

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

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 3 (1884)

Artikel: La loi fédérale sur les rapports de droit civil des Suisses établis ou en séjour : Art. 46 de la Constitution fédérale

Autor: Soldan, C.

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-896721>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. [Siehe Rechtliche Hinweise.](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. [Voir Informations légales.](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. [See Legal notice.](#)

Download PDF: 17.05.2025

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

Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins zu Lausanne den 15. und 16. September 1884.

Referat

von Herrn Cantonsrichter CH. SOLDAN in LAUSANNE.

La loi fédérale sur les rapports de droit civil des Suisses établis ou en séjour.

Art. 46 de la Constitution fédérale.

Introduction.

La coexistence de législations particulières dans le sein d'une confédération telle que la nôtre peut être envisagée à deux points de vue.

Sous le rapport *politique*, que nous n'avons pas à discuter ici, la diversité des droits déplaîra naturellement à ceux qui rêvent, si ce n'est un Etat unitaire, du moins la prédominance toujours plus marquée du pouvoir central. Au contraire, les partisans de l'idée fédéraliste tiendront à conserver les droits locaux, comme étant une manifestation vivante de la souveraineté des Etats particuliers.

Mais les considérations politiques ne sont pas les seules qui jouent un rôle dans les questions de législation. Sans doute, c'est une grosse affaire que de déterminer le pouvoir dont doit émaner une loi; mais ce qui importe bien plus au

public, c'est d'avoir une loi qui réponde à ses besoins, qui ne le froisse pas dans ses habitudes et dont l'application donne le moins possible lieu à des difficultés. Tel est le second côté de la question, le côté *juridique*.

Or, à ce second point de vue, il faut reconnaître que la coexistence de diverses législations n'offre guère d'inconvénients, à la condition toutefois qu'elle ne soit pas une source perpétuelle de conflits. Y a-t-il réellement un grand mal à ce que le droit de succession ou le régime matrimonial varient d'un canton à l'autre, alors que d'ailleurs en ces matières les parties jouissent elles-mêmes d'une liberté plus ou moins étendue? Nous ne le pensons pas et nous avons la conviction que le peuple ne le pense pas non plus. Mais ce qui constitue effectivement un inconvénient, et un grand inconvénient, c'est la possibilité de conflits entre les lois particulières; c'est l'incertitude juridique qui naît de ce que les cantons, appliquant leur souveraineté à la fois à leurs ressortissants par le droit de cité et aux habitants de leur territoire, créent ainsi des situations intolérables pour le public, si ce n'est inextricables pour les juristes eux-mêmes. Un député de Genève a dit d'un pareil état de choses qu'il était digne d'un peuple sauvage; sans aller aussi loin, nous dirons à notre tour que l'absence d'une loi destinée à prévenir les conflits a contribué à populariser l'idée de l'unification du droit plus que toutes les considérations politiques. Remplaçons les droits cantonaux par un droit unique, puisqu'il n'est pas possible de prévenir autrement les conflits de lois: c'est certainement là un raisonnement qui a dû séduire bien des gens.

La Constitution fédérale de 1874 a adopté concurremment les deux moyens propres à empêcher à l'avenir des empiètements regrettables. Pour certaines matières, telles que le droit des obligations, la poursuite pour dettes et la faillite, l'état civil et le mariage, etc., elle a eu recours à la mesure radicale de la centralisation; et, pour les objets qui échappaient à l'unification, elle a tout au moins, à ses articles 46 et 47, donné à la Confédération le droit de déterminer législative-

ment la sphère d'application des lois cantonales, en tant qu'il s'agit de personnes établies en Suisse ou de Suisses en séjour.

L'idée de pareilles mesures n'était d'ailleurs pas nouvelle. Les questions que la Société des juristes a mises à l'ordre du jour de la réunion actuelle se discutent depuis fort longtemps et elle-même les a abordées plus d'une fois. Il est donc nécessaire, avant d'entrer dans le fond même de notre sujet, de jeter un coup d'œil sur les efforts qui se sont faits en Suisse, depuis qu'elle est organisée sur ses bases actuelles, afin de prévenir les conflits qui peuvent se produire entre les législations cantonales.

Chapitre premier.

Aperçu historique.

I. Période antérieure à 1865. Projet de loi fédérale de 1862.

Le Pacte de 1815, qui marquait un retour vers le passé, n'était pas conçu dans un esprit qui permît au pouvoir central de limiter la souveraineté cantonale en matière de législation civile. Des conflits devaient donc se produire. Ils furent même assez nombreux pour que les cantons s'efforçassent d'y remédier de leur chef. De là d'assez nombreux *concordats*. Nous aurons à revenir dans la suite sur ceux qui subsistent encore aujourd'hui.

La Constitution fédérale de 1848 ne donnait pas précisément au pouvoir central la compétence de légiférer sur les rapports de droit civil des Suisses établis. Cependant elle garantissait le droit d'établissement moyennant certaines conditions et obligeait les cantons à traiter les confédérés chrétiens comme leurs propres ressortissants en matière de législation et pour tout ce qui concerne les voies juridiques. Elle plaçait en outre dans les attributions de l'Assemblée fédérale les dispositions législatives touchant le libre établissement. Le Conseil fédéral était chargé de veiller à l'observation de

la Constitution fédérale et des concordats et de prendre de son chef les mesures nécessaires pour les faire observer; les décisions ou mesures qu'il prenait à cet égard pouvaient à leur tour faire l'objet de réclamations à l'Assemblée fédérale¹⁾.

La conséquence de ces diverses dispositions fut de nan-tir le Conseil fédéral et les Chambres d'une quantité de re-cours, dont beaucoup soulevèrent des questions fort difficiles et donnèrent lieu à de longs débats²⁾. Souvent on était obligé par des raisons d'incompétence de laisser passer de-véritables abus. En outre, le défaut de dispositions légis-latives précisant les principes constitutionnels, toujours fort généraux, se faisait vivement sentir.

C'est ce qui, dès 1860, donna lieu à divers postulats adoptés soit par le Conseil national, soit par le Conseil des Etats³⁾. Enfin, généralisant leurs décisions précédentes, les deux conseils votèrent les 22/24 juillet 1862 l'arrêté suivant:

„Le Conseil fédéral est invité à examiner s'il y aurait lieu de poser des normes généralement applicables, non-seulement en ce qui concerne la question de l'imposition, pour s'acquitter des mandats que lui a donnés précédemment l'Assemblée fédérale, mais aussi sur les rapports de droit et la juridiction des établis suisses, pour le droit personnel, celui des successions, les mariages, les tutelles, etc.; en d'autres termes, s'il y aurait lieu d'élaborer une loi de compétence déterminant les droits de souveraineté des can-tons vis-à-vis des établis et de leurs ressortissants absents.“

Répondant à ces diverses invitations, le Conseil fédéral soumit aux chambres, déjà le 28 novembre 1862, un *message et projet de loi concernant la fixation et la détermination de la compétence des cantons à l'égard des Suisses établis sur leur ter-ritoire*⁴⁾.

Tout comme les chambres, le Conseil fédéral n'hésitait

¹⁾ Constitution de 1848, art. 41, 48, 74 chiffres 13 et 15, 90 chiffre 2.

²⁾ Voir *Ullmer*, Le droit public suisse.

³⁾ Voir le texte de ces décisions dans *Ullmer*, II, n° 1092.

⁴⁾ *Feuille fédérale*, 1862, III, p. 471 et suivantes. Le rédacteur du projet de loi et du message était M. Dubs, alors chef du Département fédéral de Justice et Police.

pas à reconnaître qu'il était nécessaire de remédier aux conflits de souveraineté entre cantons. Il estimait que la Confédération était compétente à cet égard, soit en vertu des dispositions de la constitution, soit parce que l'Assemblée fédérale se trouvait dans la nécessité de poser certains principes à la base des décisions qu'elle était appelée à rendre *in casu*.

Quant au but de la loi, le Conseil fédéral pensait qu'il ne pouvait être „de régler d'une manière matérielle et directe la position juridique des établis dans les rapports de droit qu'elle touche“, mais seulement „de déterminer, pour chaque rapport de droit, à quel canton il appartient de le régler, et naturellement de fixer ces compétences de manière à mettre en équilibre les droits et les obligations.“

Poser la question de cette manière, c'était s'obliger à choisir entre le principe de la territorialité et celui de la nationalité. Dans l'opinion du Conseil fédéral, les chambres avaient toute latitude pour préférer l'un ou l'autre de ces deux principes, mais, tout en reconnaissant que la question n'était point susceptible d'une solution uniforme pour tous les temps et pour toutes les situations, il se prononçait plutôt pour le système territorial, comme correspondant mieux à la tendance générale de l'époque. Conformément à cette manière de voir, le projet consacrait le principe de la territorialité pour les impôts, les rapports des époux quant aux biens, la tutelle, les successions et les faillites, mais réservait l'application de la loi d'origine à la célébration et à la dissolution du mariage, ainsi qu'à l'acquisition de la nationalité et de la bourgeoisie par la naissance ou des actes subséquents.

Un projet aussi important ne pouvait manquer de donner lieu à des débats approfondis. De nombreuses propositions surgirent au sein des Chambres et de leurs commissions, mais bientôt il se manifesta une opposition qui, gagnant toujours plus d'adhérents, finit par triompher¹⁾.

¹⁾ Voir les divers rapports dans la *Feuille fédérale*, année 1863, I, p. 149 et 159; III, p. 1, 73 et 553. Voir aussi dans Ullmer un tableau complet des propositions et décisions concernant le projet, II, p. 406 et suiv.

Déjà au Conseil des Etats, qui avait la priorité, une minorité de la commission, composée de MM. Rüttimann, Eytel et Steinegger, s'opposa à l'entrée en matière par le motif que le projet empiétait sur la souveraineté cantonale. Le projet fut toutefois adopté le 21 janvier 1863, mais avec des modifications importantes, notamment la suppression des titres relatifs aux successions et aux faillites.

Au Conseil national, la non-entrée en matière, proposée par MM. de Miéville, Camperio et Segesser, ne fut pas adoptée non plus; mais les décisions du 20 juillet 1863 vinrent encore amender le projet plus profondément, surtout en consacrant l'application de la loi d'origine en matière de successions.

Ces remaniements ayant considérablement renforcé l'opposition, le Conseil des Etats rejeta, en second débat, l'ensemble de la loi, à une voix de majorité. En présence de cette décision, le Conseil national déclara, le 31 juillet 1863, ne plus pouvoir continuer la discussion et se borna à inviter le Conseil fédéral à présenter en temps opportun de nouvelles propositions.

II. Essai de révision partielle de 1865.

Un des principaux motifs qui avaient contribué au rejet du projet de 1862 était son inconstitutionnalité apparente ou réelle. Aussi, lorsque le traité d'établissement conclu avec la France en 1864 engagea les autorités fédérales à étudier la révision partielle de la constitution de 1848, le Conseil fédéral jugea-t-il le moment opportun pour reprendre la question. Il proposa en conséquence d'ajouter à l'art. 41 de la constitution un chiffre 7, ainsi conçu:

„La Confédération a le droit d'établir des dispositions pour la protection du citoyen établi contre des prétentions simultanées de plusieurs législations cantonales.“

Le message du 1^{er} juillet 1865, qui accompagnait le projet de révision,¹⁾ motivait cette proposition en insistant

¹⁾ *Feuille fédérale*, 1865, III, p. 35.

sur l'état d'incertitude où se trouvait toute la classe des Suisses établis au point de vue de leurs rapports de droit. „Cette incertitude, disait-il, est préjudiciable non-seulement pour les établis, mais encore elle expose à de certains dangers tout le public qui est en relations avec eux. C'est ainsi, par exemple, que dans des questions d'impôt et de tutelle cet état de choses est une source d'embarras pour les communes et même pour les cantons; il a notoirement fait naître d'innombrables conflits qui ont pour ainsi dire été tranchés par le libre arbitre des autorités. Ces conflits ont presque tous eu pour objet une seule et même question. D'une part le canton d'origine prétend que son droit fait règle pour ses ressortissants; qu'il a été leur point de départ et que c'est à lui qu'ils reviennent, surtout quand ils ont mal réussi ailleurs. C'est donc sur le canton d'origine que pèse toute la responsabilité, à laquelle doivent équitablement correspondre certains droits. D'autre part le canton de l'établissement dit: Ce n'est pas le passé, ce n'est pas un avenir incertain qui décide, mais ce sont les circonstances présentes et la réalité. Celui qui réclame la protection d'un canton se place naturellement sous sa loi. On éprouve donc généralement le besoin d'une règle fixe, afin que chacun sache à quoi s'en tenir, et que l'on ne soit plus exposé à voir un citoyen soumis à une double imposition, à une double tutelle par le motif que les gouvernements n'ont pu tomber d'accord. Aussi longtemps que l'établissement dans un autre canton sera sujet à de tels inconvénients, on n'aura pas réalisé le libre établissement.“

La nécessité de l'adjonction proposée par le Conseil fédéral fut reconnue en principe par les deux chambres. Craignant toutefois que la rédaction primitive ne préjugeât la question dans le sens du principe de la territorialité,¹⁾ ou finit par donner à la proposition la forme suivante, sous laquelle elle fut soumise à la votation populaire:

„Art. 41, § 7 (nouveau). Il demeure réservé à la législation fédérale de déterminer si les lois du canton d'origine ou celles du

¹⁾ Voir le rapport de la Commission du Conseil national, *Feuille fédérale*, 1865, III, p. 611.

canton de l'établissement sont applicables aux Suisses établis en matière d'impôts et en ce qui concerne leurs rapports civils.⁴

On sait que des 9 points sur lesquels le peuple eut à se prononcer le 14 janvier 1866, un seul fut adopté. La disposition relative aux droits civils fut rejetée par 189,830 voix contre 125,924 et par 13 cantons contre 9.

Malgré cet échec, la question subsistait et c'est ce qui engagea la Société suisse des juristes à mettre à l'ordre du jour de sa réunion de 1867, tenue à Glaris, l'utilité d'une loi fédérale réglant les rapports de droit civil des Suisses établis. Le rapporteur, M. le professeur Rüttimann, recommanda l'élaboration d'un concordat intercantonal sur la base du projet de 1862 et des discussions de 1863. Il estimait en résumé que le principe de la loi d'origine devait être conservé comme règle, quelques concessions pouvant toutefois être faites au principe de la territorialité, notamment en matière de tutelle.¹⁾

III. Projet de révision fédérale de 1872.

Tout en demandant l'unification partielle, sinon complète, du droit civil, le programme révisionniste élaboré en décembre 1869 et janvier 1870 par les membres radicaux de l'Assemblée fédérale prévoyait, à son art. 1^{er}, la „détermination en principe, par la législation fédérale, des rapports des Suisses établis en matière d'impôts et de droit civil“. Le programme libéral, issu en juillet 1869 des délibérations du Casino, indiquait aussi cet objet au nombre des réformes réclamées.²⁾

Le même point de vue était partagé par le Conseil fédéral. Après avoir rappelé les nombreux conflits de législations qui s'étaient produits et après en avoir indiqué les causes, le message du 17 juin 1870 continuait en ces termes :³⁾

¹⁾ Voir *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, Tome XVI, p. 4 et suiv., et p. 9 et suiv.

²⁾ Voir *Protocole des délibérations du Conseil national suisse* concernant la révision de 1871—1872. Introduction, p. XVI et suiv.

³⁾ Voir *Message* du Conseil fédéral, dans le *Protocole* cité plus haut, Annexes, p. 16 et suiv.

„Comme il est impossible de placer sous une double législation les personnes établies, si l'on veut éviter une double imposition, une double tutelle etc., il ne reste pas autre chose à faire, pour en finir avec ces conflits, que de déterminer clairement quelle est la loi qui doit primer l'autre en chacune de ces matières, et le seul moyen d'atteindre ce but est évidemment de décréter une loi fédérale sur cet objet. Les décisions prises jusqu'à présent par l'Assemblée fédérale facilitent déjà beaucoup l'élaboration d'une loi de ce genre, de sorte qu'on ne rencontrera plus les mêmes difficultés qu'il y a une dizaine d'années, alors que la question se présentait pour la première fois.“

En conséquence, le Conseil fédéral proposait d'ajouter à l'art. 41 un chiffre 7, ainsi conçu :

„Il appartient à la législation fédérale de décider si ce sont les lois du canton d'origine ou celles du canton où le Suisse est établi qui font règle en matière d'impôts et en ce qui concerne les rapports de droit civil.“

Le message espérait que cette disposition suffirait à faire disparaître les conflits, le public pouvant dorénavant contracter en toute sécurité et en toute connaissance de cause.

„Ce n'est pas un mince avantage, ajoutait-il, que de sortir des incertitudes du régime actuel un quart de million d'habitants et de les faire rentrer sous un régime régulier. La peine qu'on se donnera à ce sujet sera largement compensée par les grands avantages matériels et moraux qui en résulteront pour le pays.“

Cependant la manière de voir du Conseil fédéral, qui se bornait à demander pour la Confédération la compétence de légiférer sur les rapports de droit civil, ne tarda pas à être critiquée. C'est ainsi qu'une pétition de M. Niederer, greffier du Tribunal d'appel, à Trogen, vint demander „que la position du canton d'origine et du canton d'établissement, en ce qui concerne les impositions et les autres rapports de droit civil des citoyens établis, fût régularisée par la constitution elle-même et non par la législation subséquente.“¹⁾

¹⁾ Voir *Protocole des délibérations de la Commission du Conseil national*, Annexe C, p. 4.

La section politique de la commission du Conseil national, chargée d'étudier la question de la révision, adopta ce point de vue, et proposa de dire ce qui suit à l'art. 42 :

„Le Suisse établi est soumis à la juridiction et à la législation du domicile en ce qui concerne les rapports de droit civil et les impôts. Pour le cas où le même citoyen aurait plus d'un établissement, la législation fédérale déterminera les principes régissant sa position.“¹⁾

Au sein de la commission plénière, cette proposition ne fut pas sans soulever des objections. Une minorité, représentée principalement par M. Ruchonnet, admettait bien comme règle la législation et la juridiction du domicile, mais entendait réserver à la législation fédérale le droit de maintenir exceptionnellement l'application de la loi d'origine. D'autre part, la majorité elle-même reconnaissait, par la bouche de M. Kaiser, que, vu le changement considérable qu'il impliquait, l'article en question ne devait entrer en vigueur qu'après un certain délai.²⁾ Sur la proposition du même député, on adopta en outre, relativement aux Suisses en séjour, un article nouveau ainsi conçu :

„Une loi fédérale fixera des dispositions sur les droits politiques et civils des citoyens suisses qui ne sont ni ressortissants du canton où ils habitent, ni établis dans ce canton.“³⁾

De son côté, la commission du Conseil des Etats, tout en adoptant aussi le principe de la territorialité, entendait réserver à la législation fédérale le soin de statuer les dispositions nécessaires à son application. Elle disait, en outre, qu'une loi fédérale déterminerait la différence entre l'établissement et le séjour et fixerait les dispositions ultérieures sur les droits politiques et civils des Suisses qui ne sont qu'en séjour.⁴⁾

Dans la discussion qui eut lieu au sein du Conseil natio-

¹⁾ *Protocole des délibérations de la Commission du Conseil national*, Délibérations, p. 41.

²⁾ *ibid.*, p. 116 et suiv.

³⁾ *ibid.*, p. 207 et 226.

⁴⁾ Projet du 19 mai 1871.

nal, plusieurs orateurs, entre autres MM. Anderwert, Fracheboud, Bünzli et Dubs, parlèrent en faveur de l'application de la loi d'origine, au moins dans certains cas. Finalement le conseil adopta une proposition intermédiaire de M. Anderwert et donna à l'art. 45 la rédaction suivante:

„Le Suisse établi est, *en règle générale*, soumis à la juridiction et à la législation du lieu de son domicile en ce qui concerne les rapports de droit civil et les impôts.

„Il demeure réservé à la législation fédérale de statuer les dispositions ultérieures sur l'application de ce principe.“

Le conseil adhéra en outre à la rédaction du Conseil des Etats relativement aux Suisses en séjour.¹⁾

En présence des restrictions que les dispositions ci-dessus permettaient d'apporter au principe de la territorialité, le Conseil national reconnut d'ailleurs qu'elles ne pourraient entrer en vigueur qu'après l'adoption de la loi fédérale dont l'élaboration était prévue.²⁾

Au Conseil des Etats, l'art. 45 proposé par le Conseil national ne subit qu'un léger changement de rédaction. Quant à l'art. 46, relatif aux Suisses en séjour, il fut de même adopté, sauf que les mots *droits politiques et civils* furent remplacés par ceux de *rapports de droit*, sur la proposition de M. Blumer.³⁾ Finalement ces dispositions passèrent dans le projet du 5 mars 1872 sous la forme suivante:⁴⁾

„Art. 45. Le Suisse établi est soumis dans la règle à la juridiction et à la législation du lieu de son domicile, en ce qui concerne les rapports de droit civil.

„La législation fédérale statuera les dispositions nécessaires en vue de l'application de ce principe et pour empêcher qu'un citoyen ne soit imposé à double.

¹⁾ *Délibérations du Conseil national*, p. 215 et suiv. — *Bulletin des délibérations de l'Assemblée fédérale relatives à la révision de la constitution*, 1871, p. 357 et suiv.

²⁾ *Bulletin*, 1872, Conseil national, p. 229.

³⁾ *ib.*, Conseil des Etats, 1872, p. 246 et suiv.

⁴⁾ *Délibérations du Conseil national*, p. 531 et 537; *Bulletin*, II, Conseil national, p. 392.

„**Art. 46.** Une loi fédérale déterminera la différence entre l'établissement et le séjour et fixera en même temps les règles auxquelles seront soumis les Suisses en séjour quant à leurs droits politiques et à leurs droits civils.“

La disposition de l'art. 45 n'avait d'ailleurs pas une grande portée, puisque le projet de 1872 prévoyait l'unification non pas seulement de la législation sur le droit civil, mais encore de la procédure elle-même.

IV. Révision fédérale de 1874.

Le vote du 12 mai 1872, bien qu'il se prononçât solennellement contre l'unification complète du droit, n'impliquait aucunement le rejet de dispositions qui, tout en respectant la souveraineté cantonale, n'étaient destinées qu'à empêcher qu'elle ne continuât à être une source intarissable de conflits. Aussi, lors des débats relatifs à la nouvelle révision, les art. 45 et 46 du projet de 1872 furent-ils repris et ne donnèrent-ils lieu qu'à des observations de peu d'importance¹⁾. L'art. 46 de ce projet passa textuellement dans la constitution du 19 avril 1874, où il prit le numéro 47. Quant à l'art. 45, il devint l'art. 46 nouveau, mais avec une légère différence, qui paraît être l'œuvre de la commission de rédaction: tandis que le projet de 1872 ne parlait que du *Suisse établi*, la constitution actuelle a en vue *les personnes établies en Suisse*, sans distinction de nationalité.

Ajoutons que, conformément à ce qui avait été reconnu par le Conseil national en 1872, le Tribunal fédéral a admis dans de nombreux arrêts que l'art. 46 de la constitution de 1874 ne peut entrer en vigueur que lorsque la loi qu'il prévoit aura été adoptée²⁾.

V. Exécution de la constitution de 1874. Projet de 1876.

S'il avait déjà fallu bien des efforts pour arriver à consacrer la compétence de la Confédération, l'élaboration des

¹⁾ *Procès-verbaux des délibérations des chambres fédérales* relativement à la révision de la Constitution fédérale, 1873—1874, p. 128 et 333.

²⁾ Voir entre autres *Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral* I. p. 73, nos 4 et suiv.; p. 194, n° 1; V. p. 6, n° 1, etc.

lois prévues aux art. 46 et 47 de la constitution de 1874 allait se heurter à de nouvelles difficultés. Les rapports de gestion du Conseil fédéral pour les années 1874 à 1876 montrent que l'autorité supérieure varia plusieurs fois sur le mode de procéder à cet égard¹⁾. En fin de compte, le Conseil fédéral se décida à renvoyer à plus tard la loi sur les doubles impositions, et à soumettre aux chambres deux projets de loi, s'appliquant l'un et l'autre tant aux Suisses établis qu'aux Suisses en séjour et réglant, le premier leurs rapports de droit civil, le second leurs droits politiques. Ces deux projets, ainsi que leurs messages, furent présentés le 25 octobre 1876²⁾. Celui relatif aux rapports de droit civil avait naturellement tenu compte de ce que, depuis 1862, la législation sur la capacité civile, le mariage et le divorce, ainsi que sur les faillites, avait été attribuée à la Confédération; aussi ne traitait-il plus que les points suivants:

- a) dispositions générales (relatives au domicile et à l'origine);
- b) droits de famille (rapports des époux quant aux biens, rapports juridiques entre parents et enfants; adoption);
- c) tutelles;
- d) successions;
- e) étrangers à la Suisse;
- f) dispositions finales et transitoires.

Malheureusement, dans cette liste réduite, il restait encore assez de questions épineuses pour que la loi sur les rapports de droit civil n'eût pas même les honneurs d'un référendum, tandis que celle sur les droits politiques fut rejetée par le peuple le 21 octobre 1877. Déjà le 18 décembre 1876, l'économie du projet concernant la première de ces lois se trouvait considérablement modifiée par les décisions du Conseil national. Le 16 juin 1877, le Conseil des Etats

¹⁾ Voir *Feuille fédérale*, 1875, II, p. 566; 1876, II, p. 281; 1877, II, p. 61.

²⁾ *Feuille fédérale*, 1876, IV, p. 61 et suiv.

vint y ajouter de nouvelles différences. Après avoir ajourné le second débat pendant plusieurs sessions, le Conseil national le reprit enfin en décembre 1879 et y consacra plusieurs séances. Mais le désaccord allait toujours grandissant, si bien qu'à la votation sur l'ensemble du projet, celui-ci fut rejeté par 84 contre 21 voix. En présence de ce vote, les deux chambres décidèrent le 17 décembre 1879 de renvoyer la question au Conseil fédéral, pour qu'il présentât un nouveau projet à l'époque qu'il jugerait convenable.

Ainsi échouait une nouvelle fois une œuvre qui avait coûté de longs travaux.

Pour terminer notre exposé historique, il ne nous reste qu'à ajouter que, le 6 décembre 1881, l'Association romande de Berne a adressé aux chambres une pétition demandant la reprise de la question, et que, les 23 et 30 janvier 1882, les deux conseils ont décidé d'inviter le Conseil fédéral à présenter les projets de loi prévus à l'art. 46 de la Constitution.

Chapitre II.

Objet de la loi et dispositions générales.

I. Objet de la loi.

Il existe entre les projets de 1862 et de 1876 une différence qui doit être signalée.

En 1862, on désirait remédier aux inconvénients résultant du conflit des législations cantonales dans certains domaines. Allant au plus pressé, on n'entendait nullement faire une loi générale, réglant *tous* les rapports de droit civil des Suisses établis.

Aujourd'hui, la Confédération a incontestablement le droit, si ce n'est l'obligation de déterminer à quelle législation les personnes établies en Suisse et les Suisses en séjour sont soumis pour chacun de leurs rapports de droit civil.

C'est bien ainsi que l'a compris le projet de 1876, puisque son art. 1^{er}, adopté tel quel par les chambres, pose en

principe que „les établis et les séjournants sont, en ce qui concerne les rapports de droit civil, soumis à la législation et à la juridiction de leur domicile, *en tant que la présente loi n'en dispose pas autrement.*“

Toutefois les matières spéciales qui avaient déjà attiré l'attention du législateur de 1862 sont d'une importance telle qu'on ne pouvait guère faire autrement, en 1876, que d'entrer dans quelques détails à leur égard. Laissant donc de côté ce qui concerne la double imposition, le droit matrimonial quant à la personne des époux et les faillites, le projet de 1876 traitait d'une manière complète :

1. Le droit matrimonial pour autant qu'il concerne les biens des époux;
2. le droit relatif aux tutelles, ainsi que quelques points du droit de famille qui rentrent encore aujourd'hui dans la compétence cantonale;
3. le droit de succession.

Nous pensons aussi devoir consacrer une étude spéciale à ces diverses questions. Nous examinerons en outre si le principe de la territorialité peut être consacré sans inconvénients pour tous les autres rapports de droit civil, ou s'il ne faut pas en excepter quelques-unes des matières non comprises dans l'énumération ci-dessus.

Mais auparavant il est nécessaire de poser quelques principes généraux.

II. Dispositions générales.

L'application des art. 46 et 47 de la Constitution fédérale soulève plusieurs questions préliminaires. En particulier, il importe d'être fixé sur les points suivants :

- a) Définition du domicile et de l'origine.
- b) Cas de double domicile et de double droit de cité.
- c) Situation juridique des Suisses en séjour comparative-ment à celle des Suisses établis.
- d) Situation juridique des étrangers à la Suisse.

Nous examinerons successivement ces quatre points.

A. Du domicile et de l'origine en général.

1. Du domicile.

Pour que le principe territorial permette réellement de résoudre sans peine les conflits intercantonaux, il est indispensable que le terme de *domicile* employé par la Constitution fédérale (*Wohnsitz* ou *Wohnort*) ait une signification parfaitement exacte et invariable. Une définition paraît d'autant plus nécessaire dans la loi fédérale qu'à cet égard il y a certaines divergences entre les droits cantonaux.

Cependant le législateur de 1862 n'avait pas cru devoir définir le domicile, et cela se comprend, puisqu'il prenait pour base non pas la loi du domicile, mais la législation du canton de l'établissement¹⁾. Au contraire le projet de 1876 réglait ce point dans un art. 2, ainsi conçu :

„Chaque citoyen suisse a un seul domicile normal, lequel existe, dans la règle, au lieu où il est établi, ou bien à celui où il séjourne d'une manière durable. En cas de contestation, le domicile est déterminé d'après l'ensemble des circonstances de fait qui se présentent dans l'espèce. Le domicile une fois acquis subsiste aussi longtemps que celui qui le possède n'a pas réellement transféré son habitation dans un autre lieu et n'y a pas fondé un nouveau domicile.“

Il résulte du message que le Conseil fédéral entendait se rallier au point de vue du droit français, d'après lequel le domicile suppose à la fois le fait de l'habitation réelle dans un lieu et l'intention d'y avoir son principal établissement. Cette définition correspond aussi à celle admise par le Tribunal fédéral; „le domicile d'une personne, dit un arrêt récent de cette cour, se trouve à l'endroit où elle habite réellement, avec l'intention d'y séjourner d'une manière durable²⁾.“

Au sein des chambres, la rédaction proposée par le Conseil fédéral ne subit guère que des modifications de forme. Le Conseil national substitua le terme de *domicile régulier* à celui de *domicile normal*; le Conseil des Etats préféra celui de *domicile civil* et ajouta une disposition portant qu'aussi

¹⁾ Voir *Ullmer*, II, p. 407.

²⁾ Voir arrêt Béguin, du 2 juin 1882, et les autres arrêts qui y sont rappelés. *Recueil officiel*, VIII, p. 214, n° 5.

longtemps qu'un citoyen suisse n'a pas acquis d'établissement ou de séjour dans un autre endroit que sa commune d'origine, il est présumé avoir son domicile civil dans cette commune.

Il faut relever en outre que les chambres n'ont pas cru devoir déterminer exactement les rapports qui existent entre le *domicile*, d'une part, et l'*établissement* (*Niederlassung*) ou le *séjour* (*Aufenthalt*) d'autre part.

Si nous considérons maintenant au point de vue de la théorie le système adopté par le législateur, nous estimons qu'il est parfaitement conforme aux principes. Pour fonder un domicile, il faut le concours de deux éléments: l'habitation réelle dans un endroit et l'intention d'y habiter d'une manière durable, d'où résulte qu'en thèse générale la même personne ne peut avoir qu'un seul domicile à un même moment.

Nous estimons encore avec le projet que, dans chaque cas, le domicile doit être déterminé d'après l'ensemble des circonstances de fait et que c'est avec raison que, dans la définition qu'elle donne, la loi a fait abstraction des notions d'établissement et de séjour.

En effet, actuellement, ces notions varient considérablement suivant les cantons et comme, même au point de vue de la théorie, un critère rigoureusement scientifique fait défaut, le législateur fédéral se heurterait certainement à des obstacles presque insurmontables, s'il entendait faire usage du droit que lui accorde l'art. 47 de la constitution de déterminer la différence entre l'établissement et le séjour.¹⁾ Il nous paraît d'ailleurs que la distinction à faire entre ces deux termes concerne presque exclusivement le domaine politique et administratif, et n'a pas grande importance en droit civil. On comprend qu'au point de vue du droit de vote, par exemple, il soit essentiel de savoir si un citoyen suisse est établi dans un canton ou n'y est qu'en séjour, bien que

¹⁾ Voir sur toutes ces questions le rapport de M. Rüttimann, cité plus haut, et celui présenté en 1864 à la Société suisse des juristes par M. l'avocat Gaulis, *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, Tome XIII, p. 5 et suiv.

d'ailleurs ces distinctions peu libérales tendent de plus en plus à être abandonnées. Mais, au point de vue du droit civil, l'important c'est le domicile, et, pour le déterminer dans chaque cas particulier, il faut apprécier tout un ensemble de circonstances de fait. Les permis d'établissement ou de séjour peuvent tout au plus démontrer l'intention d'habiter dans un endroit, mais cette intention peut se trouver en contradiction avec le fait matériel de l'habitation, second réquisite du domicile. Les permis administratifs ne doivent donc être pour le juge que des éléments de conviction, qu'il appréciera librement. Il pourra, croyons-nous, prononcer qu'une personne n'est pas effectivement domiciliée à l'endroit où elle a acquis l'établissement, tout comme aussi il pourra admettre que le domicile réel d'un citoyen est dans un endroit où il n'a pris aucun permis, ou pour lequel il vient seulement de prendre un permis de séjour. Le domicile étant ainsi juridiquement indépendant de l'établissement et du séjour, la loi doit faire abstraction de ces éléments. Aussi pensons-nous qu'il serait préférable, dans la définition qu'elle donne, d'employer l'expression *habitation durable*, plutôt que celle de *séjour durable*, qui prête à équivoque.

2. De l'origine.

L'origine, base du système de la nationalité qui peut être exceptionnellement consacré par la loi, est presque toujours facile à déterminer.

Fondé sur la bourgeoisie, ce lien juridique se constate aisément par les documents créés à cet effet.

Un seul cas peut donner lieu à des difficultés; c'est celui où la même personne a plusieurs droits de cité; nous l'examinerons plus loin.

B. Des cas de double domicile et de double droit de cité.

1. Du double domicile.

Le principe qu'une même personne ne peut avoir qu'un seul domicile au même moment est rigoureusement vrai si on envisage les choses à un point de vue en quelque sorte corporel; mais si on remarque que tout individu a non-seule-

ment un corps, mais encore un patrimoine, c'est-à-dire un ensemble d'obligations et de droits, qui peuvent naître, se réaliser et s'éteindre dans des endroits fort différents, on voit que les affaires d'une même personne peuvent se traiter à plusieurs sièges distincts. C'est ce qui arrive fréquemment dans le commerce, lorsque la même maison a des établissements dans plusieurs localités. Ainsi que le dit le Conseil fédéral dans son message de 1876, „on ne peut demander, du public en relation avec ces établissements, qu'il fasse valoir ses droits et ses réclamations au lieu où est le siège principal de l'entreprise ou le domicile du propriétaire, où peut-être un tout autre droit est en vigueur qu'au lieu où les affaires ont été conclues.“

Il est donc dans l'intérêt du public de reconnaître de tels *domiciles spéciaux*, mais pour autant seulement qu'il s'agit d'affaires qui y ont été traitées. C'est ce que faisait le projet de 1876 à son art. 3, ainsi conçu:

„Exceptionnellement le citoyen suisse qui exerce en dehors de son domicile normal une profession ou une industrie spéciale, est soumis à la législation et à la juridiction du lieu où il exerce cette profession ou cette industrie, en ce qui concerne les rapports de droit civil qui s'y rattachent.

„Il en est de même, lorsqu'un domicile spécial a été désigné par la loi ou par convention pour une affaire déterminée.“¹⁾

Il nous paraît que cette disposition, dont le principe a d'ailleurs été admis par les chambres, se justifie par des considérations pratiques. La dérogation plutôt apparente que réelle qu'elle apporte à l'unité du domicile ne peut avoir d'inconvénients, du moment que les effets du domicile spécial sont restreints aux affaires qui s'y sont traitées.

2. Du double indigénat.

L'application de la loi d'origine, dans les cas où elle est admise, rencontre une difficulté lorsque l'intéressé possède l'indigénat dans plusieurs cantons. En 1863, le Conseil national

¹⁾ Comparer aussi l'art. 1^{er} du projet adopté par le Conseil national le 20 juillet 1863.

nal avait prévu ce cas et l'avait résolu en accordant la préférence à celui des cantons d'origine qui est en même temps le canton du domicile, ou dans lequel l'intéressé ou ses ancêtres ont été domiciliés en dernier lieu. L'art. 4 du projet de 1876 adoptait la même solution, sauf qu'il ne prévoyait pas le cas où un ressortissant de plusieurs cantons n'aurait jamais eu lui-même son domicile dans l'un d'eux.

Le Conseil national releva cette lacune; mais, comme il n'admettait le système de la nationalité que pour les successions des Suisses décédés à l'étranger, ce fut dans le chapitre des successions qu'il plaça la disposition relative à ce point. Le Conseil des Etats se borna à en amender la rédaction, qui fut adoptée dans la forme suivante :

„Lorsque le défunt appartenait à des communes de plusieurs cantons, la législation du canton d'origine dans lequel le citoyen était domicilié en dernier lieu régit les rapports de droit civil auxquels le droit du lieu d'origine est applicable. Si le défunt n'a jamais eu de domicile en Suisse, la législation du canton dans lequel il a acquis en dernier lieu le droit de cité est applicable.“

Cette disposition nous paraît de nature à résoudre heureusement tous les cas qu'on peut raisonnablement prévoir. Il serait cependant plus logique de la consacrer comme une règle générale, applicable à tous les rapports de droit régis par la loi d'origine; il se peut, en effet, que le législateur ne restreigne pas l'empire de cette loi aux successions des Suisses décédés à l'étranger.

C. De la situation respective des établis et des séjournants.

Le projet de loi de 1862 et le projet de révision constitutionnelle de 1865 ne parlaient l'un et l'autre que des Suisses établis. Dès lors, le cadre de la question s'est élargi. L'art. 47 de la Constitution permet à la Confédération de fixer les règles auxquelles sont soumis les Suisses en séjour quant à leurs droits civils.

Il faut rappeler à ce sujet qu'en 1872 le Conseil des Etats avait d'abord adopté une proposition de M. Blumer et

remplacé, quant aux Suisses en séjour, les mots *droits civils* par l'expression *rapports de droit civil*, déjà employée à propos des établis; mais que plus tard il revint de sa décision, le Conseil national ayant persisté dans la sienne.¹⁾ En présence de cette divergence intentionnelle de rédaction, on est conduit à se demander si ces deux catégories de personnes doivent être soumises à un régime différent.²⁾

L'art. 1^{er} du projet de 1876 a répondu négativement à cette question, en assimilant complètement les établis et les séjournants au point de vue de leurs rapports de droit civil. Le message justifie cette assimilation en disant „que la différence qu'il y a entre ces deux classes de personnes est purement de forme et qu'elle disparaîtra probablement dans l'avenir, rapprochement qui a déjà été facilité par la limitation du séjour, dans la règle, à la durée d'une année, après quel temps il devient établissement.“

Dans son message relatif à la loi sur les droits politiques, le Conseil fédéral allait même plus loin:

„Nous devons d'ailleurs avouer, disait-il, que la distinction entre l'établissement et le séjour nous paraît artificielle et peu motivée, et nous pensons qu'elle disparaîtra à l'avenir; c'est ce qui a déjà eu lieu, il y a longtemps, à Genève, et à Zurich, récemment.“³⁾

Bien que les chambres aient aussi admis l'assimilation des établis et des séjournants, il convient cependant d'examiner la question de plus près.

Dans l'état actuel de notre législation, il n'est guère possible de définir l'établissement et le séjour autrement qu'en s'en référant aux lois cantonales. L'établi est celui qui possède un permis d'établissement, tandis que le séjournant est celui qui n'en a point, soit qu'il ait un permis de séjour, soit que, n'en possédant pas, il réside dans un endroit

¹⁾ Voir *Bulletin des délibérations du Conseil des Etats*, 1872, p. 254 et suiv.

²⁾ Voir sur cette question un article de M. le professeur H. Carrard dans la *Gazette des tribunaux suisses* de 1876, p. 317.

³⁾ Voir *Feuille fédérale* de 1876, IV, p. 76.

autrement que d'une manière passagère. Les cantons ne peuvent d'ailleurs restreindre le droit à l'établissement tel qu'il est garanti par la constitution; mais, d'après la jurisprudence fédérale, ils peuvent soit supprimer toute différence entre l'établissement et le séjour, soit abrégé les délais au bout desquels le séjour devient établissement, soit au contraire dispenser de *l'obligation* de s'établir ceux qui préfèrent n'être qu'en séjour.

Il se peut donc que des citoyens placés juridiquement dans des situations identiques soient envisagés comme établis dans un canton et comme séjournants dans un autre. C'est là un premier motif pour assimiler ces deux classes de personnes au point de vue de leurs rapports de droit civil; car autrement l'uniformité qu'on recherche ne serait pas obtenue.

Il est vrai que la Confédération est compétente pour fixer par une loi la différence entre l'établissement et le séjour. Mais, à supposer même que cette loi se fasse, elle ne pourra pas réaliser une uniformité complète. Au fond, la distinction dont il s'agit est artificielle, arbitraire et peu juste. Il n'est ni démocratique ni équitable de traiter différemment deux confédérés habitant la même localité, parce que l'un y possède des immeubles ou y vit avec sa famille, tandis que l'autre est célibataire, artisan, étudiant, ouvrier de fabrique ou domestique. Si donc on conçoit que la Confédération puisse être obligée de respecter certaines distinctions surannées dans les cantons où elles existent encore, on ne comprendrait certainement pas qu'elle empêchât d'autres cantons, plus libéraux, de les supprimer ou de les atténuer. Or la latitude qui doit être laissée aux cantons à cet égard aboutirait évidemment dans la pratique à des inégalités choquantes; si les établis et les séjournants étaient traités différemment au point de vue de leurs rapports de droit civil.

D'ailleurs, c'est presque exclusivement pour des motifs politiques que certains cantons tiennent encore à la distinction entre l'établissement et le séjour. En ce qui concerne les rapports de droit privé, le dualisme ne se justifierait ena

aucune manière, puisque dans la détermination du domicile il y a lieu, ainsi que nous l'avons vu, de faire abstraction de cette distinction.

D. Des étrangers à la Suisse.

S'autorisant de la rédaction actuelle de l'art. 46 de la constitution, le Conseil fédéral a proposé en 1876 un art. 15 ainsi conçu :

„Les dispositions de la présente loi sont applicables aux étrangers domiciliés en Suisse, sauf stipulations contraires des traités.“

„Une ligne de conduite nettement tracée, dit à ce sujet le message, est ici d'autant plus nécessaire pour le juge, dont la tâche deviendrait trop compliquée, s'il devait connaître et appliquer les législations de pays étrangers. En soumettant les étrangers à la législation du lieu du domicile, le projet suit l'exemple de la plupart des législations étrangères. L'application du droit suisse n'aura naturellement lieu qu'en tant que les autorités judiciaires pourront aussi assurer l'exécution de leurs jugements; en apportant quelque tact dans l'appréciation des cas de cette nature qui pourraient se présenter, un conflit ne sera pas à craindre.“

L'assimilation des étrangers aux Suisses a soulevé diverses critiques¹⁾; le Conseil national a même retranché l'article proposé par le Conseil fédéral. Nous croyons cependant que le principe est juste. Ce sont des raisons inhérentes à la nature même des rapports juridiques qui, pour chaque cas, font préférer la législation du domicile ou celle de l'origine. Or ces raisons sont évidemment les mêmes, qu'il s'agisse d'étrangers ou de confédérés. Du reste la réserve relative aux traités permettra, s'il y a lieu, d'apporter un tempérament à ce que l'assimilation de ces deux catégories de personnes pourrait avoir de trop absolu.

Outre les traités internationaux, il conviendrait peut-être de réserver aussi les dispositions particulières aux étrangers qui existent dans la législation fédérale, par exemple

¹⁾ Voir entre autres les articles de MM. les avocats E. Gaulis et F. Nessi dans la *Gazette des tribunaux suisses*, 1876, p. 251 et 325.

les art. 54 et 56 de la loi sur l'état civil et le mariage, l'art. 10 de la loi sur la capacité civile et l'art. 822 du Code fédéral des obligations.

Chapitre III.

Des rapports des époux quant à leurs biens.

Cette matière est incontestablement la plus difficile de celles que la loi fédérale doit régler. En 1879, c'est la coalition des divers éléments hostiles au vote émis relativement au régime matrimonial, qui a fait échouer la loi tout entière. Encore à l'avenir, les mécontents seront probablement plus nombreux que les satisfaits; aussi une solution n'est-elle possible que si, de toutes parts, on se résigne à quelques sacrifices.

I. Aperçu historique.

A. Projet de 1862.

A défaut d'une loi fédérale sur les rapports de droit civil, les cantons sont souverains en ce qui concerne la détermination de la loi applicable aux droits de fortune des époux¹⁾. Il est vrai que le concordat du 15 juillet 1822, relatif à la faculté de tester et aux droits d'hérédité, soumet les contrats de mariage, quant à leur contenu, aux dispositions législatives et réglementaires du lieu d'origine du mari. Mais la jurisprudence fédérale a admis que cette disposition doit être restreinte aux contrats destinés à régler la *succession* des époux ou des fiancés²⁾. D'ailleurs 9 cantons n'ont pas adhéré à ce concordat.

L'art. 11 du projet de 1862 soumettait résolument les rapports des époux quant à leurs biens au principe de la

¹⁾ Voir la décision du Conseil fédéral du 30 octobre 1870 relative au recours Lauterbacher, *Feuille fédérale* de 1871, II, p. 364, ainsi que l'arrêt du Tribunal fédéral dans la cause Niederhäuser, *Recueil officiel*, VIII, p. 452.

²⁾ Voir la décision du Conseil fédéral dans la cause Weber-Rohr, *Feuille fédérale* de 1856, I, p. 533 et suiv; *Ullmer*, I, N° 559.

territorialité; cependant il admettait la règle *locus regit actum* en ce qui concerne la validité de la forme des conventions matrimoniales dérogeant au droit commun.

En proposant ce système aux chambres, le Conseil fédéral n'en dissimulait point cependant les côtés faibles¹⁾. Notamment il en signalait cette conséquence „que les rapports de fortune subissent une transformation chaque fois que le couple émigre dans un autre canton; qu'aujourd'hui l'on aura le système de la séparation des biens, demain celui de la communauté“ et qu'ainsi le mari peut unilatéralement changer la position de sa femme par un transfert de domicile. Toutefois, et contrairement au droit commun, qui admet que la loi du lieu de la célébration fait règle pour toute la durée du mariage, le message croyait devoir recommander l'adoption du principe territorial eu égard au crédit public. „En général, disait-il, le public est disposé à admettre que les rapports de fortune de personnes domiciliées dans le canton satisfont aux conditions que prescrit la loi du pays; les relations d'affaires avec ces personnes se meuvent sur cette supposition, qui en général détermine tout leur crédit.“ Quant à essayer de faire des distinctions, par exemple entre les époux eux mêmes et les tiers, le Conseil fédéral craignait que cela n'amenât trop de complications.

Ni le Conseil des Etats, ni le Conseil national ne partagèrent ces craintes, et, ne voulant pas abandonner l'antique principe de l'origine, ils rédigèrent l'article comme suit:

„Les rapports des époux quant à leurs biens, pendant la durée de la conjonction, ne sont soumis à la législation et à la juridiction du canton dans lequel les époux sont établis qu'en ce qui concerne la garantie des dettes contractées vis-à-vis des tiers; pour tous les autres cas, ces rapports sont soumis à la législation et à la juridiction du canton d'origine“).

Tout en approuvant cette disposition dans le rapport

¹⁾ Voir *Feuille fédérale* de 1862, III, p. 489.

²⁾ Une proposition individuelle de M. de Miéville réservait, entre époux, les droits résultant de leur contrat de mariage, et les soumettait, à défaut de contrat, à la législation du canton où le mari était établi lors du mariage. Voir *Feuille fédérale* de 1863, III, p. 9.

qu'il présenta en 1867, M. le professeur Rüttimann émit cependant l'idée qu'il convenait de réserver l'exception de dol en faveur de la femme qui aurait été privée de ses droits par un changement de domicile effectué dans une intention frauduleuse ¹⁾).

B. Projet de 1876.

Après l'adoption de l'art. 46 de la constitution actuelle, il était naturel qu'on en revînt au système territorial. En s'y ralliant, le Conseil fédéral crut cependant devoir autoriser facultativement la continuation du régime primitif en cas de changement de domicile. L'art. 6 du projet portait ce qui suit:

„Les rapports de droit civil entre les époux, concernant leurs biens, sont soumis à la législation et à la juridiction du domicile.

„Un contrat de mariage valablement conclu ne cesse pas de déployer ses effets juridiques par le fait d'un changement de domicile, à la condition que l'un ou l'autre des époux l'ait fait enregistrer auprès de l'autorité compétente, dans le délai de trois mois dès le changement de domicile. En cas d'omission de cette formalité, c'est la législation du nouveau domicile qui fait règle vis-à-vis des tiers (créanciers).“

A l'appui du système de la territorialité, adopté en principe, le message invoquait le texte de la constitution; les intérêts du public, qui autrement n'aurait guère les moyens de se renseigner exactement et ne pourrait le faire sans perte de temps; enfin le fait qu'une grande partie du droit matrimonial se trouvait déjà placée sous la juridiction et la législation du domicile, le juge devant, en cas de divorce, par exemple, en régler aussi les conséquences quant aux biens des époux. Relativement au cas d'un changement de domicile, le Conseil fédéral estimait que les époux devaient pouvoir maintenir les droits résultant d'un contrat, mais il n'admettait pas que le même principe pût aussi être consacré pour le régime matrimonial légal; un tel système, disait-il, réintroduirait les inconvénients qu'on a tâché d'éviter, sa-

¹⁾ Voir *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, XVI, p. 42.

voir le manque de clarté, la confusion et la possibilité de tromperies ¹⁾).

Dans les discussions qui eurent lieu au Conseil national en 1876 et en 1879, et au Conseil des Etats en 1877, on fut généralement d'accord pour apporter des restrictions au principe de la territorialité pour le cas d'un changement de domicile, mais on le fut beaucoup moins quant à la nature et à l'étendue de ces restrictions. Au premier débat, le Conseil national donna à l'art. 6 la rédaction suivante :

„Le droit matrimonial est soumis à la législation du domicile.

„Après un changement de domicile, le droit du nouveau domicile est applicable en cas de faillite. Au surplus les rapports de droit en question demeurent intacts pendant six mois, en tant qu'ils sont dérivés d'un contrat de mariage ou d'une loi. En outre ils conservent leur validité lorsque, dans le délai précité, l'un des époux les fait enregistrer auprès de l'autorité compétente. Si la demande d'enregistrement n'a pas été faite dans le délai prescrit, dès lors le droit du nouveau domicile est applicable.“

De son côté, le Conseil des Etats crut devoir distinguer ce qui concerne les époux eux-mêmes et ce qui concerne leurs rapports avec les tiers. Il décida en conséquence de dire ce qui suit :

„Le droit matrimonial quant aux biens est régi par la législation du domicile.

„Le régime matrimonial établi par la loi ou par un contrat de mariage continue toutefois à déployer ses effets entre les époux, lorsque ceux-ci changent de domicile.

„A l'égard des tiers, le régime matrimonial de l'ancien domicile fait règle si, à la demande des époux ou de l'un d'eux, il a été rendu public au nouveau domicile par un enregistrement auprès de l'autorité compétente. Cet enregistrement doit avoir lieu dans le délai d'un an et il n'a pas d'effet rétroactif, à moins qu'il ne soit fait dans les trois premiers mois qui suivent le changement de domicile.

„Le régime matrimonial de l'ancien domicile fait également

¹⁾ Voir *Feuille fédérale* de 1876, IV, p. 65.

règle à l'égard des tiers pour les obligations qui ont pris naissance avant le changement de domicile."

Lors du second débat auquel le Conseil national passa en 1879, de nouvelles propositions surgirent. C'est ainsi que M. Tschudy demandait l'application du principe territorial dans toute sa rigueur, même en cas de changement de domicile, tandis que la majorité de la commission ne l'admettait que vis-à-vis des tiers. A l'égard des époux eux-mêmes, la commission entendait leur permettre de changer leur régime matrimonial primitif, s'ils étaient d'accord. Au contraire, M. Ruchonnet demandait que ce régime, contractuel ou légal, fût règle immuable entre les époux, ceux-ci pouvant, même vis-à-vis des tiers, le conserver moyennant une déclaration et une publication. Enfin M. Anderwert proposait de dire qu'en changeant de canton, les époux adoptent soit entre eux, soit vis-à-vis des tiers, le régime en vigueur au lieu de leur nouveau domicile; mais qu'ils peuvent conserver, aussi bien entre eux, que vis-à-vis des tiers, leur régime originaire moyennant une publication faite dans les trois mois. Ce fut cette dernière proposition qui l'emporta, toutefois avec une modification demandée par M. Philippin.

En dehors des chambres fédérales, plusieurs juristes se sont occupés du régime matrimonial des époux établis dans un canton autre que le leur.¹⁾ Nous devons ici une mention particulière au mémoire de M. l'avocat Martin, à Genève, couronné en 1878 par la Société suisse des juristes. Tout en réclamant la liberté des contrats de mariage et leur publication, cet intéressant travail conclut, comme on sait, à l'application de la loi d'origine du mari, cela afin d'assurer la stabilité du régime matrimonial.

II. Détermination de la loi applicable à l'association conjugale dans son principe.

Supposons, afin de simplifier, que les conjoints, domiciliés lors de leur mariage dans un canton autre que leur

¹⁾ Voir les articles de MM. les avocats E. Gaulis et F. Nessi dans la *Gazette des tribunaux suisses* de 1876, p. 251 et 325.

canton d'origine, y demeurent établis jusqu'à la dissolution de leur union. Par quelle législation doivent être régis leurs rapports quant à leurs biens?

A cette question, le message accompagnant le projet de 1876 répond qu'il y a trois solutions possibles et qu'on peut prendre pour règle:

- ou* la législation du lieu d'origine;
- ou* celle de l'endroit où le mariage a eu lieu;
- ou* encore celle du domicile des époux.

Au fond, ces trois systèmes peuvent se ramener à deux: le système de la *nationalité* ou de la *personnalité*, et celui de la *territorialité*, ce dernier prenant pour base ou le domicile des époux, ou le lieu de la célébration du mariage.

Pour choisir entre ces deux systèmes et pour examiner la question sous toutes ses faces, il convient de distinguer suivant qu'il s'agit des rapports des époux entre eux ou de leurs rapports avec les tiers, et, en outre, suivant que le régime matrimonial résulte d'un contrat de mariage ou de la loi.

A. Rapports des époux entre eux.

1. *Contrat de mariage.*

Dans son mémoire cité plus haut, M. Martin insiste très-vivement sur le principe de la liberté des contrats de mariage, qui, suivant lui, devrait être consacré pour toute la Confédération. Cela serait peut-être désirable, mais il est évident que la loi prévue à l'art. 46 de la Constitution ne peut empiéter sur les attributions législatives des cantons et doit se borner à déterminer quel droit cantonal est applicable aux contrats de mariage passés par des confédérés établis ou en séjour.

Cette question nous paraît devoir être résolue en ce sens que les conjoints doivent se conformer à la législation du canton où ils contractent; d'où résulte aussi que, si cette législation interdit absolument tout pacte matrimonial, il ne leur sera pas possible d'en conclure un.

En effet, ce qui a engagé le législateur à interdire les

contrats de mariage ou tout au moins certains d'entre eux, c'est qu'il les a envisagés soit comme n'offrant pas suffisamment de garanties aux tiers, soit comme contraires à l'organisation de la famille, telle qu'il la conçoit. Or il est de règle que les lois prohibitives d'un Etat sont obligatoires pour tous ceux qui habitent son territoire. Nous ne comprendrions donc pas qu'en cette matière les confédérés puissent jouir d'une liberté plus grande que les ressortissants du canton lui-même. Permettre aux époux de contracter dans toute la Suisse suivant la loi de leur canton d'origine serait contraire au principe de l'égalité des citoyens devant la loi. Si le législateur a cru devoir supprimer ou restreindre la liberté de contracter, c'est qu'il l'a jugée dangereuse d'une manière générale; on ne peut donc faire des exceptions pour certaines classes de personnes.

2. Régime légal.

C'est principalement en ce qui concerne le régime légal que l'opposition entre le système de la personnalité et celui de la territorialité se dessine. Tandis que le premier a été consacré en 1863 par les chambres fédérales et est encore aujourd'hui soutenu vigoureusement dans le travail de M. Martin, le second a prévalu dans le projet de 1876 et dans les débats auxquels il a donné lieu.

Ici encore nous n'hésitons pas à nous prononcer en faveur du principe territorial.

En faveur du système de la personnalité on invoque principalement deux arguments: en premier lieu la connexion intime qui existe entre le régime matrimonial quant aux biens et le droit de famille en général, naturellement soumis au statut personnel; et, en outre, la nécessité d'assurer de la stabilité au régime une fois adopté.

Quant à ce dernier argument, il faut remarquer tout d'abord qu'il n'a de valeur que dans l'hypothèse d'un changement de domicile. Nous verrons à en tenir compte lorsque nous discuterons ce cas; mais pour le moment nous supposons que les époux qui se marient dans un canton autre que le

leur y restent domiciliés jusqu'à la dissolution du mariage. Dans ce cas, qui est certainement le plus fréquent, il est indifférent, au point de vue de la stabilité, de choisir la loi d'origine ou celle du domicile; le régime une fois adopté reste nécessairement le même pendant toute la durée du mariage.

La connexion qui existe entre les rapports de famille en général et le droit matrimonial quant aux biens n'est pas non plus, à notre avis, un argument décisif en faveur du système de la personnalité. D'une manière générale, les dispositions légales qui concernent les biens rentrent dans le statut réel plutôt que dans le statut personnel. En outre, ainsi que le fait fort bien remarquer le message, le droit matrimonial quant aux personnes est aujourd'hui unifié: le St. Gallois se marie de la même manière que le Neuchâtelois, et le divorce du Tessinois est soumis aux mêmes conditions que celui du Bâlois. Serait-il donc bien étrange que des époux genevois domiciliés à Zurich fussent soumis pour leurs biens à la même loi que les époux zuricois? Nous ne le pensons pas.

Au contraire, le système de la territorialité présente de grands avantages pratiques même entre époux. On sait combien est considérable le nombre des confédérés établis et combien, sur ce nombre, il y a de familles qui ont abandonné complètement leur canton d'origine, avec lequel ils ne soutiennent pour ainsi dire plus de relations. Ces confédérés vivent de la vie du canton où ils sont établis; ils ont les mêmes droits politiques que les ressortissants de ce canton; ils y sont incorporés dans les mêmes unités militaires; ils y occupent peut-être des fonctions publiques. Pourquoi, malgré tout cela, seraient-ils présumés adopter le régime légal de leur canton d'origine, s'ils viennent à se marier sans contrat?

B. Rapports des époux avec les tiers.

Si, entre époux, le système territorial est le plus pratique, on peut dire qu'il s'impose en ce qui concerne leurs

rapports avec les tiers. En effet, que le régime matrimonial ait sa source dans un contrat, ou qu'il résulte de la loi, il est d'un haut intérêt pour les tiers, c'est-à-dire pour le public en général, que les confédérés qui se marient dans un canton soient soumis aux lois de celui-ci. Même en 1863, où les chambres adoptaient la loi d'origine pour les rapports entre époux, cet intérêt était reconnu comme tellement important que le système territorial était consacré en ce qui concerne la garantie des dettes vis-à-vis des tiers.

M. Martin, lui aussi, a cru devoir faire quelques concessions aux intérêts des tiers, en demandant, dans l'une de ses thèses, que les contrats de mariage soient rendus publics par une formalité facile à remplir.

Outre que la compétence de la Confédération à cet égard est fort douteuse, la mesure proposée nous paraît insuffisante, puisqu'elle ne renseignerait pas les tiers sur le régime légal applicable quand il n'y a pas contrat. En outre, elle les obligerait à de longues recherches et leur procurerait plus d'ennuis que d'avantages réels.

C. Sur quel lien le système territorial doit-il reposer?

L'adoption du principe territorial ne suffit pas à résoudre toutes les questions. Il faut encore déterminer quel est le signe caractéristique et facile à reconnaître de la territorialité.

Le législateur de 1862 s'attachait, à cet égard, à la législation du canton de *l'établissement*. Pour les raisons que nous avons exposées plus haut, ce critère ne nous paraît pas devoir être admis.

S'attachera-t-on de préférence à la loi du *lieu où le mariage a été célébré*? Nous ne le pensons pas non plus. Cet endroit, dont le choix est dicté par des considérations de convenance personnelle, n'est souvent pas celui où les époux entendent se fixer. Le mariage une fois célébré, ils n'y reviennent peut-être plus jamais; il serait donc singulier que les lois de ce lieu régissent pour toujours leurs rapports quant aux biens.

Nous pensons qu'il faut distinguer :

S'il y a un contrat de mariage, ce contrat est soumis, pour sa forme et pour son contenu, à la législation du canton où il est stipulé.

Si, au contraire, il n'y a pas de contrat, c'est le *domicile des époux*, c'est-à-dire du mari, qui nous paraît devoir déterminer leur régime légal. Mais est-ce le domicile qu'avait le mari au moment de son mariage, ou est-ce celui que choisissent les conjoints immédiatement après? Nous préférons cette dernière solution. Dans la pratique, en effet, un mariage coïncide souvent avec un changement de domicile, et il vaut mieux, dans ce cas, s'en tenir au droit du nouveau domicile, car c'est là ce que les parties doivent être présumées avoir voulu, en s'abstenant de passer un contrat.

III. Conséquences d'un changement de domicile.

Les transferts de domicile sont nombreux et, en Suisse surtout, il y a, à côté des conjoints sédentaires, nombre de familles qui s'établissent successivement dans des Etats dont les législations diffèrent du tout au tout en matière de droit matrimonial. Dans ces cas, l'application rigoureuse du principe de la territorialité heurterait un intérêt très-respectable, celui de la *stabilité* du droit matrimonial, lequel n'est en somme qu'un aspect particulier de l'intérêt général qui s'attache au respect des conventions légalement formées. Pour concilier les intérêts qu'un transfert de domicile vient opposer les uns aux autres, on a imaginé diverses combinaisons qui sont tout autant de restrictions apportées au principe territorial. Nous les examinerons en distinguant les diverses hypothèses qui peuvent se présenter.

A. Rapports des époux entre eux.

1. Contrat de mariage.

Le contrat de mariage est une véritable convention; librement consenti, il doit former la loi des parties. Les époux qui l'ont passé doivent donc rester liés même s'il passent sous l'empire d'une législation qui ne leur eût pas permis de contracter comme ils l'ont fait. Le canton du nou-

veau domicile abuserait de sa souveraineté, s'il refusait de reconnaître comme valables, entre parties, des conventions que celles-ci ont librement consenties et qui, si elles répugnent peut-être à son mode d'organisation de la famille, ne sont pourtant pas contraires à l'ordre public.

Cette prétention n'a d'ailleurs guère été élevée; mais, les parties pouvant renoncer volontairement aux conventions qu'elles ont passées, on est parti de là pour dire qu'un changement de domicile faisait présumer la renonciation au contrat de mariage. C'est là, croyons-nous, la pensée intime de quelques-unes des propositions que nous avons rappelées plus haut.

Nous ne saurions cependant approuver ce système. En effet, le consentement tacite dont on déduit la renonciation au contrat, laquelle implique presque toujours un abandon de droits de la part de l'un des conjoints, sera généralement le résultat d'un abus d'influence ou d'autorité; il ne sera pas réellement libre. C'est donc avec raison que le législateur n'en tiendra aucun compte, se plaçant d'ailleurs à cet égard au même point de vue que les nombreuses lois cantonales qui interdisent aux époux de modifier leurs conventions matrimoniales une fois le mariage célébré.

2. Régime légal.

Ce qui vient d'être dit au sujet du cas où il y a un contrat de mariage s'applique aussi à celui où les rapports des époux sont soumis au régime légal. Sans doute l'acceptation tacite de ce régime paraît créer des engagements moins stricts qu'un contrat exprès et solennel; cependant, en s'en tenant aux dispositions de la loi, les époux ne songent vraisemblablement pas à la possibilité de changements de domicile, et entendent que leurs rapports de droit soient régis par les mêmes principes jusqu'à la dissolution du mariage.

Au point de vue de leurs intérêts particuliers, on peut donc assimiler les époux qui n'ont pas fait de contrat à ceux qui en ont passé un. Pour les uns comme pour les autres, les mêmes motifs exigent que le régime matrimonial une fois

adopté reste stable et ne puisse être changé même du consentement réciproque des parties.

B. Rapports des époux avec les tiers.

Si un changement de domicile ne doit avoir aucune influence sur les rapports des époux entre eux, le même principe ne peut cependant être consacré qu'avec certaines restrictions en ce qui concerne leurs rapports avec les tiers. Les efforts du législateur doivent tendre à affermir le crédit public et à empêcher, par conséquent, que celui qui contracte ne puisse être trompé sur la situation juridique de l'autre contractant. Or tel serait le cas, si le régime matrimonial primitif pouvait subsister immuable et continuer à être opposable aux tiers, sans que ceux-ci aient les moyens de se renseigner sur la véritable situation des conjoints. Juste en lui-même, le principe de la stabilité du droit matrimonial ne doit pourtant jamais devenir un instrument au service de la fraude et de la mauvaise foi.

La nécessité de garantir les tiers est tellement impérieuse qu'on a demandé que, vis-à-vis d'eux, les époux soient toujours censés adopter la loi de leur nouveau domicile et ne puissent en aucun cas se prévaloir de leur régime matrimonial primitif¹⁾. Nous croyons que c'est aller trop loin. Un système aussi rigoureux ne se justifierait que s'il n'existait aucun moyen de concilier les intérêts du public avec ceux des époux. Or ce moyen existe: c'est la faculté donnée aux conjoints de conserver leur régime matrimonial primitif, en le faisant publier ou enregistrer dans un certain délai dès le transfert du domicile. De cette manière, aucun intérêt légitime ne se trouve lésé. Avant de contracter, les tiers pourront facilement s'assurer de la situation juridique des époux, et, s'ils négligent de le faire, ils ne devront s'en prendre qu'à eux-mêmes d'avoir été trompés. Quant aux époux, tous leurs droits sont de même sauvegardés: ils sont libres de maintenir leurs rapports de droit primitif; s'ils ne font pas usage

¹⁾ Proposition de la majorité de la Commission du Conseil national en 1879.

de cette faculté, c'est qu'ils se soumettent volontairement à la responsabilité que les lois de leur nouveau domicile leur imposent à l'égard des tiers.

Tout en recommandant ce système pour le cas où il existe un contrat de mariage, le projet de 1876 le repoussait dans le cas contraire, crainte de retomber dans le manque de clarté, la confusion et la possibilité de tromperies. Nous ne croyons pas que cette distinction se justifie. Sans doute, les régimes légaux adoptés par nos 25 législations cantonales sont nombreux et divers, mais ils le sont à coup sûr encore moins que les combinaisons variées que les époux peuvent faire contractuellement. Le Code Napoléon, en vigueur à Genève et dans le Jura bernois, en prévoit à lui seul une dizaine, et d'autres cantons, comme les Grisons, Tessin et Neuchâtel, accordent aux conjoints une liberté encore bien plus complète. On ne voit donc pas pourquoi le système de l'enregistrement facultatif, s'il est reconnu bon en lui-même, ne pourrait pas être étendu au régime légal.

M. Alfred Martin reproche à ce système, d'une manière générale, qu'en fait le mari pourra toujours empêcher sa femme d'accomplir les formalités nécessaires pour conserver le régime matrimonial primitif, et qu'ainsi cette mesure sera rendue pratiquement impossible dans les cas où elle serait le plus nécessaire. Nous reconnaissons que, dans certains cas, ce danger peut exister, et c'est même ce qui nous a engagé à rejeter l'enregistrement facultatif en ce qui concerne les rapports des époux entre eux. Mais, à l'égard des tiers, ces craintes sont moins justifiées; ici, en effet, les intérêts des époux sont non point divergents, mais identiques. Les collusions frauduleuses entre époux sont malheureusement fréquentes. On peut donc croire que si le système de l'enregistrement doit donner lieu à des abus, ce sera plutôt au préjudice des tiers qu'à celui de l'un des conjoints.

Ce qui précède nous conduit à examiner un autre point, d'une grande importance pour les tiers: *l'action paulienne*, admise par un bon nombre de législations cantonales, même en dehors du cas de faillite, doit-elle être réservée en ce qui

concerne les contrats de mariage, ou même relativement à l'acceptation tacite du régime légal? Il ne nous paraît pas que cette question doive être résolue dans la loi sur les rapports de droit civil. En effet, à teneur de l'art. 889 du Code fédéral des obligations, le droit des créanciers d'attaquer les actes faits par leurs débiteurs en fraude de leurs droits reste régi par la législation cantonale jusqu'à l'adoption d'une loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite. Jusque là on devra donc s'en tenir, dans chaque canton, aux principes de son droit particulier. Il en sera de même en ce qui concerne le *privilege de la femme dans la faillite de son mari*, ce privilege devant d'ailleurs être nettement distingué des droits qu'il est destiné à garantir.

Une autre question qui intéresse les tiers est celle de savoir si l'enregistrement ou la publication doit avoir un effet rétroactif et dans quelle mesure. A ce point se rattache la fixation du délai accordé aux époux pour maintenir leur régime matrimonial primitif. En 1877, le Conseil des Etats a cru devoir dire expressément que le régime de l'ancien domicile fait règle à l'égard des tiers pour les obligations qui ont pris naissance avant le transfert du domicile; cela nous paraît aller de soi. Quant aux obligations contractées postérieurement, on ne peut guère faire autrement que d'accorder un effet rétroactif à la publication ou à l'enregistrement faits dans le délai légal, d'où résulte une période d'incertitude pour les tiers, qui ignorent si les époux nouvellement installés dans une localité entendent conserver ou non leur régime matrimonial primitif. Nous estimons qu'il serait convenable d'abréger le plus possible le délai accordé aux conjoints pour se déterminer. On pourrait aussi, comme le Conseil des Etats l'avait admis, distinguer deux périodes: une première, pendant laquelle l'enregistrement a un effet rétroactif, et une seconde, pendant laquelle il peut encore avoir lieu, mais sans produire cet effet.

Enfin il nous paraît qu'on ne doit pas se contenter d'un simple enregistrement, mais qu'il faut exiger de plus une publication. Le législateur ne doit rien négliger de ce qui peut augmenter les garanties des tiers.

Le système que nous venons d'exposer n'est pas, nous le reconnaissons, à l'abri de toute critique. Nous croyons cependant qu'il pourrait résister à l'épreuve d'une application pratique. Des dispositions tout à fait analogues à celles que nous avons proposées existent dans le canton de Neuchâtel et y sont appliquées sans qu'il en résulte des inconvénients. ¹⁾ C'est là un fait dont l'importance ne saurait être méconnue.

Chapitre IV.

De la tutelle et de quelques autres points se rattachant au droit de famille.

I. De la tutelle des mineurs et des interdits.

A. Historique.

Déjà sous l'empire du pacte de 1815, plusieurs cantons éprouvèrent le besoin de mettre un terme aux conflits relatifs aux tutelles et curatelles de confédérés établis. Un concordat du 15 juillet 1822, s'inspirant des anciennes traditions, soumit la tutelle à la juridiction et à la législation du canton d'origine du mineur ou de l'interdit, et ne permit à l'autorité du domicile d'intervenir que dans les cas d'urgence, ou ensuite de délégation spéciale de l'autorité du lieu d'origine. La plupart des cantons de langue allemande adhérèrent à ce concordat. Au contraire, Vaud, Valais, Neuchâtel et Genève, ainsi que Bâle, St. Gall et les Grisons refusèrent toujours de s'y soumettre. En outre, plusieurs cantons qui avaient donné leur adhésion l'ont retirée depuis.

Le projet de 1862 crut devoir donner la préférence au système territorial, comme plus conforme aux intérêts du pupille et comme tenant mieux compte de l'augmentation considérable du nombre des confédérés établis. Dans les conditions actuelles, exposait le message du Conseil fédéral²⁾,

¹⁾ Voir art. 1145 et 1147 du Code civil neuchâtelois et l'article plus haut cité de M. Nessi.

²⁾ *Feuille fédérale* de 1862, III, p. 491 et suiv.

l'application du droit de la patrie n'est plus qu'une charge pour le canton d'origine; si néanmoins ce système a des partisans, c'est essentiellement grâce au secret désir des cantons d'imposer la fortune de leurs ressortissants établis dans un autre canton. Quant à la crainte qu'on manifestait de voir disparaître les biens des pupilles s'ils n'étaient pas administrés par l'autorité à la charge de laquelle ceux-ci tomberaient en cas d'indigence, le Conseil fédéral n'estimait pas non plus que ce fût là un argument décisif. Toutefois, le reconnaissant fondé en une certaine mesure, il proposait d'accorder à l'autorité du canton d'origine certains droits d'initiative et de contrôle, entre autres celui d'actionner en responsabilité, devant le Tribunal fédéral, l'autorité tutélaire dont l'administration aurait été défectueuse.

Cette dernière disposition fut retranchée par les chambres. A part cela, le projet fut adopté sans changements importants, malgré l'opposition de M. Staehelin, qui, au Conseil des Etats, réclama l'application du droit de la patrie. Le même *Heimathsprincip* fut aussi soutenu en 1867 par M. Rüttimann; cependant ce jurisconsulte admettait que, pour avoir la paix, il n'y avait pas trop d'inconvénients à faire, sur ce point, une concession aux partisans du système territorial¹⁾.

Sauf quelques simplifications résultant de l'adoption de la nouvelle constitution fédérale, le projet de 1876 ne fit pour ainsi dire que reproduire les décisions antérieures. Voici les dispositions qu'il proposait:

„Art. 8. Chaque canton est autorisé et en même temps obligé à organiser et à administrer la tutelle des citoyens suisses domiciliés sur son territoire (art. 2) de la même manière que celle de ses propres ressortissants.

„Est compris dans la tutelle aussi bien le soin des personnes placées sous tutelle que celui de l'administration de leurs biens.

„Art. 9. La juridiction normale de la personne placée sous tutelle est celle du lieu où se trouve l'autorité tutélaire.

¹⁾ Voir p. 42 et suiv. du rapport cité plus haut.

„*Art. 10.* L'établissement d'une seconde tutelle pour la même personne en dehors du canton où elle habite est interdit. Reste néanmoins réservé le droit des autorités du lieu d'origine de provoquer, de la part des autorités tutélaires du domicile, la mise sous tutelle, par exemple pour cause de prodigalité.

„*Art. 11.* En cas de changement de domicile, la tutelle passe aux autorités du nouveau domicile. Toutefois un simple changement de résidence de la part d'un mineur ou l'entrée d'une personne placée sous tutelle dans un asile ou un hospice, n'entraîne pas la translation de la tutelle. De même la tutelle qui a été établie par suite d'absence ou par suite de privation de la liberté subsiste pendant la durée de l'absence ou de l'emprisonnement, au lieu où elle a été établie.

„En cas de contestation entre deux cantons, le Tribunal fédéral décidera si l'établissement de la tutelle ou, pendant la durée de celle-ci, un changement de domicile ou l'acquisition d'un nouveau droit de cité est admissible.

„*Art. 12.* L'autorité du domicile est tenue de donner connaissance de l'établissement de la tutelle à l'autorité du lieu d'origine et de fournir à celle-ci, chaque fois qu'elle le demandera, des renseignements sur l'état de la fortune, ainsi que sur les circonstances personnelles et de famille de la personne placée sous tutelle.“

Les modifications apportées par les chambres à ces propositions se réduisirent à fort peu de chose. Le Conseil national supprima le second alinéa de l'art. 11 et se borna, relativement à l'admissibilité d'un changement de domicile, à réserver le consentement de l'autorité tutélaire de l'ancienne résidence. Tout en réservant aussi ce consentement, le Conseil des Etats se rangea pour le surplus à la rédaction du projet.

B. Etude critique du projet.

C'est évidemment l'intérêt du pupille qui doit déterminer la législation à laquelle il y a lieu de le soumettre. A ce point de vue, le système territorial s'impose: les affaires du mineur ou de l'interdit seront nécessairement mieux ad-

ministérées par une autorité qui peut les surveiller de près, que par une autorité éloignée et obligée d'agir par correspondance. D'ailleurs, comme le disait le Conseil fédéral en 1862, les cantons qui ont refusé d'adhérer au concordat n'ont pas eu à s'en repentir.

De même que le principe qui est à sa base, les détails du projet de 1876 nous paraissent tout à fait acceptables. Quant à la compétence du Tribunal fédéral en matière de contestations entre deux cantons sur des questions de tutelle, c'est sans doute pour des motifs de forme que le Conseil national a supprimé la disposition qui en faisait mention. En effet, cette compétence résulte déjà de l'art. 57 de la loi de 1874 sur l'organisation judiciaire fédérale ¹⁾.

A propos des tutelles, le message se prononce pour l'assimilation des Suisses simplement en séjour aux Suisses établis, en rappelant que la législation applicable est celle du *domicile*, c'est-à-dire d'un séjour *durable*. Pour les mineurs, les personnes admises dans les établissements de bienfaisance, les détenus ou les absents, un simple changement de résidence n'entraînerait donc pas un changement de domicile. Tout en nous référant à ce qui a été dit plus haut, nous approuvons ces restrictions, qui sont d'ailleurs conformes au système du droit français, suivi par la loi en matière de domicile.

Enfin nous admettons encore, avec le message, que la loi ne doit s'appliquer qu'entre cantons et autorités tutélaires de divers cantons, mais reste absolument étrangère aux rapports des autorités tutélaires d'un même canton. C'est ce qui résulte du but de la loi, qui n'est pas de créer l'uniformité, mais de prévenir les conflits.

II. De la tutelle des femmes.

Un article proposé en 1862 et adopté par les chambres consacrait le système territorial en matière de tutelle du

¹⁾ C'est ainsi du reste que le Conseil fédéral paraît l'avoir compris. Voir p. 67 du message.

sexe. En 1876, de même, le Conseil national crut devoir régler ce point et adopta un art. 12 bis, qui limitait le plus possible cette institution. Le Conseil des Etats retrancha cette disposition.

A l'heure qu'il est, toute discussion relative à la tutelle du sexe est sans objet, puisque cette institution a été abolie pour toute la Suisse par les art. 5 et 8 de la loi fédérale du 22 juin 1881 sur la capacité civile.¹⁾

III. Des rapports juridiques entre parents et enfants, de la reconnaissance des enfants naturels et de l'adoption.

En 1862, le Conseil fédéral proposait de soumettre ce qui concerne la légitimation et l'adoption à la loi du canton dont l'indigénat est revendiqué.²⁾ Contrairement à la décision du Conseil des Etats, qui admettait aussi à cet égard le principe de la nationalité, le Conseil national supprima toute disposition sur ce point.

La loi du 24 décembre 1874 ayant unifié ce qui a trait à la légitimation par mariage subséquent, la question a perdu de son importance. Toutefois le projet de 1876 renfermait un article 7, qui a été adopté par les chambres et qui est ainsi conçu :

„Les questions relatives aux rapports juridiques entre parents et enfants, à la reconnaissance des enfants nés hors mariage et à l'adoption, sont également soumises à la législation et à la juridiction du domicile. Lorsqu'un de ces rapports de droit a été valablement constitué, il ne cesse pas de déployer ses effets juridiques par le fait d'un changement de domicile.“

Ainsi que le dit le message, la question de *l'adoption* présente certaines difficultés, cette institution n'existant pas dans tous les cantons. L'inconvénient résultant de ce qu'une adoption, quoique prohibée par le canton d'origine, serait toujours possible néanmoins, grâce à un changement de domi-

¹⁾ Voir à ce sujet le message du Conseil fédéral, *Feuille fédérale*, année 1879, III, p. 831 et suiv., ainsi que le commentaire de M. le professeur Schneider sur l'art. 5 précité.

²⁾ Voir *Feuille fédérale* de 1862, III, p. 490, et art. 12 du projet.

cile de l'adoptant, a été relevé,¹⁾ et est certainement grave. Il nous paraît qu'il conviendrait de faire ici une concession aux partisans de la personnalité du droit. La plupart des cantons Suisses n'admettant pas l'adoption, le législateur fédéral ne doit pas la favoriser; d'ailleurs le système territorial, en permettant d'éluder toutes les prohibitions, donnerait certainement lieu à bien des abus.

Quant aux rapports entre parents et enfants, et à la reconnaissance des enfants naturels, le système territorial, c'est-à-dire l'application de la loi du domicile des parents, se justifie pleinement. Spécialement, il y a lieu de favoriser les reconnaissances d'enfants nés hors mariage, à moins qu'elles ne soient frauduleuses, auquel cas les tribunaux peuvent toujours intervenir. D'ailleurs les contestations entre communes de différents cantons, touchant le droit de cité, peuvent être portées au Tribunal fédéral en vertu de l'art. 110 de la Constitution.

Chapitre V.

Des successions.

I. Historique.

A. Concordat de 1822 et projet de 1862.

Le concordat lié le 15 juillet 1822 entre un certain nombre de cantons, au sujet de la faculté de tester et des droits d'hérédité, consacre, ici encore, l'application de la loi du canton d'origine du défunt en ce qui concerne la dévolution de la succession, qu'elle soit testamentaire ou qu'elle ait lieu ab intestat. Les droits de l'autorité du domicile se bornent à l'apposition des scellés et à la prise d'inventaire. De plus, la forme extérieure du testament est soumise à la loi du lieu où il est dressé. Enfin le concordat a prévu et réglé

¹⁾ Voir l'article cité plus haut de M. Gaulis dans la *Gazette des Tribunaux suisses*.

le cas où le défunt aurait le droit de bourgeoisie dans plusieurs cantons.¹⁾

Toute la Suisse romande et, en outre, Zoug, Bâle, St. Gall et les Grisons ont refusé d'adhérer à ce concordat; d'autres cantons s'en sont retirés.

Pour les successions, comme pour les tutelles, le projet de 1862²⁾ donna la préférence au système territorial, les autorités du canton du domicile devant cependant aviser celles du canton d'origine du défunt du décès de leur ressortissant. Le projet réservait en outre que les immeubles ne pourraient être grevés ni par testament, ni par des conventions matrimoniales ou des institutions contractuelles, de charges non admissibles d'après les lois du canton de leur situation. Quant à la forme des actes, il reconnaissait comme valables ceux dressés conformément à la législation du lieu de leur confection, ou encore à celle du canton de l'établissement. Enfin il consacrait, comme un point capital, le principe de l'unité de la succession.

En justifiant ces propositions, le message³⁾ constatait que les difficultés se font sentir plutôt en ce qui concerne les successions testamentaires qu'en matière de successions ab intestat. Pour celles-ci, en effet, l'intérêt public exige seulement qu'il y ait une règle positive, peu importe laquelle; mais les premières soulèvent la question de la liberté de tester, fort étendue dans certains cantons, très-restreinte dans d'autres. Bien que l'adoption du système territorial permit d'éluder les prohibitions du droit de la patrie par un simple transfert de domicile, le Conseil fédéral ne crut pas devoir s'arrêter à cette objection. Si les abus sont possibles, disait-il, ils le sont déjà actuellement, puisqu'on pourrait toujours éluder les restrictions apportées à la faculté de tester, en transférant son domicile dans un canton non concordataire.

¹⁾ Un autre concordat, du 24 juillet 1826, stipulait l'égalité de droits entre ressortissants de divers cantons appelés à une même succession. Il a été abrogé par la constitution de 1848.

²⁾ Art. 24 à 28.

³⁾ Voir *Feuille fédérale* de 1862, III, p. 494 et suiv.

Pourtant, malgré cette possibilité, l'expérience a démontré que les abus sont extrêmement rares. D'ailleurs, concluait le message, s'il y en a de temps en temps, le mal n'est pas bien grand. „Les législations qui limitent trop la faculté de tester et forcent par là le citoyen à laisser toute sa fortune à des parents qui lui sont restés étrangers pendant toute sa vie, en laissant de côté toutes les personnes que des liens d'amitié et d'affection rapprochaient de lui sa vie durant, se rendent aussi coupables d'une grande dureté et d'une grande injustice. Or, si l'on doit choisir entre deux maux, il vaut enfin mieux se décider pour la manière de procéder qui laisse le plus d'espace à la liberté individuelle.“

Sauf M. Stähelin, la Commission du Conseil des Etats se montra favorable à l'adoption du principe territorial; mais le Conseil lui-même, préférant le statu quo au système du projet, décida de supprimer purement et simplement le chapitre relatif aux successions.

Au Conseil national, il y eut aussi des divergences profondes. Tandis qu'une minorité soutenait le point de vue du projet, le majorité se prononçait pour l'application du droit de la patrie.¹⁾ Elle estimait que les dispositions du concordat étaient entrées dans les mœurs, et qu'il fallait d'ailleurs attacher une grande importance au traité conclu avec la France en 1828, lequel soumettait aussi les successions des ressortissants des deux Etats au droit de la patrie.

Ce fut cette dernière manière de voir qui prévalut au sein du Conseil national. On sait que ce vote engagea le Conseil des Etats à rejeter, quelques jours après, l'ensemble du projet.

B. Projet de 1876.

Le système de la nationalité, recommandé par M. le professeur Rüttimann aussi en matière de successions,²⁾ avait été admis dans le traité conclu entre la Suisse et la France

¹⁾ Voir *Feuille fédérale* de 1863, III, p. 10 et suiv.

²⁾ Voir le rapport cité plus haut, p. 46.

en 1828. Il fut de nouveau consacré par la convention passée entre ces deux pays le 15 juin 1869.¹⁾

Toutefois, dans son projet de 1876, le Conseil fédéral n'hésita pas à proposer de nouveau le système territorial, en s'en référant d'ailleurs, pour les motifs, au message du 15 juillet 1862. Il faisait cependant une exception pour les Suisses décédés à l'étranger. Voici les dispositions qu'il proposait :

„Art. 13. La succession d'un citoyen suisse domicilié en Suisse est soumise à la législation et à la juridiction du lieu où le défunt avait son domicile au moment de la mort; celle d'un citoyen suisse domicilié hors de la Suisse, à la législation et à la juridiction de son lieu d'origine, dans la limite où le droit suisse doit être appliqué.

„Art. 14. La forme des testaments et dispositions de dernière volonté est réglée par la législation du lieu où ces actes ont été faits.“

De leur côté, les chambres se bornèrent à préciser ces principes en renvoyant aux dispositions générales pour la détermination du domicile. Le Conseil national ajouta la mention des traités d'hérédité à l'article consacrant la règle *locus regit actum*. Enfin les deux chambres, prévoyant le cas d'un double indigénat du Suisse décédé à l'étranger, adoptèrent à cet égard une disposition que nous avons déjà rappelée plus haut, ce qui nous dispense d'y revenir.

II. Examen critique du projet.

L'exposé qui précède établit qu'aujourd'hui l'adoption du système territorial en matière de successions rencontrera beaucoup moins d'opposition qu'autrefois. Aux cantons qui ont, dès l'origine, refusé leur adhésion au concordat de 1822, d'autres sont venus s'ajouter par un retrait volontaire. C'est la preuve que le principe de la territorialité est le plus conforme à la nature intime des rapports juridiques auxquels donne naissance l'ouverture d'une succession.

¹⁾ Voir l'art. 5 de cette convention.

Quant à la liberté de tester, les cantons où la quotité disponible varie de la moitié au quart de la fortune du testateur représentent à eux seuls une population de plus de 2 millions d'habitants, c'est-à-dire environ les 5/7 de la population totale de la Suisse. On ne comprendrait donc pas que le législateur fédéral renonçât au système territorial dans l'unique crainte de voir les ressortissants des cantons représentant les deux autres septièmes éluder les lois restrictives de leur pays d'origine. Disons-le franchement: ces prohibitions ne sont plus de notre âge; elles répugnent au plus haut degré aux principes de liberté qui sont à la base de notre civilisation moderne, et le législateur fédéral ferait certainement une œuvre de recul s'il les encourageait.

Enfin, l'application du droit de la patrie aux Suisses décédés à l'étranger, sous réserve des traités, nous paraît se justifier. Mais la Confédération est-elle compétente pour consacrer ce principe? On peut en douter, puisqu'il ne s'agit ni de personnes établies en Suisse, ni de Suisses en séjour, ni d'étrangers à la Suisse.

Chapitre VI.

Des immeubles, de la forme des actes et de la procédure.

Ainsi qu'on l'a vu plus haut, le projet de 1876 envisage la loi sur les rapports de droit civil comme une loi *générale*, consacrant l'application de la législation du domicile pour *tous* les rapports juridiques qu'elle n'excepte pas expressément. Il faut donc se demander si les restrictions qu'elle apporte au principe de la territorialité sont suffisantes ou non.

Trois questions ont attiré notre attention à cet égard: ce sont celles qui concernent les droits réels sur les immeubles, la forme des actes, et la procédure, spécialement les moyens de preuve.

I. Des droits réels sur les immeubles.

Sauf le cas où ils sont envisagés comme faisant partie d'une unité juridique (par exemple d'une succession), toutes les législations sont d'accord pour admettre que les immeubles sont soumis à la loi du pays où ils sont situés, quant aux droits réels dont ils peuvent être l'objet. Le législateur fédéral a-t-il entendu s'écarter de cette règle relativement aux immeubles possédés par des personnes établies en Suisse ou des Suisses en séjour? Nous sommes persuadé que non. Mais il n'en est pas moins vrai que le texte si positif de l'art. 1^{er} du projet pourrait conduire à une interprétation contraire. Aussi pensons-nous qu'il serait utile de compléter la loi par une disposition consacrant expressément l'application de la *lex rei sitae* aux immeubles appartenant à des personnes qui rentrent dans l'une ou l'autre des catégories mentionnées ci-dessus.

II. De la forme des actes civils.

Le projet de 1876 consacre la règle *locus regit actum*, mais seulement en ce qui concerne les dispositions de dernière volonté. En outre il ne dit pas si elle est obligatoire ou non.

Nous croyons que la loi devrait trancher ce point. Elle pourrait d'ailleurs régler la matière d'une façon générale, comme l'a fait, par exemple, le Code civil italien, à l'art. 9 des dispositions préliminaires, ainsi conçu :

„Les formes extrinsèques des actes entre vifs et des dispositions de dernière volonté sont déterminées par la loi du lieu où ils sont faits. Toutefois les contractants ou disposants peuvent suivre les formes admises par leur loi nationale, pourvu que celle-ci soit commune à toutes les parties.“

Si cette restriction était admise, il faudrait sans doute réserver les actes emportant des droits réels sur des immeubles. La forme de pareils actes doit évidemment être régie d'une manière absolue par la loi du lieu de la situation.

Constitutionnellement, au surplus, la loi fédérale ne serait applicable qu'aux actes que des confédérés ou des

étrangers feraient valoir dans le canton où ils sont établis ou en séjour.

III. De la procédure et notamment des moyens de preuve.

Les lois de procédure applicables à une cause sont évidemment celles du lieu où elle est pendante. Quant au for, les cantons sont de même souverains, sous réserve des dispositions des art. 58 et 59 de la constitution fédérale.

Mais il est une partie de la procédure qui se rattache intimement au droit civil: c'est la théorie des preuves. On peut donc se demander si la loi sur les rapports de droit civil doit s'occuper de ce point, ou le laisser de côté.

La question elle-même a déjà été traitée l'année dernière dans les rapports présentés à la Société suisse des juristes par MM. les professeurs Zeerleder et Carrard. Le premier estimait qu'en cas de collision les règles concernant les preuves devaient être déterminées par la loi du lieu où le procès est pendant; au contraire, le second demandait que le contrat pût être établi par les preuves admises au lieu où il a été conclu¹⁾.

Au point de vue qui est le nôtre, la question n'a d'importance qu'en ce qui concerne les établis et les séjournants. Encore faut-il se demander si la Confédération est compétente pour régler des rapports de droit appartenant à la procédure plutôt qu'au droit civil. Même en admettant l'affirmative, elle ne pourrait disposer que pour les plaideurs confédérés ou étrangers, mais non pour les parties qui plaideraient dans leur propre canton, alors même qu'elles auraient contracté ailleurs. Dans ces conditions, il est préférable que la loi fasse complètement abstraction des questions de procédure et des moyens de preuve. Si des conflits peuvent surgir dans ce domaine, ils proviennent de tout autres causes que du fait de l'établissement ou du séjour de confédérés ou d'étran-

¹⁾ Voir *Verhandlungen des schweizerischen Juristenvereins*, 1883, I. p. 46 et 78.

gers; la loi prévue aux art. 46 et 47 de la Constitution ne peut donc y remédier.

Conclusions et thèses.

Les efforts répétés que le législateur fédéral a faits en vue de remédier aux inconvénients résultant du conflit des lois cantonales n'ont pas été couronnés de succès jusqu'ici. Cependant ces conflits sont réels, et la Confédération a le pouvoir d'y parer, en grande partie du moins. Bien que le moment actuel ne soit point favorable à l'élaboration de lois fédérales, nous pensons cependant qu'il y a lieu de reprendre celle prévue à l'art. 46 de la constitution, afin de sortir de l'état d'incertitude qui existe aujourd'hui relativement aux rapports de droit civil des Suisses établis ou en séjour. L'œuvre ne pourra toutefois réussir que si l'on se pénètre de l'idée qu'une solution même imparfaite est encore préférable au statu quo. C'est en nous plaçant à ce point de vue et en subordonnant, au besoin, notre manière de voir personnelle à l'intérêt considérable qui s'attache au succès d'une nouvelle tentative, que nous formulons comme suit les plus importants des principes que nous voudrions voir consacrés par la loi:

Thèses.

1^o Conformément à l'art. 46 de la Constitution fédérale, les personnes établies en Suisse sont soumises, pour leurs rapports de droit civil, à la législation et à la juridiction du lieu de leur domicile, toutes les fois que la loi n'en dispose pas autrement.

2^o En ce qui concerne leurs rapports de droit civil, les Suisses en séjour sont assimilés aux personnes établies en Suisse (art. 47 de la Constitution fédérale).

3^o Sous réserve des traités, la même assimilation a lieu pour les étrangers établis ou en séjour en Suisse.

4° Le domicile d'une personne est l'endroit où elle habite réellement, avec l'intention que cette habitation soit durable. La détermination du domicile dépend des circonstances de fait de chaque cas particulier; les permis administratifs n'ont pas, par eux-mêmes, de valeur probante à cet égard, mais constituent de simples éléments de conviction pour le juge.

Un établissement commercial peut être envisagé comme un domicile spécial, produisant, relativement aux affaires qui s'y traitent, les effets que la loi attache au domicile proprement dit.

5° Le régime matrimonial quant aux biens, primitivement adopté par les époux, demeure immuable en ce qui les concerne. A défaut d'un contrat de mariage, lequel doit être conforme aux lois de l'endroit où il est stipulé, ce régime est déterminé par la loi du lieu que les époux ont choisi pour domicile immédiatement après leur mariage.

6° Même vis-à-vis des tiers, les époux peuvent, en cas de changement de domicile, conserver leur régime matrimonial primitif, moyennant une publication faite à l'instance de l'un ou de l'autre des époux, dans le délai fixé par la loi.

L'action paulienne demeure d'ailleurs réservée au profit des tiers dans les limites fixées par le droit commun.

7° Tout ce qui concerne les tutelles et les curatelles est soumis à la législation et à la juridiction du lieu où le pupille est domicilié.

Les rapports entre parents et enfants, ainsi que la reconnaissance des enfants nés hors mariage, sont de même soumis à la législation du domicile.

Au contraire, la loi du lieu d'origine règle ce qui concerne l'adoption.

8° Sous réserve des dispositions des traités internationaux, les successions de personnes domiciliées en Suisse lors de leur décès s'ouvrent au lieu de leur domicile et sont soumises à la législation et à la juridiction de ce lieu.

En revanche et sous la même réserve, les successions de Suisses décédés domiciliés à l'étranger sont soumises à la loi de leur lieu d'origine.

9° Les droits réels dont les immeubles peuvent être l'objet sont régis par la législation du lieu de leur situation, quelle que soit la loi applicable à la personne ou aux biens mobiliers de leur propriétaire.

10° Il y a lieu d'introduire dans la loi sur les rapports de droit civil une disposition consacrant l'application de la règle *locus regit actum* à la forme des actes civils.

Au contraire, la loi doit s'abstenir de régler ce qui touche à la procédure et aux moyens de preuve.
