

LA RÉCEPTION DANS LA COMMON LAW DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ CIVILISTE

*par J.A. Clarence SMITH**

SOMMAIRE

I. INTRODUCTION	217
A- Généralités	217
B- Principaux auteurs civilistes	217
C- L'Écosse	218
II. LES TRIBUNAUX CIVILISTES EN ANGLETERRE	219
A- L'amirauté	219
B- Les officialités	220
1. L'administration des successions	220
2. Le mariage	221
III. LES TRIBUNAUX DE DROIT COMMUN	222
A- La juridiction domestique	222
B- La juridiction étrangère	224
1. Le jugement déclaratif étranger	224
2. L'acte constitutif étranger	225
a) La confiscation	226
b) La constitution de mariage et de la personnalité juridique	227

* Professeur à la Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa.

c) La curatelle	227
d) La faillite	228
C- Les successions mobilières	230
D- Les successions immobilières	233
E- Les régimes matrimoniaux	234
F- Les obligations contractuelles	235
1. Le taux d'intérêt	235
2. La validité du contrat	236
3. L'interprétation du contrat	236
4. L'inspiration civiliste avouée	237
5. Saisie et prescription	237
6. Preuve et procédure	239
G- L'obligation délictuelle	240
IV. CONCLUSION	241

I. INTRODUCTION

A- Généralités

Aucun juriste de common law n'ignore que ses règles en matière de conflit des lois sont d'inspiration civiliste. On a même coutume d'attribuer à ce fait la qualité spécialement incompréhensible de ce sujet. Attribution en partie injuste: en effet, en common law on a un mélange malaisé d'éléments autochtones, modelés par analogie sur les institutions domestiques déjà en place, avec d'autres importés à besoin. En outre, cette réception des règles civilistes, presque unique dans l'histoire de la common law, ne s'est pas opérée d'un coup. C'est plutôt que chaque fois qu'un problème se présente vierge, sans avoir déjà reçu sa solution dans la jurisprudence, les avocats invoquent les ouvrages continentaux, souvent vétustes, à l'appui de leurs thèses. Et les jugements citent ces ouvrages comme s'ils avaient l'autorité généralement réservée aux seuls "précédents". Une fois énoncée, la solution devient elle-même un précédent — le vide est comblé — et on ne recourt plus aux ouvrages qui l'ont inspiré, ni aux modifications subséquentes, dans son système d'origine, de la règle ainsi reçue. C'est pourquoi la présente étude peut se limiter, à quelques exceptions près, à la jurisprudence antérieure à l'année 1850.

L'ordre de présentation des problèmes fut la conséquence du hasard de la vie judiciaire. On a donc dégagé les règles selon les besoins; et le droit civil n'étant pas statique la forme de chaque règle dépend du stade d'évolution de ce droit au moment de la réception. Les résultats manquent donc de coordination.

B- Principaux auteurs civilistes

Un bref rappel des auteurs qui sont cités le plus souvent ne sera pas superflu. C'est BARTOLE qui le premier, vers l'an 1350, réduit à un système plus ou moins cohérent les règles déjà dégagées petit à petit pendant un siècle et demi. Deux siècles plus tard DUMOULIN (1500-1566) reproduit ce système sans grande modification en France. Au dix-septième siècle, les Pays-Bas prennent la relève: parmi plusieurs juristes compétents HUBER (1636-1694) et Jean VOET (1647-1714) ont la plus grande renommée. Huber a le grand mérite d'exposer brièvement ses thèses et de les illustrer par des solutions appliquées à des cas d'espèce. Au dix-huitième siècle, c'est à nouveau en France qu'on trouve les juristes remarquables, surtout BOULLENOIS (1680-1762), l'inspiration principale du *Traité du juge américain* STORY sur le *Conflit des Lois*. Publié à Edimbourg en 1834, cet ouvrage a une influence assez relative en Angleterre

dont la jurisprudence est déjà fixée dans ses grandes lignes; mais aux États-Unis son influence au dix-neuvième siècle est énorme. Enfin, en 1849 SAVIGNY publie son volume sur le Conflit des Lois, Tome VIII de son "Droit Romain Moderne". Jusqu'à Savigny, la question est toujours de savoir, pour chaque loi proposée, quelle est son étendue: régit-elle les personnes sujettes au législateur, les biens qui se trouvent sur son territoire, ou les actes qui s'y font? Savigny ne part plus de chaque loi, mais à l'autre bout du processus, de chaque rapport juridique pour se demander quel est son "siège", son point de rattachement local: c'est à la loi de ce lieu que le rapport est subordonné dans son ensemble. La différence pratique est que pour l'ancien système un seul rapport juridique peut subir l'influence de plusieurs lois selon l'aspect qu'elles visent, tandis que pour Savigny chaque rapport n'est régi en principe que par une seule loi pour tous ses aspects. Savigny, qui est l'ancêtre du système moderne civiliste, avec son horreur du "dépeçage", a eu très peu d'influence sur la jurisprudence de la common law; par ailleurs, il en eut une très grande sur la doctrine de ce système. D'où en grande partie le conflit actuel entre le droit civil et la common law à ce sujet, et à l'intérieur de la common law, le conflit entre la doctrine et la jurisprudence.

C- L'Écosse

Si les praticiens anglais du seizième siècle réussissent à repousser le droit romaniste, ses universités commencent à l'enseigner. Et au nord, l'Écosse "reçoit" ce droit comme le reste de l'Europe, c'est-à-dire le système tel qu'évolué en Italie et en France au cours du moyen âge, y compris ses règles de droit international privé. Les jeunes écossais auraient bien pu l'étudier dans les universités anglaises, mais le patriotisme — et aussi sans doute le désir de fréquenter des institutions plus célèbres — les poussent aux Pays-Bas. Les auteurs font montre de cette formation; mais la jurisprudence est si sommairement rapportée qu'elle ne permet pas de constatation quant aux influences. On lit en 1639¹ que *actor debet sequi forum rei* (le demandeur doit recourir au ressort du défendeur); et en 1706, on cite Bartole pour la proposition que les formes de l'acte sont dictées par la loi du lieu de célébration, même si cet acte touche les immeubles écossais.² C'est à peu près tout avant la fin du dix-huitième siècle; mais cela suffit pour nous montrer que les principes civilistes sont chez eux en Écosse. Ce pays, soumis à la même couronne que l'Angleterre depuis 1603, s'unit avec elle en 1707

1. *Succession de Brog*, Mor. Dict. 4816.

2. *Cunninghame v. Lady Semple*, Mor. Dict. 4462 et 8284.

pour former un seul royaume. Son système juridique lui est conservé par l'Acte d'Union, mais on accepte un second degré d'appel à la Chambre des Lords jusqu'alors anglaise, dorénavant britannique. Ces appels sont entendus à Londres, mais font peu d'écho dans les salles de Westminster et dans les études du Temple et de Lincoln's Inn jusqu'à la fin du même dix-huitième siècle.

II. LES TRIBUNAUX CIVILISTES EN ANGLETERRE

En Angleterre même quelques îlots de civilisme persistent. Les officialités appliquent le droit canon à tout ce qui touche le mariage; en matière de succession mobilière elles ont compétence pour la vérification des testaments et la nomination des administrateurs. L'amirauté suit une procédure civiliste et des règles de fond universelles pour décider des litiges des commerçants. Même l'administration royale recourt à ce système à la mode dans le monde intellectuel de la renaissance, en partie en contrepois aux privilèges du barreau de common law. Déjà donc en 1604 le Conseil Privé d'Irlande, saisi d'une affaire entre commerçants en raison de ses implications d'intérêt public,³ a su statuer en "law-french" que

"En tous contracts de marchants consuetudo et statuta loci in quem est destinata solutio respicienda sunt."

(on se réfère à la coutume et aux lois du lieu où le paiement doit se faire); et on cite soigneusement à l'appui l'ouvrage de Budelius, *de Nummaria*, lib. 2, cap. 21.

A- L'amirauté

L'amirauté, précisément parce que son droit est universel, n'est pas le domaine idéal pour le conflit des lois; mais les jugements des pays civilistes (c'est-à-dire de tous les autres pays) se trouvent aux dix-septième siècle exécutés directement dans cette cour plutôt que de faire la base d'une nouvelle action de dette sur jugement (à la manière anglaise, voir plus bas), et ce avec la complaisance de la Cour du Banc du Roi.⁴ Cette complaisance cependant ne va pas durer: vers la fin du même siècle, l'amirauté se voit limiter aux seules causes maritimes.

3. *Gilbert v. Brett*, "le Case de Mixt Moneys", Davis 18 = 80 E.R. 507. Le débiteur d'une obligation donnée à Londres mais payable à Dublin s'est libéré en livrant des pièces de valeur métallique inférieure introduites comme ayant cours en Irlande entre les dates de l'obligation et de son paiement.

4. *Wibred v. Wyer* (1607, B.R.), 1 Rolle Abr. 530; *Jurado v. Gregory* (1669, B.R.), 1 Siderf. 418 = 82 E.R. 1191, 2 Keb. 511 = 84 E.R. 320 — mais dans la dernière espèce la prohibition est octroyée parce que la sentence n'était qu'interlocutoire.

B- Les officialités

1. L'administration des successions

Les officialités ne connaissent pas non plus des conflits des lois; mais elles génèrent des conflits de juridiction, leur compétence quant à l'octroi d'autorisation d'administrer ayant été limitée entr'elles aux biens situés sur leur territoire — ceci en conformité aux idées civilistes alors à la mode en ce qui concerne l'intervention directe de l'autorité publique sur un bien.⁵ La jurisprudence applique le même principe aux conflits qui opposent les juridictions anglaises et étrangères (1571).⁶ Pour l'application de cette règle les biens intangibles sont dotés d'une situation fictive, qui est généralement la résidence du débiteur (1588),⁷ plutôt que celle du défunt: pour justifier cette fiction juridique la Cour des Plaids Communs invoque "les civilistes", ce qui signifie les "docteurs", praticiens anglais devant l'amirauté et les officialités; mais on trouve la même règle chez les auteurs italiens aussi. Cette fiction admet des exceptions: les créances sur jugement sont situées au lieu de son enregistrement (1607)⁸ les "reconnaisances" au lieu de l'aveu,⁹ et les autres obligations scellées au lieu du papier qui les renferme.¹⁰ Les lettres de change se font remarquer après que le canon est clos: leur situation jusqu'à très récemment est celle d'une créance simple, à la résidence du débiteur.¹¹ Toute cette structure de fiction reste en vigueur aujourd'hui, sans réflexion, dans n'importe quel contexte où un intangible a besoin d'une situation. La conséquence du critère de la situation de chaque bien est qu'une même succession peut être soumise à plusieurs administrateurs: en ce cas le paiement d'une dette de la succession par l'un de ces administrateurs, même un administrateur des biens à l'étranger, en libère l'ensemble (1670):¹² il y a là un palliatif, mais la multiplicité d'administration produit

5. E.g. Bartole, no 51 de son Traité, traduit in (1970) 14 American Journal of Legal History, à la page 273, pour la déchéance.

6. *Daniel v. Luker* (1571, Pl. Com.), Dyer 305a = 73 E.R. 687: conflit entre les archevêques de Cantorbéry et de Dublin.

7. *Casebolt v. Casebolt* (1588, Pl. Com.), Dyer 305a, note = 73 E.R. 687.

8. Affaire de *Needham* (1607, Pl. Com.), Dyer 305a, note = 73 E.R. 687.

9. *Needham*, ci-dessus.

10. *Daniel v. Luker* et *Needham*, aux notes 6 et 8 ci-dessus; *Trowbridge v. Taylor* (1619, Pl. Com.), Dyer 305a, note = 73 E.R. 687, 1 Rolle Abr. 909.

11. *Yeoman v. Bradshaw* (1695, B.R.), Holt K.B. 42 = 90 E.R. 921; *A.G. v. Bouwens* (1838, Ech.) 4 M. & W. 171 = 150 E.R. 1390. Voir maintenant *Crosby v. Prescott*, (1923) R.C.S. 446.

12. *Shaw v. Stoughton* (B.R.), 3 Keb. 163 = 84 E.R. 653.

continuellement des inconvénients graves. La conséquence logique de cette variété de la territorialité est que l'administrateur étranger est reconnu ici comme saisi des biens qui se trouvaient à l'étranger au moment de la mort, et sans confirmation anglaise (1688),¹³ non pas cependant des biens situés ici à ce moment même si le défunt était étranger (1735).¹⁴ Et on ne suppose pas que la nomination anglaise confère des pouvoirs à l'étranger (1740).¹⁵

2. Le mariage

En matière de mariage, l'intrusion des pouvoirs civils en chaque pays soulève la possibilité au dix-huitième siècle d'un conflit des lois: l'officialité de Londres est saisie d'un conflit de cette sorte pour la première fois en 1752.¹⁶ Le mariage dans l'espèce est clandestin, célébré entre deux anglais en France. Ce mariage est valable quoique désapprouvé d'après le droit canon toujours en vigueur en Angleterre; mais il est absolument nul en vertu de la législation royale en France. Le juge recourt à des auteurs civilistes¹⁷ pour appliquer quant à la forme, la loi du lieu de célébration; ce critère est approuvé par le Chancelier Lord Hardwicke.¹⁸ En 1776, il est

13. *Jauncey v. Sealey* (Ch.), 1 Vern. 397 = 23 E.R. 541; *Currie v. Bircham* (1822, B.R.), 2 Dowl. & Ry. 35; *Arnold v. Arnold* (1837, Ch.), 2 My. & Cr. 256 = 40 E.R. 638. Pour une action d'administration de la succession sous surveillance de la cour il fallait qu'un administrateur soit nommé par les instances anglaises (*Logan v. Fairlie* (1825, V.-C.), 2 Sim. & St. 284, 292 = 57 E.R. 355, 358; *Tylerv. Bell* (1837, Ch. App), 2 My. & Cr. 89, 109 = 40 E.R. 575, 582; *Bond v. Graham* (1842, V.-C.), 1 Hare 482 = 66 E.R. 1121) même s'il n'y avait rien en Angleterre au moment de la mort. On en a conclu qu'un administrateur nommé à l'étranger ne pouvait comparaître en Angleterre sans habilitation anglaise (*Whyte v. Rose* (1842, Salle de l'Ech.), 3 Q.B. 493 = 114 E.R. 596. Cf. cependant *Vanquelin v. Bouard* (1863, Pl. Com.), 15 C.B.N.S. 341 = 143 E.R. 817). Cette illogicité a été corrigée récemment par *Crosby v. Prescott*, (1923) R.C.S. 446.

14. *Tourton v. Flower* (1735, Ch.), 3 P.Wms. 369 = 24 E.R. 1105.

15. *Earl of Breadalbane v. Innes* (1736, Chambre des Lords en appel de l'Écosse), 1 Paton 181; *Atkins v. Smith* (1740, Ch., Lord Hardwicke), 2 Atk. 63 = 26 E.R. 436.

16. *Scrimshire v. Scrimshire* (1752, Cons. Londres), 2 Hag. Con. 395 = 161 E.R. 782, confirmée (selon le Procureur-Général Murray, plus tard Lord Mansfield) par la Haute Cour des Délégués; *Compton v. Bearcroft* (1767, Cour des Arches; 1769, Haute Cour des Délégués), citée à 2 Hag. Con. 444 = 161 E.R. 799, et note, le premier des mariages de Gretna Green.

17. Gayll, juriconsulte allemand, mort en 1587; le canoniste Sanchez, *de Matrimonio* (1594); le commentaire de Jean Voet sur le Digeste (1698).

18. *Butler v. Freeman* (1756, Ch., Lord Hardwicke), Amb. 301, 302 = 27 E.R. 204, 205: les cérémonies de l'église anglicane ne suffisent pas à Anvers même si les parties sont anglaises. Lord Hardwicke avait énoncé la règle, purement *obiter*, douze ans plus tôt en *Omychund v. Barker* (1744, Ch.), 1 Atk. 21, 50 = 26 E.R. 15, 33.

suggéré, sans référence aux auteurs civilistes ou autres, que la loi du lieu de célébration n'est pertinente que pour les mariages entre résidents; mais le point n'est pas décidé,¹⁹ on continue à appliquer la loi du lieu de la célébration aux affaires subséquentes²⁰ sans distinguer entre résidents et non-résidents. Cette application se justifie par l'autorité du jugement de 1752, sans mention ultérieure de son raisonnement, ni de son inspiration. On a ouvert une fois la source, et l'eau continue de couler. On fait exception à cette règle dans les cas où la forme locale n'est pas à la disposition des parties,²¹ et où le territoire est sous contrôle d'une armée d'occupation.²² La règle est limitée aux seules questions de forme, et si le consentement des parents se classe avec les formalités,²³ il en va autrement des empêchements de fond:²⁴ pour cela on revient en 1861 à Huber,²⁵ mort depuis presque deux siècles, pour trouver que c'est la loi personnelle qui régit.

III. LES TRIBUNAUX DE DROIT COMMUN

A- La juridiction domestique

Pour en revenir aux tribunaux de droit commun, ils se sont affranchis, petit à petit et sans aucune aide civiliste, de leur incapacité médiévale de statuer sur les droits nés en dehors du comté d'origine du jury.²⁶ Cette libération ne s'étend cependant qu'aux

-
19. *Harford v. Morris* (1776, Cour des Arches; 1784, Haute Cour des Délégués), 2 Hag. Con. 423 = 161 E.R. 792: à la fin de la journée le mariage est prononcé nul parce que la mariée y a été contrainte.
20. On en compte plus d'une douzaine dans les recueils jusqu'en 1850. Voir plus récemment *Berthiaume v. Dastous* (Cons. Pr. en appel du Québec), (1930) A.C. 79, où Lord Dunedin encore ne remonte pas plus haut que *Scrimshire*.
21. *Divorce de Lord Cloncurry* (1810, Chambre des Lords), 48 Jo.H.L. 233a (citée à 11 Cl. & F. 92 = 8 E.R. 1037), d'après le Chancelier Lord Eldon.
22. Entre autres *Ruding v. Smith*, (1821, Cons. Londres), 2 Hag. Con. 371 = 161 E.R. 774.
23. *Steele v. Braddell* (1838, Cons. Dublin), Milw. Ecc. R. 1; *Simonin v. Mallac* (1860, Divorce, cour plénière), 2 Sw. & Tr. 67 = 164 E.R. 917: Huber sur le Conflit des Lois, no 8, est cité pour être "distingué", pp. 81, 82 = 923.
24. Envisagé en *Swift v. Kelly* (1835, Cons. Pr.), 3 Knapp 257, 279 = 12 E.R. 648, 666, Lord Brougham: décidé en *Brook v. Brook* (1861, Chambre des Lords), 9 H.L.C. 193 = 11 E.R. 703: époux anglais entre les degrés prohibés d'affinité, mariés au Danemark.
25. No 8: *Brook v. Brook*, aux pages 203 = 708, 208 = 709, 241 = 722.
26. *Gynn v. Constantine* (1586, B.R.), citée à 6 Co. 46b, 48a = 77 E.R. 325; *Richardson v. Dowdale* (1603, Pl. Com.), 6 Co. 46b = 77 E.R. 323; *Ward v. Kidswin* (1625, B.R.),

jugements déclaratifs des droits "transitoires", c'est-à-dire ceux où la localité n'est pas un élément indispensable du droit: ils n'arrivent donc jamais à décider de façon constitutive des droits à l'étranger (1519),²⁷ ni directement, même de façon déclarative, du droit aux immeubles en dehors du royaume (1598).²⁸ Lord Nottingham, à titre de Chancelier (1673-1682) a su ménager cette règle en se reconnaissant le pouvoir d'imposer *in personam* au défendeur devant lui le devoir de passer un acte ou d'agir autrement au sujet des terres à l'étranger,²⁹ mais il n'a pas pu abolir la règle,³⁰ et nous l'avons aujourd'hui.

Dans les cas où la juridiction n'est pas exclue *ratione materiae*, le tribunal doit préalablement établir sa juridiction à l'encontre du défendeur. La modalité est de demander au shérif, au nom du roi, d'obtenir sa comparution; mais s'il se trouve hors du territoire ni le shérif ni même le roi ne peut agir,³¹ par ailleurs même s'il n'y est que de passage, on peut le citer.³² Pour les juridictions civilistes, la règle a

Latch 4 = 82 E.R. 245; enfin *Skinner v. East India Co.* (1666, consultation des juges, soumise à la Chambre des Lords), 6 St. Tr. 710.

27. *Countess of Derby v. Earl of Derby* (1519, B.R.), Keilwey 202 = 72 E.R. 381 (détermination du droit de douaire dans l'île de Man).
28. Affaire de l'*Earl of Derby* (1598, Conseil de la Reine), 4 Co. Inst. 284; *Earl of Athol v. Earl of Derby* (1672, Ch.), 1 Ch. Ca. 220 = 22 E.R. 771. Les demandes de loyers contractuels cependant, et de dommages-intérêts pour avoir coupé les arbres sur le terrain sont toutes deux "transitoires:" *Wey v. Yalley* (1704, B.R.), 6 Mod. 194 = 87 E.R. 948; *Brown v. Hedges* (1708, B.R.), citée à 1 Str. 614 = 93 E.R. 734.
29. *Archer v. Preston* (date incert., Ch.), citée à 1 Vern. 75, 77 = 23 E.R. 322; suivie en *Earl of Arglasse v. Muschamp* (1682, Ch.), 1 Vern. 75 = 23 E.R. 322; et plus tard *Toller v. Carteret* (1705, Ch.), 2 Vern. 494 = 23 E.R. 916, et trois décisions de Lord Hardwicke: *Angus v. Angus* (1737, Ch.), West cas. t. Hardw. 23 = 25 E.R. 800; affaire de *Lord Anglesey* (dat. incert., Ch.), citée à 1 Ves. Sen. 454 = 27 E.R. 1139; *Penn v. Lord Baltimore* (1750, Ch.), 1 Ves. Sen. 444 = 27 E.R. 1132. Et voir la note 40 ci-dessous. Également recevable est la demande d'exhibition des preuves au sujet des immeubles à l'étranger (*Earl of Derby v. Duke of Athol* (1749, Ch.), 1 Ves. Sen. 202 = 27 E.R. 982), même de nomination d'un administrateur judiciaire (*Anon v. Lindsey* (1808, Ch.), 15 Ves. 91 = 33 E.R. 689) et d'un commissaire au partage (*Tulloch v. Hartley* (1841, V.-C.), 1 Y. & C. Ch. 114 = 62 E.R. 814).
30. *Carteret v. Petty* (1676, Ch.), 2 Swanst. 323, note = 36 E.R. 639 (demande de partition). Lord Hardwicke aussi: *Roberdeau v. Rous* (1738, Ch.), 1 Atk. 543 (demande de possession); *Pike v. Hoare* (1763, Ch.), Amb. 428 = 27 E.R. 286 (demande d'interpréter un testament des immeubles en Pennsylvanie); *Doulson v. Matthews* (1792, B.R.), 4 T.R. 503 = 100 E.R. 1143 (demande de dommages-intérêts pour violation d'une maison au Canada).
31. *Vaughan v. Evans* (1725, B.R.), 2 Ld. Raym. 1408 = 92 E.R. 416, 8 Mod. 374 = 88 E.R. 266.
32. *Carrick v. Hancock* (1895), 12 T.L.R. 59; *Forbes v. Simmons* (Alta, 1914), 20 D.L.R. 100.

toujours été différente: l'amirauté saisit le bateau qui se trouve dans ses eaux; et l'officialité cite n'importe où le défendeur pourvu qu'il réside entre ses limites.³³ Jusqu'à la fin du dix-huitième siècle, le Chancelier suit la règle civiliste;³⁴ puis à ce moment, il s'est rallié au système de la common law.³⁵

B- La juridiction étrangère

1. Le jugement déclaratif étranger

Le même Lord Nottingham est le premier à reconnaître l'effet obligatoire entre les parties d'une procédure étrangère³⁶ et à plus forte raison celui de la chose jugée à l'étranger.³⁷ En 1678,³⁸ il appuie sur le "droit des gens", sans autre précision, la proposition que "les sentences étrangères font foi: en vertu de quel droit un royaume infirmerait-il le jugement de l'autre?" Son prédécesseur Lord Clarendon, reconnaissant lui aussi qu'il ne pouvait commander les tribunaux étrangers, nuance cette règle à son tour en enjoignant aux parties à la recherche d'un avantage contraire à la conscience de ne pas poursuivre les procédures à l'étranger;³⁹ cent ans plus tard, même après l'exécution d'un jugement constitutif, tel le transport de la propriété d'un bien, cette nuance permet la remise en état par rétrocession.⁴⁰ Le Chancelier avait toujours accordé cette sanction aux parties devant les tribunaux anglais de droit commun.

-
33. E.g. *Butler v. Dolben* (1756, Cour des Arches), 2 Lee 312, 316 = 161 E.R. 352.
34. Lord Thurlow avait des doutes (*Bourke v. Macdonald* (1781, Ch.), 2 Dick. 587 = 21 E.R. 399), mais l'habitude a continué (*Scott v. Hough* (1793, Ch.), 4 Bro. C.C. 213 = 29 E.R. 857).
35. C'est Lord Eldon qui décide que la désobéissance en ce cas ne peut pas être sanctionnée: *Shaw v. Lindsay* (1812, Ch.), 18 Ves. 696 = 34 E.R. 405; *Fernandez v. Corbin* (1829, V.-C.), 2 Sim. 544 = 57 E.R. 891.
36. *Newland v. Horseman* (1681, Ch.), 1 Vern. 21 = 23 E.R. 275: le demandeur en Angleterre ne peut y continuer qu'en se désistant de son action dans le même sens en Espagne. La jurisprudence subséquente n'ajoute que des précisions.
37. *Newland v. Horseman*, note 36 ci-dessus: "la sentence définitive une fois rendue serait concluante à toute partie." Et encore *Burrows v. Jemino* (1726, Ch.), 2 Str. 733 = 93 E.R. 815 (jugement à Livorne).
38. Dans l'affaire de *Cottingham*, à la note 44 ci-dessous.
39. *Love v. Baker* (1665, Ch.), 1 Ch. Ca. 67 = 22 E.R. 698 (compétence reconnue, mais mainlevée de l'ordonnance pour raison d'opportunité); *Wharton v. May* (1799, Ch.), 5 Ves. 27, 71 = 31 E.R. 454, 476; et plusieurs décisions subséquentes.
40. *Lord Cranstown v. Johnston* (1796, M.R.), 3 Ves. 170, 183 = 30 E.R. 952, 959; distinguée en *White v. Hall* (1806, Ch.), 12 Ves. 321 = 33 E.R. 122, où la partie n'avait rien fait contre la conscience.

La conséquence de l'effet obligatoire du jugement étranger consiste en la possibilité de s'en servir comme base d'une nouvelle action locale: depuis une époque très éloignée, les créanciers sur jugement anglais peuvent intenter une nouvelle action sur ce jugement insatisfait. Le premier exemple jurisprudentiel de l'extension de cette procédure se situe en 1707,⁴¹ mais il est évident que ceci n'est pas un nouveau départ: on doit supposer qu'on y a pensé au moment de la limitation de l'amirauté (qui exécutait directement, on l'a vu, les jugements étrangers) aux causes strictement maritimes. Le jugement étranger est un peu moins digne de respect que le jugement local: l'action se prescrit dans le même délai que le simple contrat,⁴² et la créance primitive n'est pas confondue dans le jugement. Rien n'empêche donc qu'on se base sur cette créance, et (ce qui est toujours l'habitude aujourd'hui) dans la même action que la réclamation sur le jugement.⁴³

2. L'acte constitutif étranger

Lord Nottingham ne se limite pas aux jugements déclaratifs des droits des parties. Il reconnaît l'effet des actes constitutifs des autorités étrangères à l'encontre des tiers.⁴⁴ Toutefois, si les jugements déclaratifs sont limités aux parties, les actes constitutifs

41. *Dupleix v. de Roven* (1707, Ch.), 2 Vern. 540 = 23 E.R. 950 (jugement français), et trois décisions de la Chambre des Lords en appel de l'Écosse pour le motif que les cours de Westminster agissaient ainsi continuellement, les jugements étant anglais ou jamaïcain: *Goddard v. Swynnton* (1715), Robertson 164; *Wilson v. Brunton* (1758), 2 Paton 11; *Sinclair v. Fraser* (1771), 2 Paton 253; *Crawford v. Whittall* (1773, B.R.), 1 Doug. 4, note 1 = 99 E.R. 2 (jugement à Calcutta); *Walker v. Witter* (1778, B.R.), 1 Doug. 1 = 99 E.R. 1 (jugement jamaïcain, Lord Mansfield déclarant que "les jugements étrangers font la base d'une demande partout"); *Galbraith v. Neville* (1788, 1790, B.R.), 1 Doug. 6, note = 99 E.R. 5.

42. *Dupleix v. de Roven*, à la note précédente.

43. *Hall v. Odber* (1809, B.R.), 11 East 118 = 103 E.R. 949 (jugement du Banc du Roi du Bas Canada); *Bank of Australasia v. Harding* (1850, Pl. Com.), 9 C.B. 661 = 137 E.R. 1052.

44. Il semble avoir pris pour constitutive la sentence de "divorce" — qui a dû certainement être de nullité — prononcée à Turin. La femme "divorcée" s'y est remariée, et il n'est pas permis au nouveau mari de se débarrasser d'elle en attaquant le "divorce" auquel, naturellement, il n'était pas partie: affaire de *Cottingham* (1678, Chambre des Lords), 2 Swanst. 326 = 36 E.R. 640. À plus forte raison l'acte constitutif — par exemple le transport d'un bien en exécution d'un jugement — est concluant entre les parties: *Lord Cranstown v. Johnston* (1796, M.R.), 3 Ves. 170 = 30 E.R. 952. Le bien en question était sis dans le territoire du tribunal, et on suggère que le mariage doit y être localisé aussi. Malheureusement la localisation suggérée est que le mariage ait été célébré sur le territoire (*Sinclair v. Sinclair* (1798, Cons. Londres), 1 Hag. Con. 294 = 161 E.R. 557), au lieu d'un lien avec le territoire au moment de la procédure — fausse route qui a duré assez longtemps.

sont limités au territoire sujet à l'autorité en question: ainsi le monopole danois du commerce avec l'Islande, possession danoise, rend légitime la saisie par le concessionnaire des marchandises anglaises qui s'y trouvent en contravention.⁴⁵ S'inspirant de cette initiative,⁴⁶ la Cour du Banc du Roi reconnaît en 1682 l'effet d'un acte constitutif même au profit de l'autorité qui l'opère, dans l'espèce un jugement de condamnation prononcé par le tribunal étranger de prise: à l'encontre de l'acheteur à la vente successive le propriétaire primitif ne pouvait plus prétendre à la propriété même en invoquant une erreur de fait à la base de la sentence.⁴⁷ Le motif de cette décision est que "si nous ne reconnaissons pas leurs sentences ils ne reconnaîtront pas les nôtres."

a) La confiscation

Cent ans plus tard on étend cette reconnaissance aux confiscations non plus judiciaires mais gouvernementales, effectuées au cours de la révolution américaine, toujours cependant à condition que l'objet de la confiscation soit susceptible d'être matériellement saisi.⁴⁸ Elles restent donc sans effet sur les intangibles,⁴⁹ malgré la

45. *Affaire de Blad* (1673, Cons. Pr.), *Blad v. Bamfield* (1674, Ch.), 3 Swanst. 603, 604 = 36 E.R. 991, 992. L'autorisation par la loi locale des actes sur son territoire aurait été reconnue en plusieurs affaires subséquentes si son existence avait été établie (*Comyn v. Sabine* (1737, Salle de l'Ech.), citée à Cowp. 169 = 98 E.R. 1026; *Mostyn v. Fabrigas* (1774, B.R., Lord Mansfield), Cowp. 161 = 98 E.R. 1021; *Raphael v. Verelst* (1775, 1776, Pl. Com.), 2 W. Bl. 1055 = 96 E.R. 621; *Collet v. Lord Keith* (1802, B.R.), 2 East 260 = 102 E.R. 368; *R. v. Picton* (1806, n.p.), 30 How. St. Tr. 450, 540. Elle est établie et reconnue en *Dobree v. Napier* (1836, Pl. Com.), 2 Bing N.C. 781 = 132 E.R. 301.

46. Ainsi explicitement *Skinner* 59 = 90 E.R. 28 — l'initiative telle qu'exprimée dans l'affaire de *Cottingham*, à la note 44 ci-dessus.

47. *Hughes v. Cornelius* (1682, B.R.), Sir T. Raym. 473 = 83 E.R. 247 (le bâtiment dont le propriétaire est anglais a été condamné par le tribunal de prise en France parce que construit en Hollande, alors en guerre avec la France); *Hamilton v. Dutch East India Co.* (1732, Chambre des Lords en appel de l'Écosse), 1 Paton 69. Au cours des guerres franco-anglaises on est venu à reconnaître non seulement la condamnation mais la motivation au profit de ce tiers qui est l'assureur: l'assureur ne paye pas si le bâtiment est garanti neutre et la Cour de Prise le trouve belligérant, même si la constatation est manifestement fautive. Il serait fastidieux d'énumérer la vingtaine de décisions dans ce sens, apparemment toujours des "précédents" valables, quoiqu'à l'avis de Lord Thurlow — et Lord Ellenborough a déclaré son accord — il s'agisse d'une extension abusive de *Hughes v. Cornelius*: *Donaldson v. Thompson* (1808, n.p.), 1 Camp. 429 = 170 E.R. 1010.

48. *Wright v. Nutt* (1788, 1791, Ch.), 1 H. Bl. 136, spécialement à la page 149 = 126 E.R. 83, 89. Cf. *Kempe v. Antill* (1785, Ch.), 2 Bro. C.C. 11 = 29 E.R. 6; *Peters v. Irving* (1789, Ch.), 3 Bro. C.C. 54 = 29 E.R. 405; *Wright v. Simpson* (1802, Ch.), 6 Ves. 714 = 31 E.R. 1272.

49. *Folliot v. Ogden* (1789, Pl. Com.; 1790, B.R.; 1792, Chambre des Lords), 1 H. Bl. 123 =

“situation” fictive de ceux-ci aux fins de la succession, et à plus forte raison sur les biens sis hors leur territoire.⁵⁰ Pour ces deux dernières propositions, on cite les publicistes Grotius et Puffendorf (hollandais) et Vattel (suisse).

b) La constitution de mariage et de la personnalité juridique

Dans le même courant de reconnaissance de l'acte public étranger Lord Hardwicke situe en 1744 la reconnaissance du mariage à l'étranger, comme si la célébration du mariage constitue un acte public: la seule question est de savoir si le célébrant est délégué par l'autorité du lieu où il agit et s'il a suivi les formes qui lui sont prescrites par cette même autorité.⁵¹ Déjà en 1725, la personne juridique créée à l'étranger par l'autorité du lieu — y a-t-il là une analogie? — peut ester en justice en Angleterre sans habilitation anglaise;⁵² et inversement la constatation étrangère de l'aliénation d'un résident de ce pays le prive de capacité en Angleterre sans privation indépendante anglaise (1749, Lord Hardwicke).⁵³

c) La curatelle

Au curateur cependant nommé à l'étranger, à l'aliéné étranger aucun pouvoir personnel sur lui n'est reconnu pendant que l'aliéné se trouve en Angleterre: le tribunal anglais peut en tous les cas et doit en quelques cas combler le vide, sans nécessairement tenir compte des droits à la curatelle établis par la loi personnelle de l'aliéné.⁵⁴ Il en va de même du tuteur du mineur étranger⁵⁵ — ce

126 E.R. 75; 3 T.R. 726 = 100 E.R. 825; 4 Bro. P.C. 111 = 2 E.R. 75; *Wolff v. Oxholm* (1817, B.R., Lord Ellenborough), 6 M. & S. 92 = 105 E.R. 1177.

50. *Barclay v. Russell* (1797, Ch.), 3 Ves. 424 = 30 E.R. 1087.

51. *Omychund v. Barker* (1744, Ch.), 1 Atk. 21, 50 = 26 E.R. 15, 33. Immédiatement après allusion à *Hughes v. Cornelius* (note 47 ci-dessus) il continue: “Ainsi (nous soulignons) des causes matrimoniales, elles doivent être décidées selon les cérémonies de mariage dans le pays de célébration.”

52. *Henriques v. Dutch West India Co.* (1725, Pl. Com.; 1728, B.R.; 1730, Chambre des Lords), 2 Ld. Raym. 1532 = 92 E.R. 494.

53. *Ex parte Otto Lewis* (1749, Ch.), 1 Ves. Sen. 298 = 27 E.R. 1043: constatation à Hambourg.

54. *In re Houstoun* (1826, Ch., Lord Eldon), 1 Russ. 312 = 38 E.R. 121; *in re Princess Bariatinski* (1843, Ch.), 1 Ph. 375 = 41 E.R. 674.

55. *Ex parte Watkins* (1752, Ch., Lord Hardwicke), 2 Ves. Sen. 470 = 28 E.R. 301; *Johnstone v. Beattie* (1843, Chambre des Lords), 10 Cl. & F. 42 = 8 E.R. 657.

malgré l'opinion contraire du "Droit des Gens" (1758) du publiciste Vattel⁵⁶ et le courant général d'opinion civiliste.

En ce qui concerne les biens de l'incapable étranger, le tribunal local a compétence pour les protéger,⁵⁷ et discrétion pour les remettre au tuteur ou curateur étranger,⁵⁸ mais limitée au pouvoir d'administration qui lui est reconnu par la loi personnelle de l'incapable.⁵⁹

d) La faillite

En cas de faillite, il est question seulement des biens. Au syndic nommé à l'étranger sont reconnus en Angleterre depuis 1764 tous les pouvoirs que lui confère le pays de sa nomination, et tout l'actif local du failli lui est dévolu, y compris les créances dues par les débiteurs locaux;⁶⁰ et il peut ester en justice en tant que propriétaire par cession (forcée, bien entendu) du failli.⁶¹ Les créanciers qui ont saisi en Angleterre doivent se désister,⁶² et ceux qui après la faillite se sont fait payer en exécution de la saisie lui sont redevables,⁶³ à moins d'avoir déjà un droit acquis sur l'objet saisi.⁶⁴ Le passif lui passe aussi: les créanciers locaux ne peuvent plus tracasser le failli,⁶⁵ mais doivent soumettre leurs demandes au syndic étranger.

56. Invoqué à l'audience en plaidoirie, *in re Princess Bariatinski*, note 54 ci-dessus, et (avec autres citations) à l'audience et dans les discours de Lord Brougham et de Lord Campbell en *Johnstone v. Beattie*, note 55 ci-dessus, aux pages 81 = 673, 96 = 678, 131 = 691.

57. *Ex parte Southcot* (1751, Ch., Lord Hardwicke), 2 Ves. Sen. 401 = 28 E.R. 256.

58. *Stephens v. Jones* (1833, Ch. app.), 1 My & K. 627 = 39 E.R. 818; *In re Morgan* (1849, Ch.), 1 H. & T. 212 = 47 E.R. 1389; *In re Stark* (1850, Ch.), 2 Mac. & G. 174 = 42 E.R. 67.

59. *Newton v. Manning* (1849, Ch.), 1 Mac & G. 362 = 41 E.R. 1305.

60. *Solomons v. Ross* (1764, Ch.), 1 H. Bl. 131, n. = 126 E.R. 79, n.; *Neale v. Cottingham* (Irlande, 1764, Ch.), 1 H. Bl. 133, n. = 126 E.R. 81 n.; *Jollet v. Deponthieu* (1769, Ch.), 1 H. Bl. 132, n. = 126 E.R. 80, n.; *Selkrig v. Davies* (1814, Chambre des Lords en appel de l'Écosse), 2 Dow 230 = 3 E.R. 848; *Ex parte Cridland* (1814, Ch., Lord Eldon), 3 V. & B. 94 = 35 E.R. 415 (à distinguer, *Jeffery v. M'Taggart* (1817, B.R.), 6 M. & S. 126 = 105 E.R. 1190, la décision dépendant de l'interprétation de la loi statutaire); *Tronson v. Callan* (Irlande, 1827, Ech.), 1 Huds. & Br. 113; *Ferguson v. Spenser* (1840, Pl. Com.), 1 M. & G. 987 = 133 E.R. 632; *Reilly v. Jacob* (Irlande, 1844, M.R.), 7 Ir. Eq. 199; *Stephens v. M'Farland* (Irlande, 1845, M.R.), 8 Ir. Eq. 444.

61. *Solomons*, *Neale*, *Jollet*, *Jeffery*, *Ferguson*, *Stephens*, à la note 60 ci-dessus; *Tennon v. Mars* (1828, B.R.), 8 B. & C. 638 = 108 E.R. 1179; *Alivon v. Furnival* (1834, Ech.), 1 Cr. M. & R. 277 = 149 E.R. 1084.

62. *Solomons*, *Jollet*, note 60 ci-dessus.

63. *Neale*, note 60 ci-dessus.

64. *Reilly v. Jacob* (Irlande, 1844, M.R.), 7 Ir. Eq. 199.

65. *Quélin v. Moisson* (1828, Cons. Pr., appel de Jersey), 1 Knapp 265 = 12 E.R. 320;

Tout ceci suppose que la nomination à l'étranger s'est faite au domicile du failli.⁶⁶

Inversement la faillite domestique est censée, depuis au moins 1747, passer le patrimoine mobilier⁶⁷ partout⁶⁸ du failli domicilié ici.⁶⁹ Le débiteur du failli, saisi à l'étranger, doit toujours payer au syndic parce que la saisie est nulle faute d'objet;⁷⁰ quoique s'il a déjà payé au créancier saisissant, on ne le contraigne pas à un second paiement.⁷¹ En ce cas, le créancier qui s'est fait payer après la faillite est redevable au syndic,⁷² à moins qu'il n'ait déjà obtenu autrement quelque droit réel.⁷³ On n'enjoint cependant pas contre la saisie: on ne le peut à l'encontre d'un étranger (qui n'est pas soumis à l'autorité du Chancelier *in personam*), et on ne mettra pas le créancier anglais à un désavantage.⁷⁴

Rogers v. Love (Irlande, 1828, Ech.), 1 Huds. & Br. 484, n.; *Nevins v. Kieran* (Irlande, 1828, Ech.), 1 Huds. & Br. 483.

66. Mais la nomination au lieu où le failli faisait son commerce est également respectée: *Stephens v. M'Farland* (Irlande, 1845, M.R.), 8 Ir. Eq. 444.
67. Cette limitation est implicite partout, mais explicite en *Hunter v. Potts*, note 68 ci-dessous.
68. *M'Intosh v. Ogilvie* (1747, Ch.), citée à 4 T.R. 193, n. = 100 E.R. 968, n.; *Mawdesley v. Park et Beckwith* (1770, Ch.), citée à 1 H. Bl. 680 = 126 E.R. 387; *Hunter v. Potts* (1791, B.R.) 4 T.R. 182 = 100 E.R. 962; *Sill v. Worswick* (1791, Pl. Com.), 1 H. Bl. 665 = 126 E.R. 379; *Phillips v. Hunter* (1795, Salle de l'Ech.), 2 H. Bl. 402 = 126 E.R. 618; *M'Leod v. Schultze* (1844, Ech.), 1 D. & L. 614.
69. *Hunter v. Potts*, note 68 ci-dessus, à la page 192 = 967.
70. *Mawdesley* (1770), à la note 68 ci-dessus.
71. *Le Chevalier v. Lynch* (1779, B.R., Lord Mansfield), 1 Doug. 170 = 99 E.R. 112, approuvée par la Salle de l'Echiquier en *Phillips v. Hunter*, note 68 ci-dessus.
72. Apparemment Lord Hardwicke, *M'Intosh v. Ogilvie* (1747, Ch.), citée à 4 T.R. 193, n. (En Écosse les créanciers ayant saisi avant la même faillite sont préférés sur les biens saisis au syndic anglais — *Ogilvie v. Aberdeen's Assignees* (1747), Mor. 4556). Mais *in re Wilson* (1752, Ch.), *Cooke's Bankr. L. 300*, expliquée par Lord Loughborough en *Sill v. Worswick* (1791), note 68 ci-dessus, à la page 691 = 393, Lord Hardwicke semble avoir pensé que le créancier saisissant peut garder ce qu'il a pris, à condition de ne pas participer à la répartition anglaise. (En Écosse dans cette même faillite le syndic est préféré aux créanciers ayant saisi même avant la faillite pour les créances nées en Angleterre — *Wilson's Assignees v. his Creditors* (1755), Mor. 4556). Lord Mansfield partage ce second avis en *Waring v. Knight* (dat. incert.), citée à 2 H. Bl. 413 = 126 E.R. 624, ainsi que Lord Thurlow, *in re Frank* (1791, Ch.), *Cooke's Bankr. L. 301*. Le devoir inconditionnel de remettre au syndic tout ce qu'il a pu recouvrer est réaffirmé en *Hunter* (1791), en *Sill* (1791), et par la majorité en *Phillips* (1795), note 68 ci-dessus.
73. *Sill* (1791), *M'Leod* (1844), note 68 ci-dessus.
74. *Brickwood v. Miller* (1817, M.R.), 3 Mer. 279 = 36 E.R. 108.

Dans tout cela, aucune inspiration civiliste n'est avouée. En 1791, les plaideurs invoquent Huber, Voet et Vattel; mais Lord Kenyon observe⁷⁵ que "nous n'avons pas besoin de nous y pencher en décidant de cette question. En principe, il faut avouer que les biens meubles sont soumis aux lois du pays où est domicilié leur propriétaire" — sentiment bien civiliste.

Quant à la libération du failli à la fin des procédures, Lord Hardwicke reconnaît en 1744⁷⁶ que la libération étrangère efface ses dettes étrangères; mais elle n'efface pas ses dettes anglaises.⁷⁷ C'est le lieu fixé pour le paiement qui détermine si la dette est anglaise ou étrangère.⁷⁸ Les tribunaux anglais cependant, sont liés par la libération anglaise, même quant aux dettes étrangères.⁷⁹

C- Les successions mobilières

Quant aux questions qui n'impliquent pas le respect dû par courtoisie internationale (ou interrégionale) aux autres autorités, Lord Hardwicke décide, en 1744, que la succession d'un étranger, même en ayant besoin quant à l'administration des biens sis en Angleterre d'une autorisation anglaise, dépend, quant à la destination définitive de l'actif net, de la loi de la résidence du défunt.⁸⁰ Et il explique que la "succession mobilière (en anglais, personnelle) suit la personne". Même en anglais et même sans

75. *Hunter v. Potts*, note 68 ci-dessus, à la page 192 = 967.

76. *Ex parte Burton* (1744, Ch.), 1 Atk. 255 = 26 E.R. 163; *Cathcart v. Blackwood* (1765, Chambre des Lords, en appel de l'Écosse), Mor. 4579. La jurisprudence subséquente est unanime.

77. *Quin v. Keefe* (1795, Pl. Com.), 2 H. Bl. 253 = 126 E.R. 698; *Smith v. Buchanan* (1800, B.R.), 1 East 6 = 102 E.R. 3; *Lewis v. Owen* (1821, B.R.), 4 B. & Ald. 654 = 106 E.R. 1076; *Shallcross v. Dysart* (1826, Pl. Com.), 2 Glyn & Jam. 87; *Phillips v. Allan* (1828, B.R.), 8 B. & C. 477 = 108 E.R. 1120.

78. *Bamfield v. Anderson* (1821, Pl. Com.), 5 Moo. C.P. 331.

79. *Lynch v. McKenny* (1776, B.R.), citée à 2 H. Bl. 544 = 126 E.R. 669; *Armani v. Castrique* (1844, Ech., le baron en chef Pollock à l'audience), 13 M. & W. 443, 447 = 153 E.R. 185, 186. C'est le cas, en conséquence des lois statutaires, des juridictions à l'intérieur du Royaume Uni entr'elles (*Sidaway v. Hay* (1824, B.R.), 3 B. & C. 12 = 107 E.R. 639); et c'était apparemment le cas des tribunaux coloniaux (*Edwards v. Ronald* (1830, Cons. Pr. en appel de Calcutta, sans motivation), 1 Knapp 259 = 12 E.R. 317).

80. *Pipon v. Pipon* (1744, Ch.), Amb. 25 = 27 E.R. 14: le défunt résidait dans l'île de Jersey, où les soeurs avaient la priorité sur les neveux, tandis qu'en Angleterre les neveux participaient par représentation. Lord Hardwicke avait déjà constaté qu'à l'intérieur du royaume la coutume de la province ecclésiastique de York régit la répartition des meubles d'un résident de cette province — *Wallis v. Hodson* (1741, Ch.), 2 Atk. 115 = 26 E.R. 472.

attribution, on fait écho de façon évidente au principe *mobilia sequuntur personam*. Lord Hardwicke ajoute six ans plus tard⁸¹ que “les créances ne suivent pas la personne du débiteur quant au fond du droit, mais celle du créancier.”

Le point n'est plus contesté pendant un demi-siècle en Angleterre.⁸² En Écosse, sa solution dans le même sens et à la même époque⁸³ est remise en question en 1778⁸⁴ et 1785,⁸⁵ apparemment suivant l'impression que les tribunaux anglais prônaient la situation des biens. La résidence du défunt cependant, reçoit confirmation en 1790⁸⁶ en appel à la Chambre des Lords, la question étant de savoir quels parents sont les héritiers les plus proches. D'après le Chancelier Lord Thurlow, le critère de la situation des biens représente une “méconnaissance grossière des règles du droit civil et du droit des gens.”⁸⁷ Il prend pour base formelle de cette conclusion les décisions de Lord Hardwicke et les oeuvres de deux auteurs écossais,⁸⁸ mais surtout le sentiment unanime des civilistes étrangers.⁸⁹ Il est important de noter l'implication de ce raisonnement. On réfert aux auteurs étrangers précisément parce que le droit international privé ne fait pas partie, contrairement à ce que nous apprenons tous aujourd'hui comme le premier axiome du sujet, du droit particulier de chaque nation: en effet, il est tout aussi universel que le droit international public.

81. *Thorne v. Watkins* (1750, Ch.), 2 Ves. Sen. 35 = 28 E.R. 24: le défunt anglais avait une part indivise dans une succession écossaise, laquelle part descendait selon la loi anglaise.

82. *Pipon v. Pipon*, note 80 ci-dessus, est citée en passant par Lord Mansfield en *Burn v. Cole* (1762, Cons. Pr.), Amb. 415 = 27 E.R. 277, et appliquée en *Kilpatrick v. Kilpatrick* (1787, M.R.), citée à 6 Bro. P.C. 584 = 2 E.R. 1282.

83. La Cour est divisée en 1738 (*Nearest of Kin of Adam Duncan, competing*, Mor. App. II (Elchies), v. Succession, no 4), mais en décide ainsi en 1744: *Brown v. Brown*, Mor. 4604 (obligations irlandaises, apparemment en Écosse, mais le motif explicite est la qualité écossaise du défunt créancier); *Mortimer v. Lorimer* (1770), citée à Mor. 4621/2, et à 6 Bro. P.C. 571 = 2 E.R. 1274.

84. *Davidson v. Elcherson*, Mor. 4613; *Henderson v. M'Lean*, Mor. 4615: dans les deux cas la situation des biens coïncide avec la résidence du défunt, mais le motif explicite est leur situation.

85. *Morris v. Wright*, Mor. 4616: nettement pour la situation des biens, et en désapprouvant *Brown v. Brown*, à la note 83 ci-dessus.

86. *Bruce v. Bruce*, 6 Bro. P.C. 566 = 2 E.R. 1271 (plaidoirie de l'appelant), et 2 B. & P. 229, note = 126 E.R. 1251, note (discours de Lord Thurlow).

87. 126 E.R. 1253.

88. Les *Institutes* d'Erskine et les *Principes de l'Equity* de Lord Kaimes.

89. Huber, Voet, Vinnius, Vattel, Dénisart.

Cet arrêt est suivi de près par trois autres, où tenant compte de la loi du domicile, on décide que le testateur ne peut priver son enfant de sa part légitime (1792);⁹⁰ qu'une co-héritière aux meubles peut en prendre sa part sans rapporter les immeubles auxquels elle est la seule héritière (1793);⁹¹ qu'un legs peut être assujéti à la condition que la légataire n'épouse pas une personne indiquée (1796).⁹² Ces quatre décisions, toutes l'oeuvre de Lord Thurlow,⁹³ sont concluantes sans la répétition des arguments pour l'Angleterre⁹⁴ aussi bien que pour l'Écosse. Les critères qui fixent le domicile du *de cuius* sont tirés des mêmes sources civilistes.⁹⁵

Le rattachement cependant des formalités du testament au statut personnel⁹⁶ ne s'inspire pas du droit civil, et lui est contraire — contraire aussi à ce qui est décidé pour les formalités du mariage. La raison semble être que la même loi devrait régir les successions testamentaires et *ab intestat*;⁹⁷ mais le conflit est toujours entre le domicile et la situation des biens: la suggestion que *locus regit actum* n'est faite qu'en 1844, pour être alors repoussée en faveur du

90. *Lashley v. Hog*, 6 Bro. P.C. 577 = 2 E.R. 1278 (les plaidoiries, qui invoquent les mêmes sources), 3 Paton 247.

91. *Balfour v. Scott*, 6 Bro. P.C. 550 = 2 E.R. 1259.

92. *Ommaney v. Douglas*, 3 Paton 448.

93. Voir l'attribution par Lord Loughborough dans l'affaire *Bempde v. Johnstone*, note 94 ci-dessous.

94. *Bempde v. Johnstone* (1796, Ch.), 3 Ves. 198 = 30 E.R. 967; *Somerville v. Somerville* (1801, M.R.), 5 Ves. 759 = 31 E.R. 839 (les deux concernant la sélection de l'héritier *ab intestat*); *Thornton v. Curling* (1824, Ch.), 8 Sim. 310 = 59 E.R. 123 (nullité française du testament qui lègue tout à la maîtresse, à l'exclusion de la famille légitime); *In the Goods of Maraver* (1828, Prérég. Cant.), 1 Hag. Ecc. 494 = 162 E.R. 658 (capacité de la femme mariée espagnole de faire son propre testament); *Bernal v. Bernal* (1838, Ch.), 3 My. & Cr. 559 = 40 E.R. 1042 (validité hollandaise de la direction d'accumuler).

95. Voir spécialement *Somerville v. Somerville*, à la note 94 ci-dessus (jurisprudence hollandaise et française invoquée); *Potinger v. Wightman* (1817, M.R.), 3 Mer. 67 = 36 E.R. 26 (pouvoir de la mère-veuve de changer la loi personnelle de ses enfants: Voet, Rodenburg, Bynkershoek, Déniart et Pothier invoqués).

96. *In the Goods of the Dutchess of Kingston* (1799, Prérég. Cant.), citée à 2 Add. 21 = 162 E.R. 203; peut-être inconsciemment en *Hare v. Nasmyth* (1815, 1821, Prérég. Cant.), 2 Add. 25 = 162 E.R. 205; consciemment, mais sans motivation et le lieu de signature coïncide avec le domicile, en *Stanley v. Bernes* (1831, Haute Cour des Délégués), 3 Hag. Ecc. 373 = 162 E.R. 1190, appliquée sans question dans la jurisprudence subséquente.

97. Ainsi plaide Dr Lushington en *Stanley v. Bernes*, à la note 96 ci-dessus, et il a gain de cause.

domicile.⁹⁸ Le civiliste moderne devrait approuver ce rejet du dépeçage dont son propre système reste coupable.

D- Les successions immobilières

Les immeubles cependant suivent, encore sans contestation, la loi de leur situation: l'Angleterre connaît depuis longtemps diverses coutumes locales de transmission des terres, et le critère a toujours été la situation de la terre en question.⁹⁹ C'est cette loi qui décide non seulement qui est l'héritier¹⁰⁰ (y compris le caractère légitime du prétendant)¹⁰¹ mais aussi que l'immeuble peut être légué,¹⁰² et, si oui, que le legs est valable du point de vue du fond¹⁰³ aussi bien que (déjà en 1682) de la forme.¹⁰⁴ Si la loi du site de l'immeuble jette le fardeau

-
98. *Croker v. Marquis of Hertford* (1844, Cons. Pr., Dr Lushington), 4 Moo. P.C. 339 = 13 E.R. 334; *Frere v. Frere* (1847, Prérég. Cant.), 5 N. of C. 593 (avec la complication du renvoi).
99. *Birtwhistle v. Vardill* (1826, B.R.; 1835, 1839, Chambre des Lords), 5 B. & C. 438 = 108 E.R. 163; 2 Cl. & F. 571 = 6 E.R. 1270; 7 Cl. & F. 895 = 7 E.R. 1308. Voir le juge Abbott (plus tard Lord Tenterden) à 5 B. & C. 438, 452 = 108 E.R. 163, 168. Le juge Holroyd à 5 B. & C. 438, 454 = 108 E.R. 163, 169, et le baron en chef Alexander à 2 Cl. & F. 571, 578 = 6 E.R. 1270, 1272, ajoutent qu'aucune règle étrangère (c'est-à-dire quant au fond) n'est prise en considération. Pour le choix de la loi applicable mention est faite de Huber, no 8, et de Jean Voet à l'audience devant le Banc du Roi, et par Lord Brougham à 2 Cl. & F. 571, 586 = 6 E.R. 1270, 1276.
100. En Écosse *Durie v. Coutts* (1791), Mor. 4624; cf. *Lowthian v. Ross* (1797, Chambre des Lords), 3 Paton 621; *Drummond v. Drummond* (1799, Chambre des Lords), 4 Paton 66 (et pour les plaidoiries 6 Br. P.C. 601 = 2 E.R. 1293).
101. *Birtwhistle v. Vardill*, à la note 99 ci-dessus. Le prétendant écossais est le fils aîné de son père, né avant le mariage qui en Écosse le légitime. En Angleterre la légitimation par subséquent mariage est exclue en 1235, et jusqu'en 1925.
102. Les immeubles ne sont pas transmissibles par testament à cette époque en Écosse: *Brodie v. Barry*, (1813, M.R.), 2 V. & B. 127 = 35 E.R. 267; *Johnson v. Telford* (1830, M.R.), 1 Russ. & My. 244 = 39 E.R. 94; et la prohibition sicilienne d'aliénation des terres en Sicile est également respectée: *Earl Nelson v. Lord Bridport* (1846, M.R.), 8 Beav. 547, 570 = 50 E.R. 215, 224.
103. *Olliphant v. Hendrie* (1784, Ch.), 1 Bro. C.C. 571 = 28 E.R. 1304; *Curtis v. Hutton* (1808, M.R.), 14 Ves. 537 = 33 E.R. 627: "la validité de toute disposition de biens immeubles doit dépendre de la loi du pays où le bien est situé;" *Mackintosh v. Townsend* (1809, Ch.), 16 Ves. 330 = 33 E.R. 1009; *Fordyce v. Bridges* (1848, Ch., app.), 2 Coop. t. Cott. 324, 343 = 47 E.R. 1179, 1187.
104. *Bovey v. Smith* (1682, Ch.), 1 Vern. 84 = 23 E.R. 328: pour passer la propriété il fallait dire "à X, ses héritiers et ses cessionnaires," et la testatrice hollandaise avait dit en hollandais "à X, ses fils et ses petits-fils," ce qui passait la propriété (arguait-on) en Hollande; mais cela "ne signifie rien." Encore *Coppin v. Coppin* (1725, Ch.), 2 P. Wms. 291 = 24 E.R. 735: le testament anglais a besoin à l'époque de trois témoins, "peu importe qu'il ait été rédigé outremer."

des obligations du défunt sur les meubles,¹⁰⁵ ou au contraire l'en grève au profit des meubles,¹⁰⁶ c'est cette loi qui prime, peu importe la situation des meubles ou le domicile du défunt. L'annexion des objets meubles (par exemple, les esclaves) à un immeuble pour les fins de succession dépend aussi de la loi du site de l'immeuble en question.¹⁰⁷ Le principe est acquis au cours de la même décennie, et également par la Chambre des Lords en tranchant les appels écossais. Pour ces propositions, quelque agréables qu'elles soient au droit civil, aucune source civiliste n'est invoquée.

Il en est de même du transport entre vifs des immeubles,¹⁰⁸ surtout en ce qui concerne les modalités, privées¹⁰⁹ ou publiques.¹¹⁰

E- Les régimes matrimoniaux

Quant aux régimes matrimoniaux, on reconnaît, déjà en 1702, le pouvoir des époux étrangers de régler par contrat anténuptial leurs rapports pendant le mariage quant aux biens meubles — situés n'importe où.¹¹¹ Le contrat dans l'espèce est fait à Paris, mais on conçoit mal que deux anglais, incapables à cette époque de se

-
105. *Bowman v. Reeve* (1722, Ch.), 9 Mod. 66 = 88 E.R. 319: la loi hollandaise dégrève les immeubles au préjudice des meubles situés en Angleterre — mais la loi anglaise faisait pareil.
106. En Écosse *Fullerton v. Kinloch* (1740, Chambre des Lords, Lord Hardwicke), 1 Paton 265; *Drummond v. Drummond* (1799, Chambre des Lords), 4 Paton 66 (et pour les plaidoiries 6 Bro. P.C. 601 = 2 E.R. 1293): la loi d'Écosse grève en premier lieu les immeubles, la loi anglaise les meubles. En Angleterre *Elliot v. Lord Minto* (1821, V.-C.), 6 Madd. 16 = 56 E.R. 994; *Earl of Winchilsea v. Garetty* (1838, M.R.), 2 Keen 293 = 48 E.R. 641.
107. *Newlands v. Chalmers* (1815, Cons. Pr., en appel de la Jamaïque), citée à 11 S. & D. 66, n.; *Ex parte Rucker, in re Rucker* (1834, cour de révision en faillite), 1 Mont. & Ayr. 480, et en appel *Ex parte Borrodaile, in re Rucker* (1835, Ch.), 2 Mont. & Ayr. 398. Également l'immobilisation du droit du créancier sur hypothèque: *Johnstone v. Baker* (1817, M.R.), 4 Madd. 474, n. = 56 E.R. 780, n.; *Jerningham v. Herbert* (1829, M.R.), 4 Russ. 388 = 38 E.R. 851; *Price v. Dewhurst* (1838, Ch.), 4 My. & Cr. 76, 81 = 41 E.R. 30, 32; *Allen v. Anderson* (1846, V.-C.), 5 Hare 163 = 67 E.R. 870.
108. Lord Mansfield, *obiter*, en *Robinson v. Bland* (1760, B.R.), 2 Burr. 1077, 1079 = 97 E.R. 718.
109. *Ex parte Pollard, in re Courtney* (1840, Ch., app.), Mont. & Ch. 239: le "mortgage" anglais par dépôt des titres ne crée aucun droit réel aux terres écossaises, quoique la conscience du "mortgagor" puisse être par cela assujettie à l'intervention du Chancelier.
110. *Waterhouse v. Stansfield* (1851, 1852, V.-C.), 9 Hare 234, 10 Hare 254 = 68 E.R. 489, 921: transport et hypothèque étant également sans effet à Démérara (en cas de faillite) sans homologation judiciaire, même la conscience n'est pas liée sans cela.
111. *Foubert v. Turst* (1702, Ch., 1703, Chambre des Lords), 1 Bro. P.C. 129 = 1 E.R. 464.

soustraire de l'absorption des biens de la femme dans le patrimoine du mari, aient pu le faire en visite à Paris: la qualité parisienne des époux a dû être (inconsciemment) l'élément déterminant. Bientôt, on admet le pouvoir de la loi du domicile de prescrire directement, sans contrat, ces rapports;¹¹² mais l'effet du mariage sur les immeubles des époux dépend de la loi de la situation de chaque immeuble.¹¹³

F- Les obligations contractuelles

1. Le taux d'intérêt

En matière d'obligation, on admet dès avant 1700 que le taux d'intérêt suive la coutume du lieu où le contrat est conclu¹¹⁴ ou les biens détournés¹¹⁵ plutôt que le taux en vigueur au for. Ceci n'est en réalité que l'évaluation du préjudice souffert: "si l'argent avait été payé en Inde, comme il aurait dû l'être, le créancier aurait pu gagner les intérêts indous depuis ce temps."¹¹⁶ Mais on en fait la base de la généralisation que "tous contrats sont à juger selon la loi du lieu où lesdits contrats sont faits."¹¹⁷

-
112. En *Foubert v. Turst*, note 111 ci-dessus, on n'admettait que l'incorporation, même implicite, dans le contrat des parties; mais en *Fremoult v. Dedire* (1718, Ch.), 1 P. Wms. 429 = 24 E.R. 458, on aurait appliqué la priorité de la veuve sur les autres créanciers par la loi hollandaise si cette loi avait été établie par des preuves. Dans un domaine spécial les cours d'*equity* refusent à plusieurs reprises d'imposer au mari étranger qui devient plein propriétaire par sa propre loi des biens de sa femme, d'en faire à son profit un "settlement" anglais: le premier exemple est *Sawer v. Shute* (1792, Ech. Eq.), 1 Anstr. 63 = 145 E.R. 801. C'est aussi la loi personnelle de la femme mariée (de son mari) qui détermine qu'elle a le pouvoir de contracter seule: *Guépratte v. Young* (1851, V.-C.), 4 de G. & Sm. 217 = 64 E.R. 804.
113. *Ilderton v. Ilderton* (1793, Pl. Com.), 2 H. Bl. 145 = 126 E.R. 476 (douaire en immeubles anglais pour épouse écossaise); *Martin v. Martin* (1831, M.R.), 2 Russ. & My. 507 = 39 E.R. 487 (l'époux même anglais ne peut après son mariage faire au profit de sa femme un "settlement" des terres à Démérara, même avec l'interposition de fiduciaires).
114. *Lane v. Nichols* (avant 1702), 1 Eq. Ca. Abr. 288 = 21 E.R. 1051, suivie d'une jurisprudence abondante.
115. *Ellis v. Loyd* (1701, Ch.), 1 Eq. Ca. Abr. 289 = 21 E.R. 1052; *East India Co. v. Ekins* (1717, Ch.; 1718, Chambre des Lords), 1 P. Wms. 395 = 24 E.R. 441; 2 Bro. P.C. 382 = 1 E.R. 1011. Cf. cependant *Law v. East India Co.* (1799, M.R.), 4 Ves. 824 = 31 E.R. 427, où le taux indou est refusé pour des motifs "équitables."
116. Plaidoirie dans l'affaire *Ekins*, note 115 ci-dessus, 2 Bro. P.C. 382, 385 = 1 E.R. 1011, 1014.
117. Énoncé au *Treatise on Equity* (attribué à Ballow) sur la base de l'affaire *Ekins*.

2. La validité du contrat

Pour la validité du contrat (autre qu'anténuptial) au sujet des biens meubles (1706)¹¹⁸ ou immeubles (1719),¹¹⁹ c'est la loi de la situation du bien qui compte: peut-on dire que c'est la loi du lieu où l'exécution est projetée? L'intention de violer en Angleterre la loi pénale anglaise est cause de nullité du contrat, même conclu à l'étranger;¹²⁰ et l'intention de violer à l'étranger la loi pénale étrangère l'est également,¹²¹ sauf dans le cas de la loi étrangère fiscale,¹²² sans égard au lieu de conclusion du contrat. Le lieu de conclusion n'y entre que si la loi interdit ou désapprouve la conclusion plutôt que l'exécution.¹²³

3. L'interprétation du contrat

Pour l'interprétation des contrats, nous ne trahisons peut-être pas la pensée de l'époque si nous disons que tout détail implicite de l'obligation principale dépend de la loi du lieu de conclusion,¹²⁴ tandis que les détails implicites des obligations éventuelles ou autrement accessoires se trouvent suppléés par la loi du lieu où cette obligation sera exécutée.¹²⁵

-
118. *Smith v. Brown* (1706, B.R.), 2 Salk. 665 = 91 E.R. 566: la vente en Angleterre d'un nègre, valable par la loi de la Virginie, aurait été respectée si l'esclave s'était trouvé en Virginie. C'est le contraire s'il est en Angleterre: *Shanley v. Harvey* (1762, Ch.), 2 Eden 126 = 28 B.R. 844; *Somerset v. Stewart* (1772, B.R.), Lofft 1 = 98 E.R. 499.
119. *Meynell v. Moore* (1719, Ch.), citée à 4 Bro. P.C. 103, 106 = 2 E.R. 72: la loi de l'Antigua prive d'effet la donation non enregistrée des terres, et cette loi est appliquée aux terres qui y sont sises. Il en est autrement si les biens sont accessoires (servent de garantie) à un contrat personnel: l'octroi en Angleterre de rentes viagères, nul par la loi anglaise, n'a pas d'effet sur les terres irlandaises qui le garantissent, même si la loi irlandaise ne l'interdit pas — *Richards v. Gould* (Irlande, 1827, Ch.), 1 Molloy 22.
120. *Borr v. Vandal* (1663, Ch.), 1 Ch. Ca. 30 = 22 E.R. 678, et une abondante jurisprudence subséquente.
121. Peut-être *Smith v. Marconnay* (1796, n.p.) Peake Add. Cas. 81 = 170 E.R. 201; *Paxton v. Popham* (1808, B.R.), 9 East 408 = 103 E.R. 628; *de Wutz v. Hendricks* (1824, Pl. Com.), 2 Bing. 314 = 130 E.R. 326; *Heriz v. Riera* (1840, V.-C.), 11 Sim. 318 = 59 E.R. 896.
122. *Smith v. Oxenden* (1663, Ch.), 1 Ch. Ca. 25 = 22 E.R. 675; et ainsi de suite.
123. Cf. *Quarrier v. Colston* (1842, Ch., app.), 1 Ph. 147 = 41 E.R. 587, où la loi étrangère ne désapprouvait pas.
124. Tel les affaires au sujet du taux d'intérêt; et voir une exposition détaillée par le juge Willes en *Lloyd v. Guibert* (1865, Salle de l'Ech.), 6 B. & S. 100 = 122 E.R. 1134: les annotations de Brodie sur les Institutions de Lord Stair sont citées indirectement à la plaidoirie, page 112 = 1139.
125. Les parts fixées par la dispache des avaries au port de destination sont acceptées

4. L'inspiration civiliste avouée

Jusqu'en 1760, la motivation de ces décisions fait substantiellement défaut. En cette année, pour la proposition que la validité d'un contrat de prêt pour jeu dépend de la loi du lieu où il est consenti, l'avocat Wedderburn ajoute¹²⁶ aux précédents, en matière du taux d'intérêts, les opinions de Dumoulin (la consultation bien connue portant date de 1625) de Vinnius (mort à Leiden en 1657), de Huber (mort en 1694) et de Voet (mort en 1714). Lord Mansfield décide contre lui, en invoquant¹²⁷ une autre opinion d'Huber¹²⁸ en faveur du lieu d'exécution — peu importe que cette autre opinion ne regarde pas la validité du contrat mais seulement les stipulations implicites. En effet, Huber ailleurs¹²⁹ s'exprime dans le même sens en parlant de la validité d'un contrat conclu où il est permis mais à être exécuté où il ne l'est pas: Lord Mansfield le cite quinze ans plus tard.¹³⁰ Dans l'espèce de 1760, une lettre de change émise en France mais devant être acceptée et payée à Londres tombe sous le coup de la loi anglaise annulant toute "sécurité" donnée pour le paiement d'un prêt pour jeu. Alexander Wedderburn, plus tard Lord Loughborough, juge en chef des Plaids Communs (1780 à 1792) et Chancelier en succession à Lord Thurlow (1793 à 1801), avait débuté sa carrière en Écosse. William Murray Lord Mansfield, quoique lui aussi écossais, n'avait jamais été inscrit au barreau de son pays natal, mais il plaidait souvent les causes écossaises à Londres avant sa nomination à la présidence du Banc du Roi.

5. Saisie et prescription

Le principe que "tous contrats sont à juger selon la loi du lieu où lesdits contrats sont faits" est plaidé en 1728 devant la Chambre des Lords, sur appel provenant de l'Écosse, mais il n'est pas reconnu

d'avance par les parties au contrat de transport maritime: *Walpole v. Ewer* (1789, n.p.), *Park Ins.*, ed. vii, p. 629; *Simonds v. White* (1824, B.R.), 2 B. & C. 805 = 107 E.R. 582. De la même manière la procédure de protêt en cas de déshonneur d'une lettre de change est celle prévue au lieu destiné à l'acceptation ou au paiement: *Rothschild v. Currie* (1841, B.R.), 1 Ad. & E. 43 = 113 E.R. 1045, malgré la désapprobation de *Allen v. Kemble* (1848, Cons. Pr.), 6 Moo. P.C. 314 = 13 E.R. 704. Le jugement en *Rothschild* invoque, pour le choix de la loi, Pothier, *Contrat de Change*, no 155.

126. *Robinson v. Bland* (1760, B.R.), 1 W. Bl. 256 = 96 E.R. 141, à la page 257 = 141.

127. À la page 258 = 141, et 2 Burr. 1077, 1078 = 97 E.R. 717, 718.

128. *De Conflictu Legum*, no 10.

129. *Ibid.*, no 5.

130. *Holman v. Johnson* (1775, B.R.), Cowp. 341, 344 = 98 E.R. 1120, 1121/2.

dans l'espèce. On avait saisi les biens en Écosse d'un débiteur d'obligations faites en Angleterre pour le contraindre à les garantir. En Angleterre, on ne pouvait faire cela, mais le créancier a gain de cause:¹³¹ la loi du for est appliquée. De la même manière, le délai de prescription de l'action (la "limitation" anglaise) dépend en 1705 de la loi du for sans égard au lieu du contrat.¹³²

Mais ce n'est qu'en 1797 que la distinction entre le fond du droit et sa sanction fait surface explicitement, et ce sans attribution de source.¹³³ Le contexte est l'insaisissabilité française de la personne du défendeur pour s'assurer de sa comparution à une action pour dette: est-ce que cette loi limite la responsabilité aux seuls biens du débiteur, ou au contraire, ne diminue que le pouvoir coercitif du tribunal?^{134, 135} En 1811, en parlant du délai de prescription de l'action, on distingue encore entre l'extinction du droit et l'extinction de la sanction: on trouve que la "limitation" de la common law n'éteint que la sanction.¹³⁶ Enfin, en 1830, Lord Tenterden invoque Huber¹³⁷ et Voet¹³⁸ à l'appui de sa décision que l'action en Angleterre entre deux écossais est éteinte par le délai anglais même si le délai écossais n'est pas expiré,¹³⁹ et aussi pour la proposition plus générale

-
131. *York Buildings v. Meres*, 23 Jo. H.L. 280b: seul le principe, dans les mêmes mots que Ballow, est rapporté à 2 Eq. Ca. Abr. 476 = 22 E.R. 405.
132. *Dupleix v. de Roven* (1705, Ch.), 2 Vern. 540 = 23 E.R. 950 — mais la contestation ne regardait que le point de départ du délai.
133. *Melan v. Duke de Fitz-James* (Pl. Com.), 1 B. & P. 128 = 126 E.R. 822 — explicité dans le jugement dissident du juge Heath, mais les autres jugements suivaient le même raisonnement.
134. La majorité conclut pour la limitation de la responsabilité, conclusion désapprouvée par Lord Ellenborough en *Imlay v. Ellefsen* (1802, B.R.), 2 East 453, 455 = 102 E.R. 442. En *De la Vega v. Vianna* (1830, B.R.), 1 B. & Ad. 284 = 109 E.R. 792, Lord Tenterden suit le jugement dissident du juge Heath pour qualifier de limitation du pouvoir du tribunal la même disposition de la loi portugaise.
135. On perd deux occasions d'analyser l'impossibilité anglaise pour le cessionnaire de procéder en nom propre en incessibilité des créances ou exigence de procédure spéciale: *Innes v. Dunlop* (1800, B.R.), 8 T.R. 595 = 101 E.R. 1565; *O'Callaghan v. Marchioness of Thomond* (1810, Pl. Com.), 3 Taunt. 82 = 128 E.R. 33. Voir maintenant *Regas v. Plotkins*, (1961) S.C.R. 566.
136. *Williams v. Jones* (1811, B.R.), 13 East 439 = 104 E.R. 441. La même distinction sert à l'analyse (fausse) de la prescription française: *Huber v. Steiner* (1835, Pl. Com.), 2 Bing, N.C. 202 = 132 E.R. 80. Ici Huber, no 7, est cité, et Story reçoit une mention.
137. No 7.
138. XLIV. iii. 12.
139. *British Linen Co. v. Drummond* (B.R.), 10 B. & C. 903 = 109 E.R. 683. Lord Tenterden adopte les mêmes citations plus tard dans la même année (invoquées en plaidoirie) en *De la Vega v. Vianna*, à la note 134 ci-dessus.

que l'étranger qui recourt à nos cours doit les accepter telles quelles. En 1837, Lord Brougham appose le sceau de la Chambre des Lords¹⁴⁰ à ces sentiments, en passant en revue dédaigneuse la jurisprudence écossaise et anglaise, et en l'approuvant ou désapprouvant selon le critère que lui aussi attribue à Huber et à Voet.¹⁴¹

6. Preuve et procédure

Pour Lord Brougham (*obiter*)¹⁴² le même principe confie à la loi du for toute question de preuve; et dans la même année, Lord Denman déclare que "nous ne pouvons ici adopter de la jurisprudence étrangère une règle de preuve," dans l'espèce que le contenu d'un acte reçu par le notaire peut être établi par une copie relâchée par ce notaire.¹⁴³ De la même manière, un document irrecevable où il est fait pour manque de timbre fiscal est néanmoins recevable ici,¹⁴⁴ à moins peut-être d'être non seulement irrecevable mais nul dans son pays d'origine.¹⁴⁵ En 1852,¹⁴⁶ on décide que l'exigence par le Statut des Fraudes d'une *preuve* écrite (non pas que le contrat soit mis par écrit) s'applique devant nos tribunaux même aux contrats conclus à l'étranger: le juge en chef Jervis¹⁴⁷ invoque Boullenois¹⁴⁸ pour la distinction entre "solennités" (forme) et "procédure" (preuve).

La manière de description des parties dans l'intitulé de la cause se rapporte évidemment à la procédure.¹⁴⁹ Si le simple mandataire ne peut y figurer selon la loi du for, peu importe qu'il le peut dans le

140. *Don v. Lippman* (appel de l'Écosse), 5 Cl. & F. 1 = 7 E.R. 303, suivie par le Dr Lushington en *The Vernon* (1842, amirauté), 1 W. Rob. 316, 319 = 166 E.R. 591, 592.

141. La distinction est énoncée aux pages 13 = 307, et surtout 20 = 310. La citation de Huber et de Voet se trouve à la page 19 = 310.

142. À la page 16 = 308, 309.

143. *Brown v. Thornton* (1837, B.R.), 6 Ad. & E. 185 = 112 E.R. 70.

144. *Bristow v. Sequeville* (1850, Ech.), 5 Ex. 275 = 155 E.R. 118.

145. Peut-être ainsi décidé, *Alves v. Hodgson* (1797, B.R.), 7 T.R. 241 = 101 E.R. 953.

146. *Leroux v. Brown* (1852, Pl. Com.), 12 C.B. 801 = 138 E.R. 1119.

147. À la page 824 = 1129.

148. Traité des Statuts réels et personnels, Tom. II, tit. iv, ch. 2, observ. 46. La Cour écoute avec patience le "sergeant" Allen qui cite aussi Dumoulin, Everardus, Christinaeus, Burgundus, Huber, les deux Voet, Hertius, pour ne pas parler de Story et de Burge.

149. L'exigence d'identification de tous les associés au lieu de les citer par leur nom collectif serait une question de procédure; mais l'exigence de nommer une société anonyme au lieu de ses actionnaires est du fond — *General Steam Navigation v. Guillou* (1843, Ech.), 11 M. & W. 877, 895 = 152 E.R. 1061, 1069, le baron Parke.

pays de son mandat.¹⁵⁰ le juge en chef Tindal cite encore Huber.¹⁵¹ Par contre, celui qui ressemble plutôt au fiduciaire de la common law y est admis.¹⁵²

G- L'obligation délictuelle

On arrive à la fin de la journée à l'obligation délictuelle. Story ne trouve rien à dire à ce sujet, la première édition de son ouvrage qui en fait mention étant celle de 1865. La jurisprudence anglaise n'est pas appelée avant 1862¹⁵³ à considérer le problème sauf pour l'effet de l'autorisation par les pouvoirs publics de commettre ce qui serait sans cela un délit même au lieu de commission. Pour Savigny (1849) la loi du for seule décide de la responsabilité civile:¹⁵⁴ il conteste la thèse de von Wächter (1842)¹⁵⁵ qui veut qu'à la loi du for on puisse exciper en invoquant la "déclaration de la loi du lieu de commission que le fait ne justifie pas une prétention aux dommages-intérêts." C'est la genèse de la "double règle", et presque certainement la source de sa première apparition en Angleterre sous forme d'une note en bas de la page, sans attribution, à la quatrième édition (1856)¹⁵⁶ de *Smith's Leading Cases*.¹⁵⁷ Le juge Willes, l'un des deux éditeurs de cet ouvrage classique, lisait l'allemand et avait des bonnes connaissances du droit continental. Cette note est citée textuellement par le Conseil Privé en 1868,¹⁵⁸ et le juge Willes (qui fait partie de la cour de 1862) énonce en 1870¹⁵⁹ sous une forme modifiée la double règle que nous connaissons aujourd'hui. On a

150. *Trimbey v. Vignier* (1834, Pl. Com.), 1 Bing. N.C. 151, 159 = 131 E.R. 1075, 1079. Mais la question de savoir s'il est en réalité mandataire plutôt que cessionnaire relève du fond.

151. No 7.

152. *Alivon v. Furnival* (1834, Ech.), 1 Cr. M. & R. 277, 296 = 149 E.R. 1084, 1092, le baron Parke.

153. *Scott v. Lord Seymour* (1862), 1 H. & C. 219 = 158 E.R. 865.

154. S. 374 C, à la page 203 de la traduction par Guthrie (1861).

155. La quatrième et dernière partie, in (1842) 25 *Archiv für die civilistische Praxis*, 361-419, traduction de Nadelman à (1964) 13 *Am. Jo. Comp. Law* 414, spécialement à la page 426: le problème du citoyen qui cause un préjudice à un étranger à l'étranger.

156. T. I, p. 560.

157. Nadelman, loc. cit., à la page 416, note 25, dit qu'il y a une différence: on a qu'à lire sa propre traduction pour voir que la seule différence est que la note parle de l'étranger qui souffre à l'étranger aux mains d'un autre étranger.

158. *The Halley* (1868), L.R. 2 P.C. 193, 202.

159. *Phillips v. Eyre* (1870, Salle de l'Ech.), L.R. 6 Q.B. 1, 29.

peut-être raison de se plaindre¹⁶⁰ qu'en 1930 la Cour suprême du Canada impose cette règle sans réflexion au Québec;¹⁶¹ mais il ne s'agit pas d'une règle de la common law. Au contraire, le juge Willes impose, sans trop de réflexion apparente, encore une thèse civiliste à ce système déjà hybride.

IV. CONCLUSION

En résumé donc, les sentiments de la common law en ce qui concerne la compétence des tribunaux et le besoin d'obtenir la soumission du défendeur, le besoin de l'autorisation, ou des autorisations, d'administrer une succession, et les immeubles en général, sont le produit de l'intuition juridique nationale. Le respect des actes publics étrangers, judiciaires ou exécutoires, se doit en grande partie à Lord Nottingham au dernier quart du dix-septième siècle, inspiré du souffle des idées universalistes de la société de souverains égaux: le dix-neuvième siècle est témoin d'un pas en arrière en ce qui concerne la protection des incapables, une retraite sous prétexte des principes humanitaires vers la supériorité nationale. Le reste est importé, tôt ou tard, du corps de règles plus ou moins cohérent déjà établi depuis longtemps en France et en Hollande. En 1702, on reconnaît aux futurs époux étrangers la capacité de fixer leur régime matrimonial par contrat. Quarante ans plus tard, Lord Hardwicke, autodidacte efficace en droit civil, non seulement ajoute des précisions du côté plus public, mais aussi en 1744 sépare la succession proprement dite du règlement des affaires du défunt, et la place sous la loi du domicile, du moins quant aux meubles. À la même époque la règle *locus regit actum* est importée pour les formalités du mariage, mais un siècle plus tard rejetée pour les formalités du testament. Lord Mansfield, instruit par l'Écosse, reconnaît en 1760 l'importance du droit étranger pour les contrats, sans cependant nous laisser des critères clairs sur le choix entre le lieu de conclusion et le lieu d'exécution. Le critère pour différencier la sphère de la loi étrangère et celle du for n'est dégagé qu'à la fin du siècle, et n'est attribué aux civilistes qu'en 1830. Le système achève avant 1850, sauf la question de la responsabilité civile: une dernière importation en 1870 comble ce vide.

160. Crépeau, de la Responsabilité civile extra-contractuelle, (1961) 39 Rev. du Bar. Can. 3, 9.

161. *O'Connor v. Wray*, (1930) R.C.S. 231.