comme des décrets et des règlements viennent assurer l'exécution des volontés d'un législateur. Ces lois civiles ne doivent intervenir que pour régler les détails d'exécution de la loi naturelle.

Quand un homme vient à mourir, les droits dont il est investi ne s'éteignent point, et survivent avec sa personne juridique. S'il a testé, c'est-à-dire disposé de son vivant pour après sa mort, son testament doit être regardé comme l'acte dernier de la volonté sur les biens, comme l'exercice suprême des droits de propriété et de créance (1).

1. On a contesté le droit de laisser après son décès des héritiers testamentaires ou *ab intestat*. « L'homme, disait Robespierre à la tribune de la Convention, peut-il disposer de cette terre qu'il a cultivée, lorsqu'il est lui même réduit en poussière ». Un écrivain de la même époque disait avec plus d'esprit que de justesse : « On ouvre un testament. Ces premiers mots sont lus : je veux. On dit encore, — Je veux, — quand on n'est plus ». Ces critiques ont été développés dans notre siècle avec beaucoup de hardiesse.

M. Glasson réfute avec beaucoup de force ce dangereux système :

« Nous pourrions répondre avec Leibnitz que le testament est une conséquence de l'immortalité de l'âme. Nous dirons plus simplement qu'il est l'œuvre d'un vivant, qu'il est la conséquence nécessaire du droit

S'il a omis de faire son testament, et c'est l'hypothèse qui nous occupe, la loi intervient. Elle suppose, de deux

de propriété. Si je puis me dépouiller aujourd'hui à perpétuité de la propriété de tel bien, pour quel motif ne pourrais-je pas aussi manifester ma volonté, mais en reculant la translation de la propriété au jour de ma mort ?

De deux choses l'une :

Ou l'on soutient que la propriété est un droit temporaire, viager, limité à la vie de l'homme. Cette doctrine, nous l'avons démontré, est la négation du droit de propriété ; tout au moins elle est obligée à ne voir dans la succession *ab intestat* qu'une concession purement gracieuse et arbitraire de la loi positive, de sorte que celle-ci aurait le droit de ne tenir aucun compte des affections du défunt, de régler ces successions d'après les principes de l'organisation politique, et non suivant le droit naturel, ou même de supprimer ces successions et d'attribuer à l'État tous les biens de ceux qui ne sont plus.

Ou bien l'on admet la propriété perpétuelle et alors il n'est plus possible de contester la légitimité du testament. Tous ceux qui permettent à une personne de disposer librement de ses biens entre-vifs à titre gratuit ou à titre onéreux, par donation, vente, échange, etc., reconnaissent, souvent à leur insu, la perpétuité du droit de propriété. Si j'aliène aujourd'hui ma maison, moyennant tel prix, j'en rends l'acheteur propriétaire, non-seulement pour la durée de ma vie, mais même pour l'époque qui suivra ma mort. J'étais donc, avant l'aliénation, propriétaire à perpétuité, et non pas seulement pour la durée de ma vie ; autrement je n'aurais pas rendu mon acheteur propriétaire pour le temps où je ne serai plus, car on ne peut pas transférer plus de droits qu'on n'en a soi-même. Ceci étant admis, comment contester ensuite la légitimité du testament ? Sans doute, je ne puis pas dire comme en cas de donation que si l'héritier

choses l'une : ou que le défunt n'a pu tester, pour un motif ou pour un autre, ou bien qu'il n'a pas cru utile de le faire, ses préférences étant dirigées vers les individus même que la loi appelle *ab intestat*. Dans l'un et l'autre cas l'on applique les dispositions de la loi en matière de vocation héréditaire.

n'acquiert pas mes biens, je les garderai pour moi ; mais je peux soutenir que s'ils ne devaient pas profiter après ma mort à des personnes de mon choix, je les aliénerais de mon vivant, où j'en disposerais d'une manière quelconque.

Le droit de tester n'est donc pas autre chose qu'un attribut du droit de propriété, une manière de disposer de ses biens ; comme la propriété, il dérive directement du droit naturel. Le testateur ne tient pas son droit, comme on l'a dit à tort (Courcelle Seneuil, *traité théorique et pratique d'économie politique*, t. II, p. 34), d'une disposition de la loi positive, il n'est pas le délégué de l'Etat. La loi civile ne fait que reconnaître le droit de tester, elle ne le crée pas. Les lois qui prohibent le droit de tester sont attentatoires à la propriété et au droit naturel. Aussi sont-elles nuisibles au développement de la richesse publique. En effet, ces lois fixent d'une manière invariable l'attribution des biens d'une personne à sa mort. Si cette attribution n'est pas conforme aux vœux du propriétaire actuel, celui-ci se reposera dès qu'il aura pu assurer son existence, et il consommera même son capital, par exemple en le plaçant en rentes viagères, plutôt que de le laisser à des parents qui ne lui conviennent pas. »

Voyez « *Eléments du droit français considéré dans ses rapports avec le droit naturel et l'économie politique* », I, Livre V, « *des successions* ».

La succession *ab intestat* est tout aussi légitime que l'autre : elle se rattache à l'idée d'exercice des droits de propriétaire. Méconnaître le droit de tester, c'est méconnaître le droit de disposer de sa propriété, et méconnaître l'aptitude naturelle et inviolable à laisser une succession *ab intestat*, c'est méconnaître le droit de tester : les trois termes s'enchaînent.

La succession *ab intestat* suppose en effet, un testament tacite ou présumé. Le législateur s'est appliqué à suivre dans son œuvre les inspirations naturelles du cœur humain. Il a fait un testament présumé pour ceux que la mort vient inopinément frapper, et ce testament correspond d'une manière si parfaite et si complète à la généralité des volontés, que la grande majorité des hommes s'en remet simplement aux sages dispositions de la loi, et meurt sans tester. La loi est le testament tacite auquel on se réfère (1).

1. « Nous avons supposé jusqu'à présent, dit M. Glasson, *Éléments*, § 136, que le défunt était mort laissant un testament. Mais que faire s'il n'a pas manifesté ses dernières volontés ? Ici encore on a proposé d'attribuer les biens à l'État. Nous ne reviendrons pas sur cette erreur qui consiste à reconnaître à l'État un droit primordial de propriété. Nous ferons seulement remarquer qu'une loi qui, après avoir permis le testament, attribuerait à l'État les biens de ceux qui n'auraient pas usé du droit de tester serait vraiment bien étrange ; e plus souvent le défaut de testament résulterait d'un pur hasard

Si le droit de laisser une succession testamentaire ou *ab intestat* est de droit naturel, il en résulte qu'il n'est point contingent et soumis aux hasards qui peuvent faire sortir l'homme de sa patrie, ou lui permettre de laisser des biens loin de son territoire national. Ce droit, étant naturel, est inhérent à la nature même de l'homme, et le suit partout où il va.

Quand la légitimité du droit de succession est établie sur une conception aussi large, il n'y a plus à distinguer de nationalités. Il n'y a pas d'Anglais, d'Allemands, de Roumains et de Russes, il y a des hommes.

Nous sommes fort à l'aise maintenant pour affirmer que

Si la loi civile, simple interprète de la loi naturelle, permet à l'homme de faire son testament, c'est-à-dire de manifester sa volonté pour une époque postérieure à sa mort, elle doit aussi prévoir le cas où le défunt aurait été empêché de faire son testament, et au lieu de profiter de cette circonstance pour opérer une sorte de confiscation, se demander ce que le défunt aurait fait de ses biens s'il avait testé.

C'est donc sur l'affection présumée du défunt que doit reposer le régime des successions *ab intestat*; toutes les fois que la loi aura distribué nos biens conformément à notre volonté, nous pouvons nous dispenser de laisser un testament à notre mort. La succession *ab intestat* ne doit être qu'un testament tacite; c'est en consultant les affections que la Providence a gravées dans le cœur de l'homme, que le législateur parvient à déterminer le véritable ordre des successions. »

les législateurs ne peuvent défendre aux étrangers la participation active ou passive au droit des successions. De droit naturel, la succession s'impose au droit international comme à chaque législation civile. Il n'est point permis de lui apporter des entraves, et de refuser à un homme le droit d'avoir des héritiers, car ce droit lui appartient. La puissance de l'État peut se manifester par une loi qui refuse aux étrangers le droit de laisser une succession, et cet empiètement est sanctionné par la force sociale, mais une semblable disposition n'en est pas moins un excès de pouvoir, et une violation du droit primordial des individus. La force prime et opprime le droit, mais elle ne saurait lui enlever l'existence.

---

## II

### HISTORIQUE DU DROIT DE SUCCESSION DES ÉTRANGERS

Les idées, si justes pourtant et si simples, que nous venons d'exposer, n'ont point prévalu sans de longues époques d'erreur, et sans une lutte qui n'est point encore partout terminée.

Dans le monde antique, où les cités étaient fort restreintes et en rivalité constante dans l'intervalle des guerres, il n'y avait pas à espérer un grand esprit de justice envers les étrangers. Aussi bien l'homme n'est il point assez parfait pour s'élever d'un seul coup à la connaissance du vrai, et doit-il progresser par étapes au prix d'un incessant labeur et de pénibles expériences. On ne peut point reprocher au monde antique son particularisme étroit et son dédain de l'étranger, pas plus que son esclavage anti économique et ses dieux dont la notion blesse la raison. A cette époque de robuste enfance l'homme n'avait point encore assez vécu.

Chez les Égyptiens et les autres peuples de la haute antiquité, l'étranger pouvait s'estimer heureux quand on ne le réduisait pas en esclavage. La naturalisation était difficile, et probablement conférait seule l'aptitude à laisser des héritiers.

Nous connaissons assez bien la législation des Israélites ; les livres qui lui servaient de base nous sont parvenus. L'étranger naturalisé, celui qu'on appelait prosélyte de justice, ne transmettait ses biens qu'aux enfants nés après sa conversion. Autrement ses biens appartenaient au premier occupant (Pastoret, *Histoire de la législation*, t. III, p. 473). Si l'on juge de l'ancien monde asiatique et africain par cet exemple, on doit conclure que la méconnaissance des droits naturels de l'étranger sans distinction était la règle, et que la mort lui faisait perdre les droits dont on pouvait lui concéder la jouissance pendant la vie.

Les étrangers étaient mieux traités chez les Grecs, et notamment à Athènes, où le commerce les attirait en grand nombre. La protection dont on les entourait n'allait cependant pas jusqu'à leur accorder le droit de tester (Pastoret, VI, 445). Il fallait pourtant admettre une distinction entre les diverses cités, et entre les Grecs d'origine et les barbares, les alliés et les ennemis.

Les Romains ont aussi commencé par confondre étranger avec ennemi, et par poser en principe que quiconque n'était pas Romain ou allié pouvait être pillé et réduit en esclavage. Mais déjà Rome avait des alliés, et des rapports plus intimes existaient avec les Latins qui affluaient dans ses murs. Ces Latins pouvaient mourir à Rome et y laisser



des biens meubles. Plus tard ils purent même acquérir des immeubles. Il fallut nécessairement résoudre la question d'hérédité, et admettre d'autres étrangers à succéder à l'étranger mort.

Plus tard la question se posa avec plus d'importance : des millions de pèlerins se trouvèrent habiter le sol romain. Leur succession paraît avoir été régie d'une manière libérale et différente suivant la qualité du pèlerin. S'il s'agissait d'un étranger, ni barbare ni soumis, il est probable qu'on appliquait la loi de son pays au règlement de sa succession (1). L'aptitude à laisser une succession était ainsi reconnue. S'il s'agissait d'un sujet mourant hors de chez lui, on appliquait la loi locale de son domicile. Car

1. Ulpien, tit. XX, § 15, énumère ceux qui ne peuvent tester, et parmi eux les déditices : « *Is autem, qui deditiorum numero est, quoniam nec quasi civis Romanus testari potest, cum sit peregrinus, nec quasi peregrinus, quoniam nullius certæ civitatis civis est, ut SECUNDUM LEGES CIVITATIS SUÆ TESTETUR.* » « Celui qui est au nombre de déditices, parce qu'il ne peut tester comme citoyen romain, puisqu'il est pèlerin, ni comme pèlerin, puisqu'il n'est citoyen d'aucune cité selon les lois de laquelle il puisse tester. » Si le pèlerin peut tester, suivant les lois de son pays, il peut laisser aussi une succession qui sera réglée conformément à ces lois. Le bon sens d'ailleurs indique que les centaines de millions de sujets de Rome, exclus de la participation au droit Romain, ne pouvaient l'être de celle à toute espèce de droit.

le droit romain ne pouvait s'appliquer aux sujets de Rome qui n'étaient point Romains, et un nombre infini de législations locales régissaient les habitants de l'Empire (1).

Cette distinction finit par s'effacer. Il n'y eut plus en principe de législations multiples dans l'Empire le jour où tous les habitants furent citoyens, et le nombre des pérégrins devint singulièrement restreint. Dans le monde, à partir de ce moment, il n'y eut plus guère que les Romains et

1. Gaius. Comment. 1, § 92, dit en parlant des droits de famille : *Peregrina quoque, si vulgo conceperit, deinde civis romana fiat et tunc pariat, civem Romanum parit; si vero ex peregrino, SECUNDUM LEGES MORESQUE PEREGRINORUM, conceperit, ita videtur ex senatus consulto quod auctore divo Hadriano factum est, civem Romanum parere, si et patri ejus civitas Romana donetur.* » « La pérégrine qui a conçu, hors mariage et est ensuite devenue citoyenne romaine, met au monde un citoyen romain; si elle était mariée à un pérégrin conformément aux lois et aux mœurs des pérégrins, il résulte d'un sénatus-consulte de l'époque d'Hadrien, qu'elle met au monde un citoyen romain, si la cité romaine a été aussi accordée au père. »

Quant aux obligations, nous trouvons aussi un texte dans Gaius, C. III, § 120 : « *Præterea sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur, nisi de peregrino fidepromissore queramus, ET ALIO JURE CIVITAS EJUS UTATUR; fidejussoris autem etiam heres tenetur.* » « En outre l'héritier du *sponsor* et du *fidepromissor* ne sont pas tenus, à moins qu'il ne s'agisse d'un *fidepromissor* pérégrin, et que sa cité n'use d'un droit différent; mais l'héritier d'un *fidejussor* est tenu. »

les Barbares, avec lesquels ne pouvait en principe exister aucun lien de droit.

Les Barbares, après leur triomphe, se firent dans l'Empire des royaumes où vécurent juxtaposées plusieurs races victorieuses et vaincues. La nationalité, devenue en quelque sorte territoriale pendant les derniers siècles de l'Empire Romain, redevint personnelle. Toute la différence fut que dans chaque pays, lors de la conquête romaine, on ne trouva juxtaposées ou superposées que deux nations, la nation vaincue et les Romains. Après l'invasion barbare, dont chaque flot avait amené un peuple différent, il y eut plusieurs nations juxtaposées. De même qu'autrefois les vaincus avaient conservé leurs lois, et les Romains gardé le privilège des leurs, de même toutes ces nations différentes conservèrent aussi leurs lois, et on vit de nouveau plusieurs peuples et plusieurs législations sur une même terre.

Dans un pareil état social, il est évident que les Romains, étrangers par rapport à leurs vainqueurs, ne pouvaient être privés du droit de succession. De même les barbares des nations vaincues, existant comme sujets sur le territoire de chaque nation victorieuse. Mais le Romain ou le sujet barbare des Wisigoths qui allait chez les Francs était assez maltraité, et réciproquement les sujets de divers Etats.

Il n'est pas probable que l'on soit allé jusqu'à priver du

droit de laisser des successions ceux qui sortaient d'un Etat pour aller dans un autre, mais on commettrait une singulière méprise en confondant les rapports de chaque peuple vainqueur avec les vaincus, et avec les sujets des autres Etats. Tout ce qui a été dit du respect des lois nationales ne s'applique guère qu'à la première hypothèse, et pour connaître sous leur véritable point de vue les conquérants germaniques, il ne faut jamais oublier quelle situation ils faisaient au *vargangus*, l'homme étranger au *gau*.

Chez les Germains, avant l'invasion, l'homme d'une tribu ennemie, fait prisonnier, devenait esclave ; l'homme d'une tribu amie ou lointaine ne pouvait s'établir sans une espèce de naturalisation. Celui, qui ne pouvait obtenir ce privilège, regardé comme sans aucune espèce de droits et mis au ban, pouvait être réduit en esclavage, on l'appelait *vargangus*. Point de biens pour lui, point d'hérédité.

Assurément cette coutume dut s'adoucir et subir de continuelles dérogations à l'époque de la conquête, où tant de millions d'hommes se trouvèrent réduits à une situation errante. On ne commet jamais d'injustice que contre ceux qui ne sont pas assez forts ou assez nombreux. Il n'en est pas moins vrai qu'on se tromperait en regardant l'époque de la grande invasion comme une période d'éclat pour tous les principes les plus libéraux du droit international privé.

« *Si legitimos filios habuerint*, dit la loi des Lombards, liv. III, t. 15, *heredes eorum in omnibus, sicut et filii Longobardorum existant; et si filios non habuerint legitimos, non sit illis potestas absque jussione regis res suas cuicumque thingare, aut per quodlibet ingenium aut per quemlibet titulum alicnare.* » « S'ils laissent des fils légitimes, que ceux-ci leur succèdent et prennent tous leurs biens, comme feraient les enfants des Lombards; à défaut de fils légitimes, ils n'ont pas le pouvoir de transmettre leurs biens à quelqu'un sans l'autorisation du roi, ou de les aliéner à n'importe quel titre ou par quel artifice. »

Pendant la période qui suivit immédiatement la fusion des vainqueurs et des vaincus, le droit de laisser une succession ne fut pas davantage reconnu aux étrangers. Dans le fameux capitulaire de l'an 806, la *Charta divisionis regni Francorum*, § 7, Charlemagne divisant son empire entre ses trois fils veut que leurs sujets ne soient pas entre eux comme des étrangers. Il déclare que tout homme libre pourra succéder à son parent, même habitant un État soumis à une autre domination, quel que soit du reste celui où s'ouvre la succession. Les deux capitulaires de Louis le Débonnaire de 817 et 837, qui divisent aussi l'Empire, reproduisent la même clause. Le contraire était donc la règle.

Il n'y a pas à l'époque féodale d'unité dans le traitement

infligé à l'étranger. Il varie suivant le temps, les lieux, et l'origine de l'étranger. Il y a cependant un principe commun dans les pays féodaux, et un autre dans les pays de libertés municipales.

Dans les pays régis par le droit féodal, l'étranger qui vient s'établir dans une châtelainie, doit obtenir du seigneur que celui-ci consente à le recevoir. Il devient alors son vassal. C'est, de très loin, une sorte de naturalisation obtenue. Si le seigneur ne reçoit pas l'hommage, l'étranger est généralement traité comme un simple serf. Il fallait cependant distinguer entre le véritable étranger, à qui cette rigueur était plus spécialement réservée, et l'homme de même nationalité, venant d'une région différente. Il paraît que le seigneur ne pouvait refuser l'hommage de ce dernier sans autre motif que son mauvais vouloir. La sévérité des usages décroissait avec la distance des pays d'origine. Elle était surtout moindre quand l'homme étranger à la châtelainie était cependant du même diocèse.

L'étranger, dans le sens actuel du mot, s'appelait *épave*, et quelquefois *mescru*. Celui qui n'était pas étranger de nationalité, mais seulement de seigneurie, s'appelait *aubain* ou *estrangle*. C'est à cette dernière catégorie que s'applique évidemment le texte célèbre et relativement doux des établissements de St-Louis. « Se aucun hom estrange vient ester

en aucune chatelleine de aucun baron, et il ne fasse seigneur dedans l'an et jour, il en sera exploitable au baron : et se aventure était qu'il mourut, et n'eut commandé à rendre quatre deniers au baron, tuit li meubles seraient au baron. » L'étranger pouvait, à cette condition, laisser une succession.

Dans les pays où le régime municipal prédominait, c'est-à-dire dans l'Europe Méridionale et spécialement dans le Midi de la France, en dehors des ressources que lui offrait une naturalisation souvent facile, l'étranger trouvait presque partout ses droits naturels reconnus, et le droit de laisser des héritiers.

La royauté française, qui usait de toutes armes pour affaiblir l'autorité des seigneurs, ne dédaigna pas de se servir contre elle du patronage des aubains. Le roi soutint et peu à peu finit par faire prévaloir une théorie qui le faisait défenseur et avoué de tous les aubains. Ceux-ci ne purent dès lors faire aveu qu'au roi, et celui-ci recueillit à titre régalien leurs successions. Dans les établissements de Saint-Louis, L. 1, Ch. 31, cette théorie commence à se dessiner. Elle ne triompha que longtemps après, et une ordonnance de Philippe le Bel de 1301, article 1, parle encore des droits des seigneurs.

Il arriva aux aubains le même mécompte qu'aux com-

munes. Quand les seigneurs ne furent plus à craindre, le nouveau maître se montra plus dur qu'aucun suzerain et introduisit une pratique, dont les lois révolutionnaires seules devaient avoir raison.

Il y a une différence sensible cependant entre ce droit régalien d'aubaine et l'aubaine du moyen-âge, et si les officiers du Roi exercèrent ce droit avec une rigueur extrême, on ne peut nier qu'il y ait eu un certain progrès.

D'abord le Roi n'exerce le droit d'aubaine qu'à l'égard des véritables étrangers, et non des Français, et peu à peu l'autre espèce d'aubaine, exercée par les seigneurs, de seigneurie à seigneurie, disparaît. Ensuite le Roi ne revendique son droit, par tolérance, que dans le cas où l'aubain ne laisse pas d'enfants régnicoles. S'il existe des enfants régnicoles et étrangers, le partage n'exclut pas ces derniers. La notion d'aubaine s'élargit donc, devient d'une application plus rare et plus humaine.

L'aveu se trouva naturellement remplacé par la naturalisation, qu'il était assez difficile d'obtenir.

Seulement l'exercice du droit d'aubaine n'avait été pendant la période féodale qu'une exaction, un acte de puissance. Les légistes de la royauté lui donnèrent une base, fautive mais d'apparence juridique, ce qui fut la violation morale des principes substituée à leur violation matérielle



et de fait. On s'appliqua à soutenir que le droit de laisser une succession et celui d'y venir comme héritier n'étaient pas des droits naturels. On finit par tenir la nature civile du droit de succession pour démontrée, et on en conclut que les étrangers, exclus de la participation au droit civil, ne pouvaient laisser d'héritiers.

• Il y a, dit Domat (*des lois civiles dans leur ordre naturel*, éd. de 1777, p. 345, § 13), une succession qui appartient au roi, c'est celle des étrangers. Le droit à ces successions s'appelle droit d'aubaine, ce qui est fondé non-seulement sur le droit romain, mais sur l'ordre naturel, qui distingue la société des hommes en divers Etats, Royaumes ou Républiques. Car c'est une suite naturelle de cette distinction que chaque nation, chaque Etat règle par ses lois propres ce qu'il peut y avoir dans les successions et dans le commerce des biens qui dépendent des lois arbitraires, et qu'on y distingue la condition des étrangers et celle des originaires. Ainsi ils ne succèdent à personne et personne ne leur succède, non pas même leurs proches, afin que les biens du Royaume n'en soient pas distraits, et ne passent pas aux sujets d'autres princes. »

Il ne faut pas oublier que Domat est pourtant le plus philosophe des jurisconsultes français, et non pas un simple juriste. Il n'en trouve pas moins tout simple d'appeler

le roi seul à la succession des aubains, et d'appliquer aux lois sans aucune idée de défaveur la qualification d'arbitraires, pour exprimer la latitude, infinie à ses yeux, de la puissance législative en matière de droit civil. Nous savons d'ailleurs l'opinion de Montesquieu, plus philosophe encore (1). V. aussi Pothier, *Coutume d'Orléans, Introduction générale, aux coutumes*, chap. II. § II, n° 30 ; *Traité des personnes*, part. I, tit. II, sect. II. Le jurisconsulte coutumier est dans les mêmes idées que Domat. « Les actes entre-vifs sont du droit des gens, et les étrangers jouissent de tout ce qui est du droit de gens ; ils peuvent donc faire toutes sortes d'actes entre-vifs ; la faculté de disposer ou

1. Bacquet cherche à expliquer le droit d'aubaine au point de vue moral et au point de vue économique. A ses yeux, la pérégrinité « est une macule. » Il ne faut pas que les étrangers viennent « sucer le sang et la moëlle des Français. » La trahison est sans cesse imminente, et la ruine est à craindre s'il sort quelque argent du royaume. « Joint que par les lois et ordonnances du royaume, conformes à la disposition du droit, il est défendu de transporter l'or et l'argent hors de France, ce qui adviendrait si l'étranger succédait à l'aubain, car, incontinent, après avoir appréhendé la succession, il vendrait les biens et se retirerait hors du royaume. »

Si l'on songe que Bacquet était un bon esprit dans son temps, et une autorité au Palais, il faut convenir que les notions du bon sens ont bien changé depuis son époque.

V. Bacquet. *Du droit d'aubaine*, t. II, spécialement les pages 51, 53, 106, etc.

de recevoir à cause de mort est, au contraire, du droit civil, et les étrangers ne jouissent pas de ce qui est de droit civil. »

Nous savons combien est faux le principe invoqué par les juristes de l'ancienne monarchie française (1). Il n'en

1. Si même la distinction entre les droits naturels et les droits civils avait sa base dans la nature des choses, et non dans l'arbitraire des juristes, la limite devrait être permanente et immuable. Il s'en faut de beaucoup qu'il en soit ainsi. L'étendue de la sphère des droits civils varie de législation à législation, et de peuple à peuple suivant les progrès de son commerce et de ses rapports extérieurs. On trouve au commencement une législation exclusivement propre aux citoyens et dont les étrangers sont totalement exclus. Peu à peu, l'accès de certains droits leur est ouvert, et ces droits passent de la classe des droits civils dans celle des droits naturels.

Nous saisissons dans le droit romain ce phénomène de transformation. Les contrats sont permis aux étrangers les uns après les autres, et une partie des droits compris dans le *commercium* finissent par passer du droit civil dans le droit naturel. Chose remarquable, les étrangers ne peuvent jamais, à Rome, obtenir le *connubium*, sauf le cas bien connu des vétérans autorisés à épouser des provinciales. Dans les législations modernes, le *connubium* est au contraire le droit le plus facilement reconnu comme naturel.

Il n'y a pas un siècle les étrangers ne pouvaient sans être punis d'une forte amende prendre une maison à bail à leur compte dans la Grande-Bretagne. Depuis 1870, ils peuvent même être propriétaires d'immeubles, si l'on peut employer le mot propriété quand on parle d'une législation basée sur le principe féodal des tenures. Ils peuvent même les transmettre par hérédité.

On peut voir dans un avenir peu éloigné le moment où les droits

est pas moins vrai qu'il a survécu presque jusqu'à nos jours, et que la Révolution, en abolissant les droits d'aubaine, se plaçait sur le terrain de l'humanité et non du droit. De même plusieurs Parlements, et notamment les Chambres françaises de 1819, se sont placés sur le terrain de l'utilité.

Le principe erroné des juristes aurait dû aboutir d'une manière invariable à la confiscation. De larges brèches furent faites à cette règle. D'abord nous savons dans quelle limite le droit des descendants à la succession était admis. Il faut voir dans Pothier (*Traité des personnes et des choses*, 1<sup>re</sup> partie, titre II) l'énumération des exceptions. On restera convaincu que les bonnes aubaines devenaient rares, d'autant plus que les étrangers devaient prendre leurs précautions (1). Cette énumération est cependant bien au-dessous de la réalité.

qualifiés civils seront à peu près tous reconnus naturels, et où les étrangers ne seront exclus que des droits inhérents à la qualité de citoyen, c'est-à-dire purement politiques. Mais l'égalité des étrangers et des nationaux est encore un *desideratum* à l'heure actuelle, et on ne peut qu'honorer ses apôtres, dont les vues, malgré les échecs, restent toujours constantes.

1. Il paraît qu'à la fin du siècle dernier, en France, le produit du droit d'aubaine ne dépassait pas cent mille livres, bien qu'il y eut alors beaucoup d'étrangers en France. V. Necker, *de l'administration des finances*, t. III, ch. XXV, p. 270 et suivantes.

D'abord les étrangers qui venaient faire le commerce en France, et les voyageurs, n'étaient pas distingués des aubains fixés dans le royaume. Mais de bonne heure on voit une coutume constante, sanctionnée par plusieurs ordonnances, affranchir de l'aubaine les marchands attirés par les foires de Champagne (Ducange, *Regestum de nundinis Campaniæ*, v° *Albani*; — Bouteille. *Somme rurale*, l. 1, t. 25). Charles VII, en 1443, accorde à Lyon trois foires franches, avec les mêmes privilèges. L'article 9 des lettres patentes de 1462, accordant à Lyon une quatrième foire, dit que les marchands pourront tester, et que s'ils meurent *intestat*, leurs héritiers recueilleront la succession suivant les statuts, coutumes et usages de leur pays. Les marchands castillans furent exemptés du droit d'aubaine en 1378, ceux des Pays-Bas en 1441, ceux de la Hanse en 1464, ceux d'Ecosse en 1554, etc. A la fin du xvi<sup>e</sup> siècle,

Il est évident qu'au point de vue économique, le droit d'aubaine aboutissait à une perte pour la France. Les étrangers, malgré les précautions, avaient toujours à craindre et s'abstenaient d'apporter des capitaux en France, surtout d'y acquérir des immeubles. Quand la Constituante se décida à abolir le droit d'aubaine, que le fougueux Bacquet appelait un fleuron de la couronne de France, — pauvre fleuron! — le Trésor perdit donc trente ou quarante mille écus par an et ne tarda pas à les rattraper sous la forme d'autres impôts.

l'exception se trouve généralisée par la jurisprudence et étendue à tous les commerçants étrangers.

Une ordonnance de Louis X, en 1315, octroie formellement l'exemption du droit d'aubaine aux étudiants étrangers. V. aussi Lebret, *De la souveraineté du roi*, livre II, chap. II ; Choppin, *Du domaine*, liv. I, t. II.

On admit également, bien qu'assez tard, une semblable exception en faveur des ambassadeurs étrangers et de leur personnel.

Dans les villes municipales du Midi et dans beaucoup de communes du Nord, le droit d'aubaine n'existait point.

La royauté essaya d'introduire le droit d'aubaine dans les municipes du Midi. Ils protestèrent et obtinrent gain de cause. Pour le Languedoc, les lettres patentes rendues par le roi Louis XI à Dieppe en juillet 1475 portent maintien des anciennes coutumes.

Dans le Nord, par suite de concessions spéciales, le droit d'aubaine n'existait pas dans un certain nombre de communes : Calais (lettres de Charles IX en 1567, et de Henri IV en 1599) ; Metz (Coutume, art. 3 de l'Etat et de la condition des personnes) ; Longwy, (lettres de décembre 1684) ; Dunkerque (édit de 1662). Il y avait même des provinces dans ce cas, par exemple l'Artois dont la coutume porte dans son article 40 : « En Artois on n'use

point d'aubanéité ». La disposition de la Coutume d'Artois s'explique par le voisinage des Pays-Bas, où l'aubanéité fut presque partout abolie de bonne heure.

A un autre point de vue l'ancien droit français exemptait de ses rigueurs des nations entières, ou tout au moins des provinces importantes étaient assimilées au sol français. Nous voulons parler des possess' ns sur lesquelles la couronne de France élevait des prétentions. Les habitants étaient, en général, assimilés aux régnicoles et non aux aubains. Les Bretons, les Flamands, les Comtois étaient dans ce cas, de même que les Milanais.

Pour des motifs d'amitié les Suisses furent encore assimilés aux régnicoles. Les Anglais jouissaient également à la fin du siècle dernier d'une situation privilégiée que les bases de leur législation empêchaient de rendre réciproque.

Beaucoup d'autres peuples firent aux 17<sup>e</sup> et 18<sup>e</sup> siècle des traités de réciprocité en matière d'aubaine, et ce droit fut en général remplacé par une déduction fiscale peu élevée, d'un dixième et parfois d'un vingtième. Les progrès étaient incontestables au point de vue pratique, mais le principe n'en subsistait pas moins que le droit de succession était de pur droit civil.

Un des plus anciens traités a été fait avec la Hollande à l'époque de Henri IV. D'autres furent faits : en 1760 avec

la Sardaigne ; en 1762 avec l'Espagne et les deux Siciles ; en 1766 avec l'Autriche ; en 1768 avec la Toscane ; en 1772 avec la Suisse ; en 1772 avec le Danemark ; en 1773 avec les Pays-Bas ; en 1777 avec la Pologne ; en 1778 avec le Portugal ; en 1778 avec les États-Unis ; enfin en 1787 avec la Russie. A ce moment on pouvait dire que le droit d'aubaine était en fait supprimé en France.

L'évolution fut à peu près la même en Angleterre, c'est-à-dire que le droit d'aubaine y devint droit régalien. Son importance fut d'ailleurs moindre qu'en France, parce que les étrangers ne pouvaient avant 1870 acquérir d'immeubles.

L'Angleterre et la France ont d'ailleurs été les principaux foyers de l'*aubanéité*. En France cependant, le droit d'aubaine ne fut jamais exercé avec le caractère de barbarie qu'il a eu en Angleterre jusqu'à nos jours.

Il ne faut pas oublier que l'Angleterre excluait à tel point les étrangers de la possession des terres que le simple preneur à bail d'un immeuble était puni, et que la couronne confisquait à son profit tout immeuble dont un étranger venait à faire l'acquisition à quelque titre que ce soit.

D'autre part, le système successoral du sang héritable aboutissait aux conséquences les plus blessantes pour l'hu-



manité. Ainsi il a été jugé que la capacité de succéder est limitée aux enfants de pères anglais; un enfant né à l'étranger d'une mère anglaise et d'un père étranger ne peut succéder aux biens immeubles de sa mère, ni exercer les droits d'un héritier breton. L'étranger ne pouvait avoir d'héritiers, ni de parents étrangers, puisque ceux-ci n'avaient pas de sang héritable, ni de parents anglais, puisque tous ses biens, s'il en avait, appartenaient au roi (V. Le Baron, *Code des étrangers*, p. 78, sqq. 114). Jamais le droit d'aubaine français n'est allé jusque là.

Lord Coke rapporte une application très intéressante de la théorie du sang héritable. Un étranger s'établit en Angleterre et y a deux fils. Ceux-ci sont anglais, comme étant nés en Angleterre, mais ils ne peuvent pas succéder à leur père, celui-ci étant incapable de transmettre ses biens immeubles, puisque ces biens appartiennent au roi. Les frères ne pouvaient eux-mêmes hériter l'un de l'autre, parce que leur parenté provenait d'un père qui, n'ayant pas de sang héritable, ne pouvait en communiquer aux autres. V. Laurent, *Droit civil international*, t. II, § 21.

Ces théories déraisonnables étaient mitigées par une pratique libérale, mais n'en constituaient pas moins une violation sans mesure du droit naturel.

En Italie, le droit des étrangers était au contraire plus

respecté qu'en France. Les Républiques italiennes avaient assez d'analogie avec les municipes de la France méridionale dans leur manière de traiter les étrangers. La constitution de Frédéric II, dont nous parlerons bientôt, était appliquée dans certaines autres parties de l'Italie, notamment à Naples. A Naples cependant, et un peu partout en Italie, comme d'ailleurs en Allemagne même, le système rationnel de la constitution de Frédéric céda le pas à un système de réciprocité. Le Code des deux Siciles de 1819 consacra ce système de réciprocité : le nombre considérable des traités passés par le royaume des deux Siciles aboutissait d'ailleurs en fait à une abolition de l'aubaine. Les diverses législations italiennes du xix<sup>e</sup> siècle, jusqu'à la promulgation du Code italien, ont été conçues dans le même esprit.

Nous avons cité la *charta divisionis regni Francorum*. Chose singulière, ce n'est pas en France, mais en Allemagne que l'idée libérale de Charlemagne et de Louis le Débonnaire porta des fruits. La fameuse constitution de Frédéric II de Hohenstaufen est, au point de vue de l'évolution des principes, un document capital.

« *Omnes peregrini et advenæ libere hospitentur ubi voluerint, et hospitati si testari voluerint, de rebus suis liberam ordinandi habeant facultatem, quarum ordinatio inconcussa servetur. Si vero intestati decesserint, ad hos-*

*pitem nihil perveniat, sed bona ipsorum per manus episcopi loci, si fieri potest, heredibus tradantur.* » « Que tous les pèrègrins et aubains s'établissent où ils voudront, et qu'ils aient, s'ils veulent tester, la libre faculté de régler leurs affaires. Le règlement qu'ils auront fait sera observé. Mais s'ils meurent intestats, que leurs biens ne demeurent pas entre les mains de leurs hôtes, mais soient remis entre celles de l'évêque du lieu, pour être livrés aux héritiers. »

Ce document est d'une importance extrême. Il monumente les vrais principes, et fait antithèse à la théorie des légistes français. Il fut inséré par Irnerius dans le *Corpus Juris*, au titre *communia de successionibus* du Code de Justinien. Le pape Honorius rendit une bulle pour en recommander l'exécution.

La Constitution fut cependant mal appliquée en Allemagne, surtout dans le voisinage de la France. Beaucoup de petits souverains la regardèrent comme attentatoire à leurs droits. Le principe n'en subsista pas moins.

De même dans les Pays-Bas, le droit d'aubaine ne prévalut pas, et on reconnut aux étrangers l'aptitude à laisser des héritiers. Là encore le Code Napoléon a déterminé un recul de six siècles.

Dans le monde slave régnait à l'origine une tendance

contraire à celle du monde latin. L'accueil dû à l'étranger, le respect de sa personne et de ses biens, sont compris d'une manière tout autre. Parmi ces peuples hospitaliers le droit d'aubaine était inconnu, et la capacité de l'étranger à laisser des héritiers ne faisait aucun doute. Mais les progrès du despotisme ont fait dévier cette tendance, et le gouvernement des Czars a abouti à l'organisation d'un droit régalien d'aubaine sur le modèle français. Au xviii<sup>e</sup> siècle, ce droit d'aubaine est définitivement établi.

Telle est, dans son ensemble, l'évolution du principe que nous étudions jusqu'à la fin du dernier siècle. Pris dans son ensemble, le tableau est triste et humiliant pour l'humanité.

Le décret de la Constituante Française du 6 août 1790 marque le commencement du triomphe des idées de justice.

La Constituante répondait par une loi à l'éloquent appel de J. J. Rousseau : « Les peuples doivent se lier non par des traités de guerre, mais par des bienfaits. Que le législateur les unisse donc, en faisant tomber cette odieuse distinction de régnicoles et d'étrangers ! »

Le droit d'aubaine fut aboli : « Considérant que le droit d'aubaine est contraire aux principes de fraternité qui doivent lier tous les hommes, quels que soient leur

pays et leur gouvernement; que ce droit, établi dans des temps barbares, doit être proscrit chez un peuple qui a fondé sa constitution sur les droits de l'homme et du citoyen, et que la France libre doit ouvrir son sein à tous les peuples de la terre, en les invitant à jouir, sous un gouvernement libre, des droits sacrés et inviolables de l'humanité... » Considérants fort beaux, empreints d'enthousiasme comme toutes les œuvres de la Constituante, mais d'un enthousiasme facile à comprendre chez des hommes conscients de leur œuvre, et qui, en deux ans de pouvoir, devaient préparer un nouveau monde !

Le décret du 6 août 1790 fut suivi d'un autre en date du 8 avril 1791, donnant aux étrangers le droit de disposer de leurs biens par tous les moyens autorisés par la loi, et leur permettant de recueillir les successions délaissées en France par leurs parents étrangers ou français.

Au point de vue économique, la réforme était assurément un acte habile. Les auteurs du Code n'ont pas eu l'habileté des constituants : et cependant ils prenaient pour base l'intérêt, tandis que ceux-ci visaient simplement le juste et avaient en même temps réalisé l'utile.

Les décrets de 1790 et de 1791 avaient un défaut, peut-être même plusieurs défauts aux yeux des contemporains. L'article 11 naquit d'un esprit de réaction, et ces auteurs

ont probablement cru de bonne foi rectifier une généreuse erreur.

Les décrets étaient en contradiction formelle avec l'opinion alors régnante qui distinguait les lois en civiles ou nationales et naturelles ou appartenant au droit commun de l'humanité. L'opinion de Domat, de Montesquieu, était encore acceptée comme une vérité courante, le droit de succession était regardé comme une création artificielle et factice du législateur. Il était irrationnel dès lors d'accorder aux étrangers un droit de succession qui faisait partie du domaine des lois civiles. On rappelait aussi les doctrines haineuses et étranges dont nous avons trouvé dans Bacquet l'écho fanatique. On ne voyait point la nécessité d'attirer les étrangers, ni de maintenir fermée une source de revenus publics, si minime qu'elle fût.

Les doctrines libérales et clairvoyantes de la Constituante avaient fortement influé cependant sur l'esprit des commissaires chargés de l'élaboration du Code civil. Elles déplaisaient au contraire à Bonaparte, aux yeux de qui ennemi et étranger étaient synonymes.

Le conseil d'État, on le comprend, fut de l'avis de Bonaparte ; le Tribunat fut de l'avis de la Constituante. Le Tribunat brisé, le système de réciprocité passa. Il est intéressant de voir comment Portalis, partisan à l'origine des

idées de la Constituante, défend l'opinion contraire dans ses discours devant le Corps législatif.

« Quelques philosophes avaient pensé que les droits civils ne doivent être refusés à personne, et qu'il fallait ainsi former une seule nation de toutes les nations. Cette idée est généreuse et grande, mais elle n'est pas dans l'ordre des affections humaines : on affaiblit ses affections en les généralisant. La patrie n'est plus rien pour celui qui a le monde pour patrie. L'humanité, la justice sont les liens généraux de la société universelle des hommes ; mais il est des avantages particuliers qui ne sont point réglés par la nature, et qui ne peuvent être rendus communs à d'autres que par la convention. Nous traiterons les étrangers comme ils nous traiteraient nous-mêmes. Il est pourtant des droits qui ne sont point interdits aux étrangers ; ces droits sont tous ceux qui appartiennent bien plus au droit des gens qu'au droit civil, et dont l'exercice ne pourrait être interrompu sans porter atteinte aux diverses relations qui existent entre les peuples » (Loché, t. I, p. 191).

Dans ces paroles, on retrouve comme un reflet des doctrines même que l'orateur avait à condamner. Siméon théorise avec beaucoup plus de netteté et de précision dans son rapport au Tribunat : « Un État n'est autre chose qu'une unité de lois et de patrie, à la faveur de laquelle les ci-

toyens unis participent aux effets civils du droit de la nation ; ceux qui forment cette unité sont les seuls qui puissent réclamer les avantages qu'elle produit. Ce qui caractérise essentiellement le droit civil, c'est donc d'être propre et particulier à un peuple, et de ne point se communiquer aux autres nations ; il ne se communique point, parce que les hommes attachés à une terre étrangère, citoyens ou sujets dans leur patrie, ne peuvent être en même temps citoyens ailleurs. Soumis à une domination étrangère, ils sont affectés par la loi civile de leur pays, c'est-à-dire par le droit propre et particulier de la nation dont ils sont membres ; ils ne peuvent par conséquent recevoir les impressions d'un autre droit civil, propre et particulier à une autre nation. » (Loché, t. 1, p. 434). Le raisonnement de Siméon pêche par confusion.

Comme le dit fort bien Laurent (*Droit civil international*, t. 2, § 8) : « Les nations tiennent leur individualité de Dieu, voilà pourquoi il est impossible d'être citoyen de deux patries. Mais où est l'impossibilité d'exercer le droit héréditaire à la fois en Angleterre et en France ? Il est même absurde qu'il en soit autrement. Je suis héritier par le sang, c'est-à-dire par la volonté de Dieu. Est-ce que le sang change quand on change de domicile ? Ai-je un autre sang en Angleterre qu'en France ? Pour le coup Pascal a



raison de se moquer des lois humaines : droit d'un côté de la Manche, et absence de droit de l'autre côté. »

On a contesté que les auteurs du Code, en écrivant l'article 11, aient voulu restaurer la traditionnelle exclusion des étrangers du droit civil, et distinguer à leur égard entre ce droit civil et le droit naturel. Il n'est guère douteux pourtant, quand on compare entre eux les différents discours des législateurs, qu'ils aient eu l'intention d'adopter simplement la doctrine de Domat et de Pothier. Nous n'avons point à discuter d'une manière approfondie la question controversée du sens et de l'étendue pratique de l'article 11 : quelques mots seront suffisants.

D'après un système trop libéral, l'article 11 excluait les étrangers seulement des droits qui leur sont expressément refusés. Depuis l'abrogation des articles 726 et 912, c'est-à-dire depuis 1819, il n'y aurait presque plus de différence entre les nationaux et les étrangers au point de vue des droits civils. Il n'est pas douteux cependant que les auteurs de la loi de 1819 aient entendu déroger au principe de la distinction des droits civils et des droits naturels, qui était, à leurs yeux, consignée dans l'article 11. On peut répondre que les législateurs de 1819 se trompaient dans l'interprétation de l'article 11, et que les articles 726 et 912 étaient des exceptions à l'article 11 et non des corollaires. Mais ce

système n'est qu'une conjecture sans fondement. Il en est de même du système inverse, qui permet à l'étranger de jouir seulement des droits concédés par des textes spéciaux. Il heurte l'autorité de la tradition et des travaux préparatoires, et ne se fonde sur aucun argument sérieux.

Quoiqu'il en soit de l'interprétation de l'article 11, sa combinaison avec l'article 726 et 912 plaçait l'étranger dans une situation à certains points de vue meilleure et à d'autres points de vue pire que l'ancien droit. Mais l'existence de traités nombreux restreignait l'application de l'article 726 et 912.

Il n'y a pas eu rétablissement du droit d'aubaine, en ce sens qu'il a reparu dans le Code très modifié, mais au fond ces modifications profondes n'empêchaient pas l'analogie d'être assez grande pour que les auteurs de la loi de 1819 aient cru utile d'en faire mention dans son intitulé.

Comme le remarque fort bien Fiore (*Droit international privé* n° 383), les textes du Code « n'ont pas enlevé à l'étranger la capacité de transmettre » ce qui est un progrès théorique, « mais seulement la capacité de succéder, à moins que les conditions exprimées par le législateur fussent réalisées, lesquelles avaient été formulées d'une manière tellement équivoque et furent ensuite interprétées par la jurisprudence si rigoureusement que pour l'ordinaire l'hérédité

était déclarée caduque et dévolue au fisc (Chabot, *Successions*, art. 726 ; Demante, t. I, n° 10 bis, et t. III, n° 33 bis ; Duranton, t. I, n° 85 et t. VI, n° 82 ; Toullier, t. II, n° 102 ; Demangeat, *Conditions des étrangers*, p. 286 ; Rodière, *Revue de législation*, t. I, 1850, p. 182 ; Cour de Cassation française, 24 août 1808 ; Cass. 1 février 1813, affaire Tarchine ; Cassat. rejet, 9 février 1831, affaire Retggio ; Cour de Douai, 1 mai 1819, affaire Rohan, etc. De telle sorte que si la confiscation directe n'était pas autorisée, comme par le droit d'aubaine, on arrivait à la confiscation indirecte, par l'application des deux articles cités. »

Ce qu'il y a à remarquer, en effet, c'est que le droit de l'étranger à laisser une succession n'est plus méconnu : des précautions sont seulement prises pour que les biens ne passent pas entre des mains étrangères. Le droit d'aubaine ne s'ouvrait ainsi qu'à défaut de parents français, et non pas seulement de descendants régnicoles, comme dans l'ancien droit. D'autre part, l'autorisation de résidence assure à l'étranger un avantage nouveau, et produit pour lui une sorte de relèvement de la déchéance produite par la « macule » dont parle Bacquet.

---

### III

#### DROIT DE SUCCESSION DES ÉTRANGERS DANS LES LÉGISLATIONS ACTUELLES

Le droit actuel en France est la loi de 1819, combinée avec l'ensemble des dispositions du Code. Si les Constituants avaient pris soin de dire et de redire qu'ils obéissaient aux appels de la philanthropie et de la fraternité, les législateurs de 1819 ne se sont pas privés de proclamer en sens inverse qu'ils agissaient surtout dans le but d'attirer en France les capitaux étrangers, et de faire aussi affluer les habitants du monde entier.

M. de Serre a exprimé avec une brutale précision ce mobile : « Ce que nous désirons, ce sont des étrangers qui, demeurant propriétaires dans le royaume, s'y fixeront naturellement, ou apporteront des capitaux desquels nous profiterons, quand même leurs propriétaires ne se fixeraient pas parmi nous. Le but sera atteint si nous leur rendons le libre et entier exercice du droit de propriété, en levant l'interdiction de disposer et de recueillir, qui restreint et asservit ce droit dans leurs mains. Les autres droits civils n'ont rien de commun avec celui qu'il nous est avantageux de leur restituer. Ce n'est pas par un mouvement de géné-

rosité que nous voulons effacer des différences relatives aux successions et aux transmissions de biens, c'est par calcul ; il ne faut donc effacer que celles qui peuvent dissuader les étrangers d'acquérir ; il n'ont besoin pour cela ni de droits politiques, dont nous devons être avares, ni même de la plénitude des droits civils ».

On écarta pour ce motif la proposition d'abroger d'une manière générale l'article 11, et l'on se contenta d'en effacer les corollaires jugés contraires au but proposé. On ne voit pas cependant pourquoi les autres incapacités résultant de l'article 11 auraient été moins avantageusement supprimées. Si le système de la Constituante avait été pleinement remis en vigueur, l'attraction exercée sur les étrangers n'en aurait été que plus forte. La concession faite en supprimant les restes du droit d'aubaine n'est qu'une demi concession, et cette moitié de concession était la plus difficile à faire. Pourquoi s'est-on arrêté en si bonne voie ?

Il est probable que le souvenir sanglant des deux grandes invasions exerçait une influence trop présente pour que les étrangers fussent accueillis avec empressement par l'opinion publique. La concession de la loi de 1819 résulte d'un compromis, d'une combinaison des exigences économiques de la société contemporaine avec la tradition nationale et le ressentiment patriotique.

On peut par suite se demander si M. de Serre, un des hommes d'Etat français les mieux doués et les plus clairvoyants, exprimait sa propre pensée, ou si la pression de l'opinion publique n'est pas responsable plutôt de son singulier langage. V. le *Moniteur* du 14 mai 1819.

La loi du 14 juillet a aboli les articles 736 et 912 en France. Des lois correspondantes ont été rendues dans les autres pays que régit le Code Napoléon.

La législation belge a, d'une manière générale, le Code de 1804 pour base. L'article 11 et son principe subsistent encore, mais les conséquences déduites dans les articles abrogés ont disparu en Belgique comme en France. La Belgique ne fait plus partie de la France en 1819 et par suite la loi nouvelle ne changea rien à sa législation. Mais par suite d'une loi spéciale du 27 avril 1865, la Belgique est aujourd'hui en possession d'un équivalent de la loi de 1819.

Donc législation identique aujourd'hui chez les deux peuples. Une seule chose peut étonner, c'est que la Belgique ait mis près d'un demi siècle à imiter la loi de 1819 et à réaliser la même amélioration que la nation voisine.

Il n'en faut pas chercher la raison ailleurs que dans la sphère d'application restreinte du nouveau droit d'aubaine. Les occasions d'appliquer les textes étaient trop rares pour qu'on sentit vivement le besoin d'en venir à l'abrogation.

La Hollande est également régie par le code Napoléon modifié. La loi néerlandaise du 7 avril 1869 a rétabli l'assimilation des étrangers aux nationaux pour la capacité de disposer et de recevoir à titre gratuit. C'est un heureux retour à l'état de choses antérieur à l'importation de l'article 11 français, mais cet article 11 a ainsi survécu beaucoup plus longtemps avec son étendue primitive que dans la législation française elle-même.

La succession des étrangers se trouve régie en Italie par l'article 3 du Code civil et par un texte dont nous aurons à parler souvent, l'article 8 du titre préliminaire du nouveau code Civil. Aux termes de ce texte « les successions légitimes et testamentaires, en ce qui concerne soit l'ordre successoral, soit la quotité des droits successoraux et la validité intrinsèque des dispositions, sont réglées par la loi de la nation de celui dont l'hérédité est ouverte, quelque soient la nature des biens et le pays où ils se trouvent »

Cet article n'est point emprunté au code Français. Il réalise un progrès considérable, et procède de doctrines allemandes que nous aurons à examiner bientôt. Il est la formule de la doctrine qui tend à triompher partout aujourd'hui, mais une formule nette et précise, dont on ne saurait trop faire l'éloge.

Le droit commun allemand est basé sur la réciprocité simple. La constitution de Frédéric II serait à renouveler. Les législations d'Etat sont variées et dérogent en sens divers au droit commun. Le code Napoléon est encore appliqué dans la Prusse rhénane sans modification. La loi de 1819 régit l'Alsace-Lorraine. Le Wurtemberg à une législation compliquée, basée sur la distinction des étrangers non Allemands et des Allemands non Wurtembergeois. Le Grand Duché de Bade en est toujours au Code Napoléon.

En Autriche, le système de réciprocité simple prévaut comme en Allemagne.

La loi danoise est une des rares législations qui admettent sans réciprocité les étrangers à recueillir la succession des étrangers morts dans le pays. En Norwège on applique au contraire le système de la réciprocité simple. En Suède le même système existe aussi en principe, mais les descendants régnicoles ou qui se fixent dans l'année en Suède peuvent réclamer le droit de succéder indépendamment de toute clause de réciprocité.

En Pologne règne toujours le Code Napoléon, non modifié quant aux articles qui nous intéressent.

En Russie, le droit de succéder aux étrangers est reconnu aux nationaux des pays avec lesquels existent des traités. Ce principe souffre diverses modifications.



En Roumanie les étrangers sont assimilés aux nationaux au point de vue de la jouissance des droits civils, en vertu de l'article 11 du Code civil, sauf les cas où la loi en décide autrement. Voir cependant l'article 7, § 5, de la loi constitutionnelle du 13 octobre 1879.

Le Code civil Serbe applique le principe de réciprocité.

La législation des cantons suisses est fort variée. Le système de la réciprocité simple prévaut dans le Code civil du canton de Vaud (513); dans la loi sur les successions du canton de Saint-Gall (art. 159). Le système de la réciprocité par rétorsion existe dans le Code de Berne (art. 6) et dans celui de Fribourg (art. 10). Dans ces deux cantons la liberté est la règle, mais le pouvoir exécutif est autorisé à en suspendre l'effet à l'égard des nationaux des pays où les citoyens Bernois et Fribourgeois ne sont point admis à succéder. Le système de réciprocité diplomatique du Code français existe dans le Valais et à Genève.

Le pays le plus arriéré de l'Europe en matière de droit international privé, c'est assurément l'Angleterre, paralysée par sa législation féodale. Depuis 1870 l'incapacité de posséder des immeubles qui frappait les étrangers a disparu cependant. Depuis lors un étranger peut succéder à un étranger ou à un anglais, et recueillir ses biens tant meu-

bles qu'immeubles, à la condition d'être d'une nation amie et domicilié en Angleterre. De même l'Anglais peut succéder à un étranger dans ces conditions.

Les États-Unis peuvent rivaliser avec l'Angleterre. Ils ont aussi la *common law*, le système du réalisme et des tenures, tout le droit de Guillaume le Conquérant. Mais les législations spéciales de tous les États ont plus ou moins dérogé au droit commun, et quand elles n'accordent pas à l'étranger le droit actif et passif de succession, elles s'éloignent toujours plus ou moins des rigueurs de la *common law*.

L'incapacité de posséder et de transmettre les biens immobiliers par succession est ainsi abolie dans les États suivants : Maine, Massachussets, Rhode Island, New-Jersey, Ohio, Minnesota, Nebraska, Wisconsin, Kansas, Michigan, Illinois, Orégon, Géorgie, Floride, Colorado, District fédéral, etc. Dans les États de Vermont, Alabama, Caroline du Nord, les étrangers peuvent succéder, mais à condition de vendre dans un délai déterminé les immeubles héréditaires. Dans la plupart des autres États on suit un système mixte qui consiste à permettre à l'étranger de conserver les immeubles, à charge de faire la promesse de s'établir dans le pays, promesse dont la réalisation n'est pas exigée en pratique. Le Mississippi enfin confisque les

immeubles des étrangers morts sur son territoire, mais tient compte de leur valeur aux héritiers, s'ils réclament dans un délai assez bref. La succession aux meubles est admise d'une manière générale.

---

## PREMIÈRE PARTIE

---

### DE LA LOI QUI, EN THÉORIE, DOIT RÉGIR LA SUCCESSION DES ÉTRANGERS

---

Supposons qu'un législateur se trouve en face de cette question : par quelle loi doit-on faire régir la succession des étrangers? Supposons qu'il ne soit point lié par la nécessité de s'inspirer d'une législation antérieure, et de considérations politiques. Il aura précisément à résoudre le problème de législation et de philosophie du droit que nous nous proposons dans notre première partie.

C'est donc, et il faut bien s'entendre sur ce point, de la pure raison que nous allons nous inspirer et non des textes des législations positives, pour lesquels nous cherchons précisément un critérium. Si donc nous invoquons des arguments empruntés aux législations passées et présentes, il ne faudra les prendre que pour ce qu'ils contiendront de raison.

Le premier point à examiner est celui de savoir si l'on doit ranger les lois successorales parmi les statuts réels ou parmi les statuts personnels. C'est une question très impor-

tante, et tout aussi controversée en législation que dans les législations positives, les légistes la discutent comme les philosophes.

Nous sommes cependant plus à l'aise que les commentateurs des lois. Ceux-ci peuvent se trouver limités par des textes qui paraissent imposer la répartition de toutes les lois sans exception dans ces deux catégories, ou par des traditions historiques qui militent dans le même sens.

Nous, nous sommes libres, nous ne dépendons que de la raison. Or la raison admet parfaitement que les lois ne soient pas toutes personnelles ou réelles. Elle admet qu'il puisse y avoir un plus ou moins grand nombre de statuts, non point mixtes, mais qui échappent à ces deux catégories. La réalité et la personnalité peuvent être regardées comme deux grands centres d'attraction autour desquels viennent se grouper beaucoup de lois, mais non toutes.

Ce que la raison permet ici d'admettre, nous l'admettons, et nous posons en principe que les lois peuvent n'être ni réelles, ni personnelles (1).

1. C'est par l'influence de la tradition historique qu'il faut expliquer l'erreur de ceux qui soutiennent la thèse contraire. Au moyen-âge, nul seigneur n'aurait consenti à laisser exécuter sur sa terre une volonté ou une coutume étrangère. Il aurait vu là une atteinte à ses droits souverains. De cette idée égoïste et étroite, qui s'inspirait uniquement de la haine et de la force, est née la formule que

**Balisesca**

Le problème, dès lors, se restreint et se transforme. Il ne s'agit pas d'opter entre les deux solutions apparentes de prime abord, mais d'opter entre trois solutions.

toutes les lois sont réelles en principe. Plus tard, les idées de justice et les exigences de pratique firent excepter un certain nombre de statuts qu'on qualifia de personnels. On discuta longtemps et beaucoup sur le nombre des exceptions, et certains, comme d'Argentré, eurent l'idée peu heureuse de faire une catégorie spéciale des exceptions contestées, sous le nom de statuts mixtes.

Mais cette doctrine de la souveraineté territoriale est contraire aux idées plus élevées qui ont fini par prévaloir. La division des statuts en réels et personnels, comprise d'une manière absolue et sans exceptions s'écroule avec elle. Il ne reste plus que deux formules commodes pour désigner *in globo* deux groupes de matières juridiques, mais dont la valeur est autre en législation que dans l'histoire du droit, et même que dans le droit positif français, où l'on peut encore discuter si l'ancienne division n'est pas encore en vigueur, et si la tradition ne doit pas l'emporter sur la raison, dans le silence des lois.

Pour comprendre avec quelle ténacité les vieilles idées faussent à chaque instant les raisonnements des meilleurs esprits contemporains, citons le commencement du § 31 de MM. Aubry et Rau : « Aucune nation n'étant tenue d'admettre dans son territoire l'application de lois étrangères, les juges n'ont, en principe, d'autres règles à observer, pour la décision des contestations qui leur sont soumises, que les lois de leur pays. — Toutefois des raisons de convenance réciproque ont porté les peuples policés à permettre ou à prescrire, dans certaines limites, l'application par leurs tribunaux respectifs de lois d'autres pays. Mais les règles et usages suivis à cet égard dans les divers États sont loin d'être uniformes. »

Nous pensons que la troisième est la meilleure, et que les lois de succession, en principe et en théorie, ne doivent être regardées ni comme personnelles, ni comme réelles.

Comme le disent fort bien MM. Aubry et Rau (*Droit civil français*, § 31) le statut personnel « comprend toutes les dispositions législatives qui ont pour objet principal et prédominant de régler l'état des personnes et leur capacité, soit pour tous les actes de la vie civile en général, soit pour quelques-uns de ces actes en particulier ». « Le statut réel

Ne croirait-on pas entendre quelque réaliste du xvi<sup>e</sup> siècle, ou quelque juriste anglo-saxon exposant ses théories du temps de la conquête normande ?

Combien autre, et plus sain, est le langage de M. Louis Renault (*de la succession ab intestat des étrangers en France et des français à l'étranger*, p. 9) : « Nous n'admettons pas la théorie des statuts comme base solide du droit international privé; nous la considérons comme étant à la fois étroite et fautive avec le caractère de généralité qu'on prétend lui donner. Elle est étroite en ce qu'elle part de l'idée que les lois sont essentiellement territoriales, qu'il s'agit simplement d'y apporter des dérogations commandées par la justice et l'utilité, d'où la conséquence qu'en cas de doute, c'est le caractère réel qui doit l'emporter. Elle est fautive, en voulant appliquer à toutes les lois la distinction du statut personnel et du statut réel, alors qu'un grand nombre de lois échappent à cette classification, telles que, par exemple, les lois de police et de sûreté, celles qui régissent les formes extrinsèques des actes, leurs conditions intrinsèques et leurs effets. »

se compose des lois qui ont pour objet direct et principal de régler la condition juridique des biens. »

La définition des deux sortes de statuts est bonne et exacte, et précisément nous force à exclure de ces deux classes les lois sur les successions.

Ces lois, en effet, ne règlent en rien l'état et la condition des personnes, bien qu'un certain état et une certaine condition soient toujours exigés pour laisser une succession ou la recueillir. C'est au contraire à titre de *præjudicium* en quelque sorte que les questions d'état sont examinées quand il s'agit de régler une succession.

De même les successions ne sont point régies par les lois de statut réel, puisque ces lois sont seulement destinées à régler la condition des biens. La succession porte, en effet, non sur tel ou tel bien, mais, comme nous aurons à le démontrer, sur l'universalité du patrimoine, chose de raison qui n'étant nulle part, échappe à toute idée de territorialité.

Il convient de faire ici remarquer que MM. Aubry et Rau, après avoir posé les définitions dont nous venons de nous servir, rangent parmi les statuts réels les lois de succession : « On doit, en particulier, considérer comme dépendant du statut réel les règles relatives... à la dévolution *ab intestat* des successions régulières ou irrégulières, ordinaires ou anormales, aux successions testamentaires,



etc. » On pourrait voir dans cette contradiction une confusion résultant du souvenir des anciennes coutumes. Il suffit d'en comprendre la cause. MM. Aubry et Rau, après avoir tracé comme des philosophes les cadres de la personnalité et de la réalité sont obligés par leur qualité de commentateurs, de les remplir selon les idées plus ou moins justes des législateurs de 1804 et de ses devanciers. Ils y sont forcés par cette prédisposition psychologique habituelle chez les interprètes des lois positives, qui font presque toujours du droit naturel dans l'idée préconçue de justifier le législateur dont-ils ont jugé l'œuvre digne de leurs savants commentaires.

Quoi qu'il en soit MM. Aubry et Rau rentrent en législation dans le camp des réalistes. Comme cette école est traditionnelle et n'a perdu du terrain que par le développement des autres, nous l'étudierons en premier lieu. Nous verrons ensuite les systèmes qui rejettent le principe de territorialité, et soit qu'ils regardent le statut comme personnel, soit qu'ils le considèrent comme en dehors des deux grandes classes de statut, ce qui est une distinction sans grand intérêt pratique aux yeux de leurs partisans, font régir les successions par la loi du lieu du domicile ou par celle de la nation du défunt.

---

## I

La formule des réalistes est très bien exposée par E. Renault (*op. laud.* p. 4) : « La matière des successions *ab intestat* rentre dans le statut réel, puisqu'il s'agit de la transmission et de la répartition des biens ; la loi de la situation est seule compétente. Toutefois, on ne peut appliquer cela d'une manière absolue et une distinction est nécessaire : les immeubles seuls ont une assiette fixe les soumettant à l'empire de la loi territoriale ; la situation des meubles est trop variable, accidentelle même, pour qu'elle puisse déterminer la loi applicable ; le hasard d'un voyage, d'un déplacement quelconque de mobilier, jouerait alors un rôle important dans la dévolution successorale des biens, ce qui est inadmissible. Voici donc comment, dans cette opinion, doit se formuler la doctrine à suivre.

1° *Mobilia sequuntur personam*, les meubles sont régis par une loi unique, celle de leur propriétaire, abstraction faite de la situation, soit parce qu'ils sont censés avoir leur assiette dans le domicile du propriétaire, soit parce que n'ayant pas vraiment de situation, ils sont l'accessoire

de la personne et soumis à la même loi que celle-ci ; 2° pour les immeubles, *quot sunt bona diversis territoriis obnoxia, tot sunt patrimonia* ; il y a autant de successions distinctes que de pays soumis à des législations différentes, dans lesquels se trouvent des immeubles et chaque succession est régie par la *lex rei sitæ* ».

Ainsi donc, voilà le point de départ : la souveraineté est territoriale, donc elle s'étend, sinon à toutes les personnes, puisqu'on a admis à titre d'exception l'existence du statut personnel, du moins à tous les choses, à l'égard desquelles il n'a point été nécessaire de faire une semblable exception. Donc la loi locale, la loi territoriale doit régir tous les faits juridiques relatifs aux choses qui se trouvent sur le territoire. Immeubles, et mêmes meubles en principe son comme saisis par la loi du pays où ils se retrouvent, et cette loi exclut toutes les autres.

Seulement, comme la pratique s'accommoderait difficilement d'une semblable doctrine appliquée avec une rigueur absolue, on la tempère. Depuis le grand développement de la fortune mobilière on ne trouve plus guère de théoriciens (1) assez osés pour soutenir que les meubles sont

1. C'est par une méconnaissance de l'idée même du droit international privé que Merlin a pu devant la cour de Cassation prononcer les paroles suivantes : « La fiction de droit qui répute les meubles

d'une manière nécessaire régis par la loi locale. On se restreint aux immeubles, qui, eux, tiennent au sol, et, faisant partie du territoire, sont plus raisonnablement soumis à la loi territoriale.

situés dans le domicile de la personne à laquelle ils appartiennent est bien applicable au cas où les meubles retrouvent dans la même souveraineté où est placé le domicile de la personne, mais si ces meubles sont dans une souveraineté et le domicile dans une autre, la fiction cesse. » Rép. v<sup>o</sup> jugement, § 7 bis. Ainsi cet excellent jurisconsulte, dominé un instant par les étroites idées de son temps, revient en partie à la théorie primitive et absolue de la réalité. »

De même Marcadé (T. 1, § 78) : Ils sont réputés, dit-on, n'avoir point de situation particulière ! Mais pourquoi donc, *réputés n'avoir point de situation* quand, par le fait, ils en ont une ? C'est, nous répond-on, parce qu'ils sont ambulatoires, parce qu'aujourd'hui en France, ils peuvent être bientôt en Angleterre. Mais le domicile par la loi duquel vous voulez les régler, n'est-il pas ambulatorio lui-même. Aujourd'hui en Espagne, ne peut-il pas être en Russie dans un mois ? Comment donc rejeter la réalité pour admettre une fiction ? Alors que cette fiction ne se fonde sur rien, et de plus ne sert à rien ? Et non-seulement elle ne sert à rien, mais elle est plus incommode que la réalité même, et elle jette dans des impossibilités qui forcent souvent ses partisans de reculer devant elle. Et en effet, comment le souverain du pays du domicile, de la France par exemple, fera-t-il respecter ces lois sur des meubles qui se trouvent hors des pays soumis à sa puissance, en Perse par exemple ? Est-ce que logiquement un législateur peut commander ce qu'il sait n'avoir pas le pouvoir de faire exécuter ? Puisque la soumission des meubles à telle ou telle loi ne peut jamais être que précaire et instable, on doit recon-

En faisant cette concession à la nécessité, les réalistes n'entendent pas moins rester réalistes. Ils acceptent une exception, voilà tout. Cependant l'exception ne va même

naitre la soumission instable à la loi du pays où ils sont, plutôt que la soumission, instable également à la loi du domicile. C'est avec le souverain du pays où ils se trouvent qu'ils sont *réellement* en relation. C'est à sa puissance que *réellement et par le fait* ils sont soumis. On ne peut donc pas à moins de règles formelles posées à cet égard par les divers législateurs, le déclarer soumis par fiction à l'autorité d'un autre. » Marcadé rejette ainsi l'opinion commune des réalistes modernes : « Nous l'avouons, si accréditée que soit cette doctrine, nous ne saurions l'accepter. Elle nous paraît illogique et sans aucun fondement légal. »

Cette doctrine, que partagent aussi MM. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n° 25, est en partie exacte, en partie inexacte. Ce qui est exact, c'est le reproche d'inconséquence fait aux réalistes qui distinguent entre les meubles et les immeubles. C'est aussi le reproche tiré du caractère ambulateur du domicile. Ce qui est faux, c'est la base prise par l'auteur pour contester la valeur pratique du système. Le législateur ne peut espérer faire exécuter la loi par des juges qui ne relèvent point de lui. Mais comme répond fort bien M. Louis Renault (*De la succession des étrangers*, p. 15, note 2). « Dire que dans un cas donné, telle loi est applicable, ce n'est pas dire que les autorités du pays où cette loi est en vigueur, auront à intervenir pour la mise à exécution de cette loi. »

Quant à l'exécution des lois par une autorité étrangère, qui paraissait à Marcadé une chimère contraire au bon sens, les progrès accomplis déjà prouvent que nous ne sommes pas ici loin de la voir entrer dans la pratique courante.

pas jusqu'au bout. En effet, à la loi territoriale de la situation effective, on substitue simplement la loi territoriale d'une situation fictive, les meubles étant réputés se trouver non pas là où ils sont, mais où ils devraient être, au domicile du défunt. L'exception est ainsi plus apparent que réelle.

Cependant la règle *sequuntur personam* interprétée d'après les idées d'aujourd'hui, signifierait tout autre chose et aboutirait à une véritable exception. Elle aboutirait à faire régir les meubles par la loi nationale du défunt puisque la personne est régie par la loi nationale. C'est une altération profonde, cette fois, du système de la réalité, qui sera probablement la dernière forme du réalisme.

Etudions les arguments des réalistes. Les immeubles disent-ils d'abord doivent être régis par la loi territoriale. Comment admettre en effet une autre loi ? Les immeubles font partie du sol même, le territoire n'est autre chose que leur ensemble. Ils sont la base matérielle de l'Etat. On ne peut sans une sorte de contradiction et même sans danger permettre qu'ils soient régis par une loi étrangère. Contradiction, car rien n'est plus national que le sol de la patrie. Danger parce que la sécurité nationale est intéressée à ce que rien ne se fasse contrairement aux lois du pays et sans l'aveu de la puissance publique. Quant aux meubles on ne peut invoquer cette raison particulière mais on demande

s'il n'est pas naturel que chacun soit maître chez soi, et règle ce qui s'y passe à sa guise, sans s'occuper des voisins : ce qui est la véritable base et la plus ancienne en même temps que la plus générale des doctrines réalistes.

Un second ordre d'argument se tire d'une considération différente. On remarque que les biens étant d'une manière habituelle régis par les lois réelles et territoriales, il doit en être de même des successions, des biens. Ce qui est bon pour la partie est également juste, raisonnable et bon pour l'ensemble ; voilà la formule facile à déduire d'un pareil raisonnement, et il suffit de lui donner cette forme pour en faire soupçonner le vice.

Le grand argument, le plus grave, se déduit du caractère politique du droit des successions, caractère assez vaillant pour avoir fait refuser à ce droit le caractère naturel.

« Toute loi de succession, dit M. Demangeat (*Histoire de la condition civile des étrangers en France*, p. 337), est une loi politique, une loi qui intéresse l'ordre public ; le droit privé, en matière de successions, se plie toujours aux données du système de gouvernement en vigueur ; et, suivant que le gouvernement est un gouvernement de privilège ou un gouvernement national, dans la loi de succession on voit régner l'idée de privilège ou l'idée d'égalité. Il suffit, pour s'en convaincre, de parcourir les différentes lois qui

ont été admises en France aux diverses époques de notre histoire : toutes apparaissent d'une manière plus ou moins frappante comme des instruments dont se sert le souverain pour faire prédominer tel ou tel grand principe d'organisation politique ou sociale. Aujourd'hui, par exemple, notre loi sur les successions tend évidemment, et avec grande raison, à morceler les propriétés, à prévenir la concentration sur une même tête d'une richesse excessive, soit dans l'intérêt de l'agriculture, soit dans l'intérêt de l'égalité de droits entre les personnes. Il y a, par conséquent, un intérêt public à ce que notre loi française saisisse toute succession laissée en France, par quelque personne que ce soit. »

Examinons maintenant ces arguments.

Le premier vaut peut être comme document historique, mais c'est tout. Il est clair que moi, nation, je puis infliger à l'étranger conduit sur mon territoire par sa mauvaise fortune, tout ce que permettra la disproportion de ma force et de sa faiblesse. C'est au fond cette constatation de puissance qui a engendré le système des réalistes. Plus fort, le souverain a commencé par ne pas s'occuper si l'aubain avait un droit. Quand il a commencé à soupçonner ce droit, le monde des légistes a imaginé de dire que l'application d'une loi étrangère sur le territoire national était un outrage au souverain, et par suite une chose contraire aux



lois et à la raison. Quand ce langage de la vanité et de l'intérêt fiscal a commencé à paraître moins concluant, on se rejeta sur le danger de laisser passer le sol national entre les mains des étrangers.

Les premières formes de l'argumentation ne peuvent pas se réfuter, on ne discute pas avec des passions. Le dernier point, plus saisissable que celui de la souveraineté et de la dignité nationales, peut se discuter et se réfuter sans peine.

Est-il bien à craindre que le sol d'un Etat devienne la propriété des étrangers en telle proportion que la sécurité en soit compromise? Il faudrait qu'un peuple s'infiltrât alors chez l'autre avec une intensité dont il n'existe aucun exemple historique. Jamais un peuple puissant n'a eu à craindre de subir cette sorte de conquête pacifique. Qu'un tel argument puisse être invoqué dans des circonstances exceptionnelles par un petit Etat, c'est possible, mais vouloir en tirer une règle, non une exception, n'est pas admissible. Il faudrait d'ailleurs défendre même l'acquisition à titre onéreux des immeubles, ou l'installation permanente des étrangers.

Quant à ce qui concerne la défense nationale, on pourrait à la rigueur empêcher les étrangers de s'établir dans certaines zones, mais il serait absolument déraisonnable de

leur enlever dans l'univers entier le droit de succession pour un pareil motif.

L'argument tiré de ce que l'on ne doit point distinguer entre la transmission entre vifs des biens et la transmission à cause de mort, a sur le premier l'avantage d'être juridique, mais il n'en est pas meilleur. Il ne faut pas oublier, chose très importante que nous aurons à revoir et à développer plus loin, que la succession se fait à titre universel et porte sur une *universitas juris*. L'*universitas juris* ne peut être nulle part, puisqu'elle est en dehors du monde des choses physiques. L'assimilation que l'on propose de faire pêche ainsi par la base.

Reste le troisième argument, celui de M. Demangeat. Nous pourrions commencer par reprocher au savant jurisconsulte de trop voir la chose au point de vue français, et d'oublier qu'il y a quelques centaines de millions d'hommes civilisés. En droit international, si l'on veut voir juste, il faut oublier la nationalité à laquelle ou appartient et se dépouiller des notions de droit national dont on pourrait subir l'influence. On pourrait aussi se demander si le morcellement excessif est bien favorable à l'agriculture. Mais ne prenons que l'idée fondamentale de la citation.

La loi de succession est une loi politique.

Montesquieu n'aurait pas mieux dit, et, de fait oui, les

législateurs ont toujours tendu à faire des lois de succession dans un but préconçu : mais il n'y a là qu'une constatation de fait. Il s'agit précisément de savoir si le législateur a le droit de fausser les règles antérieures et supérieures du droit naturel pour appliquer ses idées justes ou fausses. Or nous, nous disons précisément que l'argument aboutit tout simplement à la doctrine socialiste qui propose de supprimer le droit de succession, en attendant qu'on supprime le droit de propriété.

A vrai dire, il n'y a là que des idées surannées. Comme le dit Fiore (*Droit international privé*, 390) il n'y a là qu'un souvenir de la féodalité qui est un anachronisme aujourd'hui : « Si un tel système était encore en vigueur, nous comprendrions parfaitement l'idée d'Aubry et Rau, à savoir que le territoire forme la base matérielle de l'Etat, dont l'existence se trouve ainsi intimement liée au sort des immeubles et celle de Demangeat que toute loi de succession et une loi politique. Mais la science et la philosophie ont modifié essentiellement la notion de la propriété féodale et revendiquée la libre possession du patrimoine de l'homme, il n'est plus possible de justifier l'omnipotence du souverain territorial et d'affirmer d'une manière vague que toute loi de succession est une loi politique. Nous admettons aussi, nous, que le principe politique économique et so-

cial qui préside à l'organisation de chaque Etat se révèle dans les lois de successions ; mais de là on ne peut conclure que toute loi de successions soit une loi politique comme si les successions n'étaient point une institution civile, et si ce n'était pas d'après les principes du droit que devrait se régler la libre transmission du patrimoine de l'homme .

Nous devons rapporter également un passage du nouveau traité de droit international privé de M. Brocher (p. 231) : « Nous mettons l'homme au-dessus du citoyen ; nous croyons tout au moins que le premier ne doit pas être sacrifié au second ; et s'il fallait absolument établir une hiérarchie entre ces deux ordres d'idées, nous l'établirions dans le sens inverse. Les faits peuvent sembler contraires à notre manière de voir ; c'est en main de la souveraineté que réside le pouvoir suprême, mais ce pouvoir doit se mettre au service d'une idée supérieure. Façonner l'homme de manière à en faire un instrument, nous paraît le renversement des vrais principes. La raison d'Etat n'a que trop souvent servi d'excuse au despotisme et même au crime ; il serait bon de la réduire à sa juste valeur. » L'auteur ajoute : « Que la fortune des citoyens soit morcelée, quand la société est démocratique, soit. Mais la société n'est pas intéressée à ce que les étrangers, nés dans un Etat aristocratique, subissent une loi qui n'est pas faite pour eux. »

En résumé les arguments invoqués par les réalistes ne portent pas. Si on en extrait, en quelque sorte, la substance, on trouve simplement ceci qui est sage : la loi étrangère ne peut-être appliquée dans un État que si elle ne blesse ni l'ordre public, ni la morale, ni les intérêts vitaux de la nation. Tout le reste ne mérite même pas le nom de raisonnements.

Donc, les arguments des réalistes sont réduits à l'impuissance. Contre eux, au contraire, il en existe un d'une telle gravité qu'il suffit à lui seul à renverser leur système. C'est l'absurdité et l'impossibilité pratique de la règle : autant de territoires sur lesquels retrouvent des biens, autant d'hérités, *quot sunt bona diversis territoriis obnoxia, tot sunt patrimonia*.

Supposons une hérédité composée de biens situés en Italie, en France, en Russie et en Allemagne. Les lois successorales sont profondément différentes dans ces divers pays. On verra alors des héritiers appelés par une législation et repoussés par l'autre, prenant part dans certains biens et exclus de certaines autres, le même héritier acceptant ici et renonçant là, obligé envers les mêmes créanciers de trois ou quatre façons différentes. Autant de pays, autant d'héritages ! Cette formule très simple en théorie et quand on n'envisage qu'un seul pays devient la source de compli-

cations interminables quand on arrive à la liquidation générale de la succession que réclame la pratique. Très épineuses, par leur nature même et la complexité des rapports entre cohéritiers et tiers, les liquidations aboutissent alors à de ruineux procès et à d'interminables retards.

Malgré tous ses défauts, le système de la réalité a très longtemps prévalu et conserve encore des défenseurs. Il est vrai que ceux qui l'ont érigé en théorie l'ont fait pour justifier la pratique de leur temps, et que ceux qui le défendent encore aujourd'hui le font sous la domination des traditions anciennes et pour essayer de justifier des lois positives.

Nous citerons parmi ces auteurs, sans aucune prétention à les énumérer tous : Argentæus (*Commentarii in patrias Britonum leges seu Consuetudines generales ducatus Britanniae*, art. 218, gl. 6, n° 24) ; Burgundus (*Tractatus controversiarum ad consuetudines Flandriæ*, n° 36) ; Rodemburg (*Tractatus de jure quod oritur ex statutorum vel consuetudinum discrepantium conflictu*, tit. 2, pars altera, cap. 4, n° 1) ; Paul Voët (*de statutis eorumque concursu*, sect. 4, cap. 3, n° 10, sect. 9, cap. 1, n° 3 et 8 ; *tractatus de mobilium et immobilium natura*, ch. 23, n° 1 et 3) ; Abraham a Wesel (*Commentarius ad novellas constitutiones Ultrajectinas*, art. 10, n° 138

et 139) ; Jean Voët (*ad Pandectas*, tit. *de statutis* n° 11 ; tit. *de judiciis*, n° 51 ; tit. *successionibus* n° 34) ; Christinus (*Practicarum quæstionum rerumque in supremis Belgarum curiis actarum et observatarum decisiones*, vol. 2, lib. 1, tit. 1, dec. 3, n°s 2 et 3) ; Lauterbach (*Collegium theoretico-practicum*, tit. *de success. juris novissimi*, § 54) ; Thibaut (*System des Pandektenrechts*, § 36) ; Story (*Traité du conflit des lois étrangères et nationales*, § 465, 575, 483) ; Rocco (*De l'usage et de l'autorité des lois du royaume des Deux Siciles*, 6 et 3) ; Burge (*Traité des lois des colonies est des lois étrangères en général*, t. 1, règle 6 et t. 5 p. 151) ; Valette (sur Proudhon, t. 1 p. 97 et suiv.) ; Schæfner (*Entwicklung des internationalen Privatrechts*, § 57 et suiv. §§ 126-133) ; Fælix (*Droit international*, t. 1, p. 143) ; Demolombe (t. 1, n° 80) ; Demangeat (*De la condition des étrangers*, p. 336) ; Rodière (*Revue de législation*, 1851, t. 1, p. 180 sqq.) ; Massé (*Droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, t. 1, n° 554). V. aussi les considérants de l'arrêt de la Cour de Grenoble du 25 août 1848 (Dev. 49, 2, 257).

---

## II

Le système que nous venons d'exposer et de combattre règle les successions par la loi territoriale, et au besoin par plusieurs lois territoriales. Le système que nous allons exposer, et qui est le nôtre, s'attache au contraire à la loi, orcément unique, de la personne elle-même. Cette loi qui régit la personne régit aussi les successions, sans tenir compte du lieu où elles s'ouvrent, ni de la position des objets qui les composent.

Avec ce système, il n'y a ainsi qu'une seule loi dont il faille tenir compte, et non pas autant de lois qu'il y a de pays dans lesquels se trouvent des biens de succession. Ces biens sont ainsi sans distinction régis par une même loi étrangère. Les lois territoriales n'ont d'empire que dans les questions touchant l'ordre public, les bonnes mœurs, et les intérêts regardés comme vitaux par la nation chez laquelle ces biens se trouvent.

Pour comprendre ce système, il faut bien se pénétrer de la notion de la personne et de celle du patrimoine.

La personne est une abstraction juridique. Elle se con-



çoit en dehors de l'homme par un effet d'analyse, ou plutôt elle est l'homme même envisagé au point de vue du droit. Elle est assez indépendante toutefois de l'individu physique pour se transmettre et être affectée successivement à plusieurs, de même que la *persona* antique, bien que recouvrant la tête d'acteurs différents, était toujours Oedipe, Hercule ou Agamemnon.

La possibilité de ce dépouillement et de cette transmission, — l'identité du *moi* juridique persistant malgré les vicissitudes de l'être physique vivant, mourant et remplacé, — les personnes de tous les auteurs venant confluer dans celles des héritiers, chacun de ceux-ci étant tout d'abord soi même, et représentant encore pour fraction ou pour totalité ses auteurs : toutes ces notions paraissent difficiles à assimiler, du moins pour les praticiens. Elles seules cependant peuvent expliquer la théorie des successions, et s'il est possible et même facile d'appliquer sans elles un Code, il n'est pas possible au contraire de résoudre notre problème.

Si l'héritier est propriétaire, s'il est créancier ou débiteur à l'égal du défunt, c'est parceque, d'après la fiction légale, la personne est toujours censée vivante. Ce n'est pas Primus ou Secundus qui revêt ces diverses qualités, ce sont les personnes, et Primus ou Secundus a beau mourir, on com-

prend qu'une fiction légale puisse les supposer toujours vivants et les identifier avec les héritiers. L'image du droit romain : « *heres succedit in personam defuncti* », nous montre le défunt qui disparaît et l'héritier qui s'avance pour revêtir la *persona* à sa place. De même on dit : Le mort saisit le vif », formule féodale plus énergique encore.

De même si l'héritier peut représenter seulement le défunt pour partie, c'est parce que la personne s'est en quelque sorte divisée, fragmentée, et que chaque partie est venue se reposer sur une personne différente, à laquelle elle s'incorpore, tout en pouvant se distinguer en cas de besoin.

La personne ainsi comprise est une conception hardie que les jurisconsultes romains n'ont point imaginée, car la notion est de tous les temps et de tous les pays, mais à laquelle ils ont donné un cachet pratique.

Examinée de près, la personne n'est en définitive qu'un centre auquel viennent se rattacher les droits ou obligations, que les Romains, toujours féconds en images appelaient *juris vincula*.

L'universalité de ces droits forme encore une autre entité métaphysique, une fiction juridique appelée patrimoine. Cette idée du patrimoine se déduit directement de celle de la personnalité. Quelle que soit la variété des objets sur lesquels l'homme peut avoir des droits à exercer, quelle

que soit la diversité de leur nature constitutive, ces objets en tant que formant la matière des droits d'une personne déterminée, n'en sont pas moins soumis au libre arbitre d'une seule et même volonté, à l'action d'un seul et même pouvoir juridique : ils constituent par cela même un *universum jus*.

De ce que le patrimoine est une émanation de la personnalité, il résulte :

1° Qu'un homme ne peut avoir qu'un seul patrimoine, dans le sens technique de ce mot, parcequ'il n'a qu'une seule personnalité ;

2° Que le patrimoine est un et indivisible, c'est-à-dire qu'il n'est pas susceptible de se diviser en parties matérielles ou de quotité.

Cependant, le patrimoine, tout en prenant son fondement dans la personnalité, s'en distingue. On peut concevoir un rapport entre la personne et le patrimoine. Ce rapport ne peut être que celui qui s'établit entre une personne et tout objet à elle appartenant. En un mot c'est un droit de propriété.

Or le droit de propriété est le plus absolu dont une personne puisse jouir sur une chose, à l'exclusion de toute autre personne. De même que la liberté est le droit de faire de notre personne ce que nous voulons, sauf ce qui

est défendu par la loi, de même la propriété est le droit de faire d'une chose ce que nous voulons, sauf ce que la loi ne permet pas.

Ainsi le propriétaire peut à volonté user et jouir de sa chose, en disposer matériellement, faire à son occasion tous les actes juridiques dont elle est susceptible, notamment la donner à bail, l'aliéner, à titre onéreux ou gratuit, l'abandonner purement et simplement, sans la transmettre à une personne quelconque, etc., excluant les tiers de toute participation à l'exercice de ces diverses facultés.

De là le pouvoir qui appartient à l'homme de déterminer par un acte de volonté, la personne à laquelle ira se rattacher la sienne, le patrimoine dans lequel ira confluer le sien.

Mais le patrimoine ainsi transmis ne perd pas ce caractère essentiel que nous avons indiqué ; ainsi il continuera d'être le même après la mort du *de cuius* ; son universalité juridique demeure une et indivisible (1). Le patrimoine va

1. MM. Aubry et Rau ne sont pas partisans de ce système et cherchent à réfuter les arguments sur lesquels il s'appuie (§ 31, note 45) : « Comme le territoire forme en quelque sorte la base matérielle de l'Etat, dont l'existence se trouve ainsi intimement liée au sort des immeubles qui composent ce territoire, aucun législateur n'a pu consentir à soumettre les immeubles situés dans son pays à l'empire d'une loi étrangère. Aussi la règle que les immeubles sont régis par

s'annexer à celui de l'héritier tout en restant discernable, suivant les distinctions que nous avons faites en parlant de la personne.

la loi de leur situation est-elle suivie dans tous les Etats policés. Or, au point de vue des motifs sur lesquels cette règle est fondée, il n'y a point à distinguer entre la transmission à titre particulier d'un ou plusieurs immeubles déterminés, et la dévolution à titre universel d'une universalité d'immeubles. Vainement, pour soutenir le contraire, objecte-t-on d'une part, que le patrimoine n'étant point un objet extérieur et se confondant avec la personne même qui en est propriétaire, n'a point d'assiette ou de situation distincte du domicile de cette personne; d'autre part, que la succession *ab intestat* est différée d'après la volonté présumée du défunt, et que pour interpréter cette volonté, il convient de se référer à la loi de sa patrie, qu'ainsi sous ce double rapport la succession ne doit, même quant aux immeubles situés en pays étranger, être régie par la loi nationale du défunt. La première de ces objections, proposée par Zachariæ (§ 31, texte et note 5) est exacte en elle-même; mais elle n'est pas concluante: on ne saurait, en effet, dans la transmission d'un patrimoine, faire complètement abstraction des objets qui en dépendent. Il s'agit toujours, en définitive, du sort des immeubles héréditaires, et les raisons qui font repousser l'application des lois étrangères en fait de transmissions d'immeubles s'applique avec plus de force encore à la dévolution par voie de succession qu'aux mutations à titre particulier, puisque le premier mode de transmission est tout à la fois plus général et plus étendu que le second. Quant à la seconde objection, elle n'est ni exacte ni concluante. Si pour le règlement des successions, le législateur tient d'ordinaire compte des affections naturelles et présumées de l'homme, cette considération n'est et ne

Si la succession n'a pas été réglée par le fait de l'homme, alors se pose la question de savoir qui va en bénéficier, la société ou la famille. Nous avons établi que le testament que le *de cuius* avait négligé de faire devait être suppléée

peut être que secondaire ; ce qui domine dans la matière des successions, ce sont des vues politiques, des raisons d'intérêt social, et c'est là un motif de plus pour exclure dans cette matière toute application d'une loi étrangère. Du reste, quoi qu'il en soit de cette question en pure théorie, elle ne paraît pas, sous l'empire du Code Napoléon, susceptible d'être sérieusement controversée. Puisque l'article 3, en disposant d'une manière générale que les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française, ne fait point d'exception pour le cas où il s'agirait de la dévolution d'immeubles considérés comme dépendants de la succession d'un étranger. Ce principe, enfin, a été formellement consacré par l'article 16 du traité conclu entre la France et la Russie, le 11 janvier 1787. »

Le premier argument de Zachariæ ne nous paraît pas suffisamment réfuté par Aubry et Rau pour que nous puissions tenir compte de cette réfutation. Il y a une connexité trop profonde entre le patrimoine et la personne, et le patrimoine ne peut être considéré que comme une *universitas juris* dans laquelle disparaissent les *singula corpora* qu'il s'agisse ou non de sa transmission par succession.

Quant à la réfutation du second argument, elle n'est pas sérieuse. Comme le dit fort bien M. Laurent, que la France démocratise ses citoyens, mais qu'elle n'ait pas l'idée singulière de démocratiser aussi ceux des autres pays, elle n'a aucun intérêt à le faire. Il en serait de même, au point de vue inverse, de l'Angleterre qui a une base aristocratique des successions.

par la loi (1) et que les parents devaient être préférés à l'Etat,

Tels sont les principes fondamentaux que nous avons à rappeler (V. Savigny, t. VIII, p. 291 ; Aubry et Rau, *droit civil*, § 573 ; Lapouge, *Théorie du patrimoine*, § 1 et suivants). Il s'agit maintenant d'en tirer profit.

Le droit de succession n'est donc pas simplement un droit naturel s'imposant aux législateurs eux-mêmes. C'est une conséquence de la personnalité. C'est la transmission de la personne elle-même qui explique en droit l'hérédité, non plus dans son existence mais dans sa manière d'être.

Quelle loi peut-on donc appeler à régir l'hérédité, si ce n'est celle qui régit la personne elle-même ?

1. « Le législateur, disait Treilhard (Loché, V, p. 90) dans son *Exposé des motifs*, appelé à tracer un ordre de successions, doit se pénétrer de toutes les affections naturelles et légitimes ; il dispose pour tous ceux qui meurent sans avoir disposé. La loi présume qu'ils n'ont eu d'autres *volonté* que la *sienne* ; elle doit donc prononcer comme eût prononcé le défunt lui-même, s'il eût pu ou s'il eût voulu s'expliquer. »

« Ce droit, dit Savigny, t. VIII, p. 290, consiste dans la transmission du patrimoine d'un défunt à d'autres personnes, ce qui constitue une extension de la puissance et de la volonté de l'homme au-delà du terme de la vie ; et cette volonté qui continue d'agir, est tantôt expresse (succession testamentaire), tantôt tacite (succession *ab intestat*). »

Cette connexité profonde, absolue, impossible à supprimer sans détruire les principes eux-mêmes, rattache d'une telle manière la personne, le patrimoine et le phénomène juridique de transmission, que certains jurisconsultes en sont arrivés à incorporer les idées les unes aux autres.

La succession n'est que la transmission du patrimoine et de la personne, un simple fait transitif qui n'est rien en lui-même, qui n'est pas une chose. Le patrimoine lui-même, disent MM. Aubry et Rau, note 6 du § 573, « est sa personne juridique considérée d'une manière absolue, et dégagée de toutes limites de temps et d'espace. » Cette notion est peut-être exagérée (Lapouge, *Théorie du patrimoine*, § 8), mais l'erreur même, s'il y en a une, témoigne de la connexité des idées.

Comment, dans de telles conditions, pourrait-on sans blesser les principes, chercher à faire dans les conflits de lois régir l'hérédité par des lois autres que celles qui régissent la personne elle-même ! Le droit de succession nous apparaît d'une manière nécessaire comme inhérent à la personne.

En droit international il est admis que le citoyen qui quitte son pays pour aller se fixer en pays étranger se soumet pour ce qui concerne le statut réel à la loi étrangère



mais toutes les lois qui concernent la personne passent la frontière avec lui, et doivent le régir partout où il va (1).

Ce système présente des avantages de plus d'une sorte.

D'abord, du moment qu'on n'applique qu'une seule loi, la pratique se trouve infiniment simplifiée dans le cas où les biens se trouvent sur les territoires de plusieurs nations différentes. La liquidation s'accomplit avec la plus grande simplicité.

Ensuite, la volonté présumée du défunt n'est interprétée que d'une seule manière. On ne se trouve pas en présence de cette singulière bizarrerie : personnes diverses appelées par des lois qui prétendent également se faire l'écho des volontés du défunt ; traitement inégal des héritiers par ces législations ; attribution des immeubles d'après des bases différentes. Du moment qu'une seule loi est appelée à parler, il ne saurait y avoir contradiction.

Mais quelle sera cette loi ? On a dit longtemps : celle du domicile. On tend aujourd'hui, d'une manière de plus en plus générale, à dire : celle de la nation à laquelle appartenait le *de cuius*.

Par suite d'une confusion entretenue par des causes

1. Cette proposition n'a pas un sens limitatif. Ainsi le Roumain qui achète des biens en France, se soumet, quant à ces biens, à la loi française alors même qu'il ne serait jamais sorti de son pays.

diverses, on a longtemps commis l'erreur en apparence singulière de s'attacher à la loi du domicile quand il s'agissait d'appliquer un statut personnel ou une loi assimilable au statut personnel.

C'est qu'en effet, pour les anciens auteurs, la question des étrangers se posait tout autrement que pour les modernes. Les conflits de lois, à l'époque où l'unité législative des États n'était encore qu'un rêve, éclataient beaucoup plus souvent entre coutumes ou législations d'un même État, qu'entre législations d'États différents. Par exemple, il y avait conflit de lois à l'égard d'un Marseillais ou d'un Toulousain que ses affaires conduisaient à Orléans, ou d'un Normand en Bourgogne. Le cas était beaucoup plus fréquent que celui du séjour en France d'un Anglais ou d'un Hollandais.

Dès lors, par une influence très explicable du fait sur les idées, les auteurs s'occupaient principalement des conflits de lois entre coutumes d'un même pays. Rien d'étonnant puisque le mot de loi nationale du défunt ne pouvait être prononcé : il fallait se rabattre sur la loi du domicile.

C'est ce qui fut fait par les anciens statutaires d'une manière à peu près générale. En matière de mariage, de majorité, etc. on s'attachait au domicile de la personne (1).

1. Il y avait dans l'ancien droit des auteurs qui entendaient le

Pour la question de la succession, comme on était alors généralement réaliste, on ne la posait même pas. Seulement, quand on commença à s'intéresser à la doctrine contraire, et à admettre que la succession pouvait être régie par une loi différente de celle de la situation des biens, c'est à la loi du domicile que l'on s'attacha sur le champ.

Une seconde cause de confusion réside dans l'opinion moderne qui fait refuser aux étrangers un domicile en dehors de leur patrie. Cette opinion, qui n'a pas autant d'importance en pure théorie que dans le droit positif français par exemple, aboutit à assimiler la loi du domicile et la loi nationale; le domicile ne pouvant se trouver que

mot domicile dans le sens de domicile d'origine, ce qui était l'équivalent de la doctrine actuelle de la loi nationale, en tenant compte de la différence entre un conflit interne et un conflit externe. « Si, dit Froland, la coutume du domicile fixait la majorité de la personne, la liberté que nous avons de changer nos demeures et de résider où il nous plaît, nous jetterait dans de fort grands embarras; le majeur en Normandie deviendrait tout à coup mineur à Paris, et revenant dans son pays natal, il reprendrait son premier état; si depuis il venait à s'établir sous la coutume de Bruxelles, où il faut vingt-huit ans pour être majeur, le majeur même de vingt ans serait aussitôt mineur, ce qui jetterait dans des embarras considérables, qu'on peut aisément éviter, en abandonnant à la loi de l'origine la décision de notre question ». *Mémoires sur les statuts*, t. 2, p. 1581 et 1582.

dans le pays de l'étranger, les deux lois ne peuvent manquer de se confondre.

On finit par remarquer des inconvénients dans le système du domicile (1). Le principal était que la loi dépendait en quelque sorte de la volonté de l'individu. Celui-ci pouvait ainsi faire varier sa capacité en changeant de domicile. Aussi les anciens auteurs arrivèrent-ils à prendre dans beaucoup de circonstances le mot de domicile dans le sens de domicile d'origine.

Cette transformation de la notion a été facilement accep-

1. Il convient de remarquer que les lois des peuples sont souvent profondément influencées par les conditions extérieures et le sont toujours par les mœurs, de telle sorte que l'âge requis pour le mariage ou la majorité, la capacité légale des femmes, etc., sont en général fixés plus à propos d'après la loi du lieu d'origine. C'est ce que remarque sagement Basnage : « Tous les peuples, dit-il, ne naissent pas sous des climats également heureux ; le ciel ne répand sur les uns que des glaces et des frimas, tandis qu'il communique aux autres plus bénignes influences ; la nature aussi ne distribue pas également les faveurs de l'esprit. Il y a des peuples qui naissent presque tous avec des génies heureux et capables des grandes choses, et nous connaissons, au contraire, des nations entières d'un esprit grossier et indocile. Si l'on en croit le bon Accurse, les Romains, les Lombards et les Normands naissent avec un génie plus mûr et plus avancé que les autres peuples. M. d'Argentré a cru que c'est la raison pour laquelle la coutume a avancé l'âge ordinaire de la majorité » (Basnage, *Œuvres*, t. II. p. 214).

tée dans les rapports internationaux en ce qui concerne le statut personnel. Elle est alors devenue notion de droit national et non plus de loi du domicile. L'idée de la loi nationale a triomphé pour toutes les questions de statut personnel proprement dit, elle fait son chemin dans la science en ce qui concerne les successions.

La loi que nous prétendons qu'on applique, c'est la loi nationale du défunt. Elle seule est véritablement la loi de sa personne.

On a fait contre le système de la personnalité et de la nationalité des lois de successions des objections d'un ordre pratique. Elles sont bien moins graves que celles qui frappent le système de la *lex rei sitæ*, mais il est nécessaire cependant de les exposer et de les réfuter.

On a fait remarquer d'abord qu'un individu peut avoir deux ou plusieurs domiciles, deux ou plusieurs nationalités, ou réciproquement n'en avoir point du tout. On s'est prévalu aussi de l'intérêt des tiers qui ne peuvent pas connaître toutes les législations, et de la difficulté pour les tribunaux eux-mêmes de parvenir à s'éclairer.

Il est vrai qu'un individu peut avoir plusieurs nationalités. Cela résulte de la contrariété des lois en matière de nationalité. Supposons un enfant né à Londres de parents français. Au point de vue anglais, s'il n'a pas opté pour la

nationalité française en vertu de l'acte de 1870, il sera réputé anglais, car dans ce cas la loi anglaise base la nationalité sur le fait de la naissance dans un lieu déterminé. Cette conséquence abusive de l'idée de territorialité est un résultat de la conception féodale qui subsiste aux États-Unis et en Angleterre et subordonne l'homme à la terre. Supposons que cet individu vive et meure dans un pays qui ne soit ni l'Angleterre ni la France, quelle sera la loi nationale à appliquer ?

Pour nous, cette loi sera la loi française. Celle-ci tient compte, en effet, de l'élément principal, la race. Les Anglais commettent une grave erreur en sociologie quand ils qualifient d'Anglais tout individu né, par hasard, sur leur sol, Un Japonais aura beau naître en Angleterre, il ne sera jamais qu'un Japonais, c'est-à-dire un homme dont les notions en toutes choses seront influencées, plus ou moins profondément selon l'éducation, par une organisation cérébrale toute différente. Les étrangers implantés dans un pays conservent toujours quelque chose qui les empêche d'être comme tout le monde.

Il est vrai encore qu'un individu peut n'avoir pas de nationalité. C'est encore une conséquence des principes inexacts de certaines législations. Autrefois le Romain à qui l'eau et le feu étaient interdits restait Romain jusqu'à ce

qu'il se fût fait une patrie nouvelle. Cela était conforme aux vrais principes. Aujourd'hui la loi française prive de la qualité de Français celui qui va s'établir à l'étranger sans intention de retour. Comme cet ancien Français peut n'avoir point obtenu droit de cité dans son pays d'adoption, il sera sans nationalité. Quelle loi devra-t-on appliquer ? Encore la loi française, et non pas celle du domicile, comme l'admettent en général les auteurs (V. Laurent, 2, 102). La nationalité n'est pas une chose artificielle dont un homme puisse être arbitrairement dépouillé. Elle est un élément de sa personnalité et la personne est antérieure et supérieure aux lois. Que la loi française, par méconnaissance des principes, retire au Français sa qualité, il n'en restera pas moins Français partout où ne régneront pas les lois de la France, mais celles de la raison.

Il ne faut pas s'y méprendre, en effet. En pure raison, et c'est de la raison pure et non des législations positives que nous nous occupons, les bases sur lesquelles reposent les objections précédentes font défaut.

Ces deux objections ont été principalement exploitées contre la doctrine de la loi nationale par les partisans de la loi du domicile (1). En se plaçant au point de vue irra-

1. Le jurisconsulte napolitain Rocco a tiré un grand parti de la liberté avec laquelle nous choisissons notre domicile. Le lieu où nous

tionnel de ceux-là mêmes qui les ont faites, ces critiques peuvent être facilement rétorquées et l'ont été par Laurent, *loco citato* :

• Peut-on avoir plusieurs domiciles ? D'après la défini-

naisons dépend de la volonté des parents, combinée avec le hasard. Le lieu où nous établissons notre domicile est déterminé par notre volonté, sur laquelle nos besoins et nos tendances exercent une pression qui n'exclut point la liberté. L'obligation à la loi naît de cette adoption de domicile. L'enfant commence, il est vrai, par avoir le domicile de son père, mais tant qu'il n'a pas confirmé par un acte propre de volonté le lien de droit ainsi établi, celui-ci se réduit à un simple lien de protection. Les véritables droits et les véritables obligations, les vrais rapports de droit, ne commencent qu'à partir de la majorité, alors que l'enfant se trouve en mesure de confirmer le choix du hasard, ou d'en faire un plus avantageux. La loi à laquelle il se soumet par un acte de volonté doit l'emporter sur celle qui lui est attribuée par le hasard. V. Rocco, *de use autorita delle legi*, p. 6.

Il ne faut pas s'exagérer, comme le fait Rocco, l'importance du *contrat* intervenant entre chaque individu et le lieu qu'il choisit pour fixer son domicile. Le contrat, si contrat il y a, est certainement forcé, et chacun reste où il est né, et accepte la loi, même mauvaise, pour ne pas se causer un plus grand préjudice en quittant son pays.

Il n'y a point d'ailleurs, dans ce hasard, tant d'arbitraire que le pense Rocco. Chacun naît, en général, dans le pays de ses parents, et au milieu de la race dont il fait partie au point de vue ethnologique et sociologique. Or les lois de chaque pays sont une résultante plus ou moins approximative des aspirations de la race. L'individu est ainsi placé par sa naissance dans le milieu avec lequel il peut le mieux s'harmoniser.



tion que le Code Napoléon (art. 102) donne du domicile, la négative est certaine, car on ne peut avoir plus d'un principal établissement. Mais d'autres législations admettent qu'une personne peut avoir un domicile dans deux lieux différents; partant, elle aura deux statuts et même deux patries (Günther, dans le *Rechtslexicon de Weiske*, au mot *Gesetz*, t. IV, p. 725). Voilà l'absurdité qui reparaît. Si une personne a successivement deux domiciles, Savigny se décide pour le plus ancien. Pourquoi pas le dernier? Le domicile dépend de la volonté, or la dernière volonté l'emporte toujours. Mais peu importe la solution; toujours est-il que l'anomalie, que l'on reproche au principe de nationalité, se retrouve dans la loi du domicile. Il peut arriver aussi qu'une personne n'ait point de domicile: elle a abandonné celui qu'elle avait, sans en acquérir un nouveau. Que faire? On s'en tiendra à l'ancien, répond Savigny. Mais cet ancien n'existe plus, puisqu'il n'y a pas de domicile sans intention. Et que fera-t-on si l'on ne découvre aucun domicile antérieur, comme chez les vagabonds? On remontera, d'après Savigny, jusqu'au domicile de naissance. Ainsi, c'est une fiction qui décidera quel est le statut d'une personne (Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, VIII, p. 101 et 102). Encore cette fiction sera d'ordinaire insuffisante: est-ce que les vagabonds

savent où ils sont nés? Et s'il n'y a plus de domicile, il n'y aura point de statut ! Ces inconvénients, que l'on rencontre dans tous les systèmes, prouvent que l'on a tort de les prendre en considération, pour se prononcer en faveur de l'un plutôt qu'en faveur de l'autre. Il faut donner la préférence au principe qui est fondé en raison, et tel est certainement le principe de nationalité. »

La critique tirée de l'intérêt des tiers est surtout l'argument des réalistes, et en premier lieu des Américains. L'exclusion du statut personnel est chez ceux-ci plus qu'un simple effet des principes de droit féodal sur lesquels se base la *common law*. La masse énorme d'immigrants qui aborde chaque année aux États-Unis appartient aux nationalités les plus hétérogènes. La masse des étrangers est incomparablement supérieure à celle qui existe dans les autres pays.

En fait, il serait très peu commode de s'enquérir, avant de contracter avec un étranger : 1° de sa nationalité ; 2° de la législation de son pays. En lui imposant le statut de la *common law*, on se tire d'embarras, tant pis pour l'étranger.

On peut objecter à ce système, et répondre en faveur du nôtre, que le juste et l'utile ne se confondent point toujours, qu'ils sont même fort opposés souvent, et que si les États Anglo-Saxons n'avaient pas pour d'autres causes une vita-

lité sans pareille et une grande force d'attraction, la grossièreté et la rudesse primitive de leur législation ne manqueraient point de leur nuire.

Il ne nous reste plus qu'à conclure. Nous pensons avoir démontré : 1° qu'une seule loi doit régir la succession tout entière du défunt ; 2° que cette loi est celle de la nation à laquelle il appartenait. C'est en partant de ces principes rationnels que dans notre seconde partie nous apprécierons les législations positives.

Dans le sens de cette doctrine se sont prononcés un très grand nombre d'auteurs, parmi lesquels les plus illustres entre les contemporains.

V. Cujas (*consultation* 25) ; Puffendorf (*Observationes juris universi*, t. 1, obs. 28) ; Glück (*Traité des successions ab intestat*, § 42) ; Mittermaier (*Grundsätze des deutschen privatrechts*, § 32) ; Wening Ingenheim (*Lehrbuch des gemeinen Civilrechts*, § 22) ; Reinhardt (*sur Glück*, t. 1, p. 31) ; Mühlenbruch (*doctrina pandectarum*, § 72, note 7) ; Gœschen (*Vorlesungen über das gemeine Civilrechts*, t. 1, § 31, p. 112) ; Savigny (VIII, § 375 et 376) ; Bertauld (*Questions pratiques du Code Napoléon*, t. 1, n° 75 et suivants) ; Louis Renault (*De la succession ab intestat des étrangers en France et des Français à l'étranger*, p. 6, sqq.) ; Laurent (*Droit civil international*, t. II, n° 111

et suivants); Fiore (*Traité de droit international privé*, n° 392); Brocher (*Théorie du droit international privé*, ch. IX); Antoine (*De la succession légitime et testamentaire en droit international privé*, n° 60 et suivants).

---

## SECONDE PARTIE

---

### DROIT POSITIF

A l'inverse de ce que nous avons fait dans notre première partie, nous allons nous cantonner maintenant d'une manière presque exclusive dans les législations positives, et discuter des textes.

Nous exposerons d'abord les solutions données par les lois actuelles des différents peuples, à la question de savoir quelle législation doit régir les successions des étrangers.

Nous exposerons ensuite les différentes législations en matière de succession *ab intestat*.

Enfin, nous mettrons ces législations en présence, et nous chercherons à en montrer les conflits.

---

DES LOIS POSITIVES QUI RÉGISSENT LA SUCCESSION DES ÉTRANGERS  
DANS LES DIVERS ÉTATS

Quelle est la loi appelée à régir la succession des étrangers, d'après le droit actuel français? Est-ce la loi française, même quant aux meubles? Le droit positif admet-il, au contraire, l'application de la loi du domicile ou de la nation du défunt? L'admet-il même quant aux immeubles? La tradition l'a-t-elle emporté, ou quelque doctrine nouvelle?

L'opinion généralement admise considère le droit français comme réaliste. La tradition française est tout entière en ce sens. Sauf Cujas, dont la grande autorité n'a pu cependant rallier un disciple, les anciens auteurs français ont tous regardé le statut des successions comme un statut réel (1). Ceux-là même qui étaient le plus clairvoyants et

1. D'Argentré disait que de son temps les enfants ne doutaient plus (*Cout. de Bretagne*, art. 218, n° 9). V. aussi n°s 10 et 24.

Frolaud (*Mémoires*, t. II, p. 1290) était bien plus énergique s'il est possible : « On ne voit pas que les avis aient *jamais* été parta-

qui, pour le statut personnel, allaient déjà presque à admettre le système du domicile d'origine, n'ont songé à appliquer aux successions ni le domicile ordinaire, ni le domicile d'origine. Si les auteurs ont réuni fictivement au domicile tous les meubles du défunt, c'est en vertu de considérations pratiques plutôt encore que par respect du lien qui les unissait à la personne. Ils soumettaient ainsi d'un seul coup, pour plus de commodité, tous les meubles à un même statut, mais l'idée de réalité y trouvait encore son compte, car si ces meubles étaient régis par la loi du domicile, ce n'est pas parce que la personne y avait son siège, c'est directement parce qu'ils étaient censés se trouver dans ce lieu.

Est-il probable que les rédacteurs du Code aient abandonné une opinion dans laquelle ils avaient été élevés ? Est-il vraisemblable qu'ils l'aient fait, alors que l'opinion contraire, qui commençait à se développer au dehors, en Allemagne, n'était même pas parvenue, peut-être, à l'oreille des plus érudits d'entre eux ? Tout au moins, s'il

gés sur cette matière, que nos pères ont *toujours* considérée comme réelle. »

D'Argentré paraît avoir eu connaissance d'un temps où l'on doutait, Frolaud semble ignorer même l'opinion de l'illustre dissident Cujas.

en était ainsi, devrait-on trouver dans les travaux préparatoires une trace de ce grave revirement. Une masse d'hommes intelligents ne passe pas d'une opinion à l'opinion diamétralement contraire sans être remuée par de puissantes considérations, fortement exprimées. Il n'existe pas un discours qui ait pu produire cet effet, et changer les convictions.

Tout au contraire, les travaux préparatoires révèlent l'intention formelle de s'en tenir à la tradition. Portalis dit dans l'*exposé des motifs* du titre préliminaire, n° 12 (Loché, t. I, p. 304) : « On a toujours distingué les lois qui sont relatives à l'état et à la capacité des personnes d'avec celles qui règlent la disposition des biens. Les premières sont appelées *personnelles* et les secondes *réelles*. » Faure, l'orateur du Tribunat, s'exprime dans le même sens (Discours de Faure, n° 8, dans le recueil de Loché, t. I, p. 317) : « L'article 3 contient les *principales bases d'une matière connue dans le droit sous le titre de statuts personnels et de statuts réels*. Il détermine d'une manière précise et formelle quelles sont les personnes et *quels sont les biens que régit la loi française*. On a toujours compté en France autant de statuts réels qu'il y avait de coutumes et d'usages locaux : désormais il n'y en aura plus qu'un seul, puisque nous aurons un Code uniforme pour toute



la France. » Ces textes prouvent que les rédacteurs du Code en étaient encore à la théorie classique qu'ils adoptaient sans l'examiner et sans paraître s'apercevoir qu'elle était sur certains points discutable.

« Il n'y a qu'une voix, dans la doctrine traditionnelle, sur la nature du statut des successions, dit M. Laurent, (*Droit civil international*, t. VI, n° 130). Au XVIII<sup>e</sup> siècle on n'avait même aucun souvenir que la réalité du statut eût jamais été contestée; tout le monde était d'accord pour affirmer que ce statut était réel. On disait que cela était *certain*. Et cependant on veut faire dire au législateur français qui ne connaissait que la tradition française, que le statut est personnel. Quoi! les auteurs du Code civil ignoraient, de même que nos vieux légistes, que l'on eut jamais soutenu la personnalité du statut des successions, et l'on prétend qu'ils ont consacré cette doctrine qui venait de s'introduire en Allemagne, et qui a seulement été admise dans la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle par le code d'Italie! L'anachronisme est palpable, et il prouve l'*impossibilité absolue* que le législateur français ait voulu admettre le principe de personnalité. »

Les anciens auteurs français faisaient régir la succession par la loi de la situation quant aux immeubles, et par la loi du domicile, situation fictive, quant aux meubles. Donc

les auteurs du Code ont voulu faire régir la succession immobilière par la loi qu'ils établissaient, et laisser à la loi du domicile du défunt le règlement de la partie mobilière des successions (1).

1. Voyez dans le sens de notre opinion, Toullier, t. I, n° 119, note A. de Duvergier ; — Duranton, t. I, n° 84, 87, et t. VI, n° 82 ; — Taulier, t. I, p. 56 ; — Aubry et Rau, t. I, p. 84 ; — Demante, t. I, n° 10 *bis* IV et 10 *bis* III ; — Valette sur Proud'hon, t. I, p. 97 et suiv. ; — Fœlix, t. I, n° 66.

Merlin a varié. Il a d'abord admis la théorie reproduite d'abord par Marcadé, et il a fini par adopter la nôtre.

On peut voir dans le même sens les arrêts suivants, qui paraissent la consacrer, bien que les motifs soient souvent assez diffus pour permettre le doute.

Colmar, 12 août 1817, Sirey, 1817, 2, 217 ; — Cassation, 14 mars 1837, Sirey, 37, 1, 195 ; — Cassation, 8 déc. 1840, Sirey, 41, 1, 56 ; — Req. rej., 12 déc. 1843, Sirey, 44, 1, 74 ; — Req. rej., 28 avril 1836, Sirey, 36, 1, 747 ; — Civ. rej., 16 févr. 1842, Sirey, 42, 1, 714 ; — Grenoble, 28 août 1848, Sirey, 49, 2, 257 ; — Paris, 13 mars 1850, Sirey, 51, 2, 791 ; — Paris, 6 janvier 1862, Sirey, 62, 2, 237 ; — Paris, 25 mai 1852, Sirey 52, 2, 289 ; — Cassat. rejet, 13 juillet 1869, Dalloz, 70, 1, 130 ; — Pau, 17 janvier 1872, *Journal du droit international privé*, année 75, p. 79 ; — Paris, 29 juillet 1872, D. 1872, 2, 223.

Il est quelquefois difficile de savoir si les arrêts prennent parti pour la loi du domicile ou pour la loi nationale, car bien que le terme employé soit celui de domicile, les magistrats semblent parfois avoir employé ce mot en sous entendant que le domicile étant à l'étranger, la loi du domicile est la loi nationale elle-même.

Cette interprétation n'est pas admise par tous les auteurs.

Les uns, comme Marcadé, Merlin, Ducaurroy, Bonnier et Roustain, dont nous avons examiné et réfuté l'opinion en théorie, l'appliquent au Code et soutiennent que meubles et immeubles sont indifféremment régis par la loi française quand ils se trouvent en France, par la loi étrangère quand ils se trouvent à l'étranger, sans qu'il faille tenir compte de la nationalité du défunt.

D'après le système diamétralement inverse de MM. Bertauld et Ernest Dubois, toutes les successions, meubles et immeubles, sont uniformément régies par la loi nationale du défunt. Ce système a été développé dans la mo-

Dans notre système, la question de savoir si un étranger peut avoir un domicile légal prend une très grande importance. S'il a un domicile légal en France, la loi du domicile n'est plus sa loi nationale, mais la loi française. Dans le cas où l'on admettait, comme le fait communément la jurisprudence, que l'étranger ne peut avoir de domicile en France, notre système viendrait confluer dans celui de la loi nationale, du moins au point de vue pratique.

Il nous semble que l'étranger peut avoir un domicile légal en France. L'article 13 est étranger à la question du domicile proprement dit : ce qu'il organise, c'est une espèce de *dénization*, lui permettant d'attendre l'expiration des délais au bout desquels la naturalisation est possible. V. M. L. Renault, p. 17 et suivantes.

noraphie de M. Antoine (1). D'après le système de MM. Laurent et Louis Renault, les immeubles sont soumis à la *lex rei sitæ*, les meubles à la loi nationale et non pas à la loi du domicile.

L'opinion de Marcadé n'a pas une grande importance. On est d'accord aujourd'hui pour la rejeter comme contraire aux traditions et à l'esprit du Code.

Le système de MM. Berthauld et Dubois gagne au contraire du terrain chaque jour. Il représente la tendance des certains partisans théoriques de la loi nationale à introduire de force dans toutes les législations qui ne les repoussent pas d'une manière explicite, les données de la science législative contemporaine. Ces auteurs font abstraction des traditions, des travaux préparatoires, et prennent le Code tel qu'il est. Ils font remarquer qu'il est utile d'interpréter les lois de la manière la plus avantageuse tout en respectant leur texte, et que dans leur silence, on peut appliquer les principes les plus rationnels que puisse fournir la science théorique.

Ce raisonnement n'est pas *exact*. De ce que la loi positive reste muette, il n'en résulte pas qu'elle rejette les

1. Dans ce sens, voyez Zachariæ, (I, p. 38); Arntz (cours de droit civil français (t. I, n° 72).

théories jusqu'ici admises. Cette interprétation du silence de la loi est inexacte : quand une théorie est bien établie, il n'y a pas utilité à la discuter, et le législateur n'a pas besoin de la formuler, son silence même établit une adhésion formelle aux principes antérieurement établis.

Aussi, combien sont faibles les arguments des auteurs du système ! Voilà, par exemple, ce que dit M. E. Du-bois : « L'article 3, deuxième alinéa, du Code civil français, portant que les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française, ne s'oppose pas plus à ce que la succession aux immeubles situés en France soit régie par la loi nationale des défunts, que ne s'y opposent, en Prusse, l'article 32, et en Italie, l'article 7 § 2, des disp. prélim., ainsi conçu : « Les immeubles sont soumis aux lois du lieu où ils sont situés. »

Ainsi, parce que le Code Frédéric laisserait place à une fausse interprétation, il faudrait que le Code Napoléon laissât place à la même erreur ? Que l'on n'oublie pas la différence des conditions dans lesquelles ont été faits les deux Codes. Le Code Napoléon a été fait par des réalistes, dans un pays réaliste, et avec le désir de respecter une tradition réaliste. Le Code Frédéric a été fait par des hommes dont les convictions pouvaient être tout autres, dans le pays même qui est le foyer primitif de la doctrine de la person-

nalité, et dans cette Allemagne qui avait déjà produit la Constitution de Frédéric II de Hohenstaufen.

On ne viole pas l'esprit du Code Prussien, on violerait certainement celui du Code Français.

On a tiré un argument identique du Code Italien, qui soumet aussi les immeubles à la *lex rei sitæ* et dispose cependant que les successions seront régies tout entières par la loi nationale du défunt.

Non, certes, il n'y a aucune impossibilité à ce qu'une législation, tout en soumettant, chose naturelle, les immeubles pris individuellement à la loi du pays, donne cependant à la loi étrangère autorité sur les successions, même quand elles comprennent des immeubles dans leur universalité. Mais encore faut-il qu'elle veuille le faire. Si le législateur avait parlé, il n'y aurait qu'à s'incliner. Il n'a pas parlé, il faut tenir compte de son silence, et l'interpréter (1).

1. La loi de 1819, par une conséquence de son article 2, a cependant pour effet de soumettre quelquefois à la loi française les meubles situés en France qui auraient été régis sans cette disposition par une loi étrangère.

Il faut supposer qu'un étranger domicilié à l'étranger ait laissé en France des biens meubles, et que les héritiers français aient été par la rigueur des lois étrangères obligés de se venger sur les biens soumis au pouvoir de la puissance publique française.

Il faut rejeter la doctrine des auteurs que nous combattons, et qui aboutirait à faire calquer le Code Italien par la pratique française. Si une telle jurisprudence s'établissait, les amis du progrès ne pourraient que s'en féliciter, mais les auteurs du Code, s'ils revenaient au jour avec leurs traditions réalistes, se trouveraient profondément étonnés. Une telle atteinte aux principes juridiques, peu exacts, mais très certains de la législation française, n'est pas possible de la part de jurisconsultes. En France la loi ne peut être abrogée par la jurisprudence, ni dans sa lettre, ni dans son esprit, car elle n'est point coutumière, mais écrite. Une telle loi manque de souplesse, c'est possible, mais présente plus de fixité.

D'après MM. Laurent et Louis Renault, les immeubles successoraux sont bien régis par la *lex rei sitæ*. Que le § 2 de l'article 3 leur soit applicable, ou qu'elle ne vise point les immeubles compris dans les successions, cela n'a pas grand intérêt, car à défaut de texte, la tradition impose quant à ces biens la solution réaliste. Mais les meubles ne seront pas, comme nous l'admettons, régis par la loi du domicile, ils le seront par la loi nationale du *de cuius*.

Ce système se fonde principalement sur le travail qui s'était fait dans l'ancienne doctrine, et avait abouti à faire entendre le mot domicile dans le sens de domicile d'origine. Le

domicile d'origine, c'est l'équivalent de la nationalité, il y a entre les deux notions cette rude différence que l'on doit parler de domicile d'origine dans les pays à législations multiples, et de nationalité dans les conflits juridiques internationaux. Si les anciens auteurs ne parlaient pas de nationalité, c'est parce que leur but était d'étudier les conflits internes des législations d'un même pays.

« Nous pensons, dit M. Louis Renault, p. 16, que c'est la nationalité qui doit déterminer ici la loi applicable ; il semble, en effet, résulter de l'article 3, al. 3 du Code civil, que la loi française régit l'état et la capacité des Français, quel que soit le caractère de leur établissement en pays étranger ; il n'y a pas de raison sérieuse de distinguer entre la loi sur l'état de la personne et la loi sur la dévolution de la succession. Comme on l'a dit en excellents termes, « la doctrine du domicile isole trop arbitrairement le sort des meubles de la condition de celui à qui ils appartiennent, alors qu'entre ces deux idées le lien est intime, absolu, indissoluble. Si les meubles suivent la loi de la personne, il ne saurait dépendre de la volonté du possesseur de leur imposer une loi différente sans changer lui-même sa propre condition. Si les meubles n'ont d'assiette que par le lien qui les unit au détenteur, leur loi doit être la même, et le détenteur demeurant étranger, les meubles



ne peuvent devenir français (D. 1872, 2, 65). » Nous ne nous écartons pas de la doctrine ancienne ; celle-ci s'attachait au domicile, parce que, pour elle, le domicile déterminait le statut personnel. Comme pour nous, la nationalité règle le statut personnel, elle doit avoir le même effet pour la succession mobilière. »

L'auteur ajoute : « Dans son essai sur le conflit des lois françaises et étrangères, M. G. Dubois admet qu'il faut s'attacher à la nationalité pour le statut personnel, et au domicile pour la succession mobilière (n° 45). Il argumente de l'ancienne doctrine, mais celle-ci ne distinguait pas ; il invoque aussi la fiction qui répute les meubles situés au domicile, ce qui revient à dire que la succession mobilière est régie par le statut réel comme la succession immobilière, que seulement son assiette est déterminée par une fiction favorable. Cela est ingénieux, mais à quoi bon une fiction, alors que la solution peut s'expliquer rationnellement ? Pour nos anciens auteurs, il allait de soi que c'était la même loi qui régissait le statut personnel et la succession mobilière, quelles que fussent les raisons qu'ils en donnaient. »

Nous ne pouvons admettre cette argumentation. Il ne suffit pas d'alléguer, il faudrait prouver que les anciens auteurs ne distinguaient pas entre la succession mobilière

et l'état des personnes quand il s'agissait de déterminer le domicile.

Or, il résulte au contraire de l'ensemble des anciens travaux que les auteurs, assez nombreux, qui interprètent formellement le mot domicile dans le sens de domicile d'origine, le font à l'occasion de l'état des personnes. Ils ne se prononcent pas quand il s'agit de la succession mobilière.

Est-ce parce qu'ils ont cru inutile de le faire, l'assimilation étant trop naturelle? Il est difficile de le croire. Si les anciens auteurs se sont accordés à faire rapporter fictivement les meubles au domicile du défunt, ce n'est pas en vertu d'une personnalité du statut à laquelle ils ne songeaient guère (1), c'est parce qu'ils voulaient faciliter la liquidation de la succession, comme on le fait, par exemple, en faisant ouvrir celle-ci au lieu du domicile du défunt. Nous avons démontré que les réalistes restaient réalistes même quant aux meubles, et que des motifs d'uti-

1. Boullenois réprimande vivement d'Argentré. Celui-ci avait dit que le statut des meubles était personnel : « *Situm habere negantur, nec loco contineri dicentur, propter habilitatem motionis et translationis; quare statutum de bonis mobilibus vere personale est.* » Au reste, Boullenois ajoutait : « La dispute n'est pas d'une grande utilité, parce que, dans les deux explications, il est vrai de dire que *mobilia sequentur personam.* »

lité les déterminaient seuls à les réunir fictivement en un seul lieu pour les soumettre à une même loi territoriale.

L'assimilation pèche donc par la base ; indépendamment du silence des anciens auteurs la raison qui les inspirait la repousse.

Nous pensons avoir suffisamment démontré notre thèse, et établi que le droit français fait régir les immeubles par la *lex rei sitæ* et les meubles par la loi du domicile, sauf l'exception de la loi de 1819.

Le Code civil, également avec une modification correspondant à la loi de 1819, régissant la Belgique nous n'avons de ce chef aucun développement à donner. Le grand duché de Bade, la Prusse rhénane, jouissent aussi de la même législation.

Le Code Néerlandais, simple modification du Code Napoléon, doit être également regardé comme représentant la même doctrine.

Le Code Roumain appartient également au groupe du Code Napoléon. Seulement l'article 2 est beaucoup plus formel que l'article 3, alinéa 2, du Code français : « Seulement les immeubles situés en Roumanie sont soumis aux lois roumaines, alors même qu'ils sont possédés par des étrangers. »

La législation anglaise a beaucoup d'analogie sur ce point avec la législation française.

La *common law* distingue les meubles et les immeubles. La succession immobilière est régie par la loi de la situation des biens, la succession mobilière est dévolue d'après la loi du domicile du défunt. La *common law* régit l'Empire britannique, sauf le Canada, Maurice, etc. Elle régit aussi les Etats-Unis.

Jusqu'à ces derniers temps les étrangers ne pouvant hériter d'immeubles sis en Angleterre, il fallait supposer qu'un Anglais mourût domicilié à Paris ou à Rome. Alors se pose la question de savoir si les immeubles anglais sont régis par la loi française, la loi italienne ou la loi anglaise. « La loi du domicile, dit Story (Laurent, VI, 156) citant le chief justice Abbott, n'a jamais été appliquée à la propriété immobilière ; je n'ai pas trouvé dans les archives de Westminster Hall une seule décision qui nous autorise à étendre au sol un principe qui ne regarde que les personnes. Puisqu'il n'y a aucune autorité qui permette de régler la succession aux immeubles par la loi du domicile, je conclus que c'est la loi du pays où les immeubles sont situés qui doit recevoir son application. »

La législation autrichienne rappelle de plus loin le sys-

tème français, mais en l'atténuant au lieu de l'aggraver comme la législation anglaise.

« En Autriche, dit M. Laurent (*Droit civil international*, II, 127), on a maintenu jusqu'ici la distinction traditionnelle des successions mobilières et des successions immobilières, les premières régies par le droit de la nation à laquelle le défunt appartenait, les secondes par la loi de la rétention des biens. Toutefois, on ne pousse pas le réalisme aussi loin qu'en France : la capacité de succéder *ab intestat* et de recevoir par testament est réglée par le statut de la personne qui est appelée à recueillir les biens. C'est un premier pas hors de la tradition. »

L'Allemagne a présenté un phénomène d'évolution bien curieux. La théorie réaliste paraît avoir été répudiée d'abord par le romaniste français Cujas. Cependant son opinion resta isolée en France. Elle se fit jour peu à peu en Allemagne, et à la fin du siècle dernier, commença à dominer dans la théorie et dans la pratique.

Dans notre siècle, germanistes et romanistes, Thibaut et Wittermaier, Savigny et Eichhorn sont d'accord. La succession ne fait qu'un tout, elle est régie par une seule loi, et cette seule loi, c'est celle du domicile du *de cuius*. Voici ce que dit Savigny (VIII, § 375-4°) : « Le droit de succession consiste dans la transmission du patrimoine d'un

défunt à d'autres personnes, ce qui constitue une extension de la puissance et de la volonté de l'homme au delà du terme de la vie ; et cette volonté qui continue d'agir est tantôt expresse (succession testamentaire), tantôt tacite (succession *ab intestat*). Ce rapport se rattache immédiatement à la personne du défunt, comme on l'a vu plus haut pour la capacité du droit (§ 362), et comme on le verra plus bas pour la famille. Si cet exposé est conforme à la nature des choses nous devons dire qu'en général le droit de succession se règle d'après le droit local du domicile qu'avait le défunt au moment de son décès. »

Le même droit est suivi en Prusse, bien que certains jurisconsultes aient autrefois voulu appliquer à la succession immobilière le statut du lieu, en se fondant sur l'article 32 de l'Introduction du Code Frédéric, qui soumet les immeubles à la loi territoriale. Cette dissidence n'a pas duré. Autant la législation allemande et prussienne est supérieure aux idées surannées qui sont de mode en France et aux anachronismes incroyables des lois anglaises et américaines, autant le Code Italien dépasse la législation allemande elle-même.

La date du Code Italien est récente. Ses auteurs ont profité des progrès du siècle, et les ont utilisés avec autant de bonheur que de hardiesse. L'article 8 a sa place marquée

parmi les textes qui auront servi à marquer les grandes étapes de l'humanité. Ce sera l'éternel honneur de la terre qui a produit Pisanelli, Fiore et l'illustre Mancini.

« Pisanelli, qui a fait inscrire dans le Code l'égalité de l'étranger et de l'indigène, disait que la loi italienne ferait le tour du monde. La vérité est semblable au soleil, elle est destinée à illuminer la terre entière. C'était à l'Italie, la terre du droit, de prendre cette glorieuse initiative. En conquérant son indépendance, basée sur sa nationalité, elle a donné à l'humanité un nouveau rayon de la vérité éternelle. Quand il aura fait le tour du globe, un immense progrès sera réalisé : il n'y aura plus d'étrangers sur la terre, tous les hommes seront traités partout comme des frères, et chacun pourra invoquer sa loi nationale, comme garantie de ses droits et comme expression de sa personnalité (Laurent, *droit civil international*, II, 38). »

Ce sera un grand honneur, en effet, pour la nation italienne, de s'être, la première parmi les grandes nations, élevée jusqu'à la conception de la vérité fondamentale du droit international futur. Si le mouvement d'expatriation et de cosmopolitisme actuel se continue, et on ne voit que des raisons en faveur de son développement croissant, les pays où la tradition féodale persiste, comme la France et

au suprême degré les États Anglo-Saxons, seront obligés de se soumettre enfin à la loi du progrès.

La loi italienne applique le système de la loi nationale dans toute sa pureté, c'est-à-dire aux immeubles successoraux comme aux meubles : « Les successions légitimes et testamentaires, soit quant à l'ordre de succéder, soit quant à la mesure des droits successoraux et à la validité intrinsèque des dispositions, sont régies par la loi de la nation à laquelle appartenait le défunt, quelle que soit la nature des biens, et dans quelque pays qu'ils soient situés. »

---



## II

### DU RÉGIME SUCCESSORAL DANS LES DIVERS ÉTATS

Les lois successorales des différents peuples sont si extraordinairement variées qu'il serait impossible de s'imaginer sans les avoir étudiées les discordances qui existent entre elles. Il n'y a guère de points sur lesquels il n'existe quelque dissidence, quand même, ce qui est rare, il y aurait un certain accord. Il est indispensable, pour ne pas parler des conflits d'une manière trop abstraite, de savoir de quelle nature ils peuvent être, et de prendre un aperçu de la matière des successions *ab intestat* en droit comparé.

#### *Droit français.*

Le droit français actuel est une combinaison du droit romain, des diverses coutumes et de l'esprit de la révolution.

La succession ne s'ouvre que par la mort naturelle (art. 718); l'absence la plus prolongée n'ouvre pas la

succession (art. 120 et suiv.). La succession s'ouvre au lieu du domicile du défunt (art. 110).

Pour pouvoir succéder il faut être capable au moment de l'ouverture de la succession. Ne succèdent pas : 1° celui qui n'est pas alors déjà conçu ; 2° celui qui est conçu, mais ne naît pas viable (art. 725).

Sont indignes de succéder : 1° celui qui a été condamné pour avoir donné ou tenté de donner la mort au défunt ; 2° celui qui a porté contre le défunt une dénonciation ou plainte capitale jugée calomnieuse ; 3° le successible majeur qui n'a pas dénoncé le meurtre du défunt (art. 727).

L'indignité ne produit son effet qu'à la condition d'être judiciairement prononcée.

La loi appelle à la succession les parents légitimes jusqu'au douzième degré inclusivement, sans distinction de sexe ou de primogéniture (art. 731, 745, 755, al. 1).

Les héritiers se divisent en quatre classes, qui ne sont appelées à l'hérédité que successivement et à défaut les unes des autres, sauf le partage de l'hérédité entre deux lignes.

Dans la première classe se trouvent les descendants du défunt (art. 746 et 750).

Dans la seconde classe figurent ses frères et sœurs germains, utérins et consanguins, ainsi que leurs descendants,

à quelque degré que ce soit (art. 748-753). Si le défunt laisse son père et sa mère ou l'un d'eux seulement avec des héritiers de cette classe, les deux catégories d'héritiers viennent à la succession. Chacun de ces ascendants enlève un quart à la succession, le reste se partage également entre les frères et sœurs ou leurs représentants, sauf le bénéfice qui appartient aux germains de prendre deux parts.

Dans la troisième classe se trouvent les ascendants du défunt autres que père et mère. Le plus proche parent dans chaque ligne prend la moitié de la succession qui se trouve divisée. La présence du père ou de la mère n'exclut que les ascendants de leur ligne, dont ils enlèvent toute la part.

Dans la quatrième classe viennent les collatéraux autres que les frères ou sœurs et descendants d'eux. Un collatéral peut prendre la part d'une branche et un ascendant la part de l'autre. Le père ou la mère ont l'usufruit du tiers des biens qu'ils ne reçoivent pas à titre d'hérédité (art. 754).

A défaut de parents au degré successible dans une ligne, les parents de l'autre ligne succèdent pour le tout (art. 755, 2° alinéa).

La représentation est admise seulement parmi les descendants, et dans la ligne collatérale parmi ceux des frères et sœurs (art. 739 et suiv.). On ne représente pas un re-

nonçant ou un indigne (art. 744). Le partage en cas de représentation se fait par souches (743).

Les enfants naturels reçoivent une part d'hérédité, sans le titre d'héritiers, à la condition d'être légalement reconnus. La recherche de la maternité est admise, celle de la paternité, prohibée en principe (art. 340-341).

L'enfant naturel prend, en concours avec des enfants légitimes, un tiers de la part qu'il aurait eue s'il eût été légitime. Pour faire ce calcul, on compte autant de parts qu'il y a d'enfants légitimes ou naturels et on retranche de chaque part attribuable à un enfant naturel deux tiers qui vont accroître les parts des enfants légitimes.

La portion de l'enfant naturel est d'une demi part d'enfant légitime quand il concourt avec des ascendants ou des collatéraux privilégiés : c'est-à-dire d'une moitié de l'hérédité, car s'il eût été légitime, il eût pris tout.

En concours avec des collatéraux ordinaires, l'enfant naturel prend trois quarts (art. 757).

A défaut de parents, il prend tout (art. 758).

Les enfants légitimes de l'enfant naturel le représentent en cas de prédécès. Il n'est pas de même de ses enfants naturels reconnus, car on ne succède pas aux ascendants de la personne qui a fait la reconnaissance.

Lorsque les enfants légitimes ne peuvent pas venir par

représentation, parce que le père est vivant ou indigne, ils succèdent de leur propre chef (759).

Les enfants adultérins ou incestueux n'ont droit qu'à des aliments.

A défaut de parents légitimes ou naturels la succession appartient au conjoint, et à défaut, revient à l'Etat (767 s. qq).

La succession peut être acceptée purement et simplement ou sous bénéfice d'inventaire (774). Les héritiers légitimes sont provisoirement saisis des droits, biens et actions du défunt sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession. Les enfants naturels et autres successeurs irréguliers doivent se faire envoyer en possession par justice (724).

L'acceptation consolide la saisine et rend définitives les charges qui en résultent (art. 777). La renonciation la résout (art. 785). Celle-ci ne se présume pas et doit être faite expressément au greffe (art. 784). L'acceptation pure et simple peut au contraire se faire par l'accomplissement d'un acte impliquant *animus domini* (art. 778).

L'acceptation bénéficiaire se fait aussi au greffe (art. 793). Elle a pour effet de limiter les obligations de l'héritier au contenu de la succession (art. 802). L'héritier doit, à cet effet, faire dresser dans le délai de trois mois,

l'inventaire des biens de la succession (art. 794). S'il faisait l'inventaire avant d'accepter, il aurait un délai de quarante jours pour se prononcer (art, 795).

L'héritier qui a accepté bénéficiairement ne peut sans être censé renoncer au bénéfice disposer à son profit personnel d'objets héréditaires, vendre les meubles et le immeubles sans les formes prescrites par la loi. Il peut être contraint à donner caution (art. 796).

L'héritier est tenu du paiement des dettes *ultra vires* et dans la proportion de sa part héréditaire. Les simples successeurs aux biens ne sont obligés qu'*intra vires* (art. 724).

Le partage est obligatoire quand un des héritiers le demande. Il se fait sur les bases d'une exacte égalité tant dans les valeurs que dans la composition des lots. Le rapport est imposé aux héritiers qui n'en ont pas été dispensés (843).

### *Droit Belge*

Le code civil étant en vigueur en Belgique la législation que nous venons d'exposer est applicable dans ce pays.

Il en est de même du Grand Duché de Bade, de la Prusse Rhénane, etc. où le code Napoléon subsiste aussi.

Indépendamment des pays où le code est en vigueur

dans sa teneur primitive il en existe d'autres, certains cantons suisses notamment, dont les codes sont calqués sur le Code français d'une manière presque absolue.

### *Droit Roumain*

Parmi les législations qui ont imité le Code Napoléon se trouve la législation roumaine. Celle-ci présente cependant quelques différences qu'il importe de signaler.

La saisine n'appartient qu'aux parents légitimes en ligne directe. Les autres héritiers doivent demander l'envoi en possession (art. 653).

Le partage par lignes n'a pas lieu, de telle sorte que les ascendants excluent toujours les collatéraux non privilégiés, et que le plus proche collatéral dans une branche quelconque prend la totalité de la succession, de même que le plus proche ascendant exclut tous les autres (art. 670 s. qq.).

L'enfant naturel même reconnu n'a point de droit dans la succession paternelle ; l'enfant naturel, même incestueux ou adultérin, succède au contraire non seulement à sa mère, mais aux parents de celle-ci, de la même façon que s'il était légitime (art. 677).

La succession de l'enfant naturel passe, à défaut de postérité, à sa mère et aux parents de celle-ci.

En principe le conjoint ne succède qu'à défaut de parents au degré successible (art. 679). Seulement si la veuve n'a pas de fortune, la loi lui accorde dans la succession du mari une part virile en usufruit, quand il laisse des descendants.

Lorsque le mari ne laisse qu'un seul descendant, le droit d'usufruit de la femme sera d'un tiers, et il ne commencera à courir qu'après la cessation de l'usufruit légal. Enfin lorsque le mari ne laisse que des ascendants et des collatéraux, la femme succède à un quart en pleine propriété (art. 684).

Le rapport n'est imposé qu'aux descendants (art. 651).

### *Droit Allemand (1)*

Le droit commun allemand est en principe le droit romain, modifié par le droit canonique et l'ancienne législation impériale. Il ne faut pas oublier que l'Allemagne s'est longtemps qualifiée, on ne sait trop pourquoi, le

1. Les résumés qui suivent sont en partie empruntés à la concordance des Codes civils de d'Anthoine de Saint-Joseph, en partie directement empruntés aux textes eux-mêmes.



saint empire romain. Au reste ce droit commun allemand est fort controversé, car il résulte simplement de l'appréciation assez divergente des jurisconsultes allemands sur les très nombreuses et très variables législations de l'Allemagne. Le droit commun allemand est défini par Bergson : l'ensemble des règles, des principes empruntés aux textes du droit romain, aux anciennes coutumes germaniques, aux compilations telles que le *Sachsenspiegel*, le *Schwabenspiegel*, le *Kaiserrecht*, aux statuts des villes, au droit canon, aux lois générales de l'empire, enfin aux lois particulières rendues dans chaque État par le souverain.

C'est ce droit commun que nous allons exposer.

Les successions s'ouvrent par la mort naturelle. Le droit allemand n'admet pas la mort civile.

La loi règle l'ordre des successions entre les héritiers légitimes.

Les enfants naturels, par rapport à la succession de leur mère, de ses ascendants et de ses collatéraux, sont assimilés aux enfants légitimes, et *vice versa*. Ils ne peuvent hériter de leur père qu'à défaut d'enfants légitimes et d'épouses, mais seulement pour la sixième partie des biens, et ils la partagent avec leur mère. Les enfants adoptifs sont appelés à la succession du père et de la mère adoptifs et de leurs agnats

comme enfants légitimes. — A défaut d'héritiers légitimes ou naturels, les biens passent à l'époux survivant, et, s'il n'y en a pas, à l'Etat.

Les descendants et les ascendants sont saisis de plein droit de la succession au moment du décès du défunt ; les autres héritiers doivent se faire envoyer en possession par justice.

Pour succéder, il faut nécessairement exister au moment de l'ouverture de la succession.

Sont incapables de succéder : 1° Celui qui n'est pas encore conçu ; 2° celui qui est mort civilement, si la mort civile existe dans le pays de son domicile.

Sont indignes de succéder et comme tels exclus de la succession :

Les descendants qui ont attenté aux jours de leurs ascendants ; — leur ont porté des coups ou les ont injuriés gravement ; — ont porté contre eux une accusation capitale ; — ne les ont pas tirés de la prison pour dettes s'ils en avaient les moyens ; ou s'ils n'ont pas secouru leurs père ou mère tombés en démence ; — la fille qui après avoir refusé de se marier convenablement a mené une vie déréglée ; — s'ils ont empêché leurs ascendants de faire leur testament.

Les ascendants sont exclus de la succession de leurs descendants dans les cas analogues.

Les enfants de l'indigne, venant à la succession de leur chef, ne sont pas exclus par la faute de leur père.

Les successions sont déférées aux enfants et descendants du défunt, à ses ascendants et à ses parents collatéraux.

Les degrés se calculent comme en droit français.

En ligne collatérale la représentation, admise en droit français, est également admise. Les règles sur la représentation sont communes.

Les enfants et descendants héritent sans distinction de lit, de sexe, de primogéniture. Si le défunt n'a pas laissé de descendants, la succession se divise par portions égales entre les ascendants les plus proches, à l'exclusion des autres, les frères et sœurs germains et descendants au premier degré de ces derniers. Ces descendants sont appelés à la succession par souches ou par représentation de leurs pères ou mères. A défaut seulement viennent les frères ou sœurs utérins, ou descendants d'eux, puis les collatéraux ordinaires.

La succession de l'enfant naturel décédé sans postérité est dévolue à sa mère, et à défaut de sa mère à ses parents les plus proches.

Les enfants incestueux ou adultérins sont incapables de

succéder à leur père ou à leur mère. Il est permis de disposer par acte de dernière volonté en faveur des enfants naturels de tout ou partie des biens.

Lorsque le défunt ne laisse pas d'héritier au degré successible, les biens de sa succession appartiennent au conjoint qui lui survit. — Si le mari laisse de la fortune et que la veuve soit pauvre, ou n'ait pas été dotée, elle prend une portion virile dans la succession de son mari, s'il laisse trois ou plusieurs descendants, et dans tous les autres cas un quart de la succession. — Cette portion est acquise aux descendants du mari après le décès de la veuve. Les lois et les coutumes accordent à la veuve le droit d'usufruit ou de propriété sur une portion de la succession du mari, appelée portion statutaire, qui ne peut lui être enlevée.

Vient enfin l'Etat. *Fiscus post omnis*.

Il y a conformité avec le droit français pour la majeure partie des règles relatives à l'acceptation ou à la répudiation des successions. Cependant celui qui a renoncé à la succession ne peut plus l'accepter, et celui qui a accepté, y renoncer. — On peut même, par contrat de mariage, renoncer à la succession d'un homme vivant, et aliéner les droits éventuels qu'on peut avoir sur cette succession.

Les institutions contractuelles sont admises. Elles ont pour effet de laisser la faculté de disposer librement des

biens, objets de l'institution entre-vifs, mais non pas par acte de dernière volonté. L'héritier contractuel acquiert un droit actuel qu'il transmet à ses héritiers. L'institution ne peut être résolue que par le consentement des parties intéressées.

Les héritiers nécessaires sont saisis de la succession au moment du décès, mais ils ont la faculté d'y renoncer. Les autres ne deviennent héritiers que par leur acceptation.

L'héritier appelé ou institué ne peut accepter la succession que sous bénéfice d'inventaire. — L'héritier a trois mois pour faire inventaire, à compter du jour de l'ouverture de la succession ou du jour où il en a eu connaissance. Il peut pendant un an, à compter de la même époque, délibérer sur son acceptation ou sa répudiation.

Les héritiers ne sont tenus des dettes et charges de la succession que pour leur part et portion virile.

En matière de rapport, les donations entre-vifs ne sont comptées dans la portion légitime qu'autant qu'elles ont été faites sous cette condition. La théorie allemande concorde à peu près avec la théorie française sur ce point. Il est à remarquer que le droit commun allemand n'a pas emprunté indistinctement toutes ces règles au droit romain, mais qu'il en a au contraire modifié plusieurs. Il n'en est pas moins visible qu'il s'est beaucoup plus inspiré de la

législation romaine que le Code civil français. Si même on établit un parallèle entre l'ancienne législation coutumière et le droit commun allemand, on constate avec une évidence frappante le plus singulier phénomène de renversement. La Germanie indépendante a adopté le droit romain, tandis que la Gaule romaine répudiait le droit romain pour adopter la législation germanique.

### *Droit Prussien.*

Le droit commun de la Prusse se trouve dans le Code de Frédéric, rédigé par les soins de Cocejus et de Carmer sous le règne de Frédéric II et mis en vigueur le 5 février 1794 sous le nom d'Allgemeines Landrecht für die Preussischen Shaten.

Les successions s'ouvrent par la mort naturelle ou par la déclaration de décès.

Elles sont déférées à ceux qui sont appelés par testament, ou à défaut de testament, par la loi.

Ils acquièrent la succession avec tout ce qui en dépend sans prise de possession (Part. 1, tit. IX, sect. 8, art. 367-370).

Pour hériter, il faut être conçu. — Le curateur au ventre est aussi l'administrateur de la succession quand

l'enfant conçu est seul héritier. Ce curateur doit se conformer aux dispositions des articles 471 et suivants, concernant le curateur d'un héritier inconnu ou absent (371-377). — Si l'enfant a des cohéritiers, ceux-ci peuvent demander l'administration de la succession (378-379). — Le partage de la succession reste suspendu jusqu'à la naissance de l'enfant. — Les frais d'administration et ceux des soins donnés à la mère seront pris sur la masse (380-382).

Les droits des enfants sur la succession de leurs parents sont réglés par contrat ; à défaut de contrat, par des dispositions testamentaires, et s'il n'en existe pas, par les statuts ou les lois provinciales. Si celles-ci sont insuffisantes, il sera procédé d'après les dispositions suivantes :

Avant tout, les fiefs, fidéicommiss et autres parties des biens soumis à un ordre particulier de succession par les lois ou les conventions de famille, sont séparés de la succession. L'époux survivant reprend ses biens propres, et les enfants prélèvent leurs biens propres, dont le père décédé a eu l'administration. A cet effet, les biens de l'enfant sont assimilés aux biens réservés, et ces biens non libres aux apports de la femme.

Les dépenses faites par le père au profit des enfants, même les frais de leur établissement, ne sont pas retenus

à l'enfant sur ses biens personnels, à moins d'une déclaration expresse du père. La dot, le présent de nocces, lui sont retenus, à moins que le père n'ait déclaré le contraire. Le don d'héritage, constitué pour le cas de décès de l'un des époux, est séparé de la succession du défunt, et la propriété en est partagée entre les enfants. L'usufruit appartient à l'époux survivant (371-399).

La succession ainsi réduite est partagée entre les enfants par portions égales (300-302). Si quelques enfants ont reçu du défunt des avances pour leur établissement, il est alloué aux autres une valeur égale sur la succession. Par avances, on entend tout ce que les enfants ont reçu de leurs parents, en se mariant, en établissant un ménage distinct, en prenant une profession ou occupant une charge. Si la succession est insuffisante pour pourvoir aux avances nécessaires à l'établissement des enfants non encore établis, leurs frères et sœurs, déjà avantagés, doivent suppléer à ce qui manque jusqu'à concurrence du tiers de ce qu'ils ont reçu. Cette obligation cesse si la mère peut subvenir à l'éducation et à l'établissement des enfants qui n'ont encore rien reçu. Les mêmes règles s'appliquent aux donations en immeubles, droits et capitaux placés que le défunt a faites à ses enfants (303-330).

Les donations consistant en argent comptant et en



capitiaux placés sont estimées d'après leur valeur réelle ; les immeubles et droits réels d'après leur valeur au moment de la donation ; les meubles donnés pour l'établissement, d'après l'estimation du défunt, et s'il ne l'a pas faite, d'après celle qui se fait à l'époque du partage (art. 331-342).

Les petits-enfants ou leurs descendants succèdent par lignes ou souches. — Toutes les fois que, dans une ligne, le plus proche parent ne peut ou ne veut hériter, son droit est transmis à ses descendants. — Les descendants d'un frère prédécédé doivent tenir compte à ses frères et sœurs de ce que leur père a reçu pour son établissement (art. 343-365).

Il est loisible aux parents de fixer d'avance et de leur vivant les droits des enfants à leur succession future par un contrat d'héritage. Le contrat est censé fait au profit de l'époux survivant. Les enfants qui figurent dans le contrat ne sont appelés à la succession qu'après le décès de l'époux survivant (art. 366-377).

Les parents peuvent, par acte de dernière volonté, déroger aux dispositions ci-dessus, partager inégalement leur succession entre leurs enfants, sans porter atteinte à la légitime, qui est, suivant le nombre des enfants, d'un tiers à deux tiers de ce que chacun aurait reçu si la ré-

partition légale avait eu lieu. Les parents peuvent toutefois, pour des motifs déterminés, exhériter l'enfant, et, dans d'autres cas, restreindre sa part en capital, mais non en usufruit (art. 377 et suiv.). A défaut de descendants, le père et mère sont appelés à la succession légale, à l'exclusion des frères et sœurs. Ils recueillent la succession par portions égales. Le survivant hérite de la totalité (art. 489-491).

Si le père et mère sont morts, les autres ascendants sont exclus par les frères et sœurs du même lit, et par leurs descendants. Les autres ascendants sont appelés avec les demi-frères ou sœurs (utérins ou consanguins), et leurs descendants, et partagent avec eux par moitié. — Ils prennent seuls la succession, si le défunt ne laisse ni demi-frères et sœurs, ni descendants d'eux. Parmi les ascendants, le plus proche en degré exclut le plus éloigné, les ascendants du même degré partagent la portion échue à leur ligne (492-499).

Les enfants ne peuvent, par testament, frustrer les ascendants de leur légitime, qui est de la moitié de la part *ab intestat*, sauf pour les motifs déterminés par le Code prussien (art. 500 à 515).

Entre collatéraux, les frères et sœurs sont appelés les premiers à la succession légale, mais ils peuvent être exclus

par testament. Les frères et sœurs d'un même lit, et leurs descendants excluent ceux des autres lits. — Ils partagent entre eux par têtes, avec les descendants des frères et sœurs prédécédés. — S'il n'existe ni frères, ni sœurs du même lit, ni descendants d'eux, les frères et sœurs de lits différents et leurs descendants partagent entre eux de la même manière. — Il n'y a aucune différence entre les frères et sœurs des différents lits de la ligne paternelle ou maternelle (partie II, t. III, art. 31-45).

S'il n'existe ni descendants, ni ascendants, ni frères et sœurs ou descendants d'eux, les autres collatéraux viennent à la succession. Le degré le plus proche exclut le plus éloigné. Les personnes du même degré héritent par portions égales. Les enfants ne sont pas appelés par représentation de leurs pères ou mères. Il n'y a pas de distinction entre les collatéraux du côté paternel ou maternel, ni entre ceux issus d'un même lit ou de plusieurs.

Les enfants naturels, si le père laisse des enfants légitimes, n'ont droit qu'aux frais de nourriture et d'éducation jusqu'à leur quatorzième année accomplie. S'il n'existe pas de descendants légitimes, ils ont droit à un sixième de la succession de leur père, à moins qu'il n'en ait disposé autrement. Ils ne peuvent pas réclamer au-delà du sixième les aliments promis, par convention.— A cet effet,

ils doivent produire un acte de reconnaissance ou un jugement. La filiation naturelle ne peut être constatée après le décès du père, quand même l'enfant serait né après son décès. Enfin, ils n'ont pas droit à une légitime dans la succession du père (part. II, t. II, art. 647-656).

Sur la succession de la mère, les enfants naturels ont les mêmes droits que les enfants légitimes. Si, lors du mariage avec une femme qui a des enfants naturels, on n'a pas réglé leurs avantages, ils succèdent comme et avec les enfants légitimes dans la part de la communauté due à la femme (656-657).

Le père n'a aucun droit sur la succession de son enfant naturel. La mère lui succède comme à un enfant légitime. La succession légale n'a pas lieu en général entre les enfants naturels et les ascendants de leurs père ou mère. Ils n'ont aucune légitime dans la succession de leurs ascendants maternels (Art. 658-665).

Les collatéraux maternels sont appelés à la succession de l'enfant naturel (rescrit du 22 décembre 1794).

Le délai pour accepter ou renoncer à la succession est suivant les distances, de six semaines ou de trois mois. La déclaration se fait au greffe par écrit ou par comparution.

Si la renonciation n'est pas faite expressément par un héritier au profit de celui qui le suit, les créanciers de la

succession peuvent requérir l'ouverture du concours sur les biens successoraux, conformément à la loi prussienne sur les faillites (art. 383-410).

L'acceptation ou la renonciation sont irrévocables.

On peut accepter sous bénéfice d'inventaire, ou purement et simplement. L'acceptation sans réserve doit contenir la renonciation au bénéfice d'inventaire. La rétractation de la déclaration peut être faite si l'on est encore dans les délais pour la faire, mais elle ne peut être admise si l'héritier a disposé de la substance de la chose (art. 410-419).

Celui qui dispose d'une succession à titre d'héritier ou qui n'a point pris qualité dans le délai fixé, est censé avoir accepté purement et simplement. L'acceptation sous bénéfice d'inventaire n'attribue qu'une propriété limitée (art. 420 à 444).

Le testateur peut ordonner l'indivision, de quelque partie déterminée de sa succession, ou fixer une époque pour faire cesser l'indivision. Mais ces restrictions ne peuvent avoir lieu quand il s'agit de la légitime (part. I, tit. XVII, art. 115 à 126).

Les héritiers répondent conjointement et solidairement envers les créanciers des dettes de la succession, chacun en proportion de sa part héréditaire. S'ils se sont partagé

l'héritage, les créanciers peuvent donc s'adresser à un seul héritier ou à tous. S'ils les citent conjointement, le tribunal de l'ouverture de la succession est compétent. Mais si les héritiers ont donné dans les feuilles publiques trois avertissement du partage, ils ne seront tenus chacun que pour sa part et portion envers les créanciers qui ne se seront pas présentés en temps utile (art. 127-147).

Chaque héritier peut exiger de son cohéritier la preuve qu'il a satisfait aux charges dont sa part est grevée (147-150). Pendant l'existence de l'indivision les héritiers ne peuvent exercer de poursuites qu'en commun pour le paiement des créances de la succession. Après le partage, le débiteur peut se libérer envers celui des héritiers qui lui présentera le titre de la créance (151-158).

S'il y a plusieurs prétendants à une succession, on nommera un curateur jusqu'à la décision judiciaire. Le curateur administre la succession sous la surveillance de la justice, et doit rendre compte de son administration aux intéressés après la décision judiciaire, ou chaque année si le procès se prolonge.

### *Droit Bavarois.*

La Bavière rhénane ou Palatinat bavarois, située sur la

rive gauche du Rhin, est régie par le droit français, l'autre partie de la Bavière, qui est la plus étendue, étant composée des territoires de l'Empire et de l'ancien électorat de Bavière, de plusieurs villes et principautés, a conservé les anciennes législations de ces divers territoires. Quant au Code bavarois publié en 1756 sous le nom de *Codex Maximilianeus Bavaricus civilis*, il laissa subsister toutes les coutumes locales antérieures, et n'est du reste obligatoire que dans le haut Palatinat, la haute et la basse Bavière, dans quelques parties de la Souabe et de la haute Franconie.

En outre, le *Landrecht* prussien, le Code Autrichien de 1811, le *Landrecht* du Wurtemberg, le droit romain, et le droit commun allemand sont reçus comme droit subsidiaire (V. *Aperçu de l'état actuel des législations civiles de l'Europe et de l'Amérique, etc.*, par Amiaud, p. 271).

C'est en puisant à toutes ces sources, confuses et obscures, dont le nombre dépasse soixante, que nous allons exposer le droit bavarois en matière de succession.

Le droit bavarois appelle en première ligne les parents du sang qui ne sont ni incapables, ni indignes. Il frappe d'incapacité les bannis, les condamnés à mort, les hérétiques et infidèles, d'indignité ceux qui auraient tué le défunt, ses parents ou ses enfants ; ceux qui l'ont fait tuer ;

les héritiers institués qui ont accusé le testateur d'un crime capital ; ceux qui l'ont contraint à faire ou ne pas faire une disposition ; ceux qui lui ont contesté son état ; les personnes interposées dans le but de faire hériter un indigne. Toutes les successions échues à des indignes profitent au fisc.

Les descendants succèdent en premier lieu, directement ou par représentation. L'enfant adoptif est assimilé à l'enfant légitime, de même que l'enfant légitimé. Les enfants naturels ne concourent pas avec les enfants légitimes dans la succession maternelle, et ne viennent jamais qu'à défaut d'enfants légitimes. Ils ne viennent à la succession paternelle, comme en droit français, qu'à défaut de toute espèce de parents.

Il n'y a pas de représentation parmi les ascendants. Les ascendants du premier degré succèdent par tête ; il en est de même des ascendants du second degré : ils succèdent par tête s'ils sont du même degré et de la même ligne ; sinon ils héritent par souches. On n'a point égard à l'origine des biens qui composent la succession. Les ascendants adoptifs n'héritent pas de leur enfant adopté. Les parents naturels ont les mêmes droits sur la succession de leurs enfants naturels que sur celle de leurs enfants légitimes.



Les frères et sœurs germains du défunt succèdent avec les ascendants par tête et leurs enfants par souche, mais seulement ceux du premier degré.

Entre les collatéraux succèdent en première ligne : 1° les frères ou sœurs germains par tête; 2° leurs enfants par souche; 3° s'il n'y a pas de frères ou sœurs ou d'enfants issus d'eux les frères et sœurs des autres lits succèdent par tête et à défaut leurs enfants par souche dans tous les cas, sans distinguer suivant l'origine des biens. La représentation n'a lieu en ligne collatérale que jusqu'aux enfants des frères et sœurs; pour ces autres héritiers collatéraux le plus proche exclut toujours le plus éloigné.

Il n'existe pas de limite à la successibilité. L'Etat ne vient ainsi qu'à défaut de toute espèce de parents légitimes ou naturels, sauf les droits du conjoint survivant qui sont ainsi réglés.

Si le mari prédécédé laisse des enfants de sa femme ou d'un mariage précédent, la femme reprend sa dot, le don de noces, l'usufruit de l'antipherne, une part d'enfant dans les acquêts et le mobilier. Dans le cas où la femme meurt avant son mari et laisse des enfants de cette union ou d'un mariage précédent, le mari restituera à ses enfants la fortune de leur mère; aux enfants de sa femme issus d'un lit précédent ce que leur mère a apporté à la communauté; le

don de nocés, les habits, etc ; il garde les acquets et tout le reste. Si les conjoints sont l'un l'autre sans enfants le conjoint survivant doit rendre aux héritiers tout l'apport du défunt, la nue-propiété de la moitié des acquets.

Si celui à qui est échu une succession meurt avant d'en avoir pris possession ce ne sont pas les héritiers qui sont appelés à la recueillir mais ceux du défunt, à moins que ces héritiers ne soient des descendants ou héritiers à réserve. Ils peuvent alors accepter l'héritage à sa place, sauf le cas où il est décédé pendant le délai pour délibérer. L'héritier testamentaire qui est en même temps héritier *ab intestat* peut choisir le titre sous lequel il peut recueillir la succession. S'il n'existe pas de tiers intéressés à la déclaration d'acceptation, l'héritier peut attendre trente ans avant de se déclarer.

On peut répudier une succession ouverte ou renoncer à une succession à venir. On ne répudie pas tacitement à moins qu'on n'ait pas accepté dans le délai de trente ans, ou dans un espace de temps fixé par le Tribunal. On ne peut pas répudier une succession en partie seulement ni prendre la légitime et répudier le reste. On ne vient jamais par représentation d'un héritier qui a renoncé à une succession. Sauf le cas de minorité il n'a y a aucun moyen de revenir sur une répudiation.

On peut renoncer à la succession d'un homme vivant, la vendre ou l'acquérir. Les contrats ne peuvent contenir rien de contraire aux droits des légitimaires ou des créanciers. Si des enfants sont nés ou contractent après la date du contrat, le contrat intervenu reste néanmoins en vigueur, sauf la légitime. Pour pouvoir renoncer à la succession de leurs père et mère, les enfants doivent avoir reçu une dot ou un établissement convenable. Celui qui renonce indéfiniment, c'est-à-dire pour lui et ses descendants, est regardé par rapport à la succession comme n'ayant jamais existé. Toutefois la renonciation indéfinie et générale s'applique seulement à la succession *ab intestat*. Les répressions seront interprétés dans le sens le plus étroit. La renonciation en faveur de personnes désignées ne peut profiter qu'à ces personnes. La naissance d'enfants postérieurement à la renonciation ne l'annule point. La renonciation des femmes au profit des mâles ne les empêche pas de succéder, si la ligne mâle s'éteint, et la portion à laquelle elles ont renoncé a, par conséquent, entre les mains des mâles, la nature d'un fidéicommiss.

Dès le décès d'un individu, sa succession est appréhendée par le tribunal compétent, à moins que la personne décédée ne soit l'épouse d'un mari vivant. Les choses qui par leur nature ne peuvent être appréhendées, ou qui sont

nécessaires à la continuation du ménage seront seulement inventoriées. L'inventaire général sera dressé par le même tribunal dans les trente jours. Tous les héritiers et ayants droit seront dûment appelés.

Cet inventaire général ne sera fait que s'il y a plusieurs cohéritiers, et sur la demande de l'un d'eux, ou s'il existe parmi eux des mineurs, des absents ou des imbéciles, et enfin si les créanciers ou le fisc le requièrent.

Un seul héritier peut aussi demander l'inventaire, il en résulte pour lui divers bénéfices : 1° Il ne répond des dettes que jusqu'à concurrence de la valeur de la succession ; 2° Le paiement des dettes et des legs ne peut être exigé qu'après l'inventaire ; 3° Il peut n'en payer que ce qu'il veut, sauf à fournir caution ; 4° Il peut payer de ses deniers, et retenir pour lui les effets de la succession ; 5° Il conserve la falcidie et la trebellianique, c'est-à-dire la faculté de réduire les legs trop élevés, de manière à conserver une réserve du quart de l'héritage ; 6° Il se réserve tous ses droits contre le défunt ; 7° Il prélève les dépenses faites pour l'enterrement et la conservation de la succession. Si l'héritier néglige de faire inventaire, il perd tous ses privilèges sans aucun recours possible. S'il soustrait quelque chose à l'inventaire, il subira une peine arbitrée par le juge, mais le bénéfice d'inventaire n'en sera point perdu.

Dans le partage, l'héritier mâle le plus âgé a la préférence pour la possession des immeubles, en payant la part des autres cohéritiers. Sous ce rapport, les enfants du défunt sont préférés à sa femme et aux autres parents.

### *Droit Autrichien.*

Le Code autrichien de 1811, qui régit comme droit commun l'Empire, et, en dehors, quelques pays allemands, appartient au groupe des législations allemandes, bien qu'il ait subi sur quelques points l'influence du Code Napoléon.

Les successions ne s'ouvrent que par la mort naturelle (art. 536). Elle ne sont régies par la loi qu'à défaut de pacte sur la succession ou de testament. L'enfant simplement conçu hérite. Il n'y a pas de présomptions légales dans l'hypothèse des *commorientes* (art. 25).

Celui qui a commis un attentat contre l'honneur, la vie ou la fortune du défunt, de ses enfants, parents ou époux, à l'occasion duquel il peut être puni criminellement, sera indigne de succéder, tant qu'il ne résultera pas des circonstances que le défunt lui a pardonné (art. 540). Les descendants de ceux qui se sont rendus indignes de succéder ne sont pas exclus si l'indigne est mort avant celui à la succession duquel ils sont appelés (art. 541). Celui qui a con-

traint par violence ou par dol le défunt à faire un testament, ou qui l'en a empêché, en agissant frauduleusement à cet effet, ou qui a supprimé l'acte de dernière volonté, est exclu du droit d'hériter, et demeure responsable de tout le dommage qui a pu en résulter (art. 542). Les personnes qui en justice ont été convaincues d'inceste ou d'adultère ne peuvent hériter l'une de l'autre en vertu d'un acte de dernière volonté (art. 543). On est privé du droit d'hérédité lorsqu'on émigre ou qu'on déserte (art. 544).

L'héritier remplace le défunt dès qu'il a accepté sa succession. Tant que l'hérédité n'a pas été acceptée elle est considérée comme encore possédée par le défunt (547).

Les héritiers légitimes sont ceux qui sont parents du défunt dans la première ligne existante. Les lignes sont comptées de la manière suivante.

A la première ligne appartiennent ceux qui sont issus légitimement du défunt, c'est-à-dire ses enfants et leurs descendants ; à la seconde ligne, le père et la mère du défunt, et ceux qui sont issus d'eux, c'est-à-dire les frères et sœurs du défunt et leurs descendants ; à la troisième appartiennent les aïeuls et ceux qui en sont issus, c'est-à-dire les oncles et tantes et leurs descendants ; à la quatrième, les bisaïeuls et leurs descendants ; à la cinquième les tri-

saïeuls et leurs descendants ; à la sixième, les quadrisaïeuls et leurs descendants (730-731).

Si le défunt a des enfants légitimes du premier degré, ils s'emparent de la succession entière, de quelque sexe qu'ils soient, nés pendant la vie ou posthumes. Ils héritent à parts égales (732). Les descendants d'un enfant prédécédé héritent à sa place, à parts égales entre eux. Quand un des petits-fils est décédé laissant des arrières petits-fils, la portion du petit-fils est partagée entre eux, etc. (art. 733).

Si le défunt ne laisse pas de descendants, son père et sa mère lui succèdent à parts égales (art. 735). S'ils sont morts avant le défunt, et qu'il n'y ait que des frères et sœurs germains, ceux-ci prennent des parts égales des deux côtés. Mais s'ils ne sont issus que du père ou de la mère, ils ne reçoivent de part que d'un côté (art. 736). Si le père ou la mère du défunt n'a pas laissé de descendants, la succession est dévolue au survivant ou à ses descendants (art. 737).

Si les père et mère du défunt sont morts sans postérité, la troisième ligne, c'est-à-dire les aïeuls du défunt et leurs descendants, recueille l'héritage. La succession est divisée en deux parts égales : l'une pour les ascendants du père, l'autre pour les ascendants de la mère (art. 738). Les

aïeuls de chaque branche partagent également entre eux. A défaut d'ascendants ou d'aïeuls, le partage s'opère entre les descendants de ces aïeuls. Si l'aïeul et l'aïeule de l'une des branches sont morts sans laisser d'enfants, l'autre branche hérite de la totalité (art. 740).

Si la troisième ligne est entièrement éteinte, la succession est dévolue à la quatrième. A cette ligne appartiennent des parents des quatre branches. S'il existe des membres de ces quatre branches, la succession se divisera en quatre parts égales, pour chaque branche, et chaque portion se subdivise ensuite entre les membres de chaque branche. Si l'une des branches est éteinte, ce ne sont pas les trois autres qui prennent sa part, mais seulement celle qui est de la même souche. Si elle est éteinte aussi, celles de l'autre souche sont appelées à la remplacer (art. 741-743).

Ainsi de suite pour les deux autres lignes dont l'une comprend huit branches et l'autre seize. Au-delà, la succession n'a plus lieu. Si un parent appartient aux deux branches il cumule ses parts (art. 750).

Les enfants naturels n'ont de droits à exercer que sur la succession de leur mère. Leurs droits sont les mêmes que ceux des enfants légitimes.

Ils n'ont aucun droit d'hérédité légitime à exercer dans la succession de leur père et des parents paternels, ni dans



celle des père et mère, aïeuls et autres parents de la mère (art. 754).

La succession de l'enfant naturel prédécédé sans postérité est dévolue à la mère seule. Le père, les ascendants et autres parents en sont exclus (art. 756).

Le conjoint survivant, à défaut de testament, aura l'usufruit viager d'une part d'enfant, s'il y en a trois ou un plus grand nombre ; mais s'il y en a moins, il jouira de l'usufruit du quart de la succession (art. 757).

S'il n'existe pas d'enfants, mais seulement un autre héritier légitime, le conjoint survivant aura le quart de la succession en toute propriété. En l'absence d'héritiers du sang ou adoptifs, le conjoint survivant recueillera la succession entière (art. 759). La séparation de corps fait tomber les droits du conjoint survivant.

Il existe des exceptions à ces règles, relativement à la transmission par hérédité des fiefs et des biens des vassaux et paysans. Des lois particulières et politiques régissent ces matières.

Personne n'est saisi de plein droit d'une succession. Les héritiers doivent toujours se faire envoyer en possession par le tribunal, sous l'obligation d'acquitter les charges (art. 797).

L'acceptation ou déclaration de l'héritier doit énoncer

si elle a lieu simplement ou sous bénéfice d'inventaire (art. 800). Si l'héritier meurt avant d'avoir accepté ou répudié la succession, ses héritiers légitimes le remplaceront dans son droit, à moins que le défunt ne les ait exclus ou n'ait appelé d'autres héritiers par substitution. La renonciation aux successions peut être faite du vivant du *de cujus*.

Si l'héritier déclare accepter une succession sous bénéfice d'inventaire, le tribunal procède sur le champ à la confection de l'inventaire aux frais de la masse. Celui qui a droit à une légitime peut aussi demander qu'un inventaire soit dressé. L'héritier ne peut plus rétracter la déclaration faite en justice.

Le tribunal ne s'occupe des droits des créanciers que sur leur demande, mais ils n'ont pas besoin d'attendre la déclaration de l'héritier. Ils peuvent agir contre la masse et demander qu'on nomme un curateur à la succession pour la représenter. Le créancier peut même demander que la succession acceptée soit liquidée par un curateur, mais alors l'héritier n'est plus tenu *ultra vires*. En sens inverse l'héritier peut faire fixer un délai de rigueur pour la reproduction des titres des créanciers (art. 812 et 813).

Plusieurs héritiers, entrés en possession d'une succes-

sion purement et simplement sont solidairement responsables vis-à-vis des créanciers et des légataires.

### *Droit Italien.*

La loi italienne comme la loi française, considère en réglant la succession, la proximité de parenté, et ne s'attache pas à la prérogative de la ligne ni à l'origine des biens, si ce n'est dans certains cas spécialement prévus (art. 722).

Elle qualifie incapables ceux qui ne sont pas conçus, ou ne naissent pas viables (art. 724); mais cette conformité ne s'étend pas aux cas d'indignité. L'article 725 qualifie d'indignes : 1° celui qui aurait volontairement tué ou tenté de tuer le *de cuius* ; 2° celui qui l'aurait accusé d'un crime punissable d'une peine criminelle, quand l'accusation a été déclarée calomnieuse en justice ; 3° celui qui l'aurait forcé à faire un testament ou à le changer ; 4° celui qui l'aurait empêché de faire un testament, ou de révoquer un testament déjà fait, ou qui aurait supprimé, caché ou altéré un testament postérieur (art. 725).

Celui qui aurait encouru l'indignité peut être admis à succéder, quand la personne de la succession de qui il s'agit l'y a expressément habilité par acte authentique ou par testament (art. 726).

L'indignité des père et mère ou ascendants ne nuit pas à leurs enfants ou descendants, soit qu'ils succèdent de leur chef, soit qu'ils succèdent par représentation. Mais le père ou la mère n'a pas sur la part d'héritage dévolue à ses enfants les droits d'usufruit et d'administration que la loi accorde aux pères de famille (art. 728).

Bien qu'on ne puisse en principe, représenter les personnes vivantes, deux exceptions sont en effet admises, lorsqu'il s'agit de personnes absentes ou indignes de succéder (art. 734). On peut représenter la personne à la succession de laquelle on a renoncé.

La loi italienne appelle naturellement les enfants en première ligne, et parmi eux les enfants adoptifs et leurs descendants. Les enfants adoptifs n'ont d'ailleurs point droit à la succession des parents des adoptants.

Si le défunt n'a laissé ni enfants, ni frères ni sœurs, ni descendants d'eux, alors seulement le père et la mère sont appelés. La succession leur appartient par égales portions, ou à celui des deux qui aura survécu (art. 738).

Si le défunt n'a laissé aucun héritier de ces trois premières catégories, les ascendants de la ligne paternelle succèdent pour une moitié, et pour l'autre moitié les ascendants de la ligne maternelle, sans avoir égard à l'origine des biens. Si cependant les ascendants ne sont pas au

même degré, l'hérédité est dévolue au plus proche sans distinction de ligne (art. 739).

Si avec les père et mère ou avec l'un d'eux seulement, concourent des frères ou sœurs germains du défunt, tous sont admis à la succession par tête, pourvu qu'en aucun cas la portion dans laquelle succèdent les père et mère ou l'un d'eux ne soit moindre du tiers. S'il y a des frères ou sœurs consanguins ou utérins, ils succèdent aussi; mais qu'ils concourent avec des germains ou qu'ils soient seuls, ils acquièrent seulement la moitié de la quote-part appartenant aux germains. Les descendants des frères ou sœurs succèdent par souches, conformément aux articles 732 et 733. La part qui reviendrait aux père et mère vivants est déférée à leur défaut aux autres ascendants les plus proches, de la manière déterminée par l'article précédent (art. 740).

Si le défunt n'a laissé ni enfants ni ses père et mère, ou autres ascendants, les frères ou sœurs succèdent par tête, et leurs descendants par souches. Cependant les frères ou sœurs consanguins ou utérins et leurs descendants, en concours avec des frères ou sœurs germains ou leurs descendants, ont droit à la moitié seulement de la quote-part qui appartient aux germains (art. 741).

Si le défunt n'a laissé ni enfants ni père ou mère, ni

ascendants, ni frères ni sœurs, ni descendants d'eux, la succession s'ouvre en faveur du parent ou des parents les plus proches du défunt, sans distinction des lignes paternelle ou maternelle. La succession n'a pas lieu au-delà du dixième degré (art. 642).

Les enfants naturels n'ont pas droit à la succession de leurs père ou mère lorsque leur filiation n'est pas légalement reconnue ou déclarée (art. 743).

Lorsqu'ils concourent avec des enfants légitimes ou leurs descendants, ils ont droit à la moitié de la part qui leur serait revenue s'ils eussent été légitimes. Les enfants légitimes ou leurs descendants ont la faculté de payer la quote-part revenant aux enfants naturels, en argent ou en biens immeubles héréditaires, d'après une juste estimation (art. 744).

Lorsque le père ou la mère ne laissent pas d'enfants légitimes, ou de descendants d'eux, mais son père ou sa mère ou l'un d'eux, ou d'autres ascendants, ou même son conjoint, les enfants naturels succèdent dans les deux tiers de l'hérédité. Le reste est dévolu aux ascendants ou au conjoint. Si les enfants naturels concourent en même temps avec les ascendants et le conjoint de l'auteur prédécédé, distraction faite du tiers en faveur des ascendants et du quart en faveur du conjoint, le reste de l'hérédité est déferé aux enfants naturels (art. 745).

Les enfants naturels doivent imputer sur la portion dans laquelle ils succèdent tout ce qu'ils ont reçu de leur père ou mère, et qui est sujet à rapport, conformément aux dispositions contenues dans la section IV du chapitre III du titre 2, nonobstant toute dispense (art. 746).

Lorsque les père ou mère n'ont laissé ni descendants légitimes, ni ascendants, ni conjoints, les enfants naturels succèdent à toute l'hérédité (art. 747).

Les descendants légitimes de l'enfant naturel prédécédé peuvent réclamer les droits établis en sa faveur par les articles précédents (art. 748).

Les enfants naturels, bien que reconnus, n'ont aucun droit sur les biens des parents du père ou de la mère. De même ces parents n'ont aucun droit sur les biens de l'enfant naturel (art. 749).

Si l'enfant naturel meurt sans laisser de postérité, ni conjoint survivant, son hérédité est dévolue à celui des père ou mère qui l'a reconnu, ou dont il a été déclaré l'enfant, ou par moitié à chacun d'eux, s'il a été déclaré ou reconnu enfant de tous deux (art. 750).

Si l'enfant naturel, mort sans postérité, a laissé son conjoint survivant, l'hérédité est déférée pour une moitié au conjoint et pour l'autre moitié au père ou la mère, ou à tous deux, conformément à l'article précédent (art. 751).

Les droits accordés ne s'étendent pas aux enfants dont la loi n'admet pas la reconnaissance. Ceux-ci n'ont droit qu'à des aliments qui leur sont assignés en proportion de la fortune du père ou de la mère, et du nombre ou de la qualité des héritiers légitimes (art. 752).

Lorsque l'époux défunt laisse des enfants légitimes, l'autre époux a sur son hérédité l'usufruit d'une portion héréditaire égale à celle de chaque enfant, l'époux lui-même étant aussi compté dans le nombre des enfants. Lorsque des enfants naturels concourent avec des enfants légitimes, l'usufruit de l'époux survivant est d'une portion égale à celle qui revient à chaque enfant légitime. Cette portion d'usufruit ne peut jamais excéder le quart de l'hérédité (art. 753).

S'il n'y a pas d'enfants légitimes, mais qu'il y ait des ascendants ou des enfants naturels, ou des frères ou sœurs ou descendants d'eux, le tiers de l'hérédité est dévolu en propriété à l'époux survivant. Si cependant le conjoint survivant concourt en même temps avec des ascendants légitimes et avec des enfants naturels, il n'a droit qu'au quart de l'hérédité (art. 754).

Lorsque le défunt laisse d'autres parents successibles, l'hérédité est déférée au conjoint survivant pour les deux tiers. Elle lui est déférée en entier dans le cas où le défunt



ne laisse pas de parents successibles jusqu'au sixième degré (art. 755).

Le conjoint survivant qui concourt avec d'autres héritiers doit imputer sur sa portion héréditaire ce qu'il acquiert en vertu des conventions matrimoniales et des gains dotaux (art. 756).

La séparation de corps fait perdre à celui contre lequel le défunt a obtenu une sentence de séparation de corps passée en force de chose jugée, les droits successoraux que la loi lui accorde (art. 757).

A défaut des personnes appelées à succéder, d'après ces règles, l'hérédité est déférée à l'État (art. 758).

La réserve est fixée à la moitié de la succession, quand il existe des descendants, au tiers quand il existe des ascendants quelconques.

### *Droit Anglais.*

Le droit anglais a un double cachet très particulier. D'abord son caractère nettement féodal en fait une véritable curiosité juridique, ensuite la sévérité de sa théorie du sang héréditaire a eu, jusqu'en 1870 des conséquences excessives qui sont aujourd'hui atténuées, mais non supprimées

La succession ne s'ouvre que par la mort naturelle. La mort civile est, en effet, accompagnée de confiscation.

Sont incapables de succéder : celui qui n'est pas encore conçu, celui qui n'est pas né viable, les monstres qui n'ont point forme humaine, et les morts civilement. Jusqu'en 1870 l'incapacité frappait aussi l'étranger non naturalisé ou denizé, sauf le droit de succéder aux chattels personnels. Il n'y a pas de règles sur l'indignité, mais celui qui a été condamné pour avoir donné ou tenté de donner la mort au défunt ou aux siens est indirectement exclu, en vertu de la mort civile.

La loi distingue au point de vue de la succession entre les biens réels et les biens personnels ; elle considère aussi l'origine des biens réels pour en régler la succession.

Dans l'héritage des biens réels entre ascendants ou collatéraux, la ligne paternelle ou masculine est préférée à la ligne maternelle ou féminine, à moins que les biens ne viennent de la ligne féminine, auquel cas ils lui reviennent.

Les biens personnels sont distribués entre les parents les plus proches du même degré, ou leurs représentants, quand la représentation est admise, sans distinction de la ligne paternelle ou maternelle.

Les parents utérins ou consanguins sont admis au partage des biens personnels en concurrence et par égale por-

tion avec les frères et sœurs germains. Quant aux biens réels, les frères ou sœurs consanguins sont admis à en hériter, après les frères ou sœurs germains du défunt et de leur postérité ; les frères ou sœurs utérins en héritent aussi après la mère commune.

Pour toute espèce de biens, le plus proche parent exclut le plus éloigné, excepté lorsque la représentation est admise.

A égal degré les biens réels, fiefs simples, passent à l'héritier le plus noble, c'est-à-dire à l'héritier mâle, et tout ce qui descend de lui, mâle ou femelle, la femme née du père est préférée aux garçons ou filles nés de la mère ; entres héritiers mâles du même degré, l'ainé est préféré aux autres.

La ligne descendante est préférée dans les successions à la ligne ascendante.

En ligne collatérale, pour la succession des biens réels, la loi anglaise compte les degrés des parents selon la loi canonique, en commençant par l'auteur commun et allant en descendant. Ainsi, deux frères sont au premier degré, les neveux sont au deuxième, les cousins germains au troisième. Dans la succession des biens personnels, la computation des degrés se fait selon la loi romaine, c'est-à-dire

comme dans le droit français : les frères sont au second degré, etc.

Pour les biens réels, la représentation du parent par la postérité a lieu à l'infini ; pour les biens personnels elle a lieu aussi à l'infini en ligne directe descendante.

La représentation n'a pas lieu en faveur des ascendants pour les biens personnels.

En ligne collatérale la représentation est admise en faveur des enfants des frères et sœurs du décédé, quand l'un des frères et sœurs est encore vivant ; et un frère ou une sœur et leurs enfants venant par représentation excluent un grand-père quoiqu'il soit au même degré.

Si tous les frères et sœurs sont morts leurs enfants viennent de leur chef, et partagent par tête ; si l'un des frères ou sœur est vivant, ils partagent par souche.

On ne peut représenter une personne vivante.

Quand il y a deux ou plusieurs descendants mâles au même degré venant par eux-mêmes ou par représentation, l'aîné hérite seul des biens réels, et la postérité mâle exclut les femmes. Quand il n'y a que des femmes pour hériter des biens réels, elles partagent également.

Quant aux biens personnels, les enfants ou leurs descendants succèdent à leurs ascendants sans distinction de sexe ni de primogéniture, et quoiqu'issus de différents mariages.

Ils succèdent par égale portion et par tête, quand ils sont au même degré et appelés de leur chef ; ils succèdent par souche lorsqu'ils viennent par représentation. Ainsi lorsque le défunt ne laisse que des petits-enfants, comme, par exemple, deux petits-enfants nés d'un fils, trois nés d'un autre fils et cinq nés d'une fille, ils ont tous une part égale, c'est-à-dire un dixième, parce qu'ils sont tous au même degré, et qu'ils viennent à la succession de leur chef.

Si le défunt ne laisse ni postérité, ni frère, ni sœur, ni enfants de frères ou sœurs venant par représentation, les biens personnels passent aux parents les plus proches en degré par tête, soit père ou mère, aïeuls, aïeules, bisaïeuls, bisaïeules, ou parents collatéraux, sans distinction entre les lignes paternelle et maternelle. L'ascendant le plus proche exclut les plus éloignés. Les ascendants maternels n'héritent des biens réels qu'à défaut de tous les ascendants paternels ou de leurs descendants.

Lorsque le père d'un *intestat*, mort sans postérité, lui a survécu, il a droit à tous les biens réels et personnels, à l'exclusion de la mère, des frères et sœurs ou autres parents plus éloignés.

Si la mère seule a survécu avec des frères ou sœurs du défunt, elle partage également avec eux les biens personnels.

En cas de prédécès des père et mère d'un *intestat* mort sans postérité, s'il en a et s'il n'y en a point, les sœurs, par égale portion, héritent des biens réels. Les frères et sœurs ou leurs descendants succèdent aux biens personnels du défunt, à l'exclusion des aïeuls ou autres collatéraux, par tête ou par souche.

Si le père survit, il prend toute la succession, mais la mère prend seulement une part égale en concurrence avec les frères et sœurs, sans distinction de lits.

Au delà des degrés de frères et sœurs et de leurs enfants venant par représentation, les parents du même degré, quels qu'ils soient, du côté du père ou de la mère, succèdent par tête, à l'exclusion des parents d'un degré plus éloigné. Ainsi, lorsque le défunt laisse seulement des oncles et tantes avec des neveux et nièces, ils partagent tous également comme étant du même degré. Si le défunt laisse seulement des neveux ou nièces avec des petits-neveux ou des petites-nièces, les premiers excluent les seconds.

Le droit de successibilité est sans limite pour les biens, soit réels, soit personnels ; quand un parent légitime existe, quelque éloigné qu'il soit, il a droit à la succession.

Les enfants illégitimes n'ont aucun droit sur les biens, soit réels, soit personnels de leurs parents naturels morts *intestat*, à moins qu'ils ne soient légitimés par acte du

Parlement, auquel cas leurs droits dépendent plutôt des termes de cet acte après des dispositions générales de la loi sur les successions. Si un enfant naturel meurt *intestat* et sans postérité, tous ses biens appartiennent à la couronne, à moins qu'il ne laisse une veuve, laquelle a droit à son douaire.

Le mari a droit à tous les biens de sa femme décédée avec biens réels pendant sa vie seulement, et avec biens personnels en toute propriété. La veuve a droit à son douaire, qui consiste dans la jouissance, pendant sa vie entière des biens réels de son mari décédé, et dans la toute propriété d'une portion des biens personnels, à savoir : un tiers si le défunt laisse des enfants ou descendants d'eux, et la moitié s'il n'en laisse point.

A défaut d'héritier, les biens réels reviennent au roi comme seigneur suzerain ; à défaut de parents, les biens personnels échoient à la couronne. Quand il ne se présente ni parents, ni mari, ni femme, la juridiction ordinaire peut confier à quelqu'un la garde et administration des biens du défunt dans l'intérêt de qui de droit.

L'héritier est saisi de plein droit, par la loi, de l'héritage des biens réels, immédiatement après la mort du défunt, sans qu'il ait besoin de l'accepter ni que l'option lui soit laissée de le refuser, et l'héritier d'un fief simple

est obligé, à défaut de biens personnels, de payer les dettes de son auteur jusqu'à concurrence de ce qu'il recueille dans la succession.

Le plus proche parent ou la personne la plus intéressée dans la succession a droit de demander à la justice l'administration des biens personnels dont elle se compose, mais nul n'est tenu d'accepter cette administration pour une succession qui lui est échue.

Celui qui accepte cette administration n'est pas tenu des charges de la succession au delà de son actif; à moins qu'il ne s'y soit obligé expressément et par écrit. L'inventaire qui est dressé de ces biens sert seulement à fixer le montant de ce dont il doit compte. Cette fonction d'administrateur est un office qu'il exerce dans l'intérêt de tous les ayant droit.

Les femmes mariées sont saisies de l'héritage des biens réels comme les autres héritiers, et elles peuvent être administratrices des biens personnels, mais seulement avec le consentement exprès ou présumé du mari. Un mineur ne peut être administrateur, mais son tuteur peut administrer pour lui.

L'effet de l'exécution testamentaire et celui de la succession des biens réels remontent au jour de la mort du défunt; mais il semble que celui de l'administration des biens per-



sonnels d'un *intestat* n'a lieu qu'à partir du jour où elle est accordée.

L'administration des biens personnels et prise par acte exprès de la partie au moyen de l'envoi en possession de cette administration qu'elle se fait accorder par l'autorité compétente. Elle peut être encore due à une seule personne ou à plusieurs conjointement. Si une personne s'immisce, sans y être dûment autorisée, dans l'administration des biens du décédé, elle est soumise aux obligations d'un administrateur sans en avoir les avantages.

Les actes de pure nécessité ou humanité, comme de surveiller les biens ou d'ensevelir le corps du décédé, ne sont pas considérés comme une immixtion indue.

L'obtention de l'administration, sur requête présentée à l'autorité compétente, ou l'immixtion indue peuvent seules obliger une partie comme administratrice ; la donation, vente ou cession des apports héréditaires dans les biens personnels, n'a pas cet effet.

Quand l'héritier auquel sont échus les biens réels meurt avant d'en être mis en possession, ces biens passent à ses héritiers propres comme s'il avait déjà fait sur eux acte de propriété.

Quand un administrateur des biens personnels meurt avant de les avoir complètement distribués à qui de droit

l'administration de ce qui en reste est confiée à un nouvel administrateur.

Une personne majeure qui a pris volontairement la charge d'administrateur doit en accomplir les devoirs sans pouvoir y renoncer ; mais si l'on vient à découvrir un testament qui nomme un exécuteur, la concession de l'administration peut être retirée.

La renonciation à la succession n'est point admise en ce qui concerne les biens réels. On peut renoncer à l'administration des biens personnels d'un *intestat* à la succession duquel on est appelé. Cette renonciation se fait par acte exprès du renonçant en personne, ou par procureur, devant le juge ordinaire ou son délégué.

La renonciation à l'administration n'affecte point les droits du renonçant ou de ses représentants à sa part dans la succession.

Suivant la loi commune, on peut renoncer à des espérances de succession, en équité on peut être lié par cette renonciation pour des motifs jugés valables.

Le divertissement ou recel d'effets de la succession peut être considéré comme une immixtion indue dans son administration. L'administrateur légitime a une action en recouvrement des effets détournés et en dommages-intérêts contre ceux qui s'en sont rendus coupables.

Si aucun héritier ne se présente pour prendre l'administration, un créancier du défunt peut la demander, et la cour a un pouvoir discrétionnaire pour choisir, dans ce cas, une personne digne de confiance, qui est chargé de recueillir et administrer les biens dans l'intérêt de qui de droit.

Quand des terres sont venues par héritage à des femmes chacune des cohéritières peut forcer les autres au partage devant une commission de la cour de Chancellerie ; elles peuvent aussi faire le partage volontairement.

Le partage ou la distribution des biens personnels entre ceux qui y ont droit ne se fait qu'un an après la mort de l'*intestat*. Les cohéritiers et les légataires peuvent, après ce terme, obtenir un décret de la cour pour obliger l'administrateur à faire la distribution. Mais ce dernier peut exiger une garantie pour assurer la restitution en cas qu'il y ait des dettes à payer ultérieurement. L'administrateur qui détruit les biens après le terme d'un an sans raisonnable fondement semble devoir être passible des intérêts.

Le partage des biens réels ou personnels peut être suspendu pour un temps convenu, ou même entièrement prohibé d'accord entre les parties.

Le mari a droit à la part de sa femme dans les biens personnels d'un *intestat*, et peut les réclamer comme si elle lui était échue en propre. Le partage fait volontairement

par le mari des biens réels de sa femme n'est pas obligatoire pour elle ni pour ses héritiers s'il est inégal, mais un partage fait par l'autorité compétente la lie irrévocablement.

La loi commune ne donne pas d'action en partage pour les biens personnels : c'est une cour d'équité ou une cour ecclésiastique qui peut ordonner le compte et le partage à faire par l'administrateur.

Depuis l'abolition de l'action en partage devant le jury suivant la loi commune, le seul moyen de contraindre au partage des biens réels est d'obtenir à cet effet une commission de la Cour de Chancellerie.

La commission dirige les experts nommés par les parties pour le mesurage des lieux et la formation des lots. Elle peut se renseigner de toute manière sur la nature et la valeur des biens ; elle fait enfin les parts également et les attribue à chaque partie.

C'est un devoir pour l'administrateur de vendre les biens personnels le plus promptement et au meilleur prix possible.

Chacun des cohéritiers peut demander sa part des biens réels en nature.

Lorsque les biens ne peuvent être divisés sans désavantage, on fait des soultes en argent, rentes ou autres biens

pour l'égalité du partage. Si les parties sont majeures, elles peuvent convenir que les biens seront vendus.

Chaque copartageant qui a reçu en don ou par avancement d'hoirie du défunt une part quelconque de ses biens, doit les rapporter en nature ou en à compte avant de recevoir une autre part dans les biens à partager.

Les biens personnels ne doivent pas être rapportés en nature ; mais l'enfant qui en a reçu par avance reçoit d'autant moins dans les successions, de façon à égaliser les parts. Les terres reçues en mariage à charge de les rendre aux enfants à naître doivent seules être rapportées en nature.

Dans un partage volontaire, si l'ainé fait les lots, il doit choisir le dernier. Si un ami est chargé de les faire, les cohéritiers doivent choisir par priorité d'âge, à moins qu'on n'en soit convenu autrement. Les lots peuvent être aussi formés par un tiers désigné, ou par commission de la Cour de Chancellerie, et tirés au sort.

Une décision de la Cour pour partage s'obtient pour ou contre les mineurs. Les mineurs peuvent actionner ou être actionnés en partage par l'intermédiaire d'un ami proche ou de leur tuteur ; mais il y a toujours lieu de leur faire nommer un tuteur *ad litem* quand le mineur est défendeur.

Chacun des cohéritiers peut vendre sa part dans l'héritage sans le consentement des autres, sans que ceux-ci puissent s'interposer pour écarter le cessionnaire.

L'administrateur est chargé de recueillir les biens personnels de l'*intestat* pour payer les dettes qu'il a laissées à son décès ; aucune distribution n'est faite aux parents cohéritiers qu'après leur complet paiement, et prélèvement fait des dépenses de l'administrateur. Les biens réels ne sont passibles du paiement des dettes qu'après l'épuisement et en cas d'insuffisance des biens personnels.

L'exécuteur d'un testament doit payer les dettes de la succession avant d'acquitter les legs généraux ou particuliers, il reste toujours tenu envers les créanciers jusqu'à concurrence de l'actif, soit qu'il ait ou non acquitté les legs, et qu'il ait pris ou non en les acquittant, des sûretés pour la restitution en cas de dettes à payer ultérieurement. En cas d'insuffisance de l'actif, tous les legs généraux doivent contribuer proportionnellement aux dettes ; mais les legs spécifiques n'y contribuent qu'en cas d'insuffisance.

Les demandes des créanciers sur les biens réels ou personnels du défunt dans les mains de son héritier ou administrateur sont soumises aux mêmes prescriptions ou présomptions après qu'avant son décès.

Les créanciers de l'héritier n'ont aucune action sur les biens de l'*intestat* tant que leur débiteur n'en a pas été investi.



### III

#### DU CONFLIT DES LOIS

Il suffit de jeter un coup d'œil sur les résumés contenus dans les deux chapitres précédents pour comprendre la facilité avec laquelle peuvent éclater les conflits. D'abord les législations prennent un point de départ fort différent suivant qu'elles appartiennent, au point de vue du règlement des successions des étrangers, au type italien, au type allemand ou au type anglo-allemand. Ensuite, dans leurs dispositions internes, ces législations comprennent d'une manière entièrement différente la réglementation du droit des successions.

Nous allons mettre en jeu quelques-unes des législations que nous avons exposées, et faire toucher du doigt les conflits.

Il faut supposer par exemple, un Français qui meurt domicilié à Berlin, laissant des héritiers légitimes et des biens tant meubles qu'immeubles. Il faut supposer aussi que ces biens se trouvent non-seulement en France et en Prusse, mais en divers pays soumis à des législations différentes.



*La loi française* telle que nous l'interprétons (1) n'élèvera qu'une prétention, celle de régir les immeubles situés en France. Elle regardera la loi prussienne comme seule compétente pour régler la succession quant aux meubles, quel que soit le lieu de leur situation. Quant aux immeubles situés à l'étranger, elle admettra qu'ils soient régis par les lois des pays où ils seront situés (2).

1. Un jugement du tribunal du Havre, du 28 août 1872 s'est prononcé en France dans le sens de la théorie de la personnalité de la loi de la succession. Cette décision isolée, très bien motivée en théorie, n'a pas eu d'influence sur la jurisprudence qui s'en tient avec raison à ses anciennes données.

2. L'affaire de la succession Forgo, une des plus célèbres de l'époque actuelle, a mis une fois de plus en discussion la question du domicile des étrangers. Par suite de la combinaison des circonstances, elle a abouti aux conséquences les plus irrégulières, au milieu des péripéties judiciaires les plus variées.

Le nommé Forgo, enfant naturel, bava­rois de naissance, est décédé à Pau en 1869, laissant une fortune mobilière considérable, assise en France. Bien que Forgo ait servi dans l'armée française, et ait en toutes circonstances agi et été regardé comme français, il était resté bava­rois et n'avait pas demandé l'autorisation de fixer son domicile en France. L'administration de l'enregistrement se saisit, à défaut d'héritiers, de sa succession.

Les consorts Ditschl, bava­rois, cousins de Forgo par sa mère naturelle, réclamèrent. Ils alléguèrent que la succession étant mobilière, devait être régie par la loi du domicile, et que Forgo n'ayant pas de domicile légal en France, ce domicile devait être réputé en

La loi prussienne, toujours en nous plaçant au point de vue des interprétations les plus admises, tient pour le système de la loi du domicile. Au point de vue prussien,

Bavière, que par suite la loi bavaroise était applicable. Or, la loi bavaroise appelle les collatéraux à la succession de l'enfant naturel.

Le 24 avril 1873, jugement du tribunal de Pau qui déboute les consorts Ditschl.

Le 14 mars 1874, arrêt de la Cour de Pau, confirmant le jugement.

Le 5 mai 1875, arrêt de cassation qui casse l'arrêt de Pau. Le jugement et l'arrêt de Pau avaient considéré, qu'eu égard aux circonstances, le domicile de Forgo, qui avait passé son existence à Pau, devait être considéré comme suffisant pour attribuer compétence à la loi française, qui n'admet pas les collatéraux à la succession des enfants naturels. La Cour de cassation maintint sa jurisprudence et déclara que le domicile de fait n'équivalait jamais à un domicile légal.

L'arrêt de Pau était ainsi cassé, l'affaire fut renvoyée devant la Cour de Bordeaux pour être statué sur l'appel.

La Cour de Bordeaux, par un arrêt du 24 mai 1876, donna gain de cause aux consorts Ditschl. Elle admit par suite la jurisprudence de la Cour de cassation, et reconnut que le domicile de Forgo devait être en Bavière.

Jusque là, l'affaire s'était montrée sous un jour relativement simple : la question était de savoir si l'étranger pouvait avoir, sans autorisation, un domicile attributif de compétence à la loi française.

Sur un nouveau pourvoi de l'administration de l'enregistrement, la Cour de cassation cassa cependant l'arrêt rendu en quelque sorte sous son inspiration. Mais elle le cassa en se fondant sur une des considérations complètement étrangères aux premiers débats.

« Attendu, dit cet arrêt du 24 juin 1878, que suivant le droit ba-

la succession tout entière devra être régie par la loi prussienne, sans distinguer entre les meubles et les immeubles, entre les biens qui se trouvent en Prusse et ceux qui se trouvent au dehors.

Si nous supposons qu'une partie des biens de la succession se trouve en Italie, nous nous rencontrons en face d'une législation complètement différente : en vertu de l'art. 8, les biens seront régis, sans distinction de nature ou de lieu, par la loi nationale, c'est-à-dire par la loi

varois, les meubles corporels ou incorporels sont régis par la loi de leur situation, combinée en matière de successions avec la loi du domicile de fait ou résidence habituelle du défunt. »

Il se trouve, en effet, que tandis que la loi française n'accorde aucune valeur au domicile de fait, la loi bavaroise ne connaît pas la notion de domicile théorique qui prend une si large place dans la législation française, et ne tient compte que de la résidence de fait. Si donc la loi bavaroise était applicable, ses propres doctrines conduiraient à appliquer la loi française : conflit négatif fort curieux.

La Cour ajoutait, motif d'intérêt secondaire, que Forgo pouvait être considéré comme ayant perdu la nationalité bavaroise en vertu de la charte du 28 mai 1816.

L'arrêt de Bordeaux ainsi mis à néant, l'affaire vint en appel devant la Cour de Toulouse. Par arrêt du 22 mai 1880, celle-ci sanctionna la théorie de la Cour de cassation, concernant l'interprétation du droit bavarois, admit d'autre part que Forgo ayant été amené en France, alors qu'il était mineur, par sa mère domiciliée à Strasbourg, pouvait avoir acquis domicile de cette manière indirecte, et débout encore une fois les consorts Distchl.

française. Ainsi, au lieu de revendiquer le droit de régir la succession tout entière, comme la loi prussienne, ou la succession immobilière tout au moins, comme la loi française, la loi italienne se déclare incompétente.

Il ne peut y avoir de conflit entre la loi italienne et la loi française dans le sens positif, c'est-à-dire que les deux législations ne se disputeront pas le pouvoir de régir la transmission d'une partie quelconque des biens situés en Italie.

Mais il y aura un conflit négatif ! La loi française, en vertu de ses principes, laisse à la loi prussienne le soin de régir les meubles situés en Italie, et à la loi italienne celui de régir les immeubles. La loi italienne se déclarant incompétente, comment sera réglé le sort des biens situés en Italie ?

Nous pensons que la solution la meilleure à ce conflit négatif serait que les tribunaux italiens appliquassent dans cette espèce l'esprit de l'arrêt de la Cour d'appel de Macerata qui a donné lieu à l'arrêt de Cassation cité par M. Du Bois, dans la préface du livre de M. Antoine. Nous reproduisons en les adoptant, les considérations de cet excellent jurisconsulte :

1° Que la décision de la Cour d'appel soit plus conforme au texte de l'article 8, à sa *lettre*, que celle de l'arrêt de Cassation (déclarant l'art. 8 inapplicable aux immeubles situés hors de l'Italie et possédés par un Italien) ; c'est

ce qui est tout d'abord évident. Cet article porte que « les successions... sont régies par la loi nationale du défunt de quelque nature que soient les biens, et dans quelque pays qu'ils se trouvent ».

« 2° Nous reconnaissons que l'esprit de la loi doit l'emporter sur sa *lettre*. Si donc l'intention du législateur italien de restreindre l'application de son principe, de la manière indiquée dans l'arrêt de Cassation, est bien constatée, nous admettons qu'elle doit prévaloir sur le texte. Mais la preuve de cette intention du législateur italien n'est nullement donnée dans l'arrêt de Cassation : on n'y trouve à cet égard qu'une pure affirmation. L'étude des travaux préparatoires du Code italien fournirait peut-être quelques renseignements à ce sujet. Ne les ayant pas à notre disposition, nous ne pouvons nous prononcer sur ce point en connaissance de cause. Mais ce que nous pouvons dire, c'est qu'une preuve bien claire de l'intention prétendue est indispensable. En effet on ne saurait présumer la contradiction chez le législateur. Or si le législateur italien avait effectivement voulu apporter à son principe la restriction dont il s'agit, il se serait mis en contradiction avec les motifs mêmes sur lesquels reposent lesdits principes. »

« 3° Quelle est la raison de soumettre les successions, même immobilières, à la loi nationale du défunt ? C'est

que « le droit des successions a un lien si étroit avec le droit de famille, qu'il peut en être considéré comme une émanation » (Mancini, *Rapport à l'Institut du droit International*, session de Genève, 31 août 1874). Si c'est là le motif de régler selon la loi personnelle du défunt la succession, même à ses immeubles, et ce motif est, en effet, décisif selon nous, il faut, pour être logique, appliquer la règle aux immeubles situés en quelque pays que ce soit, car les droits de famille suivent l'étranger en tous lieux. Le passage du rapport que nous venons de citer fournit un grave argument contre la vraisemblance de l'intention attribuée au législateur italien dans l'arrêt de Cassation, et l'on ne saurait récuser en cette matière le témoignage de M. Mancini : on sait qu'il a pris la part la plus active et la plus efficace à la rédaction et au vote des *dispositions préliminaires* du Code civil Italien. »

La jurisprudence contenue dans l'arrêt de Macerata fournirait un argument *a contrario* au système que nous croyons préférable. Du moment, en effet, que la magistrature italienne s'efforcerait d'appliquer la loi italienne à des immeubles situés hors d'Italie, elle serait conduite d'une manière toute naturelle à appliquer toujours la loi française aux immeubles italiens des Français, quel que fût leur domicile.

Avec le droit prussien, le conflit n'est plus négatif, mais positif, et porte sur une importante question. La loi prussienne prétend régir tous les immeubles, même ceux qui sont situés en France. La loi française n'admet pas cette prétention et entend régir la succession quant aux immeubles qui font partie du territoire français.

Comme il n'y a pas de traité faisant loi entre les deux nations, le conflit éclate.

Ce conflit n'est pas simplement théorique. Nous ne pouvons relever toutes les divergences entre les deux législations, choisissons-en une, très importante, pour faire voir un cas où le conflit est pratique.

Le français *de cuius*, que nous avons supposé décédé dans son domicile à Berlin, a laissé en France son père prussien et un frère français. La législation varie beaucoup en ce qui concerne la vocation des parents de cette catégorie ; la loi française les appelle tous deux, la loi prussienne n'appelle que le père.

Voilà un conflit bien caractérisé. Le père s'adressera, au besoin, aux tribunaux prussiens, pour se faire remettre tous les biens successoraux, meubles et immeubles sur lesquels la puissance publique prussienne pourra exercer son empire. Le frère s'adressera au contraire aux Tribu-

naux français, s'il le faut. Il réclamera sa part. Naturellement il n'obtiendrait rien en Prusse, et par suite ne demandera rien aux autorités de ce pays. Mais en France il invoquera la loi de 1819.

On se trouverait, sans l'existence de cette loi, dans une situation assez simple, d'ailleurs préjudiciable au frère.

Celui-ci n'aurait, d'après la loi française elle-même, de part que dans les immeubles situés en France. Il n'aurait aucun droit sur les immeubles situés en Prusse, ni même sur les meubles situés en France.

S'il peut invoquer le bénéfice de la loi de 1819, il aura chance d'obtenir compensation. L'article 2 lui permettrait de retenir sur les immeubles et sur les meubles situés en France, l'équivalent de ce que la loi étrangère, par sa discordance avec la loi française, pourrait lui faire perdre. Interprété dans ce sens, l'article 2 aurait pourvu la loi française d'une sorte de force de pénétration qui aboutirait à lui faire régir d'une manière indirecte, même les successions d'immeubles sis à l'étranger. Elle donnerait, en effet, à celui qu'elle favorise, une part dans les immeubles étrangers, part en équivalent, par suite de l'impossibilité de faire des actes de puissance hors de la frontière.

Cette interprétation de l'article 2, qui acquiert ainsi une



importance si grande et modifie si profondément le vieux système réaliste est-elle exacte (1)?

Oui, le frère exclu par la loi prussienne pourra prendre en France, par équivalent, ce que la loi prussienne lui

1. On a cherché à appliquer l'article 2 dans des hypothèses plus douteuses encore. On a voulu, cette fois, à tort selon nous, l'appliquer même entre français.

Ainsi supposons qu'un Italien meure, laissant des immeubles valant 100, situés en France, et des immeubles de même valeur situés en Italie; la succession est dévolue à son père et à son frère français. Ceux-ci partagent par moitié d'après la loi italienne, tandis que la loi française accorde un quart au père et trois quarts au frère : les deux législations sont en conflit.

Le partage ayant eu lieu en Italie, et le père ayant obtenu 50, le frère peut-il lui dire qu'alors il n'a rien à réclamer en France, puisqu'il a reçu le quart de la succession totale; celle-ci, en tant que dévolue à des Français, ne doit-elle pas former une seule masse, régie uniquement par la loi française?

La Cour de cassation applique l'article 2 (V. Ch. civ. c. 27 avril 1868, D. 68, 1, 302; Dijon, 18 janvier 1872, D. 74, 5, 466; Paris, 14 janvier 1873, D. 74, 2, 234).

Voici les considérations sur lesquelles s'appuie la Cour de cassation et la jurisprudence.

« La disposition de l'article 2 est générale et absolue; surtout, elle ne comporte pas, avec la diversité des solutions qui lui est propre, la distinction proposée entre le cas où les héritiers français concourent avec les héritiers étrangers, et celui où il n'existe que des héritiers français concourant entre eux. Il en résulterait, en effet, que tandis que par dérogation au droit commun et uniquement pour favoriser

fera perdre en Allemagne. Dans cette mesure, la loi française s'écartera de la règle que la loi du domicile régit les

l'héritier français, l'héritier étranger serait privé du bénéfice de la loi qui régit, dans son pays, la transmission des biens ; il arriverait d'un autre côté que cette même loi couvrirait, au contraire, de son immunité, en lui assurant tous les avantages, l'héritier français contre son cohéritier français, ce qui n'irait à rien moins qu'à la négation directe entre eux, et à l'occasion d'une succession française, du principe même de l'égalité des partages. La loi précitée, loin de déroger à ce principe, n'en peut être considérée que comme une application nouvelle et extensive. Le principe de l'égalité des partages tient à l'ordrepublic. »

Cette argumentation n'est pas fondée, pensons-nous. La loi de 1819 est obscure, cela est vrai, mais non pas au point de permettre une semblable interprétation.

La meilleure méthode pour ne point se tromper dans la solution est de chercher ce que les auteurs de la loi devaient avoir dans l'esprit quand ils ont fait cet article. Si l'on se reporte aux travaux parlementaires, on remarque une tendance à croire que les nations étrangères vont chercher à profiter des concessions de la France sans en faire aucune. C'est là un point que personne ne conteste.

Cette tendance était assez naturelle de la part des législateurs qui modifiaient la décision arbitraire du Code pour des motifs d'intérêt, sans tenir compte des principes. Du moment que la France n'avait plus rien à accorder par traité, on pensait que l'Europe ne ferait pas de concession. C'était une considération inexacte comme point de départ et comme conclusions : le régime du Code avait produit fort peu de traités, et en sens inverse l'Europe est aujourd'hui de pair avec la France ou en avance sur elle dans cette voie libérale où l'on craignait de ne pas les voir s'engager.

meubles, et elle permettra au frère, qui n'est pas héritier cependant aux yeux de la loi du domicile, de faire main basse, jusqu'à concurrence de ses droits, sur les meubles situés en France. Elle modifiera son système de partage

L'article 2 est envisagé par les auteurs de la loi comme un correctif à l'article 1 plutôt que comme une disposition plus générale et d'une extension indéfinie. Il est certainement fait pour empêcher que les héritiers étrangers auxquels l'article 1 ouvre l'accès des biens français cherchent à s'avantager en se prévalant dans leur pays de quelque loi excluant les héritiers français, et en invoquant cependant en France la disposition nouvelle. On impose en fait aux héritiers étrangers qui peuvent invoquer l'article 1 une condition : celle de renoncer aux privilèges établis par la loi étrangère.

De cette idée on doit conclure : 1° que peu importe la nationalité de l'individu mort en France, et que par suite l'article est applicable dans le cas d'un *de cujus* français. On doit en conclure aussi : 2° que le conflit doit avoir nécessairement lieu, selon l'esprit de la loi, entre un Français et un étranger venant à la même succession ; 3° que l'application de celle-ci ne pourrait avoir lieu dans l'hypothèse du conflit entre héritiers français ; 4° qu'elle ne pourrait avoir lieu si le conflit existait entre deux étrangers.

Assurément l'espèce que nous examinons est de nature à produire des lésions d'intérêts, avec notre système, mais en 1879 comme dans l'ancien droit, si on n'avait pas songé à obvier à ces inconvénients « c'est parce qu'un Français gagnait ce que l'autre perdait, tandis qu'on ne peut pas avoir la même indifférence pour les avantages d'un étranger sur un Français » (*Travaux préparatoires*, Locré X, 303).

Notre opinion est aussi celle de Laurent et notamment de M. Louis

pour lui permettre de prendre dans les immeubles plus qu'il n'aurait fait s'il n'était pas autorisé à recevoir compensation.

Donc, conflit sur tous les points : la loi prussienne repoussée par principe quant aux immeubles, par exception quant aux meubles ! Et quel mode de règlement !

Il est heureux que les législateurs n'aient pas tous eu l'idée bizarre d'introduire dans leur œuvre l'équivalent de l'article 2. Le règlement des successions, déjà difficile, deviendrait absolument impossible, par suite de la complication des représailles.

L'opinion que nous venons d'appliquer par rapport à l'article 2 de la loi de 1819 n'est pas universellement admise. Elle nous paraît cependant résulter d'une manière directe du texte absolu de l'article 2. Cet article ne distingue pas entre le cas où l'exclusion du Français résulte d'une disposition hostile à la France, ou d'une disposition générale.

C'est aussi l'avis de M. Louis Renault (p. 27) : « L'exclusion des Français pourrait n'avoir été que le résultat

Renault (p. 33) : « Concluons donc fermement, dit ce dernier, que, quand les héritiers sont tous français, il faut appliquer la doctrine générale sans restriction, c'est-à-dire suivre la loi nationale pour les meubles, et la loi de la situation pour les immeubles. »

normal de la loi étrangère, qui règle la dévolution de la succession autrement que la nôtre. Le prélèvement aurait-il néanmoins lieu ? L'affirmative n'est pas douteuse au point de vue des textes ; l'article 2 est aussi absolu que possible, et sa portée est confirmée par l'exposé des motifs qui, rappelant les inégalités résultant de la diversité de nos coutumes s'exprime ainsi : « Si on n'avait pas songé à y obvier, c'est parce qu'un Français gagnait ce que l'autre perdait, tandis qu'on ne peut pas avoir la même indifférence pour les avantages d'un étranger sur un Français. » Il résulte de là que, si les immeubles composant une succession sont situés à la fois en France et à l'étranger, qu'il y ait des cohéritiers français et étrangers, il ne sera pas absolument vrai de dire, comme nous l'avons dit plus haut, que chaque succession est régie par la *lex rei sitæ*, et doit être réglée d'une manière indépendante, comme si elle existait seule. On ne laisse pas à la loi étrangère son application normale, puisqu'on en corrige les résultats en France, autant du moins qu'il est possible, ce qui pourra amener des conflits à peu près insolubles, car pourquoi ne procéderait-on pas de même à l'étranger. »

C'est sous la protection de la même autorité que nous plaçons notre opinion en ce qui concerne le prélèvement sur les meubles :

« Sur quels biens s'effectue le prélèvement ? dit M. Renault (p. 28). Sans difficulté sur les immeubles situés en France, quel que soit le lieu de l'ouverture de la succession. Mais *quid* des meubles ? Ne rentrent-ils pas également dans l'expression très générale des *biens situés en France* ? L'affirmative ne fait pas de doute quand il s'agit d'une succession régie par la loi française, c'est-à-dire quand le *de cujus* était soit français, soit domicilié en France. Il n'en est pas de même quand les meubles dépendent d'une succession ouverte à l'étranger ; la règle *mobilia sequuntur personam* est alors une grave raison de douter et on peut dire qu'au point de vue successoral, les biens sont situés non en France, mais au domicile du propriétaire. L'opinion contraire est plus conforme au texte d'abord, qui ne distingue pas, puis à l'esprit de la loi de 1819, qui a voulu que, autant que possible, les droits des héritiers français en concours avec des héritiers étrangers fussent réglés par la loi française. Ajoutons que, pratiquement, c'est surtout à l'occasion des biens de ce genre qu'il y aura lieu d'effectuer le prélèvement. »

---

## APPENDICE

Nous avons terminé l'étude des conflits. Il nous aurait été facile de multiplier les exemples contenus dans notre dernier chapitre.

Quel est le moyen de mettre fin à de pareilles divergences, et à ces représailles ? Comment faire cesser un état de choses aussi préjudiciable à la notion de fixité et d'uniformité qui doit être celle de la justice ? Comment faire cesser le préjudice immense qu'il cause aux intérêts particuliers ?

Deux moyens se présentent.

Ou bien que les nations adoptent, chacune chez elle, une législation uniforme : ce qui n'est peut-être pas très réalisable.

Ou bien qu'il intervienne entre elles des traités, réglant les successions d'étrangers.

Citons à titre de documents certains passages de traités conclus par la France.

Traité du 11 décembre 1866 avec l'Autriche.

Art. 1 : « Les sujets des deux hautes parties contractantes pourront disposer par testament, legs, donation ou

autrement, de tous les biens qu'ils posséderaient dans les territoires des États respectifs.

Ils seront habiles à recevoir de la même manière que les nationaux les biens situés dans l'autre pays qui leur seraient dévolus à titre de donation, legs, testament, ou même par *succession ab intestat*, et les dits héritiers, légataires ou donataires, ne seront pas tenus à acquitter des droits de succession ou mutation autres ni plus élevés que ceux qui seraient imposés dans des cas semblables aux nationaux eux-mêmes.

Ils auront la faculté de faire dresser leurs dispositions de dernière volonté par les consuls ou chanceliers de leur nation.

Art. 9. — La succession aux biens immobiliers sera régie par les lois du pays dans lequel les immeubles seront situés et la connaissance de toute demande ou contestation concernant les successions immobilières, appartiendra exclusivement aux tribunaux de ce pays.

Les réclamations relatives aux successions mobilières ainsi qu'aux droits de succession sur les effets mobiliers laissés dans l'un des deux pays par les sujets de l'autre pays, soit qu'à l'époque de leur décès ils y fussent établis, soit qu'ils y fussent simplement de passage, seront jugées par les tribunaux ou autorités compétentes de l'État auquel



appartenait le défunt, et conformément aux lois de cet État (1).

*Convention du 1<sup>er</sup> avril 1874 avec la Russie*

ART. 10. — La succession aux biens immobiliers sera régie par les lois du pays dans lequel les immeubles seront

1. Le traité intervenu entre la France et l'Autriche exclut évidemment l'application de l'article 2 de la loi de 1819 contre un Autrichien. Les Autrichiens ne peuvent être soumis à des restrictions qui ne seraient pas imposées à des Français. Mais *quid* des traités qui ne feraient que stipuler l'abolition du droit d'aubaine, et *quid* surtout des traités antérieurs à 1819 ?

Il nous semble évident que les traités antérieurs à 1819 ne peuvent avoir été modifiés par la disposition unilatérale de la loi. L'article 2, comme toute la loi de 1819, n'existe pas quant aux sujets des nations qui avaient traité avant cette époque. La liste des traités antérieurs à 1819 se trouve dans Antoine, p. 40 et 48 ; nous l'avons reproduite plus haut. Il est à remarquer que beaucoup de ces traités sont abrogés par des causes diverses. Aussi la question présente-t-elle peu d'intérêt pratique.

En ce qui concerne les traités qui ne stipuleraient que l'abolition du droit d'aubaine, et dont la date serait postérieure à 1819, nous n'en connaissons pas. S'il en intervenait, M. Louis Renault (p. 30) pense que l'article 2 serait applicable. V. dans le même sens, MM. Aubry et Rau, V, § 592 ; E. Haus, *le droit privé qui régit les étrangers en Belgique*, n° 71.

situés, et la connaissance de toute demande ou contestation concernant les successions immobilières, appartiendra exclusivement aux tribunaux de ce pays.

Les réclamations relatives aux partages de successions mobilières, ainsi qu'aux droits de succession sur les effets mobiliers laissés dans l'un des deux pays par des sujets de l'autre pays, seront jugées par les tribunaux ou autorités compétents, de l'Etat auquel appartenait le défunt, et conformément aux lois de l'Etat, à moins qu'un sujet du pays où la succession est ouverte n'ait des droits à faire valoir à la dite succession.

Dans ce dernier cas, et si la réclamation est présentée avant l'expiration du délai fixé par l'article 5 (6 ou 8 mois), l'examen de cette réclamation sera déféré aux Tribunaux ou autorités compétentes du pays où la succession est ouverte, qui statueront conformément à la législation de ce pays sur la validité des prétentions du réclamant et s'il y a lieu sur la quote-part qui doit lui être attribuée.

Lorsqu'il aura été désintéressé de la quote part, le reliquat de la succession sera remis à l'autorité consulaire qui en disposera à l'égard des autres héritiers conformément aux autres dispositions de l'article 8.

La doctrine qui résulte de ces deux textes est que si la *lex rei sitæ* demeure applicable aux immeubles, la loi natio-

nale, et non plus la loi du domicile sera applicable aux meubles. Cette doctrine réalise, au point de vue scientifique, un progrès sur celle du Code que nous avons exposée.

---

# DROIT ROMAIN

---

## DES CONDITIONS ESSENTIELLES

### POUR LA FORMATION DU MUTUUM

---

#### INTRODUCTION.

Le *mutuum* est le premier et le plus caractéristique des quatre contrats réels (1). Bien qu'il réponde approximati-

1. Nous ne parlons évidemment qu'au point de vue de la terminologie classique, dont le système de division quaternaire des contrats est bien connu. Autrement la proposition serait inexacte. Au point de vue chronologique, en effet, il n'y a point de raison pour que le *mutuum* ait précédé les autres contrats réels. Le *nexum* aurait pu, il est vrai, l'avoir engendré avant les autres, mais il n'en existe aucune preuve, et il n'est pas démontré non plus que tous les contrats réels de la liste classique aient leur origine dans le *nexum*. Au point de vue pratique, le *commodat* devait être bien plus fréquent dans les rapports journaliers et de voisinage. Le fait, c'est que dans la liste des quatre contrats, le *mutuum* marche en tête; le pourquoi,

dans les contrats consensuels. Dans le *mutuum*, au contraire, la *res*, quoique également exigée par la nature des choses, a toute la valeur d'une solennité civile : comme les paroles dans la stipulation, comme l'écriture dans le contrat *litteris*, elle limite à ce qu'elle contient la portée et les effets du consentement ; autant il y a dans la dation, autant il y aura dans l'obligation. A ce point de vue donc, le *mutuum* romain présente quelque chose du caractère artificiel que j'ai relevé dans les contrats *verbis* et *litteris*, tandis que le *commodat*, le dépôt et le gage se rapprochent sensiblement des contrats consensuels. » M. Accarias, *Précis de Droit Romain*, t. II, n° 584.

Indépendamment de ce caractère quasi solennel, la *res* dans le *mutuum* a une portée différente de celle qu'elle a dans les autres contrats réels. Il n'est pas possible de traduire en français le mot *res*, il est technique et correspond à une idée qui n'existe pas dans les sociétés modernes. Il faut bien se garder surtout de le traduire par le mot chose. L'inconvénient serait double. D'abord une confusion possible et facile avec les choses données par le prêteur à l'emprunteur, choses qu'on exprime par le terme technique *mutuum*, comme le contrat lui-même. Ensuite une impropriété absolue, car la *res* est essentiellement un fait. Il y a déviation absolue du sens littéraire du mot.

tivement au prêt d'argent ou de denrées de notre droit moderne, il présente dans la législation romaine un certain cachet d'originalité qui rappelle quelquefois le *nexum* auquel il a succédé comme moyen de s'obliger. Aussi les jurisconsultes romains l'ont-ils développé avec une préférence marquée dans leurs ouvrages. C'est ainsi que, dans ses *Commentaires*, Gaius l'étudie seul parmi les contrats réels, négligeant, malgré leur importance grande aussi, le *commodat*, le dépôt et le gage. C'est avec juste raison qu'on a fait du *mutuum* le type des contrats réels. En étudiant les conditions essentielles de sa formation nous ne tarderons pas à nous assurer qu'il est, en quelque sorte, plus réel, plus empreint de réalité que les autres.

Tous les quatre se forment *re*, mais ce caractère de réalité est de nature un peu différente dans le *mutuum* d'un côté, et de l'autre dans les contrats de *commodat*, de dépôt et de gage. Il est autre, et pour ainsi dire moindre dans ces trois derniers contrats.

« Dans le *commodat*, dit M. Accarias, le dépôt et le gage, la *res* n'est qu'une condition de la formation du contrat ; mais cette condition remplie, le consentement des parties opère avec même liberté et même puissance que c'est peut-être le hasard, mais plutôt le caractère particulièrement strict de sa réalité.

*Res*, c'est la tradition même, acte générateur du *mutuum*. Ainsi donc, dire que le contrat se forme *re* équivaut à dire qu'il se forme par la tradition. Au reste, il ne faut pas non plus vouloir étendre cette signification au delà des limites de notre matière. *Res*, qui signifie ici la tradition, signifiera au contraire dans la matière des délits l'acte délictueux générateur d'obligation. Dans les deux hypothèses *res* signifie un acte générateur d'obligation, mais la nature de l'acte est complètement différente.

La tradition qui crée le *mutuum* est une tradition translatrice de propriété. La tradition dans les autres contrats réels ne produit pas une semblable translation. Cette différence sépare profondément les deux classes de contrats réels et donne au *mutuum* une physionomie typique. Ce caractère n'est point propre au *mutuum* romain ; bien que celui-ci l'exagère peut-être un peu, on le retrouve dans le prêt de consommation de toutes les législations possibles. C'est une condition absolument nécessaire et rationnelle du prêt de consommation, que la propriété soit transférée à l'emprunteur. Celui-ci ne peut tirer d'avantage du contrat que par la consommation de la chose. Celle-ci n'est empruntée que pour être consommée et détruite, l'argent dépensé, le blé converti en farine ou confié à la terre, le vin bu, les marchandises vendues.

On comprend au contraire qu'il ne soit point nécessaire dans les autres contrats réels que l'*accipiens* devienne propriétaire de la chose livrée, et qu'une semblable translation de propriété irait plutôt contre le but proposé. Celui qui reçoit une chose en commodat, en dépôt ou en gage est tenu de la rendre en nature et non en équivalent. Le commodataire a le droit de se servir de la chose, mais sans la consommer. Il peut employer au travail les bœufs qui lui ont été prêtés, mais il ne peut pas les abattre, en consommer ou faire consommer la chair, et satisfaire ensuite à ses obligations par la restitution de bœufs d'une valeur égale et même d'une apparence extérieure aussi identique que possible. Dans le cas de commodat, et à plus forte raison dans celui des deux autres, la translation de propriété serait bien inutile, et même pourrait, en substituant au droit réel sanctionné par la revendication un droit de simple créance, aboutir en pratique à de graves inconvénients.

Un caractère essentiel, intimement connexe avec celui que nous venons d'indiquer, différencie de la même manière le *mutuum* des autres contrats réels. Dans le *mutuum* celui qui reçoit la chose ne devant point la rendre elle-même, mais par équivalent, contracte une obligation de genre. Dans le commodat, le dépôt est le gage, la dette est, au contraire, une dette de corps certain.



Si l'on envisage maintenant la solution, on remarque encore dans le *mutuum* un phénomène correspondant. Le *commodat*, le dépôt et le gage aboutissent à une restitution de la chose, physiquement identique. Il y a donc, là encore, une tradition non translatrice de propriété. Le contrat de *mutuum* aboutit au contraire à une translation de propriété. Lui aussi, il finit comme il a commencé, mais comme il a commencé autrement, il finit d'une manière différente. Ainsi donc, tous les contrats qui se sont formés *re*, par tradition, se paient par tradition, et la différence qui existe au commencement se continue jusqu'à la fin.

Il ne faut jamais oublier d'aborder chaque question de cette matière en s'aidant des indications fournies par le but que se proposent les parties en contractant. Dans le gage, le créancier se propose en recevant la chose d'assurer le remboursement de sa créance, et le débiteur d'asseoir son crédit. Dans le dépôt, l'une des parties cherche à assurer la garde de sa chose, et l'autre à rendre service. Dans le *commodat*, le commodataire se procure une chose utile dont il a momentanément besoin, et que le commo-  
dant lui prête dans un but gracieux. Dans le *mutuum*, il y a plutôt une espèce d'échange discontinu. Le contrat porte sur des choses de consommation que l'un possède et que l'autre ne possède pas.‡ Il se trouve que celui qui n'a

pas a besoin de consommer, il ne peut y arriver que par une acquisition de propriété, puisque ce qu'il se propose d'exercer est un *jus abutendi*, dont l'existence légale implique propriété chez celui qui l'exerce en son propre nom.

Il pourrait y parvenir par un achat pur et simple, sauf dans le cas de prêt d'argent. Mais il n'a pas d'argent ou ne veut pas acheter, et d'autre part s'attend à avoir dans un délai déterminé surabondance de la même chose. C'est alors qu'intervient le *mutuum*, comprenant une translation de propriété et une tradition à l'origine, et plus tard une autre translation par tradition à la fin.

De même qu'on a appelé la vente une moitié d'échange, voulant exprimer par là d'une manière pittoresque mais inexacte que l'argent obtenu par la vente sert seulement de moyen d'achat, de même on peut regarder le *mutuum* comme une espèce d'échange discontinu, où l'une des translations de propriété est immédiate et l'autre transférée, ou comme une vente et un achat sans argent. Il y a une aliénation immédiate de propriété contre promesse d'une aliénation équivalente, que le preneur s'engage à réaliser dans l'avenir.

Mais il ne faut point pousser trop loin la comparaison avec l'échange. S'il y a ce point commun il y en a d'autres qui constituent de graves différences. L'échange notamment

ne présente point ce caractère essentiel de porter sur des quantités (1).

1. Ce changement de propriétaire qu'éprouvent les choses, et l'es-pèce d'échange qui intervient entre les parties ont peut-être concouru à la formation du nom du contrat. Il est possible qu'il y ait du vrai dans l'idée de Paul et de Gaius, reproduite par Justinien dans les *Institutes* : « *Mutuum appellatum est, quia ita a me tibi datur, ut ex meo tuum fiat* » (Voy. Paul, l. 2, § 2. D. de reb. creditis ; Gaius, III, § 90 ; *Institutes de Justinien*, l. III, t. XIV, pr.).

Mais il ne faut pas prendre à la lettre ce que disent ces textes. On est fixé depuis longtemps sur la valeur immédiate des étymologies données par les jurisconsultes romains, et qui sont en général des jeux de mots. On ne doit prendre que la donnée première, à savoir que le mot peut venir de la fusion des idées de mien et de tien.

M. Accarias, qui paraît beaucoup tenir à l'idée d'échange, fait venir *mutuum* de la même racine que *mutare*.

Ces deux étymologies sont peut-être aussi erronées l'une que l'autre et prouvent peut-être simplement qu'il faut ne point trop chercher à interpréter les mots de manière à les faire cadrer avec des systèmes. Le témoignage de Varron nous apprend que les Siciliens se servaient du mot équivalent  $\mu\omicron\tau\tau\omicron\nu$ . « *Si datum quod reddatur, mutuum, quod Siculi  $\mu\omicron\tau\tau\omicron\nu$*  » ( Varron, *de lingua latina*, V., 179). *Mutuum* peut venir de  $\mu\omicron\tau\tau\omicron\nu$ , ou, mettons tout le monde à son aise, *mutuum* venir de *meo tuum* ou de *mutare*, et  $\mu\omicron\tau\tau\omicron\nu$  de  $\mu\omicron\tau$ , à moi et  $\tau\omicron\nu$  ou  $\tau\omicron\nu$ , tien. Mais il est parfaitement possible aussi que les deux mots, dont il faut rapprocher celui de *Mohatra*, aient une origine sémitique ou phénicienne, et aient été empruntés, par exemple, à la terminologie des marchands de Carthage. Seulement la question ne nous regarderait plus, mais les philologues et ceux qui recherchent les origines et les voies de transmission des institutions juridiques.

En réunissant toutes ces notions nous arrivons à nous faire une idée exacte de la physionomie du contrat de *mutuum*. On peut le définir : « Un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses que cette dernière est autorisée à consommer, à charge par elle de rendre, à l'époque convenue, une pareille quantité de choses de même espèce et qualité. »

Cette définition résume les notions que nous avons placées devant et contient les éléments nécessaires du contrat. C'est l'examen détaillé de ces éléments, conditions essentielles de l'existence et de la formation du contrat, qui fera l'objet de cette étude.

Il faut pour qu'il y ait *mutuum* la réunion de conditions essentielles se rapportant à trois ordres d'idées :

- 1° A la convention de *mutuum* ;
- 2° Au moyen de réaliser la convention ;
- 3° Aux choses qui font l'objet du *mutuum*.

Par rapport à la convention de *mutuum*, la formation du contrat exige :

- 1° La volonté de transférer la propriété ;
- 2° La volonté de créer une obligation de rendre ultérieurement :

Pour réaliser la convention il faut :

- 1° Un fait physique de remise ;

2° La possibilité légale que ce fait produise une translation de propriété ;

Par rapport aux choses il faut :

1° Qu'elles soient par nature susceptibles de faire l'objet d'un *mutuum* ;

2° Que les choses livrées et les choses à rendre soient :  
a) fongibles ; b) équivalentes ; c) distinctes.

---

## CHAPITRE I

### DE LA CONVENTION DE MUTUUM

§ 1. — *Volonté réciproque de réaliser par la tradition une translation de propriété.*

Dans tout contrat il faut un consentement, c'est-à-dire un accord réciproque de volontés sur certains points. Dans le *mutuum*, le premier point sur lequel doit exister l'accord, c'est la translation de propriété.

Si le *tradens* n'avait point l'intention de transférer la propriété, mais seulement la possession, s'il avait bien la volonté de permettre l'*usus*, mais non l'*abusus*, l'emploi définitif et qui consomme la chose, le consentement serait de la nature de celui qui intervient dans le *commodat*, et il ne pourrait se former un *mutuum*. Ainsi celui qui donnerait des vaches laitières ou des moutons chargés de leur laine pourrait avoir l'intention de permettre l'*usus*, mais non l'abattage ou la vente qui constituerait l'*abusus*. Il y a entre les deux situations la différence du *mutuum* au *commodat*.

En sens inverse on pourrait comprendre que le *tradens* ait bien l'intention de transférer la propriété, mais que l'*accipiens* ne se proposât pas de la recevoir. Celui qui reçoit le prêt peut avoir pour but l'*usus* et non l'*abusus*.

Dans ces deux hypothèses le *mutuum* ne se forme pas, car il n'y a pas *consensus*. Mais si l'on quitte la sphère de la spéculation pure, on ne risque guère de se trouver en face de cette hypothèse. Le dissentiment ne peut guère provenir que d'un malentendu sur la nature du contrat proposé. La confusion n'est d'autre part guère possible qu'entre le *mutuum* et le *commodat*. Or les choses qui peuvent faire l'objet du *mutuum* et du *commodat* sont assez différentes de nature pour que la confusion ne soit guère à craindre. Le *mutuum* suppose essentiellement des choses susceptibles de pesage et de mesurage, ou bien d'être comptées, et encore est-il comme sous-entendu que ces choses sont destinées directement à la consommation.

Il est possible que certaines choses destinées normalement à la consommation puissent être empruntées dans un autre but, par exemple, des fruits de luxe pour faire l'ornement d'un banquet, ou des pièces courantes, mais rares dans la circulation, pour servir de jetons. Mais de semblables hypothèses sont des exceptions tellement rares en pratique qu'il ne faut pas beaucoup en tenir compte.

Il ne faut pas oublier que le *mutuum* est un contrat soumis au droit commun en ce qui concerne les conditions. « *Omnia*, dit Ulpien dans la L. 7, D. *de reb. cred.*, *quæ inseri stipulationibus possunt, eadem possunt etiam numerationi pecuniæ : et ideo et conditiones* ». « Tout ce qui peut s'insérer dans une stipulation peut s'insérer aussi dans un *mutuum*, par suite aussi les conditions ».

Cette proposition n'est exacte que si on la comprend bien : le *mutuum* comporte les conditions qui ne sont pas contradictoires avec le contenu de la tradition, avec la *res* génératrice du contrat, comme nous le verrons dans le cas où il est convenu de rendre plus ou moins qu'il n'a été donné.

## § 2. — *Volonté de créer une obligation de rendre*

### I

Le *mutuum*, étant un prêt, implique d'une manière nécessaire une restitution. Un des points sur lesquels doit porter le consentement des parties est évidemment cette restitution. Il suffirait d'indiquer cette proposition et de passer, si les jurisconsultes romains, toujours amis des cas



singuliers, n'avaient étudié de près certaines erreurs, dans l'étude desquelles nous serons très bref.

« Si ego, dit Ulpien, l. 18 *D. de reb. cred.*, *pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuum accipias : Julianus scribit, donationem non esse : sed an mutua sit, videndum. Et puto, nec mutuam esse : magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. Quare, si eos consumpserit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit : quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti. Si ego quasi deponens tibi dedero, tu quasi mutuum accipias : Julianus scribit, nec depositum nec mutuum esse. Idem est, et si tu quasi mutuam pecuniam dederis, ego quasi commodatam ostendendi gratia accepti. Sed in utroque casu, consumptis nummis, condictioni sine doli exceptione locus erit. »*

« Si pensant faire une donation je t'ai livré de l'argent, et si tu l'as reçu comme un prêt, Julien écrit qu'il n'y a pas de donation. Mais il faut voir s'il n'y a pas non plus *mutuum*. Je pense qu'il n'y a pas de *mutuum*, et qu'il vaut mieux regarder les deniers comme ne tombant point dans le patrimoine de l'*accipiens*, puisqu'il les a reçus dans une fausse croyance. C'est pourquoi s'il les a consommés bien qu'il soit tenu par la condition, il pourra cependant se défendre à l'aide d'une exception de dol,

parce que la consommation des deniers a eu lieu conformément à la volonté du *tradens*. Je t'ai remis une somme à titre de dépôt, tu l'as reçue comme *mutuum*. Il n'y a ni dépôt, ni *mutuum*. Il en est de même si tu m'as donné de l'argent à titre de *mutuum*, et si je l'ai reçu à titre de *commodat*, pour le montrer. Mais dans l'un et l'autre cas, quand les deniers auront été consommés, il y aura condition sans exception de dol. »

Tous ces exemples ne sont en définitive que des applications de la règle fondamentale que le consentement exige l'accord des deux parties, *duorum in idem propositum consensus*, et que les contrats ne peuvent se former quand il n'y a pas de consentement.

Mais il faut quand on veut se servir de ce texte, ne pas oublier qu'Ulpien, en l'écrivant, était dominé par une idée à lui. Il est, en effet, l'indice révélateur de la divergence entre Ulpien et Julien sur la question de la translation de propriété par la tradition, dans le cas de défaut de *consensus*. D'après Julien, la translation de propriété était valablement effectuée par la tradition, car les parties avaient eu certainement pour but immédiat de transférer la propriété. Le défaut de *consensus* sur l'espèce du contrat n'empêchait donc pas la translation de propriété, tout en empêchant la réalisation du contrat. Ulpien au contraire

regardait le *dissensus* sur le contrat, but médiat, comme viciant le *consensus* sur la tradition et comme empêchant la translation de propriété. La doctrine d'Ulpien est plus juste, mais celle de Julien est plus juridique.

## II

Il faut que celui qui s'engage à rendre puisse valablement contracter une semblable obligation. Nous n'aurions ici qu'à renvoyer aux principes généraux si la capacité exigée pour s'engager par le *mutuum* était régie par les règles communes.

Mais il n'en est pas ainsi. Il y a des personnes qui sont en droit commun parfaitement capables de s'obliger, et qui ne peuvent pas contracter l'obligation de rendre que suppose le *mutuum*. Il nous faut par suite dire quelques mots du sénatusconsulte Macédonien.

Le sénatusconsulte Macédonien a été fait pour donner une arme défensive aux fils de famille exploités par les usuriers et pour ôter à ceux-ci le moyen de devenir un danger social. Il frappe les prêteurs d'argent à intérêts, mais ne s'étend pas à ceux qui prêtent sans intérêts ou qui prêtent sans fraude des choses autres que de l'argent.

Les termes du sénatusconsulte sont, quant au dispositif :  
« *placere, ne cui, qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis ejus in potestate fuisset, actio petitioque daretur* (1, D. XIV, 6). »

Cette disposition du SC. est une des plus exorbitantes du droit commun que les nécessités aient imposées aux Romains. Le fils de famille n'est pas obligé. Du moins il ne résulte aucune charge de l'obligation : paie qui veut.

Le sénatusconsulte semble disposer que le prêteur n'aura pas d'action, mais ce n'est pas en ce sens qu'il a été interprété par la pratique romaine. Elle en a déduit une exception. Le SC., d'autre part, n'empêche pas une obligation naturelle de survivre et de servir de base à un paiement valable.

---

## CHAPITRE II

### DU MOYEN DE RÉALISER LA CONVENTION DU MUTUUM

#### § 1. — *De la tradition*

De toutes les conditions essentielles de la formation du *mutuum*, c'est la tradition translative de propriété qui attire le plus l'attention. Nous savons que la *res* n'est pas autre chose que cette dation même. Pour pouvoir consommer, exercer l'*abusus*, il faut être propriétaire, pour être propriétaire, il faut une tradition pleine et translative de propriété.

Nous n'entrons pas dans l'étude de l'*animus*, que nous ferons en détail dans les chapitres qui vont suivre. Le *corpus* nous occupe d'une manière plus actuelle. Voici comment se fait en général la tradition. Le *tradens*, que nous supposons pour plus de simplicité être le propriétaire en personne, compte les pièces de monnaie, ou les pèse. L'*accipiens* les prend, les recompte, les accepte et les emporte. De même le blé ou le vin sont contradictoirement mesurés, et l'*accipiens* emporte la quantité fournie, qui est

généralement déduite d'une masse plus grande. La remise se fait ainsi par un acte matériel assez variable suivant les circonstances : simple livraison de la main à la main, livraison après une opération préalable de mesurage ou de pesage qui sert au preneur de vérification, détermine les choses livrées, etc.

Mais il ne faut pas oublier que la théorie de la tradition, après avoir subi les assauts de l'expérience, a été obligée de se modifier. La tradition génératrice du *mutuum* n'a pas échappé à cette loi commune. Il existe une série de textes, que nous avons à examiner. Commençons par un passage célèbre d'Africain, le *principium* de la loi 34 *D. mandati vel contra*, XVII, 1.

« *Qui negotia Lucii Titii procurabat, is, cum a debitoribus ejus pecuniam exegisset, epistolam ad eum emisit, qua significaret certam summam ex administratione apud se esse, eamque creditam sibi se debiturum cum usuris semissibus. Quæsitum est, an ex ea causa, credita pecunia peti possit? Et an usuræ peti possint? Repondit, non esse creditam : alioquin dicendum, ex omni contractu, nuda pactione, pecuniam creditam fieri posse. Nec huic simile esse, quod si pecuniam apud te depositam convenerit, ut creditam habeas, credita fiat, quod tunc nummi, qui mei erant, tui sunt ; item, quod si a debitore meo jussero et*

*accipere pecuniam, credita fiat, id enim benigne receptum est : his argumentum esse, eum qui cum mutua pecuniam dare vellet, argentum vendendum dedisset, nihilomags pecuniam creditam recte petiturum, et tamen pecuniam ex argento redactam, periculo ejus fore, qui accepisset argentum ; et in proposito igitur dicendum, actione mandati obligatum fore procuratorem, ut, quamvis ipsius periculo nummi fuerint, tamen usuras, de quibus convenerit, præstare debeat. »*

« Celui qui administrait les biens de Lucius Titius, après avoir fait rentrer des créances, lui écrivit pour lui faire savoir qu'il avait en mains une certaine somme provenant de la gestion, et qu'il la lui devrait à titre d'emprunt, avec intérêts de 6 pour 100. On a demandé si dans cette espèce on pouvait réclamer l'argent comme prêté, et si les intérêts pouvaient être demandés. Réponse : il n'y a point de prêt, autrement il faudrait dire qu'à la suite de n'importe quel contrat on pourrait réaliser un prêt par simple pacte. Il ne faut pas assimiler l'espèce avec celle où il a été convenu que vous retiendrez à titre de prêt l'argent déposé entre vos mains. Dans ce cas, il y a prêt, parce que les pièces de monnaie qui m'appartenaient deviennent aussitôt vôtres. De même le cas où je vous ai donné l'ordre de recevoir l'argent de mon débiteur ; dans ce cas, par

une décision bienveillante, on a admis l'existence d'un prêt. On peut tirer argument de ce que, dans le cas où voulant prêter on a donné à l'emprunteur de l'argenterie pour qu'il puisse la vendre, on peut légalement réclamer l'argent prêté, bien que les pièces reçues en échange de l'argenterie soient aux risques de celui qui l'aura reçue. De même dans l'espèce proposée, le mandataire sera tenu de l'action de mandat de telle façon qu'il doit fournir les intérêts convenus, les pièces restant à ses risques. »

Nous voyons dans ce texte le principe de la tradition entamé d'une manière timide, mais très effective. Tout roule, en définitive, sur la question de propriété et de manquement des pièces d'argent. Je suis créancier de Primus d'une somme de cent *aurei*. Ce qu'il me doit, c'est une somme, et non pas tels et tels *aurei*. Tant qu'il ne me paie pas, il n'y a pas individualisation, et je ne suis point propriétaire de pièces que par suite je ne puis livrer. La théorie indiquerait que, faute de tradition possible, le *mutuum* n'est pas réalisable. Africain le sent bien, mais cependant quel intérêt pratique, quelle supériorité d'avantages dans la solution contraire ! C'est à cette solution plus avantageuse qu'il s'arrête, et en se prononçant il ne paraît pas effrayé du bouleversement qu'il produit dans la théorie des conditions essentielles du *mutuum*.



Le *mutuum* sans tradition, sans remise translatrice de propriété faite par le propriétaire ! Cette tradition remplacée par un paiement que fait un tiers absolument étranger au contrat !

Dans le cas de conversion du dépôt en *mutuum*, la solution d'Africain ne paraît pas moins anormale. Il n'y a plus même en guise de *res*, de remise effectuée par un tiers à défaut du maître. Il est vrai qu'il y a eu autrefois tradition légalement faite dans un but différent, pour créer un dépôt. Cette *nuda traditio*, pour parler exactement, est complétée par l'intervention de l'*animus*, de telle sorte qu'elle devient translatrice de propriété. L'anomalie n'est pas dans le même sens que dans le cas précédent : au point de vue des principes, en est-elle moins singulière, et que dire d'un *animus* qui change après coup, quand tout est fini, et qu'il y a contrat formé ?

Ce qu'il y a de remarquable dans la doctrine d'Africain, c'est qu'il ne recourt à aucune fiction. Il considère seulement l'utilité d'une certaine solution, et quand il pense qu'on peut, avec beaucoup de bonne volonté, aller jusqu'à l'admettre, il l'admet. Cette absence de règle explique pourquoi le jurisconsulte s'arrête hésitant devant des hypothèses qui lui paraissent plus compromettantes et refuse de les admettre.

Je suis votre mandataire, je touche de l'argent pour vous, et comme j'ai besoin de contracter un emprunt, je demande à l'emprunter. Sans la théorie de la tradition, cela irait tout seul. Mais il y a la théorie de la tradition ! Comment voir une remise qui puisse servir de *res* au contrat ? Où la trouver ? De la part de celui qui se constituerait prêteur, il n'y a eu aucun acte de ce genre, même antérieur dans le temps et accompli dans un but différent. Point d'analogie avec le cas de la conversion du dépôt en prêt. D'autre part, s'il y a bien eu un versement fait par le débiteur au mandataire, ce versement a été consommé avant qu'il fut question de prêt, et il n'y a qu'une analogie lointaine avec la situation de l'emprunteur invité par le prêteur à aller recevoir l'argent prêté des mains d'un tiers débiteur.

Il n'est point douteux que l'utilité et le respect des principes se soient livrés un grand combat dans l'esprit d'Africain. Ce qui a fait pencher la balance, c'est la crainte d'aller trop loin dans la voie des concessions et de se trouver débordé. Le jurisconsulte ne pouvant trouver de biais recule devant les conséquences : « *alioquin dicendum, ex omni contractu, nuda pactioe, pecuniam creditam fieri posse.* »

De même dans le cas où celui qui veut prêter n'ayant

pas de deniers disponibles donne à l'emprunteur de l'argenterie à vendre. Il ne peut pas prêter de l'argenterie, il y aurait contradiction avec le but commun des parties, dont l'une cherche à se procurer sur le champ des deniers et l'autre se propose d'en recevoir plus tard. Dira-t-on que l'emprunteur ira d'abord comme mandataire vendre l'argenterie, et que le *mutuum* se formera par la réception du prix. Alors nous retombons, avec une faible variante, dans l'hypothèse du mandat.

Africain rejette l'idée de *mutuum* dans ces deux hypothèses, parce qu'il ne s'éloigne des principes que par des raisons d'utilité, et sans recourir à des fictions qui lui permettraient de se mouvoir avec plus de facilité. Au reste, il concilie autrement les intérêts en admettant que les pièces de monnaie seront aux risques de celui qui se proposait d'emprunter, et que les intérêts courront. Il oublie seulement de dire aux risques de qui sera l'argenterie jusqu'à la vente.

A l'aide de fictions, d'autres jurisconsultes ont pu donner une apparence de régularité aux décisions de pratique enregistrées par Africain, et admettre la formation de *mutuum* même dans les cas les plus difficiles.

Ulpien, l. 15 D. *de rebus creditis*, nous explique le mécanisme de sa fiction. « *Singularia quædam recepta*

*sunt circa pecuniam creditam : nam si tibi debitorem meum jussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis. Quod igitur in duabus personis recipitur, hoc et in persona recipiendum est : ut, cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas, et convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia, et a me ad te profecta ».* « On a admis au sujet du prêt d'argent certaines solutions singulières. Ainsi, j'ai ordonné à mon débiteur de vous verser de l'argent, vous êtes obligé envers moi, bien que je ne vous aie pas livré de deniers. Ce qui s'accomplit par le concours de deux personnes dans cette espèce peut se réaliser avec une seule. Ainsi, vous me devez de l'argent en qualité de mandataire, nous convenons que vous le retiendrez à titre d'emprunt. On suppose que vous m'avez payé, et que je vous ai à mon tour livré les deniers. »

La fiction est très simple : on suppose deux actes juridiques qui n'ont pas eu lieu, mais dont l'accomplissement aurait rendu le *mutuum* valable. Si le mandataire s'était libéré, le mandant aurait pu lui remettre la somme à peine déposée sur la table. A quoi bon exiger cette formalité dérisoire ? Ne suffirait-il pas que le mandataire vienne s'expliquer avec son mandant ? Ne suffirait-il pas même qu'un accord de volontés intervint par intermédiaire ou par lettres ?

D'un seul coup on feint le paiement, la remise, et on supprime les formalités et les entraves. Il y a tradition *brevi manu*. Disons plutôt qu'il n'y a pas de tradition, et que la tradition essentielle est laissée de côté parce qu'elle n'est pas praticable dans tous les cas. Nous aimons mieux, plus hardi qu'Africain, admettre de très larges exceptions à la règle, que de recourir à une fiction. Il n'en est d'ailleurs pas moins vrai que cette fiction a été admise par les jurisconsultes de Rome, qu'elle a joué un grand rôle dans leurs explications, et que s'ils ont été ingénieux jusqu'à être puerils, il faut tenir compte, à titre historique, de la fiction qu'ils ont imaginée.

La fiction de la tradition *brevi manu* est appliquée dans une série de textes d'Ulpien que les compilateurs du Digeste ont insérés au titre *de rebus creditis*, tandis qu'ils ont laissé de côté le texte d'Africain pour l'insérer au titre *mandati vel contra*. Ces fragments sont exactement la contre partie de celui d'Africain, les hypothèses sont les mêmes. La loi II *de rebus creditis* nous ramène ainsi à la dation d'argenterie.

« *Rogasti me ut tibi pecuniam crederem ; ego, cum non haberem, lancem tibi dedi, vel massam auri, ut eam venderes, et nummis utereris : si vendideris, puto mutuam pecuniam factam. Quod si lancem, vel massam sine tua culpâ perdideris priusquam venderes, utrum mihi an tibi*

*perierit, quæstionis est? Mihi videtur Nervæ distinctio verissima, existimantis, multum interesse, venalem habui hanc lancem, vel massam, necne; ut, si venalem habui, mihi perierit; quemadmodum si alii dedissem vendendam: quod si non fui proposito hoc, ut venderem, sed hæc causa fuit vendendi, ut tu utereris, tibi eam periisse; et maxime si sine usuris credidi. »*

« Tu m'as demandé de te prêter de l'argent; je n'en avais pas; je t'ai donné un plat, ou un lingot d'or, avec l'autorisation de le vendre et de te servir des deniers. Si tu as réalisé la vente, je pense qu'il y a *mutuum*. Que si tu as, sans faute, perdu le plat ou le lingot avant d'avoir pu le vendre, la question est de savoir si la perte est pour moi ou pour toi. Je trouve très juste la distinction de Nerva, qui décidait selon que j'avais antérieurement l'intention de vendre le plat ou le lingot, ou non. Si je cherchais déjà à le vendre, la perte sera pour moi, exactement comme si j'avais donné à un tiers la mission de le vendre. Si je n'avais pas l'intention de le vendre, et si le seul motif de la vente a été de te permettre d'user du prix, la perte sera pour toi: à plus forte raison si le prêt devait avoir lieu sans intérêts. »

Il est évident que le jurisconsulte suppose dans l'espèce l'application de sa fiction. Le mandataire chargé de la vente

du lingot et du plat est transformé en emprunteur ordinaire par un versement fictif des espèces entre les mains du mandant et un reversement des mêmes deniers accompli *in continenti* (1). Mais ces opérations fictives ne four-

1. On pourrait encore arriver aux mêmes fins par un moyen différent, dont s'occupe la constitution 8, C., *si certum petatur*. « *Si pro mutua pecunia quam a creditore poscebas, argentum, vel jumenta, vel alias species utriusque consensu æstimatas accepisti, dato auro pignori, licet ultra usuram centesimam usuras stipulanti spondisti; tamen sors, quæ æstimatione placito partium definita est, et usurarum titulo legitima summa tantum recte petitur. Nec quicquam tibi prodesse potest, quod minoris esse pretii pignus quod dedisti, proponis, quominus hujusmodi quantitatis solutioni pareas.* » Cette solution est de l'an 275, c'est-à-dire de Dioclétien, et par suite postérieure à l'époque classique. Il est incertain si le procédé qu'elle suppose était antérieurement pratiqué, et dès la bonne époque du droit.

La solution est, en apparence, plus extraordinaire encore que celle d'Africain et d'Ulpien. Voilà que l'*accipiens* est constitué emprunteur, et que le *mutuum* est réalisé avant même que le plat, le lingot, les bêtes de somme aient été vendus et convertis en denrées. C'est qu'en bonne analyse il faut voir dans le contrat deux contrats. Il y a certainement une vente, et une conversion de la dette du prix en dette d'emprunt. Quand nous disons *certainement*, c'est pour bien mettre en relief que l'opération est une réalité, et non pas une fiction comme la tradition *brevi manu*. Il y a vente réelle des objets donnés, vente qui crée de part et d'autres les obligations caractéristiques de la vente. Seulement l'acheteur, au lieu de payer son prix, le garde à titre d'emprunt. C'est là qu'on peut faire intervenir, si l'on

nissent une bonne explication que dans le cas où tout a marché d'une manière normale, et où les deniers sont réellement entrés dans le patrimoine de l'emprunteur. Dans le cas contraire, nous voyons et nous approuvons la solution de Nerva, mais il est bien difficile de l'expliquer avec la théorie de la tradition feinte : la *manus* devient tellement *brevis* que l'attention la plus scrupuleuse ne permet pas de la constater.

La fiction a fait défaut, et n'a pas permis d'aller jusqu'au bout : on s'est passé de la fiction. C'est exactement le procédé d'Africain, mais appliqué dans une mesure plus large, c'est la méthode qui consiste à corriger le droit quand il n'est pas équitable, méthode suivie avec tant de persistance, par les jurisconsultes de Rome, et pour la justification de

veut, une tradition *brevi manu*, si l'on tient à sous-entendre une tradition matérielle.

Ce procédé présente un avantage pour le prêteur, c'est que dans aucun cas, les risques de la chose jusqu'au moment de la vente ne sont à sa charge. Il n'y a pas à distinguer suivant qu'il mettait ou non la chose en vente, comme le faisait Nerva.

La constitution de Dioclétien nous montre l'obstacle qui arrêta Africain complètement renversé. Désormais l'on peut dire que le *mutuum* peut se superposer à presque tous les contrats de nature à créer des dettes d'argent ou de denrées ; par un simple pacte, ces contrats peuvent être convertis en *mutuum*.



laquelle la doctrine, venant après la pratique, forgeait des explication et des théories *ex post facto*.

La loi 9, § 9, *eod. tit.* traite de la conversion du dépôt :  
« *Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti : Nerva, Proculus, etiam antequam moveantur, condicere, quasi mutuam, tibi hoc posse aiunt. Et est verum, ut et Marcello videtur : animo enim cœpit possidere ; ergo transit periculum ad eum, qui mutuam rogavit, et poterit ei condici. »*

« J'ai déposé entre vos mains dix, puis je vous ai permis d'en faire usage. Nerva, Proculus, disent que ces espèces peuvent être regardées comme faisant l'objet d'un *mutuum*, indépendamment de toute espèce de tradition. L'opinion est juste, comme il semble aussi à Marcellus. L'*animus possidendi* a, en effet, commencé ; les risques passent donc à celui qui a demandé à emprunter, et la condition pourra être exercée contre lui. »

Il ne nous reste plus qu'à conclure. Les textes que nous venons de discuter établissent que la tradition, bien qu'elle soit en principe la condition essentielle la plus caractéristique du *mutuum* au point de vue romain, n'est pas toujours indispensable (1). Il suffit que l'*accipiens* puisse

1. Si l'on pousse assez loin l'analyse, on voit que la *res*, d'abord acte matériel, purement physique, s'immatérialise et se rapproche beaucoup du consentement. A l'origine, elle consiste dans le fait de

réaliser *corpore et animo* une possession effective, soit qu'il possède déjà le *corpus* et n'ait plus à acquérir que l'*animus*, soit que le *corpus* lui fasse d'abord défaut, et qu'il l'acquière par l'acte d'un tiers. Dans ce cas la tradition physique est remplacée par une tradition en quelque sorte morale. C'est encore là une tradition si l'on veut, mais dans un sens large, philosophique et pratique tout à la fois, dont la notion ne s'est introduite qu'avec le temps.

Il semble, en effet, qu'il y ait eu trois phases de développement : 1° l'époque où la tradition matérielle était exigée ; 2° celle où la tradition *brevi manu* était regardée comme représentant la tradition matérielle ; 3° celle où la fiction a

mettre dans la main d'autrui les deniers qu'on a dans sa main. A la fin, si on veut la trouver quelque part dans les espèces proposées par les jurisconsultes, il faut la voir dans le consentement donné par le créancier à ce que son débiteur soit désormais tel à titre de prêt, et non à titre de mandat, de vente, etc.

Dans l'un et l'autre cas, la personne qui emprunte peut, à partir des moments indiqués, employer d'une manière légale à son bénéfice les objets, denrées ou deniers : ils sont siens.

Il faut remarquer que la matière du *mutuum* est une de celles où les jurisconsultes ont le plus soigneusement examiné les questions de translation de propriété sans tradition physique, et par tradition *brevi manu*. C'est qu'en effet, au point de vue pratique, c'est presque toujours à l'occasion de la conversion d'une dette quelconque en *mutuum* que les questions se sont trouvées soulevées.

paru inutile par suite de l'analyse plus rationnelle des éléments de la possession et de sa translation. Le droit français est arrivé à cette troisième période, le droit romain n'est jamais bien sorti de la seconde.

Maintenant que nous savons comment le *mutuum* résulte de la tradition matérielle et l'exige à quelques exceptions près, nous pouvons nous demander si une translation de propriété faite autrement que par la tradition ne pourrait point servir de base à un *mutuum*.

Il n'y a point d'autre mode de translation à examiner que la mancipation et la *cessio in jure*. Il est évident qu'il faut exclure en effet, dès l'abord, les modes d'acquisition de propriété *per universitatem*, puis l'usucapion, l'adjudication, etc.

De tous les objets susceptibles de mancipation il n'y a encore que les bêtes de somme et les esclaves au sujet desquels on puisse douter. Ce doute cesse même si l'on considère que les esclaves et les bêtes de somme ne sont guère faciles à ranger dans la catégorie des choses susceptibles de *mutuum*. Chaque esclave a des qualités caractéristiques, physiques ou morales, une instruction particulière et une certaine habileté professionnelle. Il n'y a point d'équivalence absolue entre deux esclaves, comme entre deux sacs de blé ou deux livres de bronze. Le même in-

convénient pratique se rencontre dans les bêtes de somme, dont la force et le dressage font varier considérablement la valeur. De telles choses ne pourraient guère être considérées comme fongibles que par des marchands : ajoutons que cette catégorie de personnes seule pourrait les regarder comme denrées, l'idée d'objet de consommation étant exclue d'une manière nécessaire.

La *cessio in jure* ne serait pas contraire par sa nature à la constitution d'un *mutuum*, et on pourrait comprendre en pure raison qu'on employât ce procédé de translation de propriété pour servir de moyen d'emprunt.

Nous ne connaissons cependant point de texte où la mancipation ou la *cessio in jure* soient indiqués comme pouvant servir comme la tradition de *res* à un *mutuum*. Il faut donc décider que ces modes de translation de propriété n'ont pas été employés dans ce but. C'est qu'il faudrait, en effet, avoir l'esprit conformé d'une manière bien singulière, ou se trouver dans une situation bien exceptionnelle, pour s'aviser de recourir aux formes bizarres et incommodes de la mancipation ou de la *cessio in jure*, quand on peut arriver au même but plus rapidement et sans déranger personne, par une simple tradition !

§ 2. — *Possibilité légale de l'aliénation.*

Il ne suffit point que la formalité physique de la tradition matérielle ait été accomplie. Il ne suffit pas non plus que l'intention réciproque d'aliéner et d'acquérir soit venue s'ajouter. Il faut encore que l'aliénation ait pu légalement s'effectuer.

Cette possibilité légale comprend deux points de vue principaux : celui des personnes et celui des choses.

Cette dernière considération ne mérite qu'une attention fort restreinte.

Parmi les choses susceptibles de consommation on n'en trouve guère qui, par leur nature, soient hors de commerce. A quoi bon citer, en effet, les *mala et vetita medicamenta*, les poisons, les *magici libri*? encore faudrait-il, dans ce dernier cas, que le *mutuum* intervint entre deux libraires. Laissons donc ce point de vue de côté.

La possibilité de l'aliénation par rapport aux personnes présente, au contraire, un grand intérêt. Elle se comprend par rapport au *tradens* et par rapport à l'*accipiens*.

Il faut en principe que le *tradens* soit propriétaire pour pouvoir aliéner, voilà une idée fondamentale. Il faut aussi qu'il soit capable.

Paul, dans la L. 2 *de rebus creditis*, pose la règle que le *tradens* doit être propriétaire, et il apporte en même temps une modification nécessaire à cette formule qui est en elle-même exacte, mais paraît trop absolue.

« *In mutui datione oportet dominum esse dantem; nec obest quod filiusfamilias et servus, dantes peculiares nummos, obligant. id enim tale est, quale, si voluntate mea tu des pecuniam: nam mihi actio acquiritur, licet mei nummi fuerint.* » « Dans la tradition qui opère le *mutuum*, il faut que le *tradens* soit propriétaire. Ce principe n'est pas contredit quand le fils de famille ou l'esclave transmettent des deniers faisant partie de leur pécule. Ils obligent. C'est la même chose que si les deniers étaient versés sur mon ordre : c'est à moi que l'action est acquise, bien que les deniers n'aient pas été miens. »

Il faut être propriétaire des deniers pour produire en les livrant une obligation à la charge de *l'accipiens*. Il le faut ! oui, mais la théorie de la personne est telle en droit romain que le père, le fils, le maître, l'esclave, n'ont qu'une personne à eux tous. Moi, je ne sais même pas que mon esclave Stichus a, dans la gestion dont il est chargé, fait un prêt d'argent à Sempronius. Il n'en est pas moins vrai que le contrat ainsi formé a établi un lien de droit entre la personne dont je suis pour ainsi dire titulaire, et celle

de Sempronius. Je suis le *tradens*, sans avoir eu les deniers dans mes mains, et Sempronius est obligé envers moi.

C'est la même raison, intervenant en sens inverse, qui explique la loi 29 D. *de rebus creditis* : « *Si institutorem servum dominus habuerit posse dici Julianus ait etiam condicti ei posse : quasi usu ejus contrahatur a quo propositus sit* »

Il n'est même pas nécessaire que l'on soit propriétaire exclusif de l'esclave. « *Si servus communis*, dit Ulpien (l. 13 § 2 D. *de rebus creditis*) *decem credidit, puto sive administratio servo concessa est, sive non, et consumantur nummi, tamen competere actionem : nam et si communes tibi nummos, etc.* » « Si un esclave commun a prêté dix, je pense que, soit qu'il eut ou non la charge d'une gestion, chaque propriétaire peut demander cinq à l'emprunteur, à la condition que les deniers aient été employés. »

Par ces mots « *et consumantur* » Ulpien semble donner à entendre que le prêt n'est consommé que par l'emploi des deniers, et a en quelque sorte pour point de départ non point la tradition, mais la consommation des choses qui font l'objet du *mutuum*. Cela n'est vrai que dans le cas où l'esclave a agi sans qualité.

Il est nécessaire, en effet, pour que l'esclave puisse *de plano* aliéner les choses données et par suite produire le

*mutuum*, que le propriétaire puisse être regardé comme contractant par son intermédiaire. Si l'esclave agit dans l'exercice d'une mission qui lui a été confiée spécialement par son maître, et, pour prendre l'hypothèse restreinte, la plus adaptée au sujet, si l'esclave a reçu l'ordre de compter des deniers à quelqu'un à titre de prêt, point de doute, le *mutuum* est immédiatement contracté. De même si l'esclave a agi dans l'administration de son pécule. Mais s'il a agi contre l'ordre du maître, ou quand le maître ne pouvait plus lui donner d'ordres, par exemple en cas de fuite, ou même simplement sans un ordre tacite ou présumable, le *mutuum* ne peut commencer aussitôt, car l'esclave ne peut aliéner ce qui ne lui appartient pas. Il ne peut emprunter pour agir la personne du maître qu'avec l'assentiment exprès ou général de celui-ci.

C'est ce que le même Ulpien nous fait comprendre dans la l. 11 § 2 du même titre : • *Si fugitivus servus nummos tibi crediderit, an condicere tibi dominus possit, quaeritur? et quidem si servus meus, cui concessa est peculii administratio, crediderit tibi, erit mutua: fugitivus autem, vel alius servus contra voluntatem credendo, non facit accipientis. Quid ergo? Vindicari nummi possunt, si exstant; aut si dolo malo desinant possideri, ad exhibendum agi: quod si sine dolo malo consumpsisti, condici*



*poterunt* ». « Un esclave en fuite t'a confié des espèces à titre de prêt. On demande si son maître peut exercer la *condictio* contre toi ? Assurément, si mon chargé de l'administration d'un pécule t'avait fait un pareil prêt, il y aurait *mutuum*. Le fugitif au contraire, ou tout autre esclave qui prête contre la volonté du maître ne rend point les derniers propriété de *l'accipiens*, Que conclure ? Les derniers peuvent être revendiqués, tant qu'ils ne sont pas employés. Si l'emprunteur a de mauvaise foi cessé de les posséder, on a contre lui l'action *ad exhibendum*. S'ils ont été employés de bonne foi, la condictio peut être exercée ».

Nous verrons bientôt que le *fur* ne pouvait prêter les deniers volés. L'esclave fugitif est voleur de son corps et de son pécule. Est-ce comme tel qu'il ne peut faire valablement la dation constitutive du *mutuum* ? Le jurisconsulte ne se préoccupe pas de ce point de vue : il n'y a là qu'une impossibilité superposée à une autre. L'autre, celle qui est fondamentale et sert de base, c'est que pour contracter il faut une personne, que l'esclave n'en a point et ne peut sans l'aveu du maître lui emprunter la sienne.

Si la condictio est donnée quand même, dans le cas où la revendication et l'action *ad exhibendum* ne peuvent intervenir, c'est que le maître peut toujours agréer l'acte accompli par l'esclave, quand il y trouve intérêt. Or il a

tout intérêt à ratifier le prêt quand il n'a pas le moyen de faire autrement pour se procurer une action. Cette ratification par nécessité explique d'une manière très naturelle l'intervention de la condition.

On a fini par étendre la faculté, qui résultait de ces dispositions, de se faire suppléer dans la tradition par son fils ou son esclave. On a admis que la tradition pouvait être faite par un tiers, en dehors des liens de puissance paternelle ou dominicale. Il y a deux hypothèses possibles. Le *procurator* peut livrer les deniers appartenant au prêteur. Il peut aussi livrer des deniers qui sont au contraire sa propriété personnelle. Les aliénations ont été déclarées valables, et le *mutuum* régulier. On est même allé plus loin. On n'a pas exigé que le prêteur supposé fut préalablement informé et fournit son consentement (1) dans l'hypothèse d'un mandataire général.

« *Si pecuniam militis, dit Ulpien, l. 26, D. h. t., procurator ejus mutuam dedit, fidejussoremque accepit, exemplo eo, quo si tutor pupilli, aut curator juvenis pecuniam alterutrius eorum creditam stipulatus fuerit, actionem dari militi, cujus pecunia fuerit, placuit.* » « Si le mandataire d'un soldat a livré à titre de *mutuum* l'argent

1. Il y a dans ce cas simplement dérogation au principe de non représentation.

de celui-ci, on a décidé, à l'exemple du cas où le tuteur et le curateur prêtent l'argent du pupille ou du mineur, que la condiction serait donnée au militaire propriétaire des deniers. »

Dans cette hypothèse, nous voyons une dérogation à la règle qu'il faut être propriétaire des choses livrées pour les donner valablement en *mutuum*. La remise est faite par un autre que le propriétaire des deniers, et ce n'est pas comme dans l'hypothèse de l'esclave, la même personne juridique qui agit par les organes d'un individu différent : il y a bien loin d'une espèce à l'autre, le *tradens* est ici une personne distincte de celle du propriétaire qui sera néanmoins réputé *creditor* et pourra exercer les actions.

Dans la loi 9 § 8, D. h. t., le même Ulpien va plus loin : « *Si nummos meos tuo nomine dedero, velut tuos absente te et ignorante, Aristo scribit adquiri tibi condictionem. Julianus quoque, de hoc interrogatus libro X scribit veram esse Aristonis sententiam, nec dubitari quin si meam pecuniam tuo nomine, voluntate tua dedero, tibi adquiratur obligatio : cum quotidie credituri pecuniam mutuum, ab alio poscamus, ut nostro nomine creditor meus et futuro debitori nostro.* » « Si j'ai livré mes deniers en ton nom, et comme tiens, en ton absence et sans que tu le saches, Ariston écrit que la condiction t'est acquise. Julien

aussi, à qui la question a été posée écrit au livre X que l'opinion d'Ariston est juste. Point de doute, d'ailleurs, si je livre mes deniers en ton nom et avec ton consentement, que l'obligation naisse à ton profit ; tous les jours en effet, voulant prêter une somme d'argent, nous sollicitons d'un tiers la numération en notre nom à notre futur débiteur. »

Il ne s'agit plus ici de deniers versés par une personne différente du propriétaire et *creditor* : celui qui fait la tradition des deniers en est propriétaire, et nous rentrons dans la règle. La singularité, c'est que le *tradens* est bien le même que le propriétaire des deniers, mais que la qualité de *creditor* se trouvera chez un autre (1). Nous avons dans notre premier chapitre examiné des textes où se retrouve la même idée, notamment la loi 15.

De ce que la tradition doit être faite en principe par le propriétaire des deniers pour aboutir à leur aliénation valable et à la formation du *mutuum*, il résulte bien que la propriété est nécessaire, mais cette propriété peut n'être que partielle, et le *mutuum* être souvent valable.

C'est ce que nous apprend Ulpien dans la loi 13 § 2 *de rebus creditis*. Nous avons déjà expliqué le commencement du paragraphe, relatif à l'esclave commun : « *nam*

1. Nouvelle dérogation au principe de la non représentation.

*et si communes tibi nummos credidero centum, posse me quinquaginta condicere libro octavo quæstionum Papi- nianus scribit : etiamsi singula corpora communia fue- rint. »* « Si je t'ai prêté cent nummi, dont je suis copro- priétaire, je puis exercer la condition pour cinquante. C'est ce que Papinien décide au huitième livre des ques- tions, et alors même que les pièces ont été individuelle- ment l'objet d'une propriété commune. »

Je puis donc livrer à titre de *mutuum* des choses dont je ne suis propriétaire que pour partie. J'acquies alors la condition pour partie et le reste de la créance appartient à mon communiste. Mais on sent bien que cette thèse ne peut pas être prise dans un sens absolu. Il ne saurait m'appartenir d'aliéner de mon seul consentement ce qui ne m'est pas entièrement propre. Autrement que devien- drait le droit égal de mon communiste et quels conflits ne naîtrait-il pas si nous avions avec des droits égaux des volontés divergentes ?

Paul, dans la l. 16 ôte à la proposition d'Ulpien ce qu'elle a de trop général et de trop absolu. « *si socius propriam pecuniam mutuam dedit, omnimodo creditam pecuniam facit, licet cæteri dissenserint. Quod si commu- nem numeravit, non alias creditam efficit, nisi cæteri quoque consentiant ; quia suæ partis tantum alienationem*

*habuit.* » Si une personne faisant partie d'une société a donné à titre de *mutuum* des deniers personnels, le *mutuum* est valable en tous points, malgré le dissentiment des autres associés. Si les espèces comptées étaient à la société, le prêt n'est valable que si les autres associés consentent. Le *tradens* n'avait en effet le droit d'aliénation que dans la mesure de sa part. »

Ainsi donc, dans le cas où des choses communes ont été données en *mutuum*, les communistes peuvent décliner toute participation à l'acte de leur communiste et par suite revendiquer dans la mesure de leurs parts une partie des choses livrées, le *mutuum* restant valable pour le reste.

Il peut d'ailleurs arriver, en vertu d'un principe déjà connu, que le *mutuum* arrive à acquérir sa plénitude d'existence. Il se peut, en effet que la translation de propriété ait manqué par suite du défaut de qualité chez le *tradens* qui n'était pas propriétaire et que l'action naisse néanmoins comme d'un *mutuum* régulier. Il faut supposer d'une manière générale qu'une personne voulant prêter a fourni des choses qui n'étaient point sa propriété personnelle.

Nous trouvons encore l'espèce dans la L. 13 au § 1, « *Unde Papinianus libro octavo quæstionum ait : si alienos nummos tibi mutuos dedi novante mihi teneris quam eos*

*consumpseris : quod si per partes eos consumpseris an per partes tibi condicam quærit ? et ait condicturum si admonitus alienos nummos esse, ideo par partes condico, quo nondum consumptos totos compereram* ». « Si j'ai livré à titre de *mutuum* des deniers qui appartenait à autrui, tu n'est pas lié envers moi avant de les avoir consommés. Que si tu as consommé pour partie, pourrai-je exercer pour partie la condition contre toi ? C'est une question que Papinien se pose au huitième livre de ses questions. Il dit que je pourrai exercer la condition, si informé que les deniers appartenait à autrui j'exerce pour ce motif une condition partielle sachant que tout n'a pas encore été consommé. »

La consommation a donc pour effet de régulariser le *mutuum*, principe déjà connu. Mais ici les circonstances ne sont plus les mêmes que celles dans lesquelles nous avons eu déjà l'occasion d'appliquer le principe. Le texte nous montre l'action née au bénéfice de celui-là même qui a livré la chose d'autrui. Ce n'est plus le propriétaire qui devient créancier malgré lui, c'est l'aliénateur qui le devient.

Existe-t-il entre cette solution et l'autre une telle antinomie que les textes soient contradictoires ?

Non, on peut dire que le propriétaire des deniers peut exercer la *condictio* en prenant l'opération pour lui. S'il

ne le veut pas, comme, en définitive, le bénéfice de la tradition ne doit pas rester à l'emprunteur, on admet que le *mutuum* est consolidé, et que l'action appartiendra au *tradens*. C'est ce qu'on appelle la *reconciliatio mutui*.

La théorie de la *reconciliatio* est assez généralement admise. Il faut cependant reconnaître qu'elle est fort singulière. Aussi a-t-on proposé d'autres explications. La plus heureuse consiste à ne pas interpréter la concession d'une condition comme impliquant dans l'esprit des jurisconsultes romains une confirmation du *mutuum* que le *tradens* a voulu former.

Une *condictio* est donnée, dit-on dans ce système. Cela est fort juste, car, en définitive on ne peut affranchir l'*accipiens* de toute obligation sous le prétexte que le *tradens* n'a pas pu lui conférer la propriété des choses, et que la consommation faite de bonne foi est un obstacle à la revendication. Il a tiré de cette consommation un profit, il est équitable qu'il résulte une charge de cet enrichissement aux dépens d'autrui. Mais cette *condictio* n'exige en aucune manière la validation du *mutuum*, la ratification d'un acte tellement imparfait à l'origine qu'il est incapable de prendre vie. La condition sera une *condictio sine causâ*.

Ce système présente de grands avantages au point de vue rationnel. Il en présente moins au point de vue prati-



que. Le *tradens* ne pourra demander au delà de ce que l'*accipiens* aura obtenu d'avantages par la tradition. Il sera ainsi puni dans une certaine mesure de son imprudence ou de sa mauvaise foi qui le placera dans une situation tout à fait différente par rapport au propriétaire des deniers et par rapport à l'emprunteur. Enfin si le propriétaire des deniers veut agir contre l'*accipiens*, celui-ci pourra refuser l'exécution du contrat, mais le propriétaire en sera quitte pour se retourner contre l'auteur du dommage. Il est vrai qu'il pourra de ce côté rencontrer des risques d'insolvabilité. On peut donc dire de ce système comme de beaucoup d'autres, qu'il sera avantageux ou nuisible selon les circonstances.

C'est le système de M. Accarias. « Lorsque le *tradens* n'est pas propriétaire ou autorisé du propriétaire, le *mutuum* est nul, j'entends qu'aucune action contractuelle ne prend naissance. Mais cela ne signifie pas que la tradition ne puisse, soit par elle-même, soit avec le concours de faits postérieurs, produire certains effets. A cet égard, les textes contiennent les distinctions suivantes : 1° Tant que les deniers se retrouvent en nature dans les mains de l'*accipiens*, le droit commun le soumet à la revendication du propriétaire ; 2° que s'il les consomme, et que ce soit de mauvaise foi, il est tenu, toujours d'après le droit com-

mun et envers le propriétaire, de l'action *ad exhibendum* ; 3° enfin, s'il les consomme de bonne foi, cette consommation l'affranchit par rapport au propriétaire, mais le lie envers le *tradens* qui est désormais investi d'une *condictio*. Cette action ne dérive pas, quoiqu'en aient dit nombre d'interprètes, d'une prétendue *reconciliatio mutui*, c'est-à-dire d'un *mutuum* qui se formerait après coup. Ce qui le prouve péremptoirement, c'est qu'on ne distingue pas si le *tradens*, est capable ou incapable de contracter au jour de la consommation. »

Il faut remarquer que, dans ce système, toutes les conventions et toutes les opérations juridiques accessoires intervenues à l'occasion du contrat sont frappées du même vice et de la même nullité. Nullité donc de la stipulation d'intérêts, du terme donné à l'emprunteur, etc. Il est à remarquer que la loi 56, § 2 *de fidej.* décide que le fidéjusseur qui s'est engagé pour l'emprunteur commencera à être tenu à partir de la consommation. D'après M. Accarias, « cela s'explique facilement par deux idées, savoir que le fidéjusseur peut accéder à une obligation future, et que dans l'espèce il a entendu garantir toutes les conséquences possibles de la numération. »

Il convient de reconnaître que cette explication n'est pas suffisante. Il est réellement difficile de concilier ce texte

avec le système de la *condictio sine causa*. D'autre part les textes invoqués en faveur de ce système et que nous ne développons pas ici parce que nous aurons à les commenter ultérieurement, ne sont pas du tout clairs au point de vue qui nous occupe. En d'autres termes, il est probable que la solution proposée est la plus judicieuse, mais il n'est pas démontré qu'elle ait été trouvée par les jurisconsultes et adoptée dans la pratique romaine.

Nous avons successivement supposé que le *tradens* non propriétaire était l'esclave, le mandataire, du *creditor*, nous avons fait aussi l'hypothèse où il agissait sans mandat. Les jurisconsultes romains sont allés jusqu'à examiner le cas où le *mutuum* serait consenti par le voleur de l'argent ou des objets.

« *Si fur nummos tibi credendi animo dedit*, dit Ulpien, loi 13, *de rebus creditis, accipientis non facit, sed consumptis eis nascitur condictio.* » « Si un voleur t'a remis des deniers dans l'intention de faire un prêt, le fait de les recevoir ne les rend pas tiens, mais une *condictio* naîtra après qu'ils auront été consommés. » Cette espèce est ainsi réglée comme la précédente. Il y aura par suite de la consommation une *mutui reconciliatio*, par parenthèse plus difficile à admettre, ou bien il naîtra une *condictio sine causa*.

Il ne suffit pas d'être propriétaire pour transférer la propriété. Il faut encore avoir la capacité d'aliéner (1).

1. Nous ne pouvons passer sous silence un détail qui ne peut d'autre part figurer dans l'exposé général de la théorie. Bien que remplissant à tous les égards les conditions de forme, des propriétaires pourvus d'ailleurs en général d'une pleine capacité peuvent pour des raisons d'ordre public être frappés de l'incapacité de donner en *mutuum*.

C'est le cas des présidents de province et de ceux qui les entourent. Modestin, dans la loi 33 D. *de rebus creditis* nous dit : « *Principalibus constitutionibus cavetur ne hi qui provinciam regunt, quive circa eos sunt, negotiantur, mutuumve pecuniam dent, fœnusve exerçant* ; et Paul, loi 34 : « *Præsidis provinciæ officiales, qui perpetui sunt, mutuum pecuniam dare, et fœnebre exercere possunt. Præses provinciæ mutuum pecuniam fœnebre sumere non prohibetur.* » « Les constitutions impériales défendent à ceux qui administrent les provinces, et à ceux qui les entourent, de faire le commerce, de prêter de l'argent et de placer à intérêts. » « Les officiers du président de province, qui sont perpétuels, peuvent prêter de l'argent à intérêts. Il n'est pas défendu au président de province d'emprunter avec intérêts. »

Le motif de la prohibition est visible. On comprend aussi pourquoi elle ne s'étend pas aux officiers appelés à passer toute leur vie dans leurs fonctions, et dont la situation deviendrait trop pénible s'il leur était défendu à jamais de faire fructifier leurs capitaux. On comprend aussi comment il est permis au président d'emprunter, et on peut même faire observer qu'il aurait peut-être été préférable de ne point lui laisser cette licence.

Mais les jurisconsultes oublient de nous dire ce qui se produirait dans le cas où le président aurait néanmoins donné en *mutuum* des

Le pupille, le fou dans ses moments lucides, le prodigue interdit, le mineur en curatelle, ne peuvent transférer la propriété dont ils sont investis. Ils ne peuvent par suite constituer de *mutuum*.

Il y a beaucoup de textes où le cas du *mutuum* consenti par le pupille est examiné. Il faut citer le texte classique des Institutes (I. 2, tit. 8, § 2) : *Si mutuam pecuniam sine tutoris auctoritate alicui dederit, non contrahit obligationem, quia pecuniam non facit accipientis. Ideoque nummi vindicari possunt, sicubi extant. Sed si nummi quos mutuos dedit, ab eo qui accepit, bona fide consumpti sunt, condici possunt; si mala fide, ad exhibendum de his agi potest.* • « Si le pupille a, sans l'autorité de son tuteur, donné de l'argent en prêt, il ne se forme pas de contrat, parce qu'il ne rend pas les deniers propriété de l'*accipiens*. C'est pourquoi les deniers peuvent être revendiqués tant qu'ils existent. Si les deniers ont été consommés de bonne

espèces monnayées. La répétition était probablement permise jusqu'à la consommation. Si les deniers avaient été employés, une *condictio* devait nécessairement être donnée, car l'*accipiens* ne pouvait s'enrichir aux dépens d'autrui. Cette *condictio* ne pouvait guère être celle que l'on appelle quelquefois l'*actio mutui*, car il est bien difficile d'admettre devant la défense impériale une *reconciliatio mutui*. On avait probablement recours à une *condictio sine causa*, ou mieux *ex injusta causa*.

foi par celui qui les a reçus à titre de prêt, la condition peut être exercée. S'ils ont été consommés de mauvaise foi, l'action *ad exhibendum* peut être exercée à leur occasion. »

Pomponius dans la l. 12 D. *de rebus creditis* examine au contraire le cas du *furiosus*. « *Si a furioso, eum cum compotem mentis esse putares, pecuniam quasi mutuam acceperis, eaque in rem tuam versa fuerit, conditionem furioso adquiri Julianus ait : nam ex quibus causis ignorantibus nobis actiones adquiruntur, ex iisdem etiam furioso adquiri. Item si is, qui servo crediderat, furere cœperit : deinde servus in rem domini id verterit, condici furiosi nomine posse. Et si alienam pecuniam credendi causa quis dederit, deinde furere cœperit, et consumpta sit ea pecunia, conditionem furioso adquiri.* » « Si tu as reçu de l'argent à titre de *mutuum* d'un *furiosus* que tu croyais sain d'esprit, et si tu as fait profit de cet argent. Julien dit que la condition est acquise au *furiosus*. Les causes, en effet, qui nous font acquérir des actions à notre insu, les font acquérir aussi au *furiosus*. De même si celui qui avait commencé par prêter de l'argent à un esclave est devenu fou ; si ensuite l'esclave a fait tourner l'argent au profit de son maître, la condition peut être exercée au nom du *furiosus*. Si quelqu'un a donné en prêt l'argent

d'autrui, et est ensuite devenu fou, si l'argent a été employé, la condition est acquise au *furiosus*. »

Ce texte, comme le précédent, n'est qu'une application du droit commun qui n'a pas besoin d'autres développements. Il faut seulement remarquer que la *condictio* paraît subordonnée à l'utilité tirée de l'emploi de l'argent, et ce texte est un de ceux qui prêtent par suite le plus grand appui à la théorie de la *condictio sine causa* en matière de *mutuum* irrégulier.

Il n'y a pas lieu non plus d'insister beaucoup sur la capacité de l'*accipiens*. La capacité requise chez lui est celle d'acquérir la propriété. Mais il faut remarquer que pour la formation du *mutuum*, il ne suffit pas que l'*accipiens* soit capable d'acquérir la propriété, il faut aussi qu'il puisse s'engager. De telle sorte que si la tradition aboutit à une translation de propriété sans obligation corrélatrice de rendre, l'opération est manquée et crée une situation fautive. La translation de propriété a eu lieu, elle s'est effectuée. Le pupille peut rendre sa situation meilleure. Mais il ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui et sera tenu d'une condition *ex lege*, en vertu d'une application du rescrit d'Antonin le Pieux.

---

## CHAPITRE III

### DES CHOSES QUI FONT L'OBJET DU MUTUUM

#### § 1. — *Caractères permettant aux choses d'être regardées comme quantités.*

Il y a une formule bien connue, qui définit les choses susceptibles de faire l'objet d'un *mutuum*. Les Institutes de Gaius et de Justinien, la l. 2 *D. de reb. creditis* la répètent à l'envi. « *Mutui datio consistit in iis rebus quæ poudere, numero, mensurave constant.* »

Tout, en définitive, est susceptible d'être compté, mesuré ou pesé. Ce qui échappe à la numération, comme l'air et l'eau, peut se mesurer ou se peser. Tout ce qui échappe à la balance, comme un champ, qui ne peut être évalué en poids, peut être mesuré. Il n'y a que les choses immatérielles, fictions de l'intelligence, qui échappent à cette loi, et on ne songerait vraiment pas à en rapprocher l'idée de celle de *mutuum*. Devons-nous en conclure que toute chose matérielle peut faire l'objet d'un *mutuum*.



Cette solution serait inexacte, car les mots que nous analysons ont un sens technique bien déterminé et non littéral. La formule signifie que parmi les choses matérielles il y en a qui peuvent faire, par leur nature, l'objet d'un *mutuum*, et d'autres dont la nature est telle qu'elles ne peuvent servir d'objet à un semblable contrat.

Pour préciser cette distinction, il faut examiner tour à tour chacun des éléments de la formule.

Les choses *quæ numero constant* sont celles qui appartiennent à un genre dans lequel tous les individus présentent des propriétés absolument identiques, et se valent les uns les autres, à tel point que la possession de tel ou de tel autre soit indifférente d'une manière complète. Telles sont les monnaies d'une même espèce. Tel *aureus* vaut exactement tel autre et il n'y a point de choix à faire. D'autre part, dix *aurei* vaudront exactement dix fois autant qu'un seul, et cent *aurei*, cent fois. Il est même à remarquer que cette identité des propriétés n'est pas exigée au point de vue physique, mais au point de vue de l'utilité. Ainsi les pièces de monnaie peuvent être d'un coin ou même d'un métal différent, et une seule pièce au point de vue de la fungibilité dont nous aurons à nous occuper plus tard, peut parfaitement être remplacée par cinq pièces d'une valeur totale égale.

On dit que les choses de cette catégorie « *numero constant* » parcequ'on est fixé sur leur valeur dès que leur nombre est connu, et qu'il suffit par suite de les compter.

Les choses *quæ pondere vel mensura constant* ne sont pas non plus toutes les choses susceptibles d'être pesées ou mesurées, mais celles qui, à poids égal ou mesure égale peuvent se prêter au même usage et rendre le même service. Comme ces choses ne se comptent généralement pas, il faut, pour être fixé sur la somme d'utilité qu'on en peut retirer, être fixé sur leur poids ou leur mesure. Le blé, le vin, le bois, l'huile sont des choses *quæ mensura constant*, car on a coutume de les mesurer. Elles seraient d'ailleurs aussi bien *res quæ pondere constant* car elles peuvent se peser. L'or est une chose *quæ pondere constat*, parcequ'il s'apprécie au poids et n'est pas commodément susceptible de mesurage.

Ainsi donc, les monnaies, les denrées, l'or, voilà des exemples de choses *quæ pondere, numero, mensura constant*. Ce sont à peu près ceux des Institutes qui après avoir posé la formule continuent « *veluti vino, oleo, frumento, pecunia numerata, ære, argento, auro.* »

On a donc une idée nette des choses qui peuvent par nature faire l'objet d'un *mutuum*, en disant que ce contrat a pour objet exclusif des choses qui, prises en même quan-

tité, reproduisent invariablement la même utilité. Il faut toutefois tenir compte des différences de honté entre les diverses sortes d'une même chose, mais c'est une question qui se rattache plutôt à l'étude de la fongibilité.

En dehors de l'argent, des denrées alimentaires et matières industrielles, il y a peu de choses qui puissent faire l'objet d'un *mutuum*. On pourrait encore citer les étoffes et les livres, mais on est d'accord pour exclure les animaux, les esclaves, et surtout les immeubles de toute espèce.

Une mesure de telle étoffe, un exemplaire de tel ouvrage peuvent, en effet, être indifféremment remplacés par une égale mesure de la même étoffe et un exemplaire neuf du même ouvrage. Mais il y a peu d'animaux, parmi ceux dont l'homme fait usage, qui soient susceptibles de se remplacer d'une manière équivalente. Un bœuf de labour a des qualités individuelles, un cheval encore plus, et à plus forte raison un chien. Ces qualités individuelles empêchent l'animal d'être simplement considéré comme une quantité. Un autre animal de la même espèce, pris au hasard ou même choisi dans une catégorie analogue, vaudrait toujours plus ou moins. A plus forte raison quand il s'agit d'un esclave, dont les qualités morales sont plus développées et tiennent une plus large place dans la détermination de la valeur.

Il importe toutefois, à ce point de vue, de considérer l'intention des parties, qui vient ici modifier parfois la nature des choses. Les parties peuvent regarder, en effet, la chose comme une marchandise. Les qualités individuelles, distinctes d'ailleurs du prix d'affection, disparaissent alors. Pour les marchands, les animaux et les esclaves deviennent choses *quæ numero vel pondere constant*. Pour les bouchers, le bœuf ne représente plus qu'une quantité de viande, pour les maquignons, tous les chevaux présentant approximativement les mêmes qualités de valeur et d'assortiment peuvent se remplacer. De même les esclaves pour le marchand d'esclaves.

Il paraît n'y avoir guère que les immeubles dont la nature soit complètement rebelle à la formation d'un *mutuum*. Les raisons en sont trop évidentes pour qu'il convienne d'insister.

On voit que la limite cherchée est extrêmement flottante, puisqu'elle dépend, outre la nature de la chose, du but des parties. Les Romains ne paraissent pas s'en être beaucoup occupés. Voir cependant Ulpien, *frag. vind. ob.*, § 3, et Paul, l. 2, § 1, *de rebus creditis*. La manière dont s'exprime ce dernier est digne d'attention.

• *Mutui datio consistit in his rebus quæ pondere, numero, mensura consistunt ; quoniam eorum datione possu-*

*mus in creditum ire, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem, quam specie. Nam in ceteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest. »*

Il semble à peine utile d'ajouter que les choses qui peuvent faire l'objet d'un *mutuum* ne sont pas par leur nature hors d'état de faire l'objet d'un *commodat*. Il ne faut pas oublier cependant, pour nous montrer l'étendue du rôle de l'intention, l'exemple des fruits pour l'ornement d'un festin, et qui sont destinés à embellir la table, mais non pas à être consommés. Bien que les fruits soient, par nature, des denrées, ils donnent, dans cet exemple classique, lieu à *commodat*.

§ 2. — *Fongibilité, équivalence et différence physique des choses fournies et des choses à rendre.*

I

Nous avons dans le paragraphe précédent déterminé d'une manière générale quelles choses peuvent faire l'objet d'un contrat de *mutuum*. Il ne suffit pas, pour que le *mutuum* se réalise, que la chose donnée et la chose promise rentrent toutes deux dans la catégorie indiquée, il faut

encore que ces choses aient entre elles un certain rapport.

Ainsi de l'huile peut parfaitement faire l'objet d'un contrat de *mutuum*. Mais on ne pourrait pas faire un *mutuum* où le *tradens* donnerait de l'huile d'olive, et devrait recevoir une huile minérale. On ne comprendrait pas davantage que l'une des dations portât sur du blé et l'autre sur du vin ou de l'huile ; c'est ce qu'exprime fort bien Paul dans un texte qui nous est déjà en partie connu, la l. 2 *D. de rebus creditis* : « *Mutuum damus recepturi non eamdem speciem quam dedimus, sed idem genus, veluti ut pro tritico vinum recipiamus, non erit mutuum.* » « Dans le *mutuum* nous nous proposons de recevoir non pas la même espèce, mais le même genre, car si nous devons recevoir un autre genre, par exemple du vin pour du blé, il n'y aurait pas *mutuum*. »

Il y a une connexité entre la condition exigée au précédent paragraphe et celle que nous imposons maintenant. La différence est dans la limitation plus grande. Ce qui limite la dation, c'est la nature des choses. Je ne puis donner en *mutuum* que les choses définies au précédent paragraphe. Je puis en revanche donner n'importe quelle chose rentrant dans les limites de la formule des *Institutes*. Au contraire, je ne puis pas rendre autre chose qu'une de celles qui rentrent dans le genre de la chose donnée. La

dation restreint ainsi l'espace dans lequel se meut ma volonté. En vertu de la dation je ne puis donner qu'une chose de la nature de celle qui m'a été donnée. C'est une des idées contenues dans la formule classique que la *res* limite à ce qu'elle contient la portée et les effets de la volonté des parties. Autant il y a eu dans la dation, autant il y a dans l'obligation, et les parties sont impuissantes à convenir, quand elles opèrent sur du blé, qu'il sera rendu de l'huile à la place.

C'est du rôle que jouent les choses que vient leur nom, un peu barbare, de fongibles. Dans un texte que nous connaissons, Paul nous dit que « *in genere suo functionem recipiunt per solutionem.* »

## II

Il ne suffit pas que les choses données et rendues soient de même nature, de même espèce, il faut encore qu'elles soient équivalentes.

La *res* limite tellement la restitution, que les caractères de qualité et de quantité doivent se retrouver absolument tels dans la restitution que dans la dation. Donc : 1° équivalence en qualité, 2° équivalence en quantité.

Dans la l. 3. *D. de rebus creditis*, Pomponius s'occupe de l'équivalence en qualité. « *Cum quid mutuum dederimus, et si non cavimus, ut æque bonum nobis redderetur, non licet debitori deteriores rem, quæ ex eodem genere sit, reddere : veluti, vinum novum pro vetere : nam, in contrahendo quod agitur, pro cauto habendum est : id autem agi intelligitur, ut ejusdem generis et eadem bonitate solvatur, qua datum sit* ». « Quand nous avons donné quelque chose en *mutuum*, bien que nous n'ayons pas stipulé que la chose rendue sera d'égale bonté, il n'est pas permis au débiteur de rendre une chose moins bonne, appartenant au même genre : par exemple du vin nouveau au lieu de vin vieux, car le fait du contrat équivaut à la stipulation. On a voulu que la chose rendue fut du même genre et de la même qualité que celle qui a été donnée ».

Dans la loi 2, § 1, Ulpien s'attache au contraire à l'équivalence en quantité. « *Si tibi dedero decem, sic, ut novem debeas, Proculus ait. et recte, non amplius te ipso jure debere, quam novem. Sed si dedero, ut undecim debeas, putat Proculus amplius quam decem condici non posse* ». « Si je t'ai donné dix, en convenant que tu devras seulement neuf, Proculus dit, et avec raison, que de plein droit tu ne seras tenu de payer que neuf. Mais si je t'ai donné dix, et s'il a été convenu que tu devrais onze, Proculus



pense que la condition ne peut être exercée pour plus de dix. »

Il existe ainsi une différence entre les cas où il a été convenu que la restitution serait ou inférieure ou supérieure à la dation. Dans le premier cas, la dation semble ne pas imposer le paiement de la totalité. Dans le second cas, la dation semble ne pas permettre que la restitution soit supérieure au *quantum* de la *res*.

En réalité, nous sommes en face d'un principe unique. Il ne peut y avoir ni plus ni moins dans la restitution que dans la dation. Il a été donné dix, on ne pourra réclamer que dix. Il a été donné dix, mais en convenant qu'il sera restitué seulement neuf? C'est qu'il est intervenu deux contrats. On a donné un et on a prêté neuf. Il n'y a eu que neuf dans la dation, c'est pourquoi il ne pourra être réclamé que neuf. On peut donc, bien que le *mutuum* soit un contrat susceptible de modalités, convenir que les choses restituées seront meilleures ou plus mauvaises, qu'on restituera plus ou moins. Tout cela peut s'obtenir par équivalent et à l'aide de stipulations, mais en dehors du *mutuum*, à la nature duquel de semblables clauses répugnent.

Ici se révèle avec une singulière intensité le rôle solennel de la *res*. Il en résulte pour le *mutuum* romain une physionomie toute particulière, dont le côté le plus original

est assurément que ce contrat, base en fait des plus odieuses opérations d'usure, était un contrat gratuit. Quand on faisait un *mutuum*, et quand on voulait recevoir des intérêts, il fallait les stipuler, c'est-à-dire joindre un contrat verbal au contrat réel (1).

Il est à remarquer qu'à partir du III<sup>e</sup> siècle on permit dans le *mutuum* de denrées, mais non dans le *mutuum* d'argent, de stipuler une restitution plus ample que la dation. C'est le commencement de l'écroulement de la théorie romaine du *mutuum* qui se manifeste ainsi dans

1. Le *nauticum fœnus* faisait exception à cette règle. Il a toujours été considéré comme pouvant produire des intérêts en vertu d'un simple pacte. Il semble y avoir eu là une fausse idée économique, et les intérêts paraissent avoir été compris exclusivement comme une sorte d'assurance, et non comme le prix de l'usage de l'argent. Ce dernier côté qui entre seul ou à peu près en considération quand il s'agit de prêt ordinaire n'a pas paru suffisant pour permettre une infraction aux grandes règles du *mutuum*. On peut faire la même remarque au sujet de la constitution de l'Empereur Philippe qui est analysée plus loin au texte, et qui paraît aussi invoquer la même considération en matière de prêts de denrées.

Rappelons encore que dès l'époque classique un pacte suffisait pour faire courir les intérêts dans les prêts faits par les cités (l. 30, D. *de usuris*) et que Justinien les a fait courir de plein droit au profit des banquiers (nov. 136, cap. 4). Ces deux exceptions, fondées sur d'autres considérations de faveur, n'ont pas empêché le *mutuum* d'argent de rester gratuit en principe.

les constitutions des empereurs Alexandre et Philippe.

« *Frumenti* dit la c. 12 de *usuris C.*, *vel hordei mutuo dati accessio, etiam ex nudo pacto præstenda est.* »

« La restitution du blé ou de l'orge donnés en *mutuum* peut être convenu par simple pacte, avec une *accessio*. »

La constitution 23 du même titre indique les motifs :

« *Oleo, quidem, vel quibuscumque fructibus mutuo datis incerti pretii ratio addita mentum usurarum ejusdem materiæ suasit admitti.* » « Quand de l'huile ou des denrées quelconques ont été données en *mutuum*, la considération de l'incertitude du prix a fait admettre un accroissement en denrées de même nature. »

Ce qu'il importe de remarquer dans ce dernier texte, c'est la raison qu'on invoque. Les intérêts semblent être considérés non pas comme un prix de l'usage, mais comme une compensation des risques de dépréciation.

### III

La condition d'équivalence des choses remises et rendues serait remplie à souhait si la chose rendue pouvait être la chose remise elle-même. Il faudrait supposer d'ailleurs que cette chose n'eut subi ni usure ni détérioration.

Mais il est évident qu'une semblable restitution ne peut

pas avoir lieu. La notion même est incompatible avec le but du *mutuum*, qui est de permettre la consommation. Un prêt dans lequel la chose rendue devrait être physiquement identique et non simplement équivalente serait un tout autre contrat, un *commodat* par exemple, mais non pas un *mutuum*. Il faut cependant bien s'entendre.

Paul (l. 2, D., *de reb. cred.*) nous dit : « Quand nous donnons en *mutuum*, c'est dans le but de recevoir non la même espèce, mais le même genre (*mutuum damus recepturi non eandem speciem, quam dedimus..., sed idem genus*) ; autrement nous ferions un *commodat* ou un dépôt (*alioquin commodatum erit, vel depositum*). »

Il faut pour bien comprendre ce texte, s'attacher à la valeur grammaticale du mot *recepturi*. Nous contractons dans le but de recevoir un objet équivalent mais autre. Il n'en résulte pas d'une manière nécessaire qu'on ne puisse pas nous payer avec l'objet même que nous avons donné.

Ainsi, prenons un exemple. Titius emprunte dix *solidi*, dans le but de faire une acquisition. Le hasard de la circulation fait revenir un ou deux de ces *solidi* entre ses mains, et au jour du remboursement ils se trouvent compris dans le nombre de ceux que Titius rembourse à Sempronius. Ou bien encore l'acquisition ne consomme que cinq *aurei*, et les cinq restants, complétés par d'autres deniers, sont

réservés à Sempronius au jour de l'échéance. Supposons même que l'opération projetée manque d'une manière complète. Titius rembourse Sempronius intégralement avec les propres deniers prêtés. Variions cette série d'hypothèses, supposons qu'au lieu d'*aurei* il s'agisse de n'importe quelle autre catégorie de choses susceptibles du *mutuum*, de denrées par exemple, qui n'auront pas été consommées selon les prévisions de l'emprunteur.

Dans tous ces cas, en tout ou en partie, le prêteur est remboursé avec les choses mêmes qu'il a livrées, de telle sorte qu'après deux translations de propriété, elles se retrouvent dans le même patrimoine.

En serons-nous moins en face d'un *mutuum*? Cette circonstance particulière et fortuite changera-t-elle la nature du contrat? En fera-t-elle un *commodat* ou un dépôt? Jamais certes! c'est que le but doit être seul envisagé, et non le résultat de l'opération.

Concluons donc que la diversité physique des objets prêtés et des objets rendus est une condition essentielle de formation du contrat de *mutuum*, mais une condition qui doit être sainement entendue. Pourvu qu'on se propose de faire le remboursement avec des corps distincts de ceux qui sont primitivement livrés, pourvu que ceux-ci soient dans l'intention des parties destinées à la consommation, il

y aura *mutuum*. Peu importeront ensuite les circonstances accidentelles qui, dérangeant l'effet de l'intention des parties, feront que la tradition finale aura pour objet les mêmes corps que la tradition originale et constitutive du contrat.

---

# TABLE DES MATIÈRES

---

## DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

INTRODUCTION . . . . .	1
I. — <i>Nature du droit de succession</i> . . . . .	4
II. — <i>Historique du droit de succession des étrangers</i> . . . . .	11
III. — <i>Droit de succession des étrangers dans les législations           actuelles.</i> . . . . .	40

## PREMIÈRE PARTIE

De la loi qui, en théorie, doit régir la succession des étrangers . . . . .	48
I. — <i>Système des réalistes.</i> . . . . .	54
II. — <i>Système de la loi unique.</i> . . . . .	68

## SECONDE PARTIE

Droit positif . . . . .	87
I. — <i>Des lois positives qui régissent la succession des étrangers           dans les divers États.</i> . . . . .	90
II. — <i>Du régime successoral dans les divers États.</i> . . . . .	109
Droit français. . . . .	109
Droit belge. . . . .	114
Droit roumain . . . . .	115
Droit allemand . . . . .	116

Droit prussien . . . . .	122
Droit bavarois . . . . .	130
Droit autrichien. . . . .	137
Droit italien . . . . .	143
Droit anglais . . . . .	149
III. — <i>Du conflit des lois</i> . . . . .	164
<i>Appendice</i> . . . . .	179

## DROIT ROMAIN

INTRODUCTION. . . . .	1
CHAPITRE I. — De la convention de <i>mutuum</i> . . . . .	11
§ 1. — Volonté réciproque de réaliser par la tradition une translation de propriété . . . . .	11
§ 2. — Volonté de créer une obligation de rendre. . . . .	13
CHAPITRE II. — Du moyen de réaliser la convention de <i>mutuum</i> . .	18
§ 1. — De la tradition . . . . .	18
§ 2. — Possibilité légale de l'aliénation . . . . .	34
CHAPITRE III. — Des choses qui font l'objet du <i>mutuum</i> . . . . .	53
§ 1. — Caractères permettant aux choses d'être regardées comme quantité. . . . .	53
§ 2. — Fongibilité, équivalence et différence fisque des choses fournies et des choses à rendre . . . . .	58

---



# POSITIONS

---

## DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

- I. — La loi qui, en théorie, devrait régir la succession d'une personne, est sa loi nationale.
- II. — Les étrangers peuvent avoir, en France, non-seulement un domicile de fait, mais aussi un domicile de droit.
- III. — Le Code civil français fait régir, conformément à la tradition, la succession immobilière par la *lex rei sitæ* et la succession mobilière par la loi du domicile du défunt.
- IV. — L'article 2 de la loi du 14 juillet 1819 n'est applicable ni lorsque tous les héritiers sont français, ni lorsque tous sont étrangers, mais seulement lorsqu'ils sont français et étrangers.

## DROIT CIVIL

- V. — La séparation des patrimoines ne constitue pas un véritable privilège.
- VI. — Les légataires n'ont pas d'hypothèque légale sur les immeubles de la succession.
- VII. — Les successeurs irréguliers ne sont pas tenus *in infinitum* des dettes et charges de la succession, alors même qu'ils n'auraient pas accepté la succession sous bénéfice d'inventaire.
- VIII. — Les créanciers ou débiteurs solidaires ne sont réputés avoir été représentés par leurs cocréanciers ou codébiteurs, dans les jugements rendus avec eux, que lorsque ces jugements leur sont favorables.

## DROIT ROMAIN

- IX. — Il existe deux actions Pauliennes, dont l'une réelle et fictive et l'autre personnelle et *in factum*.
- X. — La théorie de la *reconciliatio mutui* est inexacte.

- XI. — Les Romains n'ont pas admis, même dans le dernier état de leur droit, la représentation complète.
- XII. — La doctrine de Julien qui enseigne (L. 36, *De acq. rer. dom.*) que la tradition est efficace et transfère la propriété, quoique la convention, en vertu de laquelle elle est intervenue, soit nulle, est conforme aux vrais principes.
- 

Vu par le Président de la thèse,  
RENAULT.

Vu par le Doyen de la Faculté,  
CH. BEUDANT.

Vu et permis d'imprimer,  
*Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,*  
GRÉARD.

---

Издательство А. ДЕРЕННЕ, Мауэнне. — Paris boulevard St-Michel, 52.

---