

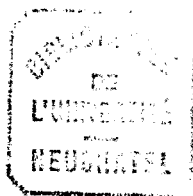
JEAN GUINAND

DOCTEUR EN DROIT

CHARGÉ D'UN ENSEIGNEMENT DE DROIT PRIVÉ A LA FACULTÉ DE DROIT
ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES DE L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

LES CONFLITS DE LOIS
EN
MATIÈRE DE CAPACITÉ

(étude comparative)



ÉDITIONS IDES ET CALENDES
NEUCHÂTEL 1970

**LES CONFLITS DE LOIS
EN MATIÈRE DE CAPACITÉ**

A Marlyse
A mes parents

INTRODUCTION

1. « On a trop pris l'habitude, écrit Niboyet, d'envisager le problème de la capacité comme s'il constituait un seul bloc, alors qu'il s'agit d'une institution aux aspects très divers »¹. Le terme général de capacité soulève en effet un délicat problème de délimitation. Il est donc essentiel, avant d'étudier les conflits de lois relatifs à la capacité, de clarifier cette notion. Nous procéderons ainsi à diverses distinctions et éliminations pour nous en tenir strictement aux conflits de lois en matière de capacité.

2. Relevons d'emblée l'emploi fréquent du terme « incapacité » de préférence à celui de « capacité »². Cela tient au fait que le juriste part toujours de l'hypothèse de l'individu pleinement capable. « La capacité est la règle, l'incapacité l'exception »³. Ainsi, le problème de la loi applicable à la capacité d'une personne ne se pose pratiquement que lorsqu'une question d'incapacité est en jeu.

3. « La capacité des personnes peut être considérée comme la répercussion de leur état sur l'exercice de leurs droits »⁴. L'état

¹ NIBOYET, *Traité*, t. V, n° 1540. Dans le même sens : BATIFFOL, n° 485.

² C'est essentiellement le cas des auteurs français. M. Louis-Lucas (« Le problème de la loi applicable à l'état et à la capacité des personnes », *Travaux*, VIII et IX^e années, Paris, 1951, p. 105) est même des plus catégoriques : « ...on sait que de la capacité il n'y a rien à dire : ce sont les incapacités qui doivent être considérées ». — Les manuels de droit civil français consacrent ainsi une partie spéciale aux « incapables ». Ils traitent dans cette partie de l'ensemble des institutions qui s'y rapportent : puissance paternelle, tutelle, interdiction, etc... Les ouvrages suisses et allemands comportent un chapitre spécial sur la « capacité ». Les questions de puissance paternelle, de tutelle, d'interdiction, etc... sont examinées dans des chapitres distincts. Quant aux Anglo-Saxons, ils ne consacrent un chapitre spécial ni à la capacité, ni aux incapacités. Ils n'en parlent que lorsque la question se pose à propos d'un acte déterminé.

³ MAZEAUD, H., L. et J., *Leçons de droit civil*, t. I, 3^e éd., Paris, 1965, n° 1243 ; RIPERT/BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. I, Paris, 1956, n° 2536.

⁴ BATIFFOL, *Capacité*, p. 4.

nous révèle la situation juridique de la personne. La capacité en détermine la puissance⁵. Il y a donc lieu d'opérer une première distinction entre l'état et la capacité des personnes⁶.

En second lieu, il faut distinguer la « capacité » du « pouvoir ». La capacité tend à la protection de la personne ; le pouvoir ne se rapporte qu'aux biens à propos desquels une personne peut être amenée à agir⁷. Mais le pouvoir a un sens plus large et se sépare de la capacité lorsqu'il permet de conférer à autrui le droit d'agir pour une autre personne ou de gérer ses intérêts⁸. Ainsi, la notion de pouvoir est double et ne représente qu'un aspect de la capacité. Son rattachement en droit international privé sera donc, en principe, différent de celui de la capacité⁹.

4. La notion même de capacité se présente sous deux aspects différents. La faculté d'être titulaire d'un droit ou d'une obligation : c'est la capacité de jouissance ; la faculté de créer, de modifier ou d'éteindre ce droit ou cette obligation par son propre comportement : c'est la capacité d'exercice¹⁰. Cette distinction doit, selon les cas, être présente à l'esprit lorsqu'on est amené à trancher un conflit de lois en matière de capacité.

La distinction entre les incapacités dites générales et les incapacités dites spéciales est plus importante. L'incapacité générale frappe la personne dans son ensemble ; l'incapacité spéciale ne vise que certains actes précis. Les deux notions n'ont donc pas le même fondement.

Il faut noter par ailleurs que, selon M. Batiffol¹¹, la distinction faite entre les incapacités générales et les incapacités spéciales coïncide avec celle faite entre les incapacités d'exercice et les incapacités de jouissance. Nous y reviendrons¹².

5. Il n'est peut-être pas inutile de donner également quelques renseignements d'ordre terminologique. Nous venons de constater que la langue française, bien que n'utilisant qu'un seul

⁵ V. LOUIS-LUCAS, *op. cit.*, p. 97.

⁶ Le droit international privé lie toutefois fréquemment les deux notions. Ex. : art. 3, al. 3 du code civil français : « Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français même résidant en pays étrangers ».

⁷ MARTY et RAYNAUD, *Droit civil*, t. I, 2^e vol., 2^e éd., Paris, 1967, n^o 497.

⁸ RIPERT/BOULANGER, *op. cit.*, n^o 2538.

⁹ V. FRANCECAKIS, *Rep. de dr. int.*, v^o *Capacité*, n^{os} 9 à 12.

¹⁰ V. MAZEAUD, *op. cit.*, n^o 1242.

¹¹ BATIFFOL, n^o 487; *Capacité*, p. 224.

¹² Sur ce point, v. *infra*, n^{os} 118 et s.

terme, celui de « *capacità* », opère de nombreuses distinctions. Il en est de même en italien avec le mot « *capacità* » et en espagnol avec celui de « *capacidad* ». La langue allemande est par contre beaucoup plus précise. La capacité de jouissance se dit « *Rechtsfähigkeit* » (art. 1 BGB), celle d'exercice « *Handlungsfähigkeit* ». De plus, elle utilise un terme propre pour chaque cas de capacité d'exercice, par exemple : « *Geschäftsfähigkeit* » (capacité contractuelle : art. 104 et suivants BGB), « *Prozessfähigkeit* » (capacité d'ester en justice : art. 52 du code de procédure), « *Deliktsfähigkeit* » (capacité délictuelle), « *Ehefähigkeit* » (capacité matrimoniale), « *Testierfähigkeit* » (capacité de tester), etc.¹³. Quant aux Anglo-Saxons, ils utilisent généralement le terme « *capacity* ». Ils en usent cependant plus fréquemment dans les deux cas de « *capacity to contract* » et de « *capacity to marry* »¹⁴.

6. S'agissant des questions à éliminer, on peut tout d'abord se demander s'il convient de consacrer une place spéciale au problème de la « *capacité des personnes morales* ». Nous ne le pensons pas. L'assimilation des personnes morales aux personnes physiques n'est en effet pas possible en matière de capacité¹⁵. Lorsqu'on se demande quelle est la « *capacité* » d'une personne morale, on pose le problème de la reconnaissance de sa personnalité et des droits qui s'y rattachent. Il s'agit, comme l'a dit Pillet, d'une question de jouissance des droits. La question est de savoir quels droits ont été accordés à la personne juridique¹⁶. Les problèmes que pose la « *capacité* » des personnes physiques sont différents.

Il est vrai pourtant que l'on utilise fréquemment le mot « *capacité* » en parlant des personnes morales. C'est sans doute pour une raison pratique, mais il est nécessaire de savoir qu'il

¹³ V. LAUTERBACH, « *Kommentar zum Einführungsgesetz, Art. 7-31* », note 3) ad art. 7, in PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 27^e éd., Munich, 1968.

¹⁴ V. par ex. : DICEY-MORRIS, *The Conflict of Laws*, 8^e éd., Londres, 1967, Rule 130, p. 744 et Rule 31, p. 254.

¹⁵ Il existe sur ce point une controverse doctrinale sur laquelle nous ne pouvons nous étendre. V. FRANCESCAKIS, *op. cit.*, n^o 13 et les auteurs cités; v. également : ABRAHAMS, *Les sociétés en droit international privé*, Liège, 1957, p. 50 et s.; LOUSSOUARN, « *La condition des personnes morales en droit international privé* », *Recueil*, 1959, t. 96, p. 447 et s., spécialement p. 534; SCHNITZER, *Handbuch*, t. I, p. 282; CAPOTORTI, *Cours*, p. 203-204.

¹⁶ PILLET, *Des personnes morales en droit international privé*, Paris, 1914, n^o 62.

est alors pris dans un sens différent¹⁷. La notion de « *capacité* » des personnes morales est par conséquent d'une autre nature que celle des personnes physiques¹⁸.

7. Et l'Etat ? Peut-il être question, en ce qui le concerne, de « *capacité* » ? Comme pour les personnes morales, il ne peut y avoir de « *capacité* » de l'Etat. La question s'est posée en France à propos de l'aptitude de l'Etat français à compromettre dans les rapports internationaux¹⁹. La Cour de cassation affirme qu'il ne s'agit pas là d'une question de capacité « au sens de l'article 3, alinéa 3 du Code civil ». Nous pensons aussi qu'il ne peut être question dans ce cas ni de capacité générale ni de capacité spéciale comme le laisserait peut-être entendre l'allusion à l'article 3 du Code civil. L'assimilation de l'Etat aux individus n'est en effet pas possible en cette matière. Il s'agit en fait de la question du pouvoir et de la compétence étatiques qui relèvent de l'Etat lui-même. Seule l'intervention du droit international public pourrait être envisagée. On ne peut donc parler de « *capacité étatique* »²⁰.

8. Ces diverses considérations nous permettent maintenant de délimiter plus clairement notre sujet. Il ne sera donc question que des personnes physiques et notre attention sera essentiellement portée vers leurs incapacités. Il s'ensuit que nous renonçons à aborder ici le problème général de la capacité de jouissance pour ne retenir que les questions touchant à sa restriction²¹.

¹⁷ PILLET (*op. et loc. cit.*) explique : « Cette façon de s'exprimer n'est pas défectueuse, mais elle peut prêter à équivoque ». — Parlant des personnes morales, EHRENZWEIG (*Conflict of Laws*, St Paul Minn., 1962, p. 413, § 146, note 1) observe : « *The term « capacity » is loosely used in this section...* ».

¹⁸ PILLET, *Traité de droit international privé*, vol. I, Paris, 1923, n° 252.

¹⁹ *Myrtoon Steamship Co.*, Paris, 10 avril 1957, *Revue*, 1958.120, note Loussouarn; J.C.P. 1957.II.10078, note Motulsky. — *San Carlo*, civ. 1ère, 14 avril 1964, *Revue*, 1966.68, note Batiffol. — *Galakis*, civ. 1ère, 2 mai 1966, *Revue*, 1967.553, note Goldman.

²⁰ Dans ce sens : v. GOLDMAN, *note précitée* et FRANCESCAKIS, *op. cit.*, n° 16. Dans un autre sens, voir les objections de MOTULSKY, *note précitée* et *Rep. de dr. int.*, v° *Procédure civile et commerciale*, n°s 35 à 40.

²¹ L'étude de la capacité générale de jouissance nous entraînerait à la fois dans le domaine du commencement et de la fin de la personnalité et dans celui de la condition des étrangers.

La distinction fondamentale dégagée plus haut²² nous amène ainsi à diviser notre étude en deux parties :

I^{re} PARTIE :

Les incapacités générales.

II^{me} PARTIE :

Les incapacités spéciales.

²² *Supra*, n^o 4.

PREMIERE PARTIE

Les incapacités générales

9. Cette première partie est consacrée à l'étude des incapacités générales d'exercice, c'est-à-dire de celles qui affectent l'ensemble de l'activité juridique d'une personne. Il ne saurait être question ici d'incapacité générale de jouissance. Une telle incapacité équivaldrait en effet à la mort juridique et à la négation de la personnalité¹. Elle serait de ce fait toujours considérée comme contraire à l'ordre public. Elle ne pourrait avoir, le cas échéant, qu'un effet purement territorial.

Nous partirons du principe, admis par de nombreux systèmes de droit international privé, de la soumission des incapacités générales à la loi personnelle. Nous en examinerons le fondement et les limites selon le plan suivant :

TITRE I. — Application de la loi personnelle aux incapacités générales.

TITRE II. — Restrictions à l'application de la loi personnelle normalement compétente.

¹ MARTY et RAYNAUD, *Droit civil*, t. I, 2^e éd., Paris, 1967, n^o 496 et n^o 499 *in fine*.

Titre I

APPLICATION DE LA LOI PERSONNELLE AUX INCAPACITES GENERALES

10. La soumission des incapacités générales à la loi personnelle découle du principe de l'application de la loi personnelle à la capacité. L'étude de ce principe fera l'objet d'un premier chapitre. Les diverses incapacités générales soumises à la loi personnelle seront analysées dans un second chapitre.

Chapitre premier. *Principe de l'application de la loi personnelle à la capacité*

11. La soumission de la capacité des personnes physiques à la loi personnelle provient du rattachement de la capacité au statut personnel¹, c'est-à-dire à la même loi qui régit l'état de la personne. Encore faut-il savoir quelle est cette loi, dite personnelle, applicable à l'état et à la capacité des personnes.

Ce chapitre est consacré à l'étude de ces deux questions.

Section I. — LE RATTACHEMENT DE LA CAPACITÉ AU STATUT PERSONNEL

12. Historiquement, le rattachement de la capacité au statut personnel remonte à l'école italienne du moyen âge. A cette époque, en effet, apparaît la notion de statut personnel par opposition à celle de statut réel. Balde plaçait alors dans le statut personnel la majorité, la *capacité* de contracter ou de tester et les donations entre époux².

13. C'est à Bertrand d'Argentré que l'on doit l'analyse systématique de la distinction entre le statut réel et le statut personnel³. Rappelons brièvement que, selon d'Argentré, toutes les coutumes sont réelles. Le statut n'est personnel que s'il règle l'état universel de la personne et s'il fait abstraction des biens⁴.

¹ L'expression « statut personnel » signifie ici l'ensemble des matières juridiques relatives à la personne. Il y a parfois confusion en ce sens que l'expression est aussi utilisée pour désigner la loi applicable aux qualités juridiques de la personne (sur cette ambiguïté, v. FRANCESCAKIS, *Rep. de dr. int.*, v^o *Statut personnel*, spécialement nos 1 à 5).

² V. BATIFFOL, n^o 217.

³ *Commentarii in consuetudines ducatus Britanniae*, Paris, 1613, Coutume de Bretagne, art. 218, Glose 6.

⁴ Pour une analyse complète de la théorie de d'Argentré en rapport avec la capacité, v. BATIFFOL, *Capacité*, p. 12 et s., spécialement p. 27 à 38.

Ce principe devait mener l'auteur breton à une contradiction devenue célèbre, ayant précisément trait à la capacité. Au n^o 8 de la Glose, d'Argentré affirme que la capacité du mineur d'aliéner ses immeubles se rattache au statut réel. Au n^o 47, se posant la question de savoir si un gentilhomme de moins de 25 ans, domicilié au Mans, a la capacité d'aliéner un immeuble situé en Bretagne, il arrive à la solution inverse. Dans ce cas en effet, il conteste la capacité du gentilhomme du Mans alors même que la coutume de Bretagne permet d'aliéner un immeuble dès l'âge de 20 ans. La coutume du Mans, qui empêche un mineur d'aliéner un immeuble avant l'âge de 25 ans, l'emportait donc sur la coutume du lieu de la situation de l'immeuble. Du statut réel, la capacité passait ainsi au statut personnel, même en présence d'une question relative aux biens.

Il est vrai que la contradiction de d'Argentré n'est peut-être qu'apparente. On pourrait, en effet, imaginer l'idée d'un cumul : pour pouvoir aliéner un immeuble, il faut être capable à la fois selon la loi réelle et selon la loi personnelle.

Néanmoins, les auteurs ne contestèrent plus sérieusement le rattachement de la capacité au statut personnel⁵. Il semble même qu'au XVIII^e siècle, elle en constituait l'élément essentiel⁶.

14. Si donc, la seconde condition posée par d'Argentré disparaît, la première demeure : le statut n'est personnel qu'autant qu'il règle l'état universel de la personne. On comprend ainsi pourquoi le code civil français a identifié le statut personnel à l'état et à la *capacité* des personnes⁷. Ces deux notions se rapportent en effet à l'ensemble de la personne et la concernent directement. Le statut personnel a donc une vocation universelle et repose sur le critère de la « permanence des lois concernant la personne comme telle »⁸.

Il en résulte que seule la capacité générale (d'exercice) — ou l'incapacité générale⁹ — rentre dans le statut personnel. En France, un arrêt des chambres réunies¹⁰ l'affirme avec force :

⁵ Niboyet (*Traité*, t. V, n^o 1531) parle d'une règle coutumière « admise dans son principe depuis les origines mêmes du droit international privé ». V. cependant, *infra*, n^{os} 15 et s.

⁶ FROLAND, *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts* (1729), chapitre V, paragraphe 3.

⁷ Code civil français : art. 3, al. 3; v. *supra*, n^o 3, note 5.

⁸ BATIFFOL, n^o 279.

⁹ A propos de cette distinction, v. *supra*, n^o 2, note 2.

¹⁰ Cass. Réun., 27 fév. 1817, S., 1817, 1^{re} partie, p. 289.

« ... le statut est personnel lorsqu'il règle directement et indéfiniment la capacité ou l'incapacité générale et absolue des personnes pour contracter ».

15. C'est bien l'ensemble de l'activité juridique de la personne que règle la capacité générale. Même si elle concerne les biens, elle se rapporte surtout à la condition même de la personne. Nous sommes par conséquent en présence d'une qualité qui doit être constante. La permanence constitue ainsi le critère déterminant du rattachement d'une matière au statut personnel.

Nous verrons cependant plus loin¹¹ que des considérations d'ordre pratique et résultant de la vie internationale mettent sérieusement en cause ce principe.

16. Contrairement à ce que croyait Niboyet¹², le rattachement de la capacité au statut personnel n'est pas universellement admis. Si les pays de « *civil law* » en acceptent le principe, ceux de « *common law* » le rejettent généralement.

17. Aux Etats-Unis, à l'exception de l'Etat de la Louisiane, la capacité n'est pas soumise à la loi personnelle¹³. Elle relève, le plus souvent, de la loi régissant l'acte juridique en cause¹⁴. En matière contractuelle, on lui applique la loi du lieu de la conclusion du contrat¹⁵. Selon M. Ehrenzweig¹⁶, il est maintenant généralement reconnu aux Etats-Unis qu'il ne devrait pas exister de règle générale relative à la capacité des personnes. Il propose de considérer dans chaque cas l'importance des intérêts en jeu pour désigner la loi applicable.

Pour les Américains, l'acte juridique l'emporte sur la personne. On sort ainsi du statut personnel.

18. La solution anglaise est par contre des plus incertaines. La plupart des auteurs en soulignent le manque de clarté¹⁷.

¹¹ *Infra*, nos 69 et s.

¹² *Op. et loc. cit.*

¹³ *Restatement*, art. 333; BEALE, *A Treatise on the Conflict of Laws*, vol. II, New York, 1935, p. 660; GOODRICH, *Handbook of the Conflict of Laws*, 4^e éd., St Paul, Minn., 1964, p. 313; RABEL, *The Conflict of Laws: a Comparative Study*, vol. I, 2^e éd., Ann Arbor, 1958, p. 197 et, s'agissant de la solution de l'Etat de la Louisiane, p. 200.

¹⁴ BEALE, *op. et loc. cit.*

¹⁵ V. BEALE, *op. cit.*, p. 1177 et les décisions citées. V. également, *infra*, n^o 72.

¹⁶ *A Treatise on the Conflict of Laws*, St Paul, Minn., 1962, p. 373.

¹⁷ CHESHIRE, *Private International Law*, 7^e éd., Londres, 1965, p. 200; GRAVESON, *The Conflict of Laws*, 5^e éd., Londres, 1965, p. 343.

Il n'existe aucune décision moderne en la matière¹⁸. Si l'on se rapporte cependant aux arrêts déjà anciens cités par la doctrine, on constate qu'ils sont le plus souvent contradictoires. Ils n'apportent pas de réponse explicite¹⁹. Il faut donc s'en remettre aux propositions des auteurs.

D'après Schmitthoff²⁰, les systèmes de *common law* ne connaissent pas de théorie générale de la capacité. Cette dernière varie selon l'acte juridique en cause : elle n'en est qu'un incident. L'auteur en déduit que la capacité n'est pas un aspect du statut général de la personne. M. Graveson n'est pas de cet avis²¹. La capacité est bien un incident du « *status* » de la personne. Les deux auteurs arrivent cependant à la même conclusion : la capacité n'est pas soumise à la loi personnelle²².

Les notions de « *status* » et de « *capacity* » sont analysées dans le traité de Dicey²³. Le *status*, selon ce dernier, dépend incontestablement de la loi personnelle. Mais ce principe ne répond pas pour autant à la question de savoir jusqu'où s'étendra la compétence de cette loi, eu égard à la capacité ou à l'incapacité de la personne par rapport aux actes juridiques. Dicey nous propose alors²⁴ de distinguer le « *status* », soumis à la loi personnelle, de la « *capacity* » soumise à la loi qui régit la transaction en cause. Cette dernière peut être ou ne pas être la loi personnelle.

Cependant, le principe selon lequel la capacité est soumise à la loi personnelle, est fermement soutenu par Wolff²⁵, lequel critique les opinions des auteurs cités ci-dessus. Il rappelle que c'est un principe dominant en Angleterre²⁶.

¹⁸ MORRIS, *Cases on Private International Law*, 3^e éd., Oxford, 1960, note K, p. 258.

¹⁹ Sur ce point, v. BARBEY, *Le conflit des lois en matière de contrats dans le droit des Etats-Unis et le droit anglais comparés au droit français*, Paris, 1938, p. 57 et s., où l'auteur classe et analyse les décisions en la matière.

²⁰ *The English Conflict of Laws*, 3^e éd., Londres, 1954, p. 280.

²¹ *Op. cit.*, p. 185-200; *Status in the Common Law*, Londres, 1954, p. 2 et 55-56 (à propos de cette étude, v. le compte-rendu de Mme Simon-Depitre in *Revue*, 1954, p. 643).

²² M. Cheshire (*op. cit.*, p. 200-201) rejette également l'application de la loi personnelle, mais son analyse porte essentiellement sur la capacité contractuelle. Sur ce dernier point, v. *infra*, n^o 72.

²³ DICEY-MORRIS, *The Conflict of Laws*, 8^e éd., Londres, 1967, p. 225.

²⁴ *Ibidem*, p. 229.

²⁵ *Private International Law*, 2^e éd., Oxford, 1950, p. 283.

²⁶ *Ibidem*, p. 280.

L'analyse jurisprudentielle de M. Clarence Smith²⁷ nous présente une situation assez confuse. L'auteur conclut cependant que, malgré les apparences, la loi personnelle conserve son importance en matière de capacité²⁸.

19. La situation est donc claire aux Etats-Unis ; elle est confuse en Angleterre. Qu'en est-il en Ecosse et au Canada ?

Le droit écossais résout le problème différemment selon que l'acte juridique en cause est, ou n'est pas, de nature commerciale²⁹. Dans le premier cas, la capacité échappe à la loi personnelle alors que, dans le second, elle y demeure soumise³⁰. Cette conception, nous le verrons plus loin³¹, n'est pas très éloignée de la tendance actuelle des pays de *civil law* en matière de capacité contractuelle.

Au Canada, la situation n'est pas la même qu'aux Etats-Unis. Dans la province de Québec, la capacité est soumise à la loi personnelle³². Dans les provinces de *common law*, la situation est la même qu'en Angleterre. On hésite entre la loi personnelle et la loi de l'acte juridique en cause³³.

20. Le principe du rattachement de la capacité au statut personnel est donc discuté. Nous tenterons, avant de clore ce chapitre, de faire le point de la situation actuelle du statut personnel³⁴. Il nous faut cependant dire d'abord quelle est la loi personnelle et brosser un rapide tableau des solutions en vigueur en matière de capacité.

Section II. LE CHOIX DE LA LOI PERSONNELLE APPLICABLE A LA CAPACITE

21. En raison du caractère universel de l'état et de la capacité des personnes, la loi personnelle qui les régit doit être stable.

²⁷ « Capacity in the Conflict of Laws : a Comparative Study », *International and Comparative Law Quarterly*, 1952, p. 446 et s.

²⁸ V. le compte-rendu de l'article précité in *Revue*, 1953, p. 213.

²⁹ FRASER, *Parent and Child*, 3^e éd., Edimbourg, 1906, p. 725.

³⁰ ANTON, *Private International Law*, Edimbourg, 1967, p. 199. (A propos de cet ouvrage, v. compte-rendu de M. Francescakis in *Revue*, 1968, p. 196).

³¹ *Infra*, n^{os} 69 et s.

³² Code civil de la province de Québec, art. 6, al. 4, MAKAROV, I, *Grande-Bretagne*, p. 37.

³³ CASTEL, *Private International Law*, Toronto, 1960, p. 205-206.

³⁴ *Infra*, n^{os} 29 et 30.

Il faut qu'elle puisse suivre l'individu dans tous ses déplacements. Deux lois ont paru répondre à ces exigences : la loi nationale et la loi du domicile. Le choix de l'une ou l'autre de ces lois est difficile. Il a donné lieu à de nombreuses discussions et controverses. Sans revenir sur cette question³⁶, il convient de signaler que la loi du domicile a été remplacée, dans les récentes Conventions de La Haye, par la loi de la résidence habituelle.

Il est donc intéressant d'examiner ici l'état actuel des solutions en rapport avec la capacité.

22. Le principe de la loi nationale découle de l'article 3, alinéa 3 du code civil français qui soumet l'état et la capacité des personnes à leur loi nationale³⁷. Cette disposition législative a été reprise telle quelle en Belgique, en République Dominicaine, au Luxembourg et à Monaco.

Le principe de la loi nationale a aussi été retenu, par exemple³⁷, en Allemagne³⁸, en Egypte³⁹, en Espagne⁴⁰, en Grèce⁴¹, en Hongrie⁴², en Italie⁴³, en Irak⁴⁴, au Japon⁴⁵, au Lichtenstein⁴⁶, à Madagascar⁴⁷, aux Pays-Bas⁴⁸, en Pologne⁴⁹, au Portugal⁵⁰, en Roumanie⁵¹, en Tchécoslovaquie⁵², en Yougoslavie et dans les

³⁶ A ce propos, v. BATIFFOL, n^{os} 378 et s. et les ouvrages cités par l'auteur.

³⁷ Paris, 13 juin 1814, S. 1815.2.67.

³⁷ Plusieurs des exemples cités ci-après sont tirés de l'ouvrage de M. MAKAROV, lequel date de 1953. Il n'est pas impossible que des changements dans les législations soient intervenus. Il nous a paru néanmoins intéressant de citer ces exemples.

³⁸ EGBGB, art. 7, MAKAROV, I, *Allemagne*, p. 5.

³⁹ Code civil, art. 11, MAKAROV, I, *Egypte*, p. 3.

⁴⁰ Code civil, art. 9, MAKAROV, I, *Espagne*, p. 9.

⁴¹ Code civil, art. 7, MAKAROV, I, *Grèce*, p. 5.

⁴² Décret concernant l'entrée en vigueur de la loi IV/1952 sur le mariage, la famille et la tutelle et contenant le règlement de certaines questions du droit de la personne, art. 42, MAKAROV, I, *Hongrie*, p. 7.

⁴³ Code civil, art. 17, *Revue*, 1946, p. 344.

⁴⁴ Code civil, art. 18, *Revue*, 1959, p. 182.

⁴⁵ Loi contenant les règles générales pour l'application des lois, art. 3, MAKAROV, I, *Japon*, p. 1.

⁴⁶ Code civil, art. 23, MAKAROV, I, *Lichtenstein*, p. 5.

⁴⁷ Ordonnance relative aux dispositions générales de droit interne et de droit international privé, art. 28, *Revue*, 1964, p. 310.

⁴⁸ Loi sur les dispositions générales pour la législation du Royaume, art. 6, MAKAROV, I, *Pays-Bas*, p. 3.

⁴⁹ Loi sur le droit international privé, art. 9, *Revue*, 1966, p. 323.

⁵⁰ Code civil, art. 31, *Revue*, 1968, p. 372.

⁵¹ Code civil, art. 2, MAKAROV, I, *Roumanie*, p. 1.

⁵² Loi sur le droit international privé et de procédure, art. 3, *Revue*, 1965, p. 614.

autres pays de l'Est à l'exception de l'URSS⁵³. Le principe de la loi nationale vaut également en Autriche⁵⁴ bien que l'article 34 du code civil général se réfère au domicile⁵⁵.

La capacité est soumise à la loi du domicile en Argentine⁵⁶, au Brésil⁵⁷, au Guatemala⁵⁸, en Israël⁵⁹, au Paraguay⁶⁰ et en Uruguay⁶¹.

23. En Amérique latine, hormis les pays cités ci-dessus, on applique un système mixte. Le Chili⁶², la Colombie⁶³, Costa Rica⁶⁴, l'Equateur⁶⁵, le Mexique⁶⁶, le Pérou⁶⁷, le Salvador⁶⁸ et le Venezuela⁶⁹ soumettent la capacité de leurs ressortissants à la loi nationale. Ils appliquent par contre le principe de la loi du domicile à l'égard des étrangers⁷⁰. Cette solution est celle de l'URSS⁷¹.

⁵³ V. SZASZY, « Private International Law in Socialist Countries », *Recueil*, 1964, t. III (113), p. 248.

⁵⁴ V. WALKER, *Internationales Privatrecht*, 5^e éd., Vienne, 1934, p. 90 et s.

⁵⁵ MAKAROV, I, *Autriche*, p. 5.

⁵⁶ Code civil, art. 6 et 7, MAKAROV, I, *Argentine*, p. 3; GOLDSCHMIDT, « La capacité en droit international privé argentin », *Revue*, 1954, p. 445.

⁵⁷ Loi d'introduction au code civil, art. 7, MAKAROV, I, *Brésil*, p. 5; DE CASTRO, « La capacité en droit international privé brésilien », *Revue*, 1953, p. 889.

⁵⁸ Loi constitutive du pouvoir judiciaire, art. XVII, MAKAROV, I, *Guatemala*, p. 16.

⁵⁹ V. SHAKI, « The Criterion « Domicile » and its Preference over the Criterion of Nationality in Israel Private International Law », *Studies in Israel Legislative Problems*, Jérusalem, 1966, p. 172 et s., spécialement, p. 175.

⁶⁰ Art. 6 et 7 du code civil argentin, v. *supra*, note 56.

⁶¹ Code civil, art. 2393, MAKAROV, I, *Uruguay*, p. 7.

⁶² Code civil, art. 17, MAKAROV, I, *Chili*, p. 3.

⁶³ Code civil, art. 19, MAKAROV, I, *Colombie*, p. 1.

⁶⁴ Code civil, art. 3, MAKAROV, I, *Costa Rica*, p. 3.

⁶⁵ Code civil, art. 14, MAKAROV, I, *Equateur*, p. 3.

⁶⁶ Code civil, art. 12, MAKAROV, I, *Mexique*, p. 7.

⁶⁷ Code civil, art. V, MAKAROV, I, *Pérou*, p. 1.

⁶⁸ Code civil, art. 15, MAKAROV, I, *El Salvador*, p. 1.

⁶⁹ Code civil, art. 9, MAKAROV, I, *Vénézuéla*, p. 1.

⁷⁰ V. NADELMANN, « The Question of Revision of the Bustamante Code », *American Journal of International Law*, 1963, p. 387. L'art. V du code civil du Pérou (*supra*, note 67) le prévoit expressément. Relevons que le Honduras (code civil, art. 13, MAKAROV, I, *Honduras*, p. 1) et le Panama (code civil, art. 5a, MAKAROV, I, *Panama*, p. 1), bien qu'ayant les mêmes dispositions législatives que les pays mentionnés ci-dessus, s'en tiennent toutefois au principe unique de la loi nationale (v. VALLADAO, « Le droit international privé des Etats américains », *Recueil*, 1952, t. 81, p. 52-53). Quant à la Bolivie (code civil, art. 3 et 4, MAKAROV, I, *Bolivie*, p. 3), elle a repris l'art. 3 du code civil français mais sans son troisième alinéa (sur la solution bolivienne, v. VALLADAO, *op. cit.*, p. 14 et s.). Il faut enfin relever la contradiction des textes du Nicaragua en matière d'état et de capacité : l'article VI du code civil (MAKAROV, I, *Nicaragua*, p. 3) soumet la capacité des nationaux à la loi de

Le droit des pays scandinaves ne contient pas de disposition générale sur la loi applicable à la capacité. Le Danemark, la Finlande, l'Islande, la Norvège et la Suède pratiquent un système mixte dans le sens contraire de celui des pays de l'Amérique latine. Pour les ressortissants scandinaves, on applique la loi du domicile⁷², alors qu'on soumet les étrangers à leur loi nationale⁷³. Cette solution est aussi celle de l'article 6, alinéa 4 du code civil de la province de Québec⁷⁴. Sans doute a-t-on recherché par là une harmonie internationale.

24. En Suisse, l'article 10 de la loi fédérale de 1881 sur la capacité civile (abrogée par l'article 60 du titre final du code civil) consacrait le principe de la loi nationale aussi bien pour les ressortissants suisses (alinéa 1) que pour les étrangers (alinéa 2). Aujourd'hui, la capacité de ces derniers est encore régie par leur loi nationale. On doit admettre, en effet, en vertu de l'article 34 LRDC⁷⁵, que l'article 10, alinéa 2 de la loi de 1881 est toujours en vigueur⁷⁶. L'alinéa premier ayant par contre définitivement disparu, la capacité des Suisses à l'étranger n'est plus régie par la loi de 1881. Elle relève maintenant de la règle générale de l'article 28 LRDC qui conduit à l'application du droit suisse chaque fois que, selon la législation de leur domicile étranger, ces Suisses ne sont pas régis par le droit étranger. Cette disposition, dont on ne peut pas dire qu'elle se comprend d'elle-même, a fait l'objet de nombreux commentaires et donné lieu à plusieurs déci-

leur domicile, alors que l'article 24 du code de procédure civile (MAKAROV, *ibidem*, p. 15) soumet l'état et la capacité des personnes à leur loi nationale. Il semble cependant que l'on ait opté pour la loi nationale (v. VALLADAO, *op. cit.*, p. 49).

⁷¹ V. SZASZY, *op. et loc. cit.*

⁷² Art. 14 et 17 de la Convention du 6 février 1931 entre le Danemark, la Finlande, l'Islande, la Norvège et la Suède, contenant certaines dispositions de droit international privé sur le mariage, l'adoption et la tutelle (MAKAROV, II, 231, p. 557).

⁷³ V. BATIFFOL, n° 385, note 14-16.

⁷⁴ MAKAROV, I, *Grande-Bretagne*, p. 37.

⁷⁵ L'article 34 LRDC réserve en effet les dispositions spéciales des traités et l'article 10, alinéa 2 et 3 de la loi fédérale sur la capacité civile, du 22 juin 1881. — Pour un commentaire de l'article 10 de la loi de 1881, v. MARTIN, « La capacité en droit international privé suisse », *Clunet*, 1883, p. 29 et s.

⁷⁶ Ce principe n'a pas été admis sans peine par les auteurs (v. SCHÖNENBERGER/JÄGGI, « Das Obligationenrecht », *Kommentar zum schweizerischen Gesetzbuch*, 3^e éd., vol. V 1 a, première livraison, Zurich, 1961, n° 140 et les auteurs cités; v. également notre *bibliographie*). Il est aujourd'hui consacré par une jurisprudence constante du Tribunal fédéral (v. par ex.: RO 82 II 169).

sions du Tribunal fédéral dont l'examen dépasse le cadre de cette étude⁷⁷.

25. Relevons cependant que, selon le Tribunal fédéral⁷⁸, l'article 28, chiffre 2 LRDC « signifie simplement que, pour les Suisses à l'étranger, le principe du droit national s'efface devant le principe du domicile, lorsque celui-ci est appliqué dans l'Etat du domicile »⁷⁹.

L'opinion contraire de M. Rathgeb⁸⁰ nous paraît toutefois préférable. Cet auteur considère en effet que, selon la disposition précitée, « les Suisses domiciliés à l'étranger sont régis par la loi qui leur est applicable en vertu de la règle de conflit étrangère ». Ainsi, la capacité d'un Suisse domicilié en Allemagne sera régie par le droit suisse en conformité avec la règle de conflit allemande. Par contre, la capacité d'un Suisse domicilié au Brésil sera régie par le droit brésilien, droit de son domicile, en vertu de la règle de conflit brésilienne⁸¹.

Cette solution n'est pas satisfaisante. La capacité d'un Suisse n'est en effet pas forcément régie par la même loi selon qu'il se trouve en Suisse ou à l'étranger. La règle de l'article 28 LRDC ne tient donc pas compte de la vocation universelle du statut personnel et rompt l'unité de la loi personnelle. Il aurait donc mieux valu reprendre l'ancienne disposition de la loi de 1881. Une nouvelle codification du droit international privé de la Suisse le permettra peut-être.

26. Divers traités, conventions et projets se préoccupent de la loi applicable à la capacité. L'article 27 du Code Bustamante⁸² et l'article 89 du Projet Frankenstein⁸³ soumettent la capacité

⁷⁷ Pour une synthèse de la doctrine et de la jurisprudence en la matière, v. RATGHEB, « La loi applicable aux Suisses à l'étranger en vertu de l'article 28, chiffre 2 de la loi fédérale du 25 juin 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour », *Festschrift Hans Lewald*, Bâle, 1953, p. 359 et a.

⁷⁸ *R. c. H.*, 3 avril 1952, RO 78 II 200, JT, 1953, p. 98.

⁷⁹ Le Tribunal fédéral rejette par là toute idée de renvoi intégral (voir l'arrêt cité au JT, p. 102). Il ne s'agit pour lui que d'une « règle de renvoi quant au fond ». Sur la question du renvoi, v. *infra*, n° 66.

⁸⁰ *Op. cit.*, p. 372.

⁸¹ Notons que, dans ces deux cas, la jurisprudence du Tribunal fédéral conduit au même résultat.

⁸² MAKAROV, II, 1, p. 11.

⁸³ *Projet d'un code européen de droit international privé*, Bibliotheca Visseriana, Leiden, 1950.

à la loi personnelle, laissant aux États le soin de désigner cette loi. Les articles premiers des traités de Montevideo de 1889 et de 1940⁸⁴ adoptent la loi du domicile. L'article 9 du traité de commerce de 1884 entre la Belgique et le Vénézuëla⁸⁵, l'article 2 du traité de 1903 entre la Colombie et l'Équateur⁸⁶ et l'article 2 du traité Benelux de 1951⁸⁷ consacrent le principe de la loi nationale. Il en est de même des nombreux traités signés entre les divers pays de l'Est⁸⁸ et des conventions de Genève en matière de lettres de change, de billets à ordre et de chèques⁸⁹.

Quant à la capacité des réfugiés et des apatrides, elle est régie par la loi du pays de leur domicile ou, à défaut, de leur résidence⁹⁰.

27. En matière de protection des incapables, la Conférence de La Haye de droit international privé a proposé, dès le début du siècle, d'admettre à titre subsidiaire l'application de la loi de la résidence habituelle. C'est le cas de l'article 3 de la convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs⁹¹ et des articles 3 à 7 de la convention de 1905 concernant l'interdiction et les mesures de protection analogues⁹². L'article 8 de cette dernière convention se rapporte à la capacité : « Lorsque l'interdiction a été prononcée par les autorités de la résidence habituelle, ... les

⁸⁴ MAKAROV, II, 2, p. 83 et II, 3, p. 97.

⁸⁵ MAKAROV, II, 43, p. 331.

⁸⁶ MAKAROV, II, 5, p. 119.

⁸⁷ *Revue*, 1951, p. 710 et s. Ce traité n'est pas en vigueur. Il n'a été ratifié que par le Luxembourg.

⁸⁸ V. MAKAROV, II, 14 à 28 f., p. 171 et s. A propos de ces conventions, v. MARKOFF, « Le règlement du statut personnel dans les traités conclus entre l'URSS et les démocraties populaires », *Revue*, 1966, p. 575 et s., spécialement p. 580 à 584.

⁸⁹ Convention du 7 juin 1930 destinée à régler certains conflits de lois en matière de lettres de change et de billets à ordre, art. 2, MAKAROV, II, 322, p. 761; convention du 19 mars 1931 destinée à régler certains conflits de lois en matière de chèques, art. 2, MAKAROV, II, 323, p. 766.

⁹⁰ Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés, art. 12, MAKAROV, II, 42, p. 329; convention du 28 septembre 1954 relative au statut des apatrides, art. 12, MAKAROV, II, 42a, p. 330/3.

⁹¹ MAKAROV, II, 257, p. 631. Cette convention lie actuellement l'Allemagne, la Belgique, l'Espagne, la Hongrie, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal, la Roumanie et la Suisse. Dans les rapports entre le Luxembourg, le Portugal et la Suisse, cette convention n'est plus applicable (v. *infra*, note 94).

⁹² MAKAROV, II, 44, p. 337. Cette convention lie actuellement l'Allemagne, la Hongrie, l'Italie, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal et la Roumanie.

effets de l'interdiction seront régis par la loi locale»⁹³. L'incapacité de l'interdit sera donc soumise à cette loi. On s'éloigne, mais à titre exceptionnel seulement, de la loi personnelle. La convention de 1961 sur la protection des mineurs⁹⁴ a cependant renversé la situation. Ne retenant la loi nationale qu'à titre subsidiaire, elle consacre le principe de l'application de la loi de la résidence habituelle⁹⁵. Aux termes de l'article 2 de la convention, cette dernière loi régit également les effets des mesures prises par les autorités compétentes, « tant en ce qui concerne les rapports entre le mineur et les personnes ou institutions qui en ont la charge, qu'à l'égard des tiers ». Doit-on admettre que cette disposition s'applique à la capacité ?

28. Pour répondre à cette question, il faut se référer aux travaux de la Conférence. On constate alors que l'article 2, alinéa 4 de l'avant-projet⁹⁶ affirmait que la convention ne s'appliquerait pas à la capacité. Au cours de la discussion⁹⁷, le terme « capacité » fut remplacé par ceux de « majorité » et d'« émancipation ». Le texte mentionné ci-dessus fut finalement adopté. Dans la discussion relative à cette dernière position, M. Holleaux, président de la commission, devait préciser : « ... la capacité du mineur demeure soumise à sa loi personnelle, ... seuls les pouvoirs du tuteur sont soumis à la loi de la résidence habituelle de l'enfant »⁹⁸. Le rapporteur, M. von Steiger, n'est pas aussi catégorique⁹⁹. Il explique que la disposition de l'alinéa 2 de l'article 2, quant aux effets externes, se rapporte essentiellement aux pou-

⁹³ L'article 9 dispose par ailleurs que dans ce cas, l'interdiction produira, en ce qui concerne la capacité de l'interdit, ses effets dans tous les pays contractants sans qu'il soit besoin d'exequatur. V. *infra*, n° 45.

⁹⁴ Texte in *Revue*, 1960, p. 685. V. Conférence de La Haye de droit international privé, *Actes et documents de la neuvième session*, tome IV, protection des mineurs, La Haye, 1961. Cette convention remplace la convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs. Elle est entrée en vigueur le 4 fév. 1969 et lie actuellement le Luxembourg, le Portugal et la Suisse (v. *Revue*, 1969, p. 198). Pour la Suisse, v. le message du Conseil fédéral du 4 mars 1966, *Feuille fédérale*, 1966, p. 357. La Convention est entrée en vigueur pour la Suisse le 4 fév. 1969, v. *Recueil officiel*, 1969, p. 191. — Pour une étude de cette convention, v. KROPHOLLER, *Das Haager Abkommen über den Schutz Minderjähriger*, Bielefeld, 1966.

⁹⁵ Art. 1, 2 et 4.

⁹⁶ *Actes et documents de la neuvième session*, t. IV, p. 14.

⁹⁷ Procès-verbal n° 4, *ibidem*, p. 92-93.

⁹⁸ Procès-verbal n° 7, *ibidem*, p. 144.

⁹⁹ Rapport explicatif, *ibidem*, p. 219 et s. Ce rapport équivaut à un véritable commentaire de la convention.

voirs de représentation, mais il ne dit rien de l'application de la convention à la capacité. Il précise cependant¹⁰⁰ que les dispositions de l'article 2 « ne portent pas atteinte au régime juridique auquel sont soumises d'autres matières qui ne font pas l'objet de la convention, telles que la capacité d'un mineur de se marier, de tester ou d'être adopté ».

La réponse n'est donc pas très claire, mais il semble bien que la capacité générale du mineur échappe aux règles de la convention¹⁰¹. L'intérêt de la question diminue si l'on considère que la convention ne s'applique qu'aux personnes mineures tant selon la loi de l'Etat dont elles sont ressortissantes que selon la loi de leur résidence habituelle¹⁰². Les mineurs soumis à la convention seront donc incapables selon les deux lois en concours. Seules les modalités de l'incapacité pourront varier d'une loi à l'autre¹⁰³.

Notons enfin que la convention de 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels¹⁰⁴ ne s'applique pas à la capacité des parties¹⁰⁵.

* * *

29. Puisque la permanence se trouve être le fondement du rattachement de la capacité au statut personnel, il a paru logique d'y faire entrer également la *protection des incapables*¹⁰⁶. Il s'agit là en effet d'une matière qui se rapporte essentiellement à la personne et qui doit pouvoir la suivre dans ses déplacements. L'intervention toujours plus fréquente des autorités administratives en cette matière¹⁰⁷ et la nécessité d'une protection efficace conduisent cependant de plus en plus à l'application de la loi du lieu où se trouve l'incapable à protéger. C'est ce que prescrit,

¹⁰⁰ Commentaire de l'article 2, *rapport explicatif*, p. 227.

¹⁰¹ Cela paraît résulter de l'ensemble des débats de la commission, des explications de son président et du sens des commentaires du rapporteur. Dans ce sens : KROPHOLLER, *op. cit.*, p. 73 et p. 159-160.

¹⁰² Art. 12 de la convention.

¹⁰³ V. *infra*, nos 132 et s.

¹⁰⁴ Texte in *Revue*, 1951, p. 725.

¹⁰⁵ Art. 5, chiffre 1 de la convention.

¹⁰⁶ V. BATIFFOL, nos 494 et s. Sur cette question, v. BREDIN, *Juris-classeur de droit international*, vol. V, Fasc. 545, nos 41 et s.; CAPOTORTI, *Cours*, p. 226 et s.; FRANCESCOAKIS, *Rep. de dr. int.*, v^o *Capacité*, n^o 24-25.

¹⁰⁷ V. à ce propos l'arrêt rendu en 1958 par la Cour internationale de justice (*Pays-Bas c. Suède*, C. I. J., *Recueil*, 1958, p. 55).

par exemple, la convention de La Haye sur la protection des mineurs¹⁰⁸.

Mais l'application de la loi personnelle à la capacité souffre en outre une importante exception en matière contractuelle¹⁰⁹.

30. Si l'état des personnes demeure l'élément essentiel du statut personnel, il y a lieu de croire, au vu de ce qui précède, que la capacité tend à s'en éloigner. M. Batiffol¹¹⁰ a même l'« impression que la capacité ne demeurera plus très longtemps dans le statut personnel ».

Nous pensons toutefois que la capacité doit demeurer soumise à la loi personnelle. Nous avons en effet constaté¹¹¹ que si la protection des mineurs est soumise conventionnellement à la loi de la résidence habituelle, leur capacité demeure soumise à la loi personnelle. Quant à l'exception en matière contractuelle, elle reste une exception bien délimitée¹¹².

Ces considérations nous permettent d'examiner maintenant quelles sont les incapacités soumises à la loi personnelle.

¹⁰⁸ V. *supra*, n° 27.

¹⁰⁹ Sur cette question, v. *infra*, n° 69 et s.

¹¹⁰ *La loi personnelle*, Cours à l'Institut des Hautes Etudes Internationales, Paris, 1966-67 (polycopié), p. 23.

¹¹¹ V. *supra*, n° 28.

¹¹² V. *infra*, n° 95.

Chapitre II. *Les incapacités soumises à la loi personnelle*

31. Seules les incapacités générales sont soumises à la loi personnelle¹. Si l'incapacité existe par rapport à un acte déterminé, ou si elle est édictée en raison de la situation juridique particulière d'une personne, elle n'est pas générale et ne relève pas de la loi personnelle². Par contre, si elle découle d'une situation ou de circonstances personnelles qui affectent l'ensemble de l'activité juridique de la personne, elle est alors générale et soumise à la loi personnelle³. Le critère déterminant réside ainsi dans le fondement de l'incapacité. L'existence de mesures de protection n'est qu'un indice car il existe des incapacités générales soumises à la loi personnelle qui ne font pas l'objet de telles mesures⁴.

32. Un important arrêt de la Cour de cassation française⁵ se réfère précisément au fondement de l'incapacité pour désigner la loi applicable. En 1931, dame Maria-Cristina de Borbon, alors mineure de 18 ans et de nationalité espagnole, signe un contrat de mariage avec le sieur Patino, de nationalité bolivienne. En 1955, dame Patino introduit devant les tribunaux français une action en nullité de son contrat de mariage. Elle invoque la loi espagnole, dont les règles sur la capacité n'ont pas été respectées, et obtient gain de cause en première et en seconde instance⁶. Dans son pourvoi, M. Patino fait valoir, entre autres moyens, que la capacité d'un mineur de passer un contrat de mariage est une capacité spéciale et que, par conséquent, elle doit être soumise à la loi du contrat. Selon cette dernière, en l'espèce

¹ V. *supra*, n° 14.

² C'est le cas des incapacités spéciales; elles font l'objet de la seconde partie de cette étude.

³ En ce sens : CAPOTORTI, *Cours*, p. 204; BATIFFOL, *Capacité*, p. 101.

⁴ V. *infra*, n° 44.

⁵ *Patino*, Civ. 1^{re}, 15 mai 1963, *Revue*, 1964.506, note Lagarde; *Clunet*, 1963.996, note Malaurie; J.C.P., 1963.II.13366, note Motulsky.

⁶ Tribunal civil de la Seine, 17 octobre 1956, J.C.P., 1956. II. 9688, note Bellet; Paris, 1^{er} juillet 1959, *Clunet*, 1960.428, note Ponsard.

la loi bolivienne désignée par les parties, l'action en nullité de dame Patino est prescrite. La Cour rejette cependant le pourvoi en considérant que « les règles habitant un mineur à la conclusion d'un contrat de mariage » ne sont qu'une « simple modalité de son incapacité générale de contracter, édictée comme celle-ci dans son seul intérêt et ressortissant à sa loi personnelle (en l'espèce espagnole) à la date du contrat ».

Le sens de l'arrêt est très clair. L'incapacité générale du mineur est soumise à sa loi personnelle parce qu'elle découle de son *état de minorité* et parce qu'elle est édictée dans *son seul intérêt*⁷.

33. Les incapacités soumises à la loi personnelle sont donc fondées sur un état de la personne. Ce sera, selon les cas, l'état de minorité ou l'état d'interdiction par exemple. Encore faut-il alors que l'incapacité ne soit édictée que dans l'intérêt de l'incapable et en vue d'assurer sa propre protection⁸. On retrouve ici le caractère universel du statut personnel.

C'est sur cette base que nous pouvons aborder la liste des incapacités soumises à la loi personnelle et les problèmes posés par l'application de cette loi.

Section I. L'INCAPACITE GENERALE DES MINEURS

34. L'incapacité du mineur protège celui qui, en raison de son jeune âge et de son inexpérience, ne peut agir seul. Cette protection s'exerce tant à l'égard des tiers qu'à l'égard du mineur lui-même. Il est donc essentiel qu'elle soit permanente. C'est la raison pour laquelle on la soumet, dans les rapports internationaux, à la loi personnelle, qui est la loi la plus stable.

La condition essentielle de cette incapacité réside dans l'état de minorité, lequel est aussi soumis à la loi personnelle. Or, la fin de la minorité — la majorité — et, par conséquent, la fin de l'incapacité, varie selon les pays.

Nombre d'entre eux fixent la majorité à 21 ans. L'Argentine l'a repoussée à 22 ans. En Suisse et au Japon, on est majeure dès

⁷ Dans ce sens, note Lagarde, *Revue*, 1964, p. 509.

⁸ Cette dernière condition permettra souvent de savoir si l'on est en présence d'une incapacité générale ou d'une incapacité spéciale (v. *infra*, n° 98).

20 ans. On l'est déjà à 18 ans en Allemagne de l'Est, en Angleterre, en Bulgarie, en Hongrie, en Inde, en Iran, en Roumanie, en Turquie, en Tchécoslovaquie, en URSS et en Yougoslavie. En Israël, la minorité prend fin à 13 ans pour les garçons et à 12 ans et demi pour les filles⁹.

35. L'incapacité générale des mineurs pose essentiellement une question de conflit mobile. Que va-t-il se passer en cas de changement de nationalité ou de domicile de la personne dont la capacité est en cause ? Pour répondre à cette question, il nous faut envisager les différentes situations qui peuvent se présenter.

36. Lorsque l'ancienne loi déclarait l'individu incapable et que la nouvelle le déclare capable, il n'y a pratiquement pas de difficultés. La nouvelle loi s'applique dès l'acquisition de la nouvelle nationalité ou du nouveau domicile. Elle s'applique à tous les actes accomplis dès le changement. Elle s'applique également aux actes conclus avant le changement mais non encore parachevés. Les actes définitivement conclus avant le changement demeurent en revanche exclusivement soumis à l'ancienne loi¹⁰. Ainsi, l'Allemand de 20 ans qui devient suisse sera considéré comme capable dès l'instant de son acquisition de la nationalité suisse. La seule question qu'un juge pourrait se poser dans ce cas serait celle de savoir si l'individu, dont la capacité est en cause, n'a pas acquis la nationalité suisse uniquement en vue d'éluider les règles allemandes sur la capacité. Dans cette hypothèse, il y aurait une fraude à la loi qui mettrait obstacle à l'application normale de la nouvelle loi¹¹.

37. Les difficultés surgissent lorsque la nouvelle loi considère comme incapable un individu qui, selon son ancienne loi, était pleinement capable. Dans ce cas, le juge saisi peut se trouver en face de trois situations distinctes. Pour être concrets, nous supposerons les cas suivants. Un juge allemand doit se prononcer sur la capacité d'un Russe de 18 ans devenu allemand. Un juge

⁹ Pour un tableau complet : v. KNAUBER, *Zur Reichweite des Art. 7 EGBGB*, Gaggenau, 1960, p. 30. Pour les textes de lois, v. BERGMANN, *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht*, 7 vol., 3^e éd., Francfort s/Main, 1965 (avec mises à jour périodiques).

¹⁰ V. BREDIN, *op. cit.*, n^o 36 et BARTIN, *Principes de droit international privé*, t. II, Paris, 1932, § 236, p. 48.

¹¹ Sur cette exception à la loi personnelle normalement applicable, v. *infra*, n^o 68.

suisse doit s'occuper de celle d'un Suisse de 20 ans devenu argentin. Enfin, un juge français est saisi du cas d'un Tchèque de 19 ans devenu français. Les trois juges devront dire s'ils tiennent compte de l'ancienne loi qui considérait ces trois jeunes gens comme pleinement capables.

38. La première espèce n'offre aucune difficulté au juge allemand. En vertu de l'article 7, alinéa 2 EGBGB, notre Russe de 18 ans est capable nonobstant la règle allemande qui fixe la majorité à 21 ans¹². L'article 7, alinéa 2 est ainsi libellé : « Si un étranger majeur ou dans la situation juridique d'un majeur acquiert la nationalité d'Empire, il conserve cette qualité, alors même qu'il ne serait pas majeur d'après la loi allemande ». La réponse est donc évidente.

Peu de systèmes juridiques connaissent une telle disposition. Les législations de l'Argentine¹³, de la Hongrie¹⁴, du Lichtenstein¹⁵, du Nicaragua¹⁶ et du Portugal¹⁷ possèdent cette règle¹⁸. Si les règles de la Hongrie et du Nicaragua sont générales, les autres sont toutes rédigées comme la règle allemande.

39. Une application analogique, voire extensive, de la règle de l'article 7, alinéa 2 EGBGB est-elle tout de même possible ? Peut-on appliquer la règle aux Allemands qui perdent leur nationalité ou aux étrangers qui acquièrent la nationalité d'un autre Etat ?

La doctrine allemande est très partagée. Pour Lewald¹⁹, l'ar-

¹² La question se pose fréquemment en Allemagne fédérale au sujet de la capacité des ressortissants de la République démocratique qui sont déjà majeurs à 18 ans. Un arrêt du Bundesverfassungsgericht (25 mai 1956, NJW, 1956.II.985) consacre le principe de la reconnaissance de la majorité acquise dans la zone est à l'âge de 18 ans. On s'était posé la question de savoir si la solution de l'Allemagne de l'Est n'était pas contraire à l'ordre public en raison de la situation politique des deux Allemagnes. La réponse fut négative.

¹³ Code civil, art. 139, MAKAROV, I, *Argentine*, p. 7.

¹⁴ Décret concernant l'entrée en vigueur de la loi IV/1952 sur le mariage, la famille et la tutelle et contenant le règlement de certaines questions du droit de la personne, art. 42, al. 2, MAKAROV, I, *Hongrie*, p. 7.

¹⁵ Code civil, art. 23, al. 2, MAKAROV, I, *Lichtenstein*, p. 5.

¹⁶ Code civil, art. VI, 2^o, MAKAROV, I, *Nicaragua*, p. 3.

¹⁷ Code civil, art. 29, *Revue*, 1968, p. 372.

¹⁸ De même l'art. 2 des traités de Montevideo. L'ancienne loi polonaise de même que l'ancienne loi tchèque connaissaient la règle. Il faut maintenant se référer à la théorie générale des conflits mobiles. C'est le cas pour les pays qui n'ont pas de règle législative.

¹⁹ *Das deutsche internationale Privatrecht*, Leipzig, 1931, p. 58.

ticle 7, alinéa 2 EGBGB n'est pas une règle de conflit mais une règle matérielle. Frankenstein²⁰ et Raape²¹ la considèrent bien comme une règle de conflit mais refusent d'en faire une application analogique. Enfin, MM. Arndt²² et Kegel²³ admettent une application analogique et extensive de la disposition en question.

40. Pour trancher la question qui lui est soumise, le juge suisse ne dispose que de l'article 5, alinéa 2 du titre final du code civil. Cette disposition, qui règle les conflits entre l'ancien et le nouveau droit privé, reproduit la règle mentionnée ci-dessus. Le problème est de savoir si elle peut être appliquée par analogie en droit international privé. Selon Beck²⁴, il ne fait aucun doute qu'il faut répondre par l'affirmative lorsqu'un étranger acquiert la nationalité suisse. Si donc notre Russe de 18 ans était devenu suisse, le juge helvétique, comme le juge allemand, l'aurait considéré comme capable. Mais, en ce qui concerne le cas que le juge suisse doit résoudre, Beck²⁵ estime que la règle ne peut être appliquée que lorsque la nouvelle loi personnelle la consacre également. En l'espèce, par conséquent, le Suisse devenu argentin est capable puisque le droit argentin²⁶ le considère aussi comme tel. Par contre, si le Suisse en question était devenu français, le juge suisse l'aurait considéré comme incapable.

41. Le droit international privé français rejette en effet la règle de la reconnaissance de la capacité acquise sous l'ancienne loi personnelle.

Pour le juge français donc, le Tchèque de 19 ans devenu français est incapable en vertu de sa loi nationale nouvelle qui

²⁰ *Internationales Privatrecht*, vol. I, Berlin, 1926, p. 426.

²¹ « Kommentar zum Einführungsgesetz », *Staudinger Kommentar*, vol. VI, 2^e partie, 9^e éd., Munich, 1931, B. II.1 ad art. 7 EGBGB.

²² « Einführungsgesetz Kommentar », *Erman Handkommentar zum BGB*, vol. II, 4^e éd., Munster, 1967, 4 ad art. 7 EGBGB.

²³ « Das internationale Privatrecht im Einführungsgesetz zum BGB », *Soergel-Siebert Kommentar zum BGB*, vol. V, 9^e éd., Stuttgart, 1961, 11 ad art. 7 EGBGB. V. aussi : AUBIN, « Anknüpfungsrückgriff im deutschen internationalen Familienrecht », *RabelsZ*, 1958, p. 660.

²⁴ *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*, vol. V, Schlusstitel, 2^e partie, Berne, 1932, remarques préliminaires ad art. 7 b LRDC, n^{os} 29 à 32.

²⁵ *Ibidem*, n^o 32.

²⁶ V. *supra*, n^o 38, note 13.

fixe la majorité à 21 ans. Les auteurs²⁷ considèrent que le changement de statut personnel constitue un tout. La capacité n'étant pas un droit acquis, elle doit être exclusivement soumise à la loi personnelle actuelle²⁸. Au surplus, selon M. Batiffol²⁹, même si la règle allemande est pratique, elle ne peut être retenue en France sans disposition législative.

Ainsi, le Français de 21 ans qui devient argentin devrait normalement être considéré en France comme incapable. Mais la question se pose de savoir si le juge français ne doit pas tenir compte de la législation argentine qui considérerait cette personne comme pleinement capable³⁰. A notre connaissance, la question ne s'est jamais posée devant les tribunaux français. Nous souhaiterions qu'elle soit résolue par l'affirmative.

42. Il est regrettable en effet que la solution des cas envisagés ci-dessus ne soit pas identique. Nous aurions préféré que les trois juges reconnaissent la capacité des personnes en cause.

A notre avis, il ne s'agit pas tant de reconnaître une capacité acquise sous l'empire de la loi ancienne que de respecter un état de majorité régulièrement acquis³¹. Et comme l'état de majorité met fin à l'incapacité, il n'y a plus alors qu'à constater l'entière capacité de la personne en cause³². Lorsqu'un individu est majeur, il ne peut plus redevenir mineur. *La majorité est un état définitif*. La capacité n'est par contre qu'un effet possible de la majorité. Pillet³³ a dès lors raison d'écrire que la capacité n'est jamais un droit acquis. Il n'est pas impossible, en

²⁷ BARTIN, *op. et loc. cit.*; PILLET, *Traité de droit international privé*, t. I, Paris, 1923, n° 250; NIBOYET, *Traité*, t. V, n° 1535.

²⁸ V. *supra*, n° 36.

²⁹ N° 493.

³⁰ V. *supra*, n° 38, note 13 pour la règle du droit argentin. — La même question se poserait au juge français s'il avait à juger de la capacité d'un Tchèque de 19 ans devenu allemand.

³¹ En ce sens : CAPOTORTI, *Cours*, p. 212; KEGEL, *op. et loc. cit.*; arrêt du 12 juin 1951 de l'Oberlandesgericht de Düsseldorf, NJW, 1951, p. 717, s'agissant d'un Allemand de l'Est de moins de 21 ans ayant obtenu la nationalité de l'Allemagne fédérale. — Soulignons que l'art. 7, al. 2 EGBGB et les dispositions précitées de l'Argentine, de la Hongrie et du Lichtenstein ne parlent que de l'acquisition de la majorité. Les autres dispositions citées mentionnent la capacité.

³² Il est vrai que Niboyet (*op. et loc. cit.*) considère que l'incapacité du mineur provient d'une situation d'incapable qui n'est pas un état.

³³ *Op. et loc. cit.*

effet, qu'un majeur redevienne incapable. Cette nouvelle incapacité aura cependant un autre fondement que l'état de minorité.

Section II. LES AUTRES INCAPACITES GENERALES SOUMISES A LA LOI PERSONNELLE

43. L'incapacité des majeurs est fondée sur un manque de discernement. L'article 13 du code civil suisse dispose : « Toute personne majeure *et* capable de discernement a l'exercice des droits civils ». Il ne suffit donc pas d'être majeur, il faut encore être capable de discernement. L'article 16 du même code précise que le discernement consiste en « la faculté d'agir raisonnablement ». Est dépourvu de cette faculté celui qui souffre de « maladie mentale, de faiblesse mentale, d'ivresse ou d'autres causes semblables »³⁴. Sont ainsi incapables les faibles d'esprit, les déments, les aliénés, les prodigues et tous ceux dont les facultés mentales sont déficientes. Leur incapacité est presque toujours sanctionnée par une mesure prévue par la loi. Ces mesures n'ont pour but que d'assurer la protection des personnes atteintes d'une altération de la volonté³⁵. On retrouve ici le même souci de protection qu'à l'égard des mineurs. La loi personnelle est donc applicable à ces incapacités.

44. En France, il n'existe pas de dispositions analogues à celles des articles 13 et 16 du code civil suisse. La loi ne connaît que les incapacités sanctionnées par des mesures³⁶ : les « incapacités légales », que l'on soumet sans contestation à la loi personnelle. La question se pose alors de savoir si l'incapacité dite « naturelle »³⁷ d'un déficient mental non interdit constitue une véritable incapacité ou si, au contraire, elle ne doit pas simple-

³⁴ D'autres législations possèdent de semblables dispositions : v. par ex. : art. 104, chiffre 2 BGB; art. 21, code civil général autrichien.

³⁵ A propos de ces mesures de protection, v. DUTOIT, « La protection des incapables majeurs en droit international privé », *Revue*, 1967, p. 465 et s.

³⁶ Art. 489 et s., code civil français.

³⁷ Sur la désignation « incapacités légales — incapacités naturelles », v. BATIFFOL, n° 488. Sur la situation en droit interne français des déficients mentaux non interdits, v. MARTY et RAYNAUD, *Droit civil*, t. I, 2^e vol., 2^e éd., Paris, 1967, n° 652 et s.

ment être considérée comme un vice du consentement³⁸. Dans cette dernière hypothèse, ce n'est plus la loi personnelle qui s'applique mais la loi régissant la formation de l'acte juridique en cause. La Cour de cassation a opté pour la première solution³⁹. L'insanité d'esprit, l'imbécillité, la démence « constituent des cas d'incapacité naturelle et non seulement des vices du consentement ». Ces incapacités sont donc soumises à la loi personnelle.

45. Le problème posé par les incapacités légales est essentiellement celui de la reconnaissance des décisions étrangères d'interdiction rendues à l'encontre de nationaux. Si M. Capotorti estime qu'elle est automatique⁴⁰, les tribunaux allemands ne l'entendent pas ainsi. Ce n'est que depuis 1955 qu'ils admettent l'effet en Allemagne de l'interdiction d'un Allemand prononcée à l'étranger⁴¹. Encore soumettent-ils cette reconnaissance à de nombreuses conditions⁴². Nous préférons la solution française : « Les jugements de toute déclaration d'exequatur, sauf le cas où ces jugements doivent donner lieu à des actes d'exécution matérielle sur les biens ou de coercition sur les personnes »⁴³. Cette recon-

³⁸ En Suisse, comme on l'a vu, cette incapacité est régie par les art. 13, 16 et 18 du code civil. Les vices du consentement font l'objet des art. 23 et s. du code fédéral des obligations. Sur le problème de qualification, v. *infra*, nos 61 et s.

³⁹ Civ. 1^{re}, 25 juin 1957, *Revue*, 1957.680, note Batiffol. V. également : Req., 26 déc. 1934, *Clunet*, 1936.166 et Colmar, 25 janv. 1926, *Revue juridique d'Alsace et de Lorraine*, 1926.263. — V. l'opinion contraire de M. Capotorti (*Cours*, p. 216).

⁴⁰ *Cours* p. 119. — V. également l'art. 9 de la Convention de 1905 sur l'interdiction et les mesures de protection analogues (*supra*, n° 25, note 93).

⁴¹ Bundesgerichtshof, 7 déc. 1955, *Revue*, 1957.453, note Makarov. Les tribunaux allemands admettaient déjà les effets de mesures d'interdictions étrangères s'agissant d'étrangers : v. RG, 24 oct. 1912, *Revue*, 1913.892 et les décisions citées dans la note.

⁴² Il faut en particulier que l'interdiction ne soit pas contraire aux bonnes mœurs ou au but d'une loi allemande, qu'elle soit fondée sur des faits qui, aux yeux de cette loi, constituent également une cause d'interdiction, qu'elle ait été prononcée, au moins en dernier ressort, par un tribunal composé de juges indépendants et à la suite d'une procédure réglementée par la loi et enfin que ses effets ne diffèrent pas sensiblement, au détriment de l'interdit, de ceux d'une interdiction allemande. En l'espèce, la décision d'interdiction, prononcée par les autorités suisses et confirmée par le Tribunal fédéral (arrêt non publié du 18 septembre 1947) a été reconnue.

⁴³ Req., 3 mars 1930, *Revue*, 1931.329, note Niboyet.

naissance suppose toutefois que le jugement étranger ne soit pas contraire à l'ordre public français⁴⁴.

46. Il est vrai que dans le cas d'un Français dément, il ne serait même pas nécessaire de se préoccuper du problème de la reconnaissance d'une décision étrangère d'interdiction. Un juge suisse, par exemple, pourrait se contenter de constater que la loi personnelle de la personne en cause la considère comme incapable⁴⁵ et que cette incapacité n'est pas contraire à l'ordre public suisse. Il en serait de même pour un juge allemand qui constaterait qu'un Suisse, dont la capacité est en cause, doit être considéré comme incapable en vertu des articles 13 et 16 du code civil suisse⁴⁶.

Dans ces deux cas cependant, l'existence d'une mesure d'interdiction prévaudra sur l'appréciation du juge saisi du problème de la capacité d'une personne, même au regard de sa loi personnelle.

47. Le changement de la loi personnelle ne pose pas les mêmes problèmes qu'en matière de minorité⁴⁷. C'est toujours la loi actuelle qui s'applique, comme le fait clairement ressortir le cas français suivant : un Autrichien, né et résidant en France, avait été doté, conformément à la loi autrichienne, d'un conseil judiciaire. Il partit pour les Etats-Unis et y obtint sa naturalisation. Il rentra plus tard en France pour y fixer son domicile. Au bout de cinq ans d'absence continue hors des Etats-Unis, il perdit sa nationalité américaine mais acquérait la nationalité tchécoslovaque en vertu des traités de paix. C'est alors que les tribunaux français durent se prononcer sur la validité d'un acte passé en France par la personne en question, après son retour des Etats-Unis et sans le concours du conseil judiciaire. La Cour de Limoges⁴⁸ admit la validité de l'acte : « Lorsqu'un conseil judiciaire a été donné par un tribunal français à un Autrichien, en conformité de son statut personnel, et que l'intéressé acquiert la nationalité des Etats-Unis sans fraude, la loi américaine régit désormais son état et sa capacité. Par suite, l'institution du conseil

⁴⁴ Sur l'ensemble de cette question de reconnaissance et d'effets des jugements étrangers en matière d'interdiction, v. BARTIN, *op. cit.*, § 237 à 240.

⁴⁵ V. *supra*, n° 44.

⁴⁶ V. *supra*, n° 43.

⁴⁷ V. *supra*, n° 35 et s.

⁴⁸ 26 juin 1939, *Revue*, 1939.461 et la note.

judiciaire qui était basée sur la loi autrichienne disparaît de plein droit »⁴⁹. L'arrêt fut confirmé par la Cour de cassation⁵⁰.

48. La Cour d'appel avait précisé par ailleurs que la fixation en France du domicile de l'intéressé pouvait tout au plus entraîner « la dation d'un nouveau conseil judiciaire, et non la survivance de l'ancien, sans aucun effet rétroactif ». Nous ajouterons que ce nouveau conseil judiciaire aurait dû respecter les dispositions de la loi personnelle de l'intéressé, soit, pendant les cinq premières années, la loi américaine, et ensuite, la loi tchèque. Sous réserve d'une fraude à la loi, la capacité est toujours régie, dans ces cas, par le nouveau statut personnel.

49. En plus des incapacités générales fondées sur un état de minorité ou sur l'absence de discernement, il existe des incapacités fondées sur une situation particulière de la personne. Nous pensons à l'incapacité du condamné et à celle de la femme mariée.

Les incapacités pénales⁵¹, en raison même de leur caractère, n'ont qu'un effet territorial. Elles ne sont pas soumises à la loi personnelle⁵².

L'incapacité de la femme mariée relève-t-elle de son statut personnel ? Nous ne le pensons pas car elle ne répond pas aux critères des incapacités soumises à la loi personnelle. De plus, elle n'est pas générale. C'est pourquoi nous étudierons cette incapacité spéciale dans notre seconde partie⁵³.

C'est également dans la seconde partie que nous étudierons le problème de la loi applicable aux aménagements des incapacités générales⁵⁴.

* * *

50. Dans le cadre de ce premier titre, il convient encore de se demander si la capacité demeure soumise à la loi personnelle lorsqu'un immeuble entre en jeu.

⁴⁹ L'institution du conseil judiciaire est inconnue du droit anglo-américain. Deux arrêts du Tribunal civil de la Seine (31 déc. 1910 et 6 mai 1911, *Revue*, 1911.348 et la note) arrivent à la même conclusion.

⁵⁰ Req., 11 nov. 1941, *Nouvelle revue de droit international privé*, 1943.97.

⁵¹ Sur ce point, v. HUGUENEY, « Des incapacités et déchéances en droit pénal international », *Revue*, 1909, p. 800 et s.; 1910, p. 378 et s.

⁵² V. BATIFFOL, n° 489.

⁵³ *Infra*, n°s 141 et s.

⁵⁴ *Infra*, n°s 132 et s.

Nous savons déjà⁵⁵ qu'en principe, le droit anglo-américain n'applique pas la loi personnelle à la capacité. En matière immobilière, les Anglo-Saxons opèrent une distinction. Pour la capacité relative aux transferts immobiliers, on applique la *lex rei sitae*. Par contre, pour la capacité contractuelle, même en présence d'un immeuble, on applique soit la loi du lieu de conclusion ou la *proper law* qui peut être ou ne pas être la *lex rei sitae*⁵⁶.

Dans les pays continentaux, en raison du rattachement de la capacité au statut personnel, on préfère s'en tenir à la loi personnelle, même en présence d'une question immobilière⁵⁷. L'unité de la loi applicable est ainsi sauvegardée⁵⁸. La capacité contractuelle, la possibilité d'un partage amiable, les formalités habilitantes à de tels actes demeurent soumises à la loi personnelle⁵⁹. Seul le régime des droits réels est soumis à la *lex rei sitae*⁶⁰.

51. En France, ce principe a été confirmé dans la célèbre affaire du *Château de Chambord*⁶¹. Il fut admis que, s'agissant du partage du domaine de Chambord, les intéressés gardaient « la liberté de disposer personnellement des droits indivis à eux attribués par la loi française et de procéder par convention amiable à la formation et à la distribution des lots, sous la seule condition que leur loi nationale leur donne capacité pour ce faire, ou que, en cas d'incapacité de certains d'entre eux, toutes les formalités habilitantes prescrites pour des cas pareils par leur loi nationale soient exactement remplies »⁶².

⁵⁵ V. *supra*, n^{os} 17 et s.

⁵⁶ DICEY-MORRIS, *Conflict of Laws*, 8^e éd., Londres, 1967, p. 521 et p. 530; décision de la Court of Appeal de 1909, *Bank of Africa v. Cohen*, *Revue*, 1911.118 et la critique de Morris in *Cases on Private International Law*, 3^e éd., Oxford, 1960, p. 323. — V. également, *Restatement of the Conflict of Laws*, 1934, art. 333, commentaire de la traduction française, Paris, 1938, p. 362 et s.

⁵⁷ V. *supra*, n^o 13.

⁵⁸ V. BATIFFOL, n^o 498.

⁵⁹ V. dans ce sens, Cour de cassation de Rome, 5 janvier 1906, *Clunet*, 1907.1205.

⁶⁰ Pour une étude détaillée de cette question, v. BATIFFOL, *Capacité*, p. 109 à 152.

⁶¹ Tribunal de Blois, 30 avril 1925 et Cour d'Orléans, 29 février 1928, *Revue*, 1929.614, note Niboyet; Civ., 13 avril 1932, *Revue*, 1932.549, conclusions Matter et observations Batiffol in *Revue*, 1934, p. 632.

⁶² V. également, civ. 1^{re}, 19 mai 1958, *Revue*, 1958.700, note Batiffol; civ., 13 juin 1960, *Revue*, 1961.540, note Jambu-Merlin. Sur la portée de ces arrêts, v. BATIFFOL, « Les chances de la loi nationale », *Liber Amicorum Baron Louis Frédéricq*, Gand, 1966, t. I, p. 151 et s., spécialement p. 154-155.

52. La solution suisse ne brille pas par sa simplicité. Si un étranger s'engage en Suisse, à propos d'un immeuble situé en Suisse, on applique la règle de l'article 7 b, alinéa 1 LRDC à sa capacité, c'est-à-dire la loi suisse⁶³. Par contre, s'agissant du même contrat passé à l'étranger, on applique la loi nationale de l'étranger⁶⁴. Cette même loi s'applique à la capacité relative à des immeubles situés à l'étranger⁶⁵. Quant à la capacité du Suisse à l'étranger, relative à une question immobilière, elle est régie par l'article 28, chiffre 1 LRDC⁶⁶ s'il s'agit d'un de ses immeubles situés en Suisse⁶⁷, c'est-à-dire par la loi suisse et par l'article 28, chiffre 2 dans les autres cas⁶⁸.

⁶³ A propos de cette règle, v. *infra*, n^{os} 73 et s.

⁶⁴ SCHNITZER, *Handbuch*, I, p. 282.

⁶⁵ Art. 7 b, al. 2 LRDC, v. *infra*, n^o 73.

⁶⁶ « 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... ».

⁶⁷ V. STAUFFER, *Das internationale Privatrecht der Schweiz*, Aarau, 1925, n^o 14 ad art. 28 LRDC.

⁶⁸ V. *supra*, n^o 24.

Titre II

RESTRICTIONS A L'APPLICATION DE LA LOI PERSONNELLE NORMALEMENT COMPETENTE

53. La théorie générale des conflits de lois restreint dans certains cas l'application de la loi normalement compétente. La capacité n'échappe pas à ces restrictions. Bien plus, on constate que les exceptions en matière de capacité sont plus nombreuses que dans d'autres domaines. Il existe, en effet, une restriction à la loi personnelle normalement compétente qui est propre au domaine de la capacité.

Ce titre est consacré à l'étude de ces deux catégories de restrictions.

Chapitre premier. *Restrictions dues à la théorie générale des conflits de lois*

54. Il existe, selon M. Francescakis¹, des conflits de lois au sens large et des conflits de lois au sens étroit. Les premiers se résolvent par la délimitation du domaine d'application des lois internes. La réglementation des relations internationales de droit privé par le jeu d'une règle de conflit résout les seconds. Le procédé est donc différent.

55. En partant du principe de l'application de la loi personnelle à la capacité, nous avons résolu un conflit de lois au sens étroit. Lorsque nous constatons qu'une disposition relative à la capacité résulte d'une loi qui délimite son propre champ d'application, nous résolvons un conflit de lois au sens large. Dans ce dernier cas, il est fait abstraction de la règle de conflit. Il y a donc, selon cette règle, une restriction à l'application de la loi personnelle en matière de capacité.

Il n'y a cependant aucune contradiction à appliquer l'une et l'autre méthode. Il nous paraît logique, au contraire, de se poser d'abord la question de savoir s'il existe des lois qui délimitent leur propre domaine d'application et de ne recourir à la règle de conflit qu'en cas de réponse négative. Le fonctionnement de la règle de conflit peut d'ailleurs entraîner d'autres exceptions.

Nous examinerons donc les exceptions entraînées par les deux procédés.

Section I. RESTRICTIONS ENTRAINEES PAR LES CONFLITS DE LOIS PRIS AU SENS LARGE

56. En fait, rares sont les lois qui contiennent une disposition expresse relative à leur champ d'application. Il existe cependant certaines catégories de lois dont on peut déterminer

¹ *Rep. de dr. int.*, v^o *Conflits de lois (principes généraux)*, n^{os} 64 et s.

le champ d'application. Il s'agit surtout des lois de droit public et des lois que l'on appelle en France « lois de police et de sûreté » et « lois d'ordre public ». La doctrine moderne les qualifie de « lois d'application immédiate »². Elles s'appliquent, en effet, sans passer par l'intermédiaire d'une règle de conflit.

En ce qui concerne notre sujet, il en est ainsi des incapacités pénales et, plus généralement, des incapacités dérivant du droit public³. C'est le cas également de certaines dispositions relatives à des capacités spéciales⁴.

Hormis les lois pénales et politiques, les lois de ce genre sont moins fréquentes en matière de capacité générale. Nous avons cependant trouvé dans la jurisprudence suisse un exemple qui nous paraît relever du conflit de lois au sens large.

57. Aux termes des articles 499 et suivants du code civil suisse, le testament public n'est valable qu'avec le concours de deux témoins. L'article 503 précise que les témoins qui n'ont pas l'exercice des droits civils (en d'autres termes, qui n'ont pas la capacité civile) ne peuvent concourir à la rédaction de l'acte⁵.

Le Tribunal fédéral⁶ eut à connaître d'une action en nullité fondée sur cette dernière disposition. L'un des témoins, âgé de 20 ans, était en effet italien. Le testament devait-il être déclaré nul en raison de la participation de ce témoin incapable aux yeux de sa loi personnelle, la loi italienne ? Le Tribunal fédéral a répondu par la négative en raisonnant de la manière suivante.

58. Selon le principe de l'article 34 LRDC, la capacité civile d'un étranger en Suisse est régie par sa loi nationale⁷. S'agissant d'un problème de droit successoral, l'exception prévue à l'article 7 b LRDC ne peut être retenue⁸. Conformément à la règle

² L'expression est due à M. Francescakis (*La théorie du renvoi*, Paris, 1958, p. 11 et s.); « Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflits de lois », *Revue*, 1966, p. 1 et s.; *Rep. de dr. int.*, v^o *Conflits de lois*, n^{os} 122 et s.). V. aussi GRAULICH, « Règles de conflits et règles d'application immédiate », *Mélanges Dabin*, Paris, 1963, p. 629 et s.

³ V. FRANCESCAKIS, *Rep. de dr. int.*, v^o *Capacité*, n^o 59.

⁴ V. *infra*, n^{os} 113 et s.

⁵ Relevons ici que l'article 980 du code civil français exige de plus que les témoins soient français. Il n'y a donc pas de conflit de lois possible. Il en résulte cependant une incapacité spéciale pour les étrangers : v. *infra*, n^o 113.

⁶ Arrêt du 8 novembre 1935, RO 61, II 318, JT, 1936, p. 217.

⁷ V. *supra*, n^o 24.

⁸ V. *infra*, n^o 73 et *infra*, n^{os} 85 et s.

de conflit relative à la capacité, il faudrait donc s'en tenir à l'application de la loi nationale de l'intéressé.

Pour affirmer le contraire, le Tribunal fédéral recherche la teneur et la portée de l'article 503 et tente d'en délimiter le domaine d'application. Selon lui, cette disposition règle la capacité de faire certains actes officiels et, avant tout, règle la capacité de l'officier instrumentant lors de la confection d'un testament public. Ces actes sont des actes officiels de juridiction gracieuse. Et le Tribunal fédéral en conclut qu'« il est conforme à la nature des choses d'admettre qu'il appartient exclusivement au droit suisse de réglementer la capacité de faire (même de façon purement occasionnelle) de tels actes officiels. Il faut interpréter l'article 503 en ce sens que les mots « exercice des droits civils » doivent s'entendre de l'ensemble des éléments qui constituent en droit suisse la capacité civile. En particulier, il est nécessaire mais suffisant que les témoins au testament public, qu'ils soient suisses ou étrangers, soient âgés de 20 ans au moins ».

Par conséquent, l'article 503 du code civil « ne règle pas un effet de droit privé de la capacité ». Il échappe dès lors « à l'influence des prescriptions du droit international privé sur la capacité civile ». Et le Tribunal fédéral ajoute : « Il n'est guère possible d'appliquer les règles du droit international à des actes officiels de juridiction gracieuse prévus par la loi nationale, dans la mesure où celle-ci subordonne la validité de l'acte à la capacité civile de celui qui l'exécute ».

59. Lorsque le Tribunal fédéral dit que l'article 503 échappe à l'influence des prescriptions du droit international privé sur la capacité, il faut entendre, en réalité, que l'article 503 échappe à la règle de conflit relative à la capacité.

Par l'analyse de la portée et du champ d'application de l'article 503, le Tribunal fédéral a résolu un conflit de lois au sens large. Pour employer la terminologie moderne, nous dirons que les prescriptions du droit suisse relatives à la capacité sont, dans le cadre de l'article 503 du code civil, d'*application immédiate*. Cette idée est d'ailleurs sous-jacente au raisonnement du Tribunal fédéral : « Les besoins de la juridiction gracieuse, conclut-il, exigent que la question de la capacité d'un témoin appelé à concourir à un acte puisse être résolue *rapidement* et *simplement* d'après

les éléments extérieurs »⁹. L'article 503 du code civil s'applique donc indépendamment de tout recours à une règle de conflit. Cette solution entraîne l'application du droit suisse à la capacité du témoin en question, alors que le principe général découlant de la règle de conflit aurait dû conduire à l'application de sa loi personnelle, en l'espèce, la loi italienne.

Section II. EXCEPTIONS OU RESTRICTIONS ENTRAINEES PAR LES CONFLITS DE LOIS PRIS AU SENS ETROIT

60. L'emploi de la règle de conflit entraîne également des restrictions à l'application de la loi normalement compétente.

On croit parfois être en présence d'un problème de capacité alors qu'il s'agit, en réalité, d'un autre problème. C'est pourquoi il faut d'abord déterminer la relation de droit privé qui est en cause pour savoir quelle règle de conflit il convient de lui appliquer. C'est le problème de la *qualification*.

Lorsque la règle fonctionne, on s'aperçoit parfois que la loi qu'elle désigne refuse de s'appliquer en désignant une autre loi. C'est le problème du *renvoi*.

Enfin, même désignée par la règle de conflit, la loi étrangère peut être écartée en raison de l'*ordre public* ou de la *fraude à la loi*.

Dans le conflit de lois au sens étroit, les exceptions ou restrictions interviennent donc à trois stades : avant, pendant et après le fonctionnement de la règle de conflit. Etudions l'incidence de ces exceptions ou restrictions sur l'application normale de la loi personnelle à la capacité générale.

⁹ On pourrait certes se demander s'il ne s'agit pas, en réalité, d'une question de forme soumise à la loi locale (v. dans ce sens : BATIFFOL, « Rapport explicatif », *Actes et documents de la IX^e session de la Conférence de La Haye de droit international privé*, tome III, p. 169). Si tel avait été le cas, le Tribunal fédéral ne se serait pas embarrassé d'un si long raisonnement. On retrouvera ce problème en ce qui concerne la qualification (*infra*, n° 63). Relevons encore qu'il ne s'agit pas non plus de l'abandon d'une coupure entre la loi applicable à la capacité et la loi applicable à la forme des actes : v. AUBERT, « Les contrats internationaux dans la doctrine et la jurisprudence suisses », *Revue*, 1962, p. 27; RO 78 II 74.

§ 1. *Qualification*

61. Un exemple caractéristique de qualification, relatif à une question de capacité, peut être tiré de la jurisprudence anglaise. Il s'agit de l'affaire *Ogden v. Ogden* jugée par la Court of Appeal¹⁰.

Un Français de 19 ans, domicilié en France, avait épousé en Angleterre une Anglaise qui y était domiciliée. Le mariage fut célébré sans que le Français ait obtenu l'accord de son père. Ce dernier obtint peu après des tribunaux français qu'ils prononcent la nullité du mariage. A la suite de cette décision, la femme contracta un nouveau mariage en Angleterre avec M. Ogden, Anglais domicilié en Angleterre.

L'espèce concerne l'action en nullité de mariage introduite par M. Ogden, fondée sur le fait qu'au moment de son mariage, la première union de sa femme existait encore. La juridiction anglaise lui a donné raison.

62. La capacité du premier mari pour contracter mariage aurait dû être soumise à sa loi personnelle. En l'espèce cette loi était la loi française, loi nationale et loi du domicile de l'intéressé. La règle de conflit française, aussi bien que la règle de conflit anglaise, conduisait à cette loi. Aux termes de la loi française, le premier mariage était effectivement nul¹¹.

Se référant au droit anglais, la juridiction anglaise a cependant admis la validité du mariage. On pourrait penser qu'elle l'a fait en soumettant la *capacité* de contracter mariage à la loi du lieu de célébration¹². En réalité, la loi anglaise fut déclarée compétente en vertu du principe de la soumission des questions de *forme* à la loi du for. Les juges anglais ont considéré en effet que le défaut de consentement du père n'était pas une question de capacité mais relevait de la validité formelle du mariage. Sur ce dernier point, seule l'application de la loi anglaise pouvait être envisagée.

¹⁰ 18 nov. 1907, *Revue*, 1908.478. V. à propos de cette décision : CHESHIRE, *Private International Law*, 7^e éd., Londres, 1965, p. 48; DICEY-MORRIS, *The Conflict of Laws*, 8^e éd., Londres, 1967, p. 19 et s.; GRAVESON, *The Conflict of Laws*, 5^e éd., Londres, 1965, p. 50.

¹¹ Art. 148 et 183 du code civil français.

¹² V. *supra*, n^o 18.

Par cette qualification, la juridiction anglaise écartait la loi personnelle normalement applicable à la capacité¹³.

63. Le conflit de qualifications relatif à la capacité générale est donc celui entre la forme et le fond. Selon que la qualification est de forme ou de fond, la loi applicable n'est pas la même. Il paraît intéressant, à cet égard, de relater ici les difficultés soulevées par la rédaction de l'article 5 de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires¹⁴. Cet article est rédigé comme suit :

« Aux fins de la présente convention, les prescriptions limitant les formes des dispositions testamentaires admises et se rattachant à l'âge, à la nationalité ou à d'autres qualités personnelles du testateur, sont considérées comme appartenant au domaine de la forme. Il en est de même des qualités que doivent posséder les témoins requis pour la validité d'une disposition testamentaire. »

De la sorte, la qualification est de forme. Il n'empêche cependant que le libellé de cette disposition peut prêter à confusion. Les auteurs de la convention en ont eu conscience. Au cours de la discussion, ils ont affirmé, avec vigueur, que l'article 5 ne se référait pas à la capacité. M. Batiffol¹⁵ explique : « Il importe de spécifier que les prescriptions visées sont seulement celles qui lient la prohibition d'une certaine forme de testament à des qualités personnelles telles que la nationalité ou l'âge : l'article 5 ne soumet nullement la capacité d'un mineur en matière de testament à la loi qui régit la forme. Il vise exclusivement les règles de forme liées à une qualité personnelle qui peut être la minorité ».

¹³ Bien que la doctrine ait vivement critiqué cette décision (v. en particulier les auteurs cités ci-dessus, note 10), la jurisprudence anglaise s'y réfère encore aujourd'hui : v. *Lodge v. Lodge*, Probate, Divorce and Admiralty Division, 20 mai 1963, *Clunet*, 1965.436.

¹⁴ Texte in *Revue*, 1960, p. 682-685. V. *Actes et Documents de la IX^e session de la Conférence de La Haye de droit international privé*, tome III : *Forme des testaments*, en particulier le rapport explicatif de M. Batiffol, p. 159 et s.; pour les discussions relatives à l'article 5, v. p. 95-100 et p. 122-126. — Cette convention est actuellement en vigueur entre l'Allemagne, l'Autriche, la France, la Grande-Bretagne, le Japon, la Yougoslavie et l'Irlande (v. *Revue*, 1969, p. 198).

¹⁵ « Rapport explicatif », *op. cit.*, p. 168.

64. Les circonstances de chaque cas d'espèce diront donc si l'on est en présence d'une question de forme tombant sous l'article 5 ou d'une question de capacité testamentaire laissée à la règle de conflit des Etats.

S'agissant des qualités des témoins requis pour la validité d'une disposition testamentaire, les auteurs de la convention ont renoncé à se prononcer sur la qualification à donner à une prescription légale exigeant que les témoins soient majeurs¹⁶.

L'article 11 du projet de loi uniforme sur la forme des testaments de l'Institut international pour l'unification du droit privé¹⁷ soumet la capacité des témoins à la « loi interne du lieu où le testament est reçu ».

Nous préférons, quant à nous, l'interprétation que nous avons donnée de la décision du Tribunal fédéral concernant l'application de l'article 503 du code civil suisse¹⁸.

§ 2. Renvoi

65. La diversité des solutions relatives à la loi applicable à l'état et à la capacité des personnes¹⁹ est à l'origine des conflits de lois dits négatifs. Un juge français chargé de statuer sur la capacité d'un Argentin de 21 ans, domicilié en France, appliquera la loi française par renvoi de la loi argentine qui soumet la capacité à la loi du domicile²⁰. La loi nationale désignée par la règle de conflit française est ainsi évincée au profit de la loi du domicile. C'est la théorie du renvoi que nous nous bornons à rappeler ici pour mémoire. L'étude des problèmes qu'elle pose dépasserait le cadre de notre étude²¹.

66. Relevons que l'article 2 des Conventions de Genève en matière de lettres de change, de billets à ordre et de chèques²²

¹⁶ V. BATIFFOL, *ibidem*, p. 169.

¹⁷ U.D.P. 1966, Et/XLIII, Doc. 30.

¹⁸ V. *supra*, n° 59.

¹⁹ V. *supra*, nos 21 et s.

²⁰ V. *supra*, n° 22.

²¹ Pour un exemple relatif à la capacité d'un mineur de contracter mariage sans l'autorisation de ses parents, v. Trib. de Grande Instance de la Seine, 10 janv. 1962, *Gazette du Palais*, 1962.284 et la note. V. aussi Trib. civ. de Nice, 11 nov. 1912, *Clunet*, 1914.204. — Pour une analyse récente de la théorie générale du renvoi, v. FRANCESCOAKIS, *Rev. de dr. int.*, v° Renvoi.

²² V. *supra*, n° 26, note 29.

consacre le principe du renvoi. En effet, si la loi nationale normalement compétente en matière de capacité d'une personne pour s'engager par lettre de change, billet à ordre ou chèque « déclare compétente la loi d'un autre pays, cette dernière loi est appliquée ». Cette disposition consacre donc aussi bien le renvoi à la *lex fori* que le renvoi à une autre loi.

Cette règle, qui a été insérée dans la législation suisse²³, déroge ainsi à la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'article 28, chiffre 2 LRDC²⁴.

§ 3. *Ordre public et fraude à la loi*

67. Nous avons vu²⁵ que l'incapacité générale de jouissance était considérée comme contraire à l'ordre public. Elle équivaudrait, en effet, à la mort civile. Une telle conséquence porterait atteinte aux principes fondamentaux des régimes juridiques qui garantissent la personnalité juridique à tous les individus²⁶. On écartera donc la loi personnelle désignée par la règle de conflit si cette loi contient de telles dispositions. De même, on éliminera une loi qui fonderait une incapacité sur une discrimination raciale, ethnique ou religieuse. La question se pose également au sujet de la nature des incapacités prononcées pour des raisons politiques²⁷.

68. Lorsqu'un incapable change de loi personnelle uniquement en vue d'échapper à son incapacité, il y a fraude à la loi²⁸. C'est le cas, par exemple, de prodiges ou d'interdits qui cherchent à se soustraire aux mesures de protection de leur loi nationale ou de la législation de leur domicile. Ils tentent par là d'échapper aussi à leur incapacité²⁹. Dans ces cas, le juge saisi ne tiendra pas compte de la nouvelle loi. Il écartera donc la loi personnelle nouvelle, normalement compétente.

Il y a lieu cependant d'ajouter, qu'en cette matière, la fraude à la loi se heurte à d'importantes difficultés de preuves.

²³ Article 1086 du Code fédéral des obligations.

²⁴ V. *supra*, n° 25. Il faut noter cependant que la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de renvoi est flottante. V., par exemple, RO 80 I 427 et 81 II 391.

²⁵ V. *supra*, n° 9.

²⁶ Pour une définition suisse de l'ordre public, v. RO 88 II 3.

²⁷ Sur ce point, v. NIBOYET, *Traité*, t. III, n° 956.

²⁸ V. *supra*, n° 36 *in fine* et n° 48.

²⁹ V. DAYANT, *Rep. de dr. int.*, vo *Conseil judiciaire*, n° 13 et les décisions citées.

Chapitre II. *Restriction propre au domaine de la capacité*

69. Lorsque, dans une transaction, l'une des parties se trouve être incapable selon sa loi personnelle mais capable selon la loi du lieu où elle agit, l'application stricte du principe de la soumission de la capacité à la loi personnelle conduit à un résultat lourd de conséquences pour l'autre partie. Supposons, par exemple, qu'un Autrichien de 20 ans achète un certain nombre de montres dans un magasin de Zurich. Conformément à la règle de conflit relative à la capacité, cet Autrichien pourrait, après coup, exciper de son incapacité au moment de la conclusion du contrat et en refuser l'exécution.

Or, la plupart du temps, le vendeur ignore non seulement la nationalité ou le droit national, mais aussi l'âge de l'acheteur.

S'agissant de l'erreur sur l'âge, le vendeur pourra toujours invoquer, selon le droit purement interne, la théorie générale de la protection de la bonne foi. Mais, pour éviter les fâcheuses conséquences de l'erreur ou de l'ignorance quant à la nationalité du cocontractant, les auteurs, la jurisprudence et certaines législations ont dû proposer et créer une restriction à la compétence normale de la loi personnelle propre au domaine de la capacité.

On parle dans ces cas de la théorie de l'« *intérêt national* », de la « *capacité apparente* »¹ ou de l'« *ignorance excusable de la loi étrangère* »².

Voyons d'abord les diverses solutions adoptées. Nous tenterons ensuite d'en faire une synthèse.

Section I. SOLUTIONS ADOPTÉES

70. L'analyse complète du problème remonte au traité de Demolombe³. L'obligation d'un mineur étranger ayant contracté

¹ V. NIBOYET, *Traité*, t. V, n° 1538.

² V. BATIFFOL, n° 491.

³ *Cours de code Napoléon*, vol. 1, Paris, 1869, n° 102.

en France avec un Français est-elle valable ? C'est la question que l'éminent auteur se pose. Dans sa réponse, il maintient avant tout « la règle que les lois personnelles suivent les étrangers dans notre pays ». En principe donc, l'obligation envisagée n'est pas valable. Mais, ajoute Demolombe, le Français « sera admis à prouver que sa bonne foi a été trompée, ... qu'il n'a pas agi avec légèreté, avec imprudence et, qu'au contraire, l'étranger a cherché à l'induire en erreur ». C'est la conséquence du fait que, selon lui, « si l'application de la loi personnelle étrangère devait compromettre un intérêt français, même privé, nous ne devrions pas l'admettre »⁴.

L'auteur limite cependant le domaine d'influence de l'exception. Il l'admet lorsqu'il s'agit « d'obligations contractées pour fourniture d'aliments, de marchandises à l'usage de la personne ou même pour loyers de maison, etc... ». Par contre, s'il s'agit de « contrats plus importants, de vente d'immeubles, d'emprunts d'argent, consentis par l'étranger », Demolombe se montre beaucoup plus exigeant envers le Français. Dans ces cas, il incombe à ce dernier de se renseigner et d'être diligent. Il lui sera donc plus difficile de démontrer qu'il a été trompé et qu'il n'a pas agi avec légèreté ou imprudence.

71. La Cour de cassation française avait sans doute lu Demolombe lorsqu'elle rendit sa décision dans l'affaire *Lizardi*⁵. Un Mexicain, âgé de 23 ans, majeur et capable selon la loi française, mais mineur et incapable selon sa loi personnelle (la loi mexicaine fixait la majorité à 25 ans), avait souscrit certains effets de change en paiement de bijoux achetés chez un commerçant parisien. Poursuivi en paiement, il invoquait la nullité de ses actes en raison de son incapacité. La Cour de cassation le condamna cependant à payer aux motifs que « dans ce cas, le Français ne peut être tenu de connaître les lois des diverses nations et leurs dispositions concernant notamment la minorité, la majorité et l'étendue des engagements qui peuvent être pris par les étrangers dans la mesure de leur capacité civile⁶ ; qu'il suffit alors, pour la validité du contrat, que le Français ait traité *sans légèreté, sans imprudence et avec bonne foi* ».

⁴ D'où l'expression « théorie de l'intérêt national », depuis lors contestée par les auteurs (v. BATIFFOL, n° 491, note 9).

⁵ Req., 16 janv. 1861, S. 1861. I. 305, note Massé.

⁶ D'où l'expression, proposée par M. Batiffol, d'« ignorance excusable de la loi étrangère » (op. et loc. cit.).

Ce principe, suivi depuis lors par la jurisprudence⁷, était repris à l'article 29 du projet de Code de droit international privé élaboré par la Commission française de réforme du code civil⁸.

72. Bien qu'ayant adopté le code Napoléon et, par conséquent son article 3, la Belgique ne semble pas vouloir admettre cette dérogation à la loi nationale normalement compétente⁹.

Aux Etats-Unis, la jurisprudence applique la loi du lieu de conclusion à la capacité en matière contractuelle¹⁰.

Nous savons¹¹ qu'en Angleterre, la situation n'est pas très claire. On doit admettre cependant qu'en matière contractuelle, la capacité échappe à la loi personnelle, en tout cas lorsqu'on est en présence d'un étranger contractant en Angleterre, incapable selon sa loi personnelle mais capable selon la loi anglaise¹².

Le principe de l'arrêt *Lizardi* n'est cependant pas resté dans le domaine jurisprudentiel. On le retrouve, plus ou moins modifié, dans de nombreux textes.

73. L'article 7, alinéa 3 EGBGB est libellé de la manière suivante :

⁷ V. Bordeaux, 11 avr. 1906, *Revue*, 1907.577; Lyon, 30 avr. 1907, *Revue*, 1908.630; Paris, 22 juil. 1933, *Revue*, 1935.424, note Niboyet; Chambéry, 29 janv. 1934, *Revue*, 1935.133, note Caleb et, plus récemment : Trib. de la Seine, 12 juin 1963, *Revue*, 1964.689, note Batiffol. — V. également la prétendue application du principe à la « capacité » de l'Etat pour compromettre (MOTULSKY, *Observations sous Paris*, 10 avr. 1957, J.C.P., 1957. II. 10078).

⁸ *Revue*, 1950, p. 115 : « Le contrat passé en France par un étranger, incapable d'après la loi étrangère compétente, mais capable selon la loi française, est valable dès l'instant où il a été conclu sans imprudence par une personne qui a ignoré cette incapacité ».

⁹ V. GRAULICH, *Principes de droit international privé*, Paris, 1961, n° 106; DUTOIT, « La protection des incapables majeurs en droit international privé », *Revue*, 1967, p. 495. — V. aussi : *Conr de Gand*, 15 déc. 1908, *Revue*, 1911.504.

¹⁰ V. *supra*, n° 17; *Restatement*, art. 333; BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, Paris, 1938, n° 365-366. La même solution a été adoptée par la Cour suprême de l'URSS (décision du 10 fév. 1931, *Revue*, 1934.741, note Nolde).

¹¹ V. *supra*, n° 18 et s.; CHESHIRE, *International Contracts*, Glasgow, 1948, p. 45 et s.

¹² V. CHESHIRE, *Private International Law*, 7^e éd., Londres, 1965, p. 200. L'auteur anglais propose cependant d'appliquer la « *proper law* » et non la « *lex loci contractus* » (*ibidem*, p. 200). — V. aussi BATIFFOL, *op. cit.*, n° 368. — Sur la solution écossaise, v. *supra*, n° 19.

« Si un étranger passe en Allemagne un acte juridique pour lequel il est incapable ou n'a qu'une capacité restreinte, il est réputé capable pour cet acte, en tant qu'il le serait d'après la loi allemande... »¹³.

Cette disposition a été reprise en Suisse à l'article 7 b LRDC :

« Les étrangers qui ne possèdent pas l'exercice des droits civils et qui font des actes juridiques en Suisse ne peuvent y exciper de leur incapacité si, aux termes de la loi suisse, ils étaient capables à l'époque où ils se sont obligés »¹⁴.

On retrouve les mêmes dispositions, par exemple, à l'article 9 du code civil grec¹⁵, à l'article 17, chiffre 2 des dispositions préliminaires du code civil italien¹⁶, à l'article 3, alinéa 2 de la loi japonaise contenant les règles générales pour l'application des lois¹⁷, à l'article 24 du code civil du Lichtenstein¹⁸.

74. Selon toutes ces dispositions, le principe ne s'applique cependant pas « aux actes rentrant dans le droit de la famille et des successions, ni aux actes de disposition sur un immeuble situé à l'étranger »¹⁹.

L'article 42 du décret hongrois déjà cité²⁰ restreint l'application du principe aux « actes juridiques d'intérêt matériel conclus pour satisfaire les besoins ordinaires de la vie quotidienne ».

Les codes civils de l'Égypte²¹, de l'Irak²² et de la Syrie²³

¹³ Sur cette disposition, v. les ouvrages généraux de la doctrine allemande cités dans notre *bibliographie* et, plus particulièrement, les commentaires de Raape (*Staudinger Kommentar*) et de Kegel (*Kommentar zum EGBGB - Soergel-Siebert*). — V. également : PAGENSTECHE, « Zur Geschäftsfähigkeit der Ausländer in Deutschland », *RechtZ*, 1949, p. 189 et s.; KNAUBER, *Zur Reichweite des Art. 7 EGBGB*, Gaggenau, 1960.

¹⁴ Sur cette disposition, v. les ouvrages généraux de la doctrine suisse cités dans notre *bibliographie* et, plus particulièrement, les commentaires de Reichel (*Kommentar zum ZGB - Egger*), de Stauffer (*Commentaire de la LRDC*) et de Beck (*Kommentar zum ZGB - Gmür*).

¹⁵ V. *supra*, n° 22, note 41.

¹⁶ *Ibidem*, note 43.

¹⁷ *Ibidem*, note 45.

¹⁸ *Ibidem*, note 46.

¹⁹ C'est le texte même de l'art. 7 b, al. 2 LRDC. Seule la forme varie d'un texte à l'autre. Sur cette limitation du principe, v. *infra*, nos 85 et s.

²⁰ V. *supra*, n° 22, note 42.

²¹ *Ibidem*, note 39.

²² *Ibidem*, note 44.

²³ Code civil, art. 12, MAKAROV, I, Syrie, p. 1.

parlent de « transaction d'ordre pécuniaire ». De plus, pour que l'exception soit retenue, il faut, d'une part, que cette transaction produise ses effets respectivement en Égypte, en Irak et en Syrie et, d'autre part, que l'incapacité de l'étranger « soit due à une cause obscure qui ne peut être facilement décelée par l'autre partie ».

L'article 28, chiffre 2 du nouveau code civil portugais²⁴ rejette également l'exception si l'acte juridique appartient au droit de la famille ou des successions, ou s'il a trait à la disposition d'immeubles situés à l'étranger. Mais l'exception ne joue pas non plus « si l'autre partie avait connaissance de l'incapacité ou si l'acte juridique est unilatéral... ».

Selon l'article 9, alinéa 3 de la loi polonaise sur le droit international privé²⁵, « lorsqu'une personne ... physique accomplit un acte juridique lié au fonctionnement de son entreprise, sa capacité est soumise à la loi de l'État où se trouve le siège de cette entreprise ».

En République socialiste tchécoslovaque, si un étranger accomplit un acte juridique en Tchécoslovaquie, il suffit, aux termes de l'article 3, alinéa 2 de la loi du 2 décembre 1963²⁶ « qu'il soit apte à faire ledit acte d'après le droit tchécoslovaque... ».

75. Sur le plan conventionnel, l'alinéa 2 de l'article 2 du traité Benelux²⁷ consacre le principe en le limitant cependant en faveur de celui qui, dans un acte juridique, aura, de bonne foi et conformément à la loi du lieu de l'acte, considéré l'autre partie comme capable.

L'article 24, alinéa 2 du traité entre la République démocratique allemande et la Hongrie²⁸ soumet la capacité « concernant les actes juridiques entrepris pour satisfaire aux besoins de la vie quotidienne » à la loi du lieu de la passation de l'acte. Quant au chiffre 2 de l'article 21 du traité entre la Bulgarie et la Hongrie²⁹.

²⁴ V. *Revue*, 1968, p. 371.

²⁵ V. *supra*, n° 22, note 49.

²⁶ *Ibidem*, note 52.

²⁷ V. *supra*, n° 26, note 87. Rappelons que ce traité n'est pas en vigueur.

²⁸ Traité du 30 octobre 1957 concernant les rapports judiciaires en matière de droit civil, de droit de famille et de droit pénal (v. MAKAROV, II, 19, p. 211).

²⁹ Traité du 8 août 1953 concernant l'assistance judiciaire en matières civiles et pénales (v. MAKAROV, II, 14, p. 171).

il soumet la capacité à la loi du lieu de conclusion du contrat pour les « actes juridiques habituels de la vie quotidienne ».

Enfin, les conventions de Genève du 7 juin 1930 et du 19 mars 1931, destinées à régler certains conflits de lois en matière de lettres de change, de billets à ordre (première convention) et de chèques (seconde convention)³⁰, connaissent l'exception. L'article 2, premier alinéa de ces conventions consacre le principe de l'application de la loi nationale à la capacité en admettant, le cas échéant, le renvoi à une autre loi³¹. Les alinéas 2 et 3 sont libellés comme suit :

« La personne qui serait incapable, d'après la loi indiquée par l'alinéa précédent, est néanmoins valablement tenue, si la signature a été donnée sur le territoire d'un pays d'après la législation duquel la personne aurait été capable.

Chacune des Hautes Parties contractantes a la faculté de ne pas reconnaître la validité de l'engagement pris... par l'un de ses ressortissants et qui ne serait tenu pour valable dans le territoire des Hautes Parties contractantes que par application de l'alinéa précédent du présent article »³².

76. Relevons aussi les travaux de l'Institut de droit international qui, en ce qui concerne l'exception que nous examinons, a adopté en 1931 dans sa session de Cambridge, la Résolution suivante³³ :

« Considérant que, dans sa session d'Oxford en 1880, l'Institut s'est prononcé en faveur de la compétence de la loi

³⁰ V. *supra*, n° 26, note 89. — Tableau des Etats liés par ces conventions in *Revue*, 1962, p. 363 et 364.

³¹ V. *supra*, n° 66.

³² L'Allemagne, par exemple, a fait usage de cette réserve (*Wechselgesetz*, art. 91 et *Scheckgesetz*, art. 60). La France n'a pas fait de réserve expresse; v. cependant PERCEROU et BOUTERON, *La nouvelle législation française et internationale de la lettre de change, du billet à ordre et du chèque*, vol. II, Paris, 1951, n° 202 et la synthèse de LOUSSOUARN et BREDIN, *Rep. de dr. int.*, v° *Effets de commerce*, nos 24 et s. et v° *Chèque*, nos 14 et s. La Suisse a adopté la disposition de l'art. 2 sans faire de réserve (art. 1086 du code fédéral des obligations).

³³ Travaux préparatoires (Rapport Streit/Niboyet), *Annuaire*, vol. 36/I, p. 163 et s.; Délibérations, *Annuaire*, vol. 36/II, p. 69 et s.; Résolution, *ibidem*, p. 237; v. le compte-rendu de la session in *Revue*, 1931, p. 735 et s. — L'Institut a poursuivi ses travaux en matière de capacité dans sa session d'Oslo, en 1932; Travaux préparatoires (Rapport Streit/Niboyet), *Annuaire*, vol. 37, p. 186 et s.; Délibérations, *ibidem*, p. 425 et s.; Résolution, *ibidem*, p. 566.

nationale en matière de statut personnel ;

Mais que, dans sa session de Lausanne en 1888, il a déjà jugé nécessaire d'adopter une retouche à ce principe en faveur du commerce ;

Considérant que depuis cette époque un courant d'ordre conventionnel, législatif, jurisprudentiel et même doctrinal s'est manifesté dans divers pays en vue de remédier aux inconvénients d'une application trop exclusive de la loi nationale en matière de capacité ;

Adopte la règle suivante :

« La validité d'un acte purement patrimonial entre vifs, fait en dehors du pays dont la loi régit la capacité d'une personne, est soumise, quant à cette capacité, à la loi du lieu de l'acte, à la condition :

1^o que l'acte ait été conclu avec un individu fixé lui-même dans le pays où cet acte a été passé et ignorant l'incapacité de son cocontractant ;

2^o que cet acte doive y produire ses effets ».

77. Si cette résolution n'a été que fort peu suivie, cela provient sans doute de la diversité des solutions adoptées. Bien qu'admettant le principe, la plupart des systèmes juridiques divergent quant aux conditions de son application. De plus, nous l'avons vu, certaines dispositions font de l'exception une véritable règle.

L'analyse des différents problèmes que pose l'application du principe nous permettra de proposer la solution qui permettrait peut-être une unification.

Section II. ANALYSE DU PRINCIPE

78. L'examen des solutions rapportées ci-dessus pose trois problèmes : celui du fondement du principe, celui de ses conditions d'application et celui de ses limites. Nous étudierons ces trois questions séparément.

§ 1. *Fondement du principe*

79. L'application de la loi locale dans les cas envisagés ci-dessus porte atteinte au principe de l'application de la loi personnelle à la capacité générale. Il est cependant évident qu'il existe une opposition entre la stabilité du statut personnel et les exigences de la vie et du commerce internationaux. La question est donc de savoir si ces dernières justifient l'abandon de l'application de la loi personnelle.

80. Pour Pillet³⁴, l'exception n'a absolument aucun fondement. Aucun des arguments invoqués en sa faveur ne se justifie. Une telle réponse négative est aujourd'hui reprise par M. Vitta³⁵. Selon ce dernier, la question particulière et relativement peu importante de la capacité contractuelle des étrangers ne justifie absolument pas une norme qui rompt « la belle unité de notre droit international privé ».

81. Les justifications données par les partisans de l'exception sont nombreuses. Bartin³⁶ y voyait une intervention de l'ordre public. Le même auteur relevait que la solution *Lizardi* se justifiait aussi par la notion d'enrichissement sans cause³⁷. De nombreux auteurs parlent de l'intérêt national comme fondement de l'exception. Pour sa part, M. Batiffol³⁸ justifie le principe par l'ignorance excusable de la loi étrangère. Dans les conditions fixées par l'arrêt *Lizardi*, il peut être excusable de ne pas connaître les dispositions de la loi étrangère³⁹.

Les dispositions telles que celles de l'article 7 b LRDC sont fondées essentiellement sur le principe de la sauvegarde des conventions et de la *sécurité des transactions*. La terminologie allemande parle, à juste titre, du «*Verkehrsschutz*».

³⁴ *Traité de droit international privé*, Grenoble et Paris, 1923, t. I, n° 241, p. 510-511.

³⁵ *Relazione al progetto di legge sul diritto internazionale privato* (à paraître). L'auteur propose d'éliminer purement et simplement la disposition du chiffre 2 de l'art. 17 des dispositions préliminaires du code civil italien.

³⁶ *Principes de droit international privé*, Paris, 1932, t. II, § 234, p. 41.

³⁷ *Ibidem*, p. 42.

³⁸ *Les conflits de lois en matière de contrats*, Paris, 1938, n° 371.

³⁹ En ce sens, écrit M. Batiffol (*ibidem*, n° 374), « la jurisprudence française a trouvé un moyen terme acceptable rationnellement et pratiquement entre les exigences contradictoires de la stabilité du statut personnel et de la sécurité des transactions ».

82. Partisan résolu de la jurisprudence *Lizardi*, Niboyet estime⁴⁰ qu'elle est « parfaitement fondée, non seulement parce qu'elle répond à un besoin hautement pratique, mais parce qu'elle établit l'harmonie théorique entre la loi de police territoriale et la loi nationale de l'incapable ».

Cette dernière remarque nous paraît devoir être rapprochée de la récente affirmation de M. Francescakis⁴¹ selon laquelle la solution *Lizardi* « prend l'allure d'une règle de police ou d'« application immédiate » fondée sur la défense, non de l'intérêt personnel du cocontractant français, mais de l'organisation du marché français ». Si nous généralisons cette idée, nous dirons que les règles internes d'un pays relatives à la capacité, dans les cas et aux conditions délimitées ci-dessous, sont d'application immédiate⁴².

§ 2. Conditions d'application du principe

83. Le principe ne s'applique que si l'on est en présence d'une personne incapable selon sa loi personnelle mais capable selon la loi du lieu où elle agit. C'est le cas de l'Autrichien, âgé de 20 ans, qui contracte en Suisse⁴³. Ce serait aussi le cas d'un étranger majeur frappé, selon sa loi personnelle, d'une mesure affectant sa capacité pour une cause qui, selon la loi du lieu où il agit, n'entraîne pas d'incapacité.

Quant au cocontractant, on peut se demander s'il ne devrait pas avoir la nationalité du lieu de conclusion. En France, bien qu'aucune décision ne soit intervenue sur ce point, M. Batiffol⁴⁴ estime que le principe devrait être appliqué à moins que les deux parties soient de même nationalité. Dans ce cas, on ne saurait évidemment parler d'ignorance de la loi étrangère, mais bien peut-être d'ignorance de la nationalité « étrangère » du cocontractant⁴⁵. Les dispositions inspirées de l'article 7 EGBGB s'appli-

⁴⁰ *Traité*, t. V, n° 1538, p. 529.

⁴¹ *Rep. de dr. int.*, v° *Capacité*, n° 77.

⁴² *V. supra*, n°s 56 et s.

⁴³ *V. supra*, n° 69.

⁴⁴ BATIFFOL, n° 491.

⁴⁵ *V. supra*, n° 69.

quent quelle que soit la nationalité ou le domicile du cocontractant, pourvu qu'il soit capable selon la loi locale ⁴⁶.

Aux termes de la Résolution de l'Institut de droit international, le principe ne s'applique que si le cocontractant est « fixé dans le pays où l'acte a été passé ».

84. L'ignorance de l'incapacité de l'autre partie est-elle une condition d'application du principe ? Certainement lorsqu'il existe une disposition législative formelle ⁴⁷ ou dans le cas de l'application de la jurisprudence *Lizardi*. Si le cocontractant a eu connaissance de l'incapacité de l'autre partie, on ne peut plus dire qu'il a agi sans légèreté ni imprudence et avec bonne foi. De même lorsque des circonstances de fait auraient dû amener le cocontractant à se renseigner et à être prudent ⁴⁸.

Par contre, la connaissance de l'incapacité de l'autre partie ne joue aucun rôle dans l'application des dispositions telles que l'article 7 EGBGB ⁴⁹ et l'article 7 b LRDC ⁵⁰.

Même dans ces derniers cas, le principe a cependant ses limites.

§ 3. Limites d'application du principe

A. Quant à la matière.

85. Toutes les solutions rapportées plus haut limitent le champ d'application du principe. Ce dernier s'applique, selon les textes, aux « actes juridiques d'intérêt matériel conclus pour satisfaire les besoins ordinaires de la vie quotidienne », aux « transactions d'ordre pécuniaire », aux « actes liés au fonctionnement de l'entreprise », aux « actes purement patrimoniaux entre vifs » ⁵¹.

⁴⁶ V. pour l'Allemagne : KEGEL, *op. cit.*, note 15 ad art. 7 EGBGB; WOLFF, *Das internationale Privatrecht Deutschlands*, 3^e éd., Berlin, Göttingen et Heidelberg, 1954, p. 102. Pour la Suisse, v. BECK, *op. cit.*, note 5 ad art. 7 b LRDC; LEHR, « Le droit international privé dans la législation suisse », *Revue*, 1911, p. 243.

⁴⁷ V. les textes cités plus haut.

⁴⁸ V. Chambéry, 29 janv. 1934 (*Revue*, 1935.133, note Caleb) et 23 juill. 1934 (*Clunet*, 1935.352).

⁴⁹ V. MEZGER, note sous trib. civ. de Hambourg, 12 nov. 1957, *Revue*, 1958, p. 108.

⁵⁰ V. BECK, *op. cit.*, note 5 ad art. 7 b LRDC.

⁵¹ V. *supra*, nos 74 et 76.

Selon Niboyet⁵², le principe ne s'applique qu'aux actes de la vie courante, « rapides ou instantanés »⁵³. Pour les actes non instantanés, il y a, affirme-t-il, imprudence à ne pas s'informer de la capacité de son cocontractant. Pour M. Batiffol⁵⁴, la jurisprudence *Lizardi* vise des « achats portant sur des sommes considérables et qui cependant sont suivies de la livraison immédiate sans paiement comptant ».

Les textes qui prévoient l'inapplicabilité du principe « aux actes rentrant dans le droit de la famille et de succession » et « aux actes de disposition sur un immeuble situé à l'étranger »⁵⁵, consacrent, en réalité, les mêmes limites. Selon la terminologie allemande, le principe ne s'applique qu'aux « *Verkehrsgeschäfte* »⁵⁶. La délimitation de ces actes et de ceux rentrant dans le droit de la famille ou de succession présente cependant quelques difficultés. L'exemple suivant en est la preuve.

86. En 1949, à la requête de demoiselle K., Suissesse, l'office des poursuites de Montreux notifia un commandement de payer à B., Français, alors âgé de 20 ans. Demoiselle K. intentait une poursuite en paiement de dommages et intérêts et réparation morale pour rupture de fiançailles.

B. Conclut à l'annulation de la poursuite en raison de son incapacité. Il eut gain de cause en première et seconde instance mais le Tribunal fédéral⁵⁷ valida la poursuite en application de l'article 7 b, premier alinéa LRDC.

Dans sa décision, le Tribunal fédéral rappela⁵⁸ qu'une poursuite notifiée à un débiteur étranger, âgé de plus de vingt ans, mais mineur d'après sa loi nationale, ne peut être considérée comme nulle que s'il est établi « sans contestation possible que

⁵² *Traité*, t. V, n° 1538, p. 527-528.

⁵³ V. dans le même sens : LEREBOURS-PIGEONNIERE, *Précis de droit international privé*, 8^e éd., par Y. LOUSSOUARN, Paris, 1962, n° 470.

⁵⁴ Note sous trib. de la Seine, 12 juin 1963, *Revue*, 1964, p. 692.

⁵⁵ C'est le texte même de l'art. 7 b, al. 2 LRDC. Nous avons vu (*supra*, n° 74) que le code civil portugais déclare que le principe ne s'applique pas si l'acte juridique est unilatéral. Pour une application de ce principe, v. l'arrêt du Tribunal fédéral cité *supra*, n°s 57 et 58.

⁵⁶ V. LEWALD, « Le droit international privé en Allemagne », *Répertoire Lapradelle*, t. VII, p. 321, n° 97.

⁵⁷ Chambre des poursuites et faillites, 9 mai 1951, *Ann. suisse dr. int.*, 1952.237, observations Knapp.

⁵⁸ Arrêt *Minera S.A.*, 28 mars 1930, RO 56 III 55, également cité par Knapp (*op. et loc. cit.*).

le créancier n'est pas en droit de se prévaloir de l'article 7 b, premier alinéa LRDC ». La question était donc de savoir si, bien que les fiançailles rentrent dans le droit de la famille, « l'acte en raison duquel la recourante a poursuivi l'intimé », à savoir la rupture de l'engagement d'épouser demoiselle K., « rentre également dans le droit de la famille ».

Il est apparu au Tribunal fédéral que la question était « incontestablement discutable ». L'indemnité réclamée pouvait en effet être fondée sur les règles générales de l'inexécution des contrats⁵⁹. Dans ce cas, l'obligation en résultant relève du premier alinéa de l'article 7 b. Il n'était ainsi pas établi que l'on se trouvait dans le cas de l'article 7 b, alinéa 2. Il ne s'agissait pas, « sans contestation possible », d'un acte rentrant dans le droit de la famille. En conséquence, B., capable selon la loi suisse, ne pouvait se prévaloir des dispositions de sa loi personnelle le considérant comme incapable.

87. L'Obergericht du canton de Zurich⁶⁰ avait de même décidé que « la promesse de payer une indemnité et une pension alimentaire, contractée en Suisse par le père naturel, promesse non accompagnée d'une reconnaissance avec effets d'état civil, est valable juridiquement, si le père, bien qu'incapable d'après sa loi nationale (en l'espèce italienne), est capable à teneur de la loi suisse ». Il est pourtant constant que l'action alimentaire intentée au père naturel, même sans effet d'état civil, relève du droit de la famille⁶¹. La juridiction zurichoise a cependant justifié sa décision en considérant que l'article 7 b, alinéa 2 LRDC, ne réserve l'application de la loi nationale que lorsque l'Etat d'origine a un intérêt public à régir l'espèce. Or, un tel intérêt n'existe pas dans le cas de l'action purement alimentaire⁶².

88. S'agissant de l'inapplicabilité du principe aux actes de disposition sur un immeuble situé à l'étranger, les doctrines suisse et allemande distinguent les actes à effet réel, qui sont des actes

⁵⁹ Relevons qu'en droit français, la responsabilité du fiancé coupable d'une rupture injustifiée est fondée sur les art. 1382 et 1383 du code civil relatifs à la responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle. Sur la question de la validité de l'engagement pris par B., v. KNAPP, *op. cit.*, p. 240-241.

⁶⁰ Arrêt du 19 mars 1927, *Clunet*, 1929.1205, note Leresche.

⁶¹ V. en particulier : RO 39 II 499.

⁶² La décision précise qu'il ne fait aucun doute que l'Etat d'origine a un intérêt protégé par l'art. 7 b, al. 2 en cas d'action avec effet d'état civil.

de disposition (en allemand «*Verfügungsgeschäfte*»), des actes à effet purement obligatoire (en allemand, «*Verpflichtungsgeschäfte*»), qui échappent à l'exception⁶³. En conséquence, si un Français de vingt ans signe en Suisse un contrat de vente portant sur un immeuble situé à l'étranger, il ne lui sera pas possible, en vertu de l'article 7 b, alinéa 1 LRDC, d'invoquer son incapacité. C'est le cas si le Français est acheteur, car, en revanche, s'il est vendeur, le contrat est bien valable mais son exécution impossible. Le transfert de la propriété de l'immeuble rend en effet applicable l'article 7 b, alinéa 2 LRDC⁶⁴. Le cocontractant pourra alors réclamer des dommages-intérêts à cet acheteur incapable de disposer de son immeuble. Cette possibilité de réclamer des dommages-intérêts repose alors sur la responsabilité délictuelle (article 411, alinéa 2 du Code civil suisse).

B. Quant à l'espace.

89. Le problème posé par les limites territoriales du principe est celui de son application analogique et extensive. Peut-on renoncer, dans les conditions et limites énumérées ci-dessus à l'application de la loi personnelle normalement compétente si l'acte a été passé à l'étranger ?

90. En France, malgré la sévérité de la jurisprudence, Niboyet estime⁶⁵ que le principe n'aurait plus son fondement « si on lui donnait un caractère unilatéral, et non réciproque ». Il faut donc que l'acte passé par un Français à l'étranger dans les mêmes conditions que celui passé par Lizardi soit « reconnu pleinement valable devant les tribunaux français ». L'alinéa 2 de l'article 29 du projet français de code de droit international privé⁶⁶ reprenait cette idée : « ... Il en est de même du contrat passé à l'étranger par un Français, incapable d'après la loi française mais capable d'après la loi du pays où il contracte ». Il n'y a dès lors aucune raison de ne pas appliquer ce principe également lorsqu'il s'agit d'un acte passé par un étranger.

⁶³ V. pour l'Allemagne : RAAPE, *Staudinger Kommentar*, D. III. 2 ad art. 7 ECGB et pour la Suisse : BECK, *op. cit.*, note 32 ad art. 7 b LRDC.

⁶⁴ Doctrine et jurisprudence sont muettes sur ce point.

⁶⁵ *Traité*, t. V, n° 1538, p. 529.

⁶⁶ V. *supra*, n° 71, note 8.

91. Certains auteurs allemands admettent aussi une application analogique, voir extensive du principe. Pour Wolff⁶⁷, l'article 7 EGBGB s'applique également aux actes passés par des étrangers à l'étranger. Il ajoute que cela va de soi, en tout cas, si la législation du lieu de passation de l'acte connaît le principe⁶⁸. En revanche, l'auteur rejette une application extensive du texte aux Allemands contractant à l'étranger. Ce serait contraire aux dispositions relatives à la capacité en matière de droit de change qui refusent d'appliquer le principe pour les engagements des nationaux à l'étranger⁶⁹. M. Kegel ne partage pas cet avis. Il estime⁷⁰ que le principe doit être appliqué aux Allemands à l'étranger malgré les dispositions du droit de change. Ces dernières assurent en effet une protection plus grande en raison des dangers particuliers que comporte cette matière. S'agissant de l'application du principe aux étrangers contractant à l'étranger, M. Kegel l'admet⁷¹ à la condition expresse que le pays du lieu de conclusion consacre également le principe de l'article 7 EGBGB.

Cette dernière hypothèse est expressément visée par le chapitre 3 de l'article 28 du nouveau code civil portugais⁷² : « Lorsque l'acte juridique a été passé par l'incapable dans un pays étranger, la loi de ce pays sera observée si elle consacre des règles identiques à celles établies dans les alinéas précédents ».

92. Une partie de la doctrine allemande⁷³ et de la doctrine suisse⁷⁴ est absolument opposée à toute application analogique ou extensive du principe. Ces auteurs s'en tiennent strictement au texte de la loi qui ne vise effectivement que les actes passés respectivement en Suisse ou en Allemagne.

Cependant, le problème de l'application territoriale du principe se pose encore lorsqu'il s'agit de contrats passés entre absents. Dans ce cas, relève M. Mezger⁷⁵, s'agissant de l'article 7 EGBGB,

⁶⁷ *Op. cit.*, p. 104.

⁶⁸ *Ibidem*, note 8.

⁶⁹ *V. supra*, n° 75 et la note 32.

⁷⁰ *Op. cit.*, note 17 ad art. 7 EGBGB.

⁷¹ *Ibidem*, note 16.

⁷² *Supra*, n° 74, note 24.

⁷³ RAAPE, *Internationales Privatrecht*, 5^e éd., Berlin, 1961, p. 176; WALKER, *Internationales Privatrecht*, 2^e éd., Vienne, 1922, p. 106.

⁷⁴ BECK, *op. cit.*, note 19 ad art. 7 h LRDC; CARASSO, *Des conflits de lois en matière de capacité civile, spécialement en droit suisse*, Lausanne, 1938, p. 149.

⁷⁵ Note sous trib. civ. de Hambourg, 12 nov. 1957, *Revue*, 1938, p. 108.

la passation de l'acte juridique en Allemagne signifie que « non seulement l'acceptation doit avoir été faite en Allemagne, mais aussi l'offre ».

Les conventions de Genève en matière de change⁷⁶ ont résolu le problème en exigeant que « la signature soit donnée sur le territoire du pays d'après la législation duquel la personne aurait été capable ».

Enfin, selon la Résolution de l'Institut de droit international⁷⁷, le principe n'est applicable qu'aux actes ayant leurs effets sur ce territoire.

* * *

93. Face à ces divergences, il conviendrait de trouver une solution qui évite les difficultés relatives aux conditions et aux limites du principe. Encore faut-il d'abord s'y rallier.

Il est certain, quant à nous, que le principe doit être accepté. Il répond à une nécessité pratique fondée sur les besoins de la vie et du commerce internationaux et justifiée par l'exigence de la sécurité des transactions. On est frappé, à cet égard, que la jurisprudence soit aussi peu abondante sur une question aussi importante et touchant à des situations de fait que l'on rencontre journellement. Il n'en demeure pas moins qu'une unification du principe est très souhaitable. Cette unification n'est cependant réalisable que si le principe prend la forme d'une règle précise⁷⁸.

94. En ce qui concerne le champ d'application de la règle, nous pensons qu'il est préférable de procéder par délimitation.

En fonction du fondement que nous lui avons assigné, nous concluons qu'elle ne saurait s'appliquer qu'aux *actes juridiques de la vie courante et du commerce*. Ce n'est que dans ces cas, en effet, que l'on peut admettre que le régime de protection de la loi personnelle cède devant celui de la loi locale⁷⁹. Pour reprendre le raisonnement de l'Obergericht de Zurich⁸⁰, l'Etat d'origine n'a pas, dans ces cas, un intérêt public à régir l'espèce.

⁷⁶ *Supra*, n° 75.

⁷⁷ *Supra*, n° 76.

⁷⁸ C'est le cas de la Résolution de l'Institut de droit international, des dispositions polonaises et tchécoslovaques (*supra*, n° 74) et de certains textes conventionnels (*supra*, n° 75).

⁷⁹ En ce sens : GRAULICH, « Quelques réflexions sur les conflits de lois relatifs à la capacité de contracter », *Mélanges Mahaim*, Paris, 1935, t. II, p. 651.

⁸⁰ *Supra*, n° 87.

Il n'y a dès lors plus de raisons de ne pas décider que la capacité relative à ces actes est soumise à la loi du lieu de leur conclusion⁸¹. Cette solution qui, pratiquement, conduit au même résultat que les règles examinées ci-dessus, a l'avantage de supprimer tous les problèmes relatifs aux conditions et aux limites territoriales de l'application du principe.

95. Cette règle ne doit cependant pas permettre à l'étranger capable selon sa loi personnelle de se prévaloir des dispositions de la loi locale qui le considéreraient comme incapable. Il en va de même si les restrictions de la loi locale sont plus importantes que celles de la loi personnelle de l'intéressé⁸². Dans ces cas, la loi personnelle prévaudra sur la loi du lieu de conclusion de l'acte.

En conclusion, il nous semble que la règle suivante pourrait être retenue :

« La capacité d'une personne, relative aux actes de la vie courante et du commerce, est soumise à la loi du lieu de conclusion de ces actes.

Elle sera cependant soumise à la loi personnelle de la personne intéressée si cette loi est moins restrictive que la loi du lieu de conclusion ».

Une telle règle aurait sans doute l'avantage d'être facile à appliquer. Elle consacrerait au surplus une pratique déjà existante. Elle aurait cependant l'inconvénient de donner la possibilité aux intéressés d'échapper facilement aux dispositions de leur loi personnelle relatives à la capacité. Néanmoins, le principe de la *fraude à la loi*⁸³ empêcherait une telle conséquence.

⁸¹ En ce sens : GRAULICH, *op. cit.*, p. 672; en Italie, les contrats commerciaux (v. DUTOIT, *op. cit.*, p. 494, note 6). — M. Capotorti estime (*Cours*, p. 225) quant à lui qu'« une véritable substitution de la loi locale à la loi personnelle, même si elle était limitée aux actes d'une catégorie donnée représenterait une modification radicale de l'équilibre des systèmes de civil law ».

⁸² C'est le cas, jugé par le Reichsgericht (24 oct. 1912, *Revue*, 1913.892), de la femme française ayant un conseil judiciaire en raison de sa prodigalité. Dans ce cas, la loi française n'attache pas d'effets aussi étendus que la loi allemande à la nomination d'un conseil judiciaire pour cause de prodigalité. Le Reichsgericht en conclut que, si cette femme contracte en Allemagne, « il ne saurait être question d'appliquer la loi allemande ». Relevons que cet arrêt est la plus importante décision rendue en application de l'art. 7 ÉGBGB.

⁸³ V. *supra*, n° 68.

DEUXIEME PARTIE

Les incapacités spéciales

96. Nous avons déjà affirmé¹ que seules les incapacités générales étaient soumises à la loi personnelle. Les incapacités spéciales sont donc régies par une autre loi, voire par d'autres lois.

Cette seconde partie consistera à déterminer les règles de conflit relatives aux incapacités spéciales ainsi que les diverses catégories d'incapacités spéciales régies par ces règles. Nous le ferons selon le plan suivant :

TITRE I. — Loi applicable aux incapacités spéciales.

TITRE II. — Domaine d'application des règles de conflits relatives aux incapacités spéciales.

¹ *Supra*, n° 31.

Titre I

LOI APPLICABLE AUX INCAPACITES SPECIALES

97. Si les incapacités générales sont, en principe, régies par une seule et même loi, les incapacités spéciales sont soumises à des lois différentes. L'élaboration de principes généraux relatifs à ces dernières n'est toutefois pas impossible. C'est à l'étude de ces principes et de leurs exceptions qu'est consacré le présent titre.

Chapitre premier. *Règles de conflits relatives aux incapacités spéciales*

98. Dans un arrêt du 12 mai 1905¹, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser le champ d'application de la loi fédérale du 22 juin 1881 relative à la capacité². Cette loi, affirme le Tribunal fédéral, « ne détermine que les éléments personnels et individuels requis pour assurer à une personne l'indépendance au point de vue de ses rapports de droit civil ; elle ne s'étend pas, en revanche, aux limitations du droit de disposition, qui atteignent une personne, non pas à raison de motifs personnels généraux, mais à cause des rapports de droit spéciaux et occasionnels dans lesquels elle se trouve ».

Il s'agit bien ici de la distinction entre les incapacités générales et les incapacités spéciales faite selon le critère du fondement de l'incapacité.

99. Les deux types d'incapacité sont donc bien déterminés. Ils ont cependant un point commun dans le fait qu'ils reposent tous les deux sur un élément subjectif. En conséquence, comme l'écrit M. Capotorti³, « toute exclusion ou prohibition établies pour des raisons non subjectives restent en dehors du domaine de la capacité ».

100. Du point de vue du droit international privé, cette délimitation signifie que la loi applicable aux incapacités spéciales est différente de celle applicable aux incapacités générales. On peut donc dire que les incapacités spéciales ne rentrent pas dans le statut personnel. En effet, l'incapacité générale est soumise à la loi personnelle parce qu'elle se rattache à la condition même de la personne. De plus, elle paralyse toute l'activité juri-

¹ RO 31 II 266, *Clunet*, 1906.524.

² V. *supra*, n° 24.

³ *Cours*, p. 245.

dique de la personne pour assurer sa protection⁴. Ce n'est pas le cas des incapacités spéciales.

En France, ce principe découle de l'affirmation des Chambres réunies de la Cour de cassation aux termes de laquelle le statut n'est personnel que « lorsqu'il règle directement et indéfiniment la capacité ou l'incapacité générale et absolue des personnes... »⁵.

101. Il existe en réalité deux catégories d'incapacités spéciales dont le fondement est différent.

Lorsque l'incapacité spéciale est édictée pour empêcher l'accomplissement de certains actes, elle existe en raison d'une certaine activité du sujet. C'est la première catégorie. C'est aussi la plus importante. Lorsque l'incapacité spéciale est édictée non pas en raison de l'activité mais en raison de la situation particulière du sujet, elle relève de la seconde catégorie.

Nous examinerons plus loin⁶ les divers cas d'incapacités ou de capacités spéciales se rapportant à l'une et à l'autre catégorie. Nous voulons d'abord rechercher les règles de conflits qui leur sont applicables.

102. Puisque le rattachement de l'incapacité générale à la loi personnelle se fait en fonction de la personne qu'elle a pour but de protéger, il est logique de déterminer la loi applicable à l'incapacité fondée sur une certaine activité de la personne, en fonction même de cette activité. C'est en effet en raison de l'acte à accomplir par la personne que l'incapacité est édictée.

Les incapacités spéciales de ce genre seront donc soumises à la loi qui régit la sphère juridique en cause (*lex causae*) ou, selon la terminologie allemande, au « *Wirkungsstatut* ».

103. Bien qu'aucun texte législatif en vigueur ne le consacre, ce principe est généralement admis par la doctrine continentale⁷. Le seul texte qui y fasse allusion est l'article 90 du projet

⁴ Sur ce point, v. *supra*, nos 12 à 15.

⁵ V. *supra*, n° 14. — Dans ce sens : DELAUME, « Conflits de lois en matière de droit des personnes », *Revue*, 1949, p. 7; BISCHOFF, *La compétence du droit français dans le règlement des conflits de lois*, Paris, 1959, n° 28.

⁶ *Infra*, titre II, nos 118 et s.

⁷ V. par exemple : GRAULICH, *Principes de droit international privé*, Paris, 1961, n° 107; KEGEL, *Kommentar*, nos 4 et 8 ad art. 7 EGBGB; SCHNITZER, *Handbuch*, t. I, p. 275; BALLADORE-PALLIERI, *Diritto internazionale privato*, Milan, 1950, p. 144.

de code européen de droit international privé élaboré par Frankenstein⁸ et dont la teneur est la suivante :

« La loi applicable à un acte déterminé établira si une personne, pour le passer, doit être pleinement capable ou si cette loi se contente d'une capacité restreinte ou si elle impose des conditions spéciales de capacité (capacité spéciale). »

Aux Etats-Unis, on l'a vu⁹, la règle générale relative à la capacité consiste à appliquer la loi qui régit la matière juridique en cause. Il en sera donc ainsi s'agissant de problèmes de capacité spéciale.

L'application de la *lex causae* aux incapacités spéciales prévaut également en Angleterre, malgré l'imprécision de la doctrine et de la jurisprudence¹⁰.

104. Quant à l'incapacité spéciale édictée en raison de la situation juridique particulière de la personne, elle sera soumise à la loi qui gouverne cette situation juridique. Et, comme cette incapacité spéciale est la conséquence de la situation dans laquelle se trouve la personne, elle ne sera pas soumise à la loi régissant la naissance de cette situation, mais à la loi régissant les conséquences de cette situation.

Cette règle, qui est proposée par certains auteurs pour l'incapacité de la femme mariée¹¹, n'est, à notre connaissance, pas articulée de façon générale.

105. Avant d'analyser l'application pratique des règles énoncées ci-dessus, il convient encore d'établir clairement les cas où elles ne s'appliquent pas. Nous examinerons donc les exceptions ou les restrictions à l'application de la loi normalement compétente en matière d'incapacités spéciales.

⁸ V. *supra*, n° 26, note 83.

⁹ *Supra*, n° 17.

¹⁰ V. *supra*, n° 18 et, plus spécialement, DICEY-MORRIS, *The Conflict of Laws*, 8^e éd., Londres, 1967, p. 229.

¹¹ V. *infra*, nos 141 et s.

Chapitre II. *Exceptions à l'application de la loi normalement compétente en matière d'incapacités spéciales*

106. Comme la loi personnelle en matière d'incapacités générales, la loi normalement applicable aux incapacités spéciales souffre certaines exceptions. Celles-ci sont toutes dues à la théorie générale des conflits de lois. Il n'existe pas, en effet, d'exception propre aux incapacités spéciales comme il en existe pour l'incapacité générale¹.

Parmi les restrictions qu'entraîne la théorie générale des conflits de lois, nous ne retiendrons que celles dues à la *qualification* et aux *lois d'application immédiate*. Ce sont les plus importantes. Rappelons cependant que la loi normalement applicable aux incapacités spéciales pourra être écartée soit par le jeu du *renvoi*, soit par l'exception de l'*ordre public* ou de la *fraude à la loi*.

Section I. EXCEPTIONS DUES A LA QUALIFICATION

107. Dans l'affaire *Patino* citée plus haut², le recourant faisait valoir que la capacité d'un mineur de passer un contrat de mariage était une incapacité spéciale et que, par conséquent, elle échappait à la loi personnelle. La Cour de cassation française rejeta l'exception en disant que c'était « par une exacte qualification que les juges du fond ont vu dans les règles habilitant un mineur à la conclusion d'un contrat de mariage une simple modalité de son incapacité générale de contracter... ».

La prétendue « capacité spéciale » n'était ainsi qu'une *simple modalité* de l'incapacité générale. Et, par cette qualification, la Cour de cassation écartait la loi de l'acte juridique en cause (la loi du contrat de mariage) que le recourant aurait voulu voir appliquer.

¹ V. *supra*, nos 54 et s.; nos 69 et s.

² *Supra*, n° 32.

Bien que se rapportant à un acte particulier, la capacité de signer un contrat de mariage ne saurait en effet, en raison de son fondement³, être qualifiée de spéciale.

108. Le problème de la qualification est plus délicat quand il s'agit de la *capacité pour ester en justice*. Pour les mineurs et les interdits, ce n'est qu'une modalité de leur incapacité générale entraînant l'application de la loi personnelle⁴. Le droit international privé ayant cependant pour principe de soumettre les questions procédurales à la loi du for, on peut se demander si la qualification de procédure de devrait pas l'emporter⁵. S'il s'agissait enfin d'une question de capacité spéciale, on appliquerait alors la loi qui régit le fond de la demande, c'est-à-dire la *lex causae*. En pratique, on rencontre les trois solutions.

109. S'agit-il de la capacité pour ester en justice de mineurs ou d'interdits, l'application de la loi personnelle ne nous paraît pas discutable. La capacité d'ester en justice n'est, en effet, que la conséquence de la capacité générale de s'obliger⁶. L'incapacité du mineur ou de l'interdit pour ester repose donc sur le même fondement personnel que l'incapacité générale d'exercice.

Cette qualification entraîne par conséquent l'application de la loi personnelle aux effets de l'incapacité d'ester en justice. Elle permet aussi le recours à l'exception de la théorie de l'intérêt

³ V. *supra*, n° 32. — V. cependant, NIBOYET, *Traité*, t. V, n° 1505, p. 401 et n° 1531, p. 504.

⁴ En ce sens : — en France : BATIFFOL, n° 702 et la jurisprudence citée; TERRE, *Rep. de dr. int.*, v° *Action en justice*, n° 27; — en Suisse : Tribunal fédéral, 14 juin 1956, RO 82 II 169; SCHNITZER, *Handbuch*, t. II, p. 842; — en Allemagne : KEGEL, *Internationales Privatrecht*, 2^e éd., Munich, 1964; p. 200; v. cependant les hésitations de PAGENSTECHE, «Werden die Partei- oder Prozessfähigkeit eines Ansländers nach seinem Personalstatut oder nach der Sachnorm der lex fori beurteilt?», *Zeitschrift für Zivilprozess*, 1951, p. 249 et s., compte-rendu de Holleaux in *Revue*, 1951, p. 750. — V. aussi, Bruxelles, 7 juin 1963, *Clunet*, 1965.673.

⁵ En ce sens : les pays de « common law »; CAPOTORTI, *Cours*, p. 260.

⁶ V. l'arrêt du Tribunal fédéral du 28 mars 1930 cité *supra*, n° 89, note 58. Notons qu'il faut distinguer la question de la capacité pour ester en justice de la qualité pour agir. Lorsqu'en Suisse, un enfant agit en contestation de sa filiation légitime, il n'est pas question de capacité. Le problème de la qualité pour agir sera, dans ce cas, régi par la loi applicable au fond de la demande, à savoir, par la loi qui régit la filiation (v. Tribunal fédéral, 23 nov. 1962, RO 88 II 477, JT, 1963, p. 265).

national⁷, de telle sorte qu'un Français de 20 ans pourra ester en Suisse bien qu'il ne soit pas capable selon sa loi personnelle. Il est vrai que la qualification procédurale conduirait dans ce cas au même résultat. La théorie de l'intérêt national est cependant plus restrictive⁸ : le Français de 20 ans ne pourra ester en Suisse que si le rapport de droit est de ceux que vise l'article 7 b LRDC. Le rattachement de la question à la capacité nous paraît dès lors préférable.

110. De la capacité pour ester en général, il faut distinguer les règles de capacité édictées exclusivement en fonction du procès. Il s'agit alors de questions de procédure toujours soumises à la loi locale. C'est le cas, par exemple, de la nomination d'un curateur spécial. La qualification est ici procédurale.

Dans le cas de la capacité de la femme mariée pour ester en justice, la qualification devrait en revanche être celle d'une capacité spéciale entraînant l'application de la loi qui régit la capacité, parfois restreinte, de la femme mariée⁹.

111. La question de la qualification se pose enfin à propos de la *capacité en matière de mariage*. Certaines décisions anglaises, nous l'avons vu¹⁰, considèrent que c'est là une question de forme. Mais ne s'agirait-il pas plutôt, comme pour la capacité de faire un contrat de mariage, d'une simple conséquence de la capacité générale entraînant l'application de la loi personnelle conformément à la règle relative aux incapacités générales ? Et si c'était là une question de capacité spéciale ?

112. En réalité, la capacité matrimoniale est soumise à une règle de conflit particulière. Elle est régie, dans la plupart des

⁷ Sur cette question : v. *supra*, n^{os} 69 et s., spécialement 86. En Allemagne, l'art. 55 de la *Zivilprozessordnung* dispose : « Ein Ausländer, dem nach dem Recht seines Landes die Prozessfähigkeit mangelt, gilt als prozessfähig, wenn ihm nach dem Recht des Prozessgerichts die Prozessfähigkeit zusteht ».

⁸ V. *supra*, n^o 95.

⁹ Cette solution est contestée. La jurisprudence applique la loi personnelle à la capacité pour agir en justice de la femme mariée : v. parmi les décisions récentes : Trib. d'Avesnes-sur-Helpe, 25 sept. 1963, *Revue*, 1965.130, note Bellet; Cour d'appel de Bruxelles, 7 juin 1963, *Clunet*, 1965.673. — Nous examinerons plus loin cette question de principe : v. *infra*, n^{os} 141 et s.

¹⁰ *Supra*, n^{os} 61 et s.

systèmes juridiques, par la loi personnelle de chacun des fiancés¹¹. Cette loi ne s'applique pas en vertu du principe de la soumission de la capacité au statut personnel, mais en vertu de la règle de conflit spéciale relative aux conditions de fond du mariage. Il est vrai qu'on peut aussi considérer que la capacité matrimoniale n'est qu'une simple conséquence de la capacité générale. Il ne s'agit donc en tout cas pas d'une question de capacité spéciale.

Il ressort de ce qui précède que le problème de la qualification est plus délicat en matière de capacité spéciale qu'en matière de capacité générale. Cela provient de la diversité des cas s'y rapportant.

Section II. EXCEPTIONS DES LOIS D'APPLICATION IMMEDIATE

113. Nous avons vu plus haut¹² ce qu'il faut entendre par conflits de lois au sens large et ce que sont les « lois d'application immédiate ». Rappelons que ces dernières s'appliquent indépendamment de tout recours à une règle de conflit. Selon M. Francescakis¹³, il peut s'agir soit de lois qui excluent expressément tout recours à la règle de conflit, soit de lois dont certaines dispositions visent directement les étrangers, soit enfin de lois dont la nature permet d'affirmer qu'elles visent tant les nationaux que les étrangers et que, par conséquent, tout recours à une règle de conflit est exclu¹⁴ en ce qui les concerne. Ces trois types de lois d'application immédiate se rencontrent relativement à des questions de capacité ou d'incapacité spéciales.

114. Les lois qui excluent expressément toute intervention de la règle de conflit sont rares. C'est pourtant le cas de l'article 35

¹¹ V. BATIFFOL, n^{os} 413 et s. et, par exemple, l'article 7 c LRDC; l'article 49 du nouveau code civil portugais (*Revue*, 1968, p. 375); l'article 1^{er} de la Convention de La Haye du 12 juin 1902 pour régler les conflits de lois en matière de mariage (convention en vigueur entre l'Allemagne, la Hongrie, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal, la Roumanie et la Suisse). Certaines décisions anglaises, en contradiction avec la jurisprudence *Ogden*, appliquent la même règle : v. *Probate, Divorce and Admiralty Division*, 12 juil. 1951, *Clunet*, 1954.194 et 20 mai 1963, *Clunet*, 1965.436.

¹² *Supra*, n^{os} 54 et 56.

¹³ *Rep. de dr. int.*, v^o *Capacité*, n^{os} 53 à 61.

¹⁴ C'est le cas de l'article 503 du code civil suisse (v. *supra*, n^o 59).

de la loi sur l'acquisition et la perte de la nationalité suisse¹⁵ aux termes duquel « la majorité et la minorité — au sens de cette loi — sont celles du droit suisse (article 14 du code civil)¹⁶ ». Cette disposition ne laisse donc aucune place à la règle de conflit. La capacité d'un étranger relative à l'acquisition ou à la perte de la nationalité suisse — qu'il s'agisse d'une question de capacité générale ou de capacité spéciale — est donc régie exclusivement par le droit suisse qui, de surcroît, se trouve être la *lex causae*.

115. Les dispositions relatives aux incapacités professionnelles des étrangers relèvent du second type de lois d'application immédiate. Visant directement les étrangers, elles ne laissent aucune place à la règle de conflit¹⁷. Il en est de même de certaines dispositions qui restreignent la capacité des personnes qui désirent acquérir des immeubles en dehors de leur pays. Ainsi, selon l'article premier de l'arrêté fédéral instituant le régime de l'autorisation pour l'acquisition d'immeubles en Suisse par des personnes domiciliées à l'étranger¹⁸, « l'acquisition d'immeubles en Suisse par des personnes ayant leur domicile ou leur siège à l'étranger est subordonnée à l'assentiment de l'autorité cantonale compétente ». Cette loi vise directement les personnes domiciliées à l'étranger. Elle précise d'ailleurs, dans ses articles 3 et 4, ce qu'il faut entendre par cette expression. Il n'y a donc aucune place pour les règles de conflit : la loi locale s'applique immédiatement ; la loi personnelle ou la *lex causae* n'ont pas à intervenir¹⁹.

116. Les lois du troisième type sont plus difficiles à déceler. Nous en avons trouvé un exemple dans la législation suisse.

¹⁵ Loi fédérale du 29 sept. 1952, *Recueil officiel*, 1952, p. 1115 et s.

¹⁶ L'article 5 du code de la nationalité française contient une disposition analogue. — V. pour un cas de naturalisation : Trib. de la Seine, 8 mai 1936, *Revue*, 1937.456, note Ancel. — Sur l'ensemble de la question, v. FRANCES-CAKIS, « Les questions préalables de statut personnel dans le droit de la nationalité », *RabelsZ*, 1958, p. 466 et s., spécialement p. 482 et s.

¹⁷ Soulignons que la question paraît relever plutôt de la condition des étrangers. Elle échappe ainsi de toute manière à la règle de conflit. — V. aussi, dans ce sens, le cas cité (*supra*, n° 57, note 5) de l'article 980 du code civil français qui exige que les témoins d'un testament public soient français. Cette disposition entraîne une incapacité pour les étrangers. L'incapacité de ces derniers est en effet directement visée par l'article 980.

¹⁸ *Recueil officiel*, 1961, p. 209 et s. et 1965, p. 1252 et s.

¹⁹ Bien que la loi du lieu de situation de l'immeuble coïncide avec la loi locale, seule cette dernière s'applique.

Aux termes de l'article 277, alinéa 3 du code civil suisse, « l'enfant âgé de seize ans révolus a le droit de choisir lui-même sa confession ». Il s'agit bien là d'une disposition d'application immédiate. Le principe de l'article 277 est en effet consacré par l'article 49, alinéa 3 de la Constitution. Les étrangers étant assimilés aux nationaux en ce qui concerne les libertés individuelles²⁰, la disposition du code civil s'applique par conséquent aussi bien aux nationaux qu'aux étrangers, sans laisser de place aux règles de conflit de lois. On ne tiendra donc pas compte de la loi étrangère qui serait applicable en vertu de la règle de conflit, que les prescriptions de cette loi soient plus strictes ou plus larges.

117. Il convient enfin de citer le cas, récemment examiné en France par les juridictions civiles et administratives, de la capacité d'un mineur étranger de s'engager dans l'armée française²¹. Sans paraphraser les nombreux commentaires qu'ont suscités ces décisions, nous nous bornerons à relever que la loi personnelle, puis la *lex causae*, en l'espèce la loi régissant l'acte d'engagement, furent tour à tour écartées au profit exclusif de la loi française, à savoir la loi du 31 mars 1928 sur le recrutement dans l'armée. Selon la Cour de Paris en effet, « si, en principe, l'état des étrangers reste régi en France par leurs lois nationales, celles-ci ne sauraient cependant faire échec aux lois françaises d'ordre public qui s'imposent, même aux étrangers ; tel est le cas des lois concourant à l'organisation de la défense du pays, y compris de leurs dispositions relatives à la capacité des mineurs à s'engager dans l'armée ». On était donc bien en présence d'une loi d'application immédiate²².

²⁰ V. AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse*, 2 vol., Paris et Neuchâtel, 1967, n° 1001.

²¹ *Möller et consorts c. Ministère des Armées*, Trib. grande inst. de la Seine, 28 mai 1964, *Clunet*, 1965.399, note Goldman; Conseil d'Etat, 10 mars 1965, *Clunet*, 1965.656, note Goldman; Paris, 16 févr. 1966, *Revue*, 1966.453, note Lagarde. La première Chambre civile de la Cour de cassation a confirmé l'arrêt de la Cour d'appel de Paris (2 déc. 1968, *Revue*, 1969.281). — Sur cette question, v. également FRANCESKAKIS, *Rep. de dr. int.*, v° *Capacité*, nos 46 à 52; G. DE LA PRADELLE, *Rep. de dr. int.*, v° *Armées*, n° 16.

²² V. cependant les objections de M. Lagarde (*note précitée*, p. 461 et 362) qui aurait préféré le recours à la règle de conflit.

Titre II

DOMAINE D'APPLICATION DES REGLES DE CONFLIT RELATIVES AUX INCAPACITES SPECIALES

118. Au début de cette étude, nous avons fait la distinction entre les incapacités générales et les incapacités spéciales d'une part, et entre les incapacités d'exercice et les incapacités de jouissance d'autre part¹. Par la suite, nous avons établi qu'il ne saurait exister d'incapacités générales de jouissance². Nous n'avons alors parlé que d'incapacités générales d'exercice. Peut-on maintenant poursuivre ce parallélisme en disant que les incapacités spéciales sont des incapacités de jouissance ?

119. Par une suite de déductions logiques, M. Batiffol³ conclut « que les incapacités de jouissance sont forcément spéciales, que les incapacités générales sont forcément d'exercice, et que les incapacités d'exercice sont normalement générales. Il suit de là que les incapacités spéciales sont normalement de jouissance ». L'auteur établit ainsi la « coïncidence des deux divisions : coïncidence des incapacités générales et d'exercice, coïncidence des incapacités spéciales et de jouissance »⁴.

120. S'il est évident que les incapacités générales ne peuvent être que d'exercice⁵, les incapacités spéciales peuvent tout aussi bien être des incapacités d'exercice que des incapacités de jouissance.

S'agissant toutefois de la résolution des conflits de lois en matière d'incapacités spéciales ou de capacités spéciales, la dis-

¹ *Supra*, n° 4.

² *Supra*, n° 9.

³ *Capacité*, p. 210 à 225.

⁴ *Ibidem*, p. 224. V. cependant les réserves émises par l'auteur quant à la rigueur du parallélisme établi (p. 225).

⁵ V. dans ce sens BARTIN, *Principes de droit international privé*, t. II, Paris, 1932, § 230.

inction est sans importance. Il suffit de constater qu'il s'agit d'une incapacité ou d'une capacité spéciale. Ce qui est déterminant, en revanche, c'est le fondement de cette incapacité. Nous avons vu⁶ en effet que le fondement de l'incapacité détermine la loi applicable.

Nous étudierons donc successivement le domaine d'application des deux règles de conflits énoncées plus haut⁷ relatives aux incapacités ou aux capacités spéciales.

⁶ V. *supra* n° 101.

⁷ V. *supra*, n° 102 et n° 104.

Chapitre premier. *Application de la loi qui régit la sphère juridique en cause*

121. Le principe de l'application de la loi qui régit la sphère juridique en cause concerne aussi bien les cas d'incapacités spéciales que les cas de capacités spéciales. L'incapacité spéciale est édictée pour empêcher certaines personnes, normalement capables, d'accomplir certains actes. La capacité spéciale autorise des personnes, normalement incapables, à accomplir certains actes.

Section I. CAS D'INCAPACITES SPECIALES

122. Lorsqu'on parle d'incapacités spéciales, on pense essentiellement aux incapacités de recevoir à titre gratuit. Dans le domaine des conflits de lois, il s'agit plus spécialement des incapacités de recevoir découlant des articles 908 et 909 du code civil français. Nous examinerons ainsi l'incapacité de recevoir des enfants naturels et celle des médecins et ministres du culte¹.

123. Le premier et le troisième alinéa de l'article 908 du code civil français restreignent la capacité des enfants naturels, adultérins ou incestueux de recevoir par donation entre vifs ou par testament. Sur le plan des conflits de lois, la doctrine et la jurisprudence hésitent entre le rattachement de cette incapacité au statut de la filiation et son rattachement au domaine de la vocation successorale.

Deux arrêts de la Cour de cassation, rendus dans la même affaire², optent pour l'application de la loi de la filiation. La

¹ Sur la question en général : v. MAZEAUD, H., « Les conflits de lois relatifs à la capacité de recevoir à titre gratuit », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1926, p. 422 et s.

² Civ., 28 juin 1937, *Revue*, 1938.486, note Batiffol; *Recueil critique Dalloz*, 1944.66, note Savatier. — Civ., 4 nov. 1946, *Revue*, 1948.516, note Batiffol; *Recueil Sirey*, 1947. I. 161, note Niboyet.

question était de savoir si un enfant adultérin alsacien pouvait recevoir le legs que lui avait fait son père français. Ce dernier, décédé en Algérie, avait reconnu son fils conformément au droit en vigueur en Alsace-Lorraine. L'application de la loi successorale, en l'espèce la loi française, empêchait l'enfant adultérin de recevoir ce legs. Or la Cour de cassation décida que l'enfant « était autorisé à se prévaloir de la loi locale qui régit encore son état, et qu'ainsi, devant être considéré comme étranger à la famille de son père, il était apte à bénéficier des dispositions testamentaires de celui-ci qui lui a légué la quotité disponible ; qu'il s'ensuit que l'introduction de l'article 908 du code civil était sans effet à son égard ».

124. Cette solution est presque unanimement rejetée par la doctrine³. Les auteurs estiment que l'incapacité de l'article 908 du code civil relève du statut successoral. Elle doit donc être régie par la loi de la succession⁴. Quant aux deux arrêts de la Cour de cassation, il convient de ne pas leur attribuer une trop grande importance, surtout dans la mesure où ils ne sont pas intervenus dans un conflit international⁵. M. Pallard ajoute d'ailleurs que « le désir d'écarter une incapacité jugée trop rigoureuse a pu être d'un certain poids dans la décision de la Cour »⁶.

125. Il n'existe, à notre connaissance, qu'une seule décision relative au conflit de lois en matière d'incapacité de recevoir des médecins et ministres du culte⁷. Il s'agissait d'une libéralité faite par une malade allemande à son médecin, allemand également, et portant sur des immeubles situés en France. Les héritiers légaux demandaient l'annulation de cette libéralité en application de l'article 909 du code civil français⁸. Le Tribunal de Nice fit droit à leur demande en faisant valoir que, même si l'incapacité de l'article 909 « constitue une règle d'incapacité et appartient au statut personnel, elle n'en touche pas moins, quand

³ Seul M. Savatier (*note précitée*) s'y rallie.

⁴ V. dans ce sens : PALLARD, « La filiation illégitime en droit international privé français », *Revue*, 1953, p. 76, n° 53 ; FOYER, J., *Filiation illégitime et changement de la loi applicable*, Paris, 1964, n°s 469 et s. ; PONSARD, *Rep. de dr. int.*, v° *Disposition à titre gratuit*, n° 10 ; BATIFFOL, n° 651.

⁵ En ce sens : PALLARD et PONSARD, *op. et loc. cit.*

⁶ *Op. cit.*, p. 72, n° 47.

⁷ Trib. civ. de Nice, 28 déc. 1903, *Clunet*, 1904.713.

⁸ Précisons que le droit allemand ne contient pas de dispositions analogues à celles de l'art. 909.

il s'agit d'immeubles situés en France auxquels les dispositions de l'article 3 du code civil français sont applicables, à la condition juridique de la transmission de ces biens, qu'en effet cette disposition d'un caractère exceptionnel peut également rentrer dans le statut réel... ». La loi française fut donc appliquée en tant que loi du lieu de situation des immeubles.

Ce rattachement au statut réel ne se justifie plus aujourd'hui⁹. C'est sans doute ce qui amène M. Batiffol¹⁰ à considérer que le Tribunal de Nice a fait application de la loi successorale.

126. Pour Martin¹¹, l'incapacité de recevoir de l'article 909 doit être envisagée comme une incapacité d'agir du disposant. Elle touche en effet de près aux incapacités générales et entraîne de ce fait l'application de la loi personnelle du disposant. L'éminent auteur considère toutefois¹² que l'incapacité de recevoir de l'article 909 est édictée « pour les médecins et les ministres du culte qui exercent leur profession ou leur ministère en France, quelle que soit leur nationalité, quelle que soit celle du disposant, en quelque lieu qu'ait été fait l'acte à titre gratuit, donation ou testament, par le malade ou le pénitent, qu'il s'agisse, d'ailleurs, de biens situés en France ou à l'étranger »¹³. Il s'agirait donc, selon la terminologie moderne, d'une loi d'application immédiate. Mais Martin préconise cependant de tenir compte du cumul de l'incapacité du disposant et de celle du gratifié, en ce sens que « si la loi personnelle du malade ou du pénitent ne connaissait pas cette incapacité de disposer, les juridictions françaises, saisies de la question de nullité, devraient considérer, sous ce point de vue, la disposition comme valable ».

127. M. Mazeaud¹⁴ voit aussi dans l'article 909 une protection du disposant et non du gratifié. « On ne saurait donc hésiter, écrit-il, quoique le Tribunal de Nice ait décidé le contraire, à appliquer ici la loi nationale du disposant, puisqu'il s'agit d'une

⁹ Sur le déclin du statut réel, v. FRANCESKAKIS, *Rep. de dr. int.*, v° *Conflits de lois (principes généraux)*, nos 214 et s.

¹⁰ N° 651.

¹¹ *Op. cit.*, § 241.

¹² *Ibidem*, § 357.

¹³ En ce sens : LEREBOURS-PIGEONNIERE, *Droit international privé*, 8^e éd. par Y. Loussouarn, Paris, 1962, n° 487.

¹⁴ *Op. cit.*, p. 440 et s.

incapacité véritable du disposant »¹⁵. M. Ponsard partage également cet avis bien qu'il préfère l'application de la loi successorale dans le cas de l'article 908¹⁶.

128. Nous voudrions quant à nous replacer le problème dans le domaine de la capacité. Il nous paraît que les incapacités des articles 908 et 909 du code civil français constituent des incapacités spéciales au sens où nous avons défini cette notion¹⁷. On leur appliquera donc la *lex causae*, c'est-à-dire la loi qui régit la sphère juridique qui est en cause.

Il n'y a dès lors pas lieu de tenir compte de l'incapacité de disposer correspondant à la capacité de recevoir. Dans cette hypothèse, il faudrait admettre qu'il y a protection de la volonté du disposant et appliquer sa loi personnelle. Il n'y a pas lieu non plus de se référer à la qualité du gratifié et appliquer, dans le cas de l'article 908, la loi de la filiation et, dans celui de l'article 909, la loi qui régit l'exercice de la profession du médecin ou du ministre du culte. Il ne s'agit pas là de lois relatives à la sphère juridique qui est en cause.

129. Le but des articles 908 et 909 est en réalité de sauvegarder la dévolution de la succession. L'ensemble des biens du disposant est protégé en faveur de ses héritiers légaux. Aussi, c'est le droit successoral qui constitue la sphère ou la matière juridique en cause et c'est la loi qui régit la succession qui s'applique à ces incapacités spéciales¹⁸.

C'est dès lors à juste titre que le Tribunal de Nice a appliqué la loi du lieu de situation de l'immeuble à l'incapacité du médecin de recevoir par testament du malade qu'il avait soigné. Il ne devait cependant pas le faire en application de l'article 3, alinéa 2 du code civil français mais en vertu de la règle de conflit qui soumet la succession immobilière à la *lex rei sitae*¹⁹.

130. La règle de conflit relative aux incapacités spéciales

¹⁵ L'auteur considère en effet (p. 427) qu'il est impossible « d'étudier les incapacités de recevoir sans étudier les incapacités de disposer; les unes et les autres sont liées indissolublement ».

¹⁶ *Op. cit.*, nos 10 et 11.

¹⁷ *V. supra*, nos 98 et s.

¹⁸ En ce sens : LEREBOURS-PIGEONNIERE, *op. et loc. cit.*

¹⁹ En ce sens : BATIFFOL, n° 651.

conduit, dans ces cas, à l'application de la loi successorale. Le recours à cette règle souligne cependant la difficulté qu'il y a à déterminer exactement l'activité ou la sphère juridique qui est en cause. Ce n'est que par une analyse complète du but de l'incapacité que l'on y parvient.

La solution retenue dans les exemples étudiés ci-dessus démontre, au surplus, qu'il s'agit bien de considérer l'incapacité spéciale comme telle et non de rechercher s'il s'agit d'une incapacité d'exercice ou d'une incapacité de jouissance.

131. La situation est la même s'agissant de l'incapacité d'adopter ou de l'incapacité d'être adopté. Il s'agit d'un cas d'incapacité spéciale auquel il faut appliquer la règle de conflit relative à la catégorie d'incapacités spéciales à laquelle elle appartient. On lui appliquera donc la loi qui régit la sphère juridique qui est en cause, c'est-à-dire, en l'espèce, la loi qui régit l'adoption.

Que l'on envisage d'ailleurs la question du point de vue de l'incapacité d'être adopté ou du point de vue de l'incapacité d'adopter, c'est toujours le régime de l'adoption qui est en cause²⁰. Il en est de même de la majorité pour adopter qui est une majorité spéciale²¹.

Section II. CAS DE CAPACITES SPECIALES

132. Un certain nombre de dispositions législatives habilite parfois la personne frappée d'incapacité générale à accomplir elle-même certains actes. Ce sont des cas d'aménagement de l'incapacité générale. Ils prennent la forme de capacités spéciales ou de majorités spéciales.

133. Nous savons déjà qu'il existe de prétendues « capacités spéciales » qui ne sont en réalité que de simples modalités de l'incapacité générale²². On rencontre aussi, nous l'avons vu

²⁰ Sur cette question en jurisprudence belge, v. Cour d'appel de Bruxelles, 28 juin 1961, *Clunet*, 1965.677 pour la *capacité d'adopter* et Tribunal de Charleroi, 21 déc. 1963, *Clunet*, 1965.679 pour la *capacité d'être adopté*.

²¹ La plupart des législations fixent en effet la majorité pour adopter à un âge plus élevé que l'âge normal de la majorité.

²² *Supra*, n^{os} 106 et s.

plus haut²³, des capacités spéciales qui échappent entièrement aux règles de conflit de lois. Il arrive cependant que l'on se trouve en présence de capacités spéciales proprement dites et pour lesquelles il convient de rechercher, sur le plan international, la loi qui les régit.

La plus importante de ces capacités spéciales et, à vrai dire, la seule qui puisse nous retenir ici, est la *capacité de tester*.

134. De nombreux ordres juridiques accordent la capacité de tester avant l'âge de la majorité. En Suisse et en Italie par exemple, la capacité de tester s'acquiert à 18 ans. En France et en Allemagne, elle existe déjà à 16 ans. Le code civil français restreint toutefois cette capacité à la moitié du patrimoine du disposant. Le droit allemand en revanche ne prévoit aucune limite, si ce n'est des prescriptions spéciales quant à la forme.

Face à cette diversité de solutions, le problème de la loi applicable à la capacité de tester revêt donc une importance certaine. S'il n'a pas donné lieu à une abondante jurisprudence, il n'en a pas moins retenu l'attention des auteurs qui se sont attachés à lui donner diverses solutions²⁴.

135. Pratiquement, la question est de savoir si la capacité de tester entre dans le statut personnel ou dans le statut successoral.

La doctrine est hésitante²⁵. Pour certains auteurs, le rattachement au statut personnel ne fait aucun doute²⁶. En revanche, M. Neuhaus²⁷, de même que Niboyet²⁸, préfèrent la loi successorale. Ces auteurs relèvent cependant que le statut successoral ne saurait s'appliquer exclusivement. Ils admettent l'intervention

²³ C'est le cas de la majorité spéciale fixée par les lois sur la nationalité (v. *supra*, n° 114). C'est également le cas de la capacité spéciale en matière religieuse (v. *supra*, n° 116).

²⁴ Pour une étude complète du problème en droit international privé allemand : v. NEUHAUS, « Die Behandlung der Testierfähigkeit im deutschen internationalen Privatrecht », *RebelsZ.*, 1953, p. 651 et s.

²⁵ V. les auteurs cités par M. Neuhaus.

²⁶ BATIFFOL, n° 651, p. 725 ; LEREBOURS-PIGEONNIERE, *op. et loc. cit.*; PETITPIERRE, « Le droit applicable à la succession des étrangers domiciliés en Suisse ». *Recueil de travaux de la faculté de droit de Neuchâtel*, 1929, p. 242 et 243.

²⁷ *Op. cit.*, p. 654-655.

²⁸ *Traité*, t. IV, n° 1340.

de la loi personnelle. Niboyet propose dès lors une « combinaison nuancée » de la loi personnelle et de la loi successorale.

Pour M. Kegel enfin²⁹, la capacité de tester n'entre dans le statut successoral qui si ce dernier contient des règles spéciales relatives à cette capacité.

136. Nous préférons le rattachement au statut successoral effectué en vertu de la règle de conflit relative à une capacité spéciale de ce genre.

Certes, l'incapacité de tester d'un mineur n'est qu'une simple modalité de son incapacité générale³⁰. Mais, lorsque les dispositions du droit successoral confèrent la capacité de tester avant l'âge de la majorité, nous sommes en présence d'un cas d'aménagement de l'incapacité générale, donc d'une capacité spéciale.

De plus, la capacité de tester ne met pas en jeu la condition même de la personne, mais la future succession du disposant. Il s'agit donc bien d'une disposition de droit successoral.

137. Le rattachement au statut successoral représente cependant un grave inconvénient. En effet, au moment où le disposant rédige ou fait rédiger son testament, il peut ne pas connaître la loi successorale. L'application exclusive de la loi successorale a donc pour conséquence que le disposant ne sait pas toujours s'il jouit ou non de la capacité de tester.

Pour éviter cette conséquence inacceptable, il faut se référer à une loi connue au moment de la disposition de dernière volonté. Et, puisque la capacité de tester est accordée en fonction de l'âge, il y a lieu de se rapporter à la loi personnelle du disposant au moment de l'acte de disposition³¹.

La référence à la loi personnelle n'est toutefois, dans ce cas, qu'une règle spéciale dans la réglementation des conflits de lois relative aux questions successorales. Plusieurs textes législatifs l'entendent d'ailleurs de cette manière.

²⁹ *Internationales Privatrecht*, 2^e éd., Munich et Berlin, 1964, p. 261.

³⁰ *V. supra*, n^o 107.

³¹ Il convient de rappeler ici que l'article 5 de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires ne s'applique pas à la capacité de tester (*v. supra*, n^o 63).

138. L'article 24, alinéa 3 EGBGB dispose par exemple que « si un étranger, qui a fait ou révoqué une disposition de dernière volonté, vient à acquérir la nationalité allemande, la validité de cette disposition ou de sa révocation doit s'apprécier d'après les lois de l'État auquel il appartenait quand il a testé ou révoqué la disposition testamentaire ». L'article 35 de la récente loi polonaise sur le droit international privé³², dans le chapitre des successions, soumet la validité des testaments et des autres actes juridiques à cause de mort à la loi nationale du défunt au moment où ces actes ont été accomplis. Dans la section « lois régissant les successions », l'article 63, chiffre 1 du nouveau code civil portugais dispose³³ : « La capacité de faire, modifier ou révoquer une disposition de dernière volonté ainsi que les exigences spéciales de forme posées en raison de l'âge du disposant, sont régies par la loi personnelle de l'auteur au moment de la déclaration de volonté ».

139. L'article 7, alinéa 4 LRDC souligne plus nettement la différence : il soumet la capacité de tester à la loi du « lieu où le testateur avait son domicile à la date de la disposition de dernière volonté ». Il s'agit bien d'une règle spéciale puisqu'elle déroge au principe de l'application de la loi nationale à la capacité générale³⁴.

Bien que ce ne soit pas le cas des textes mentionnés ci-dessus, il faut néanmoins admettre qu'ils se rattachent au statut successoral. Ces règles sont en effet rédigées uniquement en fonction de la capacité de tester. De plus, elles se trouvent englobées dans les règles de conflit relatives au droit successoral.

Les principes généraux relatifs aux incapacités spéciales ne sont dès lors pas mis en cause.

³² *Revue*, 1966, p. 327.

³³ *Revue*, 1968, p. 378.

³⁴ *V. supra*, n° 24.

Chapitre II. *Application de la loi qui gouverne la situation juridique de la personne*

140. Le mariage peut, dans certains cas, conditionner la capacité d'une personne. L'incapacité spéciale ou la capacité spéciale relève dans ce cas de la seconde catégorie d'incapacités spéciales relevée plus haut¹. Il ne s'agit pratiquement que du cas de l'incapacité de la femme mariée et du cas de l'acquisition de la majorité par le mariage. Examinons ces deux cas.

Section I. L'INCAPACITE DE LA FEMME MARIEE

141. Le problème de la loi applicable à la capacité, parfois restreinte, de la femme mariée soulève une question d'incapacité spéciale. Jurisprudence et doctrine sont loin d'être unanimes en ce qui concerne sa solution². Nous examinerons donc d'abord les diverses solutions jurisprudentielles et doctrinales pour voir ensuite si elles correspondent au principe de l'application de la loi qui gouverne la situation juridique de la personne.

142. La jurisprudence française applique la loi personnelle à la capacité de la femme mariée³. La capacité de la femme mariée étrangère est donc régie par sa loi nationale. Cette jurisprudence est contestée par la doctrine qui préconise l'application de la loi qui régit les effets du mariage⁴.

143. En Suisse, une jurisprudence constante applique éga-

¹ V. *supra*, n° 104.

² Les délégués à la quatrième session de la Conférence de La Haye de droit international privé ne parvinrent pas à se mettre d'accord sur un projet de texte relatif à la loi applicable à la capacité de la femme mariée (v. *Actes de la quatrième session*, 1904, Procès-verbal n° 9, p. 167-170).

³ V. en particulier : Civ., 27 juin 1950, *Revue*, 1951.278, note M'nnery; Chambéry, 23 janv. 1934, *Clunet*, 1935.352; Chambéry, 29 janv. 1934, *Revue*, 1935.133, note Caleb et les décisions citées par M. Batiffol (n° 436, note 51). — V. aussi, M. SIMON-DEPITRE, *Rep. de droit int.*, v° *Femme mariée*, n°s 6 et 8.

⁴ BATIFFOL, n° 436; NIBOYET, *Traité*, t. V, n° 1499; BARTIN, *op. cit.*, § 294.

lement la loi personnelle à la capacité civile de la femme mariée⁵. Dans une décision plus récente, le Tribunal fédéral⁶ a eu l'occasion de confirmer cette jurisprudence. Il s'agissait du problème de la validité d'une reconnaissance de dette signée en Suisse par une femme française en faveur d'un cousin de son mari. Selon l'article 177, alinéa 3 du code civil suisse, l'engagement de la femme envers des tiers dans l'intérêt de son mari est subordonnée à l'approbation de l'autorité tutélaire. Faute d'une telle autorisation, la reconnaissance de dette n'était pas valable au regard du droit suisse. Elle l'était en revanche selon le droit français qui ne connaît pas de disposition analogue à celle de l'article 177. En application de sa loi nationale, la femme était donc valablement engagée⁷.

144. Cette solution est admise par la doctrine⁸ qui y voit une application du principe de la soumission de la capacité civile des étrangers en Suisse à leur loi nationale⁹. Et pourtant, l'article 7, alinéa 1 LRDC affirme que « la capacité civile des femmes mariées est régie, durant le mariage, par la loi du domicile »¹⁰. L'arrêt *Dame Galtier c. Fink* est de ce fait critiqué par M. von Steiger. Ce dernier estime qu'on aurait dû appliquer la loi du domicile, cette loi régissant les effets généraux du mariage¹¹.

145. Les auteurs anglo-saxons ne considèrent pas non plus le problème de la capacité de la femme mariée comme une question d'incapacité spéciale. Ils l'envisagent comme un problème de « capacity » et lui appliquent les règles que nous avons étudiées dans notre partie générale¹².

⁵ Tribunal fédéral, 12 mai 1905, RO, 31 II 266, *Clunet*, 1906.524; Tribunal fédéral, 14 juil. 1914, RO 40 II 322, JT, 1915, p. 197; Cour de justice de Genève, 13 fév. 1925, *Semaine judiciaire*, 1925.310.

⁶ *Dame Galtier c. Fink*, 8 mars 1962, RO, 88 II 1, *Clunet*, 1965.917, observations Lalive.

⁷ La femme soutenait cependant que l'article 177, alinéa 3 était d'ordre public. Cette argumentation fut rejetée (l'arrêt est à cet égard très intéressant; il fait une analyse détaillée de la conception de l'ordre public international).

⁸ SCHNITZER, *Handbuch*, t. I, p. 283; LALIVE, observations précitées.

⁹ V. *supra*, n° 24.

¹⁰ M. Schnitzer estime cependant (*op et loc. cit.*) que cette disposition est tombée en désuétude depuis l'entrée en vigueur du code civil suisse. Il n'apporte toutefois aucune justification à cette affirmation.

¹¹ *Revue de la société des juristes bernois*, 1963, p. 419.

¹² *Supra*, n°s 17 et s.

La jurisprudence américaine est à cet égard intéressante. Mise à part une seule décision de la Cour suprême des Etats-Unis¹³ ayant appliqué la loi du domicile de la femme mariée, toutes les autres décisions en la matière se réfèrent à la loi du lieu de conclusion du contrat¹⁴. L'une de ces décisions¹⁵ a d'ailleurs servi d'exemple à la théorie préconisée par M. Currie¹⁶, théorie de la recherche de l'Etat qui a le plus d'intérêts à l'application de sa loi. Le recours à cette théorie conduit à une abstraction totale de la réglementation générale des conflits de lois, ce que nous ne saurions accepter¹⁷.

146. Pour nous, la détermination de la loi applicable à l'incapacité de la femme mariée doit se faire conformément à la règle de conflit relative aux incapacités spéciales fondées sur une situation particulière de la personne. Si l'incapacité de la femme mariée pouvait être considérée autrefois comme générale, il est incontestable qu'il ne s'agit, de nos jours, que d'une capacité restreinte¹⁸. C'est donc à la loi relative à la situation juridique de la femme mariée qu'il faut se rapporter.

147. Or, si la capacité de la femme mariée est restreinte, c'est en raison même de son mariage. C'en est un effet. Elle est, par conséquent, liée essentiellement aux effets généraux du mariage et aux rapports personnels entre époux. Il convient donc d'appliquer à l'incapacité de la femme mariée la loi qui régit les effets

¹³ *Union Trust Co. v. Grossmann*, 245 U.S. 412 (1918). Pour une critique de cette décision : v. EHRENZWEIG, *A Treatise on Conflict of Laws*, St Paul, Minn., 1962, p. 477.

¹⁴ V. par exemple : *Milliken v. Prat*, 125 Mass. 374 (1878); *Robinson v. Queen*, 87 Tenn. 445 (1889); Haute Cour de Kentucky, 25 janv. 1935, *Clunct*, 1935.1007, note Barbey; Cour suprême de Michigan, 8 déc. 1936, *Recueil Sirey*, 1938. IV. 9, note Barbey.

¹⁵ *Milliken v. Prat*, 125 Mass. 374 (1878).

¹⁶ *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Durham, 1963, spécialement p. 77 et s. — V. également : EHRENZWEIG, « Contractual Capacity of Married Women and Infants in the Conflict of Laws », 43 *Minnesota Law Review*, 899 (1959).

¹⁷ V. à cet effet l'excellente analyse critique de M. Kegel (« The Crisis of Conflict of Laws », *Recueil*, 1964, t. II (112), p. 95 et s., spécialement p. 98 et p. 128 et s.).

¹⁸ Dans ce sens : CAPOTORTI, *Cours*, p. 258.

généraux du mariage¹⁹. Ainsi, dans l'arrêt *Dame Galtier c. Fink*, le recours à cette règle aurait dû conduire à l'application de la loi du domicile, solution qui est d'ailleurs conforme à l'article 7, alinéa 1 LRDC. En France, on appliquera également la loi du domicile à la capacité de la femme mariée si les époux sont de nationalité différente²⁰.

148. La loi normalement applicable à l'incapacité de la femme mariée subira cependant une importante restriction si le lieu où elle s'engage ne restreint pas sa capacité. Il faut en effet admettre dans ce cas l'application du principe de l'ignorance excusable de la loi étrangère²¹. L'arrêt *Dame Galtier c. Fink* réserve d'ailleurs expressément cette exception²².

149. Il arrive aussi que la femme mariée subisse certaines restrictions ou prohibitions découlant du régime matrimonial. C'est le cas, en Suisse par exemple, de l'administration par le mari des apports de la femme²³. « Ce n'est plus alors une question de capacité, c'est, selon l'avocat général Lyon-Caen²⁴, une question de régime qui se pose ». On soumettra donc ces cas à la loi applicable au régime matrimonial.

Ainsi il ne faut pas confondre l'incapacité de la femme mariée avec les restrictions du régime matrimonial, lesquelles se rapportent à la faculté de disposition des biens. Mme Simon-Depître²⁵ a donc raison de dire qu'il y a là une transposition, sur le plan du droit international, de la « distinction de la capacité et des pouvoirs »²⁶.

¹⁹ Cette solution est préconisée par les auteurs français (v. *supra*, n° 130) et par M. von Steiger (v. *supra*, n° 144, note 11). Elle est proposée par M. Capotorti (*op. et loc. cit.*), par MM. de Noya et Eisner (observations sous Cour de cassation de Belgrade, 25 oct. 1937, *Giurisprudenza comparata di diritto internazionale privato*, 1943, p. 63. — Ce dernier arrêt faisait application de la loi du lieu de conclusion du contrat). La doctrine et la jurisprudence allemandes appliquent également cette règle: v. KEGEL, *Staudinger Kommentar*, note 7 ad art. 7 EGBGB. — Tribunal supérieur de Cologne, 5 déc. 1898, *Clunet*, 1905.396; Kammergericht, 2 août 1934, *IPRspr*, 1934, n° 44.

²⁰ V. Civ., 1^{re} sect., 15 fév. 1966, *Revue*, 1966.273, note Batiffol.

²¹ V. *supra*, n°s 69 et s.

²² V. considérant 1. — V. aussi Chambéry, 29 janv. 1934, *Revue*, 1935.133, note Caleb.

²³ Art. 200 du code civil suisse.

²⁴ Conclusions sous Paris, 7 juil. 1928, *Clunet*, 1932.373.

²⁵ *Op. cit.*, n° 26.

²⁶ V. *supra*, n° 3. — Dans le même sens, CAPOTORTI, *op. et loc. cit.*

Section II. L'ACQUISITION DE LA MAJORITE PAR LE MARIAGE

150. Plusieurs législations connaissent l'adage selon lequel « le mariage rend majeur »²⁷. La question se pose alors dans les relations internationales de savoir quelle loi il faut appliquer à ce mode spécial d'acquisition de la capacité générale²⁸.

151. Prenons, par exemple, le cas du mariage d'une Suisse de 18 ans avec un Allemand. Selon la loi suisse, loi personnelle de la jeune fille au moment de son mariage, elle devient majeure. Tel n'est pas le cas, en revanche, en application de la loi allemande, nouvelle loi personnelle dès le mariage. Cependant, aux termes de l'article 7, alinéa 2 EGBGB, « l'étranger majeur ou dans la situation d'un majeur » qui acquiert la nationalité allemande « conserve cette qualité alors même qu'il ne serait pas majeur d'après la loi allemande »²⁹.

152. Face à cette situation, la doctrine allemande est partagée. Pour les uns³⁰, l'article 7, alinéa 2 EGBGB ne s'applique pas puisqu'au moment du changement de nationalité notre jeune Suisse n'est pas une étrangère majeure. Pour Raape cependant³¹, la majorité est acquise car le mariage a pour double effet de rendre majeur selon l'ancien statut et de changer la nationalité selon le nouveau. Raape ajoute d'ailleurs qu'il s'agit là d'une question de statut et non d'effet du mariage.

²⁷ C'est le cas par exemple : en Suisse, en Turquie, en Hongrie, en Pologne, aux Pays-Bas, au Portugal, au Brésil et dans plusieurs Etats des Etats-Unis. L'adage est inconnu du droit allemand. — En France, le mariage ne rend pas majeur. Il donne lieu cependant à une émancipation.

²⁸ Il ne faut pas confondre ce problème avec celui de l'âge nécessaire pour se marier (v. *supra*, n^{os} 111 et 112).

²⁹ Sur cette question du changement de la loi personnelle : v. *supra*, n^{os} 35 et s.

³⁰ V. FRANKENSTEIN, *Internationales Privatrecht*, vol. I, Berlin, 1926, p. 424-425. — LEWALD, *Das deutsche internationale Privatrecht*, Leipzig, 1931, p. 57. — KEGEL, *Kommentar*, note 12 ad art. 7 EGBGB. — ARNDT, *Erman Handkommentar zum BGB*, vol. II, Münster, 1967, note 5 ad art. 7 EGBGB.

³¹ *Staudinger Kommentar*, B 11 ad art. 7 EGBGB. Dans le même sens : WALKER, *Internationales Privatrecht*, 2^e éd., Vienne, 1922, p. 106; WOLFF, *Das Internationale Privatrecht Deutschlands*, 3^e éd., Berlin, 1954, p. 101. — V. aussi : Landgericht Colmar, 18 avril 1902, *Centralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat*, vol. IV, p. 410, n^o 380.

Les auteurs français éprouvent la même hésitation dans le cas de l'émancipation par mariage³².

153. S'agissant d'une majorité spéciale, nous préférons nous référer à la règle de conflit relative aux incapacités spéciales fondées sur une situation particulière de la personne. Dans le cas qui nous occupe, c'est en raison de sa situation de personne mariée que la personne devient majeure. L'acquisition de la majorité est donc ici un effet direct du mariage : c'est la conséquence de la nouvelle situation de la personne. On appliquera donc la loi qui régit les effets généraux du mariage. Le problème est analogue à celui de l'incapacité de la femme mariée³³.

154. La majorité acquise par le mariage n'est donc pas une question de statut personnel mais une question relative aux effets généraux du mariage. Il en est de même de l'émancipation obtenue *ipso jure* par le mariage. En revanche, l'institution de l'émancipation demeure soumise à la loi personnelle³⁴. C'est en effet la capacité générale qui est alors en cause.

³² V. M. SIMON-DEPITRE et J. FOYER, *Rep. de dr. int.*, v^o *Emancipation*, n^{os} 6 et 8.

³³ V. *supra*, n^o 147.

³⁴ V. M. SIMON-DEPITRE et J. FOYER, *op. cit.*, n^o 9.

CONCLUSION

155. Nous avons tenté au cours de cette étude de retenir l'essentiel des problèmes actuels relatifs aux conflits de lois en matière de capacité. L'étude comparative des solutions a permis de mieux comprendre la diversité des systèmes et les raisons de celle-ci.

Au terme de cette analyse, nous devons bien constater que les solutions adoptées ne sont pas très harmonieuses, qu'il s'agisse de la capacité générale ou des problèmes de capacité spéciale¹.

156. En ce qui concerne la capacité générale, on peut considérer que les pays continentaux demeurent attachés au principe de l'application de la loi personnelle. Il en est de même des systèmes juridiques héritiers du « civil law ». Si le cas de la Grande-Bretagne reste incertain, il ne fait aucun doute, en revanche, que les États-Unis rejettent de plus en plus l'application de la loi personnelle en notre matière. Il faut relever, à cet égard, que la jurisprudence *Lizardi* met également en cause l'application de la loi personnelle à la capacité contractuelle.

Ainsi, selon M. Batiffol², « si la capacité est déjà attaquée comme relevant du statut personnel, et si d'autre part la convention de La Haye s'engage sur la voie de la soustraction à ce statut de toute la condition de l'incapable mineur, on a l'impression que véritablement la capacité ne demeurera plus très longtemps dans le statut personnel ».

157. Nous souhaiterions cependant être moins pessimistes que M. Batiffol. En effet, nous ne croyons pas que notre conception continentale du droit international privé soit ébranlée de sitôt

¹ V., pour le droit suisse, les conclusions de M. Carasso (*Des conflits de lois en matière de capacité civile*, Lausanne, 1938, p. 170 et s.).

² *La loi personnelle*, Cours à l'Institut des Hautes Etudes Internationales, 1966-1967 (polycopié), p. 23.

par la manière dont les Américains et, dans une certaine mesure les Anglais, envisagent la résolution des conflits de lois.

Quant à la jurisprudence *Lizardi* et aux règles analogues adoptées par de nombreux systèmes juridiques, nous tenons à souligner qu'elles ont un caractère limité. Même si nous avons suggéré que l'exception devienne une règle, nous avons également souhaité que cette règle se limite aux actes de la vie courante et du commerce³. En soustrayant ainsi cette matière au statut personnel, il nous paraît que le principe de l'application de la loi personnelle à tous les autres problèmes de capacité générale est mieux sauvegardé.

La soustraction du domaine de la protection des incapables au statut personnel est le reflet d'une nécessité moderne. Il ne s'agit toutefois pas d'une question de capacité. D'ailleurs la convention de La Haye sur la protection des mineurs ne s'applique pas à la capacité⁴.

158. S'agissant du problème des incapacités ou des capacités spéciales, nous devons constater que le manque d'harmonie des solutions tient au fait qu'il n'existe pas de règle générale relative à la loi applicable aux incapacités spéciales. Et si une règle générale ne peut être adoptée, c'est que les incapacités spéciales sont soumises, selon leur nature, à des lois différentes.

On peut néanmoins résoudre globalement les conflits de lois en matière d'incapacités spéciales en affirmant que les incapacités spéciales ne rentrent pas dans le statut personnel.

³ V. *supra*, nos 94 et 95.

⁴ V. *supra*, nos 27 et s.

ABREVIATIONS

- Ann. suisse dr. int.* : *Annuaire suisse de droit international — Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht* (depuis 1943).
- BATIFFOL : *Droit international privé*, 4^e éd., Paris, 1967.
- BATIFFOL, *Capacité* : *La capacité civile des étrangers en France*, Paris, 1929.
- BGB : *Bürgerliches Gesetzbuch*, du 18 août 1896.
- CAPOTORTI, *Cours* : « La capacité en droit international privé » (Cours à l'Académie de droit international), *Recueil*, 1963, t. III (110), p. 158 et s.
- Clunet : *Journal du droit international privé*, fondé par E. Clunet en 1874, continué à partir de 1915 sous le titre de *Journal du droit international*.
- EGBGB : *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, du 18 août 1896.
- IPRspr. : *Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts im Jahre (in den Jahren) ...* (publication spéciale de la *RabelsZ*).
- JT : *Journal des tribunaux*, Lausanne.
- LRDC : *Loi fédérale sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour*, du 25 juin 1891.
- MAKAROV : *Quellen des internationalen Privatrechts*, vol. I, textes de lois, Berlin/Tübingen, 1953 ; vol. II, textes des traités internationaux, Berlin/Tübingen, 1960.
- NIBOYET : *Traité : Traité de droit international privé français*, 6 vol. : t. I, 2^e éd., 1947 ; t. II, 2^e éd., 1951 ; t. III, 1944 ; t. IV, 1947 ; t. V, 1948 ; t. VI, 1949-1950 ; Tables, 1960.
- RabelsZ* : *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, fondé par E. Rabel en 1927.
- Recueil* : *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1923 et s.
- Rep. de dr. int.* : *Répertoire de droit international de l'Encyclopédie Dalloz*, 2 vol., Paris, 1968-1969.

Revue : *Revue de droit international privé et de droit pénal international*, fondée en 1905 par A. Darras, continuée sous les titres successifs de *Revue de droit international privé* (1922-1933), *Revue critique de droit international* (1934-1946) et *Revue critique de droit international privé* (depuis 1947).

RO : *Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral*, volume, partie, page.

SCHNITZER, *Handbuch : Handbuch des internationalen Privatrechts*, 2 vol., 4^e éd., Bâle, 1957-1958.

Travaux : *Travaux du Comité français de droit international privé* (depuis 1934).

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GENERAUX

a) Traités et commentaires

- AGUILAR NAVARO (M.) — *Derecho civil internacional*, Madrid, 1960.
- ANTON (A. E.) — *Private International Law, A Treatise from the Standpoint of Scots Law*, Edimbourg, 1967.
- ARMINJON (P.) — *Précis de droit international privé*, Paris, vol. I, 3^e éd., 1947 ; vol. II, 3^e éd., 1958.
- ARNDT (K.) — « *Einführungsgesetz Kommentar* », *Erman Handkommentar zum BGB*, 2. Band, Munster, 1967, p. 1664 et s.
- BALLADORE-PALLIERI (G.) — *Diritto internazionale privato*, 2^e éd., Milan, 1950.
- von BAR (C. L.) — *Theorie und Praxis des Internationalen Privatrechts*, 2 vol., 2^e éd., 1889. Réimpression : Aalen, 1966.
- BARTIN (B.) — *Principes de droit international privé*, Paris, vol. I, 1930 ; vol. II, 1932 ; vol. III, 1935.
- BATIFFOL (H.) — *Droit international privé*, 4^e éd., Paris, 1967.
- BEALE (J. H.) — *A Treatise on the Conflict of Laws*, 3 vol., New York, 1935.
- BECK (E.) — « *Schweizerisches Zivilgesetzbuch - Schlusstitel* », *Kommentar zum ZGB - Gmür*, Band V, II. Abschnitt, Berne, 1932.
- CASTEL (J.-G.) — *Private International Law, A Comparative Study of the Rules Prevailing in Canada and the United States*, Toronto, 1960.
- CHESHIRE (G. C.) — *Private International Law*, 7^e éd., Londres, 1965.
- DICEY-MORRIS — *Conflict of Laws*, 8^e éd., Londres, 1967.
- EHRENZWEIG (A.) — *Private International Law*, Leiden, 1967.
— *A Treatise on the Conflict of Laws*, St-Paul, Minn., 1962.

- FRANKENSTEIN (E.) — *Internationales Privatrecht*, Berlin, vol. I, 1926 ; vol. II, 1929 ; vol. III, 1934 ; vol. IV, 1935.
- GOODRICH (H. F.) — *Handbook of the Conflict of Laws*, 4^e éd., St-Paul, Minn., 1964.
- GRAULICH (P.) — *Principes de droit international privé*, Paris, 1961.
- GRAVESON (R. H.) — *The Conflict of Laws*, 6^e éd., Londres, 1969.
- KEGEL (G.) — *Internationales Privatrecht*, 2^e éd., Munich et Berlin, 1964.
- « Das internationale Privatrecht im Einführungsgesetz zum BGB » *Kommentar zum BGB, Soergel-Siebert*, 9^e éd., Band V, Stuttgart, 1961, p. 503 et s.
- KOEHLER (H.) — *Internationales Privatrecht*, 3^e éd., Vienne, 1966.
- LAUTERBACH (W.) — *Kommentar zum Einführungsgesetz* », *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, 27^e éd., Munich, 1968, p. 1740 et s.
- LEREBOURS-PIGEONNIERE (P.) — *Droit international privé*, 8^e éd., par Yvon Loussouarn, Paris, 1962.
- LEWALD (H.) — *Das deutsche internationale Privatrecht*, Leipzig, 1931.
- MORRIS (J. H. C.) — *Cases on Private International Law*, 4^e éd., Oxford, 1968.
- NEUHAUS (P. H.) — *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, Berlin et Tübingen, 1962.
- NIBOYET (J.-P.) — *Traité de droit international privé français*, Paris, t. I, 2^e éd., 1947 ; t. II, 2^e éd., 1951 ; t. III, 1944 ; t. IV, 1947 ; t. V, 1948 ; t. VI, 1949-1950 ; Tables, 1960.
- NUSSBAUM (A.) — *Deutsches Internationales Privatrecht*, Tübingen, 1932.
- PILLET (A.) — *Traité pratique de droit international privé*, 2 vol., Paris, 1923-1924.
- RAAPE (L.) — « Internationales Privatrecht, Kommentar zum Einführungsgesetz », *Staudinger Kommentar*, 9^e éd., Band VI, 2. Teil, Munich/Berlin/Leipzig, 1931.
- RABEL (E.) — *The Conflict of Laws : a Comparative Study*, 4 vol., Ann Arbor, vol. I, 2^e éd., 1958 ; vol. II, 2^e éd., 1960 ; vol. III, 1950 ; vol. IV, 1958.

- REICHEL (A.) — «Schlusstitel Anwendungs- und Einführungsbestimmungen zum schweizerischen Zivilgesetzbuch», *Kommentar zum ZGB - Egger*, Band VI, Zurich, 1916.
- SZASZY (E.) — «Private International Law in Socialist Countries», *Recueil*, 1964, t. III (113), p. 163 et s.
- SCHMITTHOFF (C. M.) — *The English Conflict of Laws*, 3^e éd., Londres, 1954.
- SCHNITZER (A.) — *Handbuch des internationalen Privatrechts*, 2 vol., 4^e éd., Bâle, 1957-1958.
- SCHOENENBERGER (W.) / JAGGI (P.) — «Das Obligationenrecht», *Kommentar zum ZGB*, 3^e éd., Band V 1 a, Zurich, 1961.
- STAUFFER (W.) — *Das internationale Privatrecht der Schweiz auf Grund des BG betr. die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter vom 25. Juni 1891/10. Dezember 1907*, Aarau, 1925.
- VALLADAO (H.) — «Le droit international privé des Etats américains», *Recueil*, 1952, t. II (81), p. 5 et s.
- VISCHER (F.) — «Internationales Privatrecht», *Schweizerisches Privatrecht*, t. I, Bâle, 1969, p. 509 et s.
- WALKER (G.) — *Internationales Privatrecht*, 2^e éd., Vienne, 1922.
- WOLFF (M.) — *Das internationale Privatrecht Deutschlands*, 3^e éd., Berlin, 1954.

b) Monographies

- ARMINJON (P.) — «La notion des droits acquis en droit international privé», *Recueil*, 1933, t. II (44), p. 5 et s.
- AUBIN (B.) — «Der Anknüpfungsrückgriff im deutschen internationalen Familienrecht», *RabelsZ*, 1958, p. 659 et s.
- BARBEY (J. P.) — *Le conflit de lois en matière de contrats dans le droit des Etats-Unis et le droit anglais comparé au droit français*, Paris, 1938.
- BATIFFOL (H.) — *Les conflits de lois en matière de contrats*, Paris, 1938.
- «Le droit international privé français est-il fidèle à la loi nationale ?» *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Paris, 1960, p. 22 et s.
- «Les chances de la loi nationale», *Libri Amicorum Baron Louis Fredericq*, 2 vol., Gent, 1966, vol. I, p. 151 et s.

- *La loi personnelle*, Cours à l'Institut des Hautes Etudes Internationales, 2 fascicules photocopiés, 1966-1967.
- BISCHOFF (J. M.) — *La compétence du droit français dans le règlement des conflits de lois*, Paris, 1959.
- CHESHIRE (G. C.) *International Contracts*, Glasgow, 1948.
- DELAUME (G. R.) — « L'influence de la nationalité française sur la solution des conflits de lois en matière de droit des personnes », *Revue*, 1949, p. 5 et s.
- FRANCESCAKIS (Ph.) — *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, 1958.
- « Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflits de lois », *Revue*, 1966, p. 1 et s.
- GRAVESON (R. H.) — *Statuts in the Common Law*, Londres, 1954.
- KEGEL (G.) — « The Crisis of Conflict of Laws », *Recueil*, 1964, t. II (112), p. 95 et s.
- MARKOFF (M. G.) — « Le règlement du statut personnel dans les traités conclus entre l'URSS et les démocraties populaires », *Revue*, 1966, p. 575 et s.
- RATHGEB (Ch.) — « La loi applicable aux Suisses à l'étranger en vertu de l'article 28 ch. 2 LRDC », *Festschrift Hans Lewald*, Bâle, 1953, p. 395 et s.

II. OUVRAGES SPECIAUX RELATIFS A LA CAPACITE

- ALLEN (C.) — « Status and Capacity », *Law Quarterly Review*, 1930, p. 277 et s.
- AUBRY (E.) — *L'incapacité de la femme mariée en droit international privé français*, Paris, 1933.
- BATIFFOL (H.) — *La capacité civile des étrangers en France*, Paris, 1929.
- « La capacité de contracter », *Travaux*, 1ère année, Paris, 1935, p. 21 et s.
- BERNHARDT (H.) — *Die Handlungs- und Prozessfähigkeit ausländischer natürlicher Personen in der Schweiz*, Riga, 1928.
- BEWES (W.) — « Contractual Capacity in Commerce », *Transactions of the Grotius Society*, vol. 16 (1931), p. 13 et s.
- BREDIN (J.-D.) — « Capacité - Protection des incapables », *Juris-classeur de droit international*, Fascicule 545.

- CAPOTORTI (F.) — « La capacité en droit international privé », *Recueil*, 1963, t. III (110), p. 157 et s.
- *Lezioni di diritto internazionale privato. Parte speciale : la capacità*, Bari, 1960.
- CARASSO (M.) — *Des conflits de lois en matière de capacité civile spécialement en droit suisse*, Lausanne, 1938.
- DE CASTRO (A.) — « Da Capacidade em Direito Internacional Privado », *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de Minas Geraes, Brésil*, octobre 1952, p. 48-49, compte-rendu de J. Lisbonne in *Revue*, 1953, p. 889.
- CHENG (F. T.) — *The Rules of Private International Law Determining Capacity to Contract*, Londres, 1916.
- CLARENCE SMITH (J. A.) — « Capacity in the Conflict of Laws : a Comparative Study », *International and Comparative Law Quarterly*, 1952, p. 446 et s., compte-rendu in *Revue*, 1953, p. 213.
- CURRIE (B.) — « Married Women's Contracts : A Study in Conflict of Laws Method », 25 *Chicago Law Review*, 227 (1958).
- DAYANT (R.) — *Rep. de dr. int.*, v° *Majeur incapable*.
- DUTOIT (B.) — « La protection des incapables majeurs en droit international privé », *Revue*, 1967, p. 465 et s.
- EHRENZWEIG (A.) — « Contractual Capacity of Married Women and Infants in the Conflict of Laws », 43 *Minnesota Law Review*, 899 (1959).
- FRANESKAKIS (Ph.) — *Rep. de dr. int.*, v° *Capacité*.
- GOLDSCHMIDT (W.) — « La Capacidad en el Derecho Internacional Privado Argentino », *Revista del Instituto del Derecho Civil de Tucuman*, 1953, t. II, n° 3, p. 109 et s., compte-rendu in *Revue*, 1954, p. 445.
- GRAULICH (L.) — « Quelques réflexions sur les conflits de lois relatifs à la capacité de contracter », *Mélanges Mahaim*, Paris, 1935, t. II, p. 644 et s.
- HARRIES (H.) — *Das deutsche internationale Entmündigungsrecht*, Göttingen, 1955 (polycopié).
- HOLLEAUX (G.) — « Remarques sur l'évolution de la jurisprudence en matière de reconnaissance de décisions étrangères d'état et de capacité », *Travaux*, IX^e à XII^e année, Paris, 1953, p. 179 et s.
- JORDAN (C.) — « Quelques considérations sur les conditions de l'application aux étrangers de leurs lois nationales en matière

- d'état et de capacité et sur le système du renvoi », *Revue*, 1922-23, p. 672 et s.
- KNAUBER (K.-H.) — *Zur Reichweite des Art. 7 EGBGB*, Gaggenau, 1960.
- LOUIS-LUCAS (P.) — « Le problème de la loi applicable à l'état et à la capacité des personnes », *Travaux*, VIII^e et IX^e années, Paris, 1951, p. 95 et s.
- MARTIN (A.) — « De la capacité civile au point de vue du droit international privé, selon la législation fédérale suisse », *Clunet*, 1883, p. 29 et s.
- MAZEAUD (H.) — « Les conflits de lois relatifs à la capacité de recevoir à titre gratuit », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1926, p. 442 et s.
- MORRIS (J. H. C.) — « Capacity to Make a Marriage Settlement Contract in English Private International Law », *Law Quarterly Review*, 1938, p. 78 et s.
- MOSER (R.) — « Nach welchem Recht - Heimatrecht oder schweizerischem Recht - bestimmt sich seit dem 1. Januar 1953 die Handlungsfähigkeit der Ausländer in der Schweiz? », *Schweizerische Juristen Zeitung*, 1953, p. 72 et s.
- NEUHAUS (P. H.) — « Die Behandlung der Testierfähigkeit im deutschen internationalen Privatrecht », *RabelsZ*, 1953, p. 651 et s.
- PAGENSTECHE (M.) — « Zur Prozessfähigkeit der Ausländer nach deutschem internationalem Zivilprozessrecht », *Festschrift Raape*, Hamhourg, 1948, p. 249 et s.
- « Zur Geschäftsfähigkeit der Ausländer in Deutschland », *RabelsZ*, 1949, p. 189 et s.
- RAAPE (L.) — « Der Anwendungsbereich des ostzonalen Gesetzes über die Herabsetzung des Volljährigkeitsalters », *Neue juristische Wochenschrift*, 1951, p. 457 et s.
- SCHIPPEL (H.) — *Rechtsverkehr mit geschäftsunfähigen und beschränkt geschäftsfähigen Personen nach internem und internationalem deutschem Privatrecht*, Cologne, 1963 (VII. Internationaler Kongress des lateinischen Notariats).
- SIMON-DEPITRE (M.) — *Rep. de dr. int.*, v^o Mineur.
- SURVILLE (F.) — « De la validité des contrats passés en France par un étranger incapable d'après sa loi nationale, mais capable d'après la loi française », *Clunet*, 1909, p. 625 et s.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION (n ^{os} 1-8)	9
--	---

PREMIERE PARTIE :

LES INCAPACITES GENERALES

(n ^{os} 9-95)	15
<i>Titre I : L'application de la loi personnelle aux incapacités générales (n^{os} 10-52)</i>	17
Chapitre premier : Principe de l'application de la loi personnelle à la capacité (n ^{os} 11-30)	18
Section I : Le rattachement de la capacité au statut personnel (n ^{os} 12-20)	18
Section II : Le choix de la loi personnelle applicable à la capacité (n ^{os} 21-28)	22
Chapitre II : Les incapacités soumises à la loi personnelle (n ^{os} 31-52)	31
Section I : L'incapacité générale des mineurs (n ^{os} 34-42)	32
Section II : Les autres incapacités générales soumises à la loi personnelle (n ^{os} 43-49)	37
<i>Titre II : Restrictions à l'application de la loi personnelle normalement compétente (n^{os} 53-95)</i>	43
Chapitre premier : Restrictions dues à la théorie générale des conflits de lois (n ^{os} 54-68)	44
Section I : Restrictions entraînées par les conflits de lois pris au sens large (n ^{os} 56-59)	44

Section II : Exceptions ou restrictions entraînées par les conflits de lois pris au sens étroit (n ^{os} 60-68) . . .	47
§ 1. <i>Qualification</i> (n ^{os} 61-64)	48
§ 2. <i>Renvoi</i> (n ^{os} 65-66)	50
§ 3. <i>Ordre public - Fraude à la loi</i> (n ^{os} 67-68) . . .	51
Chapitre II : Restriction propre au domaine de la capacité (n ^{os} 69-95)	52
Section I : Solutions adoptées (n ^{os} 70-77)	52
Section II : Analyse du principe (n ^{os} 78-95)	58
§ 1. <i>Fondement du principe</i> (n ^{os} 79-82)	59
§ 2. <i>Conditions d'application du principe</i> (n ^{os} 83-84)	60
§ 3. <i>Limites d'application du principe</i> (n ^{os} 85-92)	
A. Quant à la matière (n ^{os} 85-88)	61
B. Quant à l'espace (n ^{os} 89-92)	64

DEUXIEME PARTIE :

LES INCAPACITES SPECIALES

(n ^{os} 96-154)	69
<i>Titre I</i> : Loi applicable aux incapacités spéciales (n ^{os} 97-117)	71
Chapitre premier : Règles de conflit relatives aux incapacités spéciales (n ^{os} 98-105)	72
Chapitre II : Exceptions à l'application de la loi normalement compétente en matière d'incapacités spéciales (n ^{os} 106-117)	75
Section I : Exceptions dues à la qualification (n ^{os} 107-112)	75
Section II : Exceptions des lois d'application immédiate (n ^{os} 113-117)	78
<i>Titre II</i> : Domaine d'application des règles de conflit relatives aux incapacités spéciales (n ^{os} 118-154)	81
Chapitre premier : Application de la loi qui régit la sphère juridique en cause (n ^{os} 121-139)	83
Section I : Cas d'incapacités spéciales (n ^{os} 122-131)	83
Section II : Cas de capacités spéciales (n ^{os} 132-139)	87

Chapitre II : Application de la loi qui gouverne la situation juridique de la personne (n ^{os} 140-154)	91
Section I : L'incapacité de la femme mariée (n ^{os} 141-149)	91
Section II : L'acquisition de la majorité par le mariage (n ^{os} 150-154)	95
CONCLUSION (n ^{os} 155-158)	97
ABREVIATIONS	99
BIBLIOGRAPHIE	101
TABLE DES MATIERES	107

IMPRIMERIE H. MESSELER - NEUCHÂTEL
1970