

Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 16 (1897)

Artikel: Essai d'interprétation du Titre III de la loi fédérale du 25 juin 1891 : des rapports de droit civil des étrangers en Suisse

Autor: Des Gouttes, Paul

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-896641>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 07.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Essai d'interprétation du Titre III de la loi fédérale du 25 juin 1891.

Des rapports de droit civil des étrangers en Suisse.

Mémoire couronné par l'Université de Genève en 1897. (Prix Bellot.)

Par PAUL DES GOUTTES, Dr. en droit, à GENÈVE.

Préface.

La petite étude qui va suivre, et que nous avons présentée en 1896 à l'Université de Genève en vue de concourir pour le prix Bellot, n'a aucune prétention scientifique; si elle a quelque intérêt ou quelque utilité, ce n'est guère qu'au point de vue de la pratique qu'elle pourrait être appelée à rendre quelques légers services.

Au surplus, nous avons été tenté, en entreprenant l'examen du Titre III de la loi fédérale du 25 juin 1891 sur *les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour*, d'essayer de compléter sur un point notre thèse de doctorat, dont l'objet était le Titre I.¹⁾ Dans la préface de cette dernière nous avons cherché à légitimer la séparation du Titre I d'avec les deux autres; il nous paraît également que le Titre III peut être traité à part, sans que le Titre II doive nécessairement être approfondi; car, en l'absence de traités, le législateur suisse est libre de prescrire l'application aux étrangers soit du droit étranger soit du droit suisse, tandis qu'il ne peut pas le faire pour les Suisses à l'étranger. Sans doute, pour que l'étude de la situation des étrangers en Suisse fût complète, elle devrait comprendre celle des traités internationaux

¹⁾ *Paul Des Gouttes*, Dr. en droit, avocat. Les rapports de droit civil des Suisses établis ou en séjour en Suisse. Essai d'interprétation et de critique de la loi fédérale du 25 juin 1891. Thèse de doctorat. Genève 1892. Librairie Stapelmohr. 314 pages.

conclus entre la Suisse et d'autres Etats. Mais l'interprétation d'un seul de ces traités fournirait matière à une copieuse dissertation; de plus, le nombre de ces conventions fixant la législation applicable aux ressortissants de l'un des Etats signataires, domiciliés sur le territoire de l'autre, est encore fort restreint. Il se présentera de nombreux cas où, en l'absence de tout traité, la législation fédérale sera appelée à faire souverainement règle. C'est pour les cas de ce genre que nous avons essayé l'interprétation du Titre III, et c'est exclusivement dans l'hypothèse de l'absence de traité que nous avons raisonné. Cette supposition devait du reste s'imposer à tout commentateur du Titre III, puisque celui-ci n'est applicable aux étrangers que sous réserve des dispositions des traités.

Quand il s'agissait des Suisses établis en Suisse (Titre I de la loi), il était possible de donner un aperçu des diverses législations cantonales, et nous l'avons essayé dans notre thèse. Pour les étrangers (Titre III), il était inutile de songer à renouveler cette tentative; une étude des législations étrangères, même très sommaire, eût beaucoup dépassé les limites que nous voulions donner à notre travail.

Nous n'avons envisagé celui-ci que comme un complément de notre première étude, étant donnée l'analogie qu'il y avait, au point de vue du domicile, entre la situation des Suisses établis et celle des étrangers en Suisse. Nous nous sommes cru autorisé, en conséquence, à ne point répéter tout ce qui avait été dit pour les Suisses établis et pouvait être redit pour les étrangers, renvoyant ainsi à notre dissertation pour toute interprétation d'article qui n'appellerait pas de considérations spéciales aux étrangers. Nous nous y référons donc toujours implicitement, quelquefois expressément, et, en général, par une simple indication de la page à côté du mot „thèse.“ Ce procédé a sans doute l'inconvénient de l'ennui qui résulte toujours d'un renvoi; mais la répétition de choses déjà dites eût été plus fastidieuse encore; elle eût en outre allongé considérablement ce second essai sans ajouter à sa valeur. C'est pour une raison analogue que nous nous sommes borné, à quelques exceptions près, à l'interprétation, sans essayer de

la critique, malgré les différences qu'il pouvait y avoir dans certains cas entre le point de vue intercantonal et le point de vue international. D'ailleurs, le législateur ayant eu principalement en vue les Suisses établis, faire, en considération des relations internationales, la critique des dispositions de la loi n'eût pas été absolument équitable.

Quelques années s'étant écoulées depuis l'entrée en vigueur de la loi, la jurisprudence des tribunaux a eu le temps de se formuler sur quelques points particuliers. Nous y avons trouvé une facilité qui nous avait été complètement refusée pour notre étude du Titre I, car la publication de celle-ci n'avait suivi que de quelques mois l'entrée en vigueur de la loi. Nous avons pu ainsi appuyer notre interprétation du Titre III sur quelques décisions judiciaires, qui constituent d'importants précédents pour l'avenir.

Nous repoussons bien loin de nous la prétention d'avoir proposé des solutions irréprochables; bien au contraire, nous devons reconnaître que dans plus d'un cas l'avis opposé au nôtre pouvait être soutenu par de bons arguments. Ces solutions — nous sommes le premier à l'avouer — n'ont que la valeur qu'elles peuvent avoir, c'est-à-dire celle d'une opinion personnelle et d'une appréciation individuelle. Si cependant nous apprenons un jour que l'une d'elles a été adoptée par quelque tribunal, nous serons heureux si en la suggérant nous avons pu, si peu que ce soit, faciliter la tâche de ceux qui sont chargés d'appliquer la loi.

Chapitre I.

Historique de la confection de ce Titre.

1. La loi fédérale du 25 juin 1891 a, comme on sait, passé par une longue série de travaux préparatoires, de projets divers et de délibérations successives avant de revêtir la forme définitive sous laquelle elle a été enfin acceptée par les Chambres fédérales.

Ayant étudié ces préliminaires en détail dans notre thèse, nous n'y reviendrons, suivant notre règle générale, que pour

autant que nous en pourrions tirer quelque conclusion intéressante pour l'étude du Titre III.

2. Une remarque qui se dégage d'emblée de l'examen du *premier projet* du Conseil fédéral, celui du 28 novembre 1862, c'est qu'il ne contient aucune disposition sur les étrangers. Fidèle à son titre, il ne renfermait que des dispositions tendant à fixer „la compétence des Cantons à l'égard des Suisses établis sur leur territoire.“

3. *Le second projet*, celui du 25 octobre 1876, en revanche, et malgré son titre de „Projet de la loi sur les rapports de droit civil des *Suisses* établis ou en séjour,“ soumettait par un seul article les étrangers aux mêmes dispositions que les Suisses, sous réserve des traités internationaux. Le message qui accompagnait ce projet du Conseil fédéral, rédigé par M. Anderwert, est très bref sur la raison d'être de cette extension, dont la portée considérable semble lui échapper en partie. Il se contente de justifier l'application de la législation du domicile aux étrangers en s'appuyant sur l'exemple de la plupart des législations étrangères, et en faisant valoir l'impossibilité qu'il y aurait à imposer au juge suisse la connaissance des lois des autres pays. Il fait cependant une réserve, et déclare que le droit suisse ne sera appliqué qu'autant que les autorités judiciaires pourront assurer l'exécution de leurs jugements.

L'art. 15 du projet de 1876, qui a donc servi de prototype à l'art. 32 actuel, était ainsi conçu: „Les dispositions de la présente loi sont applicables aux étrangers domiciliés en Suisse, sauf stipulations contraires des traités.“

Délibérant sur ce projet, le Conseil national, le 18 décembre 1876, décida de retrancher cet article 15. Celui-ci ne figurait donc plus dans la loi telle qu'elle sortit de la délibération des Chambres article par article, et qu'elle fut rejetée, dans son ensemble, par le vote du Conseil national du 9 décembre 1879. Elle fut alors renvoyée au Conseil fédéral en vue de l'élaboration d'un nouveau projet.

4. Dans son message du 28 mai 1887, introduisant devant les Chambres le *troisième projet*, rédigé par MM. Ruchonnet et Leo Weber, le Conseil fédéral rappelle que l'extension des pres-

criptions de la loi aux étrangers domiciliés en Suisse avait soulevé des discussions dans le sein des Conseils de la Confédération. Il estime que si, d'après l'esprit des art. 46 et 47 de la Constitution fédérale sur lesquels est basée la loi projetée, les dispositions de celle-ci ne doivent être appliquées qu'aux Suisses domiciliés hors de leur canton d'origine, néanmoins la compétence de la Confédération pour régler des rapports internationaux ne saurait lui être contestée, et en outre que des raisons d'opportunité militent fortement en faveur de cette extension de la loi.

Ayant ainsi justifié l'introduction dans le projet de loi de prescriptions relatives aux étrangers, le Conseil fédéral leur consacre trois articles de son projet:

L'art. 23 dispose que: „Sauf stipulations contraires des „traités et sous réserve de ce qui est dit aux art. 24, 25 et „suivants, les dispositions de la présente loi sont applicables „aux étrangers qui demeurent en Suisse.“

Les art. 24 et 25 contiennent, le premier, une réserve de l'art. 10, alinéas 2 et 3, de la loi fédérale sur la capacité civile, qui restait applicable aux étrangers, le second, une règle chargeant l'autorité du domicile de placer un étranger sous tutelle, sauf à remettre la gestion de celle-ci à l'autorité d'origine sur sa demande.

5. La Commission du Conseil national désignée pour étudier ce projet approuva, dans ses séances des 26 et 27 avril 1888, les dispositions ci-dessus. MM. Forrer et Jolissaint, qui rapportèrent en son nom (12 et 14 juin 1888), ne traitent ce sujet qu'en quelques lignes.

Dans sa séance du 19 juin 1888 le Conseil national adopta, sous la rubrique „Situation des étrangers en Suisse,“ un art. 21, qu'il maintint le 13 juin 1890, et qui avait la teneur suivante: „Sauf stipulations contraires des traités, les dispositions de la présente loi, à l'exception de l'art. 7 ¹⁾ et sous

¹⁾ L'art. 7 était ainsi conçu: „Les questions qui touchent aux rapports „de famille, abstraction faite de ceux que règle la loi fédérale sur l'état-civil „et le mariage, sont soumises à la législation du domicile. Cette règle s'applique „notamment aux questions relatives à la naissance légitime ou illégitime, „à la reconnaissance ou à l'adjudication des enfants naturels et à l'adoption.“

„réserve de l'art. 22, sont applicables, par analogie, aux étrangers qui demeurent en Suisse. La tutelle doit être transmise, sur sa demande à l'autorité du lieu d'origine.“ —

L'art. 22 réservait l'application aux étrangers de l'art. 10 de la loi fédérale sur la capacité civile.

La Commission du Conseil des Etats, par l'organe de M. Eggli (rapport du 14 juin 1889), fut plus brève encore que celle du Conseil national, et proposa simplement en cette matière l'adhésion au Conseil national.

Les 21 juin 1889 et 2 décembre 1890, le Conseil des Etats vota la rédaction suivante: Art. 24. „Sauf stipulations contraires des traités, les dispositions de la présente loi, sous réserve de la disposition de l'art 25, sont applicables par analogie aux étrangers qui demeurent en Suisse. La tutelle doit être transmise, sur sa demande, à l'autorité du lieu d'origine, à condition que l'Etat étranger accorde la réciprocité.“

L'art. 25 était identique à l'art. 22 du Conseil national.

Arrêtées par des divergences portant principalement sur la réglementation du régime matrimonial, les Chambres se virent forcées de suspendre leurs délibérations pendant une année.

Grâce aux efforts des deux Commissions, réunies pour arriver à une entente, les Chambres se résolurent à voter, le 10 et 17 avril 1891, le compromis élaboré par leurs Commissions, et chargèrent le Conseil fédéral de reviser le texte des décisions prises et de présenter un rapport sur la portée de la loi. Les art. 28 et 29 de ces décisions des deux Chambres étaient purement et simplement les art. 24 et 25 votés en dernier lieu par le Conseil des Etats.

6. C'est en exécution de cette mission que le Conseil fédéral présenta le 8 juin 1891 un *quatrième et dernier projet*, dont les bases restaient les mêmes et qui fut voté par les Chambres, sans discussion nouvelle, les 23 et 25 juin 1891.

M. le Dr. P. Wolf, dans une étude publiée dans la „Zeitschrift für Schweizerisches Recht“ (Neue Folge XIII) refuse toute valeur aux travaux préparatoires de la loi pour des

raisons générales d'abord, puis pour le motif spécial¹⁾ que le Conseil fédéral, chargé d'améliorer la rédaction des décisions prises par les Chambres les 10 et 17 avril 1891, a introduit des changements importants dans le texte et a modifié ainsi non seulement la forme mais aussi le fond de la loi.

Cette remarque peut être juste pour certaines parties de la loi, mais elle ne l'est certainement pas pour celle qui nous occupe.

Le Titre III de la loi actuelle renferme en effet les trois articles suivants:

Art. 32. *Les dispositions de la présente loi sont applicables, par analogie, aux étrangers domiciliés en Suisse.*

Art. 33. *La tutelle constituée en Suisse pour un étranger doit être remise à l'autorité compétente du lieu d'origine, sur la demande de celle-ci, à condition que l'état étranger accorde la réciprocité.*

Art. 34. *Sont réservées les dispositions spéciales des traités et l'article 10, alinéas 2 et 3, de la loi fédérale sur la capacité civile, du 22 juin 1881.*

On le voit, le Conseil fédéral s'est borné, pour ce titre, à dégager l'article principal des réserves qui l'encombraient et à les formuler dans un article spécial (art. 34); il mettait ainsi en relief, mais sans même changer les termes de la décision des Chambres, la règle fondamentale contenue à l'article 32. Seule l'expression „étrangers qui demeurent en Suisse“ est remplacée par celle d'„étrangers domiciliés en Suisse“ qui est plus précise et plus en harmonie avec le reste de la loi basée sur la notion du domicile.

De même l'art. 33 ne constitue qu'une rédaction plus explicite de la dernière phrase de l'art. 28 voté les 10 et 17 avril 1891; ses premiers mots „la tutelle *constituée en Suisse pour un étranger*“ ne sont que l'application aux étrangers de la règle, énoncée dans l'art. 11 voté par les Chambres, d'après laquelle l'autorité du domicile est tenue d'*établir* la tutelle.

¹⁾ Nr. 54 de son ouvrage.

Nous ne pouvons donc pas suivre M. Wolf dans le mépris complet qu'il affecte, au point de vue de l'interprétation de la loi, pour les phases d'élaboration successives et d'ailleurs peu caractérisées par lesquelles ont passé les trois articles qui composent le Titre III actuel.

7. La question de l'extension de la loi aux étrangers peut s'examiner au point de vue de la compétence de l'Assemblée fédérale, et à celui de l'opportunité de cette mesure législative.

a) Au point de vue de la *compétence*, les Chambres avaient-elles de par la Constitution le droit de légiférer sur les étrangers?

M. Rott, dans un rapport présenté à la Société des Juristes suisses en 1884¹⁾ a soutenu la négative. Les art. 46 et 47 de la Constitution fédérale sont la seule base, dit-il en substance, sur laquelle l'Assemblée fédérale pouvait fonder sa compétence; or, d'abord, ces articles n'ont été insérés qu'à la suite de conflits de législations *entre cantons*, et ils n'avaient pour but que de permettre l'élaboration d'une loi qui les résolve; puis, ils sont étroitement liés aux dispositions précédentes qui ont pour objet les droits politiques et ne s'appliquent par conséquent qu'aux *Suisses* établis ou en séjour. Enfin surtout, l'art. 47 ne parle que de „Suisses en séjour“ et étant inséparable de l'art. 46 qu'il ne fait que compléter, il exclut toute réglementation de la condition juridique des étrangers; les cantons sont souverains partout où la Constitution fédérale n'entame pas leur souveraineté au profit du pouvoir central, et leur dicter une règle quant à l'application de leurs lois aux étrangers serait empiéter sur leur souveraineté.

Nous avons vu que, partageant cette manière de voir, le Conseil national avait, en 1876, refusé d'insérer dans la loi une disposition concernant les étrangers. Mais dès 1888 il revenait sur sa première décision et acceptait les propositions du Conseil fédéral relatives à cet objet. Et c'est précisément le rapporteur de sa commission, M. Forrer, qui s'applique, le 12 juin 1888, à justifier en quelques mots, la compétence

¹⁾ Zeitschrift für Schweizerisches Recht 1884, p. 654.

de la Confédération. Selon lui, elle ne fait pas de doute. En principe d'abord, la Confédération qui a le droit de conclure des traités internationaux doit avoir celui de légiférer sur les étrangers domiciliés sur son territoire, si la Constitution ne l'en prive pas expressément. Or, bien au contraire, l'art. 46 mentionne d'une manière tout à fait générale „les *personnes* établies en Suisse.“ En outre, un argument bien propre à démontrer que ces termes larges et compréhensifs n'ont pas été introduits fortuitement ou à la légère, c'est que le projet de revision constitutionnelle du 5 mars 1872 portait les mots „Suisses établis,“ et que ceux-ci furent remplacés dans la Constitution du 19 avril 1874 par les termes actuels „personnes établies.“ On a donc volontairement supprimé la limitation aux Suisses de la réglementation prévue à l'art. 46, et il est vraisemblable de dire que le terme „personnes“ a été introduit en remplacement de celui de „Suisses,“ afin de permettre l'application, en principe, de la législation et de la juridiction du domicile aux étrangers.

M. Rott semble n'avoir pas réfléchi que l'argumentation, très ingénieuse d'ailleurs, qu'il tire de l'art. 47, pourrait aussi bien se retourner en sens inverse, et que de la généralité des termes employés dans l'art. 46 on pourrait conclure, en raison même de l'étroit lien qui unit, selon lui, les deux art. 46 et 47, à l'extension aux étrangers, abstraction faite de ce qui concerne les droits politiques, des dispositions contenues à l'art. 47.

Mais ce qui nous paraît plus simple et plus logique, c'est de considérer ces deux articles chacun pour lui-même. L'art. 47 traitant à la fois des droits politiques et des droits civils ne pouvait viser que les Suisses; de là les termes dans lesquels il est conçu. L'art. 46 forme à lui seul un tout, et la règle qu'il pose est aussi bien applicable aux étrangers qu'aux Suisses; de là ses termes plus larges, qui autorisent cette extension.

En outre, il ne viendra à l'idée de personne de contester la compétence en vertu de laquelle la Confédération a introduit dans les lois fédérales sur l'état-civil, le mariage et le divorce de 1874 (art. 31, 37, 56), sur la capacité civile de

1881 (art. 10) etc. des dispositions touchant les étrangers, alors que la Constitution ne contenait à cet égard ni autorisation ni défense; l'Assemblée fédérale avait là plusieurs précédents sur lesquels elle pouvait s'appuyer à bon droit.

b) Au point de vue de *l'opportunité*, il y avait certainement avantage à trancher par une règle positive certains conflits qui pouvaient naître de l'incertitude du droit international. — Assurément les conventions entre Etats, qui garantissent aux ressortissants des deux puissances contractantes le traitement que chacune d'elles a admis pour eux, sont préférables; mais il ne saurait être interdit à la législation interne de jouer un rôle auxiliaire dans les cas non prévus par les traités existants, de suppléer ainsi à leur silence ou à leur absence totale, et de poser une règle fixe en attendant leur conclusion. Il est incontestablement utile, sous réserve des dispositions des traités, de tracer au juge une ligne de conduite, et de lui désigner les domaines où la législation nationale doit régir tous ceux qui sont domiciliés sur le territoire du pays et ceux où, au contraire, elle doit fléchir devant l'application de la loi du pays d'origine.

Ainsi l'extension aux étrangers de la loi fédérale sur les rapports de droit civil était, à notre avis, parfaitement compatible avec les termes de la Constitution, et elle était utile pour permettre au juge suisse de trancher les différends pour lesquels les traités ne fournissaient pas de solution.

Maintenant, le législateur a-t-il été bien inspiré en proclamant purement et simplement les dispositions de la loi applicables aux étrangers par analogie? C'est une question que la suite de cette étude nous permettra d'élucider.

Chapitre II.

Dispositions générales.

§ 1. Préliminaires.

8. Une question préalable qui se pose et dont nous avons cherché la solution dans notre thèse à propos de l'art. 39 de la loi (p. 302), est celle de savoir si le législateur, en choisissant

sant la loi d'origine pour tel rapport de droit civil, autorise ou non le renvoi à la loi du domicile que cette législation peut faire, ou vice-versa. En d'autres termes, puisqu'il s'agit d'étrangers, en soumettant les étrangers établis en Suisse à la loi du domicile le législateur entend-il qu'ils soient traités comme des nationaux, malgré l'application de leur loi d'origine que la législation du canton de leur domicile peut prescrire à leur égard; et en les soumettant à leur loi d'origine veut-il qu'ils soient traités, quelles que soient les dispositions de droit international de cette loi, comme s'ils étaient domiciliés dans leur pays d'origine?

Comme précédemment nous répondrons affirmativement à cette double question, contrairement à l'avis de M. Wolf (*op.cit.*). — Nous estimons que le législateur a voulu émettre des prescriptions uniformes pour les personnes établies, et que, lorsqu'il soumettait les étrangers à la loi du domicile il entendait qu'ils seraient assimilés aux ressortissants du canton, de même que lorsqu'il déclarait qu'ils seraient régis par leur loi d'origine il entendait qu'ils seraient traités comme leurs compatriotes restés dans leur pays.

D'une part, en effet, l'argument que nous tirions de la clause abrogatoire de l'art. 39 peut nous servir encore pour une partie de la double question qui se pose; car les dispositions contraires des lois cantonales que l'art. 39 déclare abrogées sont celles qui proclament le principe de nationalité applicable aux étrangers dans le domaine juridique où notre loi les soumet au contraire au principe de territorialité. D'autre part, pour l'autre partie de la question, nous nous appuyons sur un arrêt du Tribunal fédéral du 6 avril 1894¹⁾ qui déclare, en application de la loi fédérale sur la capacité, article 10 — (à propos duquel la question pouvait se poser également) — que „la volonté du législateur a été de trancher la question d'une manière définitive *sans considérer si le droit du pays étranger suit ou non ses ressortissants au lieu de leur domicile.*“

¹⁾ Fischel contre D^e Codman, *Semaine judiciaire* 1894, p. 405.

Nous sommes donc fondé, croyons-nous, à appliquer cette jurisprudence à la loi qui nous occupe et à faire abstraction des dispositions de droit international que peuvent contenir les législations tant cantonales qu'étrangères, déclarées applicables à tel rapport juridique.

C'est ce que nous ferons au cours de notre étude.

9. La règle fondamentale qui domine tout le Titre III est, nous l'avons dit, l'application, par analogie, aux étrangers domiciliés en Suisse des dispositions de la loi.

Nous avons vu que cette règle avait été déjà introduite, à peu près dans sa teneur actuelle, dans le projet du Conseil fédéral du 25 octobre 1876, et reprise dans celui du 28 mai 1887. Le Conseil national y avait intercalé le 19 juin 1888, sur la proposition de sa Commission, les mots „par analogie“ qui ont été reproduits dans tous les projets subséquents. Dans quel but l'a-t-il fait? Était-ce pour donner plus d'élasticité à la règle? — La loi fédérale ne faisant que désigner laquelle des deux lois en présence, celle du domicile ou celle de l'origine, serait applicable à tel rapport de droit civil, l'application aux étrangers des dispositions de la loi signifiait simplement que là où la législation du domicile devrait régir les Suisses, elle devrait régir aussi les étrangers, et que dans les cas où les Suisses seraient soumis à la loi de leur canton d'origine, les étrangers devraient également être soumis à la législation de leur pays d'origine.

Cette règle ne peut guère, nous semble-t-il, être comprise autrement, et nous ne voyons pas quel sens nouveau ou supplémentaire les mots „par analogie“ peuvent bien lui ajouter. En les introduisant dans le texte de l'article, le Conseil national a probablement voulu indiquer simplement que les règles posées avaient été formulées par le législateur pour les Suisses seuls sans qu'il ait eu en vue les étrangers, mais que rien ne s'opposait à ce que, *mutatis mutandis*, elles fussent appliquées par extension aux étrangers.

Dans le texte allemand ces mots sont rendus par l'adjectif „entsprechend,“ dont la signification la plus littérale est „correspondant.“ Il a été introduit en même temps que

les mots „par analogie“ du texte français. La rédaction du Conseil fédéral de 1887 contenait simplement „Anwendung;“ ce mot a été remplacé en 1888 par les termes „entsprechende Anwendung,“ proposés par la Commission du Conseil national. Cette adjonction ne nous paraît pas plus qu'en français apporter un élément nouveau à la règle posée pour les étrangers.

10. Il s'agit maintenant de voir comment les dispositions de la loi peuvent être appliquées aux étrangers, et comment doivent se résoudre, à la lumière de cette seule règle générale, les difficultés diverses que cette application soulève, et dont le législateur ne semble pas s'être entièrement rendu compte en négligeant d'approfondir et de formuler les conséquences du principe posé.

M. Wolf (*op. cit.*) procède à cet examen en distinguant nettement l'un de l'autre les Titres I et II, étant donné, dit-il, qu'ils contiennent des prescriptions inconciliables entre lesquelles il faut nécessairement choisir; il passe en revue leurs dispositions en les adaptant aux étrangers. Il échaffaude ainsi deux systèmes complets, différant l'un de l'autre, et, après une étude comparative du mérite de chacun, donne la préférence au Titre II dont il déclare l'application aux étrangers beaucoup plus logique et plus rationnelle.

Nous croyons préférable de prendre successivement les différents domaines juridiques réglementés par la loi, d'examiner la solution que la loi nous fournit pour chacun d'eux, au moyen des articles qui peuvent s'adapter aux étrangers, et, dans le cas où elle en présenterait deux, de rechercher laquelle des deux paraît la meilleure. C'est le plan que nous allons nous efforcer de suivre. Sans doute l'adaptation de certains articles et l'élimination de quelques autres déclarés inapplicables pourra paraître arbitraire. Mais en face de l'élasticité et du vague de la règle générale posée à l'art. 32, nous sommes bien forcé d'aller un peu à tâtons.

Nous essaierons de formuler la rédaction la plus convenable pour chaque article, en vue de son adaptation aux étrangers.

Nous rappelons enfin que nous raisonnons toujours dans l'hypothèse de l'absence de traité international.

§ 2. Dispositions générales de la loi (art. 1, 2 et 28).

11. Les articles 1 et 2, dans le Titre I, prennent la teneur suivante :

Art. 1. *Les dispositions en vigueur dans un canton sur le droit des personnes, le droit de famille et le droit successoral sont applicables aux étrangers qui y sont domiciliés dans les limites fixées par la présente loi.*¹⁾

Art. 2, alinéa 1. *Lorsque la présente loi ne réserve pas expressément la juridiction du pays d'origine, les étrangers sont soumis à celle du domicile en ce qui concerne les rapports de droit civil mentionnés à l'article 1^{er}.*

La juridiction du pays d'origine n'étant pas toujours expressément réservée dans les cas où la législation du pays d'origine est applicable — ainsi, par exemple, au sujet de l'obligation alimentaire (art. 9, al. 2), du régime matrimonial entre époux (art. 19, al. 1), de la succession du testateur qui a choisi sa loi d'origine (art. 22, al. 2) — le juge suisse devra parfois appliquer la loi étrangère. — Tant qu'il ne s'agira que des lois des pays voisins, le juge pourra sans trop de peine se mettre au courant de leurs prescriptions en ces matières, de même qu'il est obligé, sur le terrain intercantonal, de connaître les législations des autres cantons; mais il n'en sera pas de même, et le juge se heurtera à des difficultés presque insurmontables, si les étrangers auxquels il devra faire application de leur loi d'origine sont des ressortissants de pays exotiques, à la législation bizarre, mal connue, peut-être à peine fixée.

Nous faisons cette remarque générale pour n'avoir pas à y revenir plus tard, tout en nous empressant d'ajouter que des cas de ce genre seront évidemment tout à fait exceptionnels.

Le juge suisse devra-t-il alors appliquer d'office le droit étranger, ou les parties devront-elles faire la preuve de ce droit? *L'alinéa 2 de l'art. 2* répond :

¹⁾ Nous imprimons en caractères mi-gras les mots que l'adaptation aux étrangers nous oblige à substituer aux termes propres de l'article.

Le juge est tenu d'appliquer d'office le droit d'un autre pays. Sont réservées les prescriptions cantonales concernant la preuve de l'existence d'un statut local ou d'une coutume.

Cet article distingue entre le droit civil émané de l'Etat, d'une part, que le juge est tenu d'appliquer d'office, et les prescriptions locales ou le droit coutumier, d'autre part, dont la preuve sera faite suivant les dispositions légales du canton dont la juridiction est compétente. Le juge suisse ne sera donc appelé à faire application d'office que du droit étranger officiel et non des coutumes ou prescriptions locales qui pourraient exister dans le pays étranger; si ces dernières constituent tout ou partie de la législation du pays dont l'étranger est ressortissant, la preuve de leur existence pourra être exigée conformément aux prescriptions cantonales.

Cette restriction pourra atténuer quelquefois les difficultés que nous signalions plus haut, mais elle ne pourra être invoquée qu'autant que le droit ou la procédure cantonale stipuleront à cet égard un mode de preuve spécial, — c'est-à-dire rarement.

Il faut se demander si cette disposition de l'alinéa 2 de l'art. 2, même ainsi limitée, ne sera pas parfois inexécutable en pratique, et si l'on ne devra pas exiger des étrangers, sauf peut-être de ceux qui appartiennent aux Etats européens voisins, la preuve du droit officiel de leur pays. Il est permis en tout cas de douter fortement que le législateur, en posant cette règle et en l'étendant par analogie aux étrangers, ait eu conscience des difficultés pratiques de son application.

12. Mettons maintenant en regard de ces deux articles les règles que contient le premier article du Titre II sur les rapports de droit civil des Suisses à l'étranger, soit l'article 28 de la loi.

La teneur de cet article devant, dans son adaptation aux étrangers subir des modifications un peu plus importantes que celle des autres, nous reproduirons l'article 28 tel qu'il existe dans la loi pour mettre en face ce qu'il devient par adaptation.

Art. 28, al. 1. *Les règles suivantes sont applicables aux Suisses domiciliés à l'étranger pour tout ce qui concerne le droit des personnes, le droit de famille et le droit successoral, sauf toutefois les clauses spéciales des traités internationaux.*

Art. 28, al. 1 (adapté). *Les règles suivantes sont applicables aux étrangers domiciliés en Suisse pour tout ce qui concerne le droit des personnes, le droit de famille et le droit successoral, sauf toutefois les clauses spéciales des traités internationaux.*

Ce premier alinéa qui renferme la même énumération que l'art. 1^{er} témoigne à première vue du désir du législateur de régler aussi complètement, si ce n'est avec autant de détails, la situation des Suisses à l'étranger que celle des Suisses établis ou en séjour en Suisse. En cherchant à appliquer les dispositions de la loi aux étrangers il semble donc que nous aurons toujours à choisir entre les règles du Titre I et celles du Titre II. Mais poussons plus loin notre examen.

13. Le deuxième alinéa (chiffre 1) de l'art. 28, littéralement traduit,¹⁾ devient:

Art. 28, 1^o *Si, d'après la législation étrangère, ces Suisses sont régis par le droit étranger, ce n'est pas ce droit néanmoins, mais celui du canton d'origine, qui est appliqué à leurs immeubles situés en Suisse; c'est également le canton d'origine qui exerce la juridiction en pareille matière.*

Art. 28, 1^o (adapté). *Si d'après la législation suisse, ces étrangers sont régis par le droit suisse, ce n'est pas ce droit néanmoins, mais celui du pays d'origine qui est appliqué à leurs immeubles situés à l'étranger; c'est également le pays d'origine qui exerce la juridiction en pareille matière.*

Cette adaptation littérale appelle certaines observations qui nous sont suggérées pour les étrangers par l'examen de la situation faite aux Suisses par cet article 28, 1^o.

Pour les Suisses à l'étranger l'art. 28, 1^o désigne la législation qui sera applicable à leurs immeubles quel que soit d'ailleurs le régime auquel ils seront eux-mêmes soumis. Il est évident que le „si“ de cet art. 28, 1^o n'est pas condition-

¹⁾ Pour abrégé et éviter une fastidieuse répétition de mots nous nous servons des expressions „traduire,“ „adapter,“ pour désigner l'application aux étrangers des règles contenues tantôt dans le Titre I, tantôt dans le Titre II.

nel, mais signifie „même si;“ en effet, si la législation étrangère est muette, ou si elle réserve l'application de la loi suisse aux immeubles en Suisse, ce sera *a fortiori* que les immeubles seront régis par la loi suisse. Il aurait donc été bien préférable pour la clarté de la règle que, en ce qui concerne la législation, elle fut ainsi formulée:

Les immeubles situés en Suisse qui appartiennent à des Suisses domiciliés à l'étranger sont régis par le droit du canton d'origine, quel que soit le régime auquel ces Suisses sont eux-mêmes soumis.

Appliqué aux étrangers cet art. 28, 1^o doit poser les mêmes principes pour leurs immeubles. Mais déclarer que leurs immeubles situés à l'étranger seront régis par la loi étrangère paraît être une superfluité, ou constituer une impossibilité.

D'une part, en effet, il va bien sans dire que les immeubles situés à l'étranger qui appartiennent à des étrangers même domiciliés en Suisse sortent absolument du domaine sur lequel peut s'étendre effectivement la législation suisse. De quel droit le législateur suisse émettrait-il une disposition d'après laquelle l'Etat étranger aurait à appliquer sa législation aux immeubles situés sur son territoire qui appartiennent à ses ressortissants domiciliés en Suisse? D'ailleurs on concevrait difficilement un Etat étranger qui renoncerait à appliquer sa législation à des immeubles situés sur son territoire et appartenant à ses ressortissants par le seul fait que ceux-ci sont domiciliés en Suisse.

D'autre part si, par extraordinaire, il y renonçait au profit de l'application de la loi suisse, alors, la règle de l'art. 28, 1^o intervenant et renvoyant au droit étranger, un conflit „négatif“ se produirait, et de cette double incompétence résulterait un déni de justice.

Ainsi, ou bien l'Etat étranger soumet ces immeubles à sa législation, mais c'est de son propre chef et non en vertu d'une prescription de la loi suisse; ou bien il se déclare incompétent au point de vue de la législation, et ce n'est pas la disposition de notre art. 28, 1^o qui lui donnera la compétence qu'il se refuse à lui-même. Donc l'adaptation

littérale de l'art. 28, 1^o aux étrangers conduit dans un cas à une naïveté, dans l'autre à une impasse. Force nous est donc de chercher pour les étrangers une autre signification à cet article.

Nous la trouvons en appliquant la règle qu'il contient non plus aux immeubles situés à l'étranger mais à ceux qui sont en Suisse. Si le législateur a voulu par analogie émettre une prescription relative aux immeubles appartenant à des étrangers, il nous paraît plus probable que ce sont les immeubles situés en Suisse et non ceux qui, étant à l'étranger, échappent à son empire, qu'il a eus en vue.

Nous abandonnons donc tout raisonnement relatif aux immeubles à l'étranger, et, remplaçant dans l'article adapté les mots „situés à l'étranger“ par ceux de „situés en Suisse,“ nous avons à raisonner dans deux hypothèses suivant que les immeubles dont s'agit sont situés: pour les Suisses, dans leur canton d'origine; pour les étrangers, dans le canton de leur domicile, ou bien qu'ils sont situés dans un autre canton de la Suisse.

14. 1^{ère} hypothèse. Les immeubles sont situés: s'il s'agit de Suisses à l'étranger, dans leur canton d'origine; s'il s'agit d'étrangers en Suisse, dans le canton de leur domicile.

L'art. 28, 1^o pose comme règle, pour les immeubles situés en Suisse qui appartiennent à des Suisses à l'étranger, la loi d'origine, c'est-à-dire dans notre hypothèse la *lex rei sitae*, généralement admise pour les immeubles (convention franco-suisse de 1869, art. 5). Nous inspirant de l'esprit des dispositions émises pour les Suisses, nous appliquons la même loi aux immeubles situés en Suisse qui appartiennent à des étrangers; ils seront régis par la *lex rei sitae*, c'est-à-dire par la loi du canton où ils sont situés, ou, dans notre hypothèse, par la loi du domicile de l'étranger. L'art. 28, 1^o deviendrait donc pour les étrangers, suivant la rédaction que nous proposons un peu plus haut pour les Suisses:

Les immeubles situés en Suisse qui appartiennent à des étrangers domiciliés en Suisse sont régis par le droit du canton où ils sont situés, quel que soit le régime auquel ces

étrangers sont eux-mêmes soumis; c'est également la juridiction du lieu de la situation qui est compétente en pareille matière.

Ainsi interprétée cette règle a sa raison d'être; elle est conforme à la doctrine et aux lois généralement en vigueur. Nous arrivons donc, dans cette première hypothèse qui est la plus naturelle et qui sera la plus fréquente, à une solution rationnelle et admissible. Remarquons que ce n'est pas ici l'adaptation littérale qui nous la fournit, mais bien une application, *par analogie*, aux étrangers de la règle posée pour les Suisses. Nous découvrons peut-être ainsi le sens qui doit être attribué à ce terme „par analogie“ qui restait au début assez inexplicable.

Il est vrai que nous utilisons un peu l'élasticité et le vague que ce terme peut avoir; c'est ainsi que nous traduisons ici „canton d'origine“ par „canton où les immeubles sont situés.“ — Mais nous pensons que cette traduction libre doit être autorisée quand il s'agit de donner à une règle une signification acceptable et conforme d'ailleurs à l'esprit qui nous paraît avoir dicté au législateur la teneur de l'article 28, 1^o.

Il est naturel enfin que la juridiction suive la législation en pareille matière, et que ce soit le juge du canton où se trouve l'immeuble dont s'agit qui soit chargé d'appliquer la loi de ce canton.

15. 2^{ème} hypothèse. Les immeubles sont situés: s'il s'agit de Suisses à l'étranger, dans un autre canton que leur canton d'origine; s'il s'agit d'étrangers, dans un autre canton que celui où ils sont domiciliés.

Nous avons vu que c'était un non-sens de supposer que le législateur suisse ait voulu régir les immeubles situés à l'étranger. Nous continuons donc à admettre qu'il s'agit de déterminer à quelle loi seront soumis les immeubles situés en Suisse qui appartiennent à des étrangers.

Quelle sera donc la loi applicable? Pour l'immeuble appartenant au Suisse, devant la teneur de l'art. 28, 1^o pas d'hésitation possible: ce sera non plus la *lex rei sitae*, distincte cette fois de la loi d'origine, mais la législation de son canton

d'origine. Le législateur a tranché le doute qui aurait pu naître; c'est là, dans notre hypothèse, la raison d'être de la règle de l'art. 28, 1^o.

Pour l'immeuble appartenant à l'étranger, sera-ce la loi du lieu de la situation ou celle du canton où l'étranger est domicilié? En faveur de la première, on pourrait invoquer la solution qui s'impose dans notre première hypothèse: soumettre les immeubles à la *lex rei sitae*, c'est se conformer à une règle généralement admise et rationnelle.

Mais il faut observer que, dans notre 1^{ère} hypothèse, nous ne sommes arrivé à la *lex rei sitae* que parce qu'elle se confondait, pour les Suisses, avec la loi d'origine et que c'est en voulant appliquer la loi d'origine que nous avons rencontré la *lex rei sitae*. Nous nous sommes servi de cette dernière comme d'un pont, d'un moyen pour découvrir la législation à laquelle les immeubles de l'étranger devaient être soumis. Nous avons raisonné ainsi: les immeubles situés en Suisse qui appartiennent à des Suisses à l'étranger sont régis par la loi d'origine; or pour eux la loi d'origine = la *lex rei sitae*; pour les étrangers la *lex rei sitae* = la loi du domicile; donc, par analogie, les immeubles de l'étranger seront soumis à sa loi de domicile.

Cette procédure nous paraissait d'autant plus justifiée, en vue d'une saine interprétation de l'esprit de l'art. 28, 1^o, que celui-ci exclut la législation étrangère, et qu'il ne reste donc plus que la loi du domicile qui puisse régir les immeubles de l'étranger domicilié dans le canton où ils sont situés. En outre, nous nous croyions autorisé à prendre en considération plutôt la situation des immeubles que la personne de leurs propriétaires, car le législateur paraît donner plus de poids à l'une qu'à l'autre (art. 28, 1^o).

Un raisonnement semblable n'est pas possible dans notre seconde hypothèse. Pour les Suisses à l'étranger qui ont des immeubles en Suisse dans un autre canton que leur canton d'origine, l'art. 28, 1^o déclare implicitement — puisqu'il ne distingue pas les deux hypothèses — que même alors c'est à la loi du canton d'origine que ces immeubles doivent être

soumis. Pour les étrangers, rien ne nous permet de conclure à l'application de la *lex rei sitae*. En outre, la loi tout entière n'ayant pour but que de faire, pour chaque domaine réglementé, un choix entre les deux lois d'origine et de domicile, ce serait sortir quelque peu de son cadre que d'en proposer une troisième. Il faut donc adopter ici la loi du canton de domicile de l'étranger propriétaire.

Dans notre seconde hypothèse l'art. 28, 1^o se formulerait alors ainsi :

Les immeubles appartenant à des étrangers et situés en Suisse dans un autre canton que celui du domicile de ces derniers seront régis par la législation de ce canton de domicile, quel que soit le régime auquel les étrangers sont eux-mêmes soumis; c'est également la juridiction du domicile qui est compétente en pareille matière.

Si nous rapprochons cette rédaction de celle à laquelle nous a conduit notre première hypothèse, nous voyons qu'il s'agit dans les deux cas de l'application de la loi du domicile, mais que dans le premier celle-ci coïncide avec la *lex rei sitae*, tandis qu'elle en est distincte dans le second.

Les remarques précédemment faites sur l'application „par analogie“ des dispositions de la loi peuvent se répéter ici.

Cette règle relative aux immeubles (art. 28, 1^o) est la seule disposition immobilière que la loi formule expressément. Mais il ne faut pas oublier que ce deuxième alinéa de l'article 28 est inséparable du premier, et que la prescription qu'il contient ne s'appliquera aux immeubles qu'autant qu'il s'agira du droit des personnes, du droit de famille ou du droit successoral, seuls domaines auxquels s'entend la réglementation de la loi. Ce n'est que dans ce sens que nous pouvons la considérer comme une règle générale. Que deviendra-t-elle dans les domaines de la capacité civile des femmes mariées, de la tutelle, du régime matrimonial, de la succession, qui sont ou peuvent être régis par une autre loi que celle du domicile actuel, et où pourtant des droits immobiliers peuvent être en jeu? Il faudra décider, croyons-nous, que tout ce qui concerne la constatation des mutations de propriété, l'inscription des droits

immobiliers, la licitation des immeubles en vue d'un partage, ainsi que les charges qui peuvent grever un immeuble seront régis par la loi du domicile de l'étranger, et que tout le reste sera dominé par la loi qui fera règle pour le domaine juridique dont il s'agira.

Ainsi, d'une manière générale, l'adaptation aux étrangers de cet art. 28, 1° soulève de nombreuses difficultés qui ne peuvent être résolues que par des moyens détournés; l'on peut douter que le législateur ait eu l'intention d'étendre aux étrangers les dispositions de cet article 28, 1°; s'il l'a eue, l'introduction d'une règle, analogue dans son esprit mais spéciale aux étrangers, n'eût pas été superflue.

16. Quant à l'art. 28, 2°, littéralement adapté aux étrangers il se formule ainsi:

Art. 28, 2°. *Si, d'après la législation étrangère, ces Suisses ne sont point régis par le droit étranger, c'est le droit du canton d'origine qui leur est appliqué, et c'est également ce canton qui exerce la juridiction.*

Art. 28, 2° (adapté). *Si, d'après la législation suisse, ces étrangers ne sont point régis par le droit suisse, c'est le droit du pays d'origine qui leur est appliqué, et c'est également ce pays qui exerce la juridiction.*

Remarquons d'abord que la disposition de cet article, bien que revêtant une forme apparemment symétrique à celle énoncée sous chiffre 1° est fort différente en réalité. Nous avons vu (13) que cette dernière était applicable à tous les cas, bien que sa rédaction défectueuse pût en faire douter, et que le „si“ placé en tête n'était pas conditionnel mais signifiait „même si.“ Il n'en est pas de même de la règle qui nous occupe maintenant. Elle n'est que subsidiaire, et ne doit servir que dans un cas déterminé; le „si“ est donc ici bien conditionnel.

Il faut noter, en outre, que le chiffre 1° de l'art. 28 n'est relatif qu'aux immeubles, tandis que le chiffre 2° s'applique aussi bien aux meubles qu'aux immeubles.

17. Si la symétrie n'existe pas en réalité entre les deux parties de l'art. 28, l'adaptation littérale de son dernier alinéa aux étrangers ne correspond pas non plus à la règle posée pour les Suisses à l'étranger, et sa signification ne se comprend guère.

En ce qui concerne les Suisses, la disposition de cet art. 28, 2^o nous paraît pouvoir être formulée de la manière suivante:

Les Suisses à l'étranger sont régis par le droit étranger, à moins que l'Etat étranger ne déclare que la loi nationale ne leur est pas applicable ou ne les soumette à la loi et à la juridiction du pays d'origine.¹⁾ Dans ces deux cas c'est la législation du *canton* d'origine qui est applicable, et c'est la juridiction de ce même canton qui est compétente.

Pour les Suisses à l'étranger, en effet, le législateur, reconnaissant avec raison qu'il ne peut prétendre exercer effectivement son empire sur eux, admet implicitement l'application du droit étranger; il ne le déclare pas expressément, car il ne lui appartenait pas de le faire; l'Etat étranger n'a pas besoin de l'autorisation de la Suisse pour appliquer sa législation aux Suisses établis sur son territoire, s'il le juge convenable. Le législateur suisse admet donc que l'Etat étranger soumette à sa législation les ressortissants suisses sur son territoire; c'est là, croyons-nous, la première règle qu'il faut dégager de l'art. 28, 2^o, et que nous avons cherché à rendre par la première phrase de la formule précédente.

Mais l'Etat étranger pouvait déclarer soit que sa législation ne serait pas applicable aux Suisses (et autres étrangers) domiciliés sur son territoire, soit que ceux-ci seraient régis par leur loi d'origine; et c'est pour ces deux cas là que le législateur a émis la règle du dernier alinéa de l'art. 28, et soumis les Suisses à leur loi nationale.

Cette prescription était utile, la loi ayant précisément pour but de faire cesser l'incertitude du droit. En effet, s'il était à peu près évident que ce serait la loi suisse qui dans ces deux cas se trouverait applicable, on aurait pu, dans le cas où le Suisse domicilié à l'étranger aurait eu avant de quitter la Suisse un domicile dans un autre canton que son canton d'origine, hésiter entre la loi du dernier domicile en

¹⁾ Nous laissons de côté le cas qui nous paraît fort rare où l'Etat étranger prévoirait l'application d'une troisième loi, autre que celles de l'origine et du domicile.

Suisse et celle du canton d'origine. La préférence est donnée à cette dernière, et c'est également, dit l'article, ce canton qui exerce la juridiction.

Il faut, dans cette dernière phrase, considérer comme sous-entendue la condition que l'Etat étranger remette à la législation *et à la juridiction* suisses le soin de trancher le cas. Mais il peut charger son juge d'appliquer le droit suisse, et toute compétence serait ainsi refusée à la juridiction du canton d'origine.

Enfin pour les Suisses, on peut se demander quelle solution devra intervenir si la législation étrangère est muette, comme le cas peut fort bien se présenter. La règle, telle que nous l'avons formulée, autoriserait bien la conclusion que ce droit étranger doit les régir; mais l'observation faite plus haut (13) peut être reproduite ici: comment le législateur suisse pourrait-il prétendre forcer l'Etat étranger à étendre sa législation aux ressortissants suisses établis sur son territoire? D'autre part les termes de l'art. 28, 2^o, en particulier la phrase „d'après la législation étrangère“ qui laisse supposer une disposition expresse de cette législation, ne permettent pas de conclure en ce cas à l'application du droit suisse, à laquelle du reste l'Etat étranger serait en droit de se refuser. La réponse reste donc indécise.

18. Pour les étrangers en Suisse, la situation est bien différente. En principe l'on peut dire que le législateur, ayant admis comme règle, en ce qui concerne les Suisses à l'étranger, l'application du droit étranger, et n'ayant émis de prescription que pour le cas où l'Etat étranger réserverait expressément la législation suisse ou tout au moins déclarerait son droit inapplicable, doit, en vertu du même raisonnement, proclamer l'application du droit suisse aux étrangers, tout en réservant les dispositions du droit étranger quand la législation suisse prescrirait leur application ou serait déclarée inapplicable. Formulée pour les étrangers comme elle l'a été par nous pour les Suisses, la règle de l'art. 28, 2^o deviendrait:

Les étrangers en Suisse sont régis par le droit suisse, à moins que celui-ci ne leur soit déclaré inapplicable ou ne les soumette à la loi et à la juridiction de leur pays d'origine.

Mais ici il n'y a plus lieu, comme pour les Suisses à l'étranger, de faire un choix éventuel entre la loi d'un dernier domicile et celle de l'origine; car on pourrait difficilement admettre, nous semble-t-il, que le législateur suisse prît en considération, pour la détermination de la loi applicable aux étrangers, leur dernier domicile dans un autre pays que leur pays d'origine. Cette alternative, qui donnait à la disposition de l'art. 28, 2° sa seule raison d'être véritable, ne se présente donc pas pour les étrangers. Et comme il est bien évident que si ce n'est pas la loi du pays d'origine, ce sera la loi du canton de leur domicile en Suisse qui sera applicable aux étrangers, car on ne saurait imaginer une troisième loi, l'art. 28, 2°, adapté à ces derniers, n'a plus guère de signification (17).

Cette prescription n'aurait plus que l'avantage d'exclure l'hypothèse que nous devons prévoir dans l'application du droit étranger aux Suisses à l'étranger, celle du silence de la législation étrangère. En effet, d'après sa teneur expresse, ce sera ou la loi d'origine ou celle du domicile qui régira le rapport juridique dont s'agit; mais elle laisse subsister l'incertitude en abandonnant à d'autres règles le soin de faire le choix entre ces deux lois. Il est vrai qu'elle contient la désignation de la juridiction, qui aurait pu ne pas suivre la législation; mais remarquons qu'elle se trouve alors en opposition partielle avec la règle de l'art. 2 qui pose en principe la compétence de la juridiction du domicile, et n'admet celle du juge d'origine que si celle-ci est expressément réservée pour telle matière. Donc d'après l'art. 2 le juge suisse peut être appelé à appliquer la loi étrangère; d'après l'art. 28, 2° il ne le peut pas puisque la juridiction suit la législation. A part donc ce conflit qu'elle fait naître, la prescription de l'art. 28, 2° ne nous fait pas faire un seul pas en avant. Nous ne pouvons pas admettre en effet avec M. Wolf (*op. cit.*) qu'elle renvoie simplement aux législations cantonales, puisque notre loi a précisément pour but d'émettre une règle générale et uniforme pour les étrangers comme pour les Suisses et qu'elle abroge les lois cantonales contraires (art. 39).

Nous en concluons donc, à juste titre, croyons-nous, que cette règle de l'art. 28, 2° a été posée pour s'appliquer aux Suisses à l'étranger et non pour s'adapter par analogie aux étrangers en Suisse.

En résumé, il résulte de la comparaison que nous venons de faire des deux premiers articles du Titre I avec le premier du Titre II, soit des articles 1 et 2 avec l'article 28 de la loi, que, si des règles générales paraissent être posées au début de l'un et de l'autre de ces titres, en définitive il ne subsiste du Titre II, en ce qui concerne la législation à laquelle les étrangers doivent être soumis, qu'une disposition applicable à la rigueur à leurs immeubles situés en Suisse, et, pour les autres domaines juridiques réglementés, qu'un renvoi aux prescriptions spéciales émises pour chacun d'eux.

Ce résultat si mince nous fait douter une fois de plus de l'applicabilité de l'art. 28 aux étrangers. Nous serions donc tenté de le ranger parmi ceux qui ne peuvent être adaptés aux étrangers et qui doivent être laissés de côté (10).

Chapitre III.

Domicile et Origine (Art. 3—6 de la loi).

19. Les articles 3—6 de la loi sont destinés à fixer la notion du domicile et celle de l'origine. Il est aussi important pour les étrangers en Suisse que pour les Suisses établis de bien préciser ce qu'il faut entendre par législation d'origine et par législation du domicile, la loi que nous étudions se bornant à choisir entre ces deux.

Pour les étrangers comme pour les Suisses la loi ne se contente pas de l'établissement ni du séjour; elle exige le domicile comme condition de l'application de ses dispositions aux étrangers; et s'il nous arrive parfois de parler d'étrangers établis ou habitant la Suisse, ce n'est que pour éviter des répétitions trop fréquentes du mot domicile, que nous le ferons; il ne s'agira jamais que d'étrangers *domiciliés* en Suisse.

L'article 32 le dit expressément: ce n'est qu'aux étrangers „domiciliés“ en Suisse que les prescriptions de la loi sont étendues par analogie, et le Tribunal fédéral, dans un arrêt du 6 avril 1894,¹⁾ l'a formellement déclaré.

Nous nous bornerons donc, comme à l'ordinaire, à quelques remarques suggérées par la situation spéciale des étrangers.

20. La définition du *domicile* est contenue aux articles 3 et 4, et comme cette notion ne saurait varier suivant la nationalité de la personne, suivant qu'il s'agit de fixer le domicile d'un étranger en Suisse ou celui d'un Suisse établi, ces deux articles s'adaptent sans changement aux étrangers.

Art. 3. *Le domicile, dans le sens de la présente loi, est au lieu où la personne demeure avec l'intention d'y rester d'une façon durable.*

Le fait qu'une personne est placée dans un établissement d'éducation, un hospice, un asile, une maison de santé ou de correction, ou qu'elle séjourne dans une localité en vue d'y suivre les cours d'un établissement d'instruction, ne lui constitue pas un domicile dans le sens de la présente loi.

Le domicile d'une personne une fois fixé subsiste aussi longtemps qu'elle n'a pas fondé un nouveau domicile.

Nul ne peut avoir simultanément deux ou plusieurs domiciles.

Art. 4. *Le domicile de la femme mariée est au domicile du mari.*

Le domicile des enfants sous puissance paternelle est au domicile de la personne qui a l'exercice de cette puissance.

Le domicile de la personne sous tutelle est au siège de l'autorité tutélaire.

Renvoyant aux commentaires dont nous avons accompagné ces articles (Thèse pages 80—98) et qui pourraient être reproduits ici, nous rappellerons seulement que:

1^o il ne faut jamais perdre de vue que, la loi fédérale n'ayant pour but que la désignation de la législation qui régira tel rapport de droit civil, ses dispositions ne peuvent être utilisées autrement, et que, cette désignation une fois faite, le rôle de la loi fédérale est fini et la parole laissée à

¹⁾ Fischel contre D^e Codmann, *Semaine judiciaire* 1894, p. 405.

la loi cantonale désignée; ainsi la législation d'un canton interviendra, même pour fixer le domicile, dès que ce canton aura été reconnu compétent pour appliquer son droit aux étrangers qui habitent son territoire;

2^o à propos de l'art. 4 nous estimons:

a) en ce qui concerne la femme mariée, tant que le mariage dure, elle est domiciliée au domicile de son mari, alors même qu'elle serait interdite ou séparée de biens,

b) pour les enfants sous puissance paternelle, que dès qu'il y a puissance exercée sur eux par un de leurs ascendants, quel que soit le nom qu'on donne à celle-ci et alors même qu'une autorité tutélaire exercerait une surveillance sur ces enfants, leur domicile reste au domicile du parent qui a l'exercice de cette puissance,

c) enfin, pour les étrangers sous tutelle qui ne tombent pas sous le coup de l'un des deux premiers alinéas de l'article 4, que leur domicile ne sera au siège de l'autorité tutélaire que si, d'une part, ils sont incapables d'agir eux-mêmes et non pas seulement s'ils doivent être *assistés* d'un conseil, et si, d'autre part, il existe une autorité tutélaire.

21. Le pays *d'origine* d'un étranger est celui auquel il appartient par sa nationalité. La nationalité peut s'acquérir de plusieurs manières, et nous nous trouvons ici en face d'une diversité beaucoup plus grande que lorsqu'il s'agissait de l'origine des Suisses. Nous n'avons pas à les passer en revue, et pouvons nous borner à l'indication des cas principaux, à savoir: l'acquisition de la nationalité *jure sanguinis*, c'est-à-dire par le seul fait de la descendance de parents citoyens de tel ou tel pays — ce qui est le cas le plus fréquent —; puis, *jure soli*, c'est-à-dire par le fait de la naissance dans tel ou tel pays; enfin par *naturalisation*, c'est-à-dire par l'obtention, aux conditions légalement fixées, ou à titre de faveur exceptionnelle, du droit de bourgeoisie dans un Etat.

L'étranger établi en Suisse peut n'avoir pas de nationalité; il peut, au contraire, en avoir plusieurs.

On peut difficilement concevoir un Suisse établi qui n'aurait pas de droit de bourgeoisie cantonal, puisqu'il est

tenu pour avoir le droit de se fixer dans un autre canton de produire un acte d'origine ou une pièce analogue (Constitution fédérale, art. 45). Les lois cantonales peuvent fixer la même condition à l'établissement d'un étranger — c'est le cas à Genève où le permis de séjour cesse d'être valable dès que les papiers déposés ne sont plus réguliers (loi du 8 mars 1879, art. 4), — mais elles ne le doivent pas. Il est donc plus facile de supposer des cas d'heimatlosat chez des étrangers que chez des Suisses. Les étrangers peuvent, en effet, appartenir à un pays dont la nationalité se perd par la résidence à l'étranger pendant un certain nombre d'années; ils peuvent naître en Suisse, où la nationalité ne résulte que de la filiation, de ressortissants d'un Etat qui ne confère sa nationalité qu'à ceux qui naissent sur son territoire (Brésil), etc. En présence de cas de ce genre on se trouvera fort embarrassé pour appliquer la loi; il faudra ou bien se résigner à soumettre ces heimatlozes à la loi de leur domicile, ou bien admettre fictivement, et contrairement peut-être à leur loi d'origine, qu'ils n'ont pas perdu leur nationalité primitive, ou enfin les considérer comme originaires de l'Etat, s'il est connu, dont leur père était ressortissant.

En revanche la loi a prévu l'hypothèse du double indigénat, dont le cas type sera celui de l'individu né dans un pays, dont la nationalité lui est acquise par la naissance, d'un étranger dont la nationalité passe à son fils par filiation (enfant né en Angleterre d'un père français).

L'art. 5 tranche la difficulté; il s'adapte presque littéralement aux étrangers.

Art. 5. Lorsqu'un étranger possède le droit de cité dans plusieurs pays, son pays d'origine, dans le sens de la présente loi, est celui des pays d'origine dans lequel il a eu son dernier domicile; s'il n'a jamais été domicilié dans un de ces pays, celui dans lequel lui ou ses ascendants ont en dernier lieu acquis le droit de cité.

Cette détermination du pays d'origine s'applique également, par analogie, au cas où un étranger aurait plusieurs droits de cité dans un même pays, divisé en plusieurs législations. *Art. 6, al. 2:*

Lorsqu'une personne a plusieurs droits de bourgeoisie dans ce pays, la disposition de l'art. 5 est applicable par analogie.

L'adaptation aux étrangers de ces prescriptions n'appelant pas d'observation spéciale, nous ne nous arrêterons pas, conformément à ce que nous disions dans notre préface, à l'interprétation de ces articles.

22. L'art. 6, al. 1 n'a été introduit dans la loi, comme on sait, qu'après de vives discussions au sein des Conseils de la Confédération.

Adapté aux étrangers il reste presque le même :

Art. 6, al. 1. *S'il existe dans un pays plusieurs législations régissant des parties distinctes de son territoire, le droit du domicile d'une personne est celui de la partie du canton ¹⁾ où elle est domiciliée; le droit du lieu d'origine, celui en vigueur dans la commune dont elle est ressortissante.*

Il n'y a pas d'observation spéciale à faire en ce qui touche la détermination de la loi du domicile, les conditions où se trouvent à cet égard les Suisses qui sont domiciliés dans un autre canton que leur canton d'origine étant les mêmes que celles où sont les étrangers domiciliés en Suisse. Cette première partie de l'article est donc aussi utile pour les uns que pour les autres.

La seconde partie de la règle, celle qui a trait à la détermination de la loi d'origine, pourra se trouver plus souvent utilisée encore pour les étrangers que pour les nationaux. On peut en effet facilement supposer un Etat étranger dont le territoire ne serait pas dominé par une seule et même législation, mais se diviserait en plusieurs portions, régie chacune par une loi différente. Néanmoins il faut se demander si cet art. 6, al. 1, qui n'a été inséré dans la loi que pour des motifs d'intérêt purement local et particuliers à la Suisse, peut être étendu par analogie aux étrangers, en ce qui concerne la désignation du droit d'origine.

¹⁾ Nous ne remplaçons pas ici (comme nous l'avons fait au début de l'article, où „pays“ peut signifier suivant les cas „canton“ ou „état“) „canton“ par „pays,“ puisqu'il s'agit exclusivement dans ce membre de phrase du droit du domicile de l'étranger établi en Suisse.

Si, d'une part, les arguments tirés de la souveraineté cantonale, que l'on a fait énergiquement valoir pour mettre obstacle à l'introduction de cette prescription, ne peuvent guère être reproduits à l'égard des étrangers, et doivent céder le pas aux considérations d'opportunité, peut-être plus importantes encore que pour les Suisses, d'autre part les termes de l'art. 6, al. 1 *in fine* supposent une organisation politique comme celle de la Suisse où un droit de cité communal et cantonal accompagne toujours le droit de cité suisse, et ne peuvent se rapporter qu'à des Etats fédératifs, comme elle, ou à des Confédérations d'Etats.

La disposition de cet article ne trouvera donc son application aux étrangers qu'aux deux conditions suivantes: à savoir, que l'Etat étranger soit divisé en plusieurs territoires régis par des législations distinctes (même condition que pour les Suisses *mutatis mutandis*), et en second lieu qu'à chacun de ces territoires régis par une législation propre et distincte corresponde un droit de cité, de commune, de canton ou de pays, c'est-à-dire que l'étranger en question, à côté du lieu qui l'unit à l'Etat dont il possède la nationalité soit rattaché à une circonscription politique et territoriale (commune, canton, pays, ville peut-être, etc.) par un lien spécial qui l'en rende ressortissant. Ce sera le cas, par exemple, (tant que le Code-civil allemand n'est pas en vigueur) pour l'Allemand qui sera à la foi allemand et wurtembergeois, bavarois, badois ou prussien. Ces deux conditions peuvent donc se rencontrer; en fait elles se trouveront en général réunies, et l'art. 6, al. 1 trouvera son application aux étrangers ressortissants de ces Etats.

Remarquons en passant que cette application n'est possible qu'en remplaçant éventuellement le mot „commune“ par celui de circonscription, canton, état etc. Il ne s'agit plus en effet de Suisses ressortissant à telle ou telle commune à l'intérieur d'un canton, mais d'étrangers citoyens d'un Etat et ressortissant en même temps à telle ou telle circonscription, canton etc., à l'intérieur de cet Etat.

En revanche, si la seconde des deux conditions indiquées

ci-dessus fait défaut,¹⁾ c'est-à-dire si, dans un Etat dont le territoire est divisé en plusieurs domaines de législations distinctes, il n'existe qu'un seul et unique droit de bourgeoisie, à savoir la nationalité de cet Etat, sans qu'il y ait aucun lien spécial rattachant son ressortissant à telle ou telle circonscription de son territoire, la règle de l'art. 5 ne pourra pas s'adapter à cette situation particulière. La détermination de la loi d'origine présentera alors une certaine difficulté; il faudra recourir au critère de l'art. 5 et se servir de la combinaison du domicile et de l'origine; le choix se fera ainsi entre les divers droits en vigueur dans l'Etat, dont ressortit l'étranger domicilié en Suisse, par la considération de la partie de cet Etat où l'étranger ou ses ascendants ont été domiciliés avant de venir en Suisse, si ce domicile a existé. Son droit d'origine sera donc celui auquel il aurait été soumis si lui ou ses ascendants n'avaient pas quitté, pour venir en Suisse, la partie de leur pays d'origine où ils étaient domiciliés.²⁾

Mais ce cas nous paraît devoir être très rare, nous ne savons pas même s'il peut se présenter.

Chapitre IV.

Capacité civile (Art. 7 et 34).

23. En matière de capacité civile, nous possédons dans notre Titre III un article spécial aux étrangers. C'est l'art. 34:

Sont réservées les dispositions spéciales des traités et l'article 10, alinéas 2 et 3, de la loi fédérale sur la capacité civile du 22 juin 1881.

Cette loi de 1881 détermine la capacité civile des Suisses pour toute l'étendue de la Confédération; mais elle laisse de

¹⁾ Nous ne parlons naturellement pas de la première puisqu'elle ne consiste que dans l'hypothèse en vue de laquelle l'art. 6, al. 1 a été édicté (division d'un Etat en plusieurs domaines de législation).

²⁾ On le voit, nous nous en tenons à l'interprétation à laquelle nous avons donné la préférence au n° 8; pour nous, le droit d'origine est celui qui serait appliqué à l'étranger s'il était domicilié dans son pays, et non pas la législation à laquelle cet Etat peut renvoyer, en déclarant par exemple que son ressortissant, domicilié à l'étranger, sera soumis au droit du pays qu'il habite.

côté celle des femmes mariées non commerçantes, abandonnant au droit cantonal le soin de la déterminer (art. 7), ainsi que d'autres points spéciaux (droits des mineurs, émancipation, capacité de tester). Le conflit de législations cantonales pouvait donc se produire en ces matières pour les Suisses établis; de là, l'article 7 de notre loi.

Les alinéas 2 et 3 de l'art. 10 de la loi du 22 juin 1881, dont le législateur, comme il le faisait déjà dans son projet de 1887, réserve l'application aux étrangers, sont ainsi conçus :

„La capacité civile des étrangers est régie par le droit „du pays auquel ils appartiennent.

„Toutefois l'étranger qui, d'après le droit suisse, posséderait la capacité civile, s'oblige valablement par les engagements qu'il contracte en Suisse, lors même que cette capacité ne lui appartiendrait pas selon le droit de son pays.“

Nous n'avons pas à chercher la portée que les règles énoncées aux deux alinéas de cet article peuvent avoir en elles-mêmes, car nous sortirions du cadre de notre étude. Mais la réserve de l'art. 34 de notre loi ayant pour objet de maintenir intacte la double disposition de l'article 10, alinéas 2 et 3, de la loi de 1881, en face des règles posées par notre loi et applicables par analogie aux étrangers, il s'agit pour nous de rechercher quelles sont, quant aux étrangers, les prescriptions de notre loi qui se trouvent en opposition avec le principe de la loi de 1881, et qui doivent par conséquent lui céder le pas. A vrai dire cette question doit nous préoccuper à peu près pour chaque domaine juridique réglementé par la loi, et nous devons la poser au début de l'examen que nous avons successivement à faire de chaque matière.

Pour le moment nous passerons seulement en revue les dispositions de l'art. 7, qui compose à lui seul le chapitre de la capacité civile, et qui, de ce fait, paraît être à première vue exclu par la réserve de l'art. 34 et n'avoir aucune application pour les étrangers.

24. Art. 7, al. 1. *La capacité civile des femmes mariées est régie, durant le mariage, par la loi du domicile.*

Cette règle ne peut pas être appliquée aux femmes, suisses

ou non, qui ont épousé des étrangers domiciliés en Suisse, car elle se heurte au principe de l'art. 10 al. 2 de la loi de 1881, en vertu duquel ces étrangères doivent être soumises, quant à la capacité civile, à la loi du pays auquel elles appartiennent, c'est-à-dire du pays dont leur mari est ressortissant et dont elles ont acquis la nationalité par leur mariage.

L'incapacité de la femme mariée dont il s'agit ici, est celle qui dérive du mariage (Thèse p. 100), qu'il faut distinguer nettement de la capacité de disposer ou d'administrer ses biens résultant pour elle de son régime matrimonial et existant indépendamment des clauses de celui-ci. Le Tribunal fédéral a caractérisé cette distinction dans son arrêt déjà cité du 6 avril 1894.¹⁾ La loi à laquelle le régime matrimonial de l'étrangère sera soumis, et que nous aurons à rechercher plus loin, déterminera jusqu'à quel point celle-ci perd la disposition de son patrimoine par suite du droit du mari sur ce patrimoine; mais ce sera, en vertu de l'art. 34, la loi d'origine qui déterminera jusqu'à quel point elle peut valablement s'obliger par contrat. Or cela dépend de la puissance maritale; donc ce sera la loi d'origine du mari qui fixera l'étendue de cette puissance, indépendamment du régime de biens existant entre époux. Cette conséquence est conforme au principe de l'art. 10, al. 2 de la loi de 1881.

La loi d'origine règlera donc tout ce qui concerne l'autorisation maritale, l'autorisation de la justice en cas de refus du mari, les conséquences du défaut d'autorisation, et fixera les cas particuliers où la femme devra être assistée d'un conseil.

Mais cette loi, qu'en vertu de l'art. 2 le juge du domicile aura à appliquer (11), ne viendra-t-elle pas se briser contre les dispositions d'ordre public que peut renfermer la loi du domicile? Ce sera le cas, par exemple, à Genève, avec la loi du 18 août 1886 qui exige que la femme soit autorisée par deux conseillers pour pouvoir s'obliger pour son mari, la Cour de justice de Genève ayant déclaré à plusieurs reprises que les dispositions de cette loi étaient d'ordre public et devaient

¹⁾ *Semaine judiciaire* 1894, p. 406.

s'entendre à toutes les femmes mariées domiciliées dans le canton. Il y aura donc souvent impossibilité à appliquer la loi d'origine, ou, en tout cas, difficulté à déterminer quelles sont les prescriptions d'ordre public de la loi du domicile qui s'opposent à son application.

Pour cette raison, et étant donné, d'une part, que la capacité de la femme mariée pouvait être traitée différemment de la capacité civile en général, laquelle devait rester régie par la loi d'origine de l'étranger, d'autre part, que la puissance maritale présente dans certaines législations une analogie incontestable avec la puissance paternelle ou la tutelle, régies toutes deux par le droit du domicile (art. 9 et 10), on pourrait peut-être se demander si la réserve de l'art. 34 n'aurait pas dû ne pas s'étendre aux femmes mariées étrangères domiciliées en Suisse, et si celles-ci n'auraient pas dû comme les femmes mariées suisses être soumises à la loi du domicile. Mais nous ne croyons pas que la teneur formelle de l'art. 34 permette cette entorse à la réserve qu'il formule; et d'ailleurs, l'incapacité de la femme dérivant du mariage, c'est la loi du mariage, soit la législation d'origine, qui doit déterminer l'étendue de cette capacité.

25. Art. 7, al. 2. *Les droits des mineurs envers les détenteurs de la puissance paternelle ou tutélaire sont déterminés par la loi qui fait règle pour la puissance paternelle ou pour la tutelle.*

Cette règle, qui reste identique pour les étrangers, ne fait que laisser à la loi qui régit la puissance paternelle ou la tutelle le soin de déterminer quels seront les restrictions des droits paternels ou tutélaires admises en faveur des mineurs. Nous nous bornons donc à faire observer que les enfants domiciliés en Suisse n'atteindront leur majorité qu'à l'âge fixé par leur droit d'origine, cela en vertu de la réserve de l'art. 34.

26. Art. 7, al. 3. *L'émancipation est soumise à la loi et à la juridiction auxquelles la puissance paternelle ou la tutelle sont elles-mêmes soumises.*

Ici encore les termes restent absolument semblables; mais la portée de la règle est un peu différente à l'égard

des étrangers. En effet, en Suisse, la loi fédérale de 1881, fixant l'âge auquel l'émancipation peut être prononcée et par qui elle peut l'être, ne laissait subsister la possibilité de conflits entre les législations cantonales que sur des points secondaires. Pour les étrangers, avant notre loi, aucune disposition légale ne s'opposant à l'application intégrale de leur loi d'origine, sous réserve de l'ordre public, le conflit de lois pouvait être complet et s'étendre jusqu'à l'existence même de cette institution juridique.

Il n'en était pas moins naturel d'assimiler l'émancipation aux droits des mineurs, et de la soumettre à la loi qui domine la puissance paternelle ou la tutelle dont elle est un affranchissement. Peut-on admettre que le législateur qui, avec parfaite raison, a fait choix à l'égard des Suisses d'une seule et même loi pour l'émancipation, la tutelle et la puissance paternelle, ait voulu renvoyer les étrangers aux prescriptions de leur loi d'origine pour l'émancipation, alors qu'il les soumettait pour la tutelle et la puissance paternelle à la loi du domicile (art. 9 et 10)? Il résulterait de cette différence de traitement un conflit de législations dont il serait parfois difficile de sortir.

Nous estimons donc que l'alinéa 3 de l'art. 7 doit s'étendre aux étrangers; nous nous autorisons pour cela de l'interprétation très limitative que le Tribunal fédéral a donné à la réserve de l'art. 34 dans son arrêt du 7 juillet 1893 (voy. 39). Ainsi l'émancipation sera régie à notre avis, par le droit du domicile de l'étranger, c'est-à-dire par le droit fédéral d'abord (loi de 1881 art. 2), puis par la législation cantonale en vigueur au lieu de domicile de l'étranger à émanciper.

27. Art. 7, al. 4. *La capacité de tester est régie par le droit du lieu où le testateur avait son domicile à la date de la disposition de dernière volonté.*

Cette prescription, qui s'adapte telle quelle aux étrangers (majeurs et mineurs), fait naître pour eux la question délicate de savoir si la capacité de tester doit être englobée dans la capacité ordinaire et tomber sous le coup de la réserve de l'art. 34, ou, au contraire, être envisagée comme indépendante

et être rapprochée du droit successoral. Nous croyons la seconde solution préférable; il nous semble que la capacité de tester ne doit pas être confondue avec la capacité ordinaire (Thèse p. 107); le code civil français, qui traite de la capacité de tester dans le chapitre des successions, y formule des dispositions spéciales dérogeant à l'incapacité générale dont sont frappées les femmes et les mineurs. Il nous paraît donc plus naturel de faire rentrer la capacité de tester des étrangers dans le droit successoral.

Nous restons ainsi en harmonie avec l'esprit du législateur qui, en ce qui concerne les Suisses établis, fait choix de la loi du domicile à la fois pour la capacité de tester et pour la succession testamentaire.¹⁾ La capacité de tester des étrangers sera donc soumise à la loi de leur domicile à la date de la confection du testament, et non à leur loi d'origine.

28. En examinant les résultats auxquels nous sommes arrivé en passant ainsi en revue les dispositions de l'art. 7, nous remarquons que, à part la durée de la minorité pour les étrangers, la réserve formulée en faveur de la loi d'origine par l'art. 34 n'annihile, à notre avis, que l'alinéa 1 de l'art. 7, relatif aux femmes mariées, dont la capacité sera régie par la loi d'origine et non par la loi du domicile. En considérant ce que nous avons dit plus haut (24) sur les difficultés que peut rencontrer l'application à la capacité des femmes mariées de leur droit d'origine, on pourrait se demander si ce résultat a bien été voulu par le législateur. Mais nous avons déjà donné les raisons qui nous engagent à le croire.

Une seconde remarque, qui s'étend aux femmes mariées et aux mineurs, c'est que la capacité qui leur est attribuée par les articles 7 et 34 ne vaut que pour les domaines réglementés par notre loi et que pour les cas où ses dispositions devront s'appliquer. En outre, l'al. 3 de l'art. 10 de la loi de 1881, en déclarant que, pour les étrangers, la capacité de

¹⁾ Sauf la réserve de l'art. 22, al. 2, que nous aurons à examiner plus loin.

s'obliger en Suisse est régie par le droit Suisse, vient atténuer considérablement les conséquences que pourrait avoir pour les tiers le fait que la capacité de la femme mariée et la durée de la minorité des enfants étrangers se déterminent d'après la législation de leur pays d'origine.

Quant à la juridiction, en donnant à l'art. 2, comme nous l'avons fait au n^o 18, la préférence sur l'art. 28, 2^o, nous arrivons à la conclusion que le juge suisse du lieu du domicile sera appelé à dire si la femme mariée étrangère est capable et si l'enfant étranger est mineur, d'après la loi de leur pays d'origine.

Chapitre V.

Etat civil (Art. 8).

29. La teneur de l'art. 8 a à peine besoin d'être modifiée pour s'adapter aux étrangers :

Art. 8. *L'état civil d'une personne, notamment sa filiation légitime ou illégitime, la reconnaissance volontaire ou l'adjudication des enfants naturels et l'adoption, est soumis à la législation et à la juridiction du lieu d'origine.*

Dans ces cas le pays d'origine est celui de l'époux, du père ou de l'adoptant.

Tout le domaine de l'état civil pur est soumis au droit d'origine. Il ne saurait en être autrement; et si envers les étrangers une partie des arguments qui pouvaient être invoqués à l'égard des Suisses établis tombent ou perdent partiellement leur portée, la considération fondamentale subsiste entière, à savoir que ces institutions ont un caractère de droit public, que le domicile ne saurait avoir d'influence sur leur réglementation, et que, puisque en général l'attribution du droit de cité est en question, c'est l'Etat d'origine, seul maître de ce droit, qui peut l'accorder ou le refuser à l'exclusion de tout autre. Ce raisonnement est plus fort encore peut-être à l'égard des étrangers; il serait inadmissible que la Suisse pût, d'après sa législation, déclarer tel individu (domicilié en Suisse) ressortissant d'un Etat étranger, alors que

cet Etat, de par son droit, lui refuse absolument sa nationalité (Thèse p. 113).

Il nous est impossible d'entrer dans l'examen des diversités infinies que peuvent présenter les législations étrangères. Remarquons seulement que pour déterminer quelle sera la loi applicable au rapport juridique en question il ne faudra pas s'inquiéter de la nationalité que l'enfant peut avoir de par sa mère ou de par sa naissance (enfant né en Angleterre); la disposition de l'art. 8 s'appliquera dès que l'époux, le père ou l'adoptant, du statut duquel il s'agit, sera étranger domicilié en Suisse, et quelle que soit la nationalité de l'autre partie. Si le père, la mère et l'enfant sont tous trois intéressés dans le litige, c'est la loi d'origine du père qui fera règle.

Sauf pour l'adoption (argument du terme allemand „adoptierender Person,“ homme ou femme) l'alinéa 2 de l'art. 8 ne s'occupe pas du cas où la mère et l'enfant sont seuls en jeu. En Suisse ce ne sera qu'exceptionnel, l'enfant suivant de plein droit l'origine de sa mère. Il peut en être autrement dans les législations étrangères; que ce soit alors la mère qui légitime ou reconnaisse, ou l'enfant qui recherche sa mère, ce sera, par analogie, la loi d'origine de celle-ci qui fera règle. Il est naturel que ce soit la loi de celui, père ou mère, de la filiation duquel il s'agit, qui régie cette question de statut.

Mais, pour que le renvoi à la législation et à la juridiction étrangère soit admissible en vertu de l'art. 8, il faut qu'il se pose une question d'état civil proprement dit, c'est-à-dire une question dont la solution puisse modifier l'état civil de l'enfant ou sa situation au sein de la famille. Si ce n'est qu'une action en prestation alimentaire intentée au père ou à la mère, sans influence sur la question de la paternité ou de la maternité, elle n'est pas régie par l'art. 8 mais par l'art. 9 al. 2, ce qui du reste au point de vue de la législation revient au même. Si ce n'est plus qu'une action ordinaire en dommages-intérêts, elle est soumise aux prescriptions de la loi territoriale sur le droit des obligations, et la juridiction du domicile, d'après l'art. 59 de la Constitution fédé-

rale qui ne fait de réserve que pour les dispositions des traités internationaux, est compétente pour la trancher.

30. En résumé l'art. 8 s'appliquera aux étrangers comme aux Suisses. Ce principe a été sanctionné par la jurisprudence.¹⁾

Il peut en résulter une conséquence fâcheuse pour les étrangers, au point de vue de la juridiction. Pour les Suisses le législateur, en les déclarant soumis à la juridiction de leur canton d'origine, abroge toute disposition contraire qui pourrait être contenue dans la loi de ce canton (art. 39, Thèse p. 302), mais il n'a pu en faire autant pour les lois étrangères. Si l'Etat étranger auquel la contestation est renvoyée déclare sa juridiction incompétente et le tribunal du domicile (c'est-à-dire le tribunal suisse) seul juge du cas, un conflit de juridiction *négatif* se produira, et justice ne pourra être rendue à l'étranger. Cette conséquence aurait pu être évitée si le juge suisse avait été reconnu compétent; mais appliquer la loi étrangère, ce qui eût été indispensable, aurait été pour lui en pareille matière une tâche hérissée de difficultés. D'ailleurs un Etat étranger aurait pu se refuser à reconnaître le jugement rendu en Suisse, et la situation de l'étranger n'en eût guère été améliorée.

Chapitre VI.

Puissance paternelle (Art. 9).

31. Art. 9. *La puissance paternelle est régie par la loi du lieu de domicile.*

L'obligation alimentaire fondée sur la parenté est régie par la loi du lieu d'origine de la personne qui doit les aliments.

Cet article reste entièrement le même pour les étrangers.

La puissance paternelle touche à l'ordre public interne; chaque Etat peut établir une organisation spéciale en vue

¹⁾ Arrêts de la Cour de justice de Genève, E. c. De E., du 26 novembre 1892 (*Semaine judiciaire* 1983, p. 5); — V. C. c. M., du 3 novembre 1894 (*Sem. jud.* 1895, p. 12); — jugement du Tribunal de première instance, B. c. P. G., du 6 juin 1893 (*Sem. jud.* 1893, p. 626).

d'exercer un certain contrôle sur la manière dont le père (ou la mère) traite son enfant (droit de correction, par exemple), et dont il administre ses biens. En fait plusieurs États le font, et il n'y avait pas de raison suffisante pour que cette protection accordée aux enfants de ressortissants suisses ne s'étendît pas également aux mineurs étrangers. La loi territoriale devait donc faire règle en pareille matière.

32. L'obligation alimentaire, par contre, sera régie par la loi d'origine. En ce qui concerne les Suisses, le législateur, ayant moins à s'occuper de l'ordre public puisqu'il ne s'agissait plus que d'un droit sur la fortune et non sur la personne, a fait choix de cette loi d'origine en considération de l'organisation de la commune en Suisse, dont l'obligation alimentaire envers ses ressortissants est parfois solidaire ou tout au moins complémentaire de celle des parents, et qui est directement intéressée par conséquent à ce que ces derniers accomplissent leurs devoirs. — Le même argument ne vaut pas en droit international. Mais la raison de l'application de la loi d'origine nous semble ressortir de la nature même de l'obligation alimentaire: celle-ci — l'art. 9 al. 2 le dit lui-même — a pour fondement et pour justification le lien de parenté. Or la parenté dérive de la filiation légitime ou illégitime, laquelle est soumise à la loi d'origine par l'art. 8; il nous paraît donc naturel que l'obligation alimentaire qui a pour cause la parenté soit régie également par la loi d'origine, c'est-à-dire pour nous, par le droit de l'étranger qui doit les aliments.

Bien que l'obligation alimentaire soit rangée par notre loi sous la rubrique de la puissance paternelle, nous croyons qu'il ne s'agit pas seulement de celle qui existe entre parents et enfants, mais aussi de celle qui peut exister entre alliés et entre époux (Thèse p. 127). Pour les uns comme pour les autres cette obligation a sa source dans le mariage; le Code Napoléon la considère comme une des „Obligations qui naissent du mariage“ (art. 61 et ss.). Elle doit donc être régie par la même loi que celle qui domine le mariage et ses effets, c'est-à-dire, pour les étrangers par leur loi nationale.

33. L'art. 9 al. 2 ne contient pas de prescription quant à la juridiction; en vertu de l'art. 2 c'est au for du domicile que devra s'ouvrir l'action; au contraire en vertu de l'art. 28, 2^o c'est la juridiction d'origine qui est compétente. En ce domaine de bons arguments pourraient être invoqués en faveur de l'une ou de l'autre solution. Mais nous avons déjà dit qu'il ne nous paraissait pas que l'art. 28, 2^o, spécial aux Suisses à l'étranger, pût être étendu aux étrangers en Suisse; et bien que son extension à ces derniers eût évité au juge suisse l'application d'une loi étrangère, nous croyons que c'est l'art. 2 qui doit prévaloir tant pour des considérations tenant à l'interprétation générale de la loi et de son article 32 relatif aux étrangers,¹⁾ que pour la raison spéciale qu'un intérêt pécuniaire étant ici seul en jeu, le renvoi à la juridiction de l'origine ne se justifie pas aussi bien qu'en matière d'état civil. Ainsi sera évité le conflit *négatif* de juridiction qui aurait pu se produire en ce domaine.

Selon nous donc, l'action en prestation alimentaire sera intentée, pour les étrangers comme pour les Suisses, devant le juge du canton où est domiciliée la personne qui doit les aliments, mais elle sera jugée, sous réserve de l'ordre public, d'après le droit d'origine de cette dernière, quelle que soit d'ailleurs la nationalité de celui qui réclame les aliments.

Chapitre VII.

Tutelle (Art. 10—18, 29, 30, 33).

34. Le titre III que nous étudions renferme une disposition spéciale pour la tutelle des étrangers.

Art. 33. *La tutelle constituée en Suisse pour un étranger doit être remise à l'autorité compétente du lieu d'origine, sur la demande de celle-ci, à condition que l'Etat étranger accorde la réciprocité.*

¹⁾ Voir notre chapitre II § 2, en particulier n^o 18.

Le projet du Conseil fédéral du 28 mai 1887 renfermait à cet égard une disposition plus explicite encore dans son art. 25, al. 1:

„Lorsque la mise sous tutelle d'un étranger paraît nécessaire en conformité de la loi du canton de domicile, l'autorité locale compétente doit y pourvoir et en donner avis à celle du pays d'origine. La tutelle sera remise à cette dernière, si elle la demande.“

Cet article affirmait nettement, d'une part, l'application de la loi du domicile pour déterminer s'il y avait lieu ou non à tutelle, d'autre part, l'obligation pour l'autorité du domicile de constituer la tutelle. En outre cette autorité était expressément tenue de donner avis de cette constitution à l'autorité du pays d'origine, et, à la demande de cette dernière, de lui remettre la tutelle, sans autre condition.

La Commission du Conseil national adopta dans sa séance du 5 juin 1888 l'art. 25, al. 1 du projet de 1887 sans en modifier les termes. Elle décida que la loi, dans la teneur qu'elle venait de recevoir, servirait de base à la discussion du Conseil national, tout en chargeant MM. Forrer et Weber de revoir certaines propositions de rédaction et d'en tirer parti, s'il y avait lieu. Or dans le projet que 8 jours après, le 12 juin 1888, M. Forrer présentait au Conseil national, l'art. 25 voté par la Commission n'existe plus, il est remplacé par une seule phrase, jointe à la règle générale relative aux étrangers, et se bornant à spécifier l'obligation de transmettre la tutelle à l'autorité du lieu d'origine, sur sa demande. Le Conseil national, le 19 juin 1888, accepta cette rédaction, et le Conseil des Etats, le 2 décembre 1890, reproduisit cette simple prescription en la subordonnant à la condition que l'Etat étranger accorde la réciprocité. Les Chambres maintinrent tel quel ce principe, et leur décision finale des 10 et 17 avril 1891 se trouva donc ainsi formulée:

Art. 28 (*in fine*): „La tutelle doit être transmise, sur sa demande, à l'autorité du lieu d'origine, à condition que l'Etat étranger accorde la réciprocité.“

35. En donnant à cette règle sa teneur actuelle et en

en faisant l'objet d'un article séparé (Art. 33), le Conseil fédéral, chargé de revoir simplement le texte de la loi au point de vue de sa rédaction, introduisit implicitement, par l'adjonction des mots „constituée en Suisse,“ la prescription du projet de 1887, c'est-à-dire l'obligation pour l'autorité du domicile d'organiser la tutelle des étrangers. Il a estimé probablement (son message du 8 juin 1891 restant muet à cet égard) que cette prescription était sous-entendue dans l'article voté par les Chambres, parce qu'elle découlait de l'application par analogie aux étrangers des articles 10 et suivants sur la tutelle des Suisses établis, mais qu'il y avait lieu de la rappeler en trois mots.

C'est le sens qui, croyons-nous, doit être attribué à la règle de l'art. 33. Nous irons même plus loin et nous dirons que, conformément aux termes de l'art. 25 proposé par le Conseil fédéral en 1887, c'est d'après la loi du domicile qu'il faudra examiner si la constitution de la tutelle d'un étranger paraît nécessaire. Nous y sommes autorisé par la manière dont s'est opérée la modification de cet ancien article 25; elle est due (34) à MM. Forrer et Weber qui ne devaient que revoir la rédaction de la loi et non en changer le sens; s'ils lui ont donné une forme plus concise, mais moins claire, c'est qu'ils ont vraisemblablement jugé inutile de répéter pour les étrangers une règle émise pour les Suisses (tutelle régie *exclusivement* par la loi du domicile) et déclarée applicable par analogie aux étrangers. Le Tribunal fédéral a déclaré expressément que tel était le sens de l'art. 33, dans son arrêt du 7 juillet 1893.¹⁾

Ce sera donc la loi du domicile de l'étranger, c'est-à-dire la loi suisse, qui déterminera s'il y a lieu d'instituer une tutelle, et ce sera l'autorité du lieu de domicile qui sera chargée d'y pourvoir. L'art. 33 ne l'oblige plus à avertir l'autorité du lieu d'origine (41), mais elle devra lui remettre la tutelle si l'Etat dont l'étranger est ressortissant accorde la réciprocité.

Nous nous trouvons, grâce à l'article 33, en présence d'une réglementation spéciale de la tutelle constituée pour les

¹⁾ Dame G. contre G., *Semaine judiciaire* 1893, p. 656.

étrangers domiciliés en Suisse, et les dispositions de notre loi relatives à la tutelle, contenues dans les Titres I et II, ne peuvent s'appliquer que subsidiairement et seulement si elles ne sont pas en contradiction avec cet art. 33. Il nous faut par conséquent rechercher quelle est la portée de cet article, et quelles sont les autres règles qui peuvent subsister à côté de lui. Nous raisonnons d'abord dans l'hypothèse que le motif de la tutelle a pris naissance en Suisse.

§ 1. Principes généraux applicables à la tutelle des étrangers.

36. Le principe territorial est proclamé pour la tutelle des étrangers comme pour celle des Suisses. Il faut examiner si l'art. 10 qui fait règle pour ces derniers peut être déclaré entièrement applicable aux étrangers. Il est ainsi conçu :

Art. 10. *La tutelle est régie exclusivement par la loi du domicile de la personne mise ou à mettre sous tutelle. Sont réservées les dispositions des art. 12—15.*

Sans parler de cette dernière réserve dont nous aurons à apprécier la valeur, cet article va plus loin que l'art. 33; on peut dire en effet, par argument de l'adverbe „exclusivement,“ qu'il contient implicitement le principe de l'unité et de l'indivisibilité de la tutelle, car on concevrait difficilement l'application d'une seule et même loi si l'administration de la tutelle devait se répartir entre l'autorité d'origine et celle du domicile, ou si elle devait se diviser en tutelle personnelle et en tutelle pécuniaire, c'est-à-dire surveillance de la personne d'un côté et administration des biens de l'autre.

L'art. 10 fait donc pressentir à la fois l'art. 18 qui, avec un seul mot changé, devient pour les étrangers :

Art. 18. *La tutelle ne peut être exercée simultanément dans le pays de domicile et dans celui d'origine,* — unité de la tutelle —

et l'art. 11. *La tutelle, dans le sens de la présente loi, comprend tant les soins à donner aux personnes placées sous tutelle que l'administration de leurs biens* — indivisibilité de la tutelle. —

Ces deux principes doivent-ils s'étendre à la tutelle constituée en Suisse pour les étrangers? Nous le croyons, en vertu

de cette règle que toutes les dispositions de la loi qui ne sont pas en opposition avec celles du Titre III doivent être appliquées par analogie aux étrangers. La teneur de l'art. 33 vient à l'appui de notre raisonnement: ou bien la tutelle est exercée par l'autorité du domicile, ou bien sur la demande de l'autorité du lieu d'origine elle lui est remise; c'est donc soit l'une soit l'autre qui exercera la tutelle, mais elles ne pourront s'en partager les fonctions. Nous croyons que le législateur a voulu exclure pour les étrangers comme pour les Suisses le système d'une double tutelle, qui ne pouvait que faire naître des conflits et qui, en entraînant peut-être le fractionnement de l'administration, aurait presque inévitablement été préjudiciable à l'incapable.

Ainsi donc pour les étrangers, tant qu'ils seront domiciliés en Suisse, comme pour les Suisses établis, la tutelle sera une et indivisible, et régie exclusivement par la loi du domicile, c'est-à-dire quant à sa gestion et à son extinction, quant à la nomination du tuteur, ses fonctions, sa responsabilité, sa destitution, etc. Il est vrai que la Suisse ne peut empêcher l'Etat étranger d'instituer de son côté une tutelle à son ressortissant, mais, si cet Etat accorde la réciprocité, il n'aura qu'à demander que la tutelle constituée en Suisse lui soit remise pour que toute dualité cesse, l'autorité suisse du domicile étant tenue de faire droit à sa requête.

Cet art. 10 que nous venons d'analyser par rapport aux étrangers, et dont nous avons tiré une double conséquence, parle de la personne mise ou à mettre sous tutelle. Nous ne nous occupons pour le moment, comme nous l'avons dit, que du cas où il s'agit d'une personne à mettre sous tutelle, c'est-à-dire de la constitution d'une tutelle (art. 33); nous examinerons l'autre plus loin (46).

37. Une conséquence du principe de l'unité de la tutelle, que nous avons admis pour les étrangers, est formulée par l'art. 17, qui doit donc leur être déclaré applicable. Il n'a pas à subir de substitution de mots:

Art. 17. Quand l'autorité tutélaire autorise le changement de domicile de la personne placée sous tutelle, le droit et l'obligation

d'exercer la tutelle passent à l'autorité du nouveau domicile, et c'est à cette dernière que la fortune de la dite personne doit être remise.

Il ne peut s'agir que d'un changement de domicile à l'intérieur de la Suisse; si l'étranger quitte la Suisse, la seule raison que le législateur avait d'émettre des prescriptions à son égard, à savoir le fait de son domicile en Suisse, tombe, et la loi suisse cesse absolument de le régir. Mais à l'intérieur de la Suisse, l'incapable et son tuteur peuvent changer de domicile et s'établir dans un autre canton; cela ne suffira pas pour que le domicile dans le sens de la loi, c'est-à-dire le domicile attributif de législation, soit changé, et que la tutelle soit soumise à la loi du nouveau canton où se sont établis l'incapable et son tuteur.

Il faudra pour cela que l'autorité tutélaire, au siège de laquelle est le domicile des personnes sous tutelle d'après l'art. 4, al. 3 de la loi, consente au changement de domicile. Son consentement implique, d'après l'art. 17, l'abandon de ses pouvoirs tant sur la personne que sur les biens de l'incapable, en un mot la remise complète de la tutelle à l'autorité du canton où elle permet à l'incapable d'être dorénavant domicilié. Sans cette autorisation le lieu de séjour de l'incapable serait bien changé, mais la même législation lui resterait applicable.

38. Le terme „autorité tutélaire“ que nous rencontrons ici peut subir la même définition à l'égard des étrangers qu'à l'égard des Suisses établis, puisque nous nous occupons de la tutelle constituée en Suisse et d'après la loi suisse à un étranger qui y est domicilié. Nous pouvons donc nous borner à répéter (Thèse p. 139 et ss.) qu'à notre avis l'autorité tutélaire que le législateur a eu en vue, est un organe qui doit participer en une certaine mesure à la gestion de la tutelle, exercer seul ou avec d'autres une surveillance quelconque sur le tuteur, donner dans des cas déterminés une autorisation dont le tuteur ne peut se passer pour agir. Ce n'est que s'il existe un organisme revêtu de fonctions de ce genre qu'il peut être question, à proprement parler, d'autorité tutélaire. Un

tribunal qui serait simplement chargé de nommer un tuteur ou un conseil et qui, n'ayant plus à intervenir dans la suite, pourrait se désintéresser entièrement de la gestion de la tutelle, ne semble pas pouvoir être considéré comme une autorité tutélaire compétente. Cependant le Tribunal fédéral a donné un sens très large à ce terme d'autorité tutélaire dans son arrêt du 29 nov. 1893.¹⁾

En outre pour que l'art. 17 s'applique, il faut que l'étranger soit véritablement incapable et non pas seulement assisté, et qu'en conséquence il ait son domicile, en matière de législation applicable, au siège de l'autorité tutélaire (20).

39. Une question très délicate qui se pose pour les étrangers et dont il est temps d'aborder l'examen est celle de savoir quelle est la portée, l'étendue du terme „tutelle“ employé par la loi, quelles sont les divers espèces de tutelle que le législateur a entendu soumettre à la loi territoriale.

A l'égard des Suisses, nous basant sur l'impossibilité d'introduire des exceptions, forcément arbitraires en l'absence de distinction légale, nous avons donné à ce terme le sens le plus large, et opiné en faveur de l'application de la loi du domicile à toute tutelle quels que soient les noms qu'on lui donne, ou les motifs qui la font établir.

A l'égard des étrangers, il y a cette grosse différence que leur capacité reste régie par leur loi d'origine. Pour les femmes mariées, 1^{ère} classe d'incapables, nous avons tranché la question (24). Pour les mineurs ce sera leur loi d'origine qui fixera la durée de la minorité; mais pendant tout le temps de leur minorité la tutelle, si elle est constituée en Suisse, sera régie par la loi du domicile; c'est le cas le plus naturel et celui auquel la règle contenue implicitement dans l'art. 33 doit s'appliquer.

Mais qu'en sera-t-il de la 3^{me} classe d'incapables, les interdits? On pourrait fort bien soutenir que l'interdiction, la mise sous conseil judiciaire, etc., étant des restrictions de la capacité civile, doivent être soumises à la même loi que la

¹⁾ Leuzinger contre Etat de Berne, *Semaine judiciaire* 1893, p. 52.

capacité civile, c'est-à-dire à la loi d'origine; qu'en tout cas cette loi devrait déterminer les causes de l'interdiction, et que la tutelle seule, instituée en vertu de cette déclaration d'incapacité, sera régie par la loi du domicile. Nous serions tenté de partager cette manière de voir, mais nous sommes obligé de nous incliner devant un arrêt du Tribunal fédéral du 7 juillet 1893¹⁾ qui déclare formellement que la réserve de l'art. 34 n'a pas trait à l'interdiction, que la volonté du législateur a été de soumettre à cet égard les étrangers comme les Suisses, à la loi du domicile, et que c'est cette loi, à l'exclusion de la loi d'origine, qui doit régir à la fois la déclaration d'incapacité totale ou partielle et la mise sous tutelle des étrangers. Ainsi ces derniers seront soumis à la loi du domicile comme les Suisses, et c'est d'après elle que s'apprécieront les motifs de mise sous tutelle, sans qu'il y ait à considérer si la loi d'origine reconnaît ou non tel motif admis en Suisse, ou inversement si elle admet un motif non reconnu en Suisse. Il en sera ainsi même s'il ne s'agit que d'une protection limitée (cas de prodigalité, à propos duquel l'arrêt cité ci-dessus a été rendu) ou d'une simple administration, et que de ce fait l'art. 17 se trouve inapplicable (**38 in fine**). Les étrangers seront régis par toutes les dispositions de la législation cantonale de leur domicile, émises en vertu de l'art. 5 de la loi fédérale du 22 juin 1881 (énumération des causes pour lesquelles l'incapacité peut être déclarée).

§ 2. Droits de l'autorité du pays d'origine.

40. Recherchons maintenant quels sont les droits de l'autorité de l'origine vis-à-vis de l'autorité du canton de domicile où a été constituée la tutelle d'un étranger.

Et d'abord, quelle sera cette „autorité compétente du lieu d'origine,“ dont parle l'art. 33? Il nous faudra la déterminer d'après la même définition que celle dont nous nous sommes servis à l'égard de l'autorité tutélaire du domicile (**38**). Ce qualificatif „compétent“ ne figurait pas dans la rédaction

¹⁾ Dame G. contre G., *Semaine judiciaire* 1893, p. 652.

votée par les Chambres; il n'a été introduit que dans la dernière refonte du texte par le Conseil fédéral, qui déclare dans son message que le mandat qui lui a été confié de procéder à une simple revision du texte „n'a jamais été outre-passé.“ Il ne faut donc pas attribuer à ce mot le sens de „qui serait compétente d'après la loi d'origine,“ car en le faisant on stipulerait une condition non prévue dans le texte voté, et dont il serait d'ailleurs difficile de constater la réalisation. Qui, en effet, serait juge de cette compétence, et qui aurait le droit de la dénier à l'autorité d'origine? Il faut simplement entendre par ce terme l'autorité qui, parmi les autorités tutélaires de même degré qui peuvent exister dans le pays d'origine, aurait eu à s'occuper de la tutelle de l'étranger si celui-ci était encore dans son pays d'origine (Thèse p. 152 et 153).

41. Les art. 12—15 énumèrent les droits qui peuvent compéter à cette autorité d'origine.

Art. 12. *L'autorité tutélaire du domicile est tenue d'informer l'autorité du lieu d'origine de la constitution ou de la mainlevée de la tutelle, ainsi que du changement de domicile de la personne sous tutelle; elle doit également fournir à cette autorité tous les renseignements que celle-ci lui demandera au sujet de la tutelle.*

Ces diverses obligations prescrites à l'autorité du domicile lui sont-elles également imposées par analogie envers de l'autorité du pays dont l'étranger à mettre sous tutelle est ressortissant? Nous le croyons; les mêmes raisons qui ont déterminé le législateur à restreindre ainsi l'autonomie de l'autorité du domicile et à conférer certains droits de surveillance à celle de l'origine existent pour les étrangers comme pour les Suisses. Ces raisons sont même plus fortes encore en droit international, car en matière de tutelle le principe territorial n'est pas universellement reconnu (convention franco-suisse de 1869, art. 10), et les droits conférés à l'autorité d'origine sont une concession faite au principe de nationalité.

En ce qui concerne particulièrement l'obligation de donner avis de la constitution de la tutelle à l'autorité du lieu d'origine, le projet du Conseil fédéral du 28 mai 1887 la spécifiait quant aux étrangers (34); elle n'a pas été réintro-

duite dans le projet de la Commission du Conseil national probablement pour la raison générale que c'était une des dispositions de la loi déclarées applicables par analogie aux étrangers, et qu'elle n'avait pas plus besoin que les autres d'être formulée expressément.

Cet art. 12 s'appliquera donc aux étrangers, et l'autorité du domicile devra donner avis à celle du pays d'origine de la constitution et de la mainlevée de la tutelle, ainsi que du changement de domicile, qui entraîne le changement d'autorité tutélaire (art. 17, 37). Il n'est question ici, en réalité, que du changement de domicile à l'intérieur de la Suisse; mais si l'étranger quitte la Suisse du consentement de l'autorité tutélaire du domicile, celle-ci pourra bien être tenue, en vertu de l'art. 12, d'annoncer son départ à l'autorité d'origine, qui a intérêt à savoir que la tutelle ne s'exerce plus en Suisse.

Enfin l'autorité d'origine peut obtenir de l'autorité du domicile tous les renseignements qu'elle désire au sujet de la tutelle.

42. En vertu du même raisonnement que précédemment l'art. 13 s'appliquera aussi, par analogie, aux étrangers.

Art. 13. *Lorsqu'il y a lieu, en application de l'art. 49, 3^{me} alinéa, de la Constitution fédérale, de disposer de l'éducation religieuse d'un enfant sous tutelle, l'autorité tutélaire du lieu du domicile est tenue de demander à ce sujet des instructions à l'autorité tutélaire du lieu d'origine et de s'y conformer.*

Mais elle ne le devra que si la loi du domicile, toujours exclusivement applicable, permet à l'autorité tutélaire d'intervenir de quelque manière dans l'éducation religieuse de l'enfant.

43. Art. 14. *L'autorité compétente du pays d'origine a le droit de provoquer auprès des autorités compétentes du pays de domicile la mise sous tutelle de ses ressortissants domiciliés dans ce dernier pays. Les autorités ainsi requises sont tenues de donner suite à la demande si la mise sous tutelle paraît justifiée en conformité du droit du lieu du domicile.*

Avec la substitution du mot „pays“ à celui de „canton“, cet article doit s'étendre aux étrangers, car il n'est point incompatible avec la règle générale de l'art. 33.

Toutes les remarques que nous avons faites dans l'étude du Titre I, quant à l'exercice et à l'étendue de ce droit de l'autorité d'origine de faire mettre ses ressortissants sous tutelle, peuvent être répétées ici, *mutatis mutandis*. Nous y renvoyons donc simplement (Thèse p. 148—153).

44. Au contraire l'art. 15 ne nous paraît aucunement applicable aux étrangers :

Art. 15. *Lorsque l'autorité du lieu d'origine compromet ou n'est pas en mesure de sauvegarder suffisamment les intérêts personnels ou pécuniaires de la personne placée sous tutelle, ou les intérêts de sa commune d'origine, ou lorsque l'autorité du domicile ne se conforme pas, en ce qui concerne l'éducation religieuse d'un enfant, aux instructions données par l'autorité du lieu d'origine, celle-ci peut exiger que la tutelle lui soit cédée.*

Ce droit de se faire céder la tutelle qui échoit à l'autorité d'origine, est soumis à des conditions précises, en ce qui concerne les Suisses; ce n'est que dans certains cas qu'il peut être exercé. Quant aux étrangers, l'art. 33 dit que la tutelle doit être remise à l'autorité d'origine sur sa demande, à la seule condition que l'Etat étranger accorde la réciprocité. Il suffit, d'après ce texte, que l'étranger appartienne à un pays qui, en vertu d'un traité ou de par sa législation, userait, cas échéant, du même procédé vis-à-vis de la Suisse, c'est-à-dire lui remettrait sur sa demande la gestion d'une tutelle constituée sur un Suisse établi dans le pays, pour que l'autorité suisse du domicile soit tenue d'obtempérer à la requête de l'autorité d'origine et de se dessaisir en sa faveur de la tutelle. Soumettre à d'autres conditions l'exercice de ce droit, exiger comme le fait l'art. 15 que l'intérêt de l'incapable réclame de quelque manière que ce soit cette cession, serait violer l'art. 33 en limitant arbitrairement le droit de l'autorité étrangère.

Ainsi donc, alors même que cette cession serait contraire aux intérêts du mineur, — ce qui pourrait fort bien arriver soit parce que le tuteur établi en Suisse échapperait à la surveillance de l'autorité tutélaire de l'origine, soit parce que le tuteur établi à l'étranger rencontrerait des difficultés,

provenant de son éloignement, à bien administrer la tutelle, même alors, la tutelle devrait être remise à l'autorité d'origine sur sa demande, à la seule condition de réciprocité.

Le législateur se montre plus large envers l'autorité d'origine étrangère qu'envers l'autorité cantonale d'origine. Il y a été probablement poussé — le message du Conseil fédéral du 28 mai 1887 le laisse entendre — parce que le principe de nationalité en matière de tutelle avait encore beaucoup d'adeptes en droit international, et qu'il convenait d'y faire une concession, justifiée d'ailleurs à certains égards par la différence qui peut exister entre les rapports intercantonaux et les relations internationales.

On concevrait aisément qu'un Etat, partisan de ce principe de nationalité et par conséquent disposé à laisser les Suisses sur son territoire régis par leur loi d'origine, comme ses ressortissants doivent l'être à l'étranger, refusât de reconnaître la tutelle constituée en Suisse,¹⁾ et exigeât que la tutelle lui soit remise; l'autorité du domicile ne pourrait s'y refuser.

Ce droit de l'autorité d'origine peut donc servir de sanction à l'accomplissement des devoirs qui incombent à l'autorité du domicile envers elle (art. 12—14).

Cette remise de la tutelle à l'autorité du pays d'origine aura pour effet de transporter le domicile de l'incapable au siège de l'autorité tutélaire (art. 4, al. 3), c'est-à-dire dans son pays d'origine. D'où la conséquence particulière que l'étranger n'étant plus domicilié en Suisse, ne se trouvera plus au nombre des personnes que vise le Titre III de notre loi. L'autorité d'origine sera chargée d'exercer la tutelle à l'exclusion de toute autre; l'autorité du domicile de fait en Suisse n'aura plus aucun pouvoir ni aucune fonction; l'abandon de la tutelle à l'autorité d'origine doit être complet, c'est-à-dire comprendre les soins à donner à la personne et l'administration des biens (art. 11), sauf à cette autorité à répartir les diverses fonctions de la tutelle à plu-

¹⁾ Le cas s'est présenté pour un Italien, *Feuille fédérale* 1891, II, 396.

sieurs autorités locales, si la loi d'origine l'y autorise. Autrement il y aurait en quelque sorte deux tutelles dans deux pays différents, ce qui serait incompatible avec le principe admis de l'unité et de l'indivisibilité de la tutelle.

La tutelle ne sera naturellement plus soumise à la loi suisse mais bien à la législation et à la juridiction du pays d'origine de l'incapable. En effet l'application de la loi d'origine s'impose; l'incapable n'ayant plus en Suisse de domicile attributif de législation et de juridiction (art. 4, al. 3) ne tombera plus sous le coup de notre loi, et sera fictivement considéré au point de vue de la législation et de la juridiction comme étant encore dans son pays d'origine. Du reste, en vertu même de notre loi qui proclame le principe territorial en matière de tutelle, l'incapable domicilié, d'après notre loi même, dans son pays d'origine doit être soumis au principe territorial, c'est-à-dire à sa loi d'origine.

L'autorité d'origine qui s'est fait céder la tutelle ne pourra plus la rendre à l'autorité suisse qui l'avait constituée. Il lui sera loisible, si bon lui semble et si la loi d'origine le lui permet, de nommer un nouveau tuteur; mais nous ne croyons pas que le changement de tuteur soit une conséquence nécessaire de la cession de la tutelle. Le tuteur existant pourra donc rester en charge, mais ses pouvoirs seront déterminés par la loi d'origine, seule applicable. Il est possible que cette loi déclare l'incapable domicilié chez son tuteur; celui-ci résidera peut-être en Suisse; néanmoins, aux yeux de notre loi, c'est-à-dire au point de vue de la législation et de la juridiction, l'incapable sera domicilié au siège de l'autorité tutélaire de son pays d'origine.

Remarquons encore que ce droit de se faire céder la tutelle n'est accordé qu'à l'autorité tutélaire de l'origine, c'est-à-dire à un organisme tel que nous l'avons défini plus haut (38), et que, par conséquent, il faut qu'il y ait deux autorités tutélaires en présence, celle du domicile et celle de l'origine. Cette condition semble exclure la cession de la tutelle du prodigue, si l'une ou l'autre des législations suisse ou étrangère se borne à prévoir la nomination, à la requête seulement des

intéressés, d'un conseil judiciaire au prodigue, sans qu'aucune autorité soit chargée de surveiller l'assistance dont le prodigue est l'objet. En tout cas de sérieuses difficultés peuvent naître si cette divergence entre deux législations existe.¹⁾

De même la tutelle ne pourra être remise à l'autorité d'origine quand elle se confondra avec la puissance paternelle, soumise à la loi du domicile, ou qu'elle s'exercera concurremment avec elle; ces deux fonctions sont inséparables, et, à notre avis, la puissance paternelle doit l'emporter sur la tutelle (20).

Enfin ce n'est que l'autorité du pays d'origine qui pourra exercer ce droit qui lui est accordé comme une concession faite au principe de nationalité, et non pas l'autorité tutélaire du pays dont l'étranger n'est pas ressortissant, mais où il aurait été domicilié avant de venir en Suisse; cette autorité n'aurait plus aucun titre pour prétendre à la gestion de la tutelle.

45. L'article 16, qui prévoit la compétence du Tribunal fédéral pour trancher en dernier ressort les contestations entre l'autorité de l'origine et celle du domicile, ne peut s'appliquer que partiellement aux étrangers.

Art. 16. *Les contestations sur les demandes et réquisitions faites, en vertu des articles 14 et 15, par l'autorité d'origine sont jugées, à l'instance de cette autorité, en dernier ressort par le tribunal fédéral siégeant comme cour de droit public. Le président du tribunal fédéral ordonnera, s'il y a urgence, des mesures provisionnelles pour la sauvegarde des intérêts compromis.*

Des conflits pourront naître au sujet d'une demande de mise sous tutelle adressée en vertu de l'art. 14 par l'autorité d'origine à l'autorité du domicile, qui se refuserait à obtempérer; l'autorité d'origine pourra s'adresser alors au Tribunal fédéral. En revanche l'art. 15, qui peut être une source féconde de discussions à l'intérieur de la Suisse, ne peut pas en susciter à l'égard des étrangers puisqu'il est inapplicable à ces

¹⁾ Jugement du Tribunal de première instance de Genève du 29 février 1894, D^e Leuzinger contre Leuzinger, *Semaine judiciaire* 1894, p. 203.

derniers; et l'art. 33 qui l'abroge ne peut donner lieu à des contestations que sur la question de savoir si l'Etat étranger accorde réellement la réciprocité, seule condition à laquelle le droit, pour l'autorité d'origine, de se faire remettre la tutelle soit subordonné.

46. Nous avons raisonné dans les deux paragraphes précédents dans l'hypothèse que la cause de la mise sous tutelle avait pris naissance en Suisse, et que la tutelle devait y être constituée (35 *in fine*). Si maintenant il s'agit d'une tutelle instituée dans le pays d'origine de l'étranger, et que ce soit postérieurement à la mise sous tutelle que l'incapable étranger vienne fixer son domicile en Suisse, ce sera, croyons-nous, l'autorité d'origine qui continuera à exercer la tutelle, et non pas l'autorité du domicile qui sera tenue de prendre en mains la tutelle pour lui appliquer la loi territoriale.

Nous nous appuyons pour cela sur les termes de l'art. 33 qui ne parle que de la tutelle *constituée* en Suisse et non de celle qui a été établie en pays étranger sur un incapable étranger venant ensuite habiter la Suisse. S'il en était autrement, et si cette tutelle devait tomber sous le coup de la loi suisse, il faudrait reconnaître à l'autorité d'origine le droit de se faire céder la tutelle, si la condition de réciprocité est remplie. Le changement de régime que subirait la tutelle, lors de l'entrée de l'étranger en Suisse, pourrait donc être rendu immédiatement illusoire par la demande de l'autorité d'origine. En outre nous pouvons raisonner par analogie, et appliquer aux étrangers venant en Suisse les règles émises pour les Suisses se rendant à l'étranger par l'art. 29, dans le Titre II.

Cet article devient pour les étrangers:

Art. 29, al. 1. *Lorsqu'un étranger placé sous tutelle quitte son pays d'origine* (— nous sous-entendons: pour venir habiter en Suisse —), *l'autorité tutélaire qui jusqu'alors avait exercé la tutelle continue à l'exercer tant que subsiste le motif de la mise sous tutelle.*

De même que l'autorité tutélaire d'un canton suisse qui a institué la tutelle en Suisse poursuit ses fonctions à l'étranger où le Suisse se transporte, tant que d'après la loi suisse,

applicable à la tutelle, subsiste la cause de la tutelle, de même, si nous admettons que le législateur a voulu instituer un traitement réciproque pour les étrangers, l'autorité du pays d'origine qui a établi la tutelle sur son ressortissant continuera à exercer ses fonctions au nouveau domicile en Suisse, tant que d'après la loi d'origine il y aura lieu au maintien de la tutelle. Nous croyons donc que la tutelle instituée sur un étranger dans son pays d'origine doit continuer à être exercée comme précédemment, si cet étranger vient habiter la Suisse, alors même que l'Etat étranger n'accorderait pas la réciprocité.

Mais si l'étranger avant de venir en Suisse avait été domicilié dans un autre pays que son pays d'origine, et que ce fût dans ce pays de domicile que la tutelle eût été instituée, que faudrait-il décider? Par analogie avec le cas précédent, nous semble-t-il, la gestion de la tutelle devrait rester entre les mains de l'autorité étrangère qui l'exerçait; en effet l'art. 29, concernant les Suisses qui se rendent à l'étranger, n'exige pas que ce soit l'autorité d'origine qui exerce la tutelle en Suisse pour qu'elle puisse continuer à le faire à l'étranger; l'autorité du domicile la conservera aussi si elle l'exerçait. Il doit en être de même pour les étrangers venant en Suisse; quelle que soit l'autorité étrangère qui exerce la tutelle, elle en conservera la gestion quand l'incapable ira habiter la Suisse, tant que d'après la loi étrangère, applicable à cette tutelle, le motif d'incapacité subsistera.

L'art. 29 ajoute dans son alinéa 2: Les droits attribués par l'article 15 à l'autorité tutélaire du lieu d'origine sont également maintenus.

Cette prescription, qui nous paraît viser le cas où le Suisse avant de quitter son pays était soumis à la tutelle dans un autre canton que son canton d'origine, et qui, pour les Suisses à l'étranger, est nécessairement subordonnée aux dispositions du droit étranger, est sans application pour les étrangers en Suisse. En effet nous estimons que l'art. 15 est abrogé par l'art. 33, et quelle que soit la solution admise

dans l'hypothèse dans laquelle nous raisonnons maintenant l'autorité d'origine pourra toujours se faire remettre la tutelle si l'Etat étranger accorde la réciprocité.

47. Enfin l'art. 30, dans ce même Titre II, s'il était applicable aux étrangers disposerait pour eux :

Art. 30. *Lorsqu'il y a lieu d'instituer une tutelle pour une personne qui émigre ou qui est absente du pays, c'est à l'autorité du pays d'origine qu'il appartient d'y pourvoir.*

Mais cet article paraît sans portée et sans utilité pour les étrangers, car si l'étranger quitte la Suisse ou en est absent, il est bien évident que tout lien entre la Suisse et lui est rompu, et que ce n'est pas à la Suisse à prendre des mesures à son égard.

Chapitre VIII.

Régime matrimonial (Art. 19—21 et 31).

48. Dans ce domaine du régime matrimonial nous rencontrons, à défaut de règle spéciale aux étrangers, une double réglementation, l'une pour les Suisses établis en Suisse, Titre I, l'autre pour les Suisses à l'étranger, Titre II. Nous aurons donc, conformément à notre méthode, à examiner quelles sont les dispositions de ces deux Titres qui peuvent être déclarées applicables par analogie aux étrangers, et cas échéant, à choisir entre deux prescriptions opposées.

Au début de notre examen deux hypothèses bien distinctes se présentent: ou bien des étrangers domiciliés en Suisse contractent mariage en Suisse, ou bien des époux étrangers transportent leur domicile en Suisse. Dans le premier cas le mariage est postérieur à l'établissement du domicile en Suisse, dans le second le mariage lui est antérieur.

Enfin un troisième cas dont nous aurons à nous occuper plus tard, car il peut se présenter dans les deux hypothèses, est celui où, après avoir eu un domicile dans un canton les époux transportent leur domicile, à l'intérieur de la Suisse, dans un autre canton.

Première hypothèse.

49. Les étrangers sont domiciliés en Suisse et y contractent mariage, ou bien c'est un étranger domicilié en Suisse qui épouse une Suissesse.

Le premier domicile conjugal est en Suisse. La règle de l'art. 19, al. 1 doit être applicable à ces étrangers.

Art. 19, al. 1. *Sous réserve de ce qui est dit à l'art. 20, les rapports pécuniaires des époux entre eux sont soumis, pour toute la durée du mariage, à la législation du lieu du premier domicile conjugal.....* Nous laissons pour le moment de côté la fin de l'article.

L'alinéa 2 de l'art. 19 vient compléter cette disposition pour les rapports des époux avec les tiers, et doit être également étendue aux étrangers.

Art. 19, al. 2. *Dans leurs rapports avec les tiers, les époux sont soumis à la législation du lieu de leur domicile; cette législation fera seule règle, en particulier, quant aux droits de la femme vis-à-vis des créanciers de son mari en cas de faillite de ce dernier ou de saisie pratiquée contre lui.*

Les étrangers dont nous nous occupons ici sont donc, comme les Suisses, entièrement soumis à la loi du premier domicile conjugal tant pour leurs rapports entre eux que pour leurs relations avec les tiers, la loi du domicile actuel se confondant avec celle du premier domicile conjugal. Tandis qu'en matière de tutelle le principe de nationalité est assez généralement admis en droit international, dans le domaine du régime matrimonial le principe de territorialité a été approuvé par l'Institut de droit international en 1889.

Il n'y aura pas de distinction à faire entre le cas où les époux ont fait un contrat de mariage au lieu de leur premier domicile conjugal, et celui où ils n'en ont pas fait. Ces deux régimes basés, l'un sur la loi, l'autre sur la volonté des parties, doivent être traités de même; ce serait injuste qu'une circonstance accidentelle et souvent indépendante de la volonté des parties (ignorance ou indigence) pût entraîner un changement dans la législation applicable (Thèse p. 193).

La validité du contrat¹⁾ quel qu'il soit, ne fût-il même qu'un pacte successoral conclu entre fiancés (art. 25), s'appréciera d'après la loi du premier domicile conjugal, de même que ce sera cette loi qui fixera le régime légal auquel les étrangers qui se marient sans contrat seront soumis.

Aucune prescription spéciale n'étant émise quant à la forme du contrat, il faut décider qu'elle sera soumise à la même loi que le fond. En effet, alors même que dans certains cantons le contrat de mariage revêt le caractère d'un pacte successoral, — comme cela serait le cas aussi d'un contrat qui ne contiendrait qu'une institution contractuelle telle que le Code-civil français l'autorise, — on ne peut étendre aux contrats de mariage les prescriptions de l'art. 24 sur la validité quant à la forme des pactes successoraux. Ces pactes sont valables, dit cet article 24, quant à la forme, si celle-ci satisfait, entre autres, au droit du lieu où l'acte a été passé (voir 64).

Il ne suffira pas que le contrat de mariage contienne des dispositions de nature héréditaire pour être en entier régi par cette prescription formelle. Nous nous en tiendrons donc pour les étrangers à la solution déjà préconisée pour les Suisses (Thèse p. 189—191): la validité formelle du contrat de mariage sera examinée d'après la loi du premier domicile conjugal pour les clauses concernant les rapports de fortune entre époux, et d'après l'une des lois admises par l'art. 24 quant aux clauses de nature héréditaire qu'il peut contenir.

L'époque où le contrat doit être fait sera également déterminée par la loi du premier domicile conjugal. Il pourra l'être après le mariage dans les cantons, très peu nombreux d'ailleurs, qui l'admettent.

En un mot, d'après l'art. 19 les étrangers qui, fixés dans un canton suisse, s'y sont mariés et y ont eu leur premier domicile conjugal, comme nous le supposons, sont mis exactement sur le même pied que les Suisses établis.

¹⁾ Sous réserve de la question de la capacité requise pour faire un contrat, qui s'appréciera d'après la loi d'origine des étrangers.

50. Plaçons maintenant ces règles de l'art. 19 en présence de celle qui est énoncée à l'art. 31 pour les Suisses à l'étranger. Les étrangers en Suisse étant précisément dans une situation inverse des Suisses à l'étranger, il suffira, pour leur rendre le Titre II applicable par analogie, — apparemment tout au moins — d'user de la méthode employée déjà dans notre chapitre II § 2: de remplacer le mot „Suisse“ par celui „d'étranger“ et vice-versa, ainsi que de substituer „pays“ à „canton.“

L'art. 31, al. 1 devient donc: *Les rapports pécuniaires des époux étrangers dont le premier domicile conjugal est en Suisse sont soumis à la loi du pays d'origine, pour autant que le droit suisse ne leur est pas applicable.*

Or il s'agit justement de déterminer si le droit suisse est ou non applicable; l'art. 31, al. 1 ainsi adapté déplace la question et ne la résoud pas; de même que l'art. 28 al. 2 (18), il ne nous fait pas faire un pas en avant.

Pour les Suisses à l'étranger cette règle a sa raison d'être parce qu'elle fixe la loi applicable à leur régime matrimonial pour autant que l'Etat étranger les soumet à leur loi d'origine, ou déclare que sa législation ne doit régir que les nationaux, ou enfin n'a pas dans son code de disposition sur la matière. Mais de même que ce n'est qu'à titre subsidiaire, le droit étranger ayant le premier la parole, que cette disposition est émise pour les Suisses à l'étranger, de même pour les étrangers cette prescription ne pourrait avoir qu'un rôle secondaire, le droit suisse devant être consulté en première ligne.

Or l'application du droit suisse, à défaut seulement de laquelle l'art. 31, al. 1 pourrait être adapté aux étrangers, est réglementée par l'art. 19, d'après lequel les étrangers sont précisément soumis à la loi de leur premier domicile conjugal. Leur droit d'origine ne leur est donc pas applicable, et il faut décider que l'art. 31, al. 1 est sans portée pour les étrangers.

2ème hypothèse.

51. Les époux étrangers transportent leur domicile en Suisse; leur établissement sur territoire suisse est postérieur au mariage célébré à l'étranger.

Quel sera leur régime? Il faut distinguer entre leurs rapports entre eux et leurs relations avec les tiers.

52. a) Quant à leurs rapports pécuniaires entre eux.

D'après l'article 19, al. 1 ils sont soumis à la législation du premier domicile conjugal pendant toute la durée du mariage (sous réserve de ce qui est dit à l'art. 20). Par conséquent leur régime ne sera pas modifié par leur changement de domicile de l'étranger en Suisse pourvu qu'avant leur arrivée en Suisse ils fussent soumis à la loi de leur premier domicile conjugal; car c'est dans ce cas seulement, croyons-nous, que la prescription de l'art. 19, al. 1 peut être étendue aux étrangers s'établissant en Suisse.

Que décider à l'égard de ceux qui n'étaient pas, à l'étranger, soumis à la loi de leur premier domicile conjugal, soit parce que leur pays d'origine, où ils étaient domiciliés, n'admet pas cette loi à leur égard pour une raison quelconque, soit parce que, étrangers eux-mêmes dans le pays d'où ils viennent, ils ont eu leur premier domicile en dehors de ce pays et n'ont pu conserver leur premier régime en s'y fixant?

Pour résoudre cette difficulté nous nous adressons au Titre II, art. 31.

Nous éliminons tout de suite l'alinéa 2 de cet article qui deviendrait pour les étrangers:

Art. 31, al. 2. *Le régime matrimonial établi à l'étranger entre époux étrangers n'est pas modifié par le transfert du domicile conjugal en Suisse, pourvu que le droit suisse ne s'oppose pas à son maintien.*

Cet alinéa 2 tombe sous le coup des mêmes motifs d'impuissance que l'alinéa 1 du même article (50), il déplace la question sans la trancher. Nous le laissons donc de côté pour étudier l'alinéa 3.

Le troisième alinéa de l'art. 31 est consacré aux époux suisses qui transfèrent leur domicile de l'étranger en Suisse.

Le législateur admet pour eux qu'ils continuent à être soumis au régime qui leur était applicable à l'étranger; il doit, semble-t-il, admettre *a fortiori* la même solution pour les étrangers. En effet si l'Etat renonce à soumettre à sa législation ses ressortissants — c'est-à-dire ceux qui sont rattachés à lui par le lien de la nationalité — qui rentrent sur son territoire, il doit renoncer à plus forte raison encore à imposer sa législation à des étrangers qui n'ont pour tout lien avec lui que le fait qu'ils viennent se fixer en Suisse.

Nous estimons donc que l'alinéa 3 de l'art. 31 doit être appliqué par analogie aux étrangers. Il devient avec la seule substitution nécessaire, soit le remplacement de „époux étrangers“ par „époux suisses“:

Art. 31, al. 3. *Les époux étrangers qui transfèrent leur domicile de l'étranger en Suisse continuent à être soumis, en ce qui concerne leurs rapports entre eux, au régime qui leur était applicable à l'étranger. Il leur est loisible de faire usage de la faculté accordée par l'art. 20. Leur situation vis-à-vis des tiers est réglée par l'art. 19, al. 2.*

Ainsi donc les étrangers dont nous nous occupons conserveront le régime auquel ils étaient soumis avant leur entrée en Suisse; peu importe que ce soit la loi de leur premier domicile conjugal ou une autre qui l'ait déterminé, qu'il soit légal ou conventionnel; l'établissement en Suisse n'a pas d'effet sur lui.

La difficulté que nous soulevions tout à l'heure se trouve donc ainsi résolue. Remarquons que la règle que nous acceptons ici n'est pas contraire à celle de l'art. 19, al. 1; elle n'en est en quelque sorte qu'un élargissement. Le principe que le législateur a voulu consacrer, celui qui lui a dicté l'art. 19, al. 1 pour les Suisses établis et l'art. 31, al. 3 pour les Suisses qui rentrent en Suisse, est celui de l'immuabilité du régime entre époux, sauf volonté contraire de ceux-ci; le changement de domicile ne doit pas entraîner le changement de régime. En proclamant ce même principe à l'égard des étrangers qui viennent habiter la Suisse, nous croyons rester dans les limites d'une saine interprétation de la loi et exprimer la volonté du législateur.

Faut-il faire rentrer dans notre première ou dans notre seconde hypothèse, le cas où les époux étrangers, après s'être mariés à l'étranger, sont venus fixer leur premier domicile conjugal en Suisse?

A la lumière des principes posés nous répondrons qu'ils rentreront dans la première ou dans la seconde catégorie suivant que la loi du pays où ils se sont mariés subordonne la fixation du régime matrimonial soit à une manifestation de l'intention des époux soit à l'établissement d'un domicile fixe, ou qu'elle déclare au contraire le régime matrimonial déterminé et définitivement fixé dès la célébration du mariage. Si donc le régime est établi à l'étranger, il sera maintenu lors de l'entrée en Suisse; s'il ne l'est pas, les époux seront soumis à la loi suisse de leur premier domicile conjugal.

Observons encore que, comme en ce qui concerne les Suisses qui rentrent de l'étranger en Suisse et auxquels nous assimilons, dans notre seconde hypothèse, les étrangers, la question du choix de la législation applicable sort un peu de ses termes ordinaires, et que ce choix ne se fait plus seulement entre la loi d'origine et celle du domicile; car les alternatives ne sont plus limitées à deux, la loi à laquelle les époux seront soumis pourra être leur loi d'origine, celle de leur premier domicile conjugal à l'étranger, ou celle d'un autre domicile, le dernier peut-être, à l'étranger.

53. b) Quant à leurs rapports avec les tiers.

Ici la règle est précisément l'inverse, c'est la mutabilité complète du régime avec toutes ses conséquences.

En effet l'art. 19, al. 2 qui doit être étendu aux étrangers les soumet à la loi de leur domicile *actuel* (traduction du terme allemand „*jeweiligen Wohnsitzes*“); l'art. 31, al. 3 vient confirmer cette règle. Les prescriptions du Titre II corroborent donc ici celles du Titre I.

Le régime auquel les étrangers étaient soumis avant d'entrer en Suisse, qu'il soit légal ou conventionnel, ne sera plus valable par rapport aux tiers que s'il n'est pas contraire aux dispositions de la loi du domicile. En prescrivant l'application aux étrangers de la loi du domicile actuel, le législa-

teur suisse n'a pas voulu leur imposer, à eux plus qu'aux Suisses établis, le régime légal du canton où ils se fixent; ce sera seulement à la lumière de cette loi cantonale que s'appréciera la validité des clauses de leur contrat s'ils en ont fait un, ou que l'on décidera si leur régime légal doit être maintenu ou non. Il n'y a aucune différence à cet égard entre la situation des étrangers et celle des Suisses.

54. Le législateur a ainsi adopté le principe de l'immutabilité du régime pour les relations des époux entre eux et celui de la mutabilité pour leurs rapports avec les tiers. Il a cru pouvoir sauvegarder à la fois l'intérêt des tiers et celui des époux; il a fendu en deux une institution qui devait être régie par une seule et même loi; il a élaboré un système hybride, qui prête de maints côtés le flanc à la critique et qui sacrifie l'intérêt des époux, de la femme en particulier, sans sauvegarder efficacement ceux des tiers.

Comme les époux étrangers sont traités de la même manière que les Suisses établis et que, si l'un envers l'autre ils restent régis par la loi étrangère, ils sont soumis envers les tiers à la loi suisse, c'est-à-dire, aussi bien à la loi de leur canton de domicile qu'à la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes en ce qui concerne les droits de la femme en cas de faillite du mari ou de saisie pratiquée contre lui (art. 19, al. 2), toutes les critiques que nous avons adressées au système de notre loi à propos des Suisses pourraient être répétées ici. Nous nous bornerons à rappeler: que l'immutabilité qui doit subsister entre époux n'est qu'un leurre devant la mutabilité du régime à l'égard des tiers, — elle reste lettre morte en général dans les cas où il serait le plus nécessaire que les garanties accordées à la femme fussent maintenues —; que de son côté la mutabilité de régime qui existe à l'égard des tiers peut les induire en erreur et, en tout cas, se trouve entamée par le respect dû nécessairement aux droits acquis par des tiers à un domicile antérieur (art. 21; **57**); qu'enfin cette scission dans un même régime en rompt toute l'harmonie, est difficilement réalisable en pratique étant donné que la limite entre ce qui touche

les époux et ne concerne pas les tiers (et inversement) est très délicate à tracer,¹⁾ et crée des inégalités de traitement déplorables d'un ménage à l'autre. (Thèse p. 215—227, 241 et ss.)

55. Nous avons parlé plus haut (48) d'un troisième cas dont nous avons à dire deux mots maintenant, après l'examen de nos deux hypothèses, parce qu'il peut se présenter dans l'une comme dans l'autre.

Les époux étrangers, aussi bien ceux qui ont eu leur premier domicile conjugal en Suisse que ceux qui l'ont eu à l'étranger, peuvent changer de domicile à l'intérieur de la Suisse. Il est évident que nous n'avons pas à nous occuper du transfert de leur domicile de la Suisse dans leur pays d'origine ou ailleurs à l'étranger, — cas prévu, pour les Suisses, à la fin de la première phrase de l'art. 19, al. 1: „.... alors même que les époux auraient transféré leur domicile dans leur canton d'origine. En effet, que les étrangers rentrent dans leur pays d'origine ou qu'ils s'établissent dans un autre Etat, du moment qu'ils quittent la Suisse ils échappent à la législation et à la juridiction suisses. Ce fragment de l'art. 19, al. 1 ne leur est donc applicable d'aucune manière, et l'anomalie, justifiable d'ailleurs, qu'il y avait à ce que la loi fédérale sur les Suisses établis émit une prescription relative aux Suisses qui sont rentrés dans leur canton d'origine et par conséquent ne sont plus „établis,“ ne se présente pas pour les étrangers.

En revanche ceux-ci peuvent, au cours du mariage, transporter leur domicile dans un autre canton que celui où ils se sont fixés à leur arrivée en Suisse. Ils seront alors, au point de vue de leur régime matrimonial, assimilés à des Suisses; la loi qui régissait leurs rapports pécuniaires l'un envers l'autre continuera à faire règle entre eux, et celle de leur nouveau domicile régira leurs rapports avec les tiers.

Nous autorisant même des termes très larges de la loi: „les rapports pécuniaires des époux entre eux sont soumis,

¹⁾ Voir jugement du Tribunal de 1^{ère} instance de Genève du 26 décembre 1893, Dame M. V. c. M., *Semaine judiciaire* 1894, p. 90.

pour toute la durée du mariage, à la législation du lieu du premier domicile conjugal,“ nous estimons que cette règle doit s'appliquer même aux étrangers qui acquéreraient la nationalité suisse, et ne seraient donc plus des „étrangers établis en Suisse.“ Leur régime entre eux restera déterminé par la loi à laquelle ils étaient antérieurement soumis.

Nous croyons aussi que dès l'entrée en vigueur de la loi fédérale, soit dès le 1^{er} juillet 1892, les époux étrangers domiciliés en Suisse sont tombés sous le coup de la loi et se sont trouvés soumis à ses prescriptions. Cette conclusion est conforme à ce que le Conseil fédéral a voulu pour les Suisses (circulaire du 28 juin 1892).

Il sera quelquefois difficile de déterminer quel a été le premier domicile conjugal des époux à l'étranger. Si la contestation naît en Suisse, il faudra se servir des critères posés par notre loi en vue de la détermination du domicile (art. 3), pour établir où le premier domicile a été institué. La seconde phrase de l'art. 19, al. 1 fournit une dernière ressource pour les cas qui demeurent douteux:

Art. 19, al. 1 *in fine*: „*Dans le doute, on considère comme premier domicile conjugal celui du mari au moment où le mariage a été célébré.*“

Le premier domicile conjugal pourra peut-être ainsi être déterminé fictivement.

La loi à laquelle sont soumis les rapports pécuniaires des époux entre eux réglera donc leurs droits et obligations réciproques, pendant le mariage ou à sa dissolution; elle fixera, entre autres, les garanties qui sont données à la femme pour se prémunir contre les dangers que peut courir sa fortune. (Thèse p. 238—241.)

56. Une exception peut se produire cependant. Les époux étrangers ont la faculté à leur nouveau domicile de se soumettre, entre eux, à une autre loi que celle qui les régit, à savoir à celle de leur domicile actuel, et de faire cesser ainsi cette scission qui existe dans leur régime. L'art. 20 qui le permet doit leur être applicable par analogie, parce qu'il n'y a pas de raison pour qu'il ne le soit pas, et que l'art. 31,

al. 3 dont nous avons adopté la règle pour les étrangers. (52) leur réserve cette possibilité:

Art. 20. *Lorsque les époux changent de domicile, ils peuvent, avec l'assentiment de l'autorité compétente du nouveau domicile, adopter également pour leurs rapports entre eux la législation du nouveau domicile, moyennant une déclaration commune faite en ce sens à l'office cantonal compétent (art. 36, lettre b).*

La déclaration rétroagit à l'époque où le régime matrimonial a commencé à produire ses effets.

Ce ne sont pas seulement les époux qui ont eu leur premier domicile conjugal en Suisse, mais aussi ceux qui l'ont eu à l'étranger, qui peuvent user de cette faculté quand ils se transportent dans un autre canton. Ce sont aussi tous ceux qui, au moment de l'entrée en vigueur de la loi, habitaient en Suisse un canton dont la législation ne régissait pas leurs rapports pécuniaires entre eux, même si la loi de ce canton s'opposait à cette modification; car les dispositions contraires des lois cantonales sont abrogées par la mise en vigueur de notre loi fédérale (art. 39). En vertu donc des dispositions de cette dernière, les époux étrangers se trouveront peut-être obligés de subir la scission de leur régime et auront alors intérêt à l'unifier en adoptant entre eux la législation de leur domicile actuel.

Ils peuvent enfin user de cette faculté à tout changement de domicile à l'intérieur de la Suisse.

La déclaration dont il s'agit ne pouvant avoir lieu qu'en Suisse, la situation des étrangers se trouve à cet égard semblable à celle des Suisses.

Nous ne pensons pas, en effet, qu'il faille exiger que les époux étrangers soient capables d'après leur loi d'origine pour que leur déclaration soit valable. Il ne s'agit pas ici d'un acte juridique ordinaire que les époux ne pourraient accomplir seuls que s'ils étaient capables, mais d'une faculté qui ne peut être exercée qu'avec le consentement de l'autorité. Cette condition constitue une garantie suffisante; il appartiendra à l'autorité compétente de refuser son autorisation si elle estime que les époux ne sont pas à même de com-

prendre la portée de la déclaration qu'ils veulent faire; car c'est à cet effet, selon nous, que l'autorité a été appelée à intervenir.

Les conditions de l'exercice de cette faculté ainsi que ses effets sont donc les mêmes pour les étrangers que pour les Suisses. C'est ainsi que la déclaration des deux époux sera nécessaire et que, comme nous venons de le voir, l'assentiment de l'autorité désignée par la législation cantonale devra être donné, de façon à ce que la femme, en particulier, jouisse de toute la liberté désirable.

Les effets de cette déclaration seront également identiques. Elle rétroagira jusqu'au jour où le régime matrimonial, que les époux abandonnent, a commencé à produire ses effets, et cela sans que l'on ait à se demander si les époux ont ou non fait antérieurement, dans un autre canton, une déclaration analogue, puisque cette précédente déclaration aurait supprimé rétroactivement, elle aussi, le régime existant entre les époux à cette époque là. Les époux effacent donc ainsi leur régime matrimonial avec toutes ses clauses et ses conséquences; les droits de l'un et de l'autre peuvent être considérablement modifiés. Cependant, si les époux sont dès lors censés avoir toujours été soumis, pour leurs rapports entre eux, au nouveau régime qu'ils adoptent, ils ne peuvent annuler par leur déclaration les droits acquis des tiers, qui sont nécessairement maintenus (art. 21; **57**).

Le régime que les époux peuvent adopter à la place de celui qu'ils abolissent est avant tout celui que la loi cantonale de leur nouveau domicile désigne comme régime légal, et auquel ils sont soumis vis-à-vis des tiers. Cela pourra être aussi une modification de l'ancien régime ou même la confection d'un contrat si la loi du nouveau domicile autorise l'une ou l'autre pendant le mariage. (Thèse p. 228 et ss.)

57. Nous venons de dire que dans ce changement de régime les droits antérieurement acquis par des tiers devaient être maintenus. Il en est également ainsi quand les époux se bornent à changer de domicile et que ce n'est qu'en ce qui concerne leurs relations avec les tiers qu'ils tombent sous le

coup de la loi territoriale. L'art. 21, qui s'applique aux étrangers comme aux Suisses, le déclare :

Art. 21. Les droits acquis par des tiers à un domicile conjugal, par des actes juridiques particuliers, ne sont nullement modifiés par un changement de domicile des époux.

Ce sont ces droits acquis par des tiers à un précédent domicile, à l'étranger ou en Suisse, en vertu de contrats, d'actes de dispositions, peut-être interdits au nouveau domicile, qui peuvent induire les tiers en erreur et annuler, tout au moins en partie, les garanties que la mutabilité devait leur assurer.

Ces droits acquis doivent toujours être respectés, que ce soit par la volonté des époux, par l'entrée en vigueur de la loi ou en conséquence d'un changement de domicile que le régime se trouve partiellement ou totalement changé. Quelle que soit l'interprétation donnée à ce terme de droits acquis, extensive ou restreinte, les dangers sont grands pour les créanciers du nouveau domicile. Nous les avons énumérés dans l'étude du Titre I, et comme ils sont les mêmes ici, aggravés du fait que les législations étrangères peuvent être plus divergentes, les droits acquis aux tiers plus considérables et plus ignorés, nous ne nous y arrêtons pas, nous contentant de les signaler. (Thèse p. 244 et ss.)

58. Quant à la juridiction compétente, nous la déterminons par la règle de l'art. 2, à laquelle nous avons donné la préférence sur celle de l'art. 28, al. 2 (**18**). La juridiction du lieu d'origine n'est pas expressément réservée; elle ne pouvait pas l'être puisque la loi d'origine des époux ne jouait aucun rôle dans ce chapitre. Ce sera donc le juge du domicile actuel qui, pour les étrangers comme pour les Suisses, sera appelé à connaître des différends qui s'élèveront tant entre les conjoints, qu'entre eux et les tiers.

Le législateur n'a pas étendu à la juridiction la scission qu'il a introduite dans le régime au point de vue de la législation. Peut-être faut-il l'en féliciter puisque cette scission est une erreur à notre avis; mais alors, dans les contestations entre époux, le juge suisse pourra se trouver obligé d'appliquer une législation étrangère et inconnue.

Chapitre IX.

Droit successoral (Art. 22—27).

59. Les Titres II et III de notre loi ne renferment pas de dispositions spéciales relatives aux successions. Nous allons donc avoir, suivant la règle générale de l'art. 32, à appliquer par analogie aux étrangers les prescriptions du Titre I, art. 22—27.

A l'égard des Suisses, le législateur proclame en principe la règle de l'unité et de l'universalité de la succession, c'est-à-dire l'application d'une seule et même loi à tous les biens qui composent l'hérédité, quelles que soient leur nature et leur provenance, mais il est obligé d'y faire plusieurs brèches. Ce principe, nécessaire pour éviter des conflits de législations différentes et incompatibles, doit être maintenu, en ce qui concerne les étrangers, dans la même mesure que pour les Suisses.

Mais ici plus qu'ailleurs peut intervenir la règle formulée à l'art. 28, chiffre 1 à propos des Suisses à l'étranger et concernant les immeubles situés en Suisse. Nous admettons comme précédemment (**15**), d'une part, que la transmission des immeubles en suite de décès sera régie par la même loi que le reste de la succession, quant aux immeubles situés en Suisse tout au moins, et quant à ceux situés à l'étranger pour autant que la législation étrangère reconnaîtra l'empire de la loi suisse si c'est celle-ci qui doit dominer toute la succession; et, d'autre part, que, en ce qui concerne les immeubles situés en Suisse qui appartiennent à des étrangers, la constatation des mutations de propriété, l'inscription des droits immobiliers, la licitation des immeubles ainsi que les charges immobilières qui peuvent les grever, seront soumises à la loi du domicile, si l'on veut conserver quelque chose de la règle de l'art. 28, al. 1, telle que nous l'avons traduite pour les étrangers (**14 et 15**). Pour les Suisses établis en Suisse on pouvait, par conjecture et en l'absence de toute disposition relative aux immeubles (Thèse p. 257), laisser une place à l'application de la *lex rei sitae*; ici, à moins de mettre entièrement de côté l'art. 28,

al. 1, cela ne nous paraît pas possible, bien qu'il soit difficile d'admettre, comme le cas pourra s'en présenter, qu'un canton doive reconnaître une charge immobilière étrangère à sa législation.

60. En ce domaine du droit successoral, le législateur donne la préférence au principe territorial, tout en faisant une concession au principe de nationalité si la volonté du défunt s'est expressément manifestée en faveur de l'application de ce dernier.

Remarquons que cette solution est contraire à celle qui est adoptée dans le traité franco-suisse du 15 juin 1869, lequel fait choix, pour la succession des Français morts en Suisse, de la loi de leur dernier domicile en France. Le traité fait en outre intervenir la *lex rei sitae* pour le partage, la licitation ou la vente des immeubles.

L'art. 22, al. 1 formule la règle, qui s'applique également aux étrangers:

Art. 22, al. 1. *La succession est soumise à la loi du dernier domicile du défunt.*

Il s'agit de la succession testamentaire aussi bien que de la succession ab intestat, et la règle s'étend à l'une comme à l'autre, à moins que la volonté de soumettre sa succession à sa loi d'origine ne soit expressément formulée par le *de cujus* étranger (alinéa 2). Pour que la loi suisse régie cette succession, il faut naturellement que l'étranger au moment de sa mort fût domicilié en Suisse. Une difficulté se présentera si, peu de temps avant sa mort, l'étranger, qui jusque là a été domicilié en Suisse, retourne en pays étranger, sans que, d'après notre loi, il puisse être considéré comme ayant établi son domicile à l'étranger. Le domicile une fois fixé subsistant, d'après l'art. 3, al. 3, aussi longtemps qu'un nouveau n'a pas été fondé, l'art. 22, al. 1 se trouverait applicable et la loi suisse régirait d'après lui cette succession. Mais l'Etat où le défunt venait de s'établir, outre que sa législation renferme peut-être un autre mode de détermination du domicile, revendiquera probablement le droit, en vertu de l'établissement sur son territoire du *de cujus*, peut-être son ressortissant, de régler cette succession.

Il est évident, comme nous avons déjà eu l'occasion de le voir, que l'étranger en quittant la Suisse échappe à sa législation et juridiction, alors même que d'après la loi suisse il y aurait encore son domicile attributif de législation. La Suisse devra donc, sauf peut-être pour la transcription des droits immobiliers s'il y a des immeubles en Suisse, renoncer à tout empire sur cet étranger, et ne pourra empêcher le pays de son nouvel établissement d'appliquer à sa succession la loi territoriale.

61. L'alinéa 2 de l'art. 22 contient, immédiatement après le principe posé, une concession à la loi d'origine:

Art. 22, al. 2. On peut, toutefois, par une disposition de dernière volonté ou par un pacte successoral soumettre sa succession à la législation du pays d'origine.

Complément de la règle de l'alinéa 1, voulu par le législateur, cet alinéa 2 s'étend aux étrangers, par le simple remplacement de „canton“ par „pays.“ Ce n'est plus que de la succession testamentaire qu'il est question ici, car dès qu'il y a une disposition de dernière volonté, soit dans un testament soit dans un pacte successoral, la succession n'est plus ab intestat.

Ici se pose immédiatement, puisqu'il s'agit de succession testamentaire, la question de la capacité de tester. Nécessaire pour confectionner un testament elle doit l'être pour faire la déclaration prévue à l'art. 22, al. 2. Or la capacité de tester est régie pour les étrangers comme pour les Suisses — nous l'avons admis (27) — par le droit du domicile au moment de la disposition de dernière volonté. Quels que soient l'époque et le lieu où le testateur ait donc manifesté sa volonté de soumettre sa succession à sa loi d'origine, fût-ce même à l'étranger, — cas rare mais possible — la capacité pour faire cette déclaration sera régie par la loi du lieu où il était domicilié alors qu'il l'a faite, et non par sa loi d'origine à moins qu'à l'époque de cette déclaration il ne fût domicilié dans son pays d'origine. C'est une première entorse faite au principe qu'une loi unique doit dominer toute la succession.

Cette même brèche peut d'ailleurs se présenter aussi dans le cas de l'alinéa 1 de l'art. 22, — c'est-à-dire lorsque

la succession se trouve régie par la loi du dernier domicile, — si le défunt avait testé à un précédent domicile, en Suisse ou à l'étranger, sans faire la déclaration prévue à l'alinéa 2 de ce même article.

Cette manifestation de la volonté du *de cujus* en faveur de la loi de son pays ne peut être tacite, elle doit être expresse. Il faut le conclure, malgré le doute que laisse subsister la teneur actuelle de l'article, de la rédaction votée par les Chambres en avril 1891, qui exigeait une déclaration écrite (Thèse p. 280 et ss.).¹⁾

Le testateur peut se borner à cette simple déclaration. Les mêmes doutes que pour les Suisses naissent pour les étrangers quant à l'abrogation ou au maintien des testaments antérieurs: il sera conforme en général à l'intention du testateur d'en prononcer l'abrogation.

Le testateur peut aussi accompagner sa déclaration de dispositions testamentaires conformes à sa loi d'origine, et faire ainsi un véritable testament qui s'appréciera d'après cette loi. — Il peut enfin s'il a fait un pacte successoral y insérer sa déclaration, ou, si la loi du domicile actuel le permet, conclure un pacte pour l'y insérer, même si la loi d'origine ne connaît pas ces pactes successoraux, car ceux-ci sont régis par la loi du domicile à la date de leur conclusion. (Art. 25, Thèse p. 283—85.)

Cette adoption de la loi d'origine peut être faite en tout temps et en tout lieu. Elle ne sera révocable qu'aux mêmes conditions que l'acte, pacte successoral ou testament, dans lequel elle aura été faite. En un mot, l'exercice de cette faculté est semblable pour les étrangers et pour les Suisses. Mais les étrangers ne pourront faire choix que de la loi de leur pays d'origine et non de celle d'un autre Etat avec lequel ils auraient un lien quelconque.

On peut admettre que certaines restrictions soient apportées à l'application de la loi d'origine par des considérations d'ordre

¹⁾ Voir aussi jugement du Tribunal de première instance de Genève, du 16 juin 1896, Mariés Porret contre Girardet et Hugentobler, dans le même sens.

public. Mais si l'on peut supposer que des législations étrangères se heurteront plus vite à l'ordre public cantonal que les lois d'autres cantons, cependant d'un canton à l'autre le conflit peut se produire également, et telle souveraineté cantonale pourrait se croire engagée à maintenir, à l'encontre de la législation du canton d'origine choisie par le défunt, ses prescriptions relatives, par exemple, aux droits successoraux de l'enfant naturel, aux substitutions prohibées, à la faculté de sortir d'indivision etc., comme étant d'ordre public et pouvant être imposées à tous les habitants du territoire. Il ne semble pas cependant que l'ordre public puisse être invoqué pour empêcher l'exhérédation permise par la loi d'origine, puisque notre loi mentionne expressément que la quotité disponible doit être régie par la loi applicable à la succession, qui peut être la loi d'origine; il nous paraît que la loi d'origine, qui ne connaît peut-être pas la réserve, doit être respectée. Du reste on peut dire d'une manière générale qu'il importe assez peu à l'intérêt de tous que les biens d'une succession échoient à tel parent plutôt qu'à tel autre.

62. Que le *de cuius* étranger ait ou non fait usage de cette faculté que lui laisse l'art. 22, al. 2, il n'y aura jusqu'ici, à part la capacité de tester, qu'une seule et même loi qui régira la succession, testamentaire ou ab intestat, la loi du dernier domicile ou la loi d'origine. L'une ou l'autre règlera la transmission et la répartition de tous les biens, meubles ou immeubles qui composent la succession, et, en cas de dispositions de dernière volonté, fixera en particulier la quotité disponible, c'est-à-dire déterminera la réserve. C'est d'après elle également que s'appréciera la capacité de recevoir par succession.

Les pactes successoraux conclus entre fiancés ou non (art. 25), les donations entre vifs ou à cause de mort (art. 27), qui ont pu être faits antérieurement et qui peuvent être valables quant au fond, ne le seront que jusqu'à concurrence de la quotité disponible fixée suivant les cas par la loi du dernier domicile ou par la loi d'origine, et devront être réduits s'il y a lieu, ou annulés même si la loi qui régit la succession refuse toute liberté de tester.

Il importait que la quotité disponible fut, au jour du décès, fixée par une seule et même loi; le contraire ne se comprendrait pas.

63. Ce principe de l'unité et de l'universalité de la succession, auquel il est fait brèche pour la capacité de tester et pour les pactes successoraux, mais qui est maintenu pour la réserve, est implicitement contenu dans l'art. 23, qui fixe la juridiction compétente, et qui s'étend aux étrangers.

Art. 23. La succession s'ouvre, dans les deux cas, pour la totalité des biens qui la composent, au dernier domicile du défunt.

En proclamant expressément la compétence du juge du dernier domicile, alors même que le défunt aurait soumis sa succession à sa loi d'origine, le législateur ne fait qu'exprimer une conséquence de la règle générale énoncée à l'article 2 de la loi. La juridiction de l'origine n'étant pas expressément réservée, c'est celle du dernier domicile qui est compétente, quelle que soit la législation applicable. Le juge chargé de liquider toutes les contestations auxquelles pourra donner lieu le partage de la succession, puisqu'il n'y a plus qu'une seule masse successorale, devra donc appliquer la loi du pays, quel qu'il soit, auquel l'étranger appartient si ce dernier a opté pour sa loi d'origine. Dans un domaine aussi épineux et délicat que celui du droit successoral, et dans lequel les divergences de législations sont infinies, sa tâche sera singulièrement ardue. Il semble qu'il aurait été plus simple que la juridiction suivît la législation et que, la loi d'origine étant désignée, ce fût le juge du pays d'origine qui eût à statuer, malgré les embarras pouvant résulter éventuellement de la conduite d'un procès à distance.

64. L'article 24 traite de la forme des actes héréditaires; il s'applique aux étrangers, au moyen de la simple substitution du mot „pays“ à celui de „canton.“

Art. 24. Les dispositions de dernière volonté, les pactes successoraux et les donations à cause de mort sont valables quant à la forme, si celle-ci satisfait au droit du lieu où l'acte a été passé ou à celui du pays du domicile lors de la passation de l'acte ou au droit du dernier domicile ou à celui du pays d'origine du défunt.

Il est bien entendu que le terme „pays du domicile“ que nous avons substitué à celui de „canton du domicile“ peut signifier suivant le cas aussi bien „canton“ qu’„Etat;“ l’étranger peut avoir été domicilié soit en Suisse, par conséquent dans un canton, soit à l’étranger au moment de la passation de l’acte.

Le législateur se montre aussi large que possible quant à la forme des actes héréditaires. A ce point de vue on peut dire que les actes seront toujours valables qu’ils aient été faits en Suisse ou à l’étranger, à moins que le testateur ait choisi la loi d’un pays quelconque, c’est-à-dire d’un pays qui n’est ni celui de son origine ou de son domicile, ni celui où l’acte a été passé.

La déclaration par laquelle le testateur soumet sa succession à la loi d’origine peut être faite dans la forme prescrite pour le testament par la loi du dernier domicile; et inversement, un testament, dont la validité quant au fond s’appréciera d’après la loi du dernier domicile, peut être rédigé suivant les formes prévues par la législation du pays dont l’étranger est ressortissant.

Ces règles, très larges, sont émises exclusivement en faveur des étrangers domiciliés en Suisse; ceux qui ont acquis la nationalité suisse et qui, selon nous, peuvent encore être soumis pour le régime matrimonial entre eux, à la loi qui les régissait antérieurement (art. 19, al. 1; 55), ne sauraient invoquer le bénéfice de l’art. 24 pour la validité formelle de leurs dispositions de dernière volonté.

Quant au fond, les dispositions de dernière volonté, soit codicille, testament ou simple legs, sont soumises, comme nous l’avons vu, dans la règle à la loi du dernier domicile, et exceptionnellement, quand le testateur l’a expressément déclaré, à la loi d’origine. Pour les pactes successoraux et les donations à cause de mort, nous allons examiner quelle est la loi qui les régit quant au fond.

65. *Les pactes successoraux sont régis, quant au fond, par le droit du premier domicile conjugal lorsqu’ils ont été conclus entre fiancés, et dans tous les autres cas par le droit du lieu où*

le défunt était domicilié lors de la conclusion du pacte. Le tout sans préjudice des dispositions relatives à la réserve et prévues par la loi qui régit la succession (art. 22).

Telle est la teneur de l'art. 25 qui s'applique par analogie aux étrangers.

Conformément à une règle que nous avons déjà relevée (62) et qui peut restreindre la validité du pacte ou même l'annuler complètement, la quotité disponible ne sera fixée qu'au décès de l'étranger par la loi qui régira la succession, et c'est à ce moment là que les réductions devront s'opérer. Cette prescription laissera toujours planer une certaine insécurité sur la validité d'un pacte, puisque le domicile peut changer jusqu'au décès, en vertu quelquefois de circonstances indépendantes de la volonté de l'étranger. Mais si la loi d'origine admet une certaine liberté de tester, l'étranger pourra, au moment de la conclusion du pacte, dans le canton de son domicile par exemple, faire choix de sa loi d'origine et mettre ainsi sa succession à l'abri de toute incertitude.

A part cette prescription relative à la réserve, les pactes successoraux, s'ils ont été faits en conformité de l'art. 25 resteront valables, même si la loi qui régit la succession les interdit.

Les pactes successoraux conclus entre fiancés peuvent l'être à l'étranger ou en Suisse, ils seront régis par la même loi que le régime matrimonial. Mais, dans le chapitre du régime matrimonial, nous avons admis, en vertu du principe de l'immutabilité entre époux, que le régime considéré comme fixé à l'étranger devait être maintenu alors même que tout de suite après leur mariage à l'étranger les époux seraient venus s'établir en Suisse (52 *in fine*). Pour les fiancés étrangers qui auraient conclu un pacte successoral conformément au droit étranger et qui, dès après le mariage, seraient venus fixer leur premier domicile conjugal en Suisse, rien ne nous autorise à décider que ce pacte conservera sa validité si la loi cantonale du premier domicile conjugal ne le reconnaît pas quant au fond. Il devra donc être considéré comme nul en vertu même de l'art. 25.

Il en serait du reste de même du pacte successoral que les fiancés (suisse ou étrangers) auraient conclu en Suisse, conformément à la loi de leur domicile avant le mariage, si immédiatement après le mariage ils avaient fixé leur premier domicile conjugal dans un canton qui n'autorise pas ces pactes.

Ces pactes conclus avant le mariage peuvent contenir à la fois des clauses de nature héréditaire et des règles concernant les rapports pécuniaires des époux pendant le mariage. A part l'exception relative au régime matrimonial que nous venons de rappeler, le fond sera entièrement régi par la loi du premier domicile conjugal; quant à la forme, cette partie seulement du pacte qui constitue un contrat de mariage sera soumise à cette même loi; malgré la validité du pacte quant au fond, un vice de forme pourra entraîner la nullité du contrat de mariage renfermé dans ce pacte. L'autre partie du pacte qui ne contient que des dispositions successorales restera valable si la forme du pacte entier satisfait aux prescriptions très larges de l'art. 24 (64) (Thèse p. 293 et ss.).

Quant aux autres pactes, qu'ils aient été conclus à l'étranger ou en Suisse, ils seront, à l'exception de la réserve, toujours soumis à la loi du domicile au moment où ils ont été faits. Même si le testateur vient à changer ultérieurement de domicile, ce sera toujours cette loi qui régira le pacte conclu, et qui fixera les causes pour lesquelles il peut être révoqué et les formes suivant lesquelles il doit l'être.

Cette double brèche au principe de l'unité de la législation applicable à la succession, venant s'ajouter à celle que peut occasionner la détermination de la capacité de tester d'après la loi du domicile à l'époque du testament, était nécessaire sans doute pour la sauvegarde des droits acquis; mais elle contribuera à rendre plus ardue encore la tâche du juge suisse ayant peut-être à appliquer une loi étrangère et à tenir compte en même temps de pactes successoraux valablement conclus en Suisse ou à l'étranger à des domiciles divers.

66. L'art. 26 a été inséré dans notre loi en considération des législations qui, comme celles de Berne ou d'Argovie, font du conjoint survivant l'héritier universel de l'époux pré-

décédé; les autres héritiers n'ont qu'un droit de créance qu'ils ne peuvent faire valoir qu'à la mort du survivant ou à son remariage. Si l'étranger domicilié dans un de ces cantons y est mort sans user de la faculté prévue à l'al. 2 de l'art. 22, ou si sa législation d'origine, qu'il a adoptée précisément en vertu de cet article, renferme des dispositions semblables, les droits de son conjoint seront réglés par la loi applicable à la succession, et les droits des autres héritiers, fixés par cette même loi, resteront acquis malgré tout changement de domicile ultérieur de la part de l'époux survivant.

C'est là tout ce que signifie cet article 26 qui s'adapte sans changement aux étrangers:

Art. 26. Les droits successoraux qui naissent ensuite du prédécès de l'un des époux et qui sont en corrélation avec le droit de famille sont régis par la loi applicable à la succession (art. 22); ils ne sont pas modifiés par le fait que l'époux survivant viendrait dans la suite à changer de domicile.

Cette disposition est superflue, le Conseil fédéral l'a reconnu; le principe de l'universalité et de l'unité de la succession, subsistant malgré quelques entorses, et l'axiome de jurisprudence que les droits acquis doivent être respectés, suffisaient d'une part à écarter l'application au conjoint survivant de la loi du régime matrimonial, et d'autre part à sauvegarder les droits des autres héritiers; ils conduisaient donc sans le secours de cet art. 26 à la solution voulue par lui.

67. Nous avons déjà fait allusion (62) à la règle de l'art. 27, valable pour les étrangers comme pour les Suisses:

Art. 27. En ce qui concerne la réserve, les donations entre vifs ou à cause de mort sont soumises à la législation qui régit la succession du donateur (art. 22).

C'était une nécessité que de charger une seule et même loi, celle qui devait dominer la succession, de fixer la quotité disponible.

A cet égard seulement les donations entre vifs tombent sous le coup de notre loi. Quant à leur forme et aux autres conditions de fond qui peuvent leur être imposées, les cantons restent libres de soumettre les étrangers à la loi territoriale

ou à la législation de leur pays d'origine. Il eut été utile d'introduire l'uniformité également sur ce point, par une prescription fédérale.

Les donations à cause de mort, qui revêtent parfois la forme des contrats mais que leur nature doit en général faire assimiler à des testaments, seront, en vertu de cette assimilation, valables ou non quant au fond suivant que la loi qui régit la succession (art. 22) les autorise ou non. Si cependant la loi d'origine adoptée par l'étranger les traite comme des donations entre vifs, leur validité s'appréciera d'après les dispositions de la loi du canton où l'étranger est domicilié, puisque notre loi fédérale ne réglemente pas les donations entre vifs.

Toutefois en ce qui concerne la réserve ces donations pour cause de mort, quelle que soit leur nature, seront régies par la loi qui est applicable à la succession.

68. Pour conclure notre petite étude du Titre III, nous nous poserons les mêmes questions que nous examinions à la fin de notre Thèse de doctorat (p. 305—309).

D'abord, quant aux changements que la mise en vigueur de la loi a introduits dans la situation juridique des étrangers en Suisse, remarquons que tant les 8^{1/2} cantons qui appliquaient le principe de nationalité avec quelques exceptions, que ceux où régnait soit le principe territorial mitigé (10^{1/2} cantons) soit la territorialité absolue (3) (Thèse p. 52), ont vu les dispositions de leur législation plus ou moins transformées par les prescriptions de notre loi. Cependant en matière internationale il n'y avait pas lieu à l'abrogation de ces concordats qui faisaient loi entre beaucoup de cantons et dont les règles se sont trouvées en bonne partie abrogées par la loi fédérale. Au contraire les dispositions des traités entre Etats sont scrupuleusement réservées (art. 34).

Dans les contestations qui s'élèvent relativement à la capacité des femmes mariées, à l'obligation alimentaire, au régime matrimonial entre époux et aux successions soumises par les étrangers à leur loi d'origine, le juge suisse du domicile devra

connaître et appliquer les législations étrangères, et c'est là que résidera peut-être une des grosses difficultés de la saine application de notre loi.

En second lieu, l'adjonction à la loi fédérale sur les Suisses établis d'un Titre III concernant les étrangers constitue-t-elle un progrès, ou aurait-elle dû être laissée de côté?

Si l'on peut à juste titre reprocher au législateur d'avoir été un peu laconique à l'égard des étrangers et de n'avoir pas suffisamment pesé les difficultés que soulèverait une adaptation par analogie aux étrangers de dispositions légales émises pour les Suisses, néanmoins nous ne pensons pas que cet inconvénient annule l'avantage d'une règle fixe, d'une direction générale donnée à tous les cantons.

Comme nous admettons, d'une part, que dans les domaines régis par la loi du domicile ce sont les prescriptions internes de la législation cantonale, telles qu'elles sont appliquées aux ressortissants du canton qui y sont domiciliés, qui doivent régir les étrangers à l'exclusion de toutes autres, et, d'autre part, que le même raisonnement s'applique dans les matières dominées par la loi d'origine (8), nous avons bien à faire à une règle uniforme. Son opportunité peut être contestable dans certains cas spéciaux, mais elle n'en réalise pas moins, d'une manière générale, un progrès réel sur l'incertitude et la bigarrure que présentaient les législations cantonales, et nous ne croyons pas nous tromper en affirmant que les avantages de cette réglementation générale et positive se sont déjà manifestés quelquefois sur le terrain de l'application pratique.

Table des matières.

	Numéros
Préface	
Chapitre I. Historique de la confection du Titre III (art. 32) .	1—7
Chapitre II. Dispositions générales.	
§ 1. Préliminaires	8—10
§ 2. Dispositions générales de la loi (art. 1, 2, al. 1 et 2, art. 28, 1 ^o et 2 ^o).	11—18
Chapitre III. Domicile et origine (art. 3, 4, 5, 6)	19—22
Chapitre IV. Capacité civile (art. 34, art. 7, al. 1—4)	23—28
Chapitre V. Etat civil (art. 8)	29—30
Chapitre VI. Puissance paternelle (art. 9)	31—33
Chapitre VII. Tutelle (art. 33)	34—35
§ 1. Principes généraux applicables à la tutelle des étrangers (art. 10 et 11)	36—39
§ 2. Droits de l'autorité du pays d'origine (art. 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, art. 29, al. 1 et 2, 30)	40—47
Chapitre VIII. Régime matrimonial (art. 19, 20, 21, art. 31, al. 1, 2 et 3)	48—58
Chapitre IX. Droit successoral (art. 22, al. 1 et 2, art. 23, 24, 25, 26, 27)	59—67
Conclusion	68